TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNGİLTERE VE TÜRKİYE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE MAKULLÜK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fevzi KILIÇ

Ankara-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNGİLTERE VE TÜRKİYE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE MAKULLÜK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fevzi KILIÇ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY

Ankara-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNGİLTERE VE TÜRKİYE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE MAKULLÜK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı	**İmzası**
1- Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY	
2- Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK	
3- Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY	

Tez Savunması Tarihi

11/06/2020

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY danışmanlığında hazırladığım "İngiltere ve Türkiye'de İdarenin Yargısal Denetiminde Makullük İlkesi (Ankara 2020)" adlı yüksek lisans 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.

Fevzi KILIÇ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i

KISALTMALAR iv

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM 6

İNGİLTERE VE TÜRKİYE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ 6

I- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN GELİŞİMİ VE KAYNAKLARI 8

A. PARLAMENTO EGEMENLİĞİ İLKESİ 15

B. HUKUKUN EGEMENLİĞİ-ÜSTÜNLÜĞÜ 19

C. YETKİ AŞIMI VEYA ULTRA VİRES 21

II- İDARENİN YARGISAL DENETİM MERCİLERİ 24

A. İNGİLTERE'DE YARGI MERCİLERİ 24

B. TÜRKİYE'DE YARGI MERCİLERİ 26

III- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN ÖLÇÜTLERİ 29

IV- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI 32

V- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE DAVA TÜRLERİ 37

İKİNCİ BÖLÜM 43

İNGİLTERE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE MAKULLÜK İLKESİ . 43

I- WEDNESBURY İLKELERİ 43

A. KLASİK WEDNESBURY İLKELERİ 44

B. GELİŞTİRİLMİŞ-DEĞİŞKEN WEDNESBURY İLKELERİ 47

C. İNGİLTERE'DE AİHS ETKİSİNDE MAKULLÜK VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ 53
1- Makullük ve Ölçülülük İlkesinin İlişkisi 55
2- İki İlkenin Birlikte Uygulanabilirliği 58
D. WEDNESBURY İLKELERİ VE ESASA İLİŞKİN ÖLÇÜTLER 60
II- ANGLO-SAKSON HUKUK SİSTEMİNDE MAKULLÜK İLKESİ 63
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 67
TÜRKİYE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE MAKULLÜK İLKESİ 67
I- TÜRKİYE'DE MAKULLÜK İLKESİNİN İKİ YÖNÜ 69
A. GENEL KORUMA YÖNÜ 69
B. ESASA İLİŞKİN YÖNÜ 73
II- TÜRKİYE'DE MAKULLÜK İLKESİNİN GÖRÜNÜMÜ 75
A. İDARİ İŞLEMLERİN UNSURLARINDA GÖRÜNÜMÜ 75
1- Sebep Unsuru 78
a) Sebep Unsurunun Genel Niteliği 78
b) Sebep Unsurunun Verileri 81
2- Konu Unsuru 86
3- Amaç Unsuru 87
4- Esasa İlişkin Unsurların Bağlantısı 89
a) Sebep ve Konu Unsurlarının Bağlantısı 90
b) Sebep ve Amaç Unsurlarının Bağlantısı 92
5- Yetki Unsurunun Usule İlişkin Boyutu 94

B. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ GÖRÜNÜMÜ 96

C. DİSİPLİN HUKUKUNDA GÖRÜNÜMÜ 101

III- MAKULLÜK İLKESİ VE YERİNDELİK DENETİMİ 105

A. TAKDİR YETKİSİNE DAYANAN İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ 105

B. YERİNDELİK DENETİMİ VE HUKUKİLİK DENETİMİ 110

IV- MAKULLÜK İLKESİ VE HİZMET KUSURU 115

SONUÇ 118

KAYNAKÇA 123

ÖZET 131

ABSTRACT 132

KISALTMALAR

AB : **Avrupa Birliği**

AİHM : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

AİHS : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**

Akt. : **Aktaran**

AÜHFD : **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**

AÜSBE : **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**

AÜSBFD : **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**

AÜSBFY : **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları**

AYM : **Anayasa Mahkemesi**

B. : **Basım**

B.N. : **Başvuru Numarası**

Bkz. : **Bakınız**

C. : **Cilt**

CMK : **Ceza Muhakemesi Kanunu**

D. : **Daire**

DİBGK : **Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu**

DİDDK : **Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu**

DİDDGK : **Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu**

E. : **Esas**

Ed. : **Editör**

HRA : **Human Rights Act (1998)**

İbid. : **İbidem (aynı yer)**

İÜSBFD : **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**

İYUK : **İdari Yargılama Usulü Kanunu**

K. : **Karar**

K.T. : **Karar Tarihi**

MD : **Mülkiye Dergisi**

P. : **Paragraf**

s. : **Sayfa**

S. : **Sayı**

S.E.T. : **Son Erişim Tarihi**

vd. : **ve devamında / ve diğerleri**

Y. : **Yıl**

GİRİŞ

İdarenin işlemleri, hukuka uygunluk karinesi, icrailik ve -çoğunlukla- tek yanlılık gibi özel hukuka tamamıyla zıt olan özellikler ile kamu gücü ve ayrıcalıklarına dayanmaktadır. Bu özellikler göz önüne alınarak idarenin kuruluşundaki mantığı açıklamak ve buradan hareketle idari işlemin yargısal denetimi ile unsurlarının İngiliz[1] hukukundaki makullük (reasonableness) kavramı çerçevesinde tartışılması amaçlanmaktadır.

Çalışmada, "reasonableness" kavramının karşılığı olarak Türkçe 'de makullük ya da makul oluş kavramlarının kullanılması gerekmiştir. Makullük kelimesinin kökü olan, makul kelimesi, Türkçe 'de sıfat olarak kullanıldığı yere göre; "akla uygun", "akıllıca iş gören", "mantıklı", "belirli", "aşırı olmayan", "uygun", "elverişli" anlamlarında kullanılmaktadır.[2] Bu çerçevede kavramın İngiliz yargı yerlerince kullanılış şekli ve idarenin yargılanmasında yaklaşımı ile Türkiye'de yargısal denetim yaklaşımı bu çerçevede değerlendirilecektir.

İngiltere'de ise idarenin yargısal denetiminde kullanılan "reasonableness" kavramı, "iyi muhakemeye dayanan adil ve pratik olma gerçeği"[3] olarak tanımlanmıştır. İngiltere'de yargı yerlerinin bu kavrama dayanarak yaptığı yargılamalarda bu anlamı kullandığı ve kavram üzerine idarenin uyması gereken hususlar hakkında çıkarımlar yaptığı görülmektedir.

Bir hukuki işlem olan idari işlemin denetimi konusunda bir çalışma yaparken, öncelikli olarak devleti irdelemek gerekmektedir; çünkü devlet aygıtı ile bağlantılı olarak

[1] Çalışma da Birleşik Krallığın ve Britanya adasının bir bölümü olan İngiltere, tarihsel olarak merkezde yer alması nedeniyle Birleşik Krallığı nitelendirir şekilde kullanılacaktır. Ayrıca Birleşik Krallık zorunlu olarak kullanılması gereken bazı yerlerde kullanılacaktır.

[2] https://sozluk.gov.tr/ Erişim:09/06/2019

[3] https://dictionary.cambridge.org Erişim:09/06/2019

idare ortaya çıkmaktadır. İdare ve iradesi üzerine çalışabilmek, mantıksal bir çerçevede hukuki bir tartışma yapabilmek için öncelikle devlet egemenliğinin –büyük çoğunlukla- yurttaşlar üzerindeki etkisinin niteliğini tespit etmek gerekmektedir.

"Devlet kamu gücünü nedensiz değil, üstlendiği toplumsal ihtiyaçları üretmek için kullanır. Devletin işleviyle gerekçelendirdiği gücünü kullanarak girdiği hukuki ilişkilerde özgür iradelerin karşılıklı uyuşması değil, zorlama kurucudur."[4] Bu sebeple devletin, iş ve işlemlerinin tamamının hukuka dayanan bir şekilde örgütlenmesi gerekmektedir. Kıta Avrupası hukuku açısından idare hukukunun ölçütü olarak kabul edilen "kamu gücü ölçütü" ve "kamu hizmeti ölçütü" göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Hukuka dayanan devleti niteleyen kavram, hukuk devleti kavramıdır. Bu kavram en yalın tanımıyla; kural koyan, koyduğu kuralları değiştirinceye kadar uyan ve bu sistemin içindeki çelişkileri düzeltmek için "düzeltici mekanizmaları" olan devlettir.[5]

Modern hukuk devletinin üç organının temel kural koyucu (yasama), uygulayıcı (yürütme) ve çelişkileri-çatışmaları giderici (yargı) şekilde kurgulandığı ve düzenleyici, denetleyici organları ile yapısını sürdüren bir örgütlenme olduğu görülmektedir. Bu üçlü ayrım içerisinde yürütmenin büyük bölümü olan idare, kamu yararına varan iş ve işlemlerini hukuku düzeni içinde ve düzenli bir şekilde sürdüren organ, yasama ile yargı organları ise bu amacın temelini hazırlayan ve sırasıyla yapıyı kuran ve koruyan organlardır.[6]

---

[4] KARAHANOĞULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s.5-6.

[5] KARAHANOĞULLARI, Onur, "*Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu"*, **AÜSBFD**, C.62, S.3, 2007, s. 203.

[6] ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları** C. 1, B.3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.4.

Genel olarak güçler ayrılığı ilkesinden hareketle hukuk devleti olarak nitelendirilen modern devlet yapısı içerisinde sürekli olarak devinim halinde işlemler yapan idarenin, yargısal denetiminin önemi ve bu denetimin araçlarının niteliği hukuk devleti ilkesinin en önemli dayanak noktalarından birisidir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ikinci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat (amaç) yönlerinden denetlenebileceğini, ikinci fıkrası ise idari yargı denetiminin sınırlarını belirtmektedir. İçtihat ve doktrinde söz konusu kanun ve anayasada belirtilen takdir yetkisinin denetiminde idari yargı yetkisinin sınırları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu yaklaşımlar çerçevesinde idarenin yargısal denetimine etki eden unsurlar değerlendirilecektir.

İdari yargı denetimi sonucunda, idari yargı yerlerinin verdikleri kararlar idareler için bir davranış kalıbı ortaya çıkarmakta ve idari işlemlerin süreçlerine etki etmektedir. Bu özellik, idari yargı yerlerinin denetim yetkisinin sınırlarını beş unsur ve bu unsurların denetimi sırasında izlenen yollar ile beraber değerlendirmeye tabi tutulma zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.

İdari işlemlerin yargılanmasında, temelde beş unsur olmak ile birlikte bu unsurların tek tek ve altındaki değerlendirmeleri, birbirleri ile ilişkileri son aşamada işlemin tarafı olan birey ile işlem arasındaki bağlantı yargısal denetimin özünü oluşturmaktadır. Yargısal denetim sırasında işleyen sürecin anılan mevzuatta belirtilen sınırlamalar içinde kalıp kalmamasının bir nebze daha anlaşılabilir olması amacıyla Anglo-Sakson hukukunun kamu hukuku alanında temel denetim araçlarından olan makullük ilkesinin (doctrine of reasonableness) göz önüne alınması yararlı olacaktır.

Günümüzde modern devlet yapısı içerisinde dünya üzerinde iki hukuk sistemi bulunmaktadır. Bu sistemler Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemleridir. İki

sistem arasında pek çok fark olmak ile birlikte Eroğul'a göre; demokratik ülke düzenlerinden olan Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa'ya örneklik etmiş olan Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin geliştiği ülke olan Birleşik Krallık siyasal sistem açısından "örneklerin örneğidir".[7] Bu yanı ile ülkemizden ve ülkemizin mensup olduğu hukuk ailesinden farklı bir sisteme sahip olsa da İngiltere örneği birçok açıdan hukuk sistemimiz açısından dikkate alınmalıdır.

Anglo-Sakson hukuk ailesinin başat üyesi olan İngiltere bilindiği üzere tarihsel süreç içerisinde evrimci bir şekilde devlet yapısını oluşturmuştur. Kıta Avrupası'nın aksine Britanya adasında devlet yapısı Cromwell dönemi[8] haricinde kesintiye uğramadan kraliyetin üstünlüğünden parlamentonun egemenliğine doğru seyreden bir şekilde gelişmiştir. Bu evrimci gelişim sürecinin en açık şekilde görüleceği alanın en az toplumsal olaylar kadar yönetim yapısını etkileyen yargı içtihatları olduğu söylenebilir.

Yargı içtihatlarının İngiliz hukukuna etkisi, parlamento egemenliği ve buradan çıkan yetki aşımı (ultra vires) kavramı çerçevesinde oluşturulan kavram setlerinin idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi yönünden Kıta Avrupası hukuku ile zaman zaman benzeşen, zaman zaman da özgün araçlar geliştirilmesine yol açtığı söylenebilir. Bu benzerlikler ve farklılıklara değinilerek inceleme yapılacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde İngiltere ve Türkiye'de idarenin yargısal denetiminde kullanılan ölçütler ve yargısal sistem çerçevesinde, iki ülkede idarenin yargısal denetiminin tarihsel süreçleri, dönüşümü, denetim mekanizmaları, ölçütleri ve bağlantılı temel kavramlar incelenecektir.

İkinci bölümde ise İngiliz hukukunda, bir yargısal denetim ölçütü olan makullük ilkesi (doctrine of reasonableness, Wednesbury principles, Wednesbury reasonableness)

[7] EROĞUL Cem, **Anatüzeye Giriş**, B.10, İmaj Yayınları, Ankara, 2010, s. 36.

[8] 1649-1660 yılları arasında İngiltere'de cumhuriyetin ilan edildiği dönem.

incelenerek kavramların geçirdiği dönüşümler ve bu dönüşümlerin sonuçları değerlendirilecektir. Ayrıca İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde gelinen noktada makullük ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında yer alan ölçülülük ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi aşamasına kadar gelmesi açıklanacaktır.

Üçüncü bölümde ise Türkiye'de ölçülülük ilkesinin kullanımı ve hali hazırda makullük ilkesinin görünümü ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları sonucunda gelişen adaptasyon açıklanarak, Türkiye'de idarenin denetlenmesinde takdir yetkisi ve yerindelik denetimi kavramının sınırlarına ilişkin mevcut durum ile birlikte idari işlemin kurucu unsurları, yargı kararları ve doktrin çerçevesinde makullük ilkesinin kullanılabilirliği tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNGİLTERE VE TÜRKİYE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

İngiltere siyasal düzeninin tarihsel gelişimi diğer Avrupa ülkeleri önceleyen şekilde başlayıp, zaman içerisinde neredeyse kesintisiz, evrimci şekilde gelişip değişerek bir hukuk düzeni oluşturmuştur. Ayrıca Türkiye'nin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası sisteminden farklı bir sistem içerisinde olması göz önüne alınmalıdır. Bu kapsamda İngiltere'nin hukuk sistemi içerisinde makullük ilkesinin anlamlandırılması amacıyla, İngiltere'de anayasal metin olarak kabul edilen metinler içerisinde en eski tarihli ilk belge olan 1215 yılında Magna Carta Libertatum ile başlayan ve onu önceleyen sürecin, İngiliz hukuk düzeninin oluşumu için günümüze kadar incelenmesi gerekmektedir.

Ülkelerin hukuk sistemleri tarihsel süreçleri ile sıkı sıkıya bağlı olarak gelişmekte, ülkelerin veya toplumların siyasal ve sosyal alandaki gelişimleri ve yaşanan olaylar sistematik hale gelen kurallar ile birlikte ülkelerin hukukunu oluşturmaktadır. Bu açıdan geliştirilecek yaklaşım, birbirinden farklı iki sistem üzerinde yürütülecek bu çalışmada açıklayıcı olacaktır.

Makullük kavramını incelerken, İngiltere'de kavramın bağlantılı olduğu parlamentonun üstünlüğü (parliamentary supremacy), yetki aşımı (ultra vires) kavramları ile İngiliz hukukunun genel yapısı ve kaynaklarının tarihsel gelişimini göz önüne almak gerekmektedir.

İngiltere, tarihsel süreçte sırasıyla; monarşi, meşruti monarşi ve parlamentonun kesin egemenliğinde meşruti monarşi olarak sistematik dönüşümünü gerçekleştirmiştir. Parlamento egemenliği ve ona dayanan yürütme erkinin yargısal denetiminin Kıta Avrupası sistemine dahil ülkelere göre, daha muhafazakâr ve evrimci şekilde ilerlediği görülmektedir.

Türkiye açısından ise ilk Anayasa olan 1876 tarihli Kanuni Esasi ile modern anlamda yönetim sistemi; Osmanlı Devleti döneminde monarşiden meşrutiyete ve yeni kurulan devlet olan Türkiye Cumhuriyeti ile birlikte cumhuriyet şeklinde ilerlemiş ve parlamento temelli olarak devlet yapısı değişime uğramıştır.

Zaman zaman kesintiye uğrasa bile çeşitli şekillerde 1876 Kanuni Esasi'nden bu yana Türkiye'de devam eden parlamenter sistem 2017 Anayasa değişikleri ile terk edilmiş ve yürütme organı tamamıyla yasamadan ayrılmıştır. Parlamenter sisteme özgü yasamanın yürütmeyi denetleme yöntemleri ortadan kalkarak, parlamento ve bakanlar arasında hukuksal bağ büyük ölçüde kalmamıştır.[9] Ortadan kalkan bağlantılar ile birlikte, yürütmenin büyük bir parçası olarak idarenin denetim türlerinden biri olan, parlamentonun yürütme üzerindeki siyasi denetimi anayasa değişiklikleri öncesi döneme göre zayıflamıştır.

Parlamenter sistemde genellikle yasamanın içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan yürütme şeklinde örgütlenme, başkanlık sisteminde ise organik anlamda yürütmenin yasamadan ayrılması şeklinde örgütlenme ortaya çıkmaktadır. Başkanlık sisteminin en sorunsuz olarak uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde üçüncü erk olan yargının güçlü rolü[10] ile erkler arasında denge-fren sistemini oluşturabilmektedir.

Yapısal olarak değişim ile birlikte Türkiye'de idarenin yargısal denetimi açısından Kıta Avrupası hukuk sisteminin ilkeleri ile birlikte değerlendirme yapılırken, diğer hukuk sistemi olan Anglo-Sakson hukuk sisteminin de göz önüne alınması, hukuk devleti ve güçler ayrılığı ilkesinin gelişimi açısından faydalanılabilir niteliktedir. Güçler ayrılığının tam olarak hayata geçebilmesi amacıyla çalışma kapsamında değerlendirilecek olan makullük kavramını anlamlandırmak amacıyla, İngiltere'deki kavramlar temel ölçüt

[9] ULUSOY Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, B.2, Ankara, 2019, s.181.

[10] EROĞUL Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, İmaj Yayınları, B.10, Ankara, 2010, s. s.119.

alınarak, Türkiye'de idarenin yargısal denetiminin temelleri, kaynakları ve uygulamasına ilişkin hususlar değerlendirilecektir.

I- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN GELİŞİMİ VE KAYNAKLARI

Türkiye ve İngiltere'de idarenin yargısal denetimi, farklı iki hukuk ailesine bağlı iki ülkenin modern hukuk sisteminin dayanakları ve tarihsel gelişimi ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda öncelikle kısaca iki ülkenin modern hukuk devleti haline gelmelerinin sebepleri ve kurumsal gelişimleri açıklanacaktır.

İngiltere'de gelişen Anglo-Sakson hukuk sistemi ülkenin tarihinde yaşanan değişimler sonucunda evrimleşerek oluşmuştur. Bu kapsamda İngiltere'de gelişen hukuk sistemi siyasi tarihi ile birlikte değerlendirilmelidir.

Birleşik Krallık olarak bilinen devletin siyasi tarihi, Britanya adasının Normanlar tarafından ele geçirildiği 1066 yılından başlatılmaktadır. Britanya adasını ele geçiren Kral William, merkezi otoritesini güçlendirmek adına iki önemli hamle yapmıştır. Bunlardan ilki ülke topraklarını baronlar arasında olağan feodal düzenden farklı bir şekilde dağıtmış ve Fransa'ya göre daha merkezi bir feodal düzende örgütlemiştir.[11] İkinci olarak ülkenin tamamında hukuku derlemek için ülkenin dört bir yanına kraliyet komisyonları yollamıştır.[12]

İlk hamlesinin sonucu İngiltere'de baronların birbirleri ile çatışmalarından ziyade kral ile çatışmaları söz konusu olmuş ve sonucunda 1215 yılında kral ile baronlar arasında imzalanan Magna Carta Libertatum ile birlikte Kralın yetkilerinin sınırlandırıldığı ilk belge ortaya çıkmıştır. Bu belge ile Kral I. John baronlara rızaları olmadan vergi

[11] EROĞUL, **Anatüze**, s. 37.

[12] MUMCU Uğur, "*İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı"*, **AÜHFD**, C.27, S.1-2, 1970, s. 39.

almayacağının sözünü vermiştir.[13] Bu tarihten sonra adım adım parlamento ve parlamentonun üstünlüğü ilkesi gelişmiştir. İkinci hamlesi olan hukukun ülke çapında derlenmesi sonucunda Anglo Sakson hukukunun temel kaynağı olan ortak hukuk (common law) oluşmaya başlamıştır.

Ortak hukukun (common law) uygulandığı mahkemelerin kararlarına itiraz etmek isteyen taraf, krala başvurarak davanın yeniden görüşülmesini talep eder; kral ise başvuruyu bu iş için kurulan ve rahiplerden oluşan kurula gönderirdi. Bu kurullarda dinsel saikler ile birlikte hukuk kurallarına çok uyulmadan gerçeklik bulunmaya çalışılırdı. Burada alınan kararlar hakkaniyet hukukunu (equlity) oluşturmuştur.[14] Ortak hukuk ve hakkaniyet hukuku arasında içtihat birliğini sağlamak adına 1873 ve 1875 yıllarında yasalar ile bu ikilik ortadan kaldırılmış ve iki kaynak duruma göre mahkemelerce uygulanır hale gelmiştir.[15]

İngiliz hukukunun, "common law (ortak hukuk)", "equlity (hakkaniyet hukuku)", "legistlation (düzenlemeler)" olmak üzere temelde üç kaynağı vardır, bunlardan ilk ikisi mahkeme kararlarıdır ve zaman içerisinde birleşmişlerdir.[16] Bu iki kaynak ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de artık İngiliz hukukunda bir kaynak olarak kullanılmaktadır.[17]

İngiliz hukukunda mahkemeler açısından içtihatlar bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılığın istisnaları vardır; üst mahkeme kararı bozmuşsa, yasa değişmişse, önceki karar açıkça

[13] SOYSAL Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, İmge Kitapevi, B.3, Ankara, 2011, s. 52-53.

[14] MUMCU, s. 41,

[15] EROĞUL, **Çağdaş**, s. 38-39.

[16] İbid., s. 34.

[17] CANE Peter, **Administrative Law**, Oxford, 2011, s. 90-91.

yanlışsa mahkemeler eski kararlara aykırı kararlar verebilir.[18] Günümüzde içtihatlar, İngiltere'de içtihadı oluşturan iki ana akımın etkisi ile gelişerek birincil kaynak olmuştur.

İkincil kaynak olarak gelişen parlamentonun yasama gücünün önemi ve yargı organları ile olan ilişkisi İngiltere'de güçlü parlamentonun güçlü bir yargı sistemi ile birlikte güçler ayrılığı kavramını net bir şekilde ortaya koymasına sebep olmuştur.

Ayrıca, İngiltere'de anayasa tek bir metin halinde bulunmamakla birlikte, anayasal nitelikli yasalar bulunmaktadır. Bu yasalar genel olarak devlet yapısı ve haklara ilişkin düzenlemeler olarak gruplandırılabilir. Örnek verilecek olursa, sayıları daha fazla olmak ile birlikte devlet yapısına ilişkin yasalar, (*The Parliament Acts 1911 and 1949, the Crown Proceedings Act 1947, the European Communities Act 1972, the Public Order Act 1986, the House of Lords Act 1999, and the Constitutional Reform Act 2005*) ile haklara ilişkin metinler (*Magna Carta 1215 Bill of Rights and Claim of Right 1689, the British Nationality Act 1981, the Human Rights Act 1998*) anayasal nitelikte metinler olarak sayılabilir.[19] EROĞUL'a göre anayasal düzen yasaların yanında içtihatlar ve anayasal gelenekler (Bakanların parlamento üyesi olması gibi) ile birlikte toplam üç kaynaktan oluşmaktadır.[20]

İngiltere'de idare hukukunun temeli genel hukuk ilkelerinden doğarak gelişmiştir. Monist sistem (yargı birliği)[21] olarak adlandırılan ve adli-idari yargı ayrımının olmadığı sistemde temel yargısal kavramlar idarenin yargısal denetiminde kullanılmaktadır.

[18] EROĞUL, **Çağdaş,** s. 36.

[19] BRADLEY A. / EWİNG K D., **Constitutional and Administrative Law**, 14th Edition, Pearson Education, Essex, 2007, s.13-15.

[20] EROĞUL, **Çağdaş,** s.4.

[21] KARAHANOĞULLARI Onur, **İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s.33.

Mahkeme içtihatlarına dayanan sistemde idarenin denetlenmesi, genel ilkeler çerçevesinde oluşan kavramlar ile yapılmaktadır.

Anglo-Sakson hukukunun bu yönü nedeniyle tarihsel olarak idarenin yargısal denetimine ilişkin kesin bir nokta veya kurum belirlemek mümkün değildir. Bu sebeple hukuk sisteminin genel özellikleri ve süreç belirtilmiştir. Türkiye açısından ise idarenin yargısal denetiminin tarihsel sürecine değinilecektir.

Kıta Avrupası hukuk sistemi düalist sistem olarak adlandırılan idari ve adli yargı ayrımına dayanan bir sistemdir. İdari yargı sistemi özel hukuktan ayrılan ve kamu hukukunun içerisinde, idare hukukunda özelleşen kurallar ile kamu hukuku kurallarını uygular.[22]

Fransa'da 1789 Devrimi sonrası yeni rejimin eski rejim yargıçlarına olan güvensizlikleri ile birlikte kişi ve devlet ilişkilerine yargının değil, idarenin kendi içinde yer alan denetim mekanizmaları ile müdahalesi söz konusu olmuş ve idarenin yargısal denetiminin Kıta Avrupası ve Türkiye'de temelini oluşturmuştur. Bu yaklaşım içinde gelişen Fransız Danıştay'ının (Conseil d'Etat) zaman içerisinde yargısal yetkilere ulaşması sonucu ortaya çıkan sistem, Türkiye'de de Danıştay'ın kuruluş felsefesini bu yönde etkilemiştir.[23]

Türkiye'de idare hukuku Osmanlı Devleti'nin son dönemi ve Cumhuriyet döneminde Fransa'dan esinlenerek oluşmuş ve hukuk dalı olarak ayrı bir varlık kazanmıştır.[24] Ayrı bir alanda genel olarak Fransa ve bazı konularda Almanya'dan etkilenerek oluşmuş idari yapılanma ve idare hukuku sistemi bulunmaktadır.[25]

[22] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.39.

[23] ULUSOY, s.28.

[24] İbid., s.57.

[25] İbid., s.56.

19. Yüzyıl başlarında Osmanlı Devleti'nin batılılaşma ve batı kurumlarını devlet yapısına alması söz konusudur.[26] Bu açıdan Kıta Avrupası sistemini kendisine model alan Türkiye tarihsel olarak Roma Hukuku ile bağlantılarına da dayanarak Kıta Avrupası sistemini tercih etmiştir.[27]

Türkiye'de idarenin yargısal denetimi modern anlamda Cumhuriyet ile birlikte başlamakla birlikte, idari yargı yapılanmasının en üstünde yer alan Danıştay'ın (Şurayı Devlet) kuruluşu Osmanlı Devleti döneminde 1868 yılında gerçekleşmiştir. Kurulduğu dönemden I. ve II. Meşrutiyet dönemlerine kadar padişah onayına tabi olarak vatandaş-devlet uyuşmazlıklarına, meşrutiyet yıllarında ise devlet memurları ile idare arasındaki uyuşmazlıklara bakmıştır.[28]

Osmanlı Devleti döneminde idarenin yargısal denetimi tutuk adalet usulü ile Cumhuriyet dönemine kadar gelmiş, yeni rejim olan Cumhuriyet, Danıştay'ın o zamana kadarki gelişimi ve birikimini koruyarak kurumları arasına almıştır.[29]

Cumhuriyet döneminde 1924 Anayasasının 51. maddesi ile Danıştay'ın danışma ve yargısal yetkileri belirtilmiş, 669 Sayılı Şura-i Devlet Kanunu ile tutuk adalet usulü terkedilmiş ve Şura-i Devlet (Danıştay) bağımsız bir mahkeme olarak 1927 yılında görevine başlamıştır.[30]

Danıştay, 1961 Anayasasında ise 140. madde ile düzenlenmiştir. İdarenin yargısal denetimi 1961 Anayasası'nın "Yargı Denetimi" başlıklı 114. maddesi ile anayasal sisteme girmiştir.[31] 1961 Anayasası'nda idarenin anayasal işleyiş esası olan yargısal

---

[26] EROĞUL, **Anatüze,** s.209.

[27] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.39.

[28] ULUSOY, s.651-652.

[29] KARAHANOĞULLARI Onur, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s.3.

[30] ŞENLEN Süheyla, "*Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi*", **AÜSBFD**, C.49, S.3, 1994, s. 407.

[31] KARAHANOĞULLARI, Onur, "*İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi"*, **MD**, C.35, S.270, 2011, s.44.

denetim 1982 Anayasasında esaslardan çıkarılmış, 1971 değişikliklerinde 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin yargı denetimi başlığı, yargı yolu olarak değiştirilmiş ve birinci fıkrası; "*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.*" hükmü değiştirilmiştir.[32] KARAHANOĞULLARI'na göre; Danıştay'ın 1961 Anayasası'nın ilk on yılında verdiği kararlar güçlü icra kuvveti arayanların tepkisini çekmiş ve anayasa değişikliği gerçekleşmiştir.[33]

1961 Anayasasından önceki dönemde idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun kanunlar ile kapatılması ve hükümet tasarrufları konusu, 1961 Anayasası'nın yargısal yenilikleri ile birlikte Türkiye'de idari yargı alanından tamamen çıkarılmıştır.

Yargı kısıntısı 1961 sonrasında geride kaldığından ve idari işlem dışında bir hükümet tasarrufu işlemi ya da yürütme işlemi olmadığından yargı yerlerinin siyasal sakınımı olmamalıdır.[34] Ancak ULUSOY'a göre idari yargı yerleri bu yönde gördükleri uyuşmazlıklarda davayı ilk incelemede reddetmeyip, usule ilişkin unsurlarda hukuka aykırılık yok ise esas incelemesi yapmadan davayı reddetmekte ve bir nevi "örtülü" olarak hükümet tasarrufları içtihadını sergilemektedirler.[35]

1982 Anayasası'nda ise 125. madde idarenin işlemlerine karşı yargı yolunu ve 155. madde ise Danıştay'ı düzenlemektedir. Ayrıca 2575 sayılı "Danıştay Kanunu", 2576 sayılı "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun" idari yargı yerlerinin kuruluş ve yapısını, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu" ise mahkemelerin yargılama usulünü belirleyen kanunlardır. Başka özel kanunlarda idari yargılama usulüne ilişkin özel hükümler

[32] KARAHANOĞULLARI, "*İdarenin Yargısal",* s.44

[33] İbid., s.46. Bu tartışmaya ilişkin anılan makale ve söz konusu değişikliklere ilişkin parlamento tartışmaları ve değişikliklere ilişkin madde gerekçelerine bakılabilir.

[34] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.101-102.

[35] ULUSOY, s.661.

bulunmak ile birlikte, 6100 sayılı "Hukuk Muhakemeleri Kanunu" İYUK'ta sayılarak tüketilmiş durumlarda idari yargılama usulünde kullanılmaktadır.

Bu sebeple idarenin yargısal denetiminin kökeni Kıta Avrupası'nda kurumlar ile birlikte gelişirken, Anglo-Sakson hukukunda ise mevcut yargı kurumlarının idari faaliyetlere ilişkin genel hukuk kavramları ile değerlendirme yapması nedeniyle bu kavramlar tarihsel gelişim ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Üst norm olarak parlamentoyu bağlayacak anayasa ve ayrı bir yargı düzeni olarak idari yargı düzenin olmamasına rağmen, bağlayıcı bir içtihat hukukunun olduğu sistemde, tarihsel süreçten gelen ortak hukuk (common law), hakkaniyet hukuku (equilty), hukukun üstünlüğü (rule of law), yetki aşımı (ultra vires) ve güçler ayrılığı gibi kavram setleri ile idarenin yargısal denetiminin yerleştiği görülmektedir.

Kıta Avrupası ve Türkiye'de ise hukuk devleti ilkesi ile birlikte ayrı bir yargı düzeni bulunmakta ve kamu hukuku temelinde idarenin hukuka uygunluğu denetimi yapılmaktadır. İngiltere'de tarihsel gelişim nedeniyle parlamento egemenliği ve ortak hukuk çerçevesinde gelişen süreç, Kıta Avrupası'nda anayasalar, hukuk devleti ilkesi ve pozitif hukuk çerçevesinde gelişmiştir.

İki sistem temelde güçler ayrılığı fikrine dayanan modern devlet yapısı ile örgütlenmiş olsa da İngiltere'de üst norm olarak anayasal tek bir belge olmaması ve mahkemelerin içtihatlarının güçlü parlamento egemenliğine rağmen bağlayıcı olması, Kıta Avrupası'nda ise parlamentoların anayasaya bağlılıkları ve mahkemelerin asli kaynak oluşturmamaları sistematik farklılıklar doğurmuştur.

İdarenin yargısal denetiminde Kıta Avrupası hukuk sisteminde birincil kaynak yazılı metinlerdir. Pozitif hukuk kurallarının ilk kaynak olduğu sistemde, İngiltere'ye özgü olarak değinilen ilkelerin değişerek uygulandığı ve farklı değerlendirmeler ışığında anlaşılması gerekmektedir.

Bu çerçevede parlamento egemenliği ilkesi Kıta Avrupası hukuk sisteminde daha yumuşak olup, anayasa çerçevesinde yasama gücü ve pozitif hukuk metinleri, hukuk devleti ilkesi ile bağlantılı olarak değerlendirilebilir. İngiliz hukuk sisteminin ilkeleri olan hukukun üstünlüğü (rule of law) ve yetki aşımı (ultra vires) kavramları ise idari işlemlerin kurucu unsurları ile bağlantılı olarak değerlendirilebilir.

Makullük ilkesinin doğduğu ülke olan İngiltere'de tarihsel süreçten bakıldığında idareye verilen yetkinin denetlenmemesi fikrinden, denetlenebilir hale getirilmeye çalışılması açısından, kullanıldığı ve ortaya çıktığı dönem itibarı ile mahkemelerin idareyi denetlememesinin asli, denetimin nisbi olduğu sonucuna varılabilir. İngiltere'de yetki aşımı (ultra vires) kavramı çerçevesinde idarenin yargılanma alanının ortaya çıktığı söylenebilir. Bu çerçevede İngiltere'ye özgü üç temel kavram, Türkiye'ye ilişkin değerlendirmeler ile birlikte açıklanacaktır.

A. PARLAMENTO EGEMENLİĞİ İLKESİ

İngiltere'de, Taç ile diğer kesimlerin arasında yüzyıllarca sürecek olan egemenlik mücadelesinin ilk örneği 1215 yılında ortaya çıkmıştır. Tarihsel süreçte bu mücadele İngiltere'de parlamento ve kraliyetin karşılıklı mücadelesi olarak gelişmiş, parlamentonun yasama yetkisi kesinleşmiş ve nihayetinde 20. Yüzyılda parlamentonun seçilmiş kanadı olan Avam Kamarasının tam anlamıyla zaferi ile sonuçlanmıştır.[36]

İngiliz hukukçusu DİCEY'e göre; parlamentonun üstünlüğünün (sovereignty) anlamı; münhasıran, herhangi bir konuda, kendisi de dâhil hiçbir mercie bağlı olmadan

[36] EROĞUL, **Anatüze,** s.49.

ve koyduğu kuralları hiçbir kişi veya organ tarafından değiştirilemeyen yadsınamayan bir yetkiye dayanır.[37]

İngiltere'de parlamento egemenliğini ÖZBUDUN, olumlu ve olumsuz anlamda iki açıdan açıklamaktadır. Olumlu anlamda parlamentonun egemenliği yasamanın yetkisinin sınırsızlığı örneklenerek açıklanmıştır. Bu örnekler; kilisenin krala tabi olması, İskoçya ve İrlanda ile birleşme, meclisin görev süresini uzatma, kişilerin özel hakları hakkında, hukuka aykırı işlemleri hukukileştirme, yerleşmiş bir anayasal teamülü kaldırma gibi konularda yasalar çıkarmak gibi yasama yetkisinin gücünü açıklamaktadır. Olumsuz anlamda egemenlik ise; kralın, meclislerin bir kanadının tek başına, seçmenlerin ve mahkemelerin yasama yetkisine sahip olmayışını anlatmaktadır.[38]

İngiltere'de parlamentonun üstünlüğü ilkesi, yasamayı diğer iki erk olan yürütme ve yargı karşısında güçlü konuma getirmiştir. Bu çerçevede 19. Yüzyılın sonları ve 20.yüzyılın başlarında Avrupa'da modern anlamda idare hukukunun gelişmeye başladığı dönemde İngiltere'de geleneksel yaklaşım olarak adlandırılan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır.

ERHÜRMAN'ın bu yaklaşıma ilişkin incelemesine göre; mahkemelerin tek yetkisi yasa koyucunun iradesinin aşılıp aşılmadığıdır; yasa koyucunun sınırlamadığı alanlarda idarenin takdir yetkisi sınırsızdır.[39] Bu sınırsızlığın bir sınırı olarak yargı organı ortaya çıkmakta yürütme yasa koyucunun iradesinin sınırları dışına çıktığında, bir tür yasama yetkisi kullanacaktır ve parlamentonun yasama tekeline sahip olduğu İngiltere'de mahkemelerin idareyi denetleme yetkisinin anayasal dayanağı ve meşruiyetinin temeli

[37] GRACE Jamie, **Key Facts Key Cases: Constitutional & Administrative Law**, Routledge, New York, 2016, s. 43.

[38] ÖZBUDUN Ergun, *"İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi"*, **AÜHFD**, C.25, S.1, 1968, s. 62-67.

[39] ERHÜRMAN Tufan, *"Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires İlkesi"*, **AÜHFD**, C.61, S.2, 2012, s.606-607.

buradan kaynaklanmaktadır.[40] DICEY, yürütmenin yetkisinin sınırının, yasanın lafzıyla ve yargıçların yasaya ilişkin yorumlarıyla olduğunu vurgulamıştır.[41]

Bu evrimci ilerleme sürecinde son kertede parlamentonun kararları sorgulanabilir hale gelmiştir. "House of Lords'un 2005 tarihinde verdiği Jackson & Others kararında, Lord Steyn, parlamentonun idarenin yargısal denetimini tamamen ortadan kaldırmaya yönelmesi durumunda, yargının parlamentonun böyle bir yetkisinin bulunup bulunmadığını değerlendirmek zorunda kalabileceğini belirtmiştir."[42]

Kıta Avrupası hukuk sisteminde devletin demokrasi ve hukuka uygunluğunun ölçütü olarak, başta anayasa olmak üzere metinlere idarenin bağlılığı önde gelen bir husustur.[43] Bu çerçevede üst metin olarak anayasa yer almakta ve normlar hiyerarşisi çerçevesinde kanunlar ve düzenleyici işlemler birbirleri ile uyumlu olarak sistemi oluşturmaktadır.

İngiliz hukuk sisteminde anayasal nitelikli metinler temel alınmak ile birlikte bunlar parlamentonun olumlu ve olumsuz anlamda yetkisi ile değişikliğe uğrayabilecek niteliktedir. Türkiye hukuk sisteminde ise anayasa temel belge olarak en başta yasama ve idare hukukuna kaynaklık etmektedir.[44]

Hukuk devleti ilkesinin olduğu devlet yapılanmalarında idarenin denetimi çeşitli yollardan yapılmaktadır. Parlamento yoluyla siyasi denetim, kamuoyu denetimi, idarenin kendisini denetleyen iç denetim mekanizmaları gibi yollar olmakla birlikte güçler ayrılığı ilkesi kapsamında yasama ve yürütmeden tamamen bağımsız üçüncü erk olan yargı erkinin de yargısal denetimi bulunmalıdır.

---

[40] ERHÜRMAN, s. 604.

[41] İbid., s. 607.

[42] İbid., s.606.

[43] GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, B. 10, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s.35.

[44] ULUSOY, s.60.

Kıta Avrupası hukuk sistemine özgü olarak yasama işlemlerinin denetimi için özel olarak kurulmuş anayasa mahkemeleri bulunmakta ve doğrudan yasama işlemlerinin hukuka aykırılığına yönelik denetim yapabilmektedir. Bu kapsamda Birleşik Krallık, parlamentosunun güçlü konumu ile farklılığa uğramaktadır. Üst norm olarak ve tamamıyla değişikliği ancak kurucu iktidar tarafından yapılabilecek anayasa ve tali değişikliklerin özel hükümlere bağlanmış olması yönünden parlamentonun yetkisini bağlanması sözleşmeci kurama dayanarak güvence sağlasa da İngiltere örneğinde görüldüğü üzere göreneğin[45] çerçevesinde gelişen yapı esneklik sağlamaktadır. GRACE'e göre parlamento egemenliği ilkesinden kaynaklı olarak, anayasal bir metnin üst norm olarak kabul edilmesi söz konusu olmamıştır.[46]

İngiltere'de idarenin sınırlarının yasama üzerinden çizilmesi, kurumsal olarak sistemin getirdiği bir yaklaşımdır ve salt yetki aşımı ile değerlendirildiğinde devlet organizasyonunun sekteye uğramaması için geliştirilmiş, modern devlet öncesi yapının izlerini taşımaktadır. Öte yandan bu sınırların ortak hukuk çerçevesinde mahkemelerce yorumlanması yine kurumsal olmak ile birlikte, modern devletin gereklerinin sağlanması için dönemin koşullarında gelişime sebep olmaktadır.

İngiltere'de parlamento egemenliğine dayanan sistemde, yasama idare ilişkilerinin ve idarenin denetiminde gelişen yaklaşım göz önüne alındığında, Kıta Avrupası'nın pozitif kurallara dayanan hukuk sisteminde ülke parlamentolarının İngiltere parlamentosundan daha egemen olduğu ve kuralları vaaz etmediği sürece yapının değişime uğramasının zor olduğu sonucu çıkarılabilir.

[45] EROĞUL, **Anatüze**, s.22-23.

[46] GRACE, s.2

B. HUKUKUN EGEMENLİĞİ-ÜSTÜNLÜĞÜ

İngiliz anayasal sistemi hukukun egemenliği (rule of law) ilkesine dayanır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, hukuk devleti kavramının karşılığı olan "rule of law" kavramı, devlet yönetiminde hukuk kurallarının egemen olması, yürütmenin her türlü eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına uymasıdır.[47]

Birleşik Krallık anayasasının ve hukukun egemenliği-üstünlüğü ilkesinin (rule of law) en önemli yanı yargı bağımsızlığıdır. Birbiri ile bütünleşik olan yasama ve yürütme erklerine karşı denge olabilmesi için yurttaşların tam anlamıyla bağımsız ve gerçekliğin gücünü ortaya çıkarabilecek yargı organlarına ihtiyacı vardır.[48]

GRACE'e göre, hukukun egemenliği-üstünlüğü ilkesi (rule of law) yürütme ve yasama organı da dâhil olmak üzere herkes için geçerli olan genel ve evrensel bir yasadır; ayrıca bireysel hakların devlet iktidarına karşı korunması için bir teminat aracıdır.[49]

Hukukun egemenliği-üstünlüğü ilkesinin (rule of law) sağlanması için yasallık ilkesi önemlidir ancak salt yasallık ilkesi özgürlük gibi temel değerlere karşı tek başına koruma sağlayamaz.[50]

Lord Sir Tom Bingham, "*The Rule of Law*" kitabında hukukun üstünlüğü ilkesinin içeriğine ilişkin sekiz ilke belirlemiştir.[51] Bu ilkeler bir bütün olarak tüm dünyada kabul gören ilkelerdir ve evrensel hukukun ilkeleridir. Lord Bingham, tüm kamu görevlilerine

---

[47] MUMCU, s. 48.

[48] CANE, s.45.

[49] GRACE, s.25.

[50] BRADLEY A. / EWİNG K D., s.99.

[51] Akt; GRACE, s. 26. Bu sekiz ilke; (i) yasaların açık ve anlaşılır olması, (ii) hak ve sorumlulukların takdir yerine hukuk ile belirlenmesi, (iii) yasaların eşit olarak farklılıklarında farklılık ölçüsünde uygulanması, (iv) Bakanlar ve her düzeyde kamu görevlileri yetkilerini, dürüstçe, iyi niyetle ve yetkilerin verildiği sınırları aşmadan kullanmalı ve makul olmayan bir şekilde kullanmamalı, (v) Yasalar temel insan haklarını korumalı, (vi) çözüm araçları engelleyici ve geciktirici olmamalı, (vii) yargısal süreçlerin adil olması devletçe sağlanmalı, (viii) devlet uluslararası savaşta ve iç hukukta yükümlülüklerini yerine getirmelidir.

yetkilerini kullanırken uyacağı esasları ve sınırları belirtmektedir. Bu sınırlar dürüstlük, iyi niyet, yetki aşımı (ultra vires) ve makullük (reasonableness) olarak ortaya çıkmaktadır.

İdarenin yargısal denetimi ve genel olarak yargısal denetim, modern devletlerin temel noktasıdır. Bu temel nokta hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin gerçek hayatta yansıması olması için olmazsa olmaz birtakım ilkeler vardır.[52] Kuşkusuz başka alt ilkeler olmakla birlikte, çalışmanın kapsamında hukuk devleti ilkesinin en önemli parçası olan idarenin yargısal denetimi göz önüne alınacaktır.

İdarenin yargısal denetimi, GÜNDAY'a göre; "idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yerinin varlığı hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup, idarenin kanunsuz ve keyfi hareketini önlemektedir." Ayrıca idarenin diğer denetim yollarından daha etkili olanı yargısal denetimdir.[53] ULUSOY'a göre hukuk devletinin özelliği; kişilere sürekli ve düzenli olarak kullanılan hukuksal koruma mekanizmaları vermesidir. Bu mekanizmalardan yargısal denetim vatandaş için en önemli yoldur.[54]

Hukuk devleti fikrinin hayata geçmesi için bağımsız yargı mercilerince devletin (idarenin) hareket ve eylemlerin hukuka bağlılığının denetlenmesi gerekir.[55] Anayasa Mahkemesine göre de yargı denetimi hukuk devleti ilkesinin önemli noktalarından birisidir; "*hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan devlet demektir.*"[56] Danıştay'da Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devleti tanımına benzer şekilde içtihadında hukuk devleti, hukuki güvenlik, belirlilik ilkelerini kullanarak tanımlama yapmaktadır; "*Anayasanın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan*

---

[52] GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitapevi, 32. B., Ankara, 2010, s.81. Şeref Gözübüyük beş ilke belirtmiştir; a) temel hakların güvenliği, b) anayasa uygunluk denetimi, c) yasal yönetim, ç) yönetsel yargı denetimi, d) güçler ayrılığı e) demokratik rejim.

[53] GÜNDAY, s. 46.

[54] ULUSOY, s.86 ve s.649.

[55] ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim II**, XII Levha, İstanbul, 2010, s.3.

[56] AYM, E. 1988/32, K.1989/10, K.T. 28.02.1989. www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 14.06.2018.

hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade etmektedir".[57]

"Hukuk devleti ilkesi" ve "rule of law" iki hukuk siteminde birbirine yaklaşan iki nokta olarak ortaya çıkmaktadır. İdarenin hukuka bağlılığı ve denetleyici mekanizmalar ile birlikte ilkelere dayanan yönetim sisteminin yöneten-yönetilen ilişkisinde modern devletlerin meşruiyet temeli olması bakımından iki hukuk sisteminde birbirine yakın kullanımı söz konusudur.

C. YETKİ AŞIMI VEYA ULTRA VİRES

Latince bir terim olan "ultra vires" kavramının anlamı yetki aşımıdır. İngiltere'de idarenin yargısal denetimi açısından klasik dönem olarak adlandırılan dönemde mahkemelerin idari işlemleri yargılayabilmelerinin tek yolu bu kavramdan geçmektedir.[58] Bu çerçevede, ancak idareciler parlamentonun verdiği yetkiyi aştıkları takdirde idarenin işlem ve eylemleri hukuka aykırı hale gelmektedir.

MUMCU'ya göre ultra vires, "Kara Avrupası idare hukuku ilkelerine göre iptal davası kavramına benzeyen, anlam ve kapsamı ile (idari işlemlerin maksat unsurundaki sakatlık) konusunun özelliklerini taşıyan ve de Fransız dolayısı ile Türk Hukukunda (yetki saptırması- detournement de pouvoir) olarak adlandırılan hukuksal öğretidir."[59]

KARAHANOĞULLARI'na göre; "Ultra vires verilen yetkinin sınırları dışında kullanımını ifade eder, içeriksel ve yöntemsel yetki aşımı olarak ayrılır. İçeriksel ultra

[57] DİDDK, E. 2006/10873, K. 2006/1691, K.T.26.6.2008. www.kazanci.com.tr (Çalışmadaki aksi belirtilmeyen Danıştay kararlarına ilgili siteden Ocak-Kasım 2019 tarihleri arasında erişilmiştir.)

[58] ERHÜRMAN, s. 604.

[59] MUMCU, s. 53.

vires, idarenin yetkisi dışındaki konuları düzenlemesidir. Yöntemsel yetki aşımıysa belirlenmiş yöntemin izlenmemesi ya da doğru izlenmemesi durumunda ortaya çıkar."[60]

CANE'e göre ultra vires, kamu görevlilerinin kaynağını parlamentondan alan yetkilerini kullanırken, yetkiyi saptırmadan ve sınırları içinde kalmamaları durumunu ifade eder. Ancak mahkemelerin yargısal denetiminde gözetilen bu durum, idare üzerinde mahkemelerin bir hiyerarşik denetim yeri ya da kontrol mekanizması olarak değerlendirilmeden, bağımsız mahkemelerce parlamentonun yetkisine müdahale temelinde değerlendirilerek geliştirilen bir içtihat olarak ortaya çıkmaktadır.[61]

Makullük ilkesini açıklamak üzere İngiltere sisteminin tarihsel gelişimi ile birlikte incelenen noktalar, parlamento üstünlüğü ilkesinin ülke için tarihsel önemi nedeniyle hukukun ve hakkaniyetin gerçekleşmesi amacıyla çeşitli araçlar ile zayıflatılmadan uyarlandığını göstermektedir.

İngiltere'de mahkemelerin ancak yetki aşımı (ultra vires) olarak nitelendirilen noktaları denetleyerek hem yürütme karşısında hem de yargı karşısında yasamanın alanını korumaya çalışması ile hukuk ve hakkaniyetin gerçekleşmesi arasında denge gözettiği görülmektedir ayrıca her bir ilke süreç içerisinde değişerek ve gelişerek ilerlemekte ve yeni anlamlar kazanmaktadır.

İngiltere'nin sistemi değerlendirildiğinde parlamento ve ortak hukuk ile birlikte oluşan ve bu çerçevede idarenin yargısal denetiminin dayanakları ortaya çıkmaktadır. Bu dayanaklar kurumsal temelli olup, hukuk sistemini kurumların bağımsızlığı ile oluşmaktadır. Kuşkusuz bu kurumsal yaklaşım, pozitif hukuk kurallarına Kıta Avrupası hukuk sistemi kadar sıkı sıkıya bağlanma durumunun olmamasından kaynaklanmaktadır.

[60] KARAHANOĞULLARI Onur, "*İngiliz Hukukunda İkincil Yasama",* **AÜSBFD**, C.50, S.3, 1995, s. 224.
[61] CANE, s. 35-36.

İçtihatlar ve teamüller çerçevesinde, sistematik olarak devlet yapısını değişimler konusunda daha esnek hale getirmiş bulunan İngiltere'de kendine özgün gelişen kavramların benzerliği Kıta Avrupası hukuk sisteminde bulunmak ile birlikte farklı anlamlarda yer almaktadır.

Türkiye ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde idarenin iradesinin değerlendirilmesi, idari işlemlerin kurucu unsurları çerçevesinde hukuka uygunluk değerlendirmesidir. GÜNDAY'a göre Fransa'da idarenin yetkisini aşması denetimi ile başlayan süreç, zaman içerisinde idari işlemin hangi ögesinde sakatlık olduğunun tespiti ile gelişmiştir.[62]

İngiltere'de idare hukukunun gelişimine mahkemelerce geliştirilen ultra vires kavramının sebep olması ile Fransa'da yetki üzerinde gelişim birbirlerine yakın gözükmek ile birlikte İngiltere'de ultra vires temelli gelişen idarenin yargısal denetimi ancak 20. Yüzyılın ikinci yarısında gelişmiştir. Başlangıçta salt yetkinin varlığı söz konusu iken süreç içerisinde yetki kullanımı da yetkiyi anlamlandıran hale gelmiştir.

ERHÜRMAN'a göre; Birleşik Krallık'ta artık diğer ülkelere örnek olacak düzeyde idare hukuku, geliştirilmiş ve uyarlanmış ultra vires ya da common law yaklaşımı ile gelişmiştir.[63]

İki sistemin temel ayrılığı olan adli-idari mahkemeler ayrımı, üst metin olarak anayasal bir belgenin olup, olmaması ve içtihat hukuku olma niteliği bulunmak ile birlikte mevcut hukuki durumlar birbirlerine yakın hale gelmiştir, AİHM bu konuda Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerini birbirine yaklaştıran bir faktör olarak önemli rol oynamaktadır.

[62] GÜNDAY, s.152.

[63] ERHÜRMAN, s. 599-600.

II- İDARENİN YARGISAL DENETİM MERCİLERİ

Anglo-Sakson hukuk sisteminin içerisinde adli ve idari yargı ayrımının olmaması, Kıta Avrupası hukuk sisteminden en büyük farklarından birisi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hukuk ailesine mensup İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Avustralya gibi ülkelerde idari işlemlerin yargısal denetimi salt bu işe özgülenmiş mahkemeler yerine ortak mahkemeler olarak adlandırılan genel mahkemelerde yapılmaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise idari yargı, adli yargıdan bağımsız bir şekilde örgütlenmiş ve idarenin eylem ve işlemlerine bakan ayrı bir yargı düzeni olarak, üst mahkemeler ile birlikte örgütlenen yapı olarak çalışmaktadırlar.

A. İNGİLTERE'DE YARGI MERCİLERİ

Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisinde çalışmamızın ana eksenini belirleyen ülke olan İngiltere'de, 2005 yılında onaylanan "Constitutional Reform Act" ile başlayan yargısal reform ile Lordlar Kamarasının yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'ye ve yargıç seçimleri özel bir komisyona devredilerek güçler ayrılığına uygun dönüşüm yapılmıştır.[64] Bu reform çerçevesinde yargı mercileri yeniden örgütlenmiştir. Bu düzenleme ile İngiltere'de idarenin yargısal denetimini yapan merciler netleştirmiştir.

İngiltere'de idarenin yargısal denetimi, yarı yargısal-yönetsel kurullardan başlayan ve üst başvurularla yargı sisteminin içinde sürdürülen bir yapıda örgütlenmiştir.[65] Bu haliyle Fransa'da idari yargının tarihsel gelişiminin başlangıcı olan idari başvurular ve ona itirazlar süreci ile benzeşse de İngiltere'de divanlar (tribunals)

[64] EROĞUL, **Çağdaş,** s.39.

[65] KARAHANOĞULLARI Onur, "*İngiltere'de İdarenin Yargısal Denetimi",* **Üstad Dergisi**, S.2, 2017, s. 61.

olarak adlandırılan yapılar idarenin içerisinde yargı güvenliğine sahip üyelerden oluşmaktadır.

İngiltere'de, divanlar genel bir yasa ile değil, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin yasaların içerisinde oluşturulmuş yapılardır.[66] "Tribunals, Court and Enforcement Act (TCW Act 2007) ile yeniden düzenlenen divanlar değişik adlarla ortaya çıkan çok sayıda denetim biriminin ortak adıdır, aynı zamanda özel bir türdür. (panels, committees, tribunals, referees, adjudicators, commissioners, authority, board, agency, vd.) "[67]

Tıpkı mahkemeler gibi divanlarda yürütmeden ayrılmıştır.[68] Divanların oluşumu ve işleyişine yönelik yeni düzenleme ile yargısallaşma eğilimine girmişlerdir. Finansal olarak Adalet Bakanlığı ve divan üyelerinin atanmasının Adalet Bakanınca yapılması yargısallaşmayı göstermektedir.[69]

Divanlardan uyuşmazlıklara ilişkin sonuç elde edemeyen başvurucular, divan kararı aleyhine, kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, aynı zamanda İdari Başvurular Dairesi (Administrative Appelas Chamber) olarak adlandırılan Üst Divana (İdari Başvurular Dairesine) başvurabilirler."[70]

Üst divanın kararlarına karşı bu merciden izin almak veya izin alınamaması durumunda üst mahkemeye başvurulmak suretiyle izin aşaması geçildikten sonra, Kuzey İrlanda, İskoçya ve İngiltere-Galler ayrı ayrı olmak üzere İngiltere için, İngiltere-Galler Temyiz mahkemesine (High Court of England and Walles) başvurulabilir. Bu durumda artık divan değil mahkeme söz konusudur.[71]

---

[66] KARAHANOĞULLARI, "*İngiltere'de İdarenin Yargısal Denetimi",* s. 60.

[67] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.33-34.

[68] CANE Peter, **Administrative Tribunals and Adjudication**, Hart Publishing, Portland, 2009, s. 90.

[69] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.33-35.

[70] İbid., s.35.

[71] İbid., s.36.

High Court of Justice veya High Court of England and Walles (Yüksek Adliye Mahkemesi) olarak iki şekilde adlandırılan mahkemenin, altında bulunan bu üç kuruldan birisi olan Kral/Kraliçe Kurulu'nun (The Queen's Bench Divison) altında bir daire olarak çalışan İdare Mahkemesi (Administrative Court) bulunmaktadır.[72]

Yargısal örgütlenmenin en üst kademesinde ise tüm Birleşik Krallığı kapsayan, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of United Kingdom) bulunmaktadır. 2005 Anayasa reformu ile kurulan ve 2009 tarihinde faaliyete geçen bu mahkemeden önce Lordlar Kamarası'nın hukukçu lordlarından kurulu (Law Lords) en üst mercii olarak görev yapmaktaydı.[73]

Bu yapıların tarihsel süreçte İngiltere'de yönetsel ve yargısal olarak yeknesak bir örgütlenmede olmadı; ancak 2005 Anayasa reformu ile Yüksek Mahkeme'nin (Supreme Court) kurulması ve 2007 yılında çıkan divanlara ilişkin yasa (TCW Act 2007) ile idarenin yargılanmasında yapının sistematik olarak gelişimi görülmektedir. Bu durum, yargısal örgütlenmenin diğer kavram ve konular gibi ihtiyaç üzerine oluşturulduğunu ve yine ihtiyaç üzerine düzenlendiğini göstermektedir. Ayrıca Lordlar Kamarası'nın yargı yetkisini Yüksek Mahkemeye devretmesi, güçler ayrılığı ilkesinin tam olarak sağlandığını göstermektedir.

B. TÜRKİYE'DE YARGI MERCİLERİ

Türkiye'de 1961 Anayasasına kadar geçen süreçte Danıştay ilk ve tek merci olarak idari uyuşmazlıklara ilişkin yargılama yapmış, 1961 Anayasası'nda Danıştay'ın üst derece mahkemesi olarak görev yapacağına ilişkin hüküm olmasına rağmen, ilk dereceli tek yargı yeri olarak görevine devam etmiştir. 1982 Anayasası ve 2575, 2576 ve

[72] Akt. KARAHANOĞULLARI, 2019, s.37. https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/ Güncel hale erişim tarihi: 26.01.2020

[73] EROĞUL, **Çağdaş,** s.40.

2577 sayılı yasalar ile ilk derece idari yargı mercileri kurulmuştur. İki dereceli sistem, 2014 yılında istinaf mahkemelerinin kurulması ile üç dereceli olarak örgütlenmiş olup, Danıştay bu tarihten önce davaların büyük çoğunluğuna ilk derece veya temyiz yargılaması aşamalarında bakmakta iken 2014 sonrası kanunda sayılan daha az konuda temyiz yetkisini kullanmaktadır.[74]

Hukuk devletinin en önemli noktalarından olan yargısal denetim; Türkiye'de idarenin yargısal denetimi dayanağını Anayasa'dan alan, Danıştay tipi örgütlenme[75] ile en üst basamakta Danıştay'ın yer aldığı, Bölge İdare Mahkemeleri ile İdare ve Vergi Mahkemelerinden oluşan, dereceli örgütlenen, idarenin işlem ve eylemlerini denetleyen yapı olarak örgütlenmiştir.[76]

Danıştay idari yargılamanın en üst merci olarak kendi içinde daireler ve kurullar olarak örgütlenir. Daireler, birisi idari daire olmak üzere, vergi ve idari dava daireleri olarak görev yaparlar ve uyuşmazlığın niteliğine göre, konu yönünden görevleri belirlenir.[77] Yargısal işlere ilişkin kurullar olan; İdari Dava Daireleri Kurulu ve Vergi Dava Daireleri Kurulları ise yargısal anlamda Danıştay'ın en üst mercileri olup, ilk derece olarak dairelerde görülen davalarda temyiz ve yürütmenin durdurulması kararlarına itiraz ile istinaf mercilerinin ısrar kararlarının temyiz görevleri bulunur.[78] Ayrıca yargısal kurul olarak İçtihadı Birleştirme Kurulu; dava dairelerinin ve istinaf merciinde kesinleşen

[74] ULUSOY, s.52.

[75] İdari yargıda iki tip örgütlenme vardır; Danıştay tipi ve yüksek mahkeme tipi örgütlenmeler. Aralarındaki fark en üst idari yargılama yerinin Danıştay tipi örgütlenmede idari görevlerinin olması, yüksek mahkeme tipi örgütlenmede ise idari görevlerinin olmamasıdır.

[76] GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetim Hukuku**, 32. B., Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s.376-377.

[77] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.55.

[78] ULUSOY, s.674.

kararlar arasında aynı konu veya hukuksal probleme dayanan farklı kararları bir yönde kararlardan hangi içtihat yönünde olacağını bağlayıcı olarak tespit eder.[79]

Bölge İdare Mahkemeleri, ilk derece mahkemesi olarak görev yapmayan, vergi ve idare mahkemelerinin kararlarını istinaf yolu olarak inceleyen ve ilk derece mahkemelerinde alınan yürütmenin durdurulması kararlarına itirazı değerlendiren mahkemelerdir.[80] İlk derece mahkemeleri olarak vergi ve idare mahkemeleri, açılan davalarda karar ve yürütmenin durdurulması kararı vermekle görevli mahkemelerdir.[81]

Türkiye'de Danıştay'ın toplam üyelerinin dörtte biri olan Cumhurbaşkanınca atanan üyeler haricinde idari yargıda görevli üye ve yargıçlar, yargıçlık mesleğinden yetişirler. Tüm görevlilerin meslek güvenceleri ve yargısal bağımsızlıkları vardır.

İngiltere ve Türkiye'de yargı sisteminin temel farklılığı yargı birliği ve ayrılığı olarak ortaya çıkmaktadır. İngiltere'de yargı birliği içerisinde tek bir üst mahkeme altında yer alan alt düzeyde görevli idare mahkemesi ile idarenin yargılandığı idare mahkemelerine benzer mercilerde yürütülmektedir ve İngiltere'de ki yapılanma en üst düzeyde tekçi yapıya dönüşmektedir. Bu yönüyle idarenin yargısal denetimi bu konuda uzmanlaşmış yargı organları eliyle yapılmaktadır.

Türkiye'nin düalist yapısından kaynaklı adli ve idari yargı ayrımı net ve usul kuralları açısından keskin bir şekilde ayrılmak ile birlikte; KARAHANOĞULLARI'na göre, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular ile önüne gelen uyuşmazlıklarda verdiği kararlar neticesinde Türkiye'de de yargı birliğinin süreç içerisinde oluşması söz konusu olabilir.[82]

[79] ULUSOY, s.674.

[80] İbid., 676.

[81] İbid., 678.

[82] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.41-42.

İngiltere'ye özgü divan yapılanması niteliği itibariyle, idarenin yürüttüğü hizmetlere yakın kişilerce yarı-yargısal bir şekilde yürütülmesi yargısal denetimde avantaj sağlamaya elverişlidir. İdarenin eylem ve işlemlerinin teknik bilgiye daha yakın olan mercilerce değerlendirilmesi mahkeme aşamasından önce usul ekonomisi sağlayabilir nitelikli olmak ile birlikte, Türkiye'de bu uygulamaya benzer zorunlu idari başvurular divanların kuruluş ve görevlilerinin konumu ile karşılaştırılabilir düzeyde değildir.

III- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN ÖLÇÜTLERİ

İngiltere'de idarenin yargısal denetimine ilişkin ölçütlerin sınıflandırılması Lord Diplock tarafından *Council for Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (GCHQ)[83] kararında yapılmıştır. Lord Diplock'a göre, mahkemeler "illegality" (yasa dışılık), "irrationality" (makul olmama) ve "procedural impropriety" (usule aykırılık) yönünden uyuşmazlıkları inceleyebilirler, ancak yargıca göre bu üçlü ayrıma Avrupa Birliği ülkelerinde kullanılan ölçülülük ilkesinin eklenmesi mümkündür.[84]

Lord Diplock'tan sonra, İngiltere'de idarenin yargısal denetimin ölçütlerine (grounds of judicial review) ilişkin olarak genel sınıflandırma, Lordlar Kamarası tarafından *Boddington v British Transport Police (1998)* davasında yapılmış ve üçlü ayrıma gidilmiştir; esasa (substantive grounds), usule (procedural grounds) ve insan haklarına (human rights grounds) ilişkin ölçütler.[85]

KARAHANOĞULLARI'na göre ise, "İngiltere'de yargısal denetim; idarenin takdir yetkisinin, usa veya hukuka aykırı (unreasonably or unlawfully) ve karar

[83] Council for Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374, [1984] 3 All ER 935, [1985] IRLR 28, [1985] ICR 14, [1984] UKHL 9, [1984] 3 WLR 1174. Akt. ERHÜRMAN, s. 616.

[84] GRACE, s. 221.

[85] İbid., s.221.

yönteminin adil olup olmadığına veya varılan sonucun insan haklarını ihlal edip etmediğine ilişkin bir denetimdir."[86]

İngiltere'de idarenin yargısal denetimine ilişkin genel esaslar ve kavramlar çalışmanın ana ekseni olan makullük ilkesi ile birlikte gelişmiştir. Sürekli devinim halinde olan İngiliz hukukunda idarenin yargısal denetiminde son yıllarda yaşanan gelişmeler, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin genişlediğini göstermek ile birlikte bu alana ilişkin geleneksel korumacı anlayışın da devam ettiğini göstermektedir. İngiltere'nin özgün kurumları ve geliştirdiği idare hukuku anlayışına Avrupa Birliği ve özellikle AİHM'in katkıları olmaktadır.

Türkiye'de idari işlemin unsurlarında esas ve usul olarak ikili ayrım vardır; "yetki ve şekil unsurları 'usule'; sebep, konu ve amaç unsurları 'esasa' ilişkidir."[87] İdarenin kamu gücü ayrıcalığına sahip olan işlemleri bir hukuki işlem türü olarak farklılaşır.[88] İdari işlemin beş unsuru; yetki, şekil (biçim), sebep (neden), konu ve maksat (amaç) unsurlarıdır. Sebep ve amaç unsurları, sadece hukuki işlemler kümesinin bir parçasını oluşturan "idari işlemler" de mevcuttur ve idari işlemlere özgü unsurlardır. Özel hukuk işlemlerinde bu iki unsur bulunmamaktadır.[89]

İdarenin iradesini ortaya koyan temel araç idari işlemlerin yapısını anlamak için işlemi öğelerine ayırmak etkili çözümleme aracıdır.[90] İşlemin hangi öğesinde aykırılığın meydana geldiğinin tespiti, idari yargı tekniğinin gelişmesine neden olmuştur.[91]

---

[86] KARAHANOĞULLARI, "*İngiltere'de İdarenin*", s. 63.

[87] ULUSOY, s.375.

[88] DAMAR Fatma Betül, **Bir Hukuki İşlem Türü Olarak İdari İşlem**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2014, s. 67.

[89] ONAR, s.278.

[90] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.323.

[91] Bkz. s.23.

İdarenin iradesinin, hukuka uygun olarak kurulması için uyması gereken unsurlar vardır. Hukuka uygunluğun karşıtı olan hukuka aykırılık, idari işlem ve kararların başta Anayasa olmak üzere kanunlara, kanunlara eşit hukuk kaynaklarına ve düzenleyici işlemlere aykırılığı ifade eder.[92] İdari işlemin hukuka aykırılığı bunların yanında idari kararın içeriğini düzenleyen hukuk kurallarına aykırılığı da kapsar.[93]

Bu çerçevede idari işlemin unsurlarını anlamlandıran alt ilkeleri ve gelişen idari yargı tekniği ile değerlendirme yapılması, çalışmanın ana tartışması olan makullük ilkesine ilişkin anlaşılabilir bir çerçeveyi ortaya koyacaktır.

İngiltere'de idarenin yargısal denetiminin ölçütlerinin sınıflandırılması yargı kararları ile ortaya çıkmış olup, Kıta Avrupası ölçütlerine göre dağınık halde bulunmaktadır. Yetkiden doğan denetim anlayışı, yetkinin usule ilişkin boyutu aşarak esasa ilişkin denetimi doğurmuştur. Bu yönüyle Kıta Avrupası hukuk sistemine benzemektedir.

İçtihat temelli olarak esnek yapıda olan İngiliz hukukunda Kıta Avrupası değerlendirmesi gibi unsur ayrımı yerine, kavram temelli yaklaşım ile ölçütler tanımlanmaktadır. Esasa ilişkin ölçütler üç alt grupta; makul olma, hukuka uygun olma ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.[94] Usule ilişkin ölçütler ise; usulde doğal adalet ilkeleri, idarenin önyargısız ve tarafsız hareket etme zorunluluğu ve haklı beklentilere cevap verecek şekilde işlem tesis etmesi hususları bulunmaktadır.[95]

İngiltere'de pozitif hukuk kuralları yerine mahkeme kararlarına dayanarak yapılan ölçütlerin sınıflandırılması, idarenin takdir yetkisinin denetiminin yetki aşımı (ultra vires)

[92] GÜNDAY, s.151.

[93] İbid., s.152.

[94] GRACE, s.220.

[95] İbid., s.237.

temelli gelişmesi ve yargı birliğinin olduğu bir sistemde kavramların Kıta Avrupası'nda olduğu gibi net ayrımlar ile değerlendirilmemesi söz konusudur. Bu yaklaşım, hem idarenin yargısal denetiminde ilkelerin ve kuralların gelişim olanağını hem de yargısal denetimin tamamen ortadan kalma olasılığı içermektedir. Anglosakson hukuk sisteminin genel özellikleri ve mahkemelerin işleyişi yargısal denetimin gerilemesi ihtimalini azaltmaktadır.

İki ülkede idarenin yargısal denetiminin esas ve usulüne ilişkin ölçütlerin incelenmesine çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümde detaylı olarak yer verilerek makullük ilkesi açıklanacaktır.

IV- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI

Türkiye'de idarenin denetim yollarından birisi olan yargısal denetimin incelenmesi kapsamında, makullük ilkesine ilişkin değerlendirmede bulunabilmek için, öncelikle Türkiye'nin idari yargılama alanının kapsam ve sınırlarına ilişkin çerçeveye değinilmesi gerekmektedir.

Türkiye'de idari yargının idarenin yargısal denetiminde kullandığı araçlarının kapsamı ve yargısal denetimin sınırlarına ilişkin bir değerlendirme yapılarak, makullük ilkesinin Türkiye'de uygulanılabilir olması ve bir ilke olarak hukukilik denetimi kapsamında yer alabilme durumu tartışılacaktır.

İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda bazı kısıtlamalar vardır. KAPLAN, bu kısıtlamaları yatay ve dikey kısıtlamalar olarak iki grupta toplamaktadır. Yatay kısıtlamalar belirli konularda yargı yolunu kapatan yargı ve yasama kısıntıları olarak belirtilmektedir. Dikey kısıtlamalar ise Anayasanın 125.maddesinden doğan yargı denetiminin yoğunluğuna ilişkin üç başlık altında toplanan kısıtlamalardır.[96] Bunlara ek

[96] KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, B.2, Bursa, 2017, s.57.

olarak kimi uyuşmazlıklara ilişkin yargı düzeninin idari yargıdan, özel hükümlerle adli yargıya kaydırılması da idari yargı alanının sınırlanmasıdır.[97]

Yargı ve yasama kısıtlamaları yargı yolunu kapatan kısıtlamalar olduğundan davanın görülebilmesinin önünde engel oluşturduğundan öncelikle bunlara değinilmesi gerekmektedir.

Yargı kısıntısı kavramı mahkemelerin içtihatları ile yargı yolunu kendi kendisine kapatmasıdır ve bunun en tipik örneği hükümet tasarrufları olarak belirtilen idari kararlardır.[98] Daha önce değinildiği gibi 1961 Anayasasından bu yana idari yargının uyuşmazlıklardan el çekmesi söz konusu değildir.

Yasama kısıntıları ise Anayasa ve kanunlar ile idari yargı alanına kısıtlamalar getirilmesidir.[99] ULUSOY'a göre Anayasa'nın genel kuralı olarak idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır, ancak sadece Anayasa ile maddeleri arasında ortaya çıkan *pratik uyuşum* nedeniyle kısıtlama getirilebilir, kanun ile kısıtlama öngörülemez.[100] Bu yönde yasa kuralları anayasaya aykırı olduğu için olanak varsa anayasaya uygun yorumlanmaya çalışılır, yoksa ihmal edilerek Anayasanın 125.maddesi doğrudan uygulanarak yargı yolu açık kabul edilmelidir.[101]

Bir başka istisna durumu ise göreve ilişkindir. İYUK m.14 gereği idari davaların ön koşulları içerisinde ilk sırada görev ön koşulu gelmektedir. Türkiye'de adli ve idari yargı düzenleri vardır. İki yargı düzeninden hangisinin uyuşmazlığa bakacağı hususu çekişmeli ise olumlu veya olumsuz görev uyuşmazlığı vasıtası ile Uyuşmazlık

[97] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.118.

[98] ULUSOY, s.660.

[99] KAPLAN, s.61.

[100] ULUSOY, s.659.

[101] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.100.

Mahkemesince incelenir.[102] Olumlu görev uyuşmazlığı iki yargı kolunun da kendini görevli görmesi, olumsuz görev uyuşmazlığı ise iki yargı kolunun da kendini görevsiz görmesi halidir.[103]

Uyuşmazlığın niteliğinin hangi yargı düzeninin alanına gireceği hususu ULUSOY'a göre; genel kural taraflardan birinin idare ve kamu hukukundan doğan kural olması gerektiğidir. İstisna olarak kanunlarda özel hükümler ile adli yargıya görev vermiş olabilir.[104] KARAHANOĞULLARI'na göre; "İdarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların doğal ve genel yargıcı idari yargı düzenidir."[105] Yargı düzeni kaydırmalarının anayasaya aykırı olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde yapılacağı kabul edilmektedir.[106]

İdareden kaynaklı -kanunlarca adli yargı düzenine bırakılmamış- tüm eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı yerlerince çözümlenecektir. Bu alana ilişkin genel çerçeve[107] üzerinden bakılacak olursa, yargısal denetimin alanı Anayasa ile kapatılmayan ve adli yargı alanına aktarılmayan idari işlem ve eylemler idari yargı alanında yargılanabilir.

Dikey kısıtlama olarak, Anayasa'nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasından kaynaklanan sınırlandırmalar vardır ve dördüncü fıkra; *"Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik*

---

[102] İki düzen üzerinden açıklama yapmak daha isabetli olacaktır, zira Anayasa Mahkemesi, Yüksek Seçim Kurulu ve Sayıştay'ın konumuna değinilmeden, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun kapsamında değerlendirme yapılmıştır.

[103] ULUSOY, s.670.

[104] İbid., s.664.

[105] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.84.

[106] İbid., s.121.

[107] ULUSOY, s.656-662. Ulusoy, yargısal denetin sınır ve kapsamını; yerindelik denetimi yasağı, yasama kısıntıları (Anayasa ile yargı yolunun kapatılması) ve yargı kısıntısı (hükümet tasarrufları) olarak belirtmektedir.

denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez." hükmünü belirtir.

Danıştay'a göre bu sınırlandırmalar yargısal denetime ilişkin olup, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin kullanımında sınırları da belirlemektedir.[108] Anayasadan kaynaklı bu sınırlandırmaları KARAHANOĞULLARI; "yargı gücü sınırlandırmaları" olarak adlandırmaktadır ve bu sınırlandırmaları iki küme halinde açıklamaktadır; "Birinci küme 'idarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilememesi' ikinci küme ise 'hukuka uygunluk denetimi', 'yasallık denetimi', 'yerindelik denetimi' ve 'takdir yetkisinin denetimi' olarak" gruplandırmıştır.[109]

İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde, adli-idari yargı ayrımı bulunmadığından göreve ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır. Dikey ve yatay kısıtlamalar Türkiye'deki kısıtlamalara benzemekle birlikte kesin sınırları çizilen bir noktada değildir.

İngiltere'de parlamento egemenliği ilkesine dayanan ultra vires ilkesi çerçevesinde mahkemeler hukukun egemenliğinin (rule of law) güvenceye alınması amacıyla yargısal denetim yapmaktadır.[110] Bir idari merciin kararı ultra vires değil ise, yani intra vires kabul ediliyor ise o noktada yargılamaya açık bir nokta bulunmamaktadır.[111] Yargısal alanın genel çerçevesi bu yönde olup, yargılamaya esas ölçütler kullanılmaktadır.

[108] TAN Turgut, **İdare Hukuku**, B. 7, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 926.

[109] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.152.

[110] GRACE, s.196.

[111] İbid., s.197.

İngiltere'de yargısal denetimin genel çerçevesinin altında yatan mantık; yasal kaynağı ne olursa olsun, kamu gücü kullanıldığında idarecinin, adil, makul ve yasalara uygun hareket etmesi gerekliliği ve idari faaliyetin hukuka uygunluğu olup, yargılamanın özü bu noktalardır.[112] Bu durumun dayanağı ultra vires temelli yaklaşımda parlamentonun zımni iradesinin idarecilere yetkiyi adil ve makul bir şekilde kullanması yönünde olduğu kabulüdür.[113]

İdarenin takdir yetkisinin kullanımında sınır aşılmadığında İngiltere'de yargısal denetim esastan söz konusu değildir. Sınır aşıldığı ise mahkemenin kararlarının niteliği Türkiye'de olduğu gibi yatay sınırlama olarak tabir edilen sınırlamalara bağlı değildir. Bir sonraki başlıkta açıklanacağı üzere mahkemelerde öne sürülen dava türleri idareye mahkemelerce emir verilmesi ve idarenin işlemlerinin iptal edilmesi sonucunda bazı durumlarda mahkemenin uygulamayı gerçekleştirmesidir. Bu yönüyle İngiltere'de mahkemelerin kararlarına ilişkin sınırların, Türkiye'de anayasa ile getirilen sınırlamalardan farklı olduğunu görülmektedir.

İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde Kıta Avrupası ve Türkiye'den farklı olarak mahkemelerin uyuşmazlıkları sonuca bağlamasında takdir yetkisinin bulunmasıdır. Türkiye'de idari yargı mercilerinin önüne gelen uyuşmazlıklar dava önkoşullarını sağladığı takdirde mahkeme tarafından talep ve dava türü ile bağlantılı olarak sonuçlandırılmalıdır. İngiltere'de yargılamanın parlamento egemenliği ve ultra vires ile birlikte gelişen dışsal özelliğinden dolayı idarenin işlemlerinin bu dışsal denetim çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusudur.

Bu yaklaşım sonucu olarak, İngiltere'de mahkemeler önüne gelen uyuşmazlıklarda idarenin hukuka uygunluğunu odak noktasına alarak davacıların

[112] BRADLEY A. / EWİNG K D., s.661.

[113] ERHÜRMAN, s.607.

taleplerini yanıtlamak veya hukuki çözüme hükmetmek konusunda takdir yetkisine sahip olup, davacının iyi niyeti, karar sonucunda idarenin durumu veya kamu yararını gözeterek hukuki çözüme hükmetmeyebilir. Ayrıca mahkemeler talep ile bağlı olmayıp davacının talep ettiği çözümden başka çözümlere de hükmedebilir.[114] Talep ile bağlı olmama veya uyuşmazlığı çözümsüz bırakmak gibi Kıta Avrupası sisteminde olmayan durumlar İngiltere'de tarihsel süreçten gelen hakkaniyet hukuku, idarenin yasalara dayanmasından ötürü parlamento egemenliği gibi kavramların duruma göre uygulandığını gösterebilir.

Türkiye'de anayasa ile denetim dışına çıkarılan alanlar gibi, İngiltere'de de idari yargı denetimi dışında kalan alanlar bulunmaktadır. İngiltere'de bu alan -Türkiye'de anayasal kısıtlamalar iken- doğrudan yasalara dayanmayan işlemlerde ortaya çıkmaktadır. Ultra vires temelli yargısal denetim yaklaşımına göre parlamentonun vermediği yetkilerin denetimi söz konusu olmamaktadır. "Kraliyet imtiyazlarına (royal prerogative) dayanılarak yapılan işlemler, idarenin yasalarda yetkilendirilmesine gerek olmayan işlemler ile ve yasayla kurulmamış olan (non-statutory) kuruluşların yaptığı işlemler doğal olarak yargı denetiminin dışında kalmaktadırlar."[115]

V- İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE DAVA TÜRLERİ

İngiltere'de 2005 Anayasa reformundan önce idarenin yargısal denetimini yapan mahkemelerde; "Hak arama araçları, yani dava türleri (remedies, "yargısal denetim metodları") certiori (celp müzekkeresi), prohibition (yasaklama), mandamus (yap emri), injuction (ihtar) ve declaration (tespit)'"[116] olarak ortaya çıkmaktadır.

[114] DÜĞER Sırrı, **Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.186.

[115] ERHÜRMAN, s.607.

[116] KARAHANOĞULLARI, "İkincil Yasama", s.223.

İdarenin yargısal denetiminde bu beş metot "prerogative orders" ve "privite law remedies" olarak iki şekilde görülmektedir. Prerogative orders (kamu hukuku çareleri, diğer adıyla *"hakim emirleri"*[117] veya doğrudan çeviri olarak ayrıcalıklı yöntem-emir); certiori, prohibition ve mandamus olup, privite law remedies (özel hukuktan doğan çareler) ise injuction ve declaration olarak kategorilendirilmiştir.[118]

Prerogative orders kavramı; İngiltere'nin yargısal yapısının tek bir üst mahkeme altında birleşmesi ve esasında özel hukuk kuralları çerçevesinde uyuşmazlıkları incelemelerinden dolayı ayrıcalıklı olarak mahkemelerin idareyi denetlerken kullandığı özel kavram setlerini belirtmek için kullanılmaktadır. Bu nedenle ayrıcalıklı yöntem veya emir olarak çevirisi yapılabilir. Ayrıca özel hukuk çareleri başlangıçta sadece özel hukuk alanında iken artık kamu hukuku alanında kullanıldığından "sözde" (so-called) özel hukuk çareleri olarak nitelendirilmektedir.[119] İngiltere'de bu şekilde gelişen kamu hukukundaki kavramsal ayrımların yavaş yavaş ortadan kalmaya başladığı yönünde bir çıkarım yapılabilir.

Öte yandan CANE dava türlerini sınıflandırırken,[120] ARSLAN gibi ikili ayrım yapmak ile birlikte parasal tazmin aracı olarak "damages" (idarenin işlemleri sonucu kusurlu veya kusursuz (risk) tehlike) ve "restitution" (eski hale getirme) türlerini de özel hukuktan doğan dava türleri arasına almaktadır.

Özel yöntemler olan certiori (celp müzekkeresi), prohibition (yasaklama), mandamus (yap emri) artık mahkemelerce sırasıyla "quashing orders", "prohibiting

---

[117] ERHÜRMAN Tufan, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku**: **Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2012, s. 190.

[118] ARSLAN Zehreddin, *İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararlarının Niteliği*, **İÜSBFD**, S.10, 1995, s.21.

[119] ERHÜRMAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s.190.

[120] CANE, s.299.

orders", "mandatory orders" olarak kullanılmaktadır.[121] Bu kavramların geçtiği yasa olan; Civil Procedure Rules bu usullerin yeni adını düzenlemekte olup, aynı şekilde Supreme Court Act bu yönde değiştirilmiştir.[122]

Kamu hukukunda doğan yöntemler, geleneksel olarak Taç (Crown) veya merkezi hükümete karşı geçmişte ileri sürülemiyordu, ancak günümüzde Bakanların hükümet işlerinden sorumlu olması nedeniyle bu dava türleri Taç'ın memuru olan Bakanlar açısından bağlayıcıdır ve mahkemelerin "quashing orders", "prohibiting orders", "mandatory orders" kararlarına uymamak ilgililer hakkında kişisel sorumluluk doğurur niteliktedir.[123]

Türkiye'de idarenin yargısal denetimi dava ile başlayan özelliktedir.[124] İdari yargıda iptal ve tam yargı davası olmak üzere iki dava türü vardır.[125] İptal davası idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırmaya, tam yargı davası ise idareden kaynaklı kişilerin mal ve şahıs varlığında bozulmayı, zararı gidermeye yöneliktir.[126] İki dava türünde farklılaşma, davaların açılmasına dayanak olan idarenin iradesinin niteliğinden çıkmaktadır. CANDAN'a göre idarenin iradesi işlem tesis etme, eylemde bulunma ve sözleşme imzalamakla üç şekilde ortaya çıkar.[127] İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için iptal veya tam yargı davası açılabilir. Bu üçüncü irade türü idarenin iradesinin ortaya çıkışı ile alakalı olup, ayrı bir dava türü olarak kabul edilmemektedir.[128]

---

[121] CANE, s.299.

[122] ERHÜRMAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s.190.

[123] CANE, s.302.

[124] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.224

[125] ULUSOY, s.678.

[126] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.224, ULUSOY, s.679.

[127] CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005, s.59.

[128] CANDAN, s.59, ULUSOY, s.679.

İptal davası; sadece kesin ve yürütülebilir idari işlemlere karşı açılan, geçmişe etkili, objektif nitelikli, idari işlemin yargılandığı, menfaat ihlalinin dava için yeterli olduğu, dava açılmasının işlemin geçerliliğini etkilemediği ve idareye emir, talimat verilmeyen ve edim davası niteliğinde olmayan dava türüdür.[129] Pek çok yönüyle İngiltere'de karşılığı olan dava türünden farklılaşmaktadır.

İngiltere'de iptal emri, (quashing orders) Türkiye'de ki iptal davasına benzemekle birlikte, yargıçların karar verme veya vermeme konusunda takdir yetkisinin olması[130] ve kararın emir niteliğinde[131] olması Türkiye'de ki iptal davasının niteliğinden farklılıkları ortaya koymaktadır. Ayrıca diğer iki kamusal nitelikli dava türü olan yasaklama emri (prohibiting orders) ve yap emri (mandatory orders) Türkiye'de bulunmamak ile birlikte, idarenin faaliyetini geleceğe yönelik durdurma kurumu olan yasaklama emri olası hukuka aykırılıklar için koruma sağlamaktadır.

Yap emri (mandatory orders) ise idarenin faaliyete geçme veya geçmeme yönünde mahkemece zorlanması olarak koruyucu özellikler taşımaktadır. İngiltere'de kamu hukukuna dayanan dava türleri Türkiye'deki iptal davasına göre daha geniş bir koruma alanı sağlamaktadır. Ayrıca "quashing order" Supreme Court Act ve Civil Procedure Rules'ta düzenlenen sonuçları ile Kıta Avrupası hukuk sistemindeki iptal davasından farklıdır. Mahkemenin idareye kararı ile uyumlu olarak yeni durum için emir vermesi ve bazı durumlarda yerine geçerek karar vermesi durumlarını söz konusudur.[132]

İhtar (injuction), yasaklama emri (prohibiting orders) ve yap emri (mandatory orders) işlevlerini yerine getiren özel hukuk kavramı olmak ile birlikte yürütmenin

[129] ULUSOY, s.680-683.

[130] DÜĞER, s.186.

[131] İbid., s.207.

[132] ERHÜRMAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s.191.

durdurulmasını sağlayan işlevi olan bir karar türü olarak bir ara emir niteliğinde kullanılır.[133]

Makullük ilkesinin geliştiği içtihat olan 1947 tarihli Wednesbury kararında başvurulan dava türü olan declaration (tespit) davası Taç'a karşı ileri sürülebilen tek istisna dava türü olarak bulunmak ile birlikte İngiltere'de 1978 yılından itibaren mahkemelerce başvuruculara iptal emri (quashing orders) yöntemi tavsiye edilerek kullanılmamaktadır. Pratikte herhangi bir hukuksal değişiklik yaratmayan bu dava türü sadece iptal emrine yönelik açılacak davada dayanak olarak kullanılabilir niteliktedir.[134]

İngiltere'de özel hukuka dayanan dava türlerinden "damages"[135] ile tazmin amacı güdülmesi nedeniyle Türkiye'de ki tam yargı davasına benzerlik söz konusu olmaktadır. İngiltere'de idarenin hukuka aykırı işlemleri ve idarenin eylemlerinin potansiyel zararlarından doğan risk ilkesi olarak adlandırılan durumlara karşı "damage" tam anlamıyla özel hukuk çaresi olarak dava türlerinin içinde yer alır.[136]

Türkiye'de idarenin yol açtığı zararların tazmini amacını güden sübjektif nitelikli dava türü olan tam yargı davası eylemden kaynaklı ise öncelikle idareden zararın tazmini talebinde bulunulması ve bu talebin reddedilmesi sonucu açılabilir niteliktedir.[137]

İYUK m.2 gereğince idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı hakları etkilenen kişileri açabileceği dava türü olan tam yargı davası tek başına açılacağı gibi, iptal davası ile birlikte açılabilir niteliktedir. Tam yargı davalarının maliyetinin istenilen tazminat ile

[133] ERHÜRMAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s.191.

[134] ARSLAN, s.23, CANE, s.306-307.

[135] CANE, s.310.

[136] İbid., s.311-312.

[137] ULUSOY, s.683-684.

orantılı olup, yüksek olmasından dolayı uygulamada öncelikle iptal davası açılarak bu davanın sonucuna göre tam yargı davası açılması tercih edilmektedir.[138]

İdarenin yargısal denetiminde, İngiltere'de gerek divanlar aşaması gerekse idarenin takdir yetkisine dayanan işlemlere ilişkin mahkemelerin ultra vires temelli yargılama yapma pratikleri göz önüne alındığında, mahkemelerde dava açmanın Türkiye'ye göre daha zor bir süreç olduğu açıktır. Öte yandan davaların türlerinin çeşitliliği ve mahkeme kararlarının sonuçları ve yaptırımı İngiltere'de çok daha geniş bir alana etki etmektedir.

İngiltere ve Türkiye'ye ilişkin açıklanan idarenin yargısal denetiminin genel hatları çerçevesinde ikinci bölümde İngiltere'de makullük ilkesi açıklanarak, üçüncü bölümde Türkiye'de karşılığı veya kullanımının olasılığı değerlendirilecektir.

[138] ULUSOY, s.685.

İKİNCİ BÖLÜM

İNGİLTERE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE MAKULLÜK İLKESİ

Çalışmanın ana eksenini oluşturan makullük kavramının yönetsel alanda yer almasına ilişkin çeşitli teorik açıklamalar vardır. Bu açıklamalardan birisi, temsili demokrasilerde yurttaşların, seçtiği temsilcilerin makul olmayan yasalar yapmayacağı veya öznel hareket etmeyeceği ön kabulüne dayanır. Bir diğeri ise ortak hukuk (common law) ilkelerinin tarihsel gelişimi, bu gelişimin temelinde yatan doğal hukuk ilkelerinin varlığı ve güçler ayrılığı ilkesinin sonucu olarak yasaları uygulayan kamu görevlilerinin sınırlarının belirlenmesidir.[139]

I- WEDNESBURY İLKELERİ

İngiltere'de yargısal denetimin temelinde yer alan "ultra vires" kavramının uygulama ve değerlendirilmesi açısından 1947 yılında verilen Wednesbury kararının,[140] yargısal denetimi geliştiren ve kapsamının değişimine sebep olan ilk karar olarak ortaya çıktığı görülmektedir.[141]

İlk ortaya çıktığı dönemde daha kısıtlı uygulaması bulunmak ilke, daha sonrasında süreç içerisinde İngiltere'de idarenin yargısal denetiminin ölçütlerini gelişmiştir. Özellikle esasa ilişkin ölçütler büyük oranda Wednesbury kararının temelinde kurulan

---

[139] AIRO-FARULLA Geoff, "*Reasonableness, rationality and proportionality*" **Australian Administrative Law,** (Ed. GROVES Matthew/LEE H P/) içinde, Cambridge, 2007, s. 212.

[140] Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] 2 All ER 680, [1948] KB 223, [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 KB 223 https://www.bailii.org Erişim: 13.05.2018.

[141] ERHÜRMAN, s.608.

denetim mekanizması ile geliştirilmiştir. Bu kapsamda klasik dönem, ilkenin geliştiği dönem ve AİHS çerçevesinde ölçülülük ilkesi ile birlikte değerlendirilecektir.

A. KLASİK WEDNESBURY İLKELERİ

Makullük ilkesi, 1947 yılında verilen Wednesbury kararında geleneksel ultra vires yaklaşımını genişleten içtihat olarak ortaya çıkmıştır. Bu kararda belirtilen ve Wednesbury ilkeleri olarak anılan ilkeler Anglo-Sakson hukukunda idarenin yargısal denetiminde önemli değişime sebep olmuş ve idarenin yargısal denetiminde yeni bir yol açmıştır.

Kararın içeriğinden dolayı adını ilkeye veren Wednesbury kararındaki uyuşmazlıkta, "davacı, mahkemeden Wednesbury Corporation'ın (idarenin) pazar günleri sinema gösterimi yapabilmesi için verdiği lisansın içerdiği koşulların makul olmadığı yönünde declaration (tespit) kararı istemiştir. Mahkeme (The King's Bench Divison) söz konusu düzenlemenin idarenin takdir yetkisinde olduğunu belirtmiştir ve talebi reddetmiştir."[142]

Uyuşmazlığa bakan Lord Greene ret kararını alırken bundan sonra Wednesbury ilkeleri olarak adlandırılacak olan bir gerekçe ile hareket etmiştir. Bu gerekçeye göre; "… idare, karar alırken, dikkate almaması gereken unsurları dikkate almamalı, dikkate alması gereken unsurları dikkate almalı ve hiçbir makul idarenin ulaşmayacağı kadar gayrimakul bir sonuca ulaşmamalıdır. Mahkeme'ye göre, aksi halde idare, parlamentonun kendisine verdiği yetkileri aşmış kabul edilecektir."[143]

[142] ERHÜRMAN, s. 609.

[143] İbid., s. 610.

Kararda, idarenin ve idarecinin kararlarını alırken yetkisini makul ve akla uygun kullanabilmesi ve idareye verilen bir yetkinin kullanılırken sonuca giden yolda idarecilerin davranışlarının hukuka uygun olabilmesine ilişkin belirli ilkeler vardır.

CRAIG'e göre, Lord Greene'nin Wednesbury kararında makullük ilkesi iki anlama gelmektedir; koruma (umbrella sense) ve esasa ilişkin koruma (substantive sense). Genel koruma olarak idarenin dikkate alması veya almaması gereken unsurlar; alakasız çıkarımlar, amaca uymayan çıkarımlar ve kötü niyet (*mala fide*) gibi karar alım sürecinde olmaması gereken davranışlardır. Esasa ilişkin koruma ise idarenin aşırı değerlendirme yapmaması ve amaç ile alakalı olarak hareket etme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.[144]

Makullük ilkesinin ortaya çıktığı dönemde salt parlamento egemenliği ve hukuka uygunluk (rule of law) kavramları üzerinden yargısal denetim yapılmaktadır. Bu sebeple, GOODWIN'e göre; "geleneksel Wednesbury" olarak adlandırılan bu dönemde; "idarenin takdir yetkisi alanında idarecinin kararları sınırlar içinde kaldığı ölçüde hukuka uygundur" ve "klasik yönetim hukukunda denetimin, idarenin hukuka aykırı eylemleri ile ilgileneceği, kararların sonucunda ortaya çıkacak fayda ile ilgilenmeyeceği"[145] yönünde yaklaşım geliştirilmiştir. Ancak zaman içerisinde Wednesbury ilkelerinin esnek ve değişken yönü nedeniyle, uyuşmazlığın konusuyla alakalı olarak idarenin takdir yetkisi üzerinde denetim gelişmiştir.[146]

Klasik yaklaşımın genel koruma yönüne yakın olduğu ve esasa ilişkin yönü ile gelişmiş ilkeler çerçevesinde Kıta Avrupa'sı temelli denetim anlayışına yönelen bir çizgide ilerlediği değerlendirilebilir.

---

[144] CRAIG Paul, **Administrative Law**, Sixth Edition,Sweet&Maxwell, London, 2008, s.532.

[145] GOODWİN, James, **The last defence of Wednesbury**, Public Law, 2012, s.447.

[146] İbid., s.448.

CANE'e göre, ilkenin geleneksel formatı çerçevesinde, makul olmama durumu gerçek hayatta nadiren ortaya çıkar.[147] Klasik yaklaşım idarenin takdir yetkisini idare lehine kayda değer ölçüde geniş yorumlamaktadır.[148] Takdir yetkisine ilişkin bu yaklaşım parlamento iradesinin tartışılmaz olmasından kaynaklanmaktadır.

TAGGART'a göre, klasik Wednesbury ilkeleri, idarenin makul olmayan davranışlarının yasaya aykırılık, mantıksız olma ve kötü değerlendirme gibi kıstaslar ile değerlendirilen bir güvenlik ağıdır.[149] Makullük ilkesinin klasik yaklaşımında yargıçların, idarenin politikaları ile ilgili konuları yargılama alanının dışında bıraktağı ve bu alana karışmadıkları görülmektedir. Yargılamada bu tekniğin uygulanabilmesi için; yargısal denetim başvurularını talep edebileceklerin kısıtlanması (Türkiye'de uygulanan dava açma ehliyeti uygulamasının olabildiğince kısıtlanması), uyuşmazlığın yargılanabilir olup olmadığının değerlendirilmesi, uyuşmazlığa ilişkin kanıtların kısıtlanması ve yargısal müdahalenin gerçekleşebilmesi için yüksek standartlar koyulması gibi yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu kıstaslar Wednesbury kararından örneklendirilmiştir ve klasik idare hukuku modelinin sembolü haline gelmiştir.[150]

İngiltere'de idarenin yargısal denetimi, dışsal olarak gelişmiştir. Bu dışsallık idarenin içine gömülü olarak örgütlenen ilk derece divan tipi yargılama ve TAGGART'ın belirttiği güvenlik ağı olarak kurgulanan ölçütler ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda, idarenin davranış örüntülerinin kendi içerisinde tutarlı olarak ilerlemesi ön kabul olarak ortaya çıkmaktadır. Öte yandan AİHM etkisi ve bu etkiye

[147] CANE, s.186.

[148] GOODWİN, s.447

[149] TAGGART Michael, "*Proportionality, Deference, Wednesbury"*, **New Zeland Law Review**, 2008, s. 447.

[150] İbid., s.429.

dayanarak gelişen insan hakları temelli idare yaklaşımının sonucu olarak dışsal denetimin dönüşümü söz konusu olmakta ve esasa ilişkin denetim gelişmektedir.

İlkenin ortaya çıkışı çok kısıtlı bir ilk adım olarak idarenin yargısal denetimine kapı açmıştır. Bir bütün olarak Anglo-Sakson hukuk sistemi ve ilkenin teorik temelleri, idarenin yargısal denetimi konusunda ilerlemeye yol açmıştır. Özellikle parlamento egemenliği teorisi mahkemelerce yine yasama organı lehine yorumlanarak, güçler ayrılığı ilkesinin ve yargısal denetimin birlikte ilerlemesine neden olmuşlardır.

B. GELİŞTİRİLMİŞ-DEĞİŞKEN WEDNESBURY İLKELERİ

İngiltere'de geleneksel görüşe göre denetim, temel haklar çerçevesinde değil kamu gücünün yanlış kullanımı kapsamında tanımlanmıştı. Ancak 1990'lı yıllarda mahkemeler, yazılı olmayan anayasada "temel" veya "anayasal" hakların işlevini, içtihatları ile hak temelli olarak genişletmiş ve özellikle 1999 tarihli HRA'nın yürürlüğe girmesi ile geleneksel görüş değişmiştir.[151]

İlkenin klasik hali idarenin takdir yetkisine bağlı alanı çok geniş yorumlamaktadır. Ancak GOODWIN'e göre, Wednesbury ilkeleri yekpare bir kavram değildir. İlkeler, uyuşmazlığın konusuna göre değişkenlik gösterdiği için "değişken-uyumlaştırılmış Wednesbury ilkeleri" olarak değişime uğramıştır. Buna göre kararların bireyler üzerinde ağır etki yarattığı durumlarda, karar vericinin takdir alanı daha dar, mahkemenin inceleme standardı daha katıdır. Yaşam hakkı ve özgürlükten yoksun bırakma gibi konularda mahkemenin incelemesi "endişeli-şüpheci" şekilde ifade edilmiştir.[152]

İngiltere'de AİHS'in pozitif hukukta değerlendirilmediği dönemde, temel haklara ilişkin yargısal denetimi mahkemeler Wednesbury prensipleri çerçevesinde bu prensipleri

[151] GOODWIN, s.462-463.

[152] İbid., s.447-448.

yoğunlaştırarak yapmaktaydılar. Lord Bridge, 1987 yılında "*Bugdaycay*"[153] kararında şüpheci değerlendirme (anxious scrutiny) kavramıyla bu yoğunlaştırmayı ortaya koymuştur. Kararda, yargıç temel haklara ilişkin idarenin işlemlerinin daha sıkı kontrolden geçirilmesi gerektiğini belirterek ilkeyi ve içtihadı geliştirmiştir.[154]

Makroekonomik konular veya idarenin politikalarına ilişkin durumlarda ise "Super Wednesbury" olarak tanımlanan yargılamada daha az araştırma standartlarının olduğu bir yargılama alanı belirlenmektedir. Yargılama yoğunluğunun "konuya bağlı olacağı" yönünde yapılan değerlendirmede, esnek standartlara sahip bir makullük ilkesi uygulaması söz konusudur.[155]

Dava konusu işlemin haklarla ilişkisine göre; İngiliz mahkemeleri, Geleneksel Wednesbury yaklaşımını temel haklara etki etmeyen işlemlerde, şüpheci-sıkı incelemeyi de (anxious scrutiny) temel haklar veya ortak hukukta bulunun hakları etkileyen işlemlerde, Kıta Avrupa'sının ölçülülük ilkesini ise sözleşme (AİHS) haklarını etkileyen işlemlerde kullanır.[156]

TAGGART; 1980li yıllarda Wednesbury ilkelerinin üzerine spot ışıklarının tekrar çevrildiğini, Dicey'ci bir yaklaşımla ele alındığını ve bununda temelindeki fikrin ise, mahkemelerin yargısal sorumluluğu ve fonksiyonunda yattığına ilişkin Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme'nin (Supreme Court of the United States) aldığı ünlü *Marbury/Madison* kararında[157] gelişen ilkelere dayandığını, belirtmektedir. Öte yandan

---

[153] Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department [1986] UKHL 3, [1987] AC 514. http://www.bailii.org Erişim: 15.06.2019.

[154] SRIRANGAM Veena, *A Difference in Kind – Proportionality and Wednesbury*, **IALS Student Law Review**, 4, 2016, s.48.

[155] İbid., s.448.

[156] AIRO-FARULLA, s.230.

[157] Yasaların anayasaya uygunluğunu denetim yetkisi olmamasına rağmen, bu durum tartışmasız kabul edilmiş ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından 1803 yılında verilen bu kararın dayandığı anlayış common law anlayışına göre bir yasanın hukuk sistemine girmesi mahkemelerin

idarenin takdir alanına bırakılmış yerde ise mahkemelerin yerinin olmadığını vurgulamaktadır.[158]

Geliştirilmiş ilkelerin, bu yönde ilerlemesinde İngiltere'nin AİHS ve Avrupa Konseyi ile olan ilişkisinin etkin olduğunu belirtmek gerekmektedir. İngiltere, Sözleşme'nin 1950 yılındaki kurucu imzacılarından birisi olup, 1966 yılında ise bireysel başvuru yolunu kabul etmesine rağmen 1980li yılların sonuna kadar iç hukukunun baskın olduğu bir süreçten geçmiş ve zaman içinde yerel mahkemelerin sözleşmedeki hakları kullandığı bir ülke olmuştur.[159]

TAGGART'a göre, makullük ilkesinin insan haklarının tehdit altında uyuşmazlıklarda incelemeyi yoğunlaştırma ihtiyacının "yasallık ilkesi" ile bağlantısı bulunmaktadır. AİHS'in ortak hukukun yerleşik bir ilkesi olarak dâhil edilmesinden tamamen bağımsızdır.[160]

TAGGART', Yeni Zelanda'da idarenin yargısal denetiminde gökkuşağı teorisi olduğunu belirtmektedir. Buna göre oluşturduğu skalayı gökkuşağına benzeterek ülkesinin yargı yerlerince içtihadın; makullük ilkesin farklı versiyonlarının ve ölçülük ilkesinin kullanılabileceğini, uyuşmazlığın haklarla ilişkisine göre hangi ilkenin tercih edildiğini açıklamıştır.[161]

TAGGART'ın gökkuşağı teorisi Yeni Zelanda içtihatlarından hareketle; denetimin yoğunluğunun en yüksek olduğu konudan, azalan yoğunluğa doğru uyuşmazlığa uygulanacak ilkeleri sıralamaktadır. Gökkuşağının bir tarafında hakikat

---

yorumuna bağlı olarak gelişmesinden dolayı mahkemenin yasayı anayasaya aykırı görmüş olmasının o yasanın uygulanmasının olanaksız hale gelmesi anlamına gelmektedir. EROĞUL, **Anatüze,** s.65.

[158] TAGGART, s.430.

[159] CANE, s. 192-193.

[160] TAGGART, s.434.

[161] İbid., s.452.

(correctness) diğer ucunda ise yargılama yapılamayacak (non-justiciability) alan bulunmaktadır. Hakikatten, yargısız alana doğru yoğunluk azalarak, sırasıyla şüpheci değerlendirme (anxious scrutiny), ölçülülük veya geliştirilmiş makullük (proportionality/variable reasonableness), klasik Wednesbury ilkeleri, (Wednesbury unreasonableness) ve daha az yoğun olan Wednesbury yaklaşımı ("super"-Wednesbury Unreasonableness) bulunmaktadır.[162]

GOODWIN'e göre ise; iki ilke birlikte kullanılabilir ve birinin reddedilmesi veya olası başarısızlığı diğerini tercih etmek için sebep gerektirmez. Diğer taraftan 1998 tarihli yasa ve AİHS çerçevesinde korunan haklara ilişkin davalarda orantılılık ilkesi, bu davalar dışında kalan durumlarda geliştirilmiş Wednesbury ilkeleri uygulanmalıdır.[163] Bu ayrıma çatallanma tartışması kavramıyla yaklaşan GOODWIN haklara ilişkin olan veya olmayan yönünde ayrımı belirtmektedir.[164]

Anglo-Sakson hukukunda AİHS temelli yargısal denetimin kabulüne kadar geçen süreçte ölçülülük ilkesine yaklaşan denetim usulü geliştirilmiştir. Klasik makullük ilkesinden hareketle denetim konularına göre yoğunluğu artan veya azalan idarenin yargısal denetimine ilişkin yaklaşım, bir sonraki bölümde açıklanacağı üzere AİHS ve HRA etkisi ile daha da yoğunlaşmıştır.

Ölçülülük ve makullük ilkelerinin uygulama alanına ilişkin değerlendirme yapılmadan önce geliştirilmiş makullük ilkesinin, Fransız Danıştay'ının (Conseil d'État) "sınırlı denetim (control restreint)" yaklaşımı ile benzerliğine değinilecektir.

"Fransız Danıştay'ının geleneksel içtihat politikası çevre, imar ve şehircilik konuları ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin kolluk önlemleri ve idari cezalar ile kamu

[162] TAGGART, s.452.

[163] GOODWİN, s.466-467.

[164] İbid., s.461.

ihalelerine ilişkin konularda maksimum, diğer konularda ise minimum denetim yapılması yönündedir."[165] Maksimum denetimde "bilanço teorisi" ile idari işlemin kamu yararı açısından avantajlı olan ve olmayan yönlerinin bir tür bilançosu ortaya konulur ve ağır basan yön açısından hukuka uygunluk ve aykırılık yönünde karar verilir. Minimum denetimde ise takdir yetkisinin "ağır ve bariz bir değerlendirme hatası" yapılmamış ve somut veriler bu yönde değil ise hukuka aykırılık sonucu ortaya çıkmamaktadır.[166]

Fransız Danıştay'ının konu yönünden uyuşmazlıkları ele alarak denetim yoğunluğunu belirlemesi, geliştirilmiş makullük ilkesi yönünden İngiltere'ye benzemektedir. İngiltere'de AİHS öncesi haklara ilişkin müdahalelerde şüpheci inceleme, yoğunluğun arttığı bir alan olarak gözükmekte iken, idarenin politikalarına ilişkin takdir yetkisine müdahalenin dar olarak tutulduğu "Super Wednesbury" yoğunluğun azaldığı bir nokta olarak ortaya çıkmaktadır.

Wednesbury ilkesinin klasik yorumuna yakın olan "ağır ve bariz bir değerlendirme hatası" İngiltere açısından parlamentonun verdiği yetkilerin denetlenmemesi ve takdir yetkisine çok uç noktalarda müdahaleyi gösteren bir yön olarak değerlendirilmekte iken, Fransa açısından Danıştay'ın idarenin politikalarına karışmayan denetim anlayışı ile geliştiği sonucuna varılabilir.

İngiltere açısından AİHS ile birlikte ölçülülük ilkesi, idarenin yargısal denetiminde genel ve temel ilke olarak kabulü tartışılmak ile birlikte, klasik makullük ilkesinin alanının daraldığı ve esasa ilişkin denetim ölçütlerinin klasik ilkeden çıkarak genişlediği görülmektedir. İlkenin teorik temeli, salt yetkinin varlığı ve kullanılış şeklinden, verilen yetkinin esasen değerlendirilmesi gerektiği yönündeki gelişimi, bir bakımdan Fransız idare hukukunun temeli olan idari işlemin unsurlarına benzemektedir.

[165] ULUSOY, s.401.

[166] İbid., s.401.

Wednesbury ilkelerinin genel koruma ve esasa ilişkin yönlerine dair sınıflandırma ile birlikte, Lady Hale'in *Braganza v BP Shipping Limited* kararında; birinci aşama olarak karar alım süreçleri, ikinci aşama olarak ise kararın sonucuna makul olan bir idarecinin ulaşıp ulaşamayacağı yönünde ilkeyi iki aşamalı değerlendirilmesi söz konusudur. Anılan kararda Lady Hale, ilkenin iki yönünü bir bütün olarak değerlendirmiş ve genel koruma olarak doktrinde yer bulan idarenin objektif davranma yükümlülüğü ve Lord Greene'in belirttiği dikkate alınması ve alınmaması gereken unsurlar olarak niteleyerek, ilk aşama geçildikten sonra dikkate alınan hususlar sonucu hiçbir idarecinin ulaşamayacağı düzeyde makul olmama yönünden esası nitelendirmiştir.[167]

Lady Hale'in Wednesbury kararına atıfla yaptığı ve başka mahkeme kararlarında da atıf yapılan yaklaşımının geliştiği uyuşmazlık, BP şirketine ait bir petrol gemisinde vardiyası sırasında kaybolan mühendis Renford Braganza'nın intihar ettiğine yönelik olarak düzenlenen rapora yöneliktir. Bu rapora karşı eşi tarafından açılan ve haklı bulunan davanın BP tarafından Yüksek Mahkeme önüne getirilmesi söz konusudur.

Yüksek Mahkeme, şirketçe tutulan raporda intihara ilişkin kanıtların tatmin edici düzeyde olmadığını, kişinin dikkatsizliği veya dini inanışının intihar olgusuna uygun olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilmeye alınmadan verilen kararın, tarafsız ve iyi niyete dayalı değerlendirilmesi yönüne odaklanmıştır. Kanıtların sonuca ulaşacak düzeyde makul olmadığını belirterek alt mahkemenin kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme değerlendirmenin intihar olgusu üzerine yapılmasına yönelik kanıtların olup olmamasına değinerek Lord Greene'in Wednesbury kararında kullandığı dikkate alınması ve alınmaması gereken hususlara ilişkin yaklaşımı kullanmıştır.

[167] Braganza v BP Shipping Limited [2015] IRLR 487, [2015] 1 WLR 1661, [2015] ICR 449, [2015] 4 All ER 639, [2015] WLR 1661, [2015] Pens LR 431, [2015] WLR(D) 158, [2015] 2 Lloyd's Rep 240, [2015] UKSC 17, https://www.bailii.org Erişim:15.06.2019.

Lady Hale'in Braganza kararında belirttiği iki aşamalı yaklaşım Wednesbury kararı ile birlikte değerlendirilerek *Zelazowska v The Director of Border Revenue*[168] kararında kullanılarak idarecinin kararının makul olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

İlk derece divanın önüne gelen uyuşmazlıkta konusu, sınır güvenliği tarafından kaçakçılıkta kullanıldığı başka yargı merciince belirlenen bir otomobilin sahibinin partneri tarafından geri alınması talebinin reddi işlemidir. Ret kararı veren görevlinin konuya ilişkin olarak talebin geldiği kişiyi ve kişinin bu konuyla alakası olup olmadığı yönünde yaptığı değerlendirmelerin, Lady Hale'in iki aşamalı içtihadının ilk aşamasına uyduğu ve bu değerlendirmenin sonucunda aldığı kararın ikinci aşama olan makul oluş testine uygun olduğuna divanca hükmedilmiştir. Makullük ilkesinin iki yönü ve iki aşamalı uygulaması güncel içtihatlarda bu yönde değerlendirilmektedir.

C. İNGİLTERE'DE AİHS ETKİSİNDE MAKULLÜK VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Klasik görüş açıklandığı üzere, İngiltere'de sabit kalmadan gelişen ve uyarlanan bir denetim aygıtı olarak kullanılmaktadır. Öte yandan AİHS İngiliz hukukunda önemli değişiklikler yaratmıştır. İngiliz hukukunun üçüncü kaynağı olarak AİHS ve mahkemenin içtihatları makullük ilkesi açısından sonuçlar doğurmuştur. Ölçülülük ilkesi ile benzerlik ve farklılıkları nedeniyle İngiltere'de uygulamada iki ilkenin kullanılışına ilişkin tartışmalar bulunmak ile birlikte AİHM ve İngiltere yargı yerlerinin kararları çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde incelenecek olan ölçülülük ilkesi kısaca "temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlamada kullanılan araçlar arasındaki

[168] Zelazowska v The Director of Border Revenue [2015] UKFTT 348 (TC), https://www.bailii.org Erişim:15.02.2020.

ilişkiyi yansıtır."[169] Ölçülülük ilkesinin, alt ilkeleri ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleridir.[170]

Ölçülülük ilkesi, idare hukukunda genel olarak amaç ile araç ilişkisi olarak tanımlanır. İdari faaliyetlerin yurttaş için sınırlarının gereğinden fazla yoksunluğu ortaya çıkarmamasıdır.[171] İdarenin hukuka uygun amaçları gerçekleştirmek için, en uygun ve hakları mümkün olan en az biçimde sınırlayacak ve bireye verilecek zararla kamunun elde edeceği yarar arasında en yüksek denge, ölçülülük ilkesi ile mümkündür.[172]

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin takdir yetkisinin kullanımına ilişkin tavsiye kararının yorum kısmında orantılılık unsuruna vurgu yapılmış ve "bireyin çıkarıyla kamu yararı arasında makul bir denge kurulmasının amaçlandığı, takdir yetkisinin idareye, bireye amacı aşan yükler getirmesine izin vermeyeceği" belirtilmiştir.[173]

AİHM artık sembol hale gelmiş *Handyside kararında;*[174] bir temel hakkın sınırlandırılmasına yönelik bir müdahalenin varlığının, müdahalenin yasallığı, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği ve sebep sonuç ilişkisinin ölçülü olması halinde hukuka uygun olacağını tespit etmiştir. Söz konusu olayda Birleşik Krallık hükümetinin bir ders kitabını, müstehcen öğeler içerdiği gerekçesi ile toplatıp, imha

---

[169] İNCEOĞLU Sibel, *"Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi"*, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Ed. İNCEOĞLU Sibel) içinde, Beta Yayınları, B. 3, İstanbul, 2013, s. 38.

[170] İbid., s.39.

[171] OĞURLU Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.35.

[172] ERDEM Jülide Gül, "*Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri"*, **AÜHFD**, C.62, S.4, 2013, s.985.

[173] İbid., s.992.

[174] Handyside/Birleşik Krallık, B.N. 5493/72, K.T. 7.11.1976, Erişim: https://hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 15.02.2020.

etmesinde Mahkeme ölçülülük ilkesinin gereklilik alt ilkesine aykırılık sebebi ile aşıldığını tespit etmiştir.

Ölçülülük ilkesinin İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde uygulanmasına daha önce değinilen GCHQ davası ile birlikte 1984 yılından itibaren Lord Diplock'un içtihadının kapı açtığı görülmektedir.[175] Lord Diplock'un idarenin yargısal denetiminde geliştirdiği içtihat ve sonrasında *Boddington v British Transport Police (1998)* kararında esasa, usule ve insan haklarına (human rights grounds) ilişkin ölçütler şeklinde üçlü ayrıma gidilmiştir.

Öte yandan, Birleşik Krallık parlamentosunun 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası (The Human Rights Act) ile birlikte AİHS, sözleşmede tanınan haklar ve sözleşmeye dayanarak oluşturulan içtihatlar İngiliz mahkemelerinin ve divanların yargılama süreçleri de dâhil olmak üzere, tüm idare için uygulanabilir olmuştur.[176]

AİHM'in sözleşmeye dayanarak yaptığı yargılamaların ülkeler açısından bağlayıcılığı, incelediği davalarda ölçülülük ilkesini dikkate alarak verdiği kararlar sonucunda ilkenin İngiltere iç hukukunda idare ve mahkemelerce uygulanması sonucunu doğurmuş ve hatta mahkeme tarafından adeta zorlanarak benimsetilmiştir.[177]

1- Makullük ve Ölçülülük İlkesinin İlişkisi

Makullük ilkesi, ilkeye yakın olan ölçülülük ilkesi ile birlikte değerlendirilecektir. İki ilke arasındaki fark, fonksiyonel ve yapısal olarak iki noktada ortaya çıkmaktadır. Fonksiyonel olarak ölçülülük ilkesi yasal düzenlemeler ile ortaya çıkan sonuçların etkisinin, amaçlanan fayda ile dengesi iken, makullük ilkesi mantık ve akla dayanma

[175] BRADLEY A. / EWİNG K D., s. 727.

[176] CANE, s.193.

[177] ERDEM, s.980.

(rasyonel) hususlarına odaklanmaktadır. Yapısal olarak ölçülülük ilkesi belirgin alt ilkeleri ile birlikte açıkken, makullük ilkesi daha az ve belirsiz alt ilkelere sahiptir.[178]

Wednesbury ilkeleri ve orantılılık ilkesi ilişkin tartışmalar 1998 tarihindeki İnsan Hakları Yasası'ndan bu yana akademik ve yargısal olarak uzun bir geçmişe sahiptir.[179] İki ilkenin çatıştığı ya da uzlaştığı yönünde devam eden tartışmalar bulunmakla birlikte İngiltere'nin hukuk yapısı ve gelenekçilik özelliği Wednesbury ilkelerinin terk edildiğini belirtmeyi zorlaştırmaktadır.

Birbirine benzeyen iki ilkenin uygulamasında AİHM takdir yetkisinin denetimini daha kısıtlı hale getiren makullük ilkesi yerine genellikle ölçülülük ilkesini kullanmaktadır. İngiltere'de ise aralarındaki benzerlik ve farklılıklara rağmen iki ilke birlikte kullanılmaktadır. İnsan haklarına ilişkin konularda ise daha sıkı denetim sağlayan ölçülülük ilkesi tercih edilmektedir.[180]

İnsan Hakları Yasası'nın 1998 yılında yürürlüğe girmesinden önce mevcut içtihatlar ve yasanın getireceği durum, kanuna veya Avrupa Komisyonu'na dayanmayan bir uygulama olan Wednesbury ilkelerinin giderek daha yapay hale gelmesine yol açmıştır. Ancak İngiliz mahkemeleri içtihatlarıyla ilkeleri esnek bir şekilde değerlendirerek, ölçülülük ilkesi ile uyumlaşabilmesinin söz konusu olabileceği o tarihlerde WEİR tarafından belirtilmiştir.[181]

Öte yandan *Smith & Grady vs. Birleşik Krallık* kararında AİHM, geliştirilmiş Wednesbury ilkelerinin AİHS'in 8. maddesi ile korunan özel hayata saygının açısından

---

[178] GİACİNTO della Cananea, "*Reasonableness in Administrative Law*", **Reasonableness and Law** (Ed.BONGİOVANNİ Giorgio/SARTOR Giovanni/ VALENTİNİ Chiara) içinde, Springer, New York, 2009, s.304.

[179] SRIRANGAM, s.46.

[180] OĞURLU, s.195.

[181] WEİR Claire, "*Is EC Proportionality the Same as Wednesbury Unreasonableness*?", **Judicial Review**, 4:4, 1999, s.266.

AİHM standartlarında yeterli olmadığını belirtmiştir.[182] Söz konusu davada cinsel eğilimleri sebebiyle ordudan ilişiği kesilen başvurucunun, ilişiğinin kesilmesini İngiliz mahkemeleri idarenin ulusal güvenlik, düzenin bozulmasını önlemek gibi gerekçeler çerçevesinde yasaya uygun olarak makul bir şekilde karar aldığını belirtmiştir. AİHM ise özel hayatın ihlali sonucunu doğuran bu kararı sözleşmede korunan haklar çerçevesinde değerlendirmiş ve makullük ilkesinin yeterli olmadığı sonucuna varmıştır.[183]

SRIRANGAM, AİHM'in denetim standartı olan ölçülülük ilkesi ile Wednesbury ilkelerini karşılaştırırken, ölçülülük ilkesinin bireysel haklar ile kamu yararı arasında adil dengeyi kurarak, Wednesbury prensiplerinden daha öteye geçtiğini ancak ölçülülük ilkesinin İngiltere'de 1998 tarihinde yürürlüğe giren HRA kapsamında kullanılacağını belirtmektedir.[184]

NEHUSHTAN'a göre, makullük ve ölçülülük ilkelerine ilişkin fark; Wednesbury ilkeleri çerçevesinde denetim, alınan kararın sebepleri ve karar alınırken geçen süreci incelemek iken, orantılılık incelemesi kararın sonuçlarının sadece yeterli nedenlerle haklı olup olmadığına değil, bir Sözleşme hakkının ihlal edilmesine yönelen ve devletçe alınan önlemlerin elde edilmek istenen amaca uygun olup olmadığıyla ilgilidir.[185] Makullük kavramı değerlendirmenin yoğunluğunu ifade eden bir kavram değildir; sadece akıl yürütme ve gerekçelendirme pratiğini kullanarak değerlendirme ve dengeleme yoluyla karar almayı ifade eder.[186]

İlkeler arasında kullanım alanına ve ilkelerin farklarına rağmen, iki ilkenin de İngiltere'de kullanıldığı görülmektedir. İngiltere mahkemeleri ilkeler arasında temel ölçüt

---

[182] TAGGART, s.436.

[183] NEHUSHTAN Yossi, "*The Non-Identical Twins In Uk Public Law: Reasonableness And Proportionality",* **Israel Law Review,** 50(1), 2017, s.79-80.

[184] SRIRANGAM, s.46-47.

[185] İbid., s. 47.

[186] NEHUSHTAN, s.79.

olarak bir tercih yapmamak ile birlikte gerek gökkuşağı yaklaşımı gerekse ilkenin çatallanma yaklaşımını kullanmaktadır.

2- İki İlkenin Birlikte Uygulanabilirliği

İngiltere mahkemelerinin geleneksel içtihadı, AİHS ve AB hukuku dışında kalan alanlarda ölçülülük ilkesinin uygulanmasını yargısal aktivizm olarak değerlendirip, idarenin kararının mahkemece alınmayacağı yönündeydi.[187]

Zaman içerisinde değişikliğe uğrayan içtihadın, makullük ilkesinin özellikle şüpheci-yoğun denetim yönü ile ölçülülük ilkesinin birlikte kullanımına ilişkin olarak iki yönde değerlendirmesi vardır. Bu değerlendirmeler, dava konusu işlemin haklar ile ilişkisine göre bir ilkenin tercih edilmesi veya iki ilkenin birbirini bütünler şekilde kullanılmasıdır.

İngiltere yargı yerlerinin yaklaşımı ve aynı hukuk sisteminde olan ve İngiltere'den etkilenen diğer ülkelerde tarihsel olarak idarenin denetimi fikri yetki aşımı (ultra vires) çerçevesinde başlasa da ötesine geçmiştir. Diğer taraftan gelişen yargılama alanının araçları da yetersiz hale geldikçe geliştirilmiştir.

NEHUSHTAN'a göre; Yüksek Mahkeme'nin (Supreme Court) 2011 tarihli *Bank Mellat v HM Treasury* kararında, ölçülülüğün alt ilkeleri; meşru amaç-uygunluk (rasyonel bağlantı), gereklilik (veya en az müdahaleci önlemi uygulamak) ve dar anlamda orantılılık (veya orantılılık stricto sensu) olarak belirlenmiştir.[188] Ölçülülüğün alt ilkesi olan gereklilik ilkesi özellikle 1990lı yıllarda mahkemelerce kabul edilen geliştirilmiş makullük ilkelerine oldukça benzemektedir.[189]

[187] NEHUSHTAN, s.73.

[188] İbid., s.74-75.

[189] NEHUSHTAN, s.76.

CRAIG'in "The Nature of Unreasonableness Review" başlıklı makalesinin Yüksek Mahkeme kararlarında kabul görmesiyle, Wednesbury ilkelerinin tıpkı orantılılık incelemesi gibi çalışabileceği yönündeki önerisi desteklenmiştir.[190]

Yüksek Mahkeme, "*Pham*", "*Keyu*" ve "*Kennedy*" kararlarında makullük ve ölçülülük arasındaki ortak temeli vurgulayarak, makullük ilkesinin tıpkı ölçülülük ilkesi gibi, karar vericiler tarafından "müdahale" ve "orantı" arasındaki ilişkinin makullük temelinde gözden geçirilebileceğini tartışmıştır.[191]

Yüksek Mahkeme'nin üç kararda hukuka aykırılık görmeyerek davayı reddetmesine dayanak olarak kullandığı ortak gerekçe aynıdır. Örnek olarak, Vietnam kökenli davacının terörist aktivitelerde bulunduğu iddiası ile Birleşik Krallık vatandaşlığının iptali ve kişinin vatansız kalması yönünde alınan Bakan kararına karşı açılan "Pham" davasında mahkeme, vatandaşlık yasası gereğince kamu güvenliğine dayanarak alınan kararın hukuka uygun olduğunu ve geliştirilmiş makullük ilkesinin ortak hukuk açısından ölçülülük ilkesine olan benzerliği vurgulayarak hukuka aykırılık görmemiştir.[192]

AİHS etkisinde İngiliz hukuku ve onu izleyen diğer ülkelerde, idarenin yargısal denetimi gelişmekle birlikte geleneksel araçlar terk edilmemekte, diğer araçlar ile uyumlaştırılmaktadır. Bu uyumlaştırma Anglo-Sakson hukuk sisteminin içtihatlar temelinde gelişmesi ile parlamentonun bu geliştirilen içtihat ve ilkelere karşı örtük iradesine dayanmaktadır.[193] Parlamentonun örtük iradesi içtihat hukuku ile uyumlu olarak sistematik gelişim göstermektedir.

---

[190] SRIRANGAM, s.49.

[191] SRIRANGAM, s.49, NEHUSHTAN, s.72.

[192] SRIRANGAM, s.50-51.

[193] ERHÜRMAN, s. 641.

D. WEDNESBURY İLKELERİ VE ESASA İLİŞKİN ÖLÇÜTLER

İngiltere'de idarenin yargısal denetiminin esasa ilişkin ölçüleri üç alt grupta, makul olmama (irrationality), hukuka uygun olmama-yasa dışılık (illegality) ve ölçülülük ilkesi (proportionality) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ölçülülük ilkesi insan haklarına uygunluk yönü ile birlikte esasa ilişkin unsurlar içerisinde de yorumlanmaktadır.[194]

Temel olarak üçe ayrılan esasa ilişkin ölçütlerde makullük ilkesi diğer iki ilke ile ilişkilidir. Ölçülülük ilkesi ile ilişkisi değerlendirilmiş olup, ilkenin açıklanan yönleri açısından hukuka uygun olmama (illegality) ilkesi ile bağlantısı irdelenerek, Kıta Avrupası sistemindeki unsurlara benzer alt ilkelerin temelinde yer almasına dair değerlendirme yapılacaktır. İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde usule ilişkin ölçütlere değinilmeyecektir, ancak bu ölçütlerin de yetki aşımı (ultra vires) temel alınarak geliştiğini belirtmek gerekmektedir.

Öncelikle esasa ilişkin bir alt ilke olarak yer aldığı sınıflandırma GCHQ davasında, Lord Diplock tarafından yapılmıştır. Diplock, Wednesbury prensiplerini akla uygun olmama ölçütü (irrasyonal) olarak nitelemektedir. Bu prensipler, mantık veya kabul edilen ahlaki standartlara aykırı bir karar için geçerlidir ve idarenin kararına mantık çerçevesinde hiçbir kimsenin ulaşamaması durumudur.[195]

Lord Diplock, diğer alt ilke olan yasa dışılığı (illegality), yetkili idarenin yasada belirlenmiş olan çerçeve içinde kalmaması, ayrıca yasada -varsa- şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarına ilişkin düzenlemelere de uyulması gerektiğini, aksi halde yetki aşımının

[194] GRACE, s.221.

[195] Akt.; ERHÜRMAN, s. 616.

(ultra vires'in) ortaya çıkacağını belirtmiş olup, kavram olarak "illegality" kullanmıştır.[196]

Bir ölçüt olarak yasa dışılık (illegality) mahkeme kararları ile; alakasız çıkarımlar (irrelevant consideration), uygunsuz amaç ilişkisi (improper purpose) hukuki hata (error of law), takdir yetkisinin kullanılmaması (fettering discretion), dar anlamda yetki aşımı (ultra vires) ve yasaya aykırı yetki devri (unlawful delegation) olarak gruplandırılmıştır.[197]

BRADLEY, pek çok yargılamada atıf yapılan Lord Greene'nin Wednesbury kararında belirttiği hiçbir makul idarenin ulaşmayacağı kadar gayrimakul bir sonuca ulaşmama yönünde çizdiği çerçevenin, esasa ilişkin, hukuka aykırılık olarak belirtilen "illegality" ölçütünün alt ilkeleri olan alakasız çıkarımlar, uygunsuz amaç ilişkisi ve hukuki hata gibi ölçütler ile sıkı bağlantısı olduğunu vurgulamaktadır.[198] Bu çıkarım daha önce değinilen genel koruma ölçütlerinin geliştirilmiş hali olarak yorumlanabilir. İlkenin esasa ilişkin üç temel ölçütten birisi olması ve diğer ölçüt olan "illegality" ölçütünü etkilemesi nedeniyle ilkeye ilişkin iki yönlü değerlendirme yapılabilir.

Bu bağlantı GCHQ kararında doğrudan çizilmekle birlikte, söz konusu alt ölçütlerin ortaya konulduğu içtihatlarda doğrudan veya dolaylı olarak görülmektedir. Örneğin, uygunsuz amaç (improper purpose) ölçütünün geliştiği içtihat olan *Padfield v Minister for Agriculture, Fisheries and Food* kararında[199] Wednesbury ilkelerinden faydalanarak ultra vires çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır.

---

[196] ERHÜRMAN, s. 617.

[197] GRACE, s.221.

[198] BRADLEY A. / EWİNG K D., s.735.

[199] R v Minister of Agriculture and Fisheries ex p. Padfield [1968] UKHL 1, [1968] AC 997 Akt. GRACE, s.220.

İlkenin temel çıkış noktası olan yetkinin kullanımına ilişkin sorunların engellenmesi ve doğal adalet ilkelerinden doğan diğer ilkelere dayanarak yargısal denetim ile mahkemeler, ilkeleri genişleterek yeni ilkeler yaratmakta, parlamento ise bu ilkelerin dikkate alınmasını engelleyecek irade ortaya koymayarak idare hukukunu zımnen tanımaktadır.[200]

ERHÜRMAN'ın tespitleri çerçevesinde İngiltere'de idarenin yargısal denetimine ilişkin kullanılan temel kavramların zaman içerisinde boyut değiştirerek geliştiği ve son tahlilde sentez ile ilerlediği ortadadır. İdarenin yargısal denetiminde bir kavramın anlamının değişerek ve başka ilkelere yol açarak ilerlemesi içtihat hukukuna dayanan Anglo-Sakson hukuk sisteminin özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Mahkemelerin yasama alanı temelinde idareyi denetlemeleri ve yasamanın da mahkeme kararlarını ERHÜRMAN'ın belirttiği gibi zımnen kabul etmeleri, yasamanın yürütmeye verdiği yetkilerin zımni sınırları üzerinden mahkemelerce yorumlanması İngiltere'de güçler ayrılığı ilkesinin anlamını ve uygulamaya yansımasını göstermek ile birlikte, geleneksel görüşün etkisi İngiltere'de devam etmektedir. 2004 tarihli bir kararda güçler ayrılığının İngiltere'de bir ilke olmadığı, ilkenin parlamento egemenliği olduğu dile getirilmiştir.[201] Her ne kadar geleneksel yaklaşım sürse de yönetim sisteminin uygulaması erklerin birbirleri üzerinde denetim mekanizması niteliğinde çalıştığını göstermektedir.

AİHM ve AB hukukunun etkisinde idarenin yargısal denetimi belirtilen ilkeler ve kaynaklar ile birlikte devam etmiştir. AİHM ve AB aracılığıyla Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk modelleri arasında geçiş olması hususu yadsınmamalıdır. Hukuka uygunluk araştırması özellikle idarenin yargısal denetimi söz konusu olduğunda işlemin

[200] ERHÜRMAN, s. 641.

[201] İbid., s.603.

muhatapları açısından doğuracağı sonuçlar sebebiyle hukuk devleti ilkesi gereği elverişli tüm hukuki araçlar kullanılarak yapılmalıdır.

Makullük ilkesine ilişkin olarak İngiltere'deki yaklaşım ve yargısal denetime ilişkin hususlar ile birlikte, ilkenin Türkiye'de kullanımı veya kullanılabilir olmasının tartışılabilmesi için üçüncü bölümde Türkiye'de idarenin yargısal denetimine ilişkin makullük ilkesi ile bağlantılı olan noktalara değinilerek açıklanacaktır.

Ayrıca, ilkenin İngiltere'deki seyrine paralel olarak Anglo-Sakson hukuk sistemine tabii diğer ülkelerde de idarenin yargısal denetiminde değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikler ile ülkelerin ilkelere yaklaşımı ve kullanımı, Türkiye açısından değerlendirmeye katkı sunabilme ihtimali nedeniyle irdelenecektir.

II- ANGLO-SAKSON HUKUK SİSTEMİNDE MAKULLÜK İLKESİ

İngiltere'de ki gelişmeler özellikle tarihsel süreçten kaynaklanan bağlantı nedeniyle, İngiltere ile aynı hukuk ailesinde olan diğer ülkelerde de etkisini göstermektedir. Amerika Birleşik Devletleri aynı hukuk sisteminde olsa bile tarihsel olarak İngiltere ile olan ilişkileri nedeniyle gelişmeler açısından farklılık göstermektedir. Bu sebeple İngiltere'nin başat unsuru olduğu İngiliz Uluslar Topluluğu (Commenwealth) ülkelerinden, sembolik olarak olsa bile devlet başkanları, İngiltere'deki Taç olan Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda açısından değerlendirme yapılacaktır.

AİHS ve AB hukukuna tabi olmayan bu ülkeler, mensubu oldukları hukuk ailesindeki gelişmeler çerçevesinde sistem ve kavramları düzenlemektedirler. İngiltere'deki değişiklikler Commonwealth üye ülkelerini etkilemektedir.[202] İngiltere'de gelişen kavramlar hukuk ailesinin diğer üyelerini etkilemek ile birlikte, Kanada'dan

[202] OĞURLU, s.195.

etkilenen Yeni Zelanda örneğinde açıklanacağı üzere artık sadece İngiltere merkezli olarak gelişim olmadığını görülmektedir.

Anglo-Sakson hukukunda idarenin yargısal denetimini yaparken mahkemeler, yönetsel açıdan idarenin yetkisini kullanırken, maddi gerçekliğe, takdir yetkisine ve yetki devrinin makullük ilkesi kapsamında, bu yetkinin kullanılmasında amaçlanan faydanın makul bir temele dayanmasını araştırır.[203]

Avustralya'da Üst Mahkeme (High Court) 2002 yılında aldığı "*Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs*" kararında idarenin mantıksız, akıl dışı veya mantıklı temelle gerekçelenmeyen bulgulara dayanmasına ilişkin üç alt ilke belirlemiştir; karar ampirik olarak rasyonel kanıtlara dayanmalıdır, kararda bu kanıtlar makul bir şekilde açık olmalıdır, karar vericinin bu kanıtı rasyonel olarak değerlendirmesi gerekmektedir.[204] Avusturalya'da idarenin yargısal denetiminde esasa ilişkin unsurların bu yönüyle Kıta Avrupası hukuk sisteminde kullanılan unsurlara yaklaştığı görülmektedir. Öte yandan Kıta Avrupası kökenli olan ölçülülük ilkesi Avustralya'da da kullanılmaktadır.[205] OĞURLU'ya göre insan haklarının korunması konusunda İngiliz ve Avustralyalı yargıçlar geleneksel yaklaşımın yetersizliğini itiraf etmekte ve AİHM kararlarının etkisi ile bu görüşlerini desteklemektedirler.[206]

Kanada Yüksek Mahkemesi, Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı'nın 1. maddesindeki norma dayanarak ölçülülük ilkesini uygulamaya başlamış ve geliştirmiştir.[207] Kanada'da, 1982 yılında Constitution Act ile daha önce Birleşik Krallık

[203] AIRO-FARULLA, s. 213.

[204] İbid., s.218.

[205] OĞURLU, s.195.

[206] İbid., s.195.

[207] METİN Yüksel, "*Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?",* **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, Y. 2017, s.40.

parlamentosu tarafından yapılan anayasal düzenlemeler Kanada parlamentosu tarafından yapılır hale gelmiştir.

Bu düzenleme ile anayasanın bir parçası haline gelen, Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı'nın birinci maddesi, şartın, hak ve özgürlükleri, demokratik ve özgür toplumda kanıtlanabilir ve makul ölçüde sınırlandırılabileceğini garanti ettiğini içermektedir. Bu düzenlemeye dayanarak ölçülülük ilkesinin makullük temelinde yerleştiği görülmektedir.

Kanada Yüksek Mahkemesi'ne göre, ilk olarak "Oakes" kararında belirtilen üç ölçüt vardır; önlem ile amaç arasında mantıksal bir bağ "mantıksal bağlantı testi", ilgili temel hakkı mümkün olduğu kadar az sınırlandıran araç "en az zarar testi", sınırlamanın amaçladığı faydaların, sınırlamanın yol açtığı etkiler ile orantılılık "denge testi".[208] Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımı, ölçülülük ilkesini temel almak ile birlikte, makullük ilkesinin akla uygun, mantıksal olan yönünü de içermektedir.

Yeni Zelanda'da ise ölçülülük ilkesi, Kanada'dan etkilenerek alınmış, Kanada ise AİHM'den etkilenerek ilkeyi kullanmaktadır.[209] Yeni Zelanda'nın ilkeyi Kanada'dan almış olmasına rağmen İngiltere'deki uygulamaya benzer şekilde kullanması söz konusudur. Bu durum Anglo-Sakson hukuk sisteminin mevcut hukuki birikimler ile birlikte ilerlemekte olduğunu göstermektedir.

TAGGART'a göre Yeni Zelanda hukukunda Wednesbury ilkelerinin uygulama alanı olmak ile birlikte, ölçülülük ilkesi de kullanılmaktadır.[210] Bu uygulama değinildiği üzere gökkuşağı teorisi olarak adlandırılan, uyuşmazlıkların konusuna göre yargısal denetimde uygulanacak ilkeleri tespit etmek üzerine kuruludur. Bu anlayış ülkelerin

---

[208] METİN, s.41, UYGUN Oktay, *"Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi"*, **Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik** içinde, XII Levha Yayınları, B. 2, İstanbul, 2013, s. 331.

[209] TAGGART, s.436.

[210] İbid., s.452.

İngiltere yargı yerlerinin içtihatları ve İngiltere odaklı olarak hukuk sistemlerinde değişiklik yaptıklarını da göstermektedir.

İngiltere ve Yeni Zelanda'nın konuya göre denetim ölçütü belirlemesi yönüyle ilke Fransız Danıştay'ının minimum denetim yoğunluğu benzemek ile birlikte, İngiltere'de "illegality" ölçütünün altında makullük ilkesinden beslenen yaklaşım, tıpkı Kıta Avrupası ölçütleri olan idari işlemin unsurlarına benzemekle maksimum denetim yoğunluğuna da olanak sağlamaktadır. Avustralya'da geliştirilen makullüğe ilişkin üç alt ölçüt de Kıta Avrupası ölçütleriyle değerlendirilecek bir noktadadır.

Kanada'da geliştirilen yaklaşım diğer ülkelere göre daha kapsayıcı olmak ile birlikte bir sonraki bölümde aktarılacak olan Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında değinilen noktalara benzemektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE MAKULLÜK İLKESİ

Çalışmada bu noktaya kadar açıklanan, İngiltere ve Türkiye'de idarenin yargısal denetimine etki eden unsurlar ile ilkeler uzun yıllar içerisinde oluşmuş kamu hukuku ilkeleridir. Bu ilkeler, farklı iki hukuk ailesinde idarenin yargısal denetiminin tarihsel aşamalarda geldiği noktalar ve ülkelerin iç dinamikleri ile gelişen süreçte idareye verilen yetkinin ve kullanılışının sınırlarını göstermektedir.

Birinci bölümde değinildiği üzere, İngiltere'nin tarihi ve hukuk sisteminin özelliği gereği idarenin takdir yetkisinin denetimi kavramının çeşitli araçlar ile yargısal bir konu haline gelmesinde mahkeme kararlarının kurucu özelliği açıktır.[211]

Türkiye'de ise idare ve idari yargı sisteminin Fransa kökenli olarak başlasa bile zaman içerisinde ülkenin kendine özgü süreçleri ile birlikte geliştiği görülmektedir. Son yıllarda Danıştay'ın takdir yetkisine ilişkin değişen içtihadı ile bazı konularda yargısal denetimin yoğunluğu azalmak ile birlikte, Türkiye'de idari yargılama alanında Danıştay'ın tüm unsurlar ile denetim uygulaması Cumhuriyet döneminden bu yana devam etmektedir.

İdari yargı içtihatlarında yargısal denetime ilişkin yaklaşımın takibi, 2014 idari yargı reformundan sonra Danıştay'ın temyiz alanının daralması ve çoğu uyuşmazlığın Bölge İdare Mahkemelerinde istinaf yoluyla kesinlik kazanması nedeniyle, ayrıca Bölge İdare Mahkemesi kararlarına erişim olmaması nedeniyle dolayı zorlaşmıştır.

Makullük ilkesinin, esasları ve anlamının izleri Türkiye'de idari yargının denetiminde bulunmaktadır. İlkenin alt unsurları olan, idarenin işlemlerinde dikkate

[211] ERHÜRMAN, s.641.

alması gereken ve alınmaması gereken hususlar, Türkiye idari yargı uygulamasında sebep unsuru ile sebebin verilerine ilişkin olarak ortaya çıkarken, idarenin ulaşabileceği makullük düzeyi de sebep, konu ve amaç unsurlarının bağlantısı ile ilgilidir. Ayrıca Kıta Avrupası ilkesi olan ölçülülük ilkesi de makullük ilkesi ile birlikte değerlendirilmelidir.

Makullük ilkesi bugüne kadar Türkiye'de idare hukukunda oluşmuş birikim içerisinde kendisini çeşitli şekillerde göstermektedir, öte yandan bu ilke tüm kamu hukuku ilkeleri gibi temelini hukuk devleti fikrinden almaktadır.

Türkiye'de unsurlar çerçevesinde yapılan idari yargı denetiminde unsurlar hem tek tek hem de bağlantılar ile değerlendirilmektedir. İngiltere'de ise yetki aşımı (ultra vires) kavramı ile birlikte zaman içerisinde genel ölçütler tekil kavramlar üzerinden geliştirilmiştir. Ayrıca AİHM aracılığı ile Kıta Avrupası ilkelerinden olan ölçülülük ilkesinin İngiltere'de de kullanıldığı görülmektedir.

İngiltere ve Türkiye'nin yönetsel ve yargısal yapısı birbirine benzememekle birlikte modern devlet yapısının temel meşruiyet kaynağı olan hukuk devleti ilkesi ve fikri ortaktır.

Bu bölümde, Türkiye'de makullük ilkesinin alt ilkeleri ve anlamının varlığı araştırılacak ve İngiltere'de ölçülülük ilkesi ile birlikte kullanılan bu kavramın tıpkı ölçülülük ilkesi gibi bir ilke olarak kurgulanmasının Türkiye'de idari yargı denetiminin özellikle takdir yetkisi alanında, hukukilik denetimine yönelik katkısı değerlendirilecektir.

I- TÜRKİYE'DE MAKULLÜK İLKESİNİN İKİ YÖNÜ

1947 tarihli Wednesbury kararı ile İngiltere'de idarenin takdir yetkisinin denetiminde kullanılacak ölçüt olarak Anglo-Sakson hukuk sistemine giren makullük ilkesinin süreç içerisinde değişimi ilkenin iki yönünü ortaya çıkarmaktadır.

Lord Greene, Wednesbury kararında, makullük ilkesini; dikkate alınması ve alınması gereken unsurlar ve hiçbir makul idarenin ulaşamayacağı kadar gayri makul olmama kavramları ile açıklamıştır. CRAIG'e göre, makullük ilkesi iki yönüyle genel ve esasa ilişkin koruma bağlamında değerlendirilebilir.[212] Bu ikili değerlendirme içerisinde temel ortak yan idarenin karar alım süreçlerinde mantıklı ve kabul edilebilir ahlaki (moral) sınırlar içerisinde hareket etmesidir.[213] İlkenin Braganza kararında Lady Hale tarafından iki aşamalı olarak yapılan yorumu[214] ile birlikte ilkenin iki yönü Türkiye açısından değerlendirilecektir.

A. GENEL KORUMA YÖNÜ

Makullük ilkesinin genel koruma yönü, idarenin dikkate alması veya almaması gereken unsurlar olarak; alakasız çıkarım, amaca uymayan çıkarımlar ve kötü niyet (*mala fide*) gibi karar alım sürecinde dışlanması gereken davranışlardır.[215]

İdarenin tüm işlemleri için geçerli olan bu koruma durumu, idarenin karar süreçlerinde amaca uymayan, nesnel olmayan davranışların dışlanmasını, tarafsız ve objektif davranma yükümlülüğünü belirtmektedir. İdari işlem tesis edilirken dikkate alınması gereken unsurların tespitinin zorluğundan dolayı, bu tespitin yapılabilmesi için

[212] Bkz. s.45.

[213] CRAIG, s.532.

[214] Bkz. s.52.

[215] Bkz. s.45.

idarenin sunduğu verilerin mahkemelerce yorumlanması veya sunulmayan verilerin objektifliğe olumsuz etkisi değerlendirilerek çıkarım yapılması gerekmektedir.

Objektif davranma yükümlülüğü, Türkiye'de amaç unsuru ve eşitlik ilkesi ile birlikte idari yargı alanında açıklanabilir. Danıştay, takdir yetkisinin kullanımında eşitlik ilkesini hakkaniyet, objektif esaslar, hukukun genel ilkeleri gibi kavramlar ile nitelendirmektedir.[216]

İdarenin nesnel olabilmesinin ilk koşulu, idarenin işlemlerinin şeffaf ve erişilebilir olmasıdır. Danıştay, ÖSYM'nin sınav sorularının bir bölümünü açıklaması yönünde aldığı kararı hukuka uygun görmeyerek gerekçesinde, objektif esaslar ve şeffaflık ilkelerine yer vermiştir; *"Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi ve idarenin faaliyetlerini objektif esaslara göre ve güvenilir bir sistem içerisinde yürütmesinde, etkili ve önemli araçlardan biri de 'idarenin şeffaflığı ilkesi'dir. Şeffaflık, devletin ekonomik, siyasî, idarî ve sosyal konularda aldığı kararlara ve yaptığı uygulamalara, bireyler tarafından zamanında ve güvenilir bir biçimde erişilebilmesi olarak tanımlanabilir."*[217] İdarenin işlem ve eylemlerine ilişkin ancak bilgiye erişim sonucunda, idarenin dikkate aldığı ya da almadığı hususlara ulaşılabilir ve nesnellik değerlendirmesi yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında kolluk tarafından yapılan müdahalenin kötü muamele kapsamında olduğuna yönelik iddialara ilişkin başvuruda, idarenin olaylara müdahalesini kayıt altına almayarak, söz konusu başvuruya ilişkin görüntülerin bulunmamasını nedeniyle, kötü muamelenin usul yönünden ihlal edildiği kararını vermiştir.[218]

---

[216] ERDEM Jülide Gül, "*Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği"*, **Akademik Hassasiyetler,** C.4, S.8, 2017, s.30.

[217] D8D, E. 2014/8893, K. 2015/3715, K.T. 30.4.2015.

[218] AYM, B.N. 2015/9496 K.T.31/10/2019. www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 12.12.2019.

Danıştay, disiplin cezası niteliğinde, ihtar puanı verilmesi işleminin soruşturma yapılmadan tesis edilmesini, "…*tarafsız bir soruşturmacı tarafından yürütülecek, nesnel sonuçlara varılması için lehte ve aleyhte tüm delillerin toplanacağı, bunlar esas alınarak varılacak hukuki sonucun*…"[219] nesnel ölçütlerin yokluğundan dolayı hukuka aykırı görmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nce naklen atamaya esas olan disiplin cezasının dayandığı nedenlerin özel hayata saygı çerçevesinde değerlendirilmesi gereken unsurlar olduğu gerekçesi ile ihlal kararı verilmiştir; *"...özel hayatını ilgilendiren hususların görevini yapmasını olumsuz etkilediği ya da görevini gereği gibi yapmasına engel olduğuna ilişkin yeterli bir saptama bulunmadığı belirtilmiştir. ... başvurucunun hangi tutum ve eylemleri nedeniyle görevini gereği gibi yapmadığı ya da özel hayatına ilişkin hangi konuları meslek hayatına olumsuz bir şekilde yansıttığı, diğer bir ifade ile kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesine engel olduğu yönünde herhangi bir tespit ve açıklama bulunmamaktadır."* Mahkeme dikkate alınmaması gereken unsurları tespit ettikten sonra müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varmaktadır; *"Mahkeme ve Kurul tarafından verilen kararların özel hayata saygı hakkına müdahaleyi haklı kılacak şekilde konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği sonucuna ulaşılmıştır."*[220]

İdari işlem olan disiplin cezalarında kamu yararı kavramı hizmetin iyi işlemesi için alınacak tedbirler olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmeti yürüten personelinin tabi olması gereken disiplin kurallarının amacı idarenin iç düzenini sağlamaya yöneliktir, dolayısıyla hizmetin yürütülmesini engellemeyecek veya hizmet ile bağı olmayan olguların disiplin hukukuna dahil edilmesi, amaç unsuru açısından sakatlık yaratacaktır.

[219] D2D, E. 2017/39, K. 2019/2594 K.T. 6.5.2019, aynı yönde D2D, E. 2016/4238, K. 2019/183 K.T. 10.1.2019, D2D, E. 2016/5223, K. 2017/5048 K.T. 14.6.2017, D2D, E. 2016/12740, K. 2017/7520 K.T. 30.11.2017.

[220] AYM B.N., 2015/11941, K.T. 9.10.2019 www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 14.11.2019.

Türkiye'ye ilişkin incelenen örnek kararlar göz önüne alındığında idarenin objektif davranma yükümlülüğüne ilişkin kanıt yükünü üstlendiği ve varmış olduğu sonuçlar ile davranışında bulunan veya bulunmayan hususların değerlendirildiği görülmektedir.

Türkiye'de idari işlemlerin kurucu unsurları, yukarıda anılan kararları denetlemek açısından yeterli gözükebilir, ancak takdir yetkisine dayalı işlemlerin yargılanmasında bazı durumlarda hakkaniyet ve eşitlik kavramı açısından problemler oluşturabilmektedir.

Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta polis memurlarına referandumda görev yapmalarında dolayı, *"...628 personele 3 maaş, 3 personele ise 1 maaş ödül verilmesine karar verildiği; ... diğer polis memurlarına taltif ödemesi yapılmasına rağmen davacıya ödeme yapılmaması..."*[221] davacının idareye ödeme yapılmama sebebine ilişkin başvurusunun reddi üzerine çıkan uyuşmazlıkta ise Danıştay, idarenin ödeme yapıp yapmama konusunda takdir yetkisinin bulunduğu gerekçesiyle hukuka aykırılık tespit etmemiştir. İdarenin hizmet gereği ödül verme konusunda takdir yetkisi kuşkusuz vardır, ancak dava konusu işlemde olduğu gibi sebep göstermeden aynı görevi yapmış kişiler arasından birisini seçmemesi hususunda objektif hareket edildiğine ilişkin kuşkuların da idarece giderilmesi gerekmektedir.

Makullük ilkesinin idarenin mantığa dayanan kararlar almasına ilişkin özelliği, bu gibi çekişmeli alanlar için yol gösterici olabilir. İdarenin şeffaflığı ve hesap verebilir olması, takdir yetkisine ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelere getirilen anayasal ve yasal sınırlamaların alanına girmemektedir.

[221] D12D, E. 2018/3617, K. 2019/2083, K.T. 20.3.2019.

B. ESASA İLİŞKİN YÖNÜ

Çalışmanın ikinci bölümünde değinildiği gibi makullük ilkesi gelişmiş, ayrıca İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde kavramların gelişmesi, kavramlara aykırılıkların tespiti ile ilerlemiştir. İdarenin yapmaması gerekenler kavramsallaştırılmakta ve idarenin faaliyetlerinin bu alana düşüp düşmediği yönünde tespitler yapılarak uyuşmazlıklar değerlendirilmektedir.

Esas ilişkin koruma, idarenin aşırı değerlendirme yapmaması ve amaç ile alakalı hareket etme yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. CRAIG'e göre, Wednesbury kararında Lord Greene çok uç bir örnek vererek tanımlama yapmış; kırmızı saçlı olduğu için bir öğretmenin işten çıkarılması olarak örneklendiren "reasonable" terimini sözlük anlamı ile yorumlamıştır.[222]

İngiltere'de mahkemelerin idarenin yerine geçmesi hususu hassastır. Bu yüzden makullük ilkesine ilişkin CRAIG, makullük kavramının mahkemelerin anayasal pozisyonunu tarafından garanti edilen alana ilişkin olduğunu, mahkemelerin idarenin takdir yetkisini kullandığı kararlarında daha makul olanı seçmesi yönünde bir zorlamasının söz konusu olmadığını vurgulamaktadır.[223]

İngiltere'de yargı yerlerinin, takdir yetkisi ve yargısal aktivizm konusunda aşırı hassaslığı uzunca bir süre devam etmiştir. Ölçülülük ilkesinin iç hukukta yer bulmadığı[224] ve ölçülülük ilkesinin genel olarak yargısal denetimin temelinde Yüksek Mahkemece açıkça kabul edilmediği ve yer almadığı görülmekle[225] birlikte yargısal denetime ilişkin kavramların içtihatlar ile geliştirildikleri görülmektedir.

---

[222] CRAİG, s.532-533.

[223] İbid., s.532-533

[224] NEHUSHTAN, s.73.

[225] İbid., s.85.

Wednesbury prensiplerinin eksikliği tartışılsa bile bu prensiplerin getirdiği değerlere dayanma ve akla uygun, anlaşılabilir olma kavramlarının Türkiye'de yargısal denetime katkı sağlama olasılığı mevcuttur.

Makullük kavramının içeriği, öznel değerlendirmeye açık görülebilir, ancak Türkiye'de hukuka uygunluk bloğunun, işlemin kurucu unsurları ile bağlantısı kurularak bu öznel durum nesnel hale getirilebilir. Bu çerçevede hali hazırda Türkiye'de idarenin yargısal denetimine ilişkin içtihatlar ve unsurlar ile anlamlandırılabilir.

İlkenin esasa ilişkin yönü Lordlar Kamarası *Tameside* kararında; Bakanın kararı alırken, doğru sorular, akla uygun adımlar ve konuyla alakalı bilgileri dikkate alıp almadığını değerlendirerek, esasa ilişkin denetimde birtakım çıkarımlar yapılmasını sağlamaktadır.[226] Avusturya'da ise mahkemeler tarafından daha önce değinildiği gibi idarenin kararlarının rasyonel kanıtlara dayanması, kanıtların makul bir şekilde açık olması ve bu kanıtların rasyonel olarak değerlendirilmesi yönünde davranış kalıbı ortaya konulmuştur.[227]

Türkiye'de idari yargıya ilişkin kavramlar ile İngiltere'de özellikle *Braganza* kararında getirilen yaklaşım ışığında, makullüğün esasına bakılacak olursa; sebep unsuru verileri açık ve net olan, konu unsurunda tam karşılanan ve amaca uygun kullanılan bir davranış kalıbı olarak karşılığı olduğu yönünde değerlendirme yapılabilir.

Türkiye'de idarenin davranış örüntüleri, işlemin kurucu unsurları çerçevesinde değerlendirilebilir. Türkiye'de idari işlemin esasına ilişkin unsurlar, unsurların birbirleri bağlantısı ile mahkeme içtihatlarında ve doktrinde unsurların somut olaylara uygulanmasıyla oluşan birikim göz önüne alındığında, İngiltere'de makullük ilkesinin

[226] Secretary of State for Education and Science v Tameside MBC [1976] 3 All ER 665, [1976] UKHL 6, [1977] AC 1014, 75 LGR 190. https://www.bailii.org Erişim: 17.08.2019.

[227] Bkz. s.64.

esasına ilişkin yönünün Türkiye'de büyük oranda hukuka uygunluk denetimi alanında yer aldığı görülmektedir.

İdarenin, kuruluş amacı olan kamu yararını gerçekleştirmek için öncelikle faaliyetlerinin hukuka uyması gerekmektedir. Hukuka uygunluk bloğunun ve dolayısıyla tüm hukuk sisteminin mantık ve akla uygun olarak kurulduğu ön kabulü ile hareket etmek gerekir.

Hukuki işlemlerin kurucu unsurları bir ihtiyaç çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda makullük ilkesinin iki yönü ve iki aşamalı yaklaşımı göz önünde bulundurularak, kavram olarak Türkiye'deki mahkeme kararlarında yeri ve görünümü değerlendirilecektir.

II- TÜRKİYE'DE MAKULLÜK İLKESİNİN GÖRÜNÜMÜ

Türkiye'de idarenin yargısal denetim araçlarının ve ilkelerinin, mahkeme kararlarında makullük ilkesinin amaçladığı korumayı sağlayan yanları, unsurlar yönünde değerlendirilmekle birlikte, özel olarak idare hukuku kavramlarında da varlığının tespiti gerekmektedir.

Doktrin ve mahkeme kararlarında kavram olarak makullüğün ölçülülük ilkesinde ve özel olarak disiplin hukukunda "vicdani kanaat" kavramında varlığı tespit edilmiş ve bu kavramın içerdiği makul olma halinin Türkiye'de ki anlamı değerlendirilmiştir.

A. İDARİ İŞLEMLERİN UNSURLARINDA GÖRÜNÜMÜ

İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde yetki aşımı (ultra vires) temelinden doğan yaklaşım sebebiyle, idari işlemlerin unsurlar açısından değerlendirilmesi söz konusu değildir. Birinci bölümde açıklandığı üzere, idarenin yargılanmasında ölçüt

olarak esasa ve usule ilişkin ölçütler ve insan haklarına dayanan bir değerlendirme yapılmaktadır.

Fransa'da ise önce idari işlemin denetimi yetki aşımı kategorisinden başlayıp, unsurların ayrımı sonradan gerçekleşmiştir. Türkiye'de de denetimin unsurları bu çerçevede süreç içerisinde içerik kazanmıştır. Beş unsur yönünden ayrım 1964 yılında yürürlüğe giren 521 sayılı Danıştay Kanunu ile birlikte söz konusu olmuştur.

İngiltere'de idarenin yargısal denetiminin yakın tarihli olmak ile birlikte Kıta Avrupası'ndaki gibi denetim ölçütleri çeşitlenmeye başlamıştır. Bu çerçevede makullük ilkesinin ölçülülük ilkesi içerisindeki anlamıyla birlikte idari işlemin unsurlarında da izleri görülebilir.

Lady Hale'in, *Braganza v BP Shipping Limited* kararında makullük ilkesini; ele alış biçimi olan, kararların alışı sırasında ve kararın makullüğü yönünde iki aşamalı değerlendirmesi[228] ve Avustralya Yüksek Mahkemesince getirilen açıklamaya göre ise ilkenin; rasyonel, açık kanıtlara dayanan, karar vericinin rasyonel değerlendirmesi yükümlülükleri[229] olarak ortaya çıkması göz önüne alındığında Türkiye açısından sebep unsuru ve sebep unsurunun değerlendirilmesi sonucu idarenin doğru sonuca ulaşması, konu unsuru yönünden bağlantılı olarak değerlendirilebilir. Ayrıca amaç unsurunun her idari işlemde bulunduğuna ilişkin -unsurun niteliği gereği- ön kabul ile değerlendirme yapılabilir.

Makullük ilkesinin idareye yüklediği ilk sorumluluk olan karar alma süreçlerinde dikkate alınması gereken ve alınmaması gereken hususlar, Türkiye'de idarenin yargısal denetiminde sebep unsuruna ve sebep unsurunun dayandığı verilere karşılık gelmektedir.

[228] "Braganza v BP Shipping Limited" kararı. Bkz. s.52.

[229] "Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs" kararı. Bkz. s.64.

Takdir yetkisine dayanarak işlem tesis eden idarenin, yetkisinin hukuka uygun ve objektif nitelikte olmasını sağlayacak nokta burasıdır.

İdarenin yetkisini kullanma sebeplerinin ortaya çıkıp çıkmadığı, sebebin varlığı ve değerlendirilmesinin düzgün yapılıp yapılmadığı, işlemin konusu ve amacıyla bağlantılı olmalıdır. Takdir yetkisinin keyfi kullanılmasını önleyecek nokta olması yönüyle makullük ilkesinin ikinci kısmı olan, sonucun her idarece alınabilecek kadar makul olması yönünde yaklaşım anlamlanabilir.

Makullük ilkesinin, ölçülülük ilkesi içerisinde kullanımı amaç-araç arasındaki ilişkinin mantıki bağı iken, işlemin kurucu unsurlarında sebep-sonuç ilişkisinin mantıki bağı olarak ortaya çıkması ile anlamı farklılaşabilir. Amaç-araç ilişkisi olarak değerlendirildiğinde bir hakkın sınırlandırılmasında sınırın aşılmaması yönünde kurulması gereken mantıki bağ iken, işlemin kurucu unsurları içinde sebep, sonuç ve amaç ilişkisini kurmak açısından ortaya çıkan iradenin mantığa dayanan makul bir düzeyde olmasıdır.

İkinci yönüyle makullük kavramının sınırları çizilmelidir. İdarenin makullüğü, çalışmada açıklanmaya çalışılan hususlar çerçevesinde tanımlanabilir. Buna göre, idari işlemler tesis edilirken idarenin örgütlenmesi ve hiyerarşisi içinde süreç işlemektedir. Bu sürecin idarenin yetkisi dâhilinde, yetkinin veriliş amacı olan kamu yararı ve iş bölümü gereği üstlendiği hizmetin özel amaçları ile hukuka uygunluk bloğunda yer alan unsurları dikkate alarak objektif, eşitlik ilkesine uyan bir şekilde işlemesi, idarenin ve idarecilerin makullüğünü ortaya çıkarabilir. Buna ek olarak idarenin bu hususların gerçekleşmesine izin verecek şekilde örgütlenmesi ve işlemesi gerekmektedir.

Hukuk sınırları içerisinde kamu hizmeti gören idarenin iradesinin kurucu unsurlarının, makullük ilkesi çerçevesinde ve bütüncül olarak değerlendirmesi idareyi hukuka bağlayıcı bir nokta olacaktır.

Makullük ilkesi bir bağ olarak bu noktada, ölçülülük ilkesindeki anlamına yaklaşabilir. İdari yargı yerleri İYUK gereğince idari işlemleri beş unsur yönünden hukuka uygunluğunu tespit etmekle görevlilerdir. Bu yargılama alanı idareye de uyması gereken ve işlemlerinde bulunması gereken unsurları göstermektedir. Bu yargılama alanından çıkan ilkeler idareye yol gösterici olacaktır.

İdari işlemin esasa ilişkin unsurları ve özellikle unsurlar arası bağlantı göz önüne alınarak değerlendirildiğinde, çalışmanın temel hattı olan unsurlar arasında makullük kavramının varlığı ortaya çıkacaktır.

Usule ilişkin unsurlar olan yetki ve şekil unsurları, çalışmanın ana hattını oluşturmamaktadır, ancak kısaca değinmek gerekirse, bu unsurların kamu hukuku alanında özel hukuka göre daha belirgin ve kesin olduğu söylenebilir.

Yetki unsuru, idarenin faaliyetlerinin alanını ve idari birimler arasında görev dağılımı ile uzmanlaşmayı getiren iş bölümünün anlaşılacağı noktalardan birisidir. İdarenin yetkisinin niteliğine ilişkin olarak değerlendirme, takdir yetkisinin kapsamı açısından açıklanmaya çalışılmış olup, yetki unsurunun esasa ilişkin unsurların nitelenmesinde ayrıca etkisi bulunmaktadır.

1- Sebep Unsuru

a) Sebep Unsurunun Genel Niteliği

Sebep unsuru doktrinde; idari işlemden önce gelen ve idareyi o işleme sevk eden, nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bir etken[230], idareyi o işlemi sevk eden hukuki ve fiili etken[231], idarenin iradesini harekete geçiren ve içeriğini belirleyen hukukça

[230] ULUSOY, s.152.

[231] İbid., s.397.

tanınabilir maddi veya hukuksal durumlar[232] olarak belirtilmektedir. Ayrıca ONAR'a göre, idare ve kamu hukukunda işlemler, objektif hukuk tarafından kabul edilmiş bulunan bir sebebe dayanmalıdır, bu unsur işlemden önce mevcut bulunur ve idareyi yönlendirir.[233]

Sebep unsuru nesnel hukuk kuralları çerçevesinde incelenir. Salt mevzuat açısından değerlendirme yapıldığında sebep unsuru her zaman, hatta çoğu kez belirtilmez. Mevzuatta belirtilme açısından bu durum; sebebi mevzuatta açıkça gösterilen, belirsiz kavramlar ile gösterilen, gösterilmeyen işlemler[234] olarak üç gruba ayrılır. İdarenin işleminin sebebi her ne kadar yasada gösterilmese de idarenin her türlü işlemi sebebe bağlı olmalıdır ve sebebe uygun olarak kurulmalıdır. İdare hukukunda nedensiz işlem olmaz.[235] Kamu hukukunun özelliği gereği işlemin kabul edilebilir olması için memurun yetkisini kanundan aldığını göstermesi gerekir.[236]

İdare, açılan dava üzerine İYUK'un 20. maddesi uyarınca mahkemeye işlemin sebebini belirtmek zorundadır. Zira anılan kanun maddesi gereği bildirmediği bilgi ve belge üzerine savunma yapamaz.[237] Danıştay, İYUK m.20 hükmünü idarenin kendi yetkisini kullanarak yapmış olduğu inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemden kaynaklanan dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme amacını güder şeklinde yorumlamaktadır.[238]

---

[232] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.431.

[233] ONAR, s.280-282.

[234] AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, B. 7, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 431, GÜNDAY s.154., KARAHANOĞULLARI, 2011, s.431., ULUSOY, s.398.

[235] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.432.

[236] ONAR, s.289.

[237] AKYILMAZ vd. s.431.

[238] DİBGK, E.2013/3, K.2019/1, K.T. 8.2.2019.

İdareyi işleme iten hukuki veya maddi saik, gerekçeden veya dava açılması durumunda idarenin savunma dilekçesinde veya idari yargıcın ara kararı ile istenildiğinde açıklanmalıdır; yargıç ise sebebin gerçekliğini veya hukuka uygunluğunu resen araştırma ilkesi gereği araştırabilir.[239] Gerekçe göstermenin zorunlu olması halinde işleme ekli, zorunlu olmadığı durumlarda ise gerektiğinde açıklanma sağlanmalıdır.[240]

Sebep unsuruna ilişkin olarak bu bilgiler ışığında sebebin kaynağının belirlenmesi ve sebebin bu kaynak ile bağlantılı olarak ortaya çıkıp çıkmadığına ilişkin değerlendirme yapılması gerekmektedir. İngiltere, Avustralya ve Yeni Zelanda hukukunda makullük ilkesinde belirtilen idarenin işlemleri tesis ederken dikkate alması ve almaması gereken noktalarının karşılığı Türkiye'de büyük oranda sebep unsurunun oluşumu ile bağlantılı olup, işlemin esasa ilişkin diğer unsurlar ve bu unsurların aralarındaki bağlantıyı kapsamaktadır.

Öncelikle sebep unsuru idarenin iradesi ile bağlantılı olarak yükümlendiği işlev ve yetkiler ile bağlantılı olmak zorundadır.[241] Ayrıca idari işlemin sebebi hiç gösterilmemiş olsa bile, o işlemden beklenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün ve gerekli kılacak sebebe dayanmalıdır.[242] Son kertede sebep unsuru konu ve amaç unsurları ile bağlı olarak nitelendirilebilir.

Diğer taraftan sebep unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği, tespitinin doğru yapılıp, yapılmadığı gibi maddi olgu ile hukuki olgu arasında bağın varlığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay'a göre; "*idari işleme neden gösterilen*

[239] CANDAN, s. 147.

[240] KARATEPE Şükrü, *İdarenin Takdir Yetkisi*, **Türk İdare Dergisi**, Y. 63, S. 392, 1991, s. 103.

[241] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.432.

[242] GÜNDAY, s.156.

hukuksal işlemin sakat olması, olayın gerçeğe uygun olmaması veya nitelendirilmesinde yanlışlık yapılması işlemi neden yönünden sakatlar."[243]

Danıştay'ın sebep unsuruna ilişkin bu kararı çerçevesinde, sebebin varlığının tespiti ve sonrasında sebebin nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu durum kamu hukuku ve idare hukukunun kendine özgü niteliğinden ortaya çıkmaktadır.

b) Sebep Unsurunun Verileri

Sebep unsurunun verileri; kural veya maddi olayın idareyi harekete geçirmesi ve bu hareketin sonuca ermesini sağlayacak olgulardır. Hukuki sebep ve maddi sebep olarak yapılan ikili ayrıma göre hukuki sebep, soyut hukuk kurallarının idareyi harekete geçirmesi olup, doğru hukuk kuralına dayanıp, doğru yorumlanmalıdır. Maddi sebep ise yazılı metinde gösterilen sebebin o işlem için olmaması, işlem için olsa da gerçek olmaması veya idarece hatalı değerlendirilmesi, sebep unsuru yönünden hukuka aykırılık sonucunu doğurmaktadır.[244]

KARAHANOĞULLARI'na göre, sadece sebep gösterilmesi yeterli değildir; "bu nedenin olasılık veya tahminlere değil, gerçek, hukuken geçerli ve yetkinin amacına uygun ve idarenin teknik ve hukuki bilgileri doğru değerlendirmesi gerekir."[245]

ONAR'a göre, yetki idareye ortak ihtiyacı karşılamak ve kamu yararı için verilir ve ancak bu yönde kullanılır.[246] Bu çerçevede idarenin amacı olan kamu yararının objektif

[243] D8D, E.1989/504, K.1990/913 K.T. 17.09.1990, **Danıştay Dergisi**, 1992, S.82-83, s.703. Akt., AKYILMAZ vd. s.431.

[244] CANDAN, s.149-151.

[245] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.448.

[246] ONAR, s.279.

niteliği ancak sebep unsurunun verilerinin değerlendirilmesi çerçevesinde yapılmalıdır, amacın hukuka uygunluğu buradan tespit edilebilir.[247]

Danıştay kararlarına dayanan bu görüş idarenin takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi açısından en önemli noktalarından birini oluşturmaktadır. Makullük ilkesi genel olarak bu noktada değerlendirilecektir.

Danıştay'ın kamu yararı ve hizmet gerekleri kavramlarını kullanarak yaptığı değerlendirmede, sebep unsurunun verileri üzerinden hukuka aykırılığı tespit ettiği kararları bulunmaktadır. Buna göre, Danıştay, bir düzenleyici işlemi "*...yan dal uzmanlık eğitimi mesleki bilim sınav puanı eşit olan adaylar arasından yapılacak seçimde bilimsel ve objektif ölçütler yerine, kişilerin iradelerine bağlı olmayan ve herhangi bir bilgi düzeyini ölçmeyen yaş esasının getirilmesinde, kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmamaktadır*."[248] gerekçesi ile hukuka uygun görmemiştir.

Başka bir kararında ise sokak adı verilmesi işleminin sebep unsurunun makul ve meşru gerekçelere dayanması gerektiğini belirterek, *".... ortak alanlara ad verme hususunda idareye tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile şehircilik ilkeleri doğrultusunda kullanılması gerektiği tartışmasız olup, idarece takdir yetkisi kullanılırken, belirli ölçütler çerçevesinde makul ve meşru sebepler dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir."*[249] gerekçesi ile hukuka uygun görmemiştir.

İdarenin işlemleri, tek yanlı ve hukuka uygunluk karinesi ile aksi yönde mahkeme kararı alınana kadar hukuka uygun kabul edilen bir alan olması, sebep unsurunun denetiminin önemini ortaya koymaktadır.

---

[247] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.535.

[248] DİDDK, E.2014/2726, K.2015/3542, K.T. 15/10/2015, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 141, s.193, www.danistay.gov.tr Erişim tarihi: 02.02.2020.

[249] D8D, E.2015/4950, K.2017/3077, K.T. 18/04/2017, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 148, s.146, www.danistay.gov.tr Erişim tarihi: 02.02.2020.

Öte yandan, sebep unsuru açısından ULUSOY, Danıştay'ın geleneksel içtihat politikasının değiştiğini belirtmektedir. Geleneksel içtihatta idarecilerin işlemlerinde takdir yetkisini kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun kullandığını somut verilerle ortaya koymaları yönündeyken aktüel Danıştay'ın çok açık ve bariz hata dışında kontrollü ve dikkatli davrandığını, Fransız uygulamasında olan minimum ve maksimum denetim uygulamasına benzer şekilde idarenin takdir yetkisine dayanan işlerinin denetiminde içtihadının radikal olarak maksimumdan minimuma indirdiğini belirtmektedir.[250]

Danıştay'ın değişen içtihat politikası iki nokta üzerinden değerlendirilebilir. Bunlardan ilki, idarenin sebep unsuru verilerini sunmadığında kanıt yükünün idarede olduğu ön kabulünün değişmesi, ikincisi ise özellikle kamu görevlilerinin atanmaları, görevden alınmaları gibi konularda minimum denetim yaklaşımında bulunduğu belirtilebilir.[251]

İlk nokta olan, Danıştay'ın unsurun verilerinin değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımında, dava konusu işlemin sebep unsurunda özel olarak sebebin verilerini inceleyen ilk derece mahkemesinin kararını takdir yetkisine ilişkin görerek bozduğunu görülmektedir. Danıştay, ilk derece mahkemesinin "*Valilikçe 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa istinaden, ilde yapılacak bir toplantının yasaklanması işleminde toplantıya ilişkin istihbari bilgiler olduğu, bu istihbari bilgilerin neler olduğunun, diğer bir ifadeyle idari işlemin sebep unsurunun, somut olarak ortaya konulamadığı, ihtimale dayalı olarak yapılan değerlendirmelerin yasaklama kararına dayanak alınamayacağı sonucuna varıldığından, ... dava konusu işlem iptali"* yönündeki kararını; "*yasaklama kararı için Kanun'da belirtilen koşulların oluştuğu sonucuna ulaşıldığından; kitlesel tepki ve provokatif eylemlere zemin oluşturabilecek bir takım*

[250] ULUSOY, s.400-401.

[251] İbid., s.400-401.

etkinlikleri içeren festivalin; cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin bozulmaması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amaçları gözetilerek yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir. Bu itibarla, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."[252] gerekçeleri ile bozmuştur.

Danıştay, sebep unsurunun net olarak belirtilmediği işlemin iptalini, idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğu gerekçesi ile bozmuştur; İlk derece mahkemesi; "*dava konusu atama işleminin ... birimin acil matematik mühendisi ihtiyacını belgeleyen herhangi bir yazışma olmadığı, bu konudaki acil ihtiyaca neden olan durum sorulmasına rağmen idarece bu hususa cevap verilmediğinin görüldüğü, dava konusu işlemin sebep unsuru olan kadro ihtiyacının ispatlanamadığı"* gerekçeleri ile iptal kararı vermiş, *"... kamu hizmetlerinin etkin ve verimli şekilde yürütülmesini sağlamakla yükümlü olan idarelere, bu amaca yönelik olarak memurların naklen atanmalarında takdir yetkisi tanınması, bu yetkinin hukuka ve sınırlamalara aykırı olarak kullanıldığına dair hukuken geçerli bilgi ve belgenin de ortaya konulamaması davacının mesleki bilgisi, deneyim ve tecrübesi ile atandığı yerde matematik mühendisi ihtiyacının ilk sırada yer alması nedeniyle…*"[253] gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bir başka kararda ise; polis memuru olarak görev yapan davacının, branşının disiplin cezası alması nedeniyle değiştirilmesi, sonrasında bu disiplin cezasının yargı yerince iptal edilmesi üzerine eski branşına atanma talebinin reddi işleminde ilk derece mahkemesi "*söz konusu talebin, branştan çıkarılma işleminin sebep unsuru olan disiplin cezasının iptal edildiği göz önünde bulundurularak davacının trafik branşına*

[252] D10D, E. 2014/1343 K. 2019/2118 K.T. 18.3.2019.

[253] D2D, E. 2015/6557, K. 2018/6133, K.T. 7.11.2018.

aktarılmasına ilişkin diğer şartlar da dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi" ile iptal kararında ısrar etmiş, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise "*idarenin, kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda kanunen sahip olduğu takdir yetkisini emniyet hizmetlerinin önem ve özelliğine uygun olarak kullandığı, bu takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gerekleri dışında sübjektif (öznel) nedenlerle kullandığına dair herhangi bir bilgi belge de bulunmadığı"* gerekçesi ile ilk derece mahkemenin kararında hukuka uygunluk görmemiştir.

Danıştay'ın söz konusu değişen denetim yoğunluğu tarzı, sebep unsuru açısından hukuki değerlendirmeyi takdir yetkisi alanına bırakarak, özellikle unsurun verileri konusunda değerlendirme yapmadığını göstermektedir.

"Öznel nedenler" kavramının kullanılmış olması makullük ilkesinin genel çerçevesini oluşturan idarenin objektif olma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir ise, klasik Wednesbury ilkeleri olarak anılan dar kapsamlı değerlendirme benzer yaklaşım ortaya çıkmaktadır.

İkinci nokta olan kamu görevlilerine ilişkin yaklaşımı, valilik görevinin niteliği gereği Danıştay'ın denetim yoğunluğuna ilişkin değerlendirmesinde görülmektedir.

Danıştay, bir il valisinin merkez valiliğine atanması işleminde, *"... diğer görevleri yanında, valilerin hükümetin temsilcisi ve siyasi yürütme organı olması... ...yapılacak yargısal denetimin, valilik statüsü için yukarıda yapılan açıklamalar ile bağdaşır nitelikte olması zorunludur. Bu çerçevede, valilerin atanmaları veya merkeze alınmalarına ilişkin işlemlerin yargısal denetimi yapılırken, idarenin sahip olduğu geniş takdir yetkisi dikkate alınarak, yetki ve şekil yönlerinden sakatlıklarda olduğu gibi açık hukuka aykırılıkların*

bulunup bulunmadığının ya da idarenin açık bir değerlendirme hatasına düşüp düşmediğinin incelenmesi ile yetinilmesi gerekmektedir."[254] yönünde karar vermiştir.

Bu değerlendirmenin, İngiltere'deki makullük ilkesinin "Super Wednesbury" olarak tanımlanan politikalar ve siyasal tercihlerde mahkemelerin denetiminin daha az yoğunlukta yapıldığı noktaya yakın olduğu görülmektedir.

2- Konu Unsuru

Konu unsuru, idari işlemin hukuk düzeninde, kişi veya nesnelerin hukuki statüsünde doğurduğu hukuki etki ve sonuçtur.[255] ONAR'a göre idarenin kamu adına karar alma özelliği nedeniyle tasarruflarının objektif hukuk tarafından kabul ve emredilmiş olması gerekmektedir.[256]

Konu unsuruna aykırılık, idarenin işleminin kanuna, ölçülülük (orantılılık) ilkesine aykırı olmaması, ayrıca mahkemelerce kesin hükme bağlanan idari uyuşmazlıklarda kesin hükme dayanılmadan işlem yapılması veya yapılmaması gibi hallerde ortaya çıkmaktadır.[257] Konu unsurunun, yasa ve hukuka uygun, sebep unsuru ile bağlantısının düzgün olması, yasak ve imkânsız olmaması gerekmektedir.[258]

ONAR'a göre; işlemin konusu hukuk kuralları ile belirlenen alan dışında idarece tayin ve tespit edilemez, aynı şekilde hukuk kuralları sebep ile konu arasında ilişkiyi kurduğunda o sebebe dayanarak başka bir sonuca ulaşılamaz. Hukuk kuralları özel bir

[254] DİDDGK, E. 2007/36, K. 2012/1271, K.T. 26.9.2012.

[255] AKYILMAZ vd. s.434, GÜNDAY, s.157, KARAHANOĞULLARI, 2011, s.484, ULUSOY, s.419.

[256] ONAR, s.281-282.

[257] ULUSOY, s.419-420.

[258] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.484-496.

konu tespit etmişse ondan başka sonucuna varılamaz ve konu unsurunda birtakım şartlar var ise bu şartlar gerçekleşmeden işlem yapılamaz.[259]

ULUSOY'a göre, temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir olduklarından idari işlemler ile sınırlama yapılması durumunda işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı kabul edilecektir.[260] Bu yaklaşım ölçülülük ilkesine uymayan işlemlerin konu unsuruna aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir.

Birinci bölümde belirtilen ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin makullük ilkesine benzeyen yönleri ayrıca açıklanacaktır. Konu unsuru ile ölçülülük ilkesinin bağlantısı temel hakların sınırlandırılmasında kanunilik ve idarinin işlemlerinde kanunilik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ölçülülük ilkesi temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin işlemlerde veya yükümlendirici işlemlerde ortaya çıkmaktadır. Gereklilik ve elverişlilik unsurları açısından sebep ve amaç unsurları ile değerlendirilebilir. Orantılılık unsurunu açısından ise idarenin objektif gerekçelerden uzaklaşarak siyasi veya kişisel sebeplerden dolayı orantısız sonuç doğurması gibi durumlar ortaya çıkabileceğinden, ölçülülük ilkesi, sadece konu unsuru bakımından değil işlemin diğer unsurlarıyla da bağlantılıdır.

3- Amaç Unsuru

İdarenin işlemlerinin tamamının amacı kamu yararıdır. İdarenin üstün yetkiler ile donanması, devlet aygıtının işlevi ve ürettiği hizmetler, finansmanı ve örgütlenmesi yurttaşların dirlik, sağlık, esenlik gibi kavramlar ile belirtilen kamu düzeni içinde yaşamasını sağlamak amacına yöneliktir. Bu amaç kamu yararı olarak tanımlanır ve doğrudan bir ön kabul olarak değerlendirilmelidir.

---

[259] ONAR, s.313-316.

[260] ULUSOY, s.419.

GÜNDAY'a göre maksat (amaç) kanun koyucunun idari işlemle ulaşmak istediği nihai sonuçtur.[261] İdarenin gücü kamu yararı ve hizmet fikrine bağlıdır.[262] Kamu yararının belirlenmesi çoğu zaman imkansıza yakın derecede zordur ama bu durum idarenin keyfi veya objektiflikten uzak olacağı anlamına gelmemektedir.[263] Kamu yararın kavramının bu niteliğinden dolayı amaç unsuru denetiminde ayıklama metodu ile yani bu genel ve ön kabulü olan kavramda, duygusal, siyasi, şahsi veya kişiyi hedef alarak işlemin tesisi halinde hukuk düzenine aykırılık ortaya çıkmaktadır.[264]

Amaç unsurunda sakatlık yetki saptırması olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu yararı yerine kişisel, siyasi veya hizmete özgü amaçlar dışında kullanım var ise yetki saptırması vardır.[265] Amaç unsuruna yani kamu yararına kavramına ilişkin değerlendirme ve aykırılık tespiti yapılırken kamu yararının yerine başka amaçlar ile işlemin tesis edildiğinin tespiti mümkün gözükmektedir. Bu noktada doktrin ve Danıştay kararları bazı kavramlar ile değerlendirme yaparak amaç unsurunun aykırılık halini tespit etmektedir.

Amaç unsurunda sakatlık halleri kişisel sebepler veya siyasi sebepler, ayrıca bir üçüncü unsur olarak idareye mevzuat ile verilen özel amaçların başka amaç ile kullanılması olarak ortaya çıkmaktadır. Buna örnek olarak kolluk faaliyetlerinin işleyişi veya idareye özel bir amaçla hizmete özgü verilen kamulaştırma yetkisinin başka amaç ile kullanılması gösterilebilir.[266]

Kişisel sebepler, üçüncü kişilere çıkar sağlamak, işlemin muhatabına zarar vermek, karar alıcının kendi çıkarını gütmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, mahkeme

---

[261] GÜNDAY, s.160

[262] ONAR, s.317.

[263] Akt. KAYA Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, XII Levha, İstanbul, 2011, s.225, ONAR, s.317.

[264] AKYILMAZ vd., s.441.

[265] GÜNDAY, s.161, KARAHANOĞULLARI, 2011, s.470. ULUSOY, s.421-422.

[266] CANDAN, s.153-154, GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, s.413, GÜNDAY, s.161-162.

kararlarını etkisiz kılma amacıyla da ortaya çıkabilir.[267] Bu yönde açıklanan hususlar salt amaç unsuruna ilişkin aykırılık halleri ortaya çıkarmaktadır.

Amaç unsuru diğer unsurlar ile bağlantılı olarak incelendiğinde, belirsiz olan kamu yararı kavramının anlamı objektif hale gelebilir. Sebep unsuru, bu konuda amaç unsurunu aydınlatıcı bir unsur olarak ortaya çıkar.

İngiliz hukukundaki makullük ilkesi, amaç unsurunu ve bağlantılı olduğu kavramları güçlendirebilir. Her ne kadar hukuk sistemleri farklı olsa da devlet yapılanması ve yürütücü güç olan idarenin sunacağı kamu hizmetini, kamu yararı kavramına dayanarak kurup devam ettirmesi gerekmektedir. İdarenin kamu yararı olan nihai hedeften uzaklaşma eğilimi göstermesi halinde denetim aygıtlarının, idarenin amacı ile birlikte değerlendirilip kullanılması gerekmektedir.

4- Esasa İlişkin Unsurların Bağlantısı

Çalışmanın kapsamı esasa ilişkin unsurlar ile sınırlı tutulduğu için, sebep, konu ve amaç unsurları çerçevesine değerlendirme yapılmak ile birlikte, esasa ve usule ilişkin tüm unsurlar idare hukukunun, özel hukuktan farkları açısından kendine özgüdür. İdari işlemlerin unsurlara ayrılmaları kolaylık sağlasa da bazı durumlarda tek bir unsurun aykırılığı başka unsurların denetimi ile ortaya çıkabilmektedir ve bu kapsamda özellikle sebep unsurunun konu ve amaç unsurları arasındaki bağlantıları incelenmelidir.

KARAHANOĞULLARI'na göre, idari işlemlerin unsurları mekanik olarak ayrılamaz ve analiz edilmek üzere ayrıldığında da ise birbirleri ile bağlantılı olarak değerlendirilir.[268] İdarenin tek yanlı işlemlerinin niteliği gereği özel hukukta olmayan

[267] CANDAN, s.153-155.

[268] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.477.

kurucu öğelerin birbiri ile bağlı olarak nitelendirilmesi yargı tekniğinin gelişmesi ile olmuştur.

a) Sebep ve Konu Unsurlarının Bağlantısı

Bir hukuki işlem olan idari işlemlerin, kamu gücünün kamu yararına özgülenmesi nedeniyle, sebep ve konu unsuru arasındaki bağlantı işlemin kurucu özelliğidir. Bağlantının kopuk veya yanlış kurulmaması gerekir.[269]

İki unsur arasındaki sıkı bağlantı ve nedensellik bağı; 521 sayılı Danıştay Kanundan önce iki unsurun ayrılmayıp bir arada esas kavramı altında değerlendirildiği göz önüne alındığında net olarak ortaya çıkmaktadır.[270]

Bu hususta Danıştay özellikle memurların disiplin cezalarına ilişkin işlemlerde bu noktayı belirginleştirerek hukuka aykırılığı tespit etmektedir. Danıştay'ın güncel içtihadında, sebep unsurunun verileri yanlış değerlendirildiği için, konu unsurunun bu şekilde tespit edilemediğine hükmedilmiştir. Dava konusu işlemde cezaevinde görevli memurun memuriyet çıkarılması cezası sebep olan işlemin sebep unsuru olarak gösterilen; *"...denetim görevini yeterince yapmaması, hükümlülerin dışarıya çıkmaları için izin vermesi. ... karşılığında menfaat sağlaması*" fiillerinin "*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*" hükmü kapsamına girmediği "*görevi ile ilgili her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak*" kapsamına girdiği *"davacının yukarıda belirtilen ve sabit olan fiillerine uyan ceza ile cezalandırılması gerekirken, "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir."*[271] şeklinde verilen

[269] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.489, ONAR s.313.

[270] GÜNDAY, s.159.

[271] D5D, E. 2018/2367, K. 2019/2022, K.T. 18.3.2019.

kararda sebep unsurunun değerlendirilmesindeki yanlışlığın konu unsurunda sakatlık yarattığı görülmektedir.

Takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemlerin denetiminde Danıştay, sebebin varlığı, sebebin sonuca uygunluğu, işlemin tesisine yetmesi, sebep unsurunu oluşturan olguların yanlış değerlendirilip değerlendirilmediği araştırmalarına kararlarında yer vermiştir.[272]

Danıştay'ın sebep unsuru üzerinde yaptığı incelemelerin idari işlemlerin kuruluşunda keyfiliği önlemeyi amaçladığı görülmektedir. Bu noktada konu unsuru önem kazanmaktadır. Konu unsurunun önemi, kamu adına iş ve işlem yapan idarenin, yasama organının, dolayısıyla yurttaşların temsilcilerinin koyduğu kurallara ulaşmalarına giden yolda keyfiliği ve idari işlemin sonucunun hukuka uygunluğunu korumak adına sebep unsuru ile birlikte ortaya çıkmaktadır.

ONAR'a göre, idarenin görevi, kamu adına görevi yürütenlerin bir vekil olduğu ve vekilin iradesinin ancak müvekkilinin verdiği yetki ve talimat çerçevesinde yürütülmesi ve ayrıca objektif hukukun bu işlemleri kabul ve emretmiş olması ile ortaya çıkmaktadır.[273]

ONAR'ın bu tespitinden hareketle, sebep ve konu unsuru arasındaki bağlantı olan sebep-sonuç ilişkisi, hukuk devleti ilkesinin temel ilkelerinden olan hukuki öngörülebilirlik ilkesi ile doğrudan alakalıdır. Bilindiği üzere hukuk düzeninde değişikliğe neden olacak durumlar ve bunun sonuçları hukuk sisteminin öznesi olan "kişi" tarafından öngörülebilir ve çıkarım yapmaya uygun olmalıdır.

[272] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.536.

[273] ONAR, s.281-282.

Danıştay'ın, konu unsurunun tespiti yapılmadığı için hukuka aykırı gördüğü uyuşmazlıkta, davacıya verilen aylıktan kesme disiplin cezasında; *"657 Sayılı Kanun'un 125/C maddesinin alt bentlerinde yer alan hangi tanıma uyduğunun açıkça ortaya konulması gerekirken herhangi bir bent belirtilmemiş olması sebebiyle dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka uyarlık görülmemiştir."*[274] gerekçesiyle sebep unsuru olan fiilin, konuda karşılığı olmamasını hukuka aykırı görmektedir.

Anılan uyuşmazlıkta ayrıca mahkeme konu unsurunun tespitinin önemini 657 sayılı kanuna göre aynı fiilden disiplin cezası alınması sonucunda tekerrür hükümlerinin ortaya çıkacak olması açısından değerlendirmektedir. Bu yanı ile hukuki öngörülebilirlik ilkesi de değerlendirilmeye alınmıştır.

İdarenin yetkisinin takdiri nitelikte olduğu yani sebep ve/veya konuda tercih takdirinin ortaya çıktığı durumlarda, iki unsur arasındaki bağlantının ve bu unsurlardan sebep unsurunun verilerinin açıklığı gerekmektedir. Bu gereklilik işlemin sebebinin bağlandığı sonuca varabilir olması gerekliliğinden doğar.

Özellikle gerekçesiz tesis edilen işlemlerde sebep unsuru verilerinin çoğu zaman işlem ile statüsü değişen veya etkilenen tarafından tespit edilmesi mümkün olmadığından, idarenin hukuka uygun davranma zorunluluğu ancak yargı yerince resen araştırma ilkesi ile tespit edilebilir. Hukuki öngörülebilirlik ilkesinin ancak resen araştırma sonucu ortaya çıkabilir olması, son çare olmalıdır.

b) Sebep ve Amaç Unsurlarının Bağlantısı

İdari işlemin amaç unsuru olan kamu yararı her işlemde bulunması gereken bir unsur olup diğer tüm unsurlar ile idarenin kuruluşunda da yer alması gereken bir

[274] D12D, E. 2015/107, K. 2018/6396 K.T. 17.12.2018.

kavramdır. Amaç unsuru ve bu unsura aykırılıkların tespitinin diğer unsurlara göre zor olması ve sebep unsuru ile bağlantısı kurularak netlik kazanabilmesi olasıdır.

KARAHANOĞULLARI'na göre; "Neden ve amaç öğesi arasındaki bağlantı ile yargısal denetimi güçlendirecek araçlar yaratılabilir."[275] Sebep unsurunu oluşturan veriler, idare tarafından kamu yararından başka bir öngörü olmadan tespit edilip değerlendirilmelidir ve bu değerlendirme net değildir. İdari işlemin sonucu idarenin zihninde ortaya çıkar ve amaç unsurundaki sakatlık hizmetin iyiliğine olmayan öznel bir sebepten doğar.[276] Öznelliğin tespiti ancak idareyi harekete geçiren sebep unsurunda yapılabilir. Kamu yararı kavramını netleştirebilmek adına sebep unsuru önemlidir, sebep unsurundaki sakatlıklar işlemin kamu yararı dışında yapıldığını kanıtlamaya yardımcı olabilir.[277]

Danıştay, sebep ve amaç unsuru açısından yargısal denetimin idarenin yerine geçme, yerindelik olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir. İdarenin takdir yetkisine dayanan açıktan atamaya ilişkin olarak kadro, ihtiyaç, hizmet gerekleri ve atama isteminde bulunan kişinin kişisel konumu gibi durumlar dikkate alınarak kullanılıp kullanılmadığının yargı merciince incelenmesini, sebep ve amaç unsurlarına dayanan yargı denetimi olarak nitelendirmiştir.[278]

Söz konusu kararda "açık hata" kavramı kullanılarak idarenin işlemini hukuka uygun bulunmamıştır. Diğer taraftan memurun naklen atanmasına ilişkin bir kararda[279] söz konusu tespiti yaptıktan sonra takdir yetkisine dayanan işlemin hukuka uygun

[275] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.536.

[276] AKYILMAZ vd. s.440.

[277] TAN, s.923.

[278] D12D, E. 2016/5477, K. 2018/3008, K.T. 11.9.2018.

[279] D2D, E. 2016/7718, K. 2018/7349, K.T. 24.12.2018.

olduğunu belirmiştir. Bu noktada daha önce değinilen minimum denetim yoğunluğunun kullanıldığı görülmektedir.

Sebep unsurunun mevzuatta belirtilmediği ve idarenin takdir yetkisine bırakılan alanlarda mahkemelerin kararlarının niteliği önemlidir. Sadece idari işlemin takdir yetkisi alanında olduğu ve işlemin takdir yetkisinden doğan serbesti içinde kaldığı yönünde kurulan gerekçe ile sonuca ulaşılması halinde, sebep unsurundan azade bir alan ortaya çıkabilir.

Sebep unsuru verileri incelenmeyen işlemlerin şahsi, siyasi veya özel amaca uygun olmayan şekilde yapılıp yapılmadığı anlaşılamayacağından, amaç unsuru açısından denetim olanağı mümkün gözükmemektedir.

Makullük kavramının İngiltere'de ki anlamı, Türkiye'de yargı denetiminde idari işlemin kurucu unsurları değerlendirilip, hukuka uygunluk denetiminin alanı tespit edilerek, makullük ilkesi Türkiye açısından anlam kazanabilir. Bu kapsamda makullük ilkesinin, amaç unsuru açıklanırken belirtilen "ayıklama metodu" ile birlikte değerlendirilmesi halinde hukuka uygunluk aracı olarak ortaya çıkabilme ihtimali mevcuttur.

5- Yetki Unsurunun Usule İlişkin Boyutu

İdari işlemin usule ilişkin unsuru olarak aktarılan yetki unsuru, yer, zaman, kişi ve konu bakımından[280] yetkinin kullanımına ilişkin değerlendirme sunmaktadır. Yetki unsurunun usule ilişkin boyutu, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun temel yönü olmak ile birlikte İYUK'un 2. maddesinde idari işlemlerin unsurları arasında ilk sırada sayılarak belirtilmiştir.

[280] ULUSOY, s.376.

Yetki unsurundan doğan sakatlıklar, fonksiyon gaspı, yetki gaspı ve yetki tecavüzü olarak[281] ortaya çıkmakla birlikte, CANDAN'a göre yer, zaman ve konu bakımından idarenin yetki aşımı ile birlikte hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır.[282] Bu değerlendirmeler idarenin yetkisinin usulünde ortaya çıkabilecek sakatlıkları tanımlamaktadır.

ONAR'ın vekil müvekkil ilişkisi olarak tanımladığı yetki unsurunun[283] İngiltere'de belirtilen, temsili demokrasilerde yurttaşların yetkilerini hukuka aykırı, sübjektif veya gayri makul kullanılmak üzere devretmemesi yönünde yetki temelli bir yaklaşımdır.

ULUSOY'a göre yetki ve görev kavramları birbirine yakın olmak ile birlikte farklılık göstermektedir, görev idareye bir zorunluluk, yetki ise işlem yapabilme imkânı olarak ortaya çıkmaktadır. Bağlı yetki söz konusu olduğunda idareye hukuk düzenince bir görev verilmiştir, çoğu durumda takdir yetkisi kapsamında yetki görev olarak ortaya çıkabilmektedir, idarenin takdir yetkisine konu işlemlerinde, mevcut seçeneklerden kamu yararı, hizmet gerekleri ve temel haklara ilişkin konularda en uygun seçeneği seçme görevi vardır.[284]

Yetki unsurunun usule ilişkin yönü, unsurun çekirdek alanını oluşturmaktadır. Fransa kökenli minimum denetim uygulamasında dahi unsurun kullanılması bu durumu kanıtlar niteliktedir. Minimum denetim alanına giren konularda usule ilişkin yaklaşım, İngiltere'deki klasik Wednesbury yaklaşımı gibi takdir yetkisinin verildiği alanda denetim dozajının azalması olarak görülmektedir.

[281] ULUSOY, s.389-392.

[282] CANDAN, s.122 vd.

[283] Bkz. s.91.

[284] ULUSOY, s.376.

Özellikle idarenin takdir yetkisinin denetiminde hukuka uygunluk değerlendirmesinin dayandığı esasa ilişkin unsurlar olan sebep, konu ve amaç unsurlarının yetki temelli olarak şekillendiği, yetkinin kullanılışının hukuka uygun olup olmadığının araştırılacağı alan olarak ortaya çıkması söz konusudur.

Yetkinin kullanılışının ilk şartı olan usule ilişkin boyutu, yetkinin esasa etki eden yönünün açıklanması amacıyla yardımcı niteliktedir. Yer, zaman, kişi ve konu bakımından yetkinin yanlış kullanımı makullük ilkesinin genel koruma yönü bakımından açıklayıcı olabilir niteliktedir.

KARAHANOĞULLARI'na göre, idare işlevi ile var olan, kuruluş metinlerinde belirtilen işlevini yerine getirmekle yükümlü ve bu alanda taşıdığı işlevi oranında hukuken değer kazanan niteliktedir.[285]

Yetkinin bu yönde ve sınırlar içerisinde doğru kullanımı idarenin örgütlenmesinin düzgün işlemesi için pozitif hukukça düzenlenmiş olup, usul boyutunda yetkinin hizmet kusurunun oluşmasına olası etkisi de bulunmaktadır. Ayrıca malullük ilkesini ilk aşaması olan objektiflik davranma yükümlülüğü açısından idarenin yetkisini yer, zaman, kişi ve konu yönünden kullanımı ile değerlendirme yapılabilir.

B. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ GÖRÜNÜMÜ

Ölçülülük ilkesinin geçmişte İngiltere'de kullanılmaması nedeniyle, İngiliz hukukunda ikamesi olan kavramların yeterli olup olmadığı tartışılmaktadır. Türkiye açısından ölçülülük ilkesi, idari işlemlerin denetiminde İngiltere'ye göre daha eski bir geçmişe sahip olan ve bazı yönleriyle makullük ilkesi ile kesişen bir alandır. Bu sebeple

[285] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.432.

makullük ilkesine ilişkin değerlendirme Türkiye açısından salt ölçülülük ilkesi ile değil idari işlemlerin unsurlarıyla birlikte yapılmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, çalışmada değinildiği üzere Kıta Avrupası kökenli bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Almanya kökenli bu kavram, AİHM tarafından sürekli olarak kullanılan ve ülkelerin iç hukukunda uygulamasının AİHS'te belirtilen temel haklar özelinde sıkı sıkıya değerlendirildiği bir kavramdır.

Türkiye'de ise Anayasa Mahkemesi aracılığıyla kullanılmış, sonrasında idare hukukunda benimsenmiştir. 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 13. maddesinde "ölçülülük ilkesinin" açık bir şekilde düzenlenmesinden önce ilke Anayasa Mahkemesince 1971 yılında bir kararda kullanılmıştır. Anayasaya dahil olmasıyla temel hakları sınırlandıran idari işlemler açısından Danıştay tarafından da kullanılmıştır.[286]

Ölçülülük ilkesinin, alt ilkeleri olan gereklilik, elverişlilik ve orantılılık ilkeleri Danıştay kararları ve doktrinde kullanılmakta ve tanımlanmaktadır. Elverişlilik unsuru, alınan tedbirin amaca ulaşılabilir olması, gereklilik unsuru, amaca ulaşmayı sağlayacak birden çok yöntem içinden hakları en az sınırlayacak, bireye ve kamuya en az yük getirecek olanın, en yumuşak aracın seçilmesi, orantılılık unsuru ise tedbirin bireye verdiği zararla toplumun bu tedbirle sağladığı yarar arasında makul bir denge sağlanması ve amaçla aracın karşılaştırılmasıdır.[287]

Ölçülülük ilkesinin anlamı, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve AİHM tarafından değerlendirip, kararlarında tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi ölçülülüğü, 'araç ile amaç arasındaki mantıki bağ', 'makul ve kabul edilebilir ölçü', 'amaçla araç arasındaki

[286] ERDEM, s.980-981.

[287] İbid., s.985-988.

makul ölçü' gibi ifadeler ile tanımlamaktadır.[288] Makullük kavramı ise, ölçülülük ilkesinde amaç ile araç arasındaki akla uygun dengedir.[289]

AİHM, sözleşmede bulunan haklar temelli yargılama yaptığından ötürü, ölçülülük ilkesini sıkça kullanmaktadır. 1990lı yıllardan itibaren Almanya kökenli kavram AİHM tarafından benimsenerek ilkenin Avrupalılaşması yaklaşımı oluşmuş ve Avrupa dışına taşarak başka sistemleri de etkilemiştir.[290] Örnek olarak, 1992 yılında verdiği *Campbell/Birleşik Krallık* kararında bir mahpusun Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'ndan gelen mektuplarının sahtelik, suç unsuru gibi nedenler ile idarece okunmasının ölçülü olmadığını gereklilik testini geçemediğine hükmetmiştir.[291] *Ünal Tekeli/Türkiye* davasında, evli kadının kocasının soyadını taşımasını aile birliği açısından elverişli bir önlem olarak görmemiştir.[292]

Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük ve üç alt ilkesini "***Elverişlilik*** *öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını,* ***gereklilik*** *ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını,* ***orantılılık*** *ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi*" [293] şeklinde bu ilkelerin tanımları ile açıklığa kavuşturmaktadır.

Anılan kararda, Anayasa Mahkemesi orantılılık ilkesine ilişkin olarak *"... kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir*

[288] İNCEOĞLU, s.42.

[289] OĞURLU, s.103.

[290] METİN, s.18.

[291] İNCEOĞLU, s.42.

[292] İbid., s.41.

[293] AYM, B.N. 2015/19400 K.T. 11.6.2018, P. 47-48. www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 14.12.2018.

ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir." yönünde değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, uzun süre kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken ölçülülük ilkesini kullanmaktaydı[294], ayrıca 2010 Anayasa değişiklikleri ile hukuk sistemimize giren, AİHS ve Anayasa'da korunan haklara ilişkin ihlal iddialarına karşı bireysel başvuru yolunda yaptığı incelemelerde de ölçülülük ilkesini kullanmaktadır. Örnek olarak, Mahkeme, hükümlünün mektubunun gönderilmesini engellenmesinde haberleşme hürriyeti kapsamında ölçüsüzlük[295] gibi sonuçlara ulaşmakla birlikte, imar planı değişikliği ile mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale[296] gibi konular ile ölçüsüzlük gerekçesiyle ihlal kararı vermektedir.

OĞURLU, AİHS'in Ek 1 no.lu protokolde mülkiyet hakkının korunmasında AİHM'in "gizli ölçülülüğü" kullandığını belirtmekte ve devletlerin mülkiyet hakkına müdahalesi ile kişilerin kaybının arasında "adil denge" ve "makul bir ölçülülük" aramaktadır. Ayrıca mahkeme negatif ve pozitif haklara ilişkin ölçülülük ilkesini kullanarak, hakkın özüne dokunma yasağını ölçülülük ilkesi ile yorumlamaktadır.[297]

AİHM'in ölçülülük ilkesine ilişkin yaptığı yargılamalarda devletin "nesnel ve makul" gerekçe ile işlem yapması gerektiği belirtilmekle elverişlilik unsuru ile değerlendirme yaptığı görülmektedir.[298] İNCEOĞLU'nun, değindiği noktaya esas karar olan *Ünal Tekeli/Türkiye*[299] kararında, makullük anlamında kararın resmi dil olan

[294] Ayrıntılı bilgi için; SAĞLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBFY, Ankara, 1982, s.121-125.

[295] AYM, B.N. 2016/463 K.T., 12.9.2019. www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 14.11.2019.

[296] AYM, B.N. 2015/14525 K.T., 10.10.2019. www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 14.12.2019.

[297] OĞURLU, s.160-161.

[298] İNCEOĞLU, s.41.

[299] Ünal Tekeli/Türkiye, B. N. 29865/96, K.T. 16.11.2004. Erişim: https://hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 14.12.2019.

İngilizce yazılmış halinde "reasonable" kavramı kullanılmakta olup, makullük kavramını bu yönüyle pek çok kararında ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinde kullanmaktadır.

Danıştay'ın ölçülülük ilkesine ilişkin değerlendirmesi ise, Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesine benzemektedir; "*Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir.*"[300]

Danıştay ölçülülük ilkesini kullanarak, idarenin kamu görevlilerin çalışma alanlarını izleyen kameranın özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini,[301] … Bakanlığınca stratejik personel olarak belirlenen Bakanlık personelinin aile mazeretine istinaden yer değişikliğinin kaldırılmasına ilişkin yönetmelik hükmünün, hizmetin gereği ile aile birliği arasındaki amaç-araç dengesi bozduğuna karar vermiştir.[302]

ERDEM'e göre, bağlı yetkinin olduğu durumlarda amaç ve araç ilişkisi bellidir, dolayısıyla ölçülülük ilkesinin uygulanması takdir yetkisinin olduğu alanlarda tüm unsurları ile hakları gözetmek adına devreye girer.[303]

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere devletin ve dolayısı ile idarenin müdahale ettiği durumları ve bu durumlar ile bağlantılı olarak sonuçları kapsamaktadır. İlke Anayasa, AİHS, mahkeme kararları ile birlikte anlam bulan bir çizgide ilerlemektedir. Ayrıca AİHM'in gizli ölçülülük olarak negatif ve pozitif statü haklarına

[300] D10, E.2006/946, K.2008/6084 K.T.15.9.2008. Akt. ERDEM, s.1000.

[301] D10D, E. 2015/2696, K. 2018/776 K.T. 20.2.2018

[302] D16D, E. 2015/18634, K.T. 30.9.2015 (Yürütmeyi durdurma kararı).

[303] ERDEM, s.1002.

ilişkin değerlendirmeleri ile birlikte ERDEM'in işaret ettiği yanı değerlendirilir ise idarenin takdir yetkisini içeren alanda kullanılabilir.

Daha önce de belirtildiği gibi makullük ilkesi iki yöne sahiptir; genel yönüyle objektiflik bağlamında değerlendirilirken, esasa ilişkin yönü, ölçülülük ilkesinin orantılılık alt ilkesini anlamlandırma açısından önemlidir. Bu yönüyle ilkenin yargısal denetime etkisi olumlu yönde olacaktır.

OĞURLU'nun, amaç ile araç arasındaki akla uygun denge olarak tanımladığı makullük kavramına karşı çekincesi, idari yargı hakiminin değerlendirme yaparken normatif ve ampirik ölçütler dışında sosyal ve fikri konumunun etkili olacağı yönündedir.[304]

Genel olarak bu yönde çekince olası olmak ile birlikte, aynı ölçüde idarenin de normatif ve ampirik ölçütler dışına çıkma riski her zaman bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa yargıçlara hukuka uygun olmak kaydıyla vicdani kanaatleri ile karar vermeyi ve ölçülülük ilkesini düzenlemektedir.

C. DİSİPLİN HUKUKUNDA GÖRÜNÜMÜ

Disiplin hukuku idari yaptırım olarak tanımlanmaktadır. İdari yaptırımlar, idarenin, idari düzeni ihlal edenlere karşı uyguladığı yaptırımlar olup, idari işlem olarak mahkeme kararı olmaksızın, caydırıcı ve cezalandırıcı özelliği olması nedeniyle idari işlemlerden farklılaşmaktadır.[305]

İdari yaptırımlar ödevler ile bağlantılıdır, genel ödevler ve özel ödevler olarak bu ödev kavramı ortaya çıkar. Özel ödevler, idari düzenin içerisinde memur, öğrenci, kamu

[304] OĞURLU, s.103.

[305] ERDİNÇ Burcu, *İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması,* **Ankara Barosu Dergisi,** 2012/2, s. 241.

kurumu niteliğindeki meslek üyesi olma gibi özel statüleri olan bireyler için bir yükümlülüktür. Genel ödevler ise yurttaşların, salt yurttaşlık bağından doğan ödevlerdir. Bunlara aykırı fiiller, para ve trafik cezaları, imar ve belediye mevzuatında öngörülen yaptırımlar gibi sonuçlar doğururlar.[306]

ASLAN'a göre, idarenin korumakla yükümlü olduğu kamu düzeni idari yaptırımlar aracılığıyla sağlanabilir, yaptırımlar tıpkı ceza hukuku uygulamasındaki gibi adalet ve hakkaniyeti ilkeleri ile suç ve ceza arasında dengeyi sağlamalıdır.[307]

ULUSOY, idari yaptırımları; *idari cezalar* ve *idari tedbirler* olarak ikiliye ayırmış, *idari cezaları*; regülatif, kabahat ve disiplin cezaları olarak üçlü, *idari tedbirleri*; geçici engelleme, idari iznin geri alınması, eşyaya geçici el koyma, atipik idari tedbirler olarak dörtlü olarak sınıflandırmaya tabi tutmuştur.[308]

Danıştay idari yaptırımlara ilişkin kararlarında, ceza hukuku ilkelerine yer vermektedir. Bu durumu Mahkeme; "*Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı olan ve haksızlık teşkil eden bir fiil ile kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değerin ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.*"[309] gerekçelerine dayandırmaktadır.

ULUSOY, çekirdek ceza hukuku güvenceleri olarak Anayasanın 38. maddesinde öngörülen; soruşturma yapılması ve savunma alınması, suç ve cezaların geçmişe yürümemesi, lehe hüküm uygulanması, yasallık, masumiyet karinesi ve şüpheden sanık

[306] ASLAN M. Yasin, *İdari Yaptırımlar*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.85, 2009, s.179.

[307] İbid., s.181.

[308] ULUSOY Ali D., **İdari Yaptırımlar**, XII Levha, İstanbul, 2013, s.11.

[309] D6D, E. 2015/10329, K. 2019/2821, K.T. 17.4.2019.

yararlanır ilkesi, mükerrer cezalandırma yasağı, şahsilik ve ölçülülük ile belirlilik ilkelerini, ceza hukuku uygulamasına göre daha esnek olmak ile birlikte uygulandığını belirtmektedir.[310]

Danıştay, bu tespitleri çerçevesinde, ceza hukukunun ilkeleri idari yaptırımlardan doğan uyuşmazlıklarda kullanmaktadır; değişen disiplin hükümlerine ilişkin "lehe olan normun uygulanması ilkesi"[311], disiplin cezasının dayandığı normun belirtilmemesini "suç ve cezaların kanuniliği ilkesi"[312], ruhsata aykırı işlem yapan yüklenicinin yerine arsa sahiplerine verilen imar para cezasını "cezaların şahsiliği ilkesi"[313] gibi ceza hukukuna özgü ilkeler yönünden hukuka aykırı bulmaktadır. Özellikle disiplin hukukunun ceza hukukuna benzer nitelikte olması dolayısıyla Danıştay kararlarından çıkarılan bu örnekler idari yaptırımlarda yargısal denetimin daha sıkı olduğunu göstermektedir.

ULUSOY'a göre, idari yaptırımların tarafsız mahkemeler yerine idarece tesis edilmesinin güvencesiz görülmesine rağmen, yargı denetimine açık olması, çok sıkı idari usul kurallarına bağlanması ve bu kurallarında çekirdek ceza hukuku ilke ve güvencelerini içermesi nedeniyle bir tür telafi mekanizması oluşması tereddütleri gidermektedir.[314]

ERDEM'e göre, idari bir işlem olan idari yaptırımların, sıklıkla takdir yetkisine bağlanan niteliği ve yaptırıma konu ihlalin, yaptırımla dengesi orantılılık unsurunun değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu yönüyle orantılılık ilkesi idari yaptırımın hukukiliğinin temel ölçütüdür.[315]

---

[310] ULUSOY, **İdari Yaptırımlar**, s.48 vd.

[311] DİDDGK, E. 2018/1314, K. 2019/2098, K.T. 2.5.2019.

[312] D12D, E. 2015/3208, K. 2019/768, K.T. 7.2.2019.

[313] D14D, E. 2018/5803, K. 2019/1436, K.T. 27.2.2019.

[314] ULUSOY, **İdari Yaptırımlar**, s.48.

[315] ERDEM Jülide Gül, **Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 2013, s. 394-395.

Bir idari işlem olarak idari yaptırımlar içinde disiplin cezalarının denetiminde, mahkemelerin ceza hukuku ilkelerini kullanmaları sonucu makullük kavramının tanımı bu alanda özel olarak ortaya çıkmaktadır.

Danıştay'ca çoğunlukla memurlara verilen "meslekten çıkarılma" disiplin cezalarının yargısal denetiminde kullanılan "vicdani kanaat" kavramı, makullük ilkesinin değerlendirilmesi açısından yardımcı olabilir.

İdareye yüklediği akla uygun, mantık ve kabul edilebilir değerler çerçevesinde davranma yükümlülüğünün değerlendirilmesini içeren kavramı, Danıştay disiplin hukuku alanında "…*eylemin bilinçli bir şekilde davacı tarafından gerçekleştirildiği hususu her türlü şüpheden uzak, somut, kesin, yeterli delillerle ve tam bir vicdani kanaat oluşturacak şekilde…"* gerekçesi ile kullanmaktadır.[316]

Vicdani kanaat kavramının Yargıtay tarafından değerlendirilmesi ise; *"CMK'nın 217. maddesinin gerekçesinde ve öğretide açıklandığı üzere, "akla dayalı izlenim" "tecrübe kurallarına göre bir takdir" ya da daha geniş anlamıyla belirli kural, ilke ve araçların eşliğinde yürüyen, akli muhakeme sürecinin sonucunda ulaşılan, gerekçelendirilmesi ve denetlenmesi mümkün hukuki kanaattir."*[317] şeklindedir.

Anayasa'nın 138.maddesinin birinci fıkrası ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 217. maddesi yargıçlar ve yargılamada değerlendirme açısından vicdani kanaati düzenlediğinden, disiplin hukukunun ceza hukukuna benzeyen yanlarından dolayı bu alanda Danıştay'ca tercih edilen vicdani kanaat kavramının açıklamasında yer alan unsurlar, ölçülülük ilkesinin etkisiyle değerlendirilebilir.

[316] D8D, E. 2015/5783, K. 2018/8672 K.T. 18.12.2018 aynı yönde, D12D E. 2012/7926, K. 2015/5749 K.T. 5.11.2015.

[317] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2013/35836, K. 2016/1885 K.T. 8.2.2016. www.kazancı.com.tr Erişim: 10.10.2019.

Yargıtay'ın yorumunun makullük ilkesi açısından önemli yanı, muhakeme sürecinde akla dayanan, gerekçeli ve denetlenebilir olması yönlerinden ilkenin yerindelik denetimi alanından uzaklaşabilir olduğunu göstermesidir.

Danıştay'ca, memurluktan çıkarılma işlemlerinde kullanılan ve kullanımı idari yargı açısından dar bir alanda olan vicdani kanaat kavramının genel bir şekilde kullanılmasında ve işaret ettiği alanın ceza yargısına ilişkin olmasına rağmen, kavramın içeriğinin makullük kavramının açıklamasına çok yakın olması ve makullük ilkesinin ortaya çıktığı ülke olan İngiltere'de yargı birliği olduğu göz önüne alınırsa, hukuk disiplinleri arasında kavramların aktarımının zorluğu bir nebze aşılabilir.

İdari yaptırımlar içerisinde disiplin hukukunda Danıştay'ca kullanılan vicdani kanaat kavramının, idari yargıda sınırlı kullanımı olsa bile kavrama Yargıtay'ca getirilen açıklamanın içeriği, makullük ilkesinin "akla dayalı izlenim" ve "akla dayalı muhakeme" yönünü tanımlayan bir kavram olması nedeniyle değerlendirilmiştir.

III- MAKULLÜK İLKESİ VE YERİNDELİK DENETİMİ

Çalışmanın ana konusu olan makullük ilkesinin, Türkiye'de idarenin yargısal denetimi kapsamında bir hukukilik denetimi aracı olabilmesini açıklayabilmek ve yukarıda anılan yargı gücü sınırlandırılmaları kapsamından çıkarılabilmesi için, öncelikle takdir yetkisinin denetimi ile ardından hukuka uygunluk ve yerindelik denetimi hususlarına değinmek gerekmektedir.

A. TAKDİR YETKİSİNE DAYANAN İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

Anayasadan kaynaklı yargı gücü sınırlandırması olan yerindelik denetiminin açıklanabilmesi için öncelikle idarenin yetkisinin niteliğini belirlemek gerekmektedir.

İdarenin yasama gücünün verdiği yetkiyle ve yetkinin niteliğine uygun olarak işlem yapması gerekmektedir.

Yasama organınca veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri[318] ile verilen idarenin işlemlerinin dayanağı olan yetki, bağlı yetki ve takdir yetkisi olarak iki şekilde ortaya çıkar. Takdir yetkisinin karşıtı bağlı yetki olup, birbirini bütünler niteliktedir.[319] Bağlı yetki, idarenin işlemin sebep ve sonucu konusunda bağlı olduğu durumlar hem sebep hem de sonuçlar üzerinde idarenin tercih yapma yetkisi olması durumunda ise yetkinin niteliği takdiri olacaktır.[320]

Takdir yetkisi idareye belirli bir alanda hareket olanağı vermektedir. ONAR'a tarafından bu hareket alanı; "… idareye bazı hallerde tasarrufun sebebini veya mevzuunu veyahut icra zaman ve mekânını tayin hususunda bir serbesti, bir takdir kudret ve salâhiyeti tanınabilir."[321] şeklinde tespit edilmiştir. ONAR'ın tespitleri idari işlemin sebep ve konu unsurlarına işaret etmektedir.

Diğer taraftan ONAR, amaç (maksat) unsurunun takdire konu olamayacağını zira kamu yararının idarenin tüm işlemlerinin temelinde olduğunu, aksi halde işlemlerin meşru ve hukuki olmayacağını belirtmektedir.[322]

ERDEM'e göre; "Takdir yetkisi, kamu yararıyla bireyin yararını dengede tutacak şekilde kullanılmazsa son derece mühim çatışmalara sebebiyet verme potansiyeli de

---

[318] 2017 Anayasa değişiklikleri sonucu hukuk sistemine giren yasa düzeyinde varsayılan Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile de Anayasanın 106/son hükmü; "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" gereği idareye yetki verilebilir.

[319] GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev / AKGÜNER Tayfun / BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, B. 6, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 125.

[320] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.500-501.

[321] ONAR, s.420.

[322] İbid., s.426.

taşımaktadır."[323] "Bu yetkisini ne zaman, nasıl ve ne kadar sureyle kullanacağı sorularına ait yanıtlar, çoğu zaman hayati önem taşıyan hususlara işaret eder."[324]

İdareye yasama gücü tarafından verilen irade serbestisi yargısal denetime tabi olacaktır. İdarenin yetkisinin büyük oranı takdir yetkisi kapsamında olup, bu alanın denetimsiz kalması söz konusu olamaz. Anayasa'da belirtilen takdir yetkisini kaldıracak şekilde mahkeme kararı verilememe yasağı alanın denetim dışı olduğu anlamına gelmez. İdareciler, yetkisini kullanırken idari ve hukuki açıdan hesap verebilir olmalıdırlar.[325]

ONAR'a göre; yargıç, takdir yetkisine dayanan işleme ilişkin davayı kabul eder ve bütün unsurlarıyla denetler, uyuşmazlık idarenin takdir yetkisi ile alakalı ise davayı reddeder, uyuşmazlık diğer unsurlardan çıkıyor ise denetler.[326] ONAR'ın, yaklaşımı iki hususu içermektedir, öncelik takdir yetkisinden çıkan uyuşmazlığın kesinlikle yargılamaya tabi olduğu, diğer husus ise idareye verilen seçim yapma serbestisi dışında kalan hususların yargısal denetime tabi olmasıdır. Yine ONAR, takdir yetkisinin kullanılmasında idarenin, yetkisini kullandığı hal ve şartlar, kullanılma şekli, kullanılmaktaki maksat yönünden yargılamaya tabi olduğunu belirtmektedir.[327]

KARAHANOĞULLARI'na göre; "Danıştay'ın hukuk-kamu yararı-hizmet gerekleri terimlerini aynı anda kullanarak sonuca vardığı… işlemin ögelerinde hukuk teriminin yetkiyi, kamu yararı ve hizmet gereklerinin ise neden ve amaç ögelerini belirtir."[328]

[323] ERDEM, s.973.

[324] İbid., s.993.

[325] ULUSOY, s.399.

[326] ONAR, s.433.

[327] İbid., s.436.

[328] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.536.

Takdir yetkisinin bulunduğu idari işlemlerin denetiminde çerçeve çizmiştir ve takdir yetkisinin, idarenin sınırsız takdiri olmadığını net olarak ortaya koyulmuştur. Bu noktada sebep, konu ve amaç unsurları açısından değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

TAN'a göre takdir yetkisinin denetimi, iki aşamalı olarak, öncelikle dayanılan maddi ve hukuki olayın gerçekliği, ikinci aşamada ise işlemin dayandığı maddi ve hukuki olayların işlemin yapılması gerektirecek nitelikte olup olmadığına ilişkindir.[329]

Danıştay'a göre, takdir yetkisi; mutlak serbesti değildir, sınırsız değildir, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır, keyfi ve amacı dışında kullanılıp yetki saptırılamaz, geçerli nedenlere dayanmalıdır, nedenlerin idarenin gösterdiği sonuçlar için yeterli olması gerekir, nedenlerin gerçekleşmiş olması ve bütün bu koşullar yönünden yargı denetimine tabidir.[330]

ONAR, takdir yetkisinin yükümlendirici yanını; "en uygun teknik usulleri bulmak, faaliyetin teknik yapısının gerektirdiği eylemleri yapmak, gayeye, amaca varmak için en doğruyu seçmek yetkisi" olarak tanımlamıştır.[331]

Öte yandan, takdir yetkisinin denetiminde Fransız Danıştay'ı (Conseil d'État) bazı konularda takdir yetkisi denetimini sınırlı tutmaktadır, işlemin yetki, şekil ve amaç unsurlarını denetlemekte yoğunlaşıp, sebep ve konu unsurlarında ise "açık hata" denetimi ile "sınırlı denetim (control restreint)" veya "minimum denetim" yapmaktadır.[332] Türkiye'de "aktüel" Danıştay'ın bu yönde içtihadını değiştirdiği belirtilmektedir.[333]

Danıştay'ın takdir yetkisine ilişkin denetim tarzındaki değişim, "idarenin takdir yetkini kullanarak" gibi kavramlar ile kararların gerekçe kısmında kendisini

[329] TAN, s.925.

[330] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.524-525.

[331] ONAR, s.431.

[332] TAN, s. 935.

[333] ULUSOY, s.400-401.

göstermektedir. Her konuda kararları bu yönde olmamaktadır, disiplin cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda maksimum denetimi benimsediği de görülmektedir.

Öte yandan, sözlü sınava ilişkin bir uyuşmazlıkta tam aksi yönde Danıştay; "*Sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetiminin yapılması esastır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olarak yapılacak bir yargısal denetim, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyecektir. (...) Bu itibarla, sözlü sınav öncesinde, sınav komisyonunca sınavda sorulacak soruların önceden hazırlanması ve tutanağa bağlanması, her adaya sorulan soruların kayda geçirilmesi ve sorulan sorulara adayların verdiği yanıtlara hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin tutanakta ayrı ayrı gösterilmesi, böylece sözlü sınavın nesnel olarak yapılması ve yargısal denetime olanak tanıyacak biçimde tüm unsurlarıyla gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır.*"[334] şeklindeki güncel içtihadı ile denetim şeklini tanımlayarak ve uygulayarak işlemi hukuka aykırı bulmuştur.

Türkiye'de takdir yetkisine ilişkin tartışma, idarenin yargısal denetiminde mahkemelerin kararlarının, hukukilik denetimi aşarak idarenin fonksiyonuna doğru genişlemesi kaygısı ile birlikte ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, makullük ilkesinin İngiltere'de takdir yetkisine ilişkin alanda olması ve Türkiye açısından kullanılabilirliğinin tartışılması bakımından idari işlemin unsurları ve takdir yetkisine ilişkin değerlendirilmeler çerçevesinde, yerindelik denetimi ve hukukilik denetimi açıklanarak makullük ilkesinin hukukilik denetiminin bir parçası olarak değerlendirilmesi yapılacaktır.

[334] D12D, E. 2015/1713, K. 2019/353, K.T. 22.1.2019.

B. YERİNDELİK DENETİMİ VE HUKUKİLİK DENETİMİ

Yerindelik denetimi ve hukukilik denetimi arasındaki gerilim, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu işlem ve eylemlerde ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede iki kavramın anlamının belirlenmesi gerekmektedir.

Hukukilik denetiminde idari işlem, beş unsur yönünden İYUK'taki sıraya göre ayrı ayrı incelenmeli ve Fransız hukukundaki "hukuka uygunluk bloğu"[335] baz alınarak referans olarak belirlenmelidir.[336] Danıştay, hukuka uygunluk denetimi alanını belirleyerek, bu alan dışında kalan alanın yerindelik alanı olduğunu belirtmektedir.

Danıştay'ca; *"... bütün bu unsurlar açısından hukuka uygunluk denetimi yapıldıktan ve işlem hukuka uygun görüldükten sonra idari yargının denetim alanı dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup, ..."* şeklinde hukuki denetim ve yerindelik denetimi tanımlamaktadır.[337]

Danıştay, yerindelik alanına bir müdahale değerlendirmesi yaptığı kararında, yerindelik denetimini; "*bir işlemin idarenin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerinden birine karışılması*" olarak tanımlamıştır.[338]

Yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi dışında kalan kısmıdır.[339] Yerindeliğin tayininin idareye bırakılması, biri "karar alma yer ve zamanını seçme", öteki

---

[335]"Hukuka uygunluk bloğu; anayasa, hukukun genel ilkeleri, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalar, kanunlar, diğer uluslararası anlaşmaları, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelik, diğer (adsız) idari düzenlemeler ve idari teamüllerdir." ULUSOY, s.375.

[336] İbid., s.375.

[337] İbid., s.181.

[338] D8D, E.1986/683, K.1987/371, 24.9.1987, **Danıştay Dergisi**, 70-71, 1988, s.437, Akt. KARAHANOĞULLARI, 2011, s.513.

[339] OYTAN Muammer "*Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması*", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, **İdari Yargı**, Ankara,1991, s.156. Akt. KAYA, s.179.

de "belli bir yönde hareket etme ya da etmeme" gibi iki serbesti sağlamıştır.[340] KAYA'ya göre, idarenin başvurduğu tedbir kamu yararı amacını gerçekleştiriyor ise yerinde bir araçtır, yerindelik hukuki sorun değildir, ayrıca yerindelik denetimi takdir yetkisinin çekirdeğinde denetimin artık duracağı alandır.[341]

ULUSOY'a göre, takdir yetkisinin denetiminin yerindelik denetimi alanına geçeceğine ilişkin genel bir ölçüt yoktur, hukuk devleti ilkesi ile idarenin hizmet gerekleri dikkate alınıp somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır.[342] KARAHANOĞULLARI'na göre ise; "yerindelik alanı hiçbir hakla ve hukuki değerle çatışmayan saf idariliğe ilişkin sınırlı bir alandır."[343]

Yerindelik alanına ilişkin somut olay temelinde, idari işlemin hukuka uygunluğuna ilişkin kavram setleri ile araştırma yapılmalıdır. İdarenin yetkisinin salt niteliğinden -takdir yetkisi- dolayı, idari işlemin yargısal denetiminde incelenmesi gereken olguların incelenmesinden kaçınılması, Anayasa ve İYUK çerçevesinde yargılama görevini yapacak mahkemelerin görevini yerine getirmemesi sonucunu doğurabilir.

Yerindelik ve hukukilik denetimi, takdir yetkisi bağlamında işlemin esasına ilişkin unsurların değerlendirilmesi ile daha açık hale gelebilmektedir. İdari işlemin unsurları işlemde bulunması gereken, bir hukuki işlem olan idarenin işleminin hukuka uygunluğu sağlayan kavramlardır. İşlemin unsurlarının ne anlama geldiği ve unsurları oluşturan değerlendirmelerin sonucunda hukukilik denetim yapılır.

---

[340] KARATEPE, s.83.

[341] KAYA, s.175.

[342] ULUSOY, s.402.

[343] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.512.

Hukuka uygunluk bloğunda yer alan referanslar ve yargı yerlerinin uyuşmazlığı hükme bağlarken yaptıkları değerlendirme ile kurdukları bağlantı sonucunda idarenin yargısal denetimi ortaya çıkmaktadır.

Makullük ilkesinin anlamları üzerine yapılan değerlendirme çerçevesinde, bu ilkenin bir denetim unsuru olarak uygulanması sonucunda Anayasa ve İYUK ile yargı denetimi alanının dışında kabul edilen, yerindelik denetimi alanına müdahale olup olmadığının açıklanması gerekmektedir.

İdari yargının ve idarenin hukuki denetiminin sınırını oluşturan yerindelik denetimi belirtildiği üzere, idarenin faaliyetinin ihtiyaca uygunluğunun değerlendirmesidir.[344] İdari yargı yerlerince yapılacak denetim hukukilik denetimidir. Bunun dışında nitelendirilen yerindelik denetimi yargının idareye karışması, politikalarını tespiti ve idarenin yerini alması anlamına gelmektedir.[345]

KARAHANOĞULLARI'na göre yerindelik, idarenin kararlarının, ürettiği hizmetin ihtiyacına uygun olup olmaması, hukukilik ise idareyi bağlayan tüm hukuk kurallarına uygun olmasıdır.[346] Bu kurallar, hukuka uygunluk bloğu ile tespit edilebilir.

Hukuka uygunluk denetiminde, makullük veya akla uygun davranma yükümlülüğünün değerlendirilmesi ilk bakışta nesnellik kaygısını beraberinde getirebilir. Kavramsal olarak makullük, tıpkı kamu yararı kavramı gibi objektif olarak tanımlanamayacağından hukuka uygunluk denetimi yapılırken objektif olmayan bir kavramdan faydalanılması söz konusu değildir.

Bu sakıncanın önüne geçmek için amaç unsuru denetiminde yapıldığı gibi kavramın olumsuz yönünü belirleyerek ayıklama yöntemi ile değerlendirme yapılabilir.

---

[344] OĞURLU, s.176.

[345] İbid., s.176.

[346] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.513.

Belirtildiği gibi, idari işlemin amaç unsuru yönünden sakatlığı, kamu yararı yerine kişisel, özel, siyasi amaçlar ortaya çıktığında tespit edilebilmektedir.

İngiltere'de ise idarenin yargısal denetiminde kullanılan kavramın, -tıpkı amaç unsuru denetimindeki "kamu yararı olmayan" amacın sakat olarak tanımlanması gibi- idarenin objektif ve gayri makul olmama yükümlülüğü tanımı, mantık ve akıldan doğan ilkelerden çıkmaktadır.

Bu tespitler çerçevesinde makullük ilkesinin veya makullük kavramının hukukilik denetiminde kullanılabilir ve takdir yetkisi çevresinde oluşan yargısal denetimin sınırlarının içerisinde olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

Yerindelik denetiminin anlamı, "takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi dışında kalan kısmıdır."[347] Bu çerçevede makullük ilkesinin hukuka uygunluk denetimi kapsamında olduğunun değerlendirilebilmesi için, ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru ile birlikte, ayrıca idari işlemin kurucu unsurları bakımdan değerlendirmelidir.

ERDEM, ölçülülük ilkesini "insan haklarının sınırlanması söz konusu olduğunda; idari yargılama makamları, idareyi denetleyebilmek için bu ilkeden yararlanacak ve de ölçülülük ilkesine dayanan yargısal denetimin hukukilik alanında kaldığı kabul edilebilecektir."[348] yönünde değerlendirmektedir

Anayasa'da temel hakların sınırlandırılmasında bir sınır olarak hukuka uygunluk bloğunda yer alan ölçülülük ilkesi, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarında belirtildiği gibi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerinin somut olaya uygulanması ile anlam kazanmaktadır.

[347] OYTAN, s.156. Akt. KAYA, s.179.

[348] ERDEM, **Danıştay Kararları**, s. 374.

Ölçülülük ilkesinin, orantılılık alt ilkesi, ilkenin doğduğu ülke olan Almanya'da Anayasa Mahkemesi'nce "Seçilen araçlar istenilen sonuçla makul (akılcı) bir ilişkide bulunmalıdır."[349] yönünde yorumu ile AİHM kararlarındaki anlamı, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirtilen nitelemeleri, Danıştay'ca kullanılan ve Yargıtay'ca anlamı açıklanan "vicdani kanaat" kavramı ile birlikte makullüğün hukuka uygunluk denetiminde kullanıldığı ve kullanılabileceğini sonucuna varılabilir.

Makullük kavramının, ikinci bölümde Anglo-Sakson hukukunda orantılılık ilkesine benzer olduğu kabulü ile Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin güncel içtihadında[350] bu yönde gelişim göz önünde tutulur ise kavramın farklı hukuk sistemlerinde birbirine yakın olduğu anlaşılarak, değerlendirme hatası olmadan ilkenin orantılılık ilkesi ile birlikte değerlendirilebilir olması nedeniyle, hukukilik denetiminin araçları arasında olduğu kabul edilebilir.

İdari işlemlerin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için sahip olması gereken kurucu beş unsur, idarenin diğer hukuk öznelerinden ayrılan yönü nedeniyle idari işlemlerin hukuk içerisinde kalmasını sağlayan kavramlar olarak ortaya çıkmıştır. Bu unsurlar ve unsurlara dayanarak yapılan çıkarımlar kapsamında ortaya çıkan kavram setleri, idarenin hukuka uygunluktan ayrılmasını hem dışsal olarak yargı denetimi ile hem de içeriden idarenin davranış örüntülerinin ve yönetim pratiğinin bu yönde gelişmesini sağlamaya yönelik koruma sağlayabilir.

Bu çerçevede idareyi harekete geçirecek nedenlerin hukuk ile kavrandığı sebep unsuru ve bu unsurla bağlantılı olarak diğer unsurların denetimi, hukukilik sınırını oluşturur. Objektif, hizmetle bağlantılı araştırmaları yapan bir davranış örüntüsü olarak

[349] ERDEM, **Danıştay Kararları**, s.382.

[350] İkinci bölümde değinilen, mahkemenin Pham, Keyu ve Kennedy kararları. Bkz. s.59.

neden-amaç-araç bağlamında idarenin makul davranması yükümlülüğü, hukukilik denetimi kapsamında değerlendirilmelidir.

IV- MAKULLÜK İLKESİ VE HİZMET KUSURU

İdare hukukuna özgü bir kavram olan ve idareye tazmin sorumluluğu getiren hizmet kusurunu; ULUSOY, kamu görevlilerinin tek tek somut sorumluluğu değil, idarenin faaliyetinde gerekli özeni ve dikkati gösteremediği veya iyi organize olmadığı, hatalı tercihler yaptığı şeklinde,[351] ÇAĞLAYAN, hizmetin kurulması, düzenlenmesi veya işleyişinde ki aksaklıklar olarak,[352] KAYA, ek olarak ilgili personel üzerinde nezaret ve denetim görevinde aksaklık, düzensizlik, sakatlık ve eksiklik şeklinde ve kamu görevlilerine izafe dilemeyen objektif nitelikli kusur olarak tanımlamaktadır.[353] CANDAN, bu tanımlara ek olarak araç, gereç ve personelden kaynaklı aksaklıklar ve personelin hizmetin gereklerine uygun bilgi beceriye sahip olmaması gibi durumlarda hizmet kusurunun ortaya çıkacağını belirmektedir.[354]

Danıştay ise hizmet kusurunu, *"... hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ..."*[355] şeklinde tanımlamıştır.

Hizmet kusurunun içtihatlarda ve doktrinde kabul edilen ortaya çıkış şekilleri olan hizmetin geç, hiç ve kötü işlemesi durumları hizmet kusurunu oluşturur. Makullük ilkesi

[351] ULUSOY, s.561.

[352] ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri,** 4.B, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016**,** s.734.

[353] KAYA, s.231.

[354] CANDAN, s.167.

[355] D9D, E. 2015/9759, K. 2019/2208 K.T. 20.5.2019.

kapsamında hizmet kusurunun, üç durumda da ortaya çıkması söz konusu olabilir, ancak hizmetin kötü işlemesi yönüyle görülme ihtimali daha olasıdır.

Hizmetin hiç işlememesi, idarenin hizmetin gereklerine uygun olarak örgütlenmemesi, önlemleri almaması; geç işlemesi hizmetin başlaması ve yürütümünde hizmet gereklerinden uzun sürelerin geçmesi; kötü işlemesi ise hizmetin yürütümünde gereken özenin gösterilmemesi gibi durumlardır.[356] İdarenin işlem ve eylemlerini tesis ederken ölçülülük ilkesine uymaması -özellikle idari kolluk faaliyetlerinde- hizmetin kötü işlemesi sonucunu doğurabilir.

CANDAN'a göre, bu durumlara dışında genel olarak, kamu hizmeti görevini yürüten idarenin, hukuk tarafından çizilen sınırlar içerisinde kalması asıldır. Hukuk kurallarını ihlal etmesi hizmetin yürütümünde bir eksiklik olup, hizmet kusurunu oluştur.[357] Bu çerçevede idarenin faaliyetlerini ölçülü olarak sürdürmemesinin sonucunda hizmet kusuru ortaya çıkabilir.

ERDEM'e göre, ölçülülük ilkesi idari işlemlerin muhataplarının haklarının sınırlanmasını korumasının yanı sıra, idareyi de yasal sınırlarını ihlal edip, doğabilecek zararlardan sorumlu tutulma ihtimaliden de korur.[358] Bu değerlendirme temel haklara müdahale söz konusu olduğunda idarenin kamu hizmetini yürütümünde oluşma ihtimali daha yüksek olan hizmet kusuru bakımdan bir sınır olabilir.

İdarenin işlem tesis ederken uymakla yükümlü olduğu hukuka uygunluk bloğunda yer alan mahkeme kararları, içtihadı birleştirme kararları dışında bağlayıcı olmamak ile birlikte idareye yol gösterici ve benzer durumlar için olası iptal kararlarının sonuçlarının göz önüne alınması engelleyici işleve sahiptir.

---

[356] CANDAN, s.172-176.

[357] İbid., s.170.

[358] ERDEM, s.1002.

Mahkeme kararlarına ilişkin ULUSOY, "Hukuka saygılı idarenin mevzuatta açık olmayan ve tereddütlü durumlarda aynı veya benzer durumlar için özellikle temyiz incelemesinden geçmiş kararları dikkate alması beklenir."[359] değerlendirmesinde bulunmuştur. Ayrıca mahkeme kararlarından özellikle hizmet kusuru ile alakalı olarak verilen zararın giderilmesi kararları, idare için yeni teknik ve hukuksal kalıp ortaya çıkarır.[360] Mahkeme kararlarının idareye sunduğu hukuka uygunluk alanı idarece göz önüne alınması hizmet kusuru oluşabilme riskini azaltabilir.

İdare tarafından hizmetin örgütlenmesinden doğan zararların tazmin yükümlülüğü gerek kusur sorumluluğu gerekse kusursuz sorumluluk olarak ortaya çıktığında İngiltere'de özel hukuktan doğan dava türleri ile tazmin edilerek giderilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılık ve risk ilkesinden doğan yönüyle ortaya çıkmaktadır.[361]

İngiltere ve Türkiye açısından idarenin faaliyetleri sonucu doğan zararlarda yargı denetimi yolu açıktır. CANE ve CANDAN tarafından belirtildiği üzere hukuka aykırı hareket eden idarenin bu faaliyetlerinden dolayı doğan zararı tazmin etmeleri, hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir.

[359] ULUSOY, s.82.

[360] KARAHANOĞULLARI, 2019, s.28.

[361] CANE, s.310.

SONUÇ

Hukuk devleti kavramının yaşama geçebilmesi veya bu kavrama yaklaşılabilmesi için evrensel nitelikte kabul edilmiş birtakım ilkelerin bulunması gerekmektedir. Bu ilkeler yüzyıllar boyunca çeşitli tarihsel olay ve olgular çerçevesinde gelişmiş, toplumlardan toplumlara, ülkelerden ülkelere aktarılarak sistematik hale getirilmiştir.

Dünya üzerinde modern hukuk sistemi olarak Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri mevcuttur. Hukuk düzenlerinin arasında ihtiyaç halinde ilke, kavram ve kurumlar geçişkenlik göstermiş ve sistemlerde ihtiyaç olan, eksik olan noktalar ikame edilmiştir.

Hukukun evrensel ilkeleri her hukuk sisteminde ve her ülkede bir şekilde kendisine yer bulmaktadır ancak bu ilkelerin sistematik ve kurumsal olarak ortaya çıkışı, ülkelerin tarihsel süreçleri, toplumsal olgular ve devletlerin başat kurumlarının devlet yapısındaki etkilerine göre değişmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası yükselen insan hakları tartışmaları, evrensel ilkelerin önemi, ayrıca bu ilkelerin ülkelerin iç hukuklarında yadsınamaz hale gelmesine yol açmıştır. Bu çerçevede Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi gibi uluslararası kurumlar ile ekonomik sebeplere dayanan Avrupa Birliği gibi ulus üstü bir kurum ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler ile ülkelerin pek çok konuda ortaklaşması ve hukuk alanında ise evrensel ilkelerin gelişmesi söz konusu olmuştur.

Bu çalışma, ülkelerin ortaklaşan anlayışları ve hukuk devleti fikrine dayanan idarenin yargısal denetiminde farklı sistemlere sahip olan İngiltere ve Türkiye incelenmiştir. Çalışmanın temel kavramı olan İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde kullanılan makullük ilkesinin ortaya çıkışı ve süreç içerisinde ilkenin ilk halinden daha sıkı denetime imkân veren gelişimi ihtiyaç üzerine olmuştur. Devlet toplum ilişkilerinin

haklar temelinde gelişmesi, yönetim sistemlerinin demokratikleşmesi ve nihayetinde temsili demokrasi ile yönetime katılma hakkı, yurttaşlık kavramı, kamu hizmeti fikrinin değişmesi ile yönetimin denetimi demokratik toplumun gerekleri halini almıştır.

Kıta Avrupası açısından idare hukukunun ölçütleri olarak kabul edilen "kamu gücü ölçütü" ve "kamu hizmeti ölçütü" bir sentez ile gelişerek ilerlemiştir. Kamu gücü ölçütü üstün ve ayrıcalıklı yetkiler ile idare hukukunu kavrar iken kamu hizmeti ölçütü idarenin ve idarecilerin meşruluğunun kamu hizmeti sunma amacı olduğunu belirmektedir.[362]

İdare hukukunun ölçütü olarak ortaya çıkan iki kavram Kıta Avrupası açısından sentezlenerek kullanılmakta iken, İngiltere'de idarenin yargısal denetiminde yetki aşımı (ultra vires) temelli değerlendirme ve gelişimine katkı sağlayan yaklaşımın kamu gücü ölçütüne daha yakın durdurduğu değerlendirilebilir.

Birinci bölümde değinildiği gibi Anglo-Sakson hukukunda, hiçbir yurttaşın iradesini, temsilcilerine ve iradeyi uygulayacak idari mekanizmalara kendi aleyhine ve akla uymayan şekilde devretmeyeceği yönünde yaklaşım, parlamento egemenliği ilkesinin yasaların verdikleri yetkinin sınırları kapsamında idarenin takdir yetkisinin denetlenemez olduğu varsayımı ile sürdürülmüş, sonrasında makullük ilkesi gibi ilkeler ile yetkinin kullanım şeklinin amacından sapması mahkemeler tarafından denetlenir olmuştur.

Bu gelişim sürecinde temel haklar ile bağlantılı olan idari işlemlerin denetiminde AİHM, etkisi kendisini göstermiş ve salt makullük ilkesinin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine koruma sağlamadığını belirterek ölçülülük ilkesiyle yaptığı yargılamalar sonucu verdiği ihlal kararlarının etkisiyle ilkenin yerleşmesine sebep olmuştur.

[362] ULUSOY, s.33.

İngiltere'de iki ilkeye ilişkin güncel tartışmalar ayrı alanlarda ayrı ilkenin uygulanması veya ortak bir zeminde kullanılması yönündedir. Özellikle 1998 yılına kabul edilen yasa (HRA) ile ölçülülük ilkesinin temel haklar konusunda tartışılması artık söz konusu değildir ve güncel mahkeme içtihatları iki ilkenin ortaklığına vurgu yapmaktadır. Ancak hala ölçülülük ilkesine ilişkin tartışmalar devam etmekle birlikte iki ilkenin birbirini bütünler şekilde uygulanmasına yönelik yaklaşım daha makul gözükmektedir.

Türkiye'de ise cumhuriyetin kuruluşunda başat güç olan parlamentonun 1920-1960 tarihleri arasında egemenliğin tek kaynağı olarak 1924 Anayasası'nda yer almış olmasına rağmen, İngiltere'nin aksine idarenin yargısal denetiminde Danıştay'ın kararları tam denetim yönünde ve unsur temelli olmuştur.[363] 1961 Anayasası ile birlikte anayasal nitelik kazanan idarenin yargısal denetimi ve anayasa yargısının kurulması, yargısal denetimin alanını netleştirmiş ve 1982 Anayasası bazı noktalarda farklılıklar içermek ile birlikte, aynı süreç yargısal denetim açısından devam etmiştir.

Öte yandan Türkiye açısından ölçülülük ilkesinin, anayasal niteliği gereği uygulanmasında tartışmaya açık bir noktada bulunmamaktadır. Bu durum orantılılık ilkesi içerisinde değerlendirildiğinde, haklar ile bağlantılı olarak makullük ilkesinin Türkiye'de idarenin yargısal denetiminde yeri olduğunu göstermektedir.

Ölçülülük ilkesi haklara müdahale eden idari işlemlerde amaç ile kullanılan araç dengesi olarak gelişkin alt ilkeler ve uygulama alanı bulmaktadır. Ölçülülük ilkesinin içinde orantılılık alt ilkesinde Türkiye'de kullanılan makullük ilkesi, idari işlem ile amaçlanan durum ile kullanılan araçların orantılılığına işaret etmektedir.

Ölçülülük ilkesi bu yönüyle denetim mekanizması olmak ile birlikte, İngiltere'de eleştirilen yanı olan sadece haklara müdahale kapsamına değerlendirilip, bunun dışındaki

[363] KARAHANOĞULLARI, 2011, s.522.

durumlarda makullük denetiminin yapılmamasının denetimi eksik bırakabileceği endişesi, Türkiye açısından sorun teşkil edebilecek bir durum olarak ortaya çıkmamaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde değinildiği gibi takdir yetkisinin denetimi ve sınırları ile esasa ilişkin unsurlar bakımından da incelenme yapılması durumunda, unsurların bağlantısının anlamı doktrin ve içtihatta açıklandığı üzere makullüğü içerebilecek şekilde yorumlanabilir.

Makullük ilkesinin kullanımı idarenin, hukuka uygunluk bloğunda yer alan mevzuat ve ilkelere uyma yükümlülüğü içerisinde bulunan idari teamüller ve yargı kararları çerçevesinde işlemlerini mevzuat ve hizmetin gereği ile değerlendirerek gerçekleştirmesi, olası hak kayıplarını ve idari işlem tesis edilirken kurucu unsurlarda oluşabilecek aksaklıkları önleyici rol oynayabilir.

İdarenin yargısal denetiminin usulü, temel hatları ile Anayasa ve İYUK'ta bulunmaktadır. Bu temel hatlar çerçevesinde ve yine anayasa ve kanunda belirtilen sınırlar içerisinde idari yargı yerlerinin denetim alanı çizilmiştir.

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti, sosyal devlet, insan haklarına dayanan devlet gibi ilkeler çerçevesinde, bu ilkelerin ve hukuka uygunluk bloğunun dışına çıkılması durumunda düzeltici bir mekanizmadır. Bağımsız bir erk olan yargının önüne gelen uyuşmazlıkları çözme görevi, hukuka aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir.

Bu mekanizmanın işleyiş tarzı, idari işlemlerin kurucu unsurlarının denetimi olmakla birlikte, elbette ki bu unsurların uygulanış biçimi ve mahkemelerin değerlendirmesiyle geliştirdikleri içtihattan çıkan araçlar ve kavrayışlar ile hayat bulur. Türkiye'de idarenin yargısal denetiminde oluşan birikim, sebep unsuru denetimi temelinde ve diğer unsurlar ile idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından makullük ilkesinin alt ilkeleri ile çoğu zaman uyuşmaktadır.

Bu benzerliklere rağmen bu ilkenin Türkiye'de idarenin takdir yetkisinin denetiminde bir *ilke* olarak yer alması, kamu gücünü ve ayrıcalıklarını kullanarak tek yanlı işlem tesis eden idarenin işlemlerinin kurucu unsurları arasındaki bağlantının netleştirilmesi açısından olumlu sonuçlar doğurabilir niteliktedir.

Bir kavramın ilkeleşmesi pozitif dayanak olmadan kullanabilme olanağı getirir, ölçülülük ilkesi örneğinde olduğu gibi bir ilkeye dayanmak, özellikle insan haklarının sınırlanmasında, yargısal denetimin hukukilik alanında kaldığını gösterebilmektedir.[364]

Makullük ilkesi, unsurlar arasında bağlantının aracı olarak, ortak bir değer olan akıl ve bir beklenti olarak kamu yararı fikrine dayanır. Bu iki kavramda nesnel olarak belirlenebilir kavramlar değildirler, ancak temel haklarının sınırlandırılabildiği, haklarında yaptırımlar öngörebilen, tek yanlı olarak statüleri değişebilen yurttaşların, vergileri ile finanse edilen kamu hizmetlerini yürüten idareden gayri makul işlem yapmama yönünde beklentisi her zaman doğal olarak bulunmaktadır.

[364] ERDEM, s.986.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE TEZLER

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, B. 7, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

BRADLEY A./ EWİNG K D., **Constitutional and Administrative Law**, 14th Edition, Pearson Education, Essex, 2007.

CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005.

CANE Peter, **Administrative Law**, Oxford, 2011.

CANE Peter, **Administrative Tribunals and Adjudication**, Hart Publishing, Portland, 2009.

CRAIG Paul, **Administrative Law**, Sixth Edition,Sweet&Maxwell, London, 2008.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri,** 4.B, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

DAMAR Fatma Betül, **Bir Hukuki İşlem Türü Olarak İdari İşlem**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2014.

DÜĞER Sırrı, **Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ERDEM Jülide Gül, **Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 2013. (Danıştay Kararları)

ERHÜRMAN Tufan, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku**: **Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2012. (İdari Yargılama Hukuku)

EROĞUL Cem, **Anatüzeye Giriş**, B.10, İmaj Yayınları, Ankara, 2010. (Anatüze)

EROĞUL Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, B.10, İmaj Yayınları, Ankara, 2010. (Çağdaş)

GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev / AKGÜNER Tayfun / BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, B. 6, Der Yayınları, İstanbul, 2013.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitapevi, B. 32, Ankara, 2010.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetim Hukuku**, 32. B., Turhan Kitapevi, Ankara, 2010.

GRACE Jamie, **Key Facts Key Cases: Constitutional & Administrative Law**, Routledge, New York, 2016.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, B. 10, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, B.2 Bursa, 2017.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019.

KARAHANOĞULLARI Onur, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005.

KAYA Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, XII Levha, İstanbul, 2011.

OĞURLU Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları** C.1, B.3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim II**, XII Levha, İstanbul, 2010.

SAĞLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBFY, Ankara, 1982.

SOYSAL Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, B.3, İmge Kitapevi, Ankara, 2011.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, B. 7, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ULUSOY Ali D., **İdari Yaptırımlar**, XII Levha, İstanbul, 2013. (İdari Yaptırımlar)

ULUSOY Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, B.2, 2019.

MAKALELER

AIRO-FARULLA Geoff, "*Reasonableness, rationality and proportionality*" **Australian Administrative Law,** (Ed. GROVES Matthew/LEE H P/) içinde, Cambridge, 2007, s.212-232.

ARSLAN Zehreddin, "*İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararlarının Niteliği"*, **İÜSBFD**, S.10, 1995, s.21-23.

ASLAN M. Yasin, "*İdari Yaptırımlar"*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.85, 2009, s.173-188.

ERDEM Jülide Gül, "*Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri"*, **AÜHFD**, C.62, S.4, 2013, s.971-1005.

ERDEM Jülide Gül, "*Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği",* **Akademik Hassasiyetler,** C.4, S.8, 2017, s.19-44.

ERDİNÇ Burcu, "*İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması",* **Ankara Barosu Dergisi,** 2012/2 s. 241-276.

ERHÜRMAN Tufan, *"Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires İlkesi",* **AÜHFD**, C.61, S.2, 2012, s.599-646.

GİACİNTO della Cananea, "*Reasonableness in Administrative Law*", **Reasonableness and Law** (Ed.BONGİOVANNİ Giorgio/SARTOR Giovanni/ VALENTİNİ Chiara) içinde, Springer, New York, 2009, s.295-310.

GOODWİN James, "*The Last Defence of Wednesbury"*, **Public Law**, 2012, s.466-467.

İNCEOĞLU Sibel, *"Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi"*, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Ed. İNCEOĞLU Sibel) içinde, Beta Yayınları, B. 3, İstanbul, 2013, s. 23-52.

KARAHANOĞULLARI Onur, "*Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu"*, **AÜSBFD**, C.62, S.3, 2007, s. 201-233.

KARAHANOĞULLARI Onur, "*İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi"*, **MD**, C.35, S.270, 2011, s.43-64. (İdarenin Yargısal)

KARAHANOĞULLARI Onur, "*İngiliz Hukukunda İkincil Yasama"*, **AÜSBFD**, C.50, S.3, 1995, s. 211-230. (İkincil Yasama)

KARAHANOĞULLARI Onur, "*İngiltere'de İdarenin Yargısal Denetimi"*, **Üstad Dergisi**, S.2, 2017, s. 60-63. (İngiltere'de İdarenin)

KARATEPE Şükrü, "*İdarenin Takdir Yetkisi"*, **Türk İdare Dergisi**, Y. 63, S. 392, 1991, s.63-121.

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.

MUMCU Uğur, "*İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı"*, **AÜHFD**, C.27, S.1-2, 1970, s.37-66.

NEHUSHTAN Yossi, "*The Non-Identical Twins In Uk Public Law: Reasonableness And Proportionality",* **Israel Law Review,** 50(1), 2017, s. 69–86.

OYTAN Muammer "*Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması*", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, **İdari Yargı**, Ankara,1991.

ÖZAY İl Han, "*Kendine Özgü Bir 'Hukuk Devleti'"*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, **İdari Yargı**, Ankara,1991.

ÖZBUDUN Ergun, *"İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi"*, **AÜHFD**, C.25, S.1, 1968,' s. 59-79.

SRIRANGAM Veena, "*A Difference in Kind – Proportionality and Wednesbury"*, **IALS Student Law Review**, 4, 2016, s.46-66.

ŞENLEN Süheyla, "*Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi*", **AÜSBFD**, C.49, S.3, 1994, s. 401-413.

TAGGART Michael, "*Proportionality, Deference, Wednesbury"*, **New Zeland Law Review**, 2008, s. 423-481.

UYGUN Oktay, *"Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi"*, **Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik** içinde, XII Levha Yayınları, B. 2, İstanbul, 2013, s. 315-332.

WEİR, Claire, "*Is EC Proportionality the Same as Wednesbury Unreasonableness*?", **Judicial Review**, 4:4, 1999, s.263-266.

MAHKEME KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM, E. 1988/32, K.1989/10, K.T. 28.02.1989.

AYM, B.N. 2015/19400 K.T. 11.6.2018.

AYM, B.N. 2016/463 K.T. 12.9.2019.

AYM B.N. 2015/11941, K.T. 9.10.2019.

AYM, B.N. 2015/14525 K.T. 10.10.2019.

AYM, B.N. 2015/9496 K.T. 31/10/2019.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI

Campbell/Birleşik Krallık, B.N. 13590/88, 25.03.1992.

Handyside/Birleşik Krallık, B.N. 5493/72, K.T. 7.11.1976.

Smith and Grady/ Birleşik Krallık, B.N. 33985/96, 33986/96, K.T. 25/10/2000.

Ünal Tekeli/Türkiye, B. N. 29865/96, K.T. 16.11.2004.

DANIŞTAY KARARLARI

D2D, E. 2015/6557, K. 2018/6133, K.T. 7.11.2018.

D2D, E. 2016/4238, K. 2019/183 K.T. 10.1.2019.

D2D, E. 2016/5223, K. 2017/5048 K.T. 14.6.2017.

D2D, E. 2016/7718, K. 2018/7349, K.T. 24.12.2018.

D2D, E. 2016/12740, K. 2017/7520 K.T. 30.11.2017.

D2D, E. 2017/39, K. 2019/2594 K.T. 6.5.2019.

D5D, E. 2018/2367, K. 2019/2022, K.T. 18.3.2019.

D6D, E. 2015/10329, K. 2019/2821, K.T. 17.4.2019.

D8D, E.1986/683, K.1987/371, K.T. 24.9.1987

D8D, E.1989/504, K.1990/913 K.T. 17.09.1990.

D8D, E. 2014/8893, K. 2015/3715, K.T. 30.4.2015.

D8D, E. 2015/5783, K. 2018/8672 K.T. 18.12.2018

D9D, E. 2015/9759, K. 2019/2208 K.T. 20.5.2019.

D10D, E.2006/946, K.2008/6084 K.T.15.9.2008.

D10D, E. 2014/1343 K. 2019/2118 K.T. 18.3.2019.

D10D, E. 2015/2696, K. 2018/776 K.T. 20.2.2018.

D12D, E. 2012/7926, K. 2015/5749 K.T. 5.11.2015.

D12D, E. 2015/107, K. 2018/6396 K.T. 17.12.2018.

D12D, E. 2015/1713, K. 2019/353, K.T. 22.1.2019.

D12D, E. 2015/3208, K. 2019/768, K.T. 7.2.2019.

D12D, E. 2016/5477, K. 2018/3008, K.T. 11.9.2018.

D12D, E. 2018/3617, K. 2019/2083, K.T. 20.3.2019.

D14D, E. 2018/5803, K. 2019/1436, K.T. 27.2.2019.

D16D, E. 2015/18634, K.T. 30.9.2015.

DİBGK, E.2013/3, K.2019/1, K.T. 8.2.2019.

DİDDK, E.2006/10873, K.2006/1691, K.T.26.6.2008.

DİDDK, E.2014/2726, K.2015/3542, K.T. 15/10/2015

DİDDGK, E. 2007/36, K. 2012/1271, K.T. 26.9.2012.

DİDDGK, E. 2018/1314, K. 2019/2098, K.T. 2.5.2019.

YARGITAY KARARI

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2013/35836, K. 2016/1885 K.T. 8.2.2016.

BİRLEŞİK KRALLIK YARGI KARARLARI

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] 2 All ER 680, [1948] KB 223, [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 KB 223.

Braganza v BP Shipping Limited [2015] IRLR 487, [2015] 1 WLR 1661, [2015] ICR 449, [2015] 4 All ER 639, [2015] WLR 1661, [2015] Pens LR 431, [2015] WLR(D) 158, [2015] 2 Lloyd's Rep 240, [2015] UKSC 17.

Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department [1986] UKHL 3, [1987] AC 514.

Council for Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374, [1984] 3 All ER 935, [1985] IRLR 28, [1985] ICR 14, [1984] UKHL 9, [1984] 3 WLR 1174

R v Minister of Agriculture and Fisheries ex p. Padfield [1968] UKHL 1 , [1968] AC 997.

Secretary of State for Education and Science v Tameside MBC [1976] 3 All ER 665, [1976] UKHL 6, [1977] AC 1014, 75 LGR 190.

Zelazowska v The Director of Border Revenue [2015] UKFTT 348 (TC).

İNTERNET KAYNAKLARI

www.anayasa.gov.tr (S.E.T. 20.11.2019)

www.bailii.org (S.E.T. 28.02.2020)

www.danistay.gov.tr (S.E.T. 25.02.2020)

www.dictionary.cambridge.org (S.E.T. 15.06.2019)

www.hudoc.echr.coe.int (S.E.T. 15.06.2019)

https://www.judiciary.uk (S.E.T. 26.01.2020)

www.kazanci.com.tr (S.E.T. 23.11.2019)

www.sozluk.gov.tr (S.E.T. 15.06.2019)

ÖZET

Anglo-Sakson hukuk sisteminde idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi makullük ilkesi ile başlamış ve mahkemelerce geliştirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İngiltere aleyhine verdiği insan haklarına ilişkin ihlal kararlarında ilk defa yer bulan ve 1998 tarihli Human Rights Act ile kabul edilen temel hakların korunmasını esas alan Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminin kavramı olan ölçülülük ilkesi, makullük ilkesi ile birlikte İngiltere'de uygulanır hale gelmiştir.

Türkiye'de idarenin yargısal denetimine ilişkin mevcut kavramlar içerisinde makullük ilkesinin izleri ölçülülük ilkesinde bulunmaktadır. İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde, idari işlemlerin kurucu unsurlarının bağlantısının nitelendirilmesinde makullük kavramının bir ilke olarak yer alması, hukuka uygunluk denetimi kapsamını geliştirebilir.

Anahtar Kelimeler: Wednesbury ilkeleri, makullük ilkesi, ölçülülük ilkesi, takdir yetkisi, hukuk devleti.

ABSTRACT

In Anglo-Saxon legal system, judicial review of the discretion of the administrative acts has been commenced with the principle of reasonableness and has extensively been developed in the hands of the courts. The principle of proportionality, which is the foundation of the Continental European legal system and has first appeared in the decisions of The European Court of Justice concerning human rights violations against the United Kingdom, become actualized along with the implementation of the priciple of reasonbleness in the United Kingdom.

We can conclude that the principle of reasonableness and the principle of proportionality have been mutually constituted within the bunch of the concepts associated with the judicial review of Turkish administrative system. Therefore, in the context of the judicial review of the discretion of the administration, the principle of reasonableness will be a central concept in order to describe the relationship between the constitutive elements of the administrative acts. As well, the principle of reasonableness may be helpful tool to enhance the scope of the review on the administrative acts in compliance with the laws.

Keywords: Wednesbury principles, doctrine of reasonableness, principle of proportionality, discretionary power, rule of law.