

TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

*Yrd.Doç.Dr Ramazan ÇAĞLAYAN**

GİRİŞ

İdarenin yargısal denetime tabi olması, hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk sistemin en başta gelen özelliklerindedir. Hukuk devletinde İdare, bütün tasarruflarını hukukun içinde kalarak gerçekleştirmek zorundadır. İdarenin, hukukun içinde kalmasını sağlanmanın yolu da yargısal denetimden geçmektedir.

İdare için hukukun ne olduğu nasıl belirlenecektir? İdarenin bütün tasarruflarının çerçevesi önceden kurullarla çizilebilecek midir? Farklı bir ifade ile hukuk devletinde idarenin tamamen serbest olduğu alan bulunmakta mıdır? İşte bu sorular idarenin takdir yetkisi ve buna bağlı olarak yerindelik denetimi kavramının açılımını oluşturmaktadır.

İdarenin takdir yetkisi ve yerindelik denetimi Türk idare hukuku öğreti ve uygulamasının kesin bir çözüme kavuşturulması en zor sorunları arasında yer almaktadır.

Takdir yetkisi ve yerindelik kavramları İdarenin, kendi görev ve yetki alanı içindeki alanı serbestçe biçimlendirme isteği ile idari yargının, idare üzerindeki denetimini etkinleştirme eğiliminin çatışma noktasını oluşturmaktadır. İdari yargı, takdir yetkisini, kamu yararı açısından denetlemeye çalışırken, idare, yasama yoluyla bu alanı yargı denetimi dışına çıkarma çabasını gütmüştür. Bu çatışmada yargı, yönetimle pek de fazla çatışmamak için, yargısal denetimde kendi kendini sınırlama yolunu seçmiş ve hükümet tasarrufu kavramını geliştirmiştir. Bu yöntemle İdarenin yaptığı bazı işlemlerin yargısal denetiminden kaçınılmıştır.

1961 Anayasasının 114. maddesindeki “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*” hükmü gereğince, idarenin yargısal denetiminin kısıtlanması yasağı ile tartışmaya son

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

nokta konuldu sanılırken, bu maddede 1971 yılında yapılan değişiklikle, yargının İdareyi gereğinden fazla sınırladığı varsayımından hareketle, İdarenin yargısal denetiminin kısıtlanması yasağı kaldırılarak yerine İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, yargı yetkisinin, yürütme yetkisini sınırlayacak biçimde kullanılmayacağı ve idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği hükmü getirilmiştir.

Bu düzenlemeden sonra, idarenin takdir yetkisinin yargı yerince denetlenemeyeceği yönündeki iddiaların tersine Danıştay, takdir yetkisinin hukuka ve yasanın amacına uygun olup olmadığının denetlenebileceği yönünde içtihat oluşturmuştur.

Konunun yeterince açıklığa kavuşmamasından olmalı ki 1980 müdahalesinden sonra yasal ve anayasal düzeyde tekrar düzenleme yapılması ihtiyacı duyulmuştur. Önce 2577 İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/2. maddesinde de *“İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez”* hükmü, arkasından 1982 Anayasası 125/4. maddesinde *“Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez”* şeklindeki düzenleme pozitif hukukumuzda yerini almıştır. Ancak yasadaki hüküm anayasaya aktarılırken, kavramın muğlaklığından olmalı ki, “yerindelik” kavramı anayasaya alınmamıştır.

Bu düzenlemeler da tartışmayı sonlandırmamıştır. Takdir yetkisi ile yerindelik farklı kavramlar mıdır yoksa aynı kavramlar mıdır tartışması yanında, bu denetim veya denetimsizliğin sınırı nedir sorusu da farklı yaklaşımlara sebebiyet vermiştir.

1982 Anayasasının çevre hakkını düzenleyen 56. maddesi uyarınca çıkarılan 2872 sayılı Çevre Kanunu uygulaması, İdarenin yatırım kararları ile çevrenin korunması çatışmasında, takdir yetkisi ve yerindelik denetimi konusundaki tartışmaları artırmıştır.

Bu çalışmada, pozitif düzenlemeler ışığında, idarenin takdir yetkisi ve bunun yargısal denetimi, yerindelik kavramı ve takdir yetkisi ile ilgisini, çevre hukukuna ilişkin bazı örnekleri de aktararak bu kavramların hangi boyutlara ulaştığı konusunu incelemeye çalışacağız.

I. TAKDİR YETKİSİ VE YARGISAL DENETİM

A. Teoride Takdir Yetkisi

Hem 2577 İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 2/2. maddesinde hem de 1982 Anayasası 125/4. maddesinde “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır” hükmü yer almaktadır. Öncelikle hukukilik denetiminin ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İdari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının, başka bir ifade ile hukukilik denetimi, İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-a maddesinde ifadesini bulan, idari işlemlerin unsurları bakımından yapılan denetimdir. İdari işlem, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından oluşmaktadır¹ ve bunlara aynı zamanda iptal nedenleri² de denilmektedir³. Hukuka uygun bir işlem, bu unsurların tam olarak bulunması ile mümkün olabilmektedir. Bu unsurlarda bir eksiklik varsa işlem hukuka aykırı hale gelir ve bunun yaptırımını da işlemin yargı yerince iptal edilmesidir.

Takdir yetkisini açıklamaya, bunun karşıtı olan bağı yetki⁴ ile başlamak konunun kavranması açısından daha isabetli olacaktır. İşlemler yaparken İdarenin yetkileri bağı yetki ve takdir yetkisi olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir idari işlemin yukarıda sayılan unsurlarının tümünün hukuk kuralları tarafından önceden belirlenerek, idareye belli bir yönde hareket etme hususunda bir tercih tanınmamışsa⁵, veya İdareye belli bir tasarrufta bulunması kesin olarak emredilmişse⁶ bağı yetkiden bahsedilir⁷. Örneğin, inşaat ruhsatı talebi,

¹ ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 375 vd.

² İptal nedenleri, 1925 tarihli 669 sayılı ilk Danıştay Kanununda, ‘selahiyet, , şekil esas, maksat yönlerinden kanun ve nizamata aykırılık’ olarak yer almıştır. Aynı düzenleme 1938 tarihli 3546 sayılı kanunda da yerini almıştır. 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanununda ise, iptal nedenleri açık olarak, sebep, konu, yetki, şekil ve maksat şeklinde düzenlenmiştir.

³ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargısı, 14. Bası, Ankara 2001, s. 200; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C. 2- İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999, s. 393; ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C. I, s. 281

⁴ Bağı yetki ile takdir yetkisi, salt biçimde birbirini: karşıtı ve birbirini ortadan kaldırmı kavramlar değildir. Bunlar aynı işlemde bir arada bulunabilirler. İşlemin bir unsurunda bağı yetki diğer unsurunda ise takdir yetkisinin bulunması mümkündür. Bkz. AZRAK Ali Ülkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, İHİD., Aralık 1985, Yıl. 6, S. 1-3, s. 24; ÖZAY, age., s. 378.

⁵ ÖZAY, age., s. 376.

⁶ GÖZÜBÜYÜK, age., s. 240; GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 69-71.

⁷ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C. I, s. 426: “İdarenin takdir kudreti (pouvoir discretionnaire)nin aksi, mahdut, bağı iktidar ve selahiyet

pasaport talebi, mevzuatın öngördüğü şartlar oluşmuşsa, verip vermeme konusunda idarenin takdir yetkisi olamaz⁸. Yine kolluk görevlileri, ruhsatsız silahları kişinin elinden almak zorundadır. Belli bir fakülteye kayıt hakkını üniversite sınavlarına girerek kazanmış bir öğrenciyi idare, fakülteye kayıt etmek zorundadır⁹. Aksi yönde işlem tesis etme yönünde İdarenin takdir yetkisi bulunamaz.

Bu açıklamalardan sonra şu soruları sormak gerekir. İdarenin bütün işlemleri, unsurlarıyla beraber, önceden kurallarla tespit edilebilir mi? İdarenin, ne zaman ve nerede ve hangi sebeple harekete geçeceğinin önceden belirlenmesi mümkün müdür? Bu sorulara evet cevabının verilmesi kabil değildir. Zira İdarenin karşı karşıya geleceği durumların öngörülerek önceden kurallara bağlanması mümkün değildir. Çok çeşitli ihtiyaçların karşılanması görevini üstlenmiş olan İdarenin, halin icaplarına göre harekette bulunma serbestisinin tanınması gerekmektedir.

Böyle bir serbestinin gereklerini şu şekilde izah etmek mümkündür. Yasal düzenlemeler yapılırken, ilerde meydana gelebilecek bütün olaylara uy-

(pouvoir lie)dir. Yani tasarrufun unsurunu hukuk kaidesi tayin etmiş ve binaenaleyh idareye bu noktada bir tercih ve ihtiyar iktidarı bırakmamışsa bağlı, mahdut kudret ve selahiyet vardır"; YAYLA Yıldızhan, "İdarenin Takdir Yetkisi", İHFM, C. 30, S. 1-2, s. 202: "Bu son halde idarenin hiçbir hareket serbestisi yoktur, önceden belli kaidelerin çizdiği yoldan dışarıya çıkamaz; YAYLA Yıldızhan, "Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi", (Kronik) İHFM, C. 30, S. 3-4, 1965, s. 1042: "Bağlı yetki, önceden tespit edilmiş kaidelere göre hareket etme mecburiyetinin yüklenmesidir"; BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukuku Ankara 1970, s. 134: "Bir kısım konularda hukuk idareye, belirli şart ve durumların gerçekleşmesi halinde belli bir çözüm şeklini uygulama ödevini yükler. Buna bağlı yetki diyebiliriz"; BAYRAKTAR Erman, "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", İdare Hukuku ve İdari Yargı İli İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 260-261: "İdare belli şartlarda belli bir işlemde bulunmaya bir hukuk kuralı gereğince zorunluysa yetkisi bağlıdır. Bu durumda idare çeşitli ihtimaller ve alınması gereken kararlar arasında bir tercih hakkına sahip değildir"; TUNCAY Aydın H., İdare Hukuk ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Ankara 1972, s. 160: "İdare tarafından alınacak kararların hem gerekliliği ve hem de kapsamı bunlara tatbik edilecek hükümlerle tespit edilmişse, yani kanun, belli bir meselede idarecinin hareket tarzını tayin ederek alacağı idari kararın kapsamını gerekli gördüğü sonucunu hiçbir takdire yer vermeksizin evvelce vazettiği hükümlerle tespit ve idarece yapılacak iş sadece bu hükümleri uygulamaktan ibaret bulunmuş ise o takdirde bağlı yetki bahis konusu olur"; DÜNDAR Erol, "Maksat Denetimi", İdare Hukuku ve İdari Yargı İli İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 179: "Bağlı yetki durumunda idarenin bir yetkiyi mutlaka kullanması söz konusudur. Burada mevzuat idareyi, başka bir seçim imkanı olmaksızın, belli bir tarzda harekete zorlamaktadır"; KIRATLI Metin, "Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Yıl. 1967, S. 6, s. 31; BONNARD Roger/Çev. Samim Bilgen, "İdarenin Takdir Selahiyeti", İdare Dergisi, , S. 171, s. 104.

⁸ ONAR, age., s. 433.

⁹ BALTA, age., s. 134.

gulanacak çözüm tarzlarının öngörülmesi mümkün değildir. Yine idarenin çözüme kavuşturmakla görevli olduğu sorunlar o kadar çeşitlidir ki, her durumda aynı şekilde karar vermek, iyi netice vermeyebilir. Farklı kararlar alma zorunluluğu doğabilir. Son olarak kamu hizmetlerinin teknik zorunlulukları, idarenin farklı hareket tarzlarına ihtiyaç gösterebilir¹⁰. İşte bu sebeplerden dolayı, idareye belli ölçüde hareket serbestisi tanınması gerekmektedir. Nitekim Danıştay da bir kararında "...kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının, bu hizmetleri bütün ayrıntuları ile gereği gibi düzenlenmesi mümkün olmayan hallerde, idarelere hukuk kuralları içinde hareket serbestisi tanınması zorunludur..."¹¹ diyerek bu hususu belirtmiştir.

Yukarıda açıkladığımız sebepler nedeniyle İdareye tanınan bu serbest alana İdarenin takdir yetkisi denilmektedir¹². Başka bir ifade ile İdarenin nerede ve nasıl bir tasarrufta bulunacağını hukuk kuralları ile önceden kesin bir şekilde belirlenmediği durumlarda, takdir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir¹³.

Takdir yetkisinin hukuki niteliği konusunda, Türk öğretisinde, nesnelci (objektivist)¹⁴ teorinin benimsediği ve takdir yetkisinin de bu teori doğrultusunda tanımlandığı görülmektedir¹⁵. Buna göre somut bir olayda İdarenin

¹⁰ ONAR, age., s. 421; BAYRAKTAR, agm., s. 260; GÜNDAY Metin, "1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s. 145; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s. 509.

¹¹ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 69/4331, K. 70/1004, T. 26. 3. 1970, DD. 1, s. 202.

¹² ONAR, age., s. 420; ÖZAY, age., s. 377; YAYLA, agm., s. 1042; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, age., s. 68; BAYRAKTAR, agm., s. 261; ALAN Nuri, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, s. 33; GÜNDAY, agm., s. 145.

¹³ BALTA T. BEKİR, İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970, s. 85; KIRATLI Metin, "Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması", MBD, 1967, S. 6, s. 31

¹⁴ Normlar hiyerarşisi teorisi, sübjektif teori gibi takdir yetkisinin hukuki mahiyetini açıklamaya çalışan teoriler hakkında bkz. ONAR, age., s. 421 vd. ; YAYLA, agm., s. 203; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, age., s. 72; BAYRAKTAR, agm., s. 263.

¹⁵ ONAR, age., s. 420: "Sayısız ve çok çeşitli ihtiyaçlara muhtelif faaliyetlerle cevap vermek mecburiyetinde bulunan idareye bazı hallerde tasarrufun sebebini veya mevzuunu veyahut icra zaman ve mekanını tayin hususunda bir serbesti, bir takdir kudret ve selahiyeti tanınabilir"; YAYLA, agm., s. 202: "(T)akdir yetkisi, basit ve geniş anlamıyla bir serbestçe karar alma, hareket etme yetkisidir"; YAYLA, Kronik., s. 1043: "Takdir yetkisi, bir tasarrufun, genel olarak belli bir unsurunda az veya çok bir hareket serbestisidir"; ÖZAY, age., s. 377: "Hukuk kurallarının kendisine yapılmasını emrettiği veya yapmama zorunlu kıldığı hususlarda bir takdir kudret ve yetkisi bulunmayan İdare, kuralın kendisine seçenekler sunduğu durumlarda böyle bir olanağa sahiptir"; GÖZÜBÜYÜK, age., s. 240: "Yönetimin yetkiyi kullanıp kullanmamakta, ya da kullanılmasının gereklerini

takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı, o işlemin dayanağını oluşturan hukuk kurallarının, işlemin unsurlarını ne ölçüde düzenleyip düzenlemediğine göre belirlenir. Başka bir ifade ile, işlemin unsurları bakımından, hukuk kuralı idareye serbest hareket imkanı tanıyorsa, idarenin takdir yetkisinden söz edilebilir¹⁶. Kısaca takdir yetkisi, yasal düzenlemelerce İdarenin belli bir serbest alana sahip kılınması ve İdarenin bu serbest alan içinde harekete geçip geçmeme, yer ve zamanı seçme ve muhtelif çözüm tarzlarından birini tercih edebilme yetkisi ile mücehhez kılınması olarak ifade edebiliriz¹⁷.

İdarenin takdir yetkisi konusunda, Avrupa Konseyi'nin 1980 tarihli bir tavsiye kararı da bulunmaktadır¹⁸. Bu tavsiye kararında takdir yetkisi, herhangi bir kararın alınmasında, muhtelif çözüm tarzlarından, idarece uygun görülenin seçimi konusunda, idareye tanınan değerlendirme yetkisi olarak tanımlanmıştır. Yine bu kararda, takdir yetkisinin kullanımında uyulması gereken bazı ilkeler de ortaya konulmuştur. Buna göre idare takdir yetkisini kullanırken, kendisine verilen takdir yetkisi amacı doğrultusunda hareket etmeli, nesnellik ve tarafsızlık içinde davranmalı, eşitlik ilkesine uymalıdır. Takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemler gerekçeli olmalıdır. Yine takdir yetkisine giren işlemler, bağımsız yargı organlarınca denetlenmelidir.

saptamada az, ya da çok serbest bırakılması durumunda, takdir yetkisinden söz edilir"; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 1992, s. 258: "Yasa koyucu, yönetimin görev ve etkilerini belirlerken, yönetimi bazı yetkileri kullanıp kullanmamada, kullanmasının gereklerini saptamada, az veya çok serbest bırakabilir. Bu gibi durumlarda takdir yetkisinden söz edilir"; BAYRAKTAR, agm., s. 261: "Bazı konularda hukuk uygun çözüm şeklini seçme hususunda idareyi yerine göre az veya geniş ölçüde serbest bırakır. Bu gibi hallerde idarenin takdir yetkisi vardır denir"; ALAN, agm., s. 33: "Takdir yetkisi, hukuk kurallarının idareye bıraktığı özgürlük alanıdır"; GÜNDAY, agm., s. 146: "İdarenin takdir yetkisi, yasa koyucu tarafından belirsiz olarak bırakılmış davranış koşullarını belirleme yetki ve serbestisinden başka bir şey değildir". GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER, age., s. 70: "Takdir yetkisi, belirli koşullarda İdarenin şu ya da bu yönde hareket etme serbestliğinin, gücünün, olanağının bulunmasıdır".

¹⁶ AZRAK, agm., s. 22; ONAR, age., s. 425; BALTA, age., s. 136: "Bir konuda idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığını, sahipse bunun kapsamını ve derecesini konuya ilişkin hukuk kuralları gösterir".

¹⁷ GÜNDAY, bu yaklaşıma katılmadığını ifade ederek, idarenin takdir yetkisini, yasa koyucunun belirsiz bıraktığı davranış koşullarının İdare tarafından belirlenmesi ve çeşitli davranış biçimlerinden birisini seçmeyi haklı kılacak nedenleri belirleme yetkisi ve serbestisi olarak ifade etmektedir. Bkz. GÜNDAY, agm., s. 145, 146.

¹⁸ Recommendation No R (80) 2, relative à 'Exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration' adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 Mars 1980 et Exposé des motifs, Strasbourg 1980. Kararın Özeti için bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s. 514.

Takdir yetkisini, işlemin unsurları açısından hukuk kurallarınca İdareye tanınan serbest hareket imkanı olarak tanımlarsak, bu durumda idari işlemin hangi unsurlarında takdir yetkisinin olabileceği hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bilindiği üzere bir idari işlem yetki, şekil (biçim), sebep konu ve maksat (amaç) unsurlarından oluşmaktadır.

Kamu hukukunda yetki mutlak olarak yasalarla belirleneceği için, işlemin yetki unsurunda takdir yetkisinin bulunması söz konusu olamaz¹⁹. Başka deyişle, İdare takdir hakkına dayanarak, yasaların vermediği bir yetkiyi kullanamaz. Biçim unsuru, usul ve şekilden oluşmaktadır.

Hukukumuzda idari işlemlerin yapılması konusunda genel bir usul bulunmamaktadır. Çeşitli yasalar, kendi konusu ile alakalı olarak usul kuralları ihtiva etmektedir (kamulaştırma, ihale, atama usulleri vs.). Yasanın bir usul belirlediği durumda İdarenin takdir yetkisinden bahsetmek olanaksızdır. İdare yasanın belirlediği usul çerçevesinde işlemi yapmak zorundadır. Eğer yasa, belli bir usul öngörmüyorsa, idarenin usul belirleme hakkından söz edilebilir²⁰. İdari işlemlerin, istisnalar dışında²¹, yazılı şekilde yapılması genel bir kural olduğundan, yazılı şekil dışında bir şeklin benimsenmesi de mümkün değildir²².

Maksat, idari işlemin üçüncü unsurunu oluşturmaktadır. İdari işlemlerin nihai amacı "kamu yararı"dır. Başka bir ifade ile, İdare işlemler ve eylemler yaparken kamu yararı dışında bir maksatla hareket edemez²³. Bu amaç dışında hareket edilip edilmediği ise hukukilik denetimi ile yapılır²⁴. Bu nedenle öğretilerde, bazı farklı görüşlere rağmen²⁵, işlemin maksat unsurunda İdarenin takdir yetkisinin olamayacağı kabul edilmektedir²⁶.

19 ONAR, age., s. 425; ÖZAY, age., s. 377; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 241; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s. 511; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, age., s. 76; ALAN, agm., s. 34.

20 GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, age., s. 76; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s. 511.

21 Genel karar ve bazı kolluk işlemleri, yazılılık kuralının istisnalarını oluşturmaktadır.

22 ONAR, age., s. 425; ÖZAY, age., s. 377; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 241; ALAN, agm., s. 34.

23 GÜNDAY Metin, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi –Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, (Tartışmalar), s. 172: "Kamu yararı idari işlemlerin genel amacıdır. Takdir yetkisini veren yasa normu bunu öngörmüş olsa da, olmasa da bu yetki kamu yararı ile sınırlıdır".

24 Maksat unsuru üzerinde yapılacak hukukilik denetimi ve takdir yetkisi ile ilişkisi konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz. DÜNDAR Erol, "Maksat Denetimi", İdare Hukuku ve İdari Yargı İli İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 161.

25 YAYLA, maksat unsurunun yargısal denetiminde, işlemi yapan ajanın subjektif niyetinin değil, işlemin hukuk alanında meydana getirdiği sonucun kamu yararına uygun olup ol-

İdareye tanınan takdir yetkisi, işlemin sebep ve buna bağlı olarak konu unsurunda bulunabilir²⁷. İdareyi belli bir yönde hareket etmeye iten hukuki veya maddi vakıalar işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Yasaların sebebi gösterdiği durumlarda takdir yetkisinden bahsedilemeyeceği açıktır. Ancak, yasaların sebebi göstermediği veya birden fazla sebep gösterdiği durumlarda, idarenin takdir yetkisinin varlığından söz edilebilir. Yasalar bazen de, sebep konusunda, “lüzum halinde, icabında, ihtiyaç duyulduğunda, kamu güvenliği, genel sağlık, kamu düzeni gerekleri” ne anlama geldikleri pek açık olmayan kavramlar kullanılmaktadır. Bu belirsiz kavramların içini doldurmada da idarenin takdir yetkisinin bulunduğu söylenebilir²⁸. Hemen belirtmek gerekir ki, belirsiz kavramların objektif bir değeri varsa, idarenin takdir yetkisinden bahsedilemez. Örneğin, kolluk görevlerinde “ahlaka ve edebe aykırılık” kavramının objektif bir değeri bulunmaktadır. Bu alanda işlemler yapan ajanların anlayışı kabul edilemez. Buna mukabil, “lüzum halinde” gibi kavramlarda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır²⁹.

Takdir yetkisi ile ilgili bir husus da değerlendirme işlemleridir. Kamulaştırma bedelinin tespiti, bir öğrenciye not verilmesi, jürinin bir adayı başarılı ya da başarısız bulması, bir binanın sağlamlığının tespiti, bir kişinin hasta olduğuna karar verilmesi gibi işlemlerde bir değerlendirme yapılmaktadır.

madığının araştırılması gerektiğini ve sebep gerçekleşmişse, maksadında gerçekleşmiş olacağını ifade ettikten sonra, maksat unsurunun, sebep unsuruna bağlı olarak denetlenebileceği varsayımından hareketle, istisnaen maksat unsurunda da takdir yetkisinin bulunabileceğini belirtmektedir. YAYLA, agm., s. 1040, 1045. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda idari işlemin amaç unsuru bakımından, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri açısından yargısal denetime tabi olabileceğini ifade etmektedirler. s. 71.

26 ONAR, age., s. 426; ÖZAY, age., s. 377; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 241; ALAN, agm., s. 34; ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1973, s. 211. OYTAN, idari işlemin maksat açısından hukuka uygunluğunun denetimi yapılırken, işlemin kamu yararı dışında bir amaçla (siyasi, kişisel amaç, kin, garez vs.) yapıp yapılmadığına bakılacağını, bunun dışında salt kamu yararına uygun olup olmadığının denetiminin idari yerine işlem yapmak olacağını ifade etmektedir. OYTAN Muammer, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi –Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s. 152.

27 ONAR, age., s. 425; ÖZAY, age., s. 377; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, age., s. 76; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 242; ALAN, agm., s. 35.

28 AZRAK, belirsiz hukuk kavramlarının varlığı durumunda, İdarenin görevinin, somut olaya uygulanacak tek doğru çözümü bulmak olduğunu, bu sebeple İdareye aralarında seçim yapmak üzere alternatifler sunulmasının söz konusu olmadığını ifade etmektedir. AZRAK, agm., s. 24; AZRAK Ali Ülkü, “Yargı ve İdari- İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, İHFM, C. 34, sy. 1-4, 146.

29 BALTA, age., s. 136-137; BAYRAKTAR, agm., s. 266.

Bu gibi hallerde İdarenin bir takdir yetkisi bulunup bulunmadığı öğretilerde tartışılmaktadır. Bazı yazarlar bu konuları *değerlendirme*³⁰, kimileri de *takdir yetkisinin benzerleri* başlığı altında incelemektedirler³¹. Teknik takdir de denilen³² bu gibi durumlarda, bu tür değerlendirmelerin, değerlendirmeyi yapanların anlayışına bırakılması gerektiğini savunanlar yanında³³, takdire dayalı gibi görünse de nesnel ölçülerle ihtisasa dayalı bir değerlendirme söz konusu olduğu ve dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin olamayacağı söyleyenler de bulunmaktadır³⁴. bu tür işlemlerin tümüyle yargısal deneti dışında tutulması düşünülemez. Ancak özellikleri nedeniyle, yargısal denetimin sınırlı olması isabetli olur³⁵. Nitekim Fransız Danıştay da bu tür bilimsel ve teknik kurullarca yapılan değerlendirmeleri mümkün olduğunca denetlemekten kaçınmakta, minimum denetimle yetinmekte, takdir yetkisinin denetimini açık hata ile sınırlı tutmaktadır³⁶.

İdari işlemin hukuk alanında meydana getirdiği sonuç, işlemin konu unsurunu oluşturmaktadır. Yasalar kimi durumlarda, sebebe bağlı olarak İdarenin harekete geçip geçmeyeceğini, ne yönde hareket edeceğini belirlemez yahut birden fazla seçenek öngörür. Bu gibi durumlarda, işlemin konu unsurunda İdarenin takdir yetkisi bulunmaktadır³⁷. Örneğin muhtaç durumlardaki öğrencilere yardımı düzenleyen yönetmeliğe göre Fakülte yönetimi, kitap verme, giyecek ve yiyecek yardımı yapma, barınma imkanı sağlama durumlarından birisini tercih etme hakkına sahipse, konu unsurunda takdir yetkisinden söz edilebilir³⁸.

Bu konudaki açıklamalara son vermeden önce bir hususu belirtmek gerekmektedir. İdari işlemleri meydana getiren unsurların tamamının "takdir yetkisi" alanı içinde bulunması mümkün değildir. Buna mukabil, bir unsurdaki

30 BALTA, age., s. 137; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Hukuku, Ankara 1992, s. 258; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 1992, s. 258.

31 TUNCAY H. Aydın, İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Ankara 1972, s. 155 vd.

32 TUNCAY, age., s. 156; ZANOBİNİ Guido/Çev. Atif AKGÜÇ-Sahir ERMAN, İdare Hukuku, 1945, s. 76.

33 BALTA, age., s. 136.

34 TUNCAY, age., s. 156; TAN Turgut, "Sınav Notları ve Yargısal Denetim", DD. 18-19, 1975, s. 190).

35 GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s. 529.

36 CHAPUS René, Droit Administratif Générale, C. I, 1996, s. 967.

37 ALAN, agm., s. 35.

38 ÖZAY, age., s. 377.

takdir yetkisi, işlemi tamamen takdiri hale getirmez³⁹. Yukarıda açıkladığımız üzere, işlemin yetki ve maksat unsurlarında takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, bu iki unsur bakımından idare bağlı yetki, diğer unsurlar bakımından ise takdir yetkisine sahip olacaktır demektir.

B. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi

1. Tarihsel Süreç

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi kamu hizmetlerini yürütmekle görevli İdareye, bu görevini gereği gibi yerine getirebilmesi için, belli bir hareket serbestisi, takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak İdareye tanınan bu takdir yetkisi, İdarenin hukuka bağlılığının bir istisnasını teşkil etmemekte, idareye hukukun dışında bir takım faaliyetlerde bulunma yetkisini vermemektedir⁴⁰. Diğer bir ifade ile İdareye sınırsız bir serbesti tanınması söz konusu olamaz⁴¹. Bunun aksi bir yaklaşım, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Zira hukuk devletinde, İdarenin hukukun dışında kalarak tasarrufta bulunması düşünülemez. O halde takdir yetkisini İdarenin, "*hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğü*"⁴² olarak anlamak gerekir. Buradan çıkaracağımız netice, takdir yetkisi bulunduğu hallerde bile İdare hukukun içinde kalarak hareket etmek zorundadır.

Yargının, özellikle idari yargının işlevi, hukuk düzeninin korunması, İdare için hukukun ne olduğunun belirlenmesi, hatta İdarenin uyacağı hukuk kurallarının ortaya çıkarılmasıdır⁴³. Bu bakımdan İdarenin takdir yetkisini kullandığı durumlarda da İdarenin, hukukun içinde kalıp kalmadığının tespiti ancak yargısal denetim ile mümkün olabilecektir⁴⁴. Hukuka uygunluk denetimi, İYUK madde 2/1-a da ifadesini bulan, idari işlemin beş unsuru bakımından yapılan denetimdir. Takdir yetkisinin denetimi de bir hukukilik denetimi olduğuna göre, bu şekilde yapılan yargısal denetim, Yürütme görevi-

³⁹ ÖZAY, age., s. 378; ONAR, age., s. 426; AZRAK, agm., s. 24; BAYRAKTAR, agm., s. 261-262. Yazar aynı yerde, tamamen takdire dayanan idari işlem olamayacağı gibi, idareye hiçbir serbestlik tanımayan mutlak bir bağlı yetkiden de bahsedilemeyeceği yönünde görüşler olduğunu beyan etmektedir.

⁴⁰ ONAR, age., s. 432.

⁴¹ GÜNDAY, agm., s. 146.

⁴² ÖZAY, age., s. 377. ONAR da takdir yetkisini açıkladığı bölümün başlığını "İdarenin hukuk kaideleri içinde hareket serbestliği" olarak belirlemiştir. ONAR, age., s. 418.

⁴³ ÖZAY İl Han, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", ", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, s. 12, 18-19.

⁴⁴ Öğretide, takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda, yargısal denetimin yapılamayacağı da ileri sürülmektedir. Bkz. GİRİTLİ/BILGEN/AKGÜNER, age., s. 77.

nin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlamış sayılmaz⁴⁵.

Bu aşamada, Türk İdari Yargısının, İdarenin takdir yetkisi üzerindeki denetim konusundaki yaklaşımının tarihi sürecini kısaca aktarmakta fayda bulunmaktadır. 1961 Anayasası öncesinde de Danıştay, İdarenin takdir yetkisini denetlemektedir⁴⁶. Bu dönemde Danıştay takdir yetkisini denetlerken genel ölçütler kullanmaktadır. İdareye yetki veren yasaların özüne ve öngördüğü amaca aykırılık ölçütü ile işlemin amaç unsurundan iptali şeklinde bir yaklaşım sergilemiştir. Bunu yaparken de genel olarak hukuka aykırılık üzerinde durmuştur⁴⁷. Yine kamu yararı ölçütünü uyguladığı da görülmektedir⁴⁸. İdari yargı, takdir yetkisini, kamu yararı açısından denetlemeye çalışırken, idare, yasama yoluyla (yasama kısıntısı) bu alanı yargı denetimi dışına çıkarma çabasında olmuştur⁴⁹. Bu çatışmada yargı, yönetimle pek de fazla çatışmamak için, yargısal denetimde kendi kendini sınırlama yolunu seçmiş ve Fransız içtihadının geliştirdiği hükümet tasarrufu kavramını uygulama yolunu seçmiştir⁵⁰.

1961 Anayasası 114. maddesinde yer alan “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*” hüküm ile,

45 DURAN Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, AİD, C. 20, S. 4, s. 5.

46 YAYLA, agm., s. 209.

47 Danıştay (Devlet Şurası) Beşinci Daire, E. 34-1971/1972, K. 44455, T. 18. 3. 1944, DKM. 26, s. 42; Danıştay (Devlet Şurası) Beşinci Daire, E. 45/2363, K. 46/722, T. 26. 4. 1946, DKD. 32, s. 40.

48 Danıştay (Devlet Şurası) Altıncı Daire, E. 46/390, K. 467501, T. 23. 11. 1946, DKD. 34, s. 153; Danıştay (Devlet Şurası) Altıncı Daire, E. 46/2889, K. 47/1338, DKD. 36-37, s. 218.

49 1924 Anayasası döneminde, Danıştay denetiminden kurtulmak için yargı yolunu kapayan yasalar çıkarılmıştır. GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 27. Danıştay yargı yolunu kapayan yasaları, idari işlemin takdir yetkisine giren ögesinin yargı denetimine tabi olmadığı şeklinde yorumlayarak, yasama kısıntısının alanını daraltmaya çalışmıştır. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 50/320, K. 50/128, T. 30. 3. 1950, DKD. 50-53, s. 112: “...(K)azai mercie müracaat olunamayacağı yolundaki hükümleri idari tasarrufun takdir unsuruna taalluk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde manalandırmak gerek nazari gerekse mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşer”.

50 Yargı, Yürütmenin/İdarenin yaptığı bazı işlemleri (Örneğin mukabele bilmisil kararları, vatandaşlık işleri, yabancıların sınır dışı edilmeleri gibi) politik nitelikte kabul ederek, yargılamaktan kaçınmıştır. Hükümet tasarrufu hakkında geniş bilgi için bkz. ONAR, age., s. 441; GİRİTLİ İsmet, Hükümet Tasarrufları, İstanbul 1958; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 20; BAYRAKTAR, agm., s. 272.

yasamanın yargı yolunu kapayan yasa çıkarılması önlenmek istenmiştir⁵¹. Bu dönemde Danıştay, İdarenin takdir yetkisini denetlerken, 1961 öncesindeki uygulamalarını sürdürmüş, amacın hukuka uygunluğu, kamu yararı, hizmet yararı gibi kavramları kullandığı görülmektedir⁵². 1971 değişikliğinde, 114. maddenin hükmü “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” şeklini almıştır. Bu yeni düzenleme Danıştay’ın, takdir yetkisini denetleme konusundaki içtihatlarında köklü bir değişikliğe yol açmamakla birlikte⁵³, kararlarda, idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği belirlemesinin sıkça yapılmaya başlandığı görülmektedir⁵⁴. Bu dönemde, takdir yetkisinin denetlenmesinde Danıştay “amaca aykırılık, yasanın amacı, kamu yararı, keyfilik, eşitlik, kamu görevinin gerekleri” gibi kavramları kullanmıştır⁵⁵. Ancak en çok “kamu yararı ve hizmetin gerekleri” kavramlarına yer vermiştir⁵⁶.

1980 müdahalesi akabinde, Önce 2577 İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/2. maddesinde “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez”

-
- 51 GÖZÜBÜYÜK 1961 Anayasası döneminde yargı yolunu kapatan yas çıkarılmadığını, 1961 Anayasası öncesinde bu yönde çıkarılan yasaların da Anayasa mahkemesince iptal edildiğini belirtmektedir. GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 28.
- 52 Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 62/166, K. 63/1191, T. 12. 2. 1963, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, 1960-63, s. 261; Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 61/143, K. 61/3954, T. 6. 12. 1961, DKD. 85-86, s. 240.
- 53 DURAN, agm., s. 3;
- 54 Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 73/229, K. 74/768, T. 13. 12. 1974, DD. 18-19, s. 321; Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 76/29, K. 77/4, T. 14. 4. 1977, DD. 30-31, s. 107; Danıştay Sekizinci Daire, E. 75/1449, K. 76/371, T. 2. 2. 1976, DD. 24-25, s. 358.
- 55 YOKUŞ Sevtap, “Yönetmelik Yargının Takdir Yetkisi Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, İBD, C. 72, S. 4-5-6, 1998, s. 327.
- 56 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 74/5839, K. 74/6813, DD. 18-19, s. . 387 : “... (İ) idarenin takdir yetkisi mutlak olmayıp, kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlıdır”; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 75/3756, K. 75/8053, DD. 22-23, s. 246: “... (T) takdir yetkisinin, kamu yararı ve hizmetin gerekleri göz önünde tutulmadan kullanılması işlemin iptali sonucunu doğurur”; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 75/3941, K. 76/2013, DD. 24-25, s. 220: “... (N) alken atamada takdir hakkı, hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun olmalıdır. Kamu yararı ve hizmetin gerekleri yönünden yeterli görülecek nedene ve somut olaya dayanmayan nakil işleminin iptaline”.

hükümü, arkasından 1982 Anayasası 125/4. maddesinde “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” şeklindeki düzenleme hukukumuzdaki yerini almıştır. Ancak, yasadaki “yerindelik denetimi yapamazlar” hükmü, anayasaya alınmamıştır. Şu husus da unutulmamalıdır ki, bu dönemde hükümet tasarrufu değil ama, anayasal olarak yargı denetimi dışında tutulan işlemler kategorisi meydana getirilmiştir⁵⁷.

1982 Anayasası döneminde de Danıştay, “kamu yararı ve hizmetin gerekleri”, “açık hata” gibi kavramları kullanarak takdir yetkisini denetlemeye devam etmiştir. Şimdi Danıştay’ın kullandığı bu kavramlar üzerinde duralım.

2. Takdir Yetkisinin Denetiminde Kullanılan Ölçütler

Takdir yetkisinin tanınması, idareye keyfi davranma hakkını vermediğini, hukukun içinde kalarak hareket etmesi gerektiğini ifade etmiştik. Öğretide takdir yetkisinin kullanılmasında uyulması gereken bazı ilkeler ortaya konulmaktadır. Bunları kısaca şu şekilde sıralanabilir⁵⁸: -İdare, yasaların koyduğu sınırlar içerisinde kalarak hareket etmelidir. -Takdir yetkisi kullanılırken, eşitlik ilkesine riayet edilmelidir. -Takdir yetkisi kamu yararı için kullanılmalı, kamu yararı dışında bir amaçla kullanılmamalıdır. -İdarenin tüm kararlarında olduğu gibi, takdir yetkisini kullandığı kararları da gerekçeli olmalıdır. -Takdir yetkisinin kullanımında yasalar özel şartlar öngörmüşse, İdare bunlara da uymak zorundadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, takdir yetkisi daha çok idari işlemin sebep unsuru üzerinde cereyan etmektedir. Bu yüzden Danıştay da takdir yetkisini denetlerken kullandığı ölçütleri sebep unsuruna dayanarak kullanmaktadır.

a. İşlemin gerekçeli olması ilkesine aykırılık

Genel olarak idari işlemler, kendilerinden önce gelen ve nesnel kurallarla belirlenmiş bir sebebe (idareyi işlem yapmaya iten etken), dayanmak zorun-

⁵⁷ Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler (AY m. 125), Yüksek Askeri Şura Kararları (AY m. 125), Kamu görevlilerinin uyarma ve kınama cezaları (AY m. 129), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları (AY m. 159). ÖZAY, bu işlem kategorisine büyük çoğunluğu politik olmamasına rağmen, “Yürütmenin işlemleri” isminin verilebileceğini ifade etmektedir. ÖZAY, age., s. 342.

⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 241; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 259; GÖZÜBÜYÜK/ AKILLIOĞLU, Yönetim Hukuku, s. 259; BALTA, age., s. 138; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s. 513.

dadır⁵⁹. Bu durum, idare hukukunun 'kozalist' niteliğinin, yani İdarenin tüm tasarruflarının hukuka uygun bir sebebe dayanması zorunluluğunun bir gereğidir⁶⁰. Bu ilke gereği, İdare bir işlem yaptığında, o işlemin sebebini ortaya koymak, işlemi gerekçelendirmek zorundadır.

Yasalar bazen işlemin sebebini açıkça ortaya koyarlar⁶¹. Bu durumda, sebep unsuru bakımından İdare, bağlı yetki içindedir ve takdir yetkisi kullanamaz. Bazen yasalar, işlemin sebebini göstermezler fakat bir sebep olması gerektiğini kamu düzeni, milli güvenlik, ihtiyaç, lüzum gibi muğlak kavramlarla ortaya koyar⁶². Bu kavramlardan, belli ve objektif anlamı olanlar bakımından yine İdarenin takdir yetkisi yoktur⁶³. Belli ve objektif bir anlamı yoksa, İdarenin takdir yetkisi bulunmaktadır⁶⁴. Bazı durumlarda ise yasalar işlemin sebebini hiç göstermezler⁶⁵. Bu halde de İdarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

İdarenin sebep, yani işlemin gerekçesi konusunda takdir yetkisi bulunduğu hallerde dahi, işlemin mutlaka bir gerekçeye dayalı olması gerekir. İdari işlemin gerekçeli olarak kaleme alınması zorunlu değilse de, İYUK'nun 20. maddesi uyarınca, mahkeme işlemin sebebini, yani gerekçesini istediğinde İdare, işlemin gerekçesini göstermek zorundadır. Göstermediği durumda işlem sebep unsuru bakımından iptal olunabilir. Öte yandan, idarenin gösterdiği gerekçenin, somut ve maddeten var olması yanında, maddi olayın nitelendirilmesinin doğru yapılması, ileri sürülen gerekçenin işlemi yapmaya yeterli olması gerekir.

⁵⁹ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, Ankara 2002, s. 138; ÖZAY, Günışığında, s. 375

⁶⁰ ÖZAY, Günışığında, s. 321.

⁶¹ Örneğin, 657 sayılı Kanunun 125/E maddesine göre, izinsiz ve kabul edilebilir özrü olmaksızın bir yıl içinde 30 gün göreve gelmemesi halinde, memuriyetten çıkarılır. Burada memuriyetten çıkarma cezasının sebebi açıkça belirtilmiştir.

⁶² Emekli Sandığı Kanununa göre, 30 hizmet yılını doldurmuş olan memurlar, lüzumu görüldüğünde emekliye sevk edilebilirler.

⁶³ GÜNDAY buna kamu düzeni kavramını örnek göstermektedir. Kamu düzeni kavramı muğlak bir kavram olmakla birlikte objektif bir anlam ve öze sahiptir. Toplumun dış ve maddi düzeni anlamına gelen kamu düzeni, toplumun güvenlik esenlik ve sağlık içinde yaşamasını ifade etmektedir. Güvenlik, esenlik ve genel sağlığı bozucu bir durum söz konusu olduğunda İdare bir kolluk işlem ve eylemi yapabilir. GÜNDAY, agc., s. 140-141.

⁶⁴ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 140-141.

⁶⁵ Örneğin 657 sayılı Kanunun 76. maddesine göre, "Kurumlar görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak ve aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler"

Danıştay, idari işlemin gerekçeli olması hususu üzerinde titizlikle durmaktadır. İdari işlemin belli bir sebebe (gerekçeye) dayalı olmasının idare hukukunun bilinen genel ilkesi olduğunu, yasada sebep gösterilmesinin zorunlu olmadığı durumlarda dahi, İYUK'nun 20. maddesi gereği işlemin gerekçesini mahkemeye bildirmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁶. İdarenin gösterdiği sebeplerle de bağlı olmayacağını, kendisinin sebep ikamesi yoluna da gidebileceğini ortaya koymaktadır⁶⁷. Hatta o kadar yoğunlaştırmaktadır ki, 354 sayılı kanun ile (m. 40) Kültür Bakanlığının yurtdışındaki elemanları üç yıl çalışabilmelerine rağmen, Bakan tarafından **gerekli görülmesi** durumunda, bu sürenin iki yılı geçmeyecek biçimde uzatılabileceği şeklindeki bizce bakanlığın geniş takdir yetkisi bulunan bir hususta bile gerekçe aramıştır⁶⁸. Yine, Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinde düzenlenen re'sen emeklilik konusunda, İdarelere verilen takdir yetkisini denetlerken, idarenin,

66 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 80/492, K. 84/2185, T. 10. 5. 1984, Doçentlik kadrosu ilanı, müracaat, jüriden olumlu görüş, hiçbir neden göstermeden atamama "...İdari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerektiği hususu idare hukukunun temel bir kuralıdır. Ayrıca işlemde sebep gösterilmesinde yasal bir zorunluluk gösterilmese dahi, 2577 sayılı ...Kanununun 20. maddesine göre, ihtilaf konusunun çözümlenebilmesi ve sağlıklı bir karar verilebilmesi için idare gerekli bilgileri ve işlemin dayanağını mahkemeye bildirmekle mükelleftir. Dava konusu uyuşmazlıkta ise, davacının doçent kadrosuna atanabilmesi için kanuni her türlü şartları haiz olduğu değerlendirme jürisince belirtildiği ve bu kadroya atanması teklif edildiği halde, idare tesis ettiği doçentlik kadrosuna atamama işleminin dayanağını açıklayamamaktadır. Davacının ...doçentlik kadrosuna atanması konusundaki isteğinin, usule ya da esasa ilişkin hiçbir neden gösterilmeden reddi yolundaki ...kararında, yasanın verdiği takdir yetkisinin kullanılmasında açık hata yapıldığı ortaya çıkmaktadır..."

67 Danıştay Onuncu Dairesi, E. 85/2229, K. 87/2181, T. 24. 12. 1987, DD. 70-71, s. 575: "...(İ)ptal davasında bir idari işlemin hukuka uygunluk denetimi yapılırken, işlemin sadece yazılı olan sebebi ile kalınmayacağı; yargı yerinin işlemin tersini gerektiren başka bir sebebin bulunup bulunmadığını da araştıracağı ve gerektiğinde sebep ikamesi yoluna gidebileceği açık bulunmaktadır...ilgili yönetmeliğin 21 inci maddesi 'askerlik, raporla belgelenen hastalık ve yasal zorunluluklar dışında bayi, zirai mücadele ilaçlarının satışını sürekli otuz günden fazla durduramaz' hükmünü içermektedir...yönetmeliğin 21 inci maddesinde...bücbir sebepler dışında bayinin, zirai mücadele ilaçlarının satışını sürekli otuz günden fazla durduramayacağı kurala bağlanmıştır... davacının mücbir sebep olarak kabulü gerekli cezaevinde tutuklu olması halinden dolayı zirai mücadele ilaçları satış yerini kapalı tuttuğu açıktır..."

68 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 97/1422, K. 97/2952, T. 10. 12. 1997, "...Kültürel etkinliklerinin kesintisiz ve amaca uygun bir biçimde yürütülebilmesi için yurt dışı görev süresinin uzatılması yolunda Dışişleri Bakanlığınca yapılan öneriler dikkate alınmayarak görev süresinin uzatılmamasının, dönemin Kültür Bakanının kamuoyuna yansımış beyanları karşısında keyfi nitelik taşıdığı, bakanın sahip olduğu takdir yetkisini hizmet dışı nedenlerle kullandığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu müşterek kararname ve atama işleminde sebep ve maksat unsurları bakımından hukuka uyarlık görülmemiştir..."

ekonomik sıkıntı ve personel sayısının rasyonel sayıya indirilmesi şeklindeki gerekçesini yeterli bulmamış ve İdareye bir perspektif sunmuştur⁶⁹.

İdarenin takdir yetkisinin en geniş olduğu alan, kamu görevine ilk atamalarıdır. Yüksek Mahkeme, açıktan atamalarda idarenin takdir yetkisi bulunduğunu ve yargı kararıyla İdarenin zorlanamayacağını bir çok kararında ifade etmesine rağmen⁷⁰ bu alanda bile takdir yetkisinin denetimini olabildiğince yoğunlaştırmaktadır. Bir öğretim üyesinin, jürinin olumlu görüşüne rağmen, rektör tarafından atanmaması işleminde haklı gerekçe aramıştır⁷¹. Özellikle güvenlik soruşturmasına dayanılarak atamama işlemlerinde, istihbari nitelikteki bilgilerin , idari işleme gerekçe olamayacağını, mutlaka bu bilgilerin somut belgelerle ispatlanması gerektiğini vurgulamaktadır⁷².

69 Danıştay Onuncu Dairesi, E. 92/4292, K. 93/2338, T. 27. 5. 1993: "...Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesi (b) bendinde ifade edilen 'kurumlarınca görülen lüzum' ibaresiyle idarelere tanınan takdir yetkisi, idarelerce hem içinde buldukları ekonomik koşullar, hem de personelin şahsından kaynaklanan nedenlerden dolayı kullanılabilir... Davalı idarenin bu yetkisini kullanırken, tüm kamu iktisadi teşebbüslerinin... içinde bulunduğu genel sorunlar dışında, kurumlarına yönelik olarak rantabl çalışabilecek kadro sayısının ne olması gerektiğini belirtmeden ve emekliye sevk edilmesi düşünülen personelin halen işgal ettiği kadroların emekli edilmelerinden sonra iptalini sağlayacak çalışmalar yapıldığı yolunda bir emare de bulunmadan istisnasız 30 hizmet yılını dolduran , tüm personeli kapsayacak biçimde işlem tesis ettiği anlaşılmakta ve bu haliyle dava konusu genelge de hukuka ayarlık bulunmamaktadır... Öte yandan personelin manevi takatsızlık ve fikri kudretsizliklerinin belirlendiğine ve kendilerinden artık istifade imkanı bulunmadığına kanaat getirildiği yolunda bir saptamaya da yer verilmemiştir. . .".

70 Danıştay Onikinci Dairesi, E. 95/9377, K. 97/2147, T. 13. 10. 1997; Danıştay Onikinci Dairesi, E. 95/9515, K. 97/2121, T. 13. 10. 1997; Danıştay Beşinci dairesi, E. 91/3292, K. 91/2223, T. 27. 11. 1991.

71 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 88/2086, K. 87/1336, T. 20. 9. 1988: "...İdarelerin kamu personelinin atanması konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de, bu yetki hudutsuz olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlı olduğundan, yukarıda sözü edilen hükme göre, rektör tarafından oluşturulan 3 kişilik jürinin bilimsel bir inceleme sonucunda başvuran aday hakkında ortaya koyduğu görüşün aksine bir karar verilebilmesi için hukuka geçerli bir nedene dayanılması gerekecektir...".

72 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/296, K. 86/395, T. 27. 3. 1986, DD. 64-65, s. 178: "...Davacı hakkında yaptırılan güvenlik soruşturmasına ilişkin belge, davacının profesörlük kadrosuna atanmamasını kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri açısından haklı kılacak somut bilgi ve belgelere dayalı olmadığı cihetle, davalı idarece tesis edilen işlemde hukuka ayarlık bulunmamaktadır..."; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 86/255, K. 87/628, T. 16. 4. 1987, DD. 68-69, s. 401; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 87/628, K. 86/255, T. 16. 4. 1987; Somut gerekçe hususunda bir başka karar. Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/1207, K. 86/1018, T. 13. 10. 1986, DD. 66-67, s. 218: "...Davacının Ülkü Yolu üyesi olduğu, fakat adının siyasi bir amaçla herhangi bir olaya karışmadığı, ancak göreve atanmasının sakıncalı olduğunu bildiren yazısı üzerine atama işleminin yapılmadığı anlaşılmakta, yine bu soruşturma sonucu elde edilen bilgilerin somut olmadığı memuriyete engel bir hali bulunduğunun kanıtlanmadığı görülmektedir...".

Danıştay, vatandaşlığa kabul ve kamu görevine atanma istemlerinin reddi konusunda İdarenin takdir yetkisini oldukça geniş yorumlamaktadır⁷³.

Danıştay kararlarına baktığımızda, doğru biçimde, İdarenin gerekçe göstermesi yeterli bulunmamakta, bu gerekçenin gerçekte var olup olmadığının da araştırılacağı, eğer varlığı tespit edilirse, bu gerekçenin işlemi yapmaya yeterli bir gerekçe olarak kabulünün mümkün olup olmayacağı da irdelenmekte⁷⁴, İdarenin, gösterdiği gerekçenin gerçekte var olduğunu da ispatlaması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵.

⁷³ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/606, K. 86/986, T. 5. 10. 1986: "Davalı idarenin, davacının başvurusundan önce kuruma personel atanması ve bunun için sınav açılması konusunda herhangi bir girişimi olmadığı gibi davacının sınava kabul edilmemesi veya açılmış bir sınavı kazanmış olması hali de söz konusu değildir. Davacı, davalı idarede mimar olarak göreve başlamak için başvurmuş, bu başvuru incelenerek istek reddedilmiştir. İdarenin, kamu görevlisi atanması konusunda kendiliğinden harekete geçmeden, bu yoldaki istekleri inceleyerek aldığı karar ve işlemler kendi değerlendirme yetkisi içinde olup bu konuda yargı yolu ile zorlanması mümkün değildir..."; Danıştay Onuncu Dairesi E. 96/2993, K. 97/4168, T. 6. 11. 1997: "...Türk vatandaşlığına alınmak isteyenler, kanunda öngörülen şartları taşıyor olsalar bile vatandaşlığa alınıp alınmama hususu Bakanlar Kurulunun takdirine bağlıdır... 403 sayılı yasa ile idareye tanınan takdir yetkisi, devletin hükümlerlik hakkının bir sonucu olup: koşulları bulunan herkesin isteği halinde Türk vatandaşlığına mutlak şekilde kabul edilebileceği yolunda mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır...".

⁷⁴ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 74/280, K. 75/102, T. 4. 4. 1975, DD. 20-21, s. 226: "...(İ)dari takdir yetkisinin de idare yönünden mutlak bir serbestiyeti tazammun etmediği, yetki saptırması şeklinde tezahür edemeyeceği ve keyfilik sınırına varamıyacağı da aşıkardır. Nihayet, idare takdir yetkisi kapsamındaki tasarruflarında, belli sebepler göstererek işlem tesis ettiğinden, yargısal denetimin sebebin var olup olmadığı, var olması halinde, böyle bir işlem yapılmasının yeterli olup olmadığı üzerinde cereyan edeceği de tabiidir. Dava konusu olayda; idare davacıya izafe ettiği görevi kötüye kullanma ve ihmâl, kanunsuz, keyfi, verimsiz ve zararlı tasarruflarla kurumu yönetmesinin tahkikatlarla sabit olmasını görevden alma sebepleri olarak ileri sürdüğüne göre bu sebeplerin var olup olmadığını aramak zorunlu ve kaçınılmaz olacaktır..."; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 98/2342, K. 99/853, T. 7. 4. 1999: "Anılan madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlı olduğu ve takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli bir sebeplere dayanması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir... memur eylemlerine katılmak suçları nedeniyle hakkında...disiplin cezaları verildiği anlaşılmaktadır...görevinde başarısızlığı...ileri sürülmeyen ve sicilleri de olumlu olan davacının, ...bu eylemlerinin naklen atamaya da gerekçe alınması, atamanın cezalandırma amacı taşıdığını göstermekte olup söz konusu cezaların dava konusu işlemin sebep unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulunma(maktadır)..."; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 82/3227, K. 86/993, T. 8. 10. 1986, DD. 66-67, s. 217: "...Açıktan atama konusunda idarelerin takdir yetkileri var ise de; bu yetki mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlıdır. ...davacının öğretmen olarak atanmasının yasal koşullarını taşıdığı ihtilafsız olup; davacı hakkında ceza yargılaması yapılmasının ve sonuçta beraat kararı

Danıştay, İdarenin gösterdiği gerekçeleri denetlerken, İdarenin maddi olayı nitelendirmesini (tavsifi) de denetlemektedir. Örneğin Sıkıyönetim Komutanının istemi üzerine görevine son verilen davacının, daha sonra aynı komutanlıkça sakıncalı olmadığına karar verilerek tekrar göreve başlaması durumunda, idarenin açıktan atama nitelemesini görevden alma işleminin geri alınması olarak nitelendirmiştir⁷⁶.

b. Anayasal ilkelere aykırılık

İdarenin takdir yetkisine dayanarak yaptığı işlemlerin denetiminde, Danıştay'ın kullandığı ölçütlerden birisi de anayasal ilkelere aykırılıktır. İdare takdir yetkisini kullanırken, anayasal ilkelere uygun hareket etmek zorundadır. Şayet anayasal ilkelere aykırı davranılmış ise, takdir yetkisi hukuka aykırı kullanılmış olacak ve dolayısıyla işlem de hukuka aykırı hale gelecek demektir. Danıştay bu denetimi yaparken, anayasada yer alan *eşitlik, sosyal devlet, hukuk devleti ve demokratik yönetim* gibi ilkeleri kullanmaktadır.

Danıştay'ın, takdir yetkisini denetlerken kullandığı anayasal ilkelerin başında, eşitlik ilkesi gelmektedir. Örneğin, baro levhasına yazılırken avukat adaylarından alınacak ücret konusunda yasa Baroya takdir yetkisi vermiştir, Bora bu ücreti, ilk defa avukat olanlarla diğerleri için farklı belirlemiştir. Bu farklılık için makul ve objektif bir neden olmadığından bahisle eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁷⁷. Bir başka kararda, sözleşmeli personelin ücretlerini belirleyen Bakanlar Kurulu kararını iptal ederken anayasada yer alan sosyal

verilmesinin öğretmenliğe atanmasına engel kabul edilmesinin hiçbir hukuk ilkesi ile bağdaşması mümkün bulunmamaktadır...”.

75 Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 90/850, K. 89/490, T. 10. 9. 1990: “...İdarenin dava konusu işleminde gösterilen nedeninin, gerçekte var olduğunu kanıtlayıcı belgeleri göstermesi gerek(ir)...”. Karşılaştırmız. Danıştay Beşinci Dairesi, E. 1981/1410, K. 1984/587, T. 15. 2. 1984, DD. 56-57, s. 183: “...Görevine son verilen davacının görev yerindeki olumsuz tutum ve davranışlarının saptanması sebebiyle göreve devamında yarar görülmeyle görevine son verildiği anlaşıldığından, davacı hakkında tesis edilen işlemlerde mevzuata ve hizmetin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır...”.

76 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 86/1476, K. 88/1823, T. 7. 6. 1988, DD. 74-75, s. 254.

77 Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 75/913, K. 75/2876, T. 18. 11. 1975, DD. 22-23, s. 329: Baro levhasına kayıt ücretlerini, ilk defa avukat olanlarla diğerlerini farklı tarife bağlamıştır. “...Avukatlık Kanununun 81 inci maddesinin 2 inci bendinde, ...ilk defa avukatlık mesleğine giren kişilerle bunların dışında kalanlar bakımından farklı giriş keseneği tespitine olanak tanıyan açık ya da örtülü herhangi bir kural yer almamıştır. Öte yandan, idare hukuku ilkelerine göre, yasal ya da diğer düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, Anayasal ilke ve kurallarla da sınırlı bulunmaktadır. bu hukuki durum karşısında...giriş keseneklerinin farklı şekilde tespitini gerekli kılabacak haklı, makul ve objektif bir neden bulunmadığından...kararın Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı açıktır...”.

devlet ilkesine dayanılmıştır⁷⁸. Danıştay'ın 1988 tarihli bir kararında ise, hukuk devleti ve demokratik yönetim ilkelerine müracaat edilerek, İdarenin takdir yetkisi denetlenmiştir⁷⁹.

İdarenin takdir yetkisinin denetiminde, hukukun genel ilkelerinin de kullanılması mümkündür⁸⁰. Ancak Danıştay'ın takdir yetkisini denetlerken, hukukun genel ilkelerine doğrudan dayandığı bir karara rastlamadık. Ancak genel olarak hukukun genel ilkelerinden söz edildiği görülmektedir⁸¹.

c. Kanunun özel amacına aykırılık

78 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 91/3725, K. 92/1960, DD. 87, s. 304: "...Sözü geçen düzenlemelere göre, sözleşmeli personel ücretlerinin alt ve üst sınırlarını belirleme konusunda nihai karar yetkisinin Bakanlar kuruluna ait bulunduğu...belirlenen miktarların...1989 yılı ücretlerinden düşük düzeyde kaldığı dava dosyasının incelenmesinden anlaşılmıştır... Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin ...sosyal bir hukuk devleti olduğuna işaret edilmekte ve bu ilke ile Devletin... çalışan, çalıştığı halde karşılığını yeterince alamayan kişilere yardımcı olmasının amaçlandığı. ... Anayasanın 41. ve 55. maddeleri, aile huzur ve refahın sağlanması ve çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri almakla devleti yükümlü tutmakta. . Anayasanın sözü edilen hükümleri aynı zamanda çalışanların maaş ve ücretlerini saptayacak makamların, bu konuda sahip buldukları takdir yetkisinin kullanımında gözetmeleri gereken verileri de ortaya koymaktadır. . . önceki yıl ücretlerinden yüksek ya da en azından 1989 yılı düzeyinde saptanması sosyal devlet ilkesinin ve ücrette adalet sağlanmasının bir gereğidir...".

79 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 87/406, K. 88/704, T. 10. 3. 1988, DD. 72-73, s. 285: "...Bir kamu görevine açıktan atama yapmak konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu ve yargı kararıyla idarenin bu yetkiyi kullanmaya zorlanamayacağı açıktır. Ancak idarenin bu yetkiyi kullanması ve açıktan atama yapmak üzere gerekli işlemleri başlatması durumunda bu yetkinin kullanımının...yargı denetimine tabi olduğu konusunda duraksamaya yer yoktur... Güvenlik soruşturmasına ilişkin raporlarda yer alan bilgiler istihbari nitelik taşıdıklarından hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça bu raporların tek başlarına hukuki delil gücünde kabul edilmeleri ve ilgililer aleyhine kullanılmaları hukuk devleti ilkesine aykırı düşer. Öte yandan hukuk devletinde idarenin ve kişilerin hak ve yükümlülükleri, demokratik esaslara uygun olarak, objektif kriterler halinde ayrı ayrı belirlenmiş olup idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda şüpheye dayanarak işlemler tesis etmesi uygun ve doğru görülemez...".

80 YOKUŞ Sevtap, "Yönetsel Yargının Takdir Yetkisi Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", İBD, C. 72, S. 4-5-6, 1998, s. 322; BAYRAKTAR, agm. s. 276; ALAN, agm., s. 366.

81 Danıştay Onikinci Dairesi, E. 75/1111, K. 76/1401, T. 14. 6. 1976, DD. 26-27, s. 551: "...Anayasa'nın 21 inci maddesi herkesin bilim ve san'atı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu durumda, san'atın bir dalı olan tiyatrodan oynanan oyun kamu düzenini sarsacak veya bozacak nitelik taşımadıkça yasaklanamayacağı gibi, tiyatro binasının yasal bir dayanak ve suç niteliğinde bir kolluk olayı olmaksızın, sırf oynanan oyun nedeni ile kapatılması da anılan Anayasa hükmüne ve genel hukuk esaslarına aykırılık teşkil etmektedir...".

Kanunun işlemin sebebini göstermeyerek İdareye takdir yetkisi verdiği durumlarda Danıştay, kanunun amacını, yani kanun koyucunun o kanunun yapmaktaki amacını yorumlayarak bir sonuca ulaşmakta ve takdir yetkisini buna göre denetlemektedir. Örneğin, Sıkı Yönetim Komutanına, tiyatroları kontrol etmek ve gerektiğinde kapatmak gibi yetkiler veren 1402 sayılı kanunun 3. maddesine dayanılarak bir tiyatro binası kapatılmıştır. Danıştay bu yetkinin amacının kamu düzeninin ve genel güvenliğin korunması olduğunu ve ancak bu sebeple tiyatroların kapatılabileceğine hükmetmiştir⁸². Yine öğrenciler için yürürlüğe konulan af yasasının amacını yorumlayarak, işlemi hukuka aykırı bulmuştur⁸³.

d. Kamu yararı ve hizmetin gereklerine aykırılık

Bilindiği üzere, İdarenin nihai ve tek amacı “kamu yararını” gerçekleştirmektir⁸⁴. Buna idare hukukunun “*finalist*” niteliği de denilmektedir⁸⁵. Başka şekilde ifade etmek gerekirse, İdarenin yegane amacı kamu yararadır ve hiçbir eylem ve işlemi, bu amaç dışında olamaz. Bir idari tasarruf yapılırken, kamu yararı dışında bir amaç güdülmüş olması işlemi hukuka aykırı hale getirir. Takdir yetkisinin bulunduğu hallerde de İdare, kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygun davranmak zorundadır⁸⁶.

Danıştay’ın takdir yetkisini denetlerken beklide en fazla başvurduğu ölçüt, *kamu yararı ve hizmetin gerekleri ölçütüdür*. Aşağıda vereceğimiz örneklerde görüleceği üzere Danıştay bu iki kavramı birbirini tamamlar şekilde

⁸² Danıştay Onikinci Dairesi, E. 75/1111, K. 76/1401, T. 14. 6. 1976, DD. 26-27, s. 551: “...1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3 üncü maddesi sıkıyönetim komutanının sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik ve kamu düzeninin korumak ve sağlamakla görevli ve gerektiğinde çeşitli tedbirler almağa yetkili olduğunu belirttikten sonra (İ) bendinde, tiyatroları kontrol etmek, kapatmak... niteliğinde önlemler alabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak alınan tedbir maddede belirtildiği üzere genel güvenlik ve kamu düzeninin bozulması halinde bunu korumak amacına yönelik olmalıdır. Yukarıda değinildiği üzere anılan oyun nedeniyle kamu düzeninin bozulduğunu gösterir herhangi bir kanıtı idare dayanmamaktadır. Bu haliyle kamu düzeni ve genel güvenlik düşüncesiyle de tedbir alınmasına gerek bulunmamaktadır...”.

⁸³ Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 76/5286, K. 77/6093, T14. 11. 1977, DD. 30-31, s. 301: “... (O)kulun II. sınıfına kaydı yapılan davacının öğrenim süresi hesaplanırken, önceki öğrenimiyle ilgili yılların da dikkate alınması anılan Af yasasıyla güdülen herhangi bir nedenle ilişkisi kesilmiş öğrencilerin öğrenimlerini tamamlamaları amacına ve hukuki bir gerçek olan affın taşıdığı içerik ve anlama uygun düşmez. Aksine bir anlayış, 1803 sayılı Yasanın bazı öğrenciler için uygulanmaması sonucunu doğurur ki, bu da yasanın konusuna ve yasaların genellik ve eşit uygulanması ilkesiyle bağdaştırılamaz...”.

⁸⁴ GÜNDAY, age., s. 16, 28.

⁸⁵ ÖZAY, Günışığında, s. 322.

⁸⁶ GİRİTLİ/BILGEN/AKGÜNER, age., s. 71.

birlikte kullanmaktadır. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki, Danıştay, kamu yararı ve hizmetin gereklerini her somut olayda ayrı ayrı belirlemeye çalışmaktadır. Bütün durumlar için geçerli bir kamu yararı ve hizmetin gerekleri formülüne yönelmemektedir.

Danıştay'ın bu konudaki kararlarına baktığımızda, kamu yararı ve hizmetin gerekleri ölçütü uygulanırken, işlemin gerekçesinden yola çıkılmakta yani idari işlemin sebep unsuru incelenerek işlemin kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygun olup olmadığı denetlenmeye çalışılmaktadır⁸⁷. Bir başka husus da, Danıştay, kamu yararı ve hizmetin gerekleri kavramlarını, İdarenin takdir yetkisinin bir sınırı olarak kullanmaktadır. İdarenin takdir yetkisinin olduğunu belirledikten sonra, bu yetkinin mutlak olmadığını, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı çerçevesi içinde kullanması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸.

Araştırma görevlisinin atama süresi ile ilgili 1988 tarihli bir kararda, hizmetin gerekleri ve kamu yararı kavramını kullanarak işlem iptal edilmiştir. 2547 sayılı Kanununun 33. maddesinde, araştırma görevlilerinin her defasında en çok ikişer yılına atanabileceği düzenlenmiştir. Rektörlük ise bir araştırma görevlisini 6 aylığına atamıştır. Burada hizmetin gerekleri ve dolayısıyla kamu yararının, atamada eğitim öğretim süresinin dikkate alınması ile gerçekleştirilebileceğini, bu gözlemlenmeden yapılan işlemin hukuka aykırı ola-

⁸⁷ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 86/1087, K. 87/605, T. 15. 14. 1987, DD. 68-69, s. 392: "...İdari işlemlerin amacı kamu yararı olduğuna göre, bu amaca yönelik olmayan işlemlerin maksat yönünden yasaya aykırı olacağı tartışmasızdır... söz konusu soruşturma dosyalarında ulaştığı sonuç ve kanaatten ve yaptığı öneriden dolayı kusurlu görülmesi ve bu hususların müfettişlik görevinden alınmak için sebep olarak ileri sürülmesini hukuken geçerli bir neden olarak kabul etmek mümkün olmayacağı gibi, davalı idarece dava konusu işleme mesnet olarak ileri sürülen diğer tüm iddiaların da davacının müfettişlikten alınmasını gerektirecek nitelikte olmadığı sonucuna varılmıştır..."; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 97/3115, K. 2000/364, T. 2. 2. 2000: "...Anılan madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin kullanımının kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlı olduğu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir ...bu maddeyle tanınan takdir yetkisinin hukuka uygun biçimde ve kamu yararı amacı güdülerek kullanıldığını kanıtlayacak hiçbir somut olay ve neden gösterilmediği anlaşılmıştır... görevinde başarısızlığı kanıtlanmadan veya kamu yararı ve hizmetin gerekleri yönünden bu görevden alınmasını gerekli kılacak herhangi bir neden de gösterilmeden davacının sözü edilen görevden alınmasına ilişkin işlemde sebep ve maksat yönlerinden hukuka uyarlık görülmemiştir. . . ."

⁸⁸ Danıştay Beşinci Dairesi, 87/199, K. 88/2806, T. 30. 11. 1988, DD. 74-75, s. 283: "...bu yetkinin kullanılmasının keyfi ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlı olduğu..."; Danıştay Beşinci Dairesi, E. 86/1087, K. 87/605, T. 15. 14. 1987, DD. 68-69, s. 392: "...idareye tanınan takdir yetkisi kesin ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlıdır...".

cağına karar vermiştir⁸⁹. Ancak yine 2547 sayılı Kanunun 33. maddesinde düzenlenen öğretim görevlisinin atanması konusunda ise, tam tersi bir yaklaşım ortaya konulmuştur⁹⁰.

Hukukumuzda en fazla uyuşmazlık çıkan konulardan birisi de, kamu görevlilerinin naklen atanmalarında İdareye takdir yetkisi veren 657 sayılı kanunun 76. maddesidir. Danıştay, bu yasa hükmünün uygulanmasında naklen atama konusunda idareye takdir yetkisi verildiğini ve bunun için de yasada hiçbir sebep gösterilmediğini dolayısıyla, kamu yararı ve hizmetin gerekleri sınırları içinde kalmak kaydıyla, herhangi bir sebeple naklen atama yapılabileceğini söylemektedir⁹¹. İfade ettiğimiz gibi, İdareye tanınan bu yetkinin mutlaka kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun olması, kamu görevlisinin önceki görevinden alınmasına yeterli bir sebebin, gerekçenin varlığı

⁸⁹ Danıştay Beşinci Dairesi, 87/199, K. 88/2806, T. 30. 11. 1988, DD. 74-75, s. 283 (Onama kararı) : "...İdare her ne kadar 2547 sayılı Kanunun ilgili maddeleri uyarınca Rektörün takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin kamu hizmetleri gereğince kullanıldığını ileri sürmekteyse de tanınan bu yetkinin kullanılmasının keyfi ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlı olduğu idari işlemlerin yargısal denetiminde idarenin hizmetin gereği ve kamu yararı açısından ciddi ve geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığının araştırılması gerektiği idari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olmasının idare hukukunun temel kuralı olduğu, araştırma görevlilerinin 2547 sayılı yasa da belirlenen ve kendilerinden beklenen görevleri yerine getirebilmeleri ve bu hizmetin aksamadan verilmesi ve etkin biçimde yürütülebilmesinin makul ve belirli bir süreyi ve istikrarlı bir çalışmayı gerektirdiği, anılan yasadaki araştırma görevlilerinin görev sürelerinin idarenin takdir yetkisi ile sınırlanarak zaman dilimlerine bölünerek kullanılmasının mümkün olmadığı, bu sürenin saptanmasında bir eğitim ve öğretim döneminin dikkate alınmasının hizmetin gereği ve kamu yararı gereği (dir)..."

⁹⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 93/65, K. 93/203, T. 11. 6. 1993: "...2547 sayılı yasanın...31 inci maddesinde, öğretim görevlilerinin, en çok iki yıl süreyle atanmalarının yapılabileceği hükmüne yer verilirken, görev süresinin atamada idareye takdir yetkisinin tanındığı ve üst sınırın iki yıl ile belirlendiği görülmektedir. Görev süresinin ne kadar olacağı konusunda idareye tanınan takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde ve görev süresinin iki yıl olarak uzatılması gerekliliğini ortaya koyarak, başka deyişle, bu süreyi bizzat saptamak suretiyle verilen idare mahkemesi kararında, Anayasanın 125/4 ve 2577 sayılı Yasanın 2/2 nci maddesine uyarlık görülmediği gibi, ...davacının görev süresinin 6 ay süreyle uzatılmasında, idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullandığı sonucuna da varılamamaktadır..."

⁹¹ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/913, K. 87/1070, DD. 68-69, s. 394: "...Yasa hükmünden anlaşılacağı üzere, idare kamu görevlilerinin görev yerlerini değiştirme konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. yasa bu konuda alınacak kararlar ve uygulanacak işlemler için herhangi bir sebep ve usul öngörmediğine göre yetkili makam kamu görevlisinin yerini, kamu yararı ve hizmetin gerekleri içinde kalmak kaydıyla, herhangi bir sebeple değiştirebileceği gibi, gereken hallerde ilgili hakkında yaptıracağı soruşturma sonucunu değerlendirerek de bu yetkisini kullanabilir..."

Danıştay'ın titizlikle üzerinde durduğu bir husustur⁹². Bir müfettiş, soruşturma dosyasındaki görüş ve kanaatleri gerekçe gösterilerek müfettişlik görevinden alınır. Danıştay, bu gerekçenin, ilgilinin görevden alınması için yeterli bir sebep olamayacağına ve dolayısıyla işlemin kamu yararı ve hizmetin gereklerine aykırı olduğuna karar vermiştir⁹³.

Öğretide boş bir kadroya ilk atamadaki takdir yetkisinin sınırı ile görevden alma ve naklen atamalarda takdir yetkisinin sınırının aynı olamayacağı ifade edilmektedir⁹⁴. Danıştay da konuya bu şekilde yaklaşmaktadır. Boş bir kadroya ilk atamada İdarenin takdir yetkisinin sınırının daha geniş olduğunu⁹⁵, buna karşın görevden alma ve naklen atamalarda takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlı olduğunu, ve bu işlemi haklı kıla- cık gerekçelerin ortaya konması gerektiğini belirtmektedir⁹⁶.

92 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 97/3115, K. 2000/364, T. 2. 2. 2000: "...Amlan madde ile (657 sayılı kanunun 76. maddesi) memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin kullanımının kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlı olduğu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir...bu maddeyle tanınan takdir yetkisinin hukuka uygun biçimde ve kamu yararı amacı güdüle- rek kullanıldığını kanıtlayacak hiçbir somut olay ve neden gösterilmediği anlaşılmıştır... görevinde başarısızlığı kanıtlanmadan veya kamu yararı ve hizmetin gerekleri yönünden bu görevden alınmasını gerekli kılacak herhangi bir neden de gösterilmeden davacının sözü edilen görevden alınmasına ilişkin işlemde sebep ve maksat yönlerinden hukuka u- yarlık görülmemiştir. . .".

93 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 86/1087, K. 87/605, T. 15. 14. 1987, DD. 68-69, s. 392: "...(M)adde ile idareye tanınan takdir yetkisi kesin ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlıdır. İdari işlemlerin amacı kamu yararı olduğuna göre, bu a- maca yönelik olmayan işlemlerin maksat yönünden yasaya aykırı olacağı tartışmasızdır... söz konusu soruşturma dosyalarında ulaştığı sonuç ve kanaatten ve yaptığı öneriden do- layı kusurlu görülmesi ve bu hususların müfettişlik görevinden alınmak için sebep olarak ileri sürülmesini hukuken geçerli bir neden olarak kabul etmek mümkün olmayacağı gibi, davalı idarece dava konusu işleme mesnet olarak ileri sürülen diğer tüm iddiaların da da- vacının müfettişlikten alınmasını gerektirecek nitelikte olmadığı sonucuna varılmıştır...".

94 ÖZAY, Günışığında, s. 378.

95 Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/606, K. 86/986, T. 5. 10. 1986: "Davalı idarenin, davacı- nın başvurusundan önce kuruma personel atanması ve bunun için sınav açılması konu- sunda herhangi bir girişimi olmadığı gibi davacının sınava kabul edilmemesi veya açılmış bir sınavı kazanmış olması hali de söz konusu değildir. Davacı, davalı idarede mimar ola- rak göreve başlamak için başvurmuş, bu başvuru incelenerek istek reddedilmiştir. İdare- nin, kamu görevlisi atanması konusunda kendiliğinden harekete geçmeden, bu yoldaki is- tekleri inceleyerek aldığı karar ve işlemler kendi değerlendirme yetkisi içinde olup bu konuda yargı yolu ile zorlanması mümkün değildir...".

96 Danıştay Altıncı Dairesi, E. 65/4432, K. 70/2704, T. 22. 10. 1970, ESİN Yüksel, Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları, Ankara 1973, s. 344: "...440 sayılı yasanın 10 uncu maddesi incelendiğinde, ...genel müdürü ve yönetim kurulu başkanının atanma ve görevden alma işlemlerinin idari takdir yetkisine dayalı olarak yapılan işlemler olduğu

Yukarıda bağlı yetki ile takdir yetkisinin bir arada bulunabileceğini ifade etmiştik. Danıştay'ın 1987 tarihli bir kararında bu husus gündeme gelmiş, bağlı yetki açısından da takdir yetkisi açısından da işlemi hukuka uygun bulmuştur⁹⁷.

e. Açık hata

İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde kullanılan bir başka ölçüt de *açık hatadır*. Danıştay açık hata kavramını bir de idari işlemin geri alınmasında kullanmaktadır⁹⁸. Danıştay açık hatayı tanımlamamakta, sadece olaya göre açık hatanın varlığını saptama yoluna gitmektedir⁹⁹. Öğretide, açık hatanın tanımı konusunda pek fazla durulmamıştır. ALAN, açık hatayı, "takdir yetkisi içinde alınan işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin hemen

anlaşılmaktadır... idari takdir yetkisinin de idare yönünden mutlak ve sınırsız bir serbestiyi tazammun etmediği ve bu yetkinin ancak kamu yararına ve kamu hizmetinin en etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla kullanılabilmesi, yetki saptırması şeklinde tezahür edemeyeceği ve keyfilik sınırına varamayacağı da aşıkardır. Nihayet, idare takdir yetkisi kapsamındaki tasarruflarında, belli sebepler göstererek işlem yaptığında, yargısal denetimin bu sebepler var olup olmadığı, var olması halinde, böyle bir işlem yapılmasına yeterli olup olmadığı üzerinde cereyan edeceği de tabiidir... Açıklanan nedenlerle idarece ileri sürülen görevden alma sebeplerinin varit olmadığı sonucuna varıldığından davacının... başkanlığı görevinden alınmasına... ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptaline...".

⁹⁷ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 87/2249, K. 87/1231, T. 8. 10. 1987, DD. 70-71, s. 245: "...Anılan maddede üst üste iki defa olumsuz sicil alan memurun başka bir sicil amirinin emrine atanması emredici bir kural, idarenin bağlı yetki içinde olduğu bir durum olarak düzenlenmiştir. Bağlayıcılık yasada belirtilen koşulun gerçekleşmesi halinde başka bir sicil amirinin emrine atanma hususunda olup, ilgilinin hangi sicil amirinin emrine ve hangi unvanla atanacağı konusu ise, idarenin takdir yetkisi içinde yer almaktadır. İdarenin takdir yetkisi içinde aldığı işlemlerde, idari yargı denetimi ise, işlemin kamu yararı ve hizmetin amacına uygun olarak tesis edilip edilmediği araştırılmak suretiyle yapılacaktır... Atandığı yer ve görev unvanı itibarıyla aldığı disiplin cezaları ve hakkında yapılan soruşturma sonucuna göre, idarece takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gereği amacına uygun olarak kullanıldığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır...".

⁹⁸ DİBK., E. 68/8, K. 73/17, T. 22. 12. 1973, RG. 14. 6. 1973-14915: "...2. İdarenin yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi halinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi ve intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabilir..."; Danıştay 8. D., E. 79/3251, K. 81/564, T. 2. 2. 1981, DD. 44-45, s. 415: "...İdare hukuku ilkelerine göre idare, kanuna ve hukuka açıkça aykırı işlemini bir süre koşuluna bağlı olmaksızın her zaman geri alabilir...".

⁹⁹ Danıştay 6. D., E. 91/749, K. 91/2306, T. 6. 11. 1991, DD. 84-85, s. 416: "...(İ)darenin mahkeme kararının kamuoyuna duyurulması tarihinden itibaren Anayasaya aykırı bulunan bir yasa hükmüne dayanarak hak doğurucu bir işlem tesis etmemesi gerekirken, aksine bir davranışla inşaat ruhsatı düzenlemiş olması nedeniyle işlemde açık hata olduğu kuşkusuzdur...".

fark edilebilen tercih hatasıdır” şeklinde tanımlamaktadır¹⁰⁰. Kanunun açıkça yasakladığı bir işin yapılması ve açıkça emrettiği bir işin yapılmamasını açık hata olarak tanımlayabiliriz¹⁰¹. Başka bir ifade ile, kanunun herkes tarafından anlaşılabilir kadar açık olan hükmüne aykırı şekilde davranılması açık hata halini oluşturur.

Örneğin Gökova kararında, termik santral yapımı için yer seçimi konusunda idarenin takdir yetkisi olduğunu vurguladıktan sonra, bu takdir yetkisinin kullanımında “açık bir hata saptanamamıştır” şeklinde bir ifade kullanılmıştır¹⁰². Yine bir başka kararda, Milli Eğitim Bakanlığında 12 yıl daire müdürlüğü yaptıktan sonra kültür müdür yardımcılığına atama işleminde açık hata bulunduğu karar verilmiştir¹⁰³.

Kamu görevliliğine atama işleminde, ilgilinin gerekli bütün şartları taşımasına rağmen, atamasının yapılmaması açık hata olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁴.

Danıştay kararlarında açık hata ile ilgili kullanılan bir kavram da ağır takdir hatasıdır. Bu kavramın da bir tanımı yapılmaksızın sadece, takdirde ağır hata yapıp yapılmadığının tespiti ile yetinilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰⁰ ALAN, agm., s. 54.

¹⁰¹ ÇAĞLAYAN Ramazan “İdari işlemin Geri Alınması Üzerine”, AÜEHFD, C. IV, sy. 1-2, 2000.

¹⁰² Danıştay Onuncu Dairesi, E. 85/2739, K. 86/1451, T. 24. 6. 1986, AİD, C. 19, S. 3, s. 150 vd.

¹⁰³ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 98/2282, K. 99/1682, T. 24. 5. 1999: “İdarenin boş bulunan bir kadroya atama yapma konusunda takdir yetkisi var ise de; davacının Milli Eğitim Bakanlığında 12 yıl daire başkanlığı yaptığı dikkate alındığında, ...kültür müdür yardımcılığına atanmasında atandığı görev ve unvan bakımından takdirde açık hata bulun(maktadır)...”.

¹⁰⁴ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 80/492, K. 84/2185, T. 10. 5. 1984, Doçentlik kadrosu ilanı, müracaat, jüriden olumlu görüş, hiçbir neden göstermeden atamama “...İdari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerektiği hususu idare hukukunun temel bir kuralıdır. Ayrıca işleminde sebep gösterilmesinde yasal bir zorunluluk gösterilmese dahi, 2577 sayılı ...Kanunun 20. maddesine göre, ihtilaf konusunun çözümlenebilmesi ve sağlıklı bir karar verilebilmesi için idare gerekli bilgileri ve işlemin dayanağını mahkemeye bildirmekle mükelleftir. Dava konusu uyuşmazlıkta ise, davacının doçent kadrosuna atanabilmesi için kanuni her türlü şartları haiz olduğu değerlendirme jürisince belirtildiği ve bu kadroya atanması teklif edildiği halde, idare tesis ettiği doçentlik kadrosuna atamama işleminin dayanağını açıklayamamaktadır. Davacının...doçentlik kadrosuna atanması konusundaki isteğinin, usule ya da esasa ilişkin hiçbir neden gösterilmeden reddi yolundaki...kararında, yasanın verdiği takdir yetkisinin kullanılmasında açık hata yapıldığı ortaya çıkmaktadır...”.

¹⁰⁵ Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 87/303, K. 88/855, T. 14. 11. 1988, DD. 74-75, s. 515: (Danıştay Savcısının Görüşü) “...Lokanta içindeki pide fırınının bacasına kurum tutucu takılmasına gerek bulunup bulunmadığı hususu, teknik bir konu olup idarenin takdir alanına giren bir hu-

II. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI

2577 İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/2. maddesinde, idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez hükmü, yanında “*idari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar*” şeklinde bir hüküm daha bulunmaktadır. Bu yerindelik kavramı, kavramın muğlaklığından olmalı ki, 1982 Anayasasının 125/4. maddesinde yer verilmemiştir. Bu durumun anayasaya aykırılık teşkil edeceği hususuna dikkat çekilmektedir¹⁰⁶.

Görüldüğü gibi yasada *yerindelik* kavramının ne anlama geldiği açıklanmamaktadır. Dolayısıyla bu kavramın içeriğinin doldurulması öğreti ve içtihatlarla kalmaktadır. Yerindelik kavramı açıklanmaya çalışılırken de onunla yakın ilişki içinde olan, hatta bazen iç içe giren takdir yetkisi ile birlikte ele alınmaktadır.

Öğretide yerindelik kavramının ne anlama geldiği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yerindelik kavramı, takdir yetkisinden ayrı bir kavramdır. Bu yaklaşıma göre, takdir yetkisi, işlemde bağımsız, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Yerindelik ise, işlemlerle ortaya çıkan, süreklilik arz eden bir durumu belirtir¹⁰⁷. Yerindelik alanı, tamamen takdir alanının içine sokulamaz¹⁰⁸. Takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda mutlaka yerindelik

sustur. Nitekim teknik bilirkişiler dahi yaptıkları inceleme sonucu düzenledikleri raporda, yakıtın cinsi, fırının kapasitesi ve çevredeki hava kirliliği nazara alındığında kurum tutucu takılmasına gerek bulunmadığını belirtmişlerdir. İdarenin takdir hakkına giren ve kurum tutucu takılması gerekip gerekmiyeceği hususunun tartışmalı bir durumda ve ortada olduğu bir konuda idarenin ağır ve önemli bir takdir hatası yapıldığından söz edilemez...”

¹⁰⁶ AZRAK, İdari yargı denetiminin sınırı. . . , s. 28.

¹⁰⁷ AZRAK, İdari yargı denetiminin, s. 27: “Bizce de bu iki kavram arasındaki fark gözden kaçırılmamalı. Gerçekten, takdir yetkisi yapılan idari işlemde bağımsız olup işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Oysa yerindelik, yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, az çok süreklilik arz eden bir durumu belirtir. Bu durum, idari işlemin yarattığı sonucun, kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibarettir”.

¹⁰⁸ YAYLA, Takdir yetkisi, s. 207, 208. Yazar bunu ifade etmekle birlikte, takdir yetkisinin, yerindelik alanına inhisar ettiğini de belirtmektedir. “Takdir yetkisi, yerindelik (oportunité) sahasına inhisar eder. Gerçekten yerindeliliğin tespiti faal idareyi ilgilendiren bir husustur. Bununla beraber yerindelik alanının tamamen takdir yetkisi içine sokulması kanaatimizce doğru olmaz...Bizce yerindelik alanı bir bütün değildir. Bu bakımdan birden fazla unsurdan meydana gelen bu alanın zaman zaman bazı unsurlarına müdahale edilmesi tamamen kalkması anlamına gelmez... Şu halde, takdir yetkisi alanını daha doğru bir şekilde belirtmek istersek diyebiliriz ki bu, tamamen veya kısmen yerindelik alanına inhisar eder”.

söz konusudur denemez. İşlemin konu unsurunda idareye bir seçim ya da tercih olanağı verdiğinde, bu da harekete geçme zamanının belirlenmesinde, yapılacak işlemin tercih edilmesinde yerindelik söz konusu olur¹⁰⁹. Kısaca yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetiminin dışında kalan kısmıdır ve yargı denetimi dışındadır¹¹⁰.

Diğer bir görüşe göre, yerindelik kavramı-takdir yetkisi ayırımı yapılamaz. Böyle bir ayırım yapılırsa, yerindelik alanının yargısal denetime tabi olmayacağı kabulü anlamına gelir ki bu da işlemi tamamen takdiri işlem şekline sokar, buna hukuk devletinde cevaz verilemez¹¹¹. Yerindelik, takdir yetkisi alanında cereyan eder. Takdir yetkisi yerindelik alanlarında bulunur¹¹². Başka bir ifade ile, İdarenin takdir yetkisi varsa, ancak o zaman yerindelik tartışması yapılabilir¹¹³.

¹⁰⁹ ALAN, Türk idari yargısında, s. 53-54: "İdare mahkemesi yargıcı, yerindelik yargıcı değil, yasallık yargıcısıdır; takdir yetkisinin icrasını değil idari faaliyetin yasallığını denetler. Eğer idarenin seçimini denetlerse, yasaya saygı sağlamakla görevli yargıç rolünü bırakmış ve kendisini hiyerarşik amir durumuna koymuş olur s. 49)... yerindelik alanı takdir yetkisi alanı içinde yer alıyor; verilen yetkinin genişliğine göre de bazen takdir yetkisi ile özdeşleşiyor. Bu alan kural olarak idareciye ait, zorunluluk olmadıkça yargıç bu alana girmiyor, burada denetleme yapmıyor... bazı yazarlar takdir yetkisi ile yerindelik alanını eş anlamlı kullanıyorlar. Kanımca takdir yetkisi olduğunda mutlaka bir yerindelik alanı vardır diye düşünmemek lazım. Takdir yetkisi sebeple ilgili olduğu zaman genellikle bir değerlendirme, bir nitelendirme yetkisi olarak görülüyor ve bu varsayımlarda idari yargı denetimi yoğunlaşıyor; bu yetki işlemin konu unsuru ile ilgili olduğunda, idareciye bir seçim ya da tercih olanağı verdiğinde yerindelik alanı daha net olarak görülüyor".

¹¹⁰ OYTAN, agm., s. 156 : "Takdir yetkisinin... hukuka uygunluk denetiminin dışında kalan kısmı, idarenin denetime tabi olmayan serbest hareket alanıdır, yerindelik alanıdır. Yerindelik bir idari işlemin yapılmasında zaman, mekan, hal ve şartların icaplarına göre, idari gerekler uyarınca davranmaktır, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmayan bölümüdür... İdari yargıç, bir idari işlemi, hukuka aykırı olmadıkça, sadece yerinde ve yararlı olmadığı için asla iptal edemez.. bu alanda yapılan idari işlem, yerinde olabilir veya olmayabilir, yani mutlu veya bedbaht bir şekilde sonuç verebilir".

¹¹¹ AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği", AİD, C. 23, S. 1, s. 9: "Takdir ve yerindelik alanları ayırımı yapılması, birincinin hukuk kurallarının yönetime tanıdığı serbest alan, ikincinin hukuk kuralları ile düzenlenmediği için denetlenemeyen alan olarak kabulü anlamına gelmektedir... Yerindelik, hiç denetlenememe ya da tümüyle takdiri işlem anlamına gelmektedir. Bu nedenle reddi gerekir".

¹¹² GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, age., s. 75: "Takdir yetkisi kendini "yerindelik-opportunité" alanında gösterir. Yerindeliğin saptanması ve takdir edilmesi, İdari Yargı Mercilerine aittir. Başka bir anlatımla, İdarenin takdir yetkisi yerindelik alanlarında vardır".

¹¹³ YENİCE/ESİN, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 213: "Bir idari faaliyette İdareye takdir yetkisi tanınmışsa, ancak o zaman getirilen çözümün uygunluğu, yani yerindeliği tartışılabilir. Ortada bağlı yetki varsa, İdare ancak saptanmış yasal koşullar içinde karar verebileceğinden, yerindelik üzerinde durma olasılığı yoktur".

Bütün bunlardan sonra, yerindelik denetimi yasağının kapsamına nelerin girdiği öğretide şu şekilde belirlenmektedir¹¹⁴.

- Maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi.
- Belli bir yönde hareket edip etmeme serbestliği.
- Harekete geçme yer ve zamanının saptanması serbestliği.
- Kullanılacak yöntem, araç ve gerecin seçimi serbestliği.

Danıştay da yerindelik denetimi yasağı konusunda, öğretideki yaklaşıma uygun bir çözüm aramaktadır. 1986 tarihli bir kararında, takdir yetkisi ile yerindelik arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışmıştır. Bu kararda, hukukilik denetimi yapıldıktan sonraki alanın yerindelik alanına girdiği tespiti yapılmıştır.

"...Madde metninde açıkça ifade edildiği gibi, atanma süresi sonunda görevi kendiliğinden sona eren araştırma görevlisinin yeniden atanması hususunda idareyi takdir yetkisi tanınmıştır... Yargı yerince, idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin bağlı yetki ya da takdir yetkisi içinde alınan işlemler arasında bir ayırım yapılmaksızın işlemin beş unsuru üzerinde yürütüleceği yukarıda belirtilen 2. maddede (İYUK m. 2) açıkça ifade edilmiştir. Bu unsurlar sırasıyla yetki, şekil, sebep konu ve maksat unsurları olup, maksat unsuru yönünden denetimin içinde ise, idarenin takdir yetkisi içinde yer alan hususlarda kamu yararı, hizmetin gerekleri yönünden yasanın aradığı amaca uygun ilkelerle hareket edilip edilmediği hususu yer almaktadır. Bütün bu unsurlar açısından hukuka uygunluk denetimi yapıldıktan ve işlem hukuka uygun görüldükten sonra, idari yargının denetim alanının dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup, örneğin aynı hukuki durumda olan kişiler için bir idari işlem yaparken idarenin tercihini şu veya bu kişi lehine kullanması ile ilgili veya idarelerin yerine geçerek idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesidir..."¹¹⁵.

Kararda, yerindelik alanına ilişkin verilen örnek iki seçenekten birinin tercih edilmesidir. Oysa bu yerindelik alanına girmez. İdare, tercihini neden

¹¹⁴ YAYLA, Takdir yetkisi, s. 207, 208; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, age., s. 75; ALAN, Türk idari yargısında, s. 53-54; ALAN, Konu unsuru bakımından, s. 341-342; OYTAN, agm., s. 156; DURAN, İdari işlem niteliğinde (I), s. 8: "Yerindelik kavramı, işlemin her hangi bir unsuruna indirgenemeyecek ya da bağlanamayacak olan, bunların dışında kalıp bütününlü etkileyen hususlardan oluşmakta ya da kaynaklanmaktadır. Örneğin, idarenin bir işlemi veya eylemi yapıp yapmamakta tamamen muhayyer olması; gerçekleştirmek durumunda ise, bunun zamanını ve yerini belirlemekte serbest bırakılması; bunu somutlaştırmak için kullanacağı yöntem, araç ve gereçleri seçmekte özgür olması hallerinde yerindelik değerlendirmesi söz konusu olabilir".

¹¹⁵ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/596, K. 86/1084, T. 23. 10. 1986, DD. 66-67, s. 255.

biri lehine kullandığını, yani seçtiği kişiyi, neden tercih ettiğinin somut gerekçelerini yargı yerine açıklamak durumundadır. 1987 tarihli bir kararda bu durum doğru biçimde ortaya konmuştur. Söz konusu kararda, iki durumdan birini neden tercih ettiğinin hukuka uygun olup olmadığının araştırılacağı, fakat birini tercih yönünde idarenin zorlanmasının yerindelik alanına gireceği belirtilmiştir¹¹⁶.

Bir başka kararda, bir işlemin idarenin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun oluşması halinin yerindelik alanına girilmesi anlamına geleceği ifade edilmiştir¹¹⁷. Bu tanıma göre yerindeliliğin özelliği, *idarenin işleyiş zorunluluğundan kaynaklanması ve nesnel değerlendirme olanağı bulunmamasıdır*. Bu özelliğin kabulü pek

¹¹⁶ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 87/2389, K. 87/1620, T. 23. 11. 1987, DD. 70-71, s. 255: "...İdari faaliyetlerin temel ve ortam amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. İdarenin bu amacı gerçekleştirmek için yapacağı işlem ve eylemlerin türünü, zamanının ve yöntemini belirlemekte sahip olduğu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ve... yargı denetimine tabi bulunduğu doktrinin üzerinde birleştiği ve yargısal içtihatlarla da belirginleştirilmiş bir husustur...Anayasanın 125. maddesi...ve 2577 sayılı...kanunun 2. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural aynı zamanda idarenin, takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş bulunmaktadır. başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumlarda idari yargı organlarının yapacağı denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanmasıyla sınırlı olup, idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da muayyen bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılabilecek biçimde yargı kararı vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde, hukuka uygunluk sınırını aşarak, yerindelik denetimine girmeleri Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuk ilkeleriyle bağdaştırılmaz...Atamaya esas alınması gerekli unsurlar açısından eşdeğer durumda olan bu kişiler arasından birisinin tercihi idarenin takdir yetkisi içine girmektedir. İdari yargı organının, eşdeğer durumda oldukları dikkate alınmaksızın ve idari takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde bu kişiler arasından başka birisinin tercihi gerektiği yolunda karar vermesi, yerindelik denetimine yol açacağı cihetle yukarıda sözü edilen Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuk ilkeleriyle bağdaşmaz..."

¹¹⁷ Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 86/683, K. 87/371, T. 24. 9. 1987, DD. 70-71, s. 436: "... Yasada İdare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacakları belirtilmiştir. İdare işlemlerine karşı yerindelik denetiminin söz konusu olabilmesi için, bir işlemin idarenin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun oluşması gerekir. Oysa burada yakınılan avukatın işlediği öne sürülen eylemlerin, suç olup olmadığı ve yakınılan bu eylemlerle ilişkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin emarelerin saptanması, idarece nesnel olarak değerlendirilebilecek niteliktedir..."

mümkün değildir. Zira bu durum, hukuk devletinde, İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukukun içinde cereyan etmesi ilkesi ile bağdaşmaz¹¹⁸.

Bütün bu açıklamalardan sonra, yerindelik alanını şu şekilde belirleyebiliriz. İdarenin bir eylem ve işlemi yapıp yapmamakta serbest olması durumunda, neden yaptığının veya yapmadığının denetlenmesi. Örneğin, kamu hizmetinin yürütülmesi için, kaç kamu görevlisi gerekir, yeni kadro ihdas edilip edilmemesi, kadrolara kamu görevlisi alınıp alınmayacağına karar verilmesi yerindelik alanına girer¹¹⁹.

Harekete geçme zaman ve yerinin belirlenmesi. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek için faaliyetlerde bulunmaktadır. Ne zaman harekete geçerse ve hangi yerde faaliyette bulunursa kamu yararı daha iyi gerçekleşmiş olur, bunun takdiri yerindelik alanına girer. Kamu yararının gerçekleşmesi için kullanacağı araç ve gerecin ve yöntemin seçimi de yerindelik alanına girmektedir.

Buraya kadar ki açıklamalardan görüleceği gibi, takdir alanı ile yerindelik alanını tamamen birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bu iki kavramın kesiştiği, hatta üst üste geldiği durumlar vardır ki, böyle bir durumda idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı, o işlemin yerindeliliğinin incelenmesi ile mümkün olabilir¹²⁰. Özellikle kolluk yetkilerinin kullanılmasında, temel hak ve özgürlükler ile gerçekleştirilmek istenen kamu yararı (kamu düzeninin sağlanması) arasında bir denge kurulması zorunludur. Bu yüzden kolluk yetkileri, sadece amaç, konu ve sebep yönlerinden değil, zaman ve yer hatta mevsimlere göre değişkenlik gösterip, sınırlandırılması gerekmektedir¹²¹. Bu bakımdan, kolluk yetkilerinin kullanılmasında, *yerindelik* ve *ölçülülük* kavramları sıkı ilişki içinde bulunmaktadır. İdare, kamu yararını gerçekleştirmeye en elverişli yöntemi, başka bir deyişle o an için en uygun olan davranışı (yerinde davranışı) göstermek durumunda-

¹¹⁸ AKILLIOĞLU, Denetimin Etkinliği, s. 9

¹¹⁹ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/606, K. 86/986, T. 5. 10. 1986: "Davalı idarenin, davacının başvurusundan önce kuruma personel atanması ve bunun için sınav açılması konusunda herhangi bir girişimi olmadığı gibi davacının sınava kabul edilmemesi veya açılmış bir sınavı kazanmış olması hali de söz konusu değildir. Davacı, davalı idarede mimar olarak göreve başlamak için başvurmuş, bu başvuru incelenerek istek reddedilmiştir. İdarenin, kamu görevlisi atanması konusunda kendiliğinden harekete geçmeden, bu yoldaki istekleri inceleyerek aldığı karar ve işlemler kendi değerlendirme yetkisi içinde olup bu konuda yargı yolu ile zorlanması mümkün değildir..."

¹²⁰ AZRAK, İdari yargı denetiminin, s. 27.

¹²¹ ÖZAY, Güntüştüğünde, s. 510-511.

dır¹²². Kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasındaki denge ancak bu şekilde sağlanabilir.

Kamu düzeninin korunması için en uygun çözümü (davranışı) ve harekete geçme zamanını belirlemede İdarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de, bu çözümün, gerçekleştirilmek istenen amaçla ölçülü (orantılı) olması gerekir. Orantılı olup olmadığını ise yargı yeri denetleyebilecektir. Bu denetim de ise yerindelik incelemesinin yapılması kaçınılmazdır¹²³.

Takdir yetkisi alanı ile yerindelik alanının çakıştığı konulardan birisi de çevre hukukunda kendini göstermektedir. Şimdi bu konu üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

III. ÇEVRE HUKUKUNDAKİ BAZI YANSIMALARI

Çevre hakkı ve buna bağlı olarak çevre hukukunun doğuşu pek eskilere dayanmamaktadır. İnsan-tabiat ilişkisindeki değişim ve teknolojik gelişmeler neticesinde hava, su ve toprakta meydana gelen kirlenme, dolayısıyla ekolojik dengenin bozulmaya başlaması ve bunun devletlerin sınırlarını aşan boyutlarda olması, doğal çevrenin korunmasını gündeme getirmiştir. Bu alanda ilk uluslararası girişim 1972 tarihli Stockholm'de yapılan Birleşmiş Milletler Çevre Konferansıdır. Bu konferanstan sonra, bir çok uluslararası ve ulusal metinlerde *çevre hakkı* yerini almaya başlamıştır¹²⁴.

Çevre hakkı, 1982 Anayasasının 56. maddesinde düzenlenmiş¹²⁵, çevrenin korunması ve kirlenmenin önlenmesi vatandaşlara olduğu kadar Devlete/İdareye bir ödev olarak yüklenmiştir. Arkasından çevre kirliliğinin önlenmesi için alınacak tedbirler ve çevreyi kirletenler için uygulanacak müeyyideleri düzenleyen (m. 20-27) 1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu yürürlüğe girmiştir.

¹²² ÖZAY, Günışığında, s. 511.

¹²³ Takdir yetkisinin ölçülülük ilkesi ile denetlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s. 102 vd.

¹²⁴ Çevre hakkının doğuşu, gelişimi ve diğer insan hakları arasındaki yeri hakkında bkz. KUZU Burhan, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İstanbul 1997, s. 84 vd. ; KELEŞ Ruşen/ERTAN Birol, Çevre Hukukuna Giriş, Ankara 2002, s. 47 vd. ; KABOĞLU İbrahim Ö., Çevre Hakkı, Ankara 1996; GEMALMAZ Mehmet Semih, "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi", İHFM, 1986-87, C. LII, S. 1-4, s. 233.

¹²⁵ 1982 AY m. 56: "Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir".

Kanunun 10. maddesi gereğince Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliği (ÇED) yapılmıştır¹²⁶. ÇED, yatırımların çevreye olan etkilerinin araştırılıp, alternatifler ve önlemlerin ne olduğunun gösterilmesi için, henüz yatırım yapılmadan uygulanan bir yöntemdir¹²⁷. Bu bakımdan ÇED, yatırımlar için yer seçimi, kullanılacak teknolojinin tespiti, çevreye verilecek zararın en aza indirilmesi hatta yatırımdan vazgeçilmesine kadar varabilen bir süreci kapsamaktadır.

Çevre Kanunu, çevrenin korumasına ilişkin genel ilkeleri şöyle belirlemiştir (m. 3). –Çevreyi korumak gerçek ve tüzel kişilerin görevidir. – Sorumluluk esası olarak *kirleten öder* ilkesi benimsenmiştir. –Ekonomik faaliyetler ve üretim metotlarının belirlenmesinde, çevre sorunlarının önlenmesi için en elverişli teknoloji ve yöntemlerin seçilmesi.

Çevreyi kirletme ihtimali olan faaliyetlerin büyük bir oranı kamu tüzel kişilerinince gerçekleştirilmektedir. Bu yüzden yukarıdaki ilkelere kamu tüzel kişileri/İdare de uymak zorundadır. Öncelikle, giriştiği yatırımlar için ÇED raporu almalı, bu sayede en elverişli teknoloji ve yöntemleri seçmeye çalışmalıdır.

İdare bu ilkelere uymadan bir faaliyete girişirse, yani çevre kirliliğine sebebiyet verebilecek bir yatırım yapmaya kalkarsa, buna karşı, çevrenin bütün vatandaşların ortak varlığı olması ve korumak görevinde olması hasebiyle bütün vatandaşlar, idari yargıda dava açılabilir.

Kamu yararını gerçekleştirmek üzere bir yatırıma girişmek konusunda İdarenin takdir yetkisinin olduğu kuşkusuzdur. Yukarıda açıklandığı üzere, faaliyete geçip geçmeme, geçme zamanının tespiti ve yer seçimi konuları yerindelik alanına girmekte ve yargı denetimi dışında kalabilmektedir.

İdare, çevreye etkisi olabilecek böyle bir yatırım kararı aldığı anda, yargısal denetimin boyutu nasıl olacaktır? Takdir yetkisi alanı söz konusu olduğunda, hukuka uygunluk denetimi yapacak, yerindelik alanına ise karışmayacak mıdır? Daha başka bir denetim yöntemi geliştirebilir mi? Bu soruların cevabını Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarını inceledikten sonra vermeye çalışalım.

Çevre hukukuna ilişkin ilk karar 1986 tarihli Gökova kararıdır¹²⁸. Dava Bakanlar Kurulunca 1983 yatırım programına alınan Kemerköy termik santralının, Gökova Körfezi kıyısında kurulması yolunda Başbakanlık Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu kararının iptali istemiyle, bu yöredeki

¹²⁶ RG. 7 Şubat 1993, S. 21489

¹²⁷ KELEŞ/ERTAN, age., s. 105.

¹²⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E. 85/2739, K. 86/1451, T. 24. 6. 1986, AİD, C. 19, S. 3, s. 150 vd.

dört köyün muhtarlıkları ve bir köy sakini tarafından Başbakanlık aleyhine açılmıştır.

Davacılar, termik santralin burada kurulmasının turizm açısından büyük öneme sahip, doğal güzellikleriyle tanınan yörede ekolojik dengenin bozulacağını, Çevre Müsteşarlığının, santral için seçilen yerin çevre sağlığı açısından olumlu olmadığı yolundaki raporu da gerekçe göstererek ileri sürmüşlerdir. Davalı Başbakanlık (ve müdahil TEK Genel Müdürlüğü) ekonomik ve teknik zorunluluklardan hareket ederek, ülkenin elektrik ihtiyacı ve burada da kömür rezervlerinin bulunması, soğutma sisteminin ise deniz suyuyla yapılabilmesi gibi teknik ve ekonomik zorunluluklar, termik santralin burada kurulmasını gerekli kılmakta, ayrıca Çevre Müsteşarlığının, çevre kirliliğinin engellenmesi için önerdiği tüm önlemlerin de alınacağını dolayısıyla bu yörede termik santralin kurulmasının kamu yararına olduğunu iddia etmiştir. İdare ayrıca, TEK uzmanlarınca hazırlanan raporda, Duman yayılması modeli uygulanarak, karbon dioksit gazının standartların altında olacağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Deniz Bilimleri ve Teknoloji Enstitüsü uzmanlarınca hazırlanan raporda gerekli önlemler alındığında deniz kirliliğinin olmayacağı yönündeki görüşlere dayanmaktadır¹²⁹. Kararın konumuzu ilgilendiren bölümü şöyledir:

“...Yasada (2s73 Sayılı Çevre Kanunu), çevre sağlığını koruma amacıyla bazı bölgelerde tesis ve yatırım yapmayı engelleyici türde herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Nitekim yasanın 1 inci maddesinde, bu yasada çevre sağlığını korumak amacıyla alınan önlemlerin, ekonomik, sosyal kalkınma hedefleriyle uyumlu olarak belirli hukuki ve teknik esaslara göre düzenlenmesinin amaçlandığı...çevre yasasında da, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin gereklerini saptama, tesis kurma konusundaki takdir yetkisi, çevre sağlığını koruyucu önlemler alma zorunluluğu dışında kısıtlanmamıştır. . Yukarıda nitelikleri açıklanan çevre salıgını korumaya yönelik yasal düzenlemelerde, idarece saptandığı belirtilen kamu hizmeti gereklerinden, ekonomik ve teknik zorunluluklardan hareketle ve çevre sağlığını korumaya yönelik önlemler alınmak suretiyle Gökova Körfezi kıyısında Kemerköy bölgesinde termik santral kurulmasına engel bulunmamaktadır...Yetkili idari makam-

¹²⁹ Bu dayada Danıştay Savcısı, Dairenin kararından farklı bir görüşü savunmuştur. Savcı görüşünü Çevre Müsteşarlığınca uzmanlara hazırlatılan rapora dayandırmıştır. Bu raporda Gökova Körfezi ve çevresinin fiziksel ve biyolojik özellikleri nedeniyle başta hava kirliliği olmak üzere çevresel etkilere duyarlı olduğu, çevrenin bozulması nedeniyle (deniz kirliliği, toprak ve bitki örtüsünün yok olması, önlemler alınsa bile, Karbondioksit emisyonlarının çevreye vereceği zararın tümüyle giderilip giderilemeyeceğinin de kuşkulu olduğu) santralden enerji dolayısıyla elde edilecek yarardan daha fazla zararların meydana geleceği ifade edilmiştir.

larca, kamu hizmeti gerekleri, teknik ve ekonomik koşullar değerlendirilerek Gökova Körfezi kıyısında termik santral kurulması konusu, sonuç olarak yer seçimi hususundaki takdir yetkisine müncer olmaktadır. Kemerköy termik santralının kurulacağı yerin belirlenmesine ilişkin dava konusu işlemlerde, maddi olguların nitelendirilmesinde ve takdir yetkisinin kullanılmasında açık bir hata saptanamamış olup belirtilen hususlar dışında, termik santral yer seçimi ile ilgili idareye ait takdir yetkisini kısıtlayacak veya kaldıracak biçimde yargı kararı verilmesine de yasal olanak bulunmamaktadır. . . ”.

Karardan çıkan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür¹³⁰. –Çevre Kanunu, çevre sağlığının korunması için bir dizi önlemler alınmasını düzenlemektedir fakat, bu amaçla bazı bölgelerde tesis ve yatırım yapılmasını yasaklayıcı hükümler içermemektedir. Böylece Yüksek Mahkeme, iptal kararı verebilmek için, bazı bölgelerde tesis ve yatırım yapmayı yasaklayan hükümlerin varlığı gerektiğini söyleyerek¹³¹, kendi kendini aşırı sınırlamış bulunmaktadır¹³².

–Çevre sağlığını koruma amacıyla alınacak önlemler, ekonomik ve sosyal kalkınma¹³³ hedefleriyle uyumlu olarak teknik esaslara göre belirlenmesi gerekir. Kamu hizmetinin gereklerini saptama, tesis kurma konusundaki idarenin takdir yetkisi, çevre sağlığını koruyucu önlemler alma zorunluluğu dışında kısıtlanmamıştır. Bu bakımdan, çevre sağlığının korunması için gerekli önlemler almak suretiyle¹³⁴ İdare, uygun gördüğü yerde termik santral kurabilir. Bu yaklaşıma göre, çevre sağlığını koruyucu önlemler aldığı

¹³⁰ Bu karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. AKILLIOĞLU Tekin, “Gökova Kararı Üzerine Gözlemler”, AİD, C. 19, S. 3, s. 157; KABOĞLU İbrahim Ö., “Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)”, AİD, C. 10-11, 1988-1989, s. 107; ÖZDEK Yasemin E., İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara 1993, s. 157.

¹³¹ “Eğer çevre yasasında veya bir başka yasada çevre sağlığını koruma amacıyla bazı bölgelerde tesis ve yatırım yapmayı engelleyici türde bir kural olsaydı, Gökova olayı da buna aykırılık teşkil etseydi, ben buna bakar, belki de iptal istemini kabul ederdim diyor”. ZABUNOĞLU Yahya, Çevre Kanununun Uygulanması, Tartışmalar, s. 212.

¹³² AKILLIOĞLU Tekin, “İdare Hukuk Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanununun Uygulanması, TÇSV yayın., Ankara 1987, s. 89.

¹³³ KABOĞLU, kalkınma ve büyüme kavramlarına değil, bunu da içine alan ve çevreye zarar verecek etkilerden arınmış olmayı ifade eden gelişme kavramına dayanılması gerektiğini vurgulamaktadır. KABOĞLU, Çevre Hakkı Üzerine, s. 110-111.

¹³⁴ KABOĞLU, bu yaklaşımın şarta bağlı bir karar anlamına geldiğini ve bunun yargılamada tekniğine uygun düşmeyeceğini belirtmektedir. KABOĞLU, Çevre Hakkı Üzerine, s. 112.

belgeleyen herkes, faaliyetleri çevre sağlığı açısından olumsuz olsa bile, başkaca denetim koşulu aranmaksızın faaliyet yürütebilecektir¹³⁵.

- Olay, termik santral için yer seçimi hususunda düğümlemektedir. Yer seçimi konusunda ise İdarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin kullanılmasında, maddi olguların nitelendirilmesinde ve takdir yetkisinin kullanılmasında açık bir hata saptanamamıştır. Bunun ötesinde bir yargısal denetim yapmak da takdir yetkisini kısıtlayacak veya kaldıracak biçimde yargı kararı verilmesi anlamına gelir ki buna yasal olanak yoktur. Mahkeme olaya, yerindelik denetimi yasağı açısından yaklaşmıştır¹³⁶.

Çevre hukukuna ilişkin Danıştay'ın ikinci önemli kararı 1992 tarihli Aliağa davasına ilişkindir¹³⁷. Dava Aliağa'da termik santral kurulmasını öngören Bakanlar Kurulu kararının iptali için açılmış, davada santralin burada kurulmasının, insan sağlığı açısından sakınca yaratacağı, çevre kirliliğine neden olacağı ve bu nedenle anayasanın 56. maddesine ve Çevre Kanununa aykırı olduğu gerekçelerine dayanılarak açılmıştır. Danıştay'ın yaptırdığı bilirkişi raporunda, termik santralin çevre kirliliğine neden olacağı bildirilmiştir.

Yüksek Mahkeme idari işlemi iptal ettiği davada "...anayasal ve yasal düzenlemelerde, toplumun bütün üyeleri yanında, kamu hizmetini yürüten idarelere de çevre sağlığını koruma yükümlülüğü getirilmiş; böylece çevre sağlığının korunmasının kamu yararı gereği olduğu belirlenmiştir. Dolayısıyla, çevre sağlığını gözardı eden bir idari işlemin, bütün idari işlemlerin ortak amacı olan kamu yararı amacıyla bağdaştırılması mümkün değildir" ifadelerini kullanarak, çevre hakkını ve çevre sağlığının korunmasını doğru biçimde yorumlamıştır.

Yüksek Mahkeme, yerindelik denetimine hiç girmemiş, hukuka uygunluk denetimi yapmış ve idari işlemin hukuka uygunluk denetimini, kamu yararı kavramına dayandırmıştır. Buradaki *ekolojik dengenin korunması* olgusunu, kamu yararı olarak yorumlamış, termik santralin kurulması, ekolojik dengeye zarar vereceğine göre, bu durum kamu yararına da aykırıdır demiştir.

Karardan çıkaracağımız sonuç, çevre sağlığının korunması da bir kamu yararadır, kamu yararına yapılan diğer faaliyetler gerçekleştirilirken, bu iki kamu yararı arasında bir değerlendirme yapılacak ve ona göre karar verileceği hususudur.

¹³⁵ AKILLIOĞLU, İdare Hukuk Açısından, s. 89.

¹³⁶ AKILLIOĞLU, İdare Hukuku Açısından, s. 82.

¹³⁷ Danıştay Onuncu Dairesi, E. 90. 2278, K. 92/1672, T. 28. 4. 1992. Kararın özeti ve karar hakkında değerlendirme için bkz. ÖZDEK E. Yasemin, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara 1993, s. 163 vd.

Bu karar bize Fransa'da içtihatla ortaya çıkan *fayda-maliyet analizi* ya da *denge ilkesi (prencipe du Bilan)* ilkesini hatırlatmaktadır¹³⁸. Conseil d'Etat'nın 1971 tarihli "Ville Nouvelle Est" kararı¹³⁹ ile ortaya konulan bu ilkeye göre, çatışan iki değer arasında bir değerlendirme yapılacak, başka bir ifade ile fayda-maliyet analizi yapılacak, hangisinin faydası daha fazla ise ona göre karar verilecektir. İlk başlarda sadece bayındırlık işlerinde uygulanan *fayda-maliyet analizi* ilkesi daha sonraları çevre koruma alanına da girmiştir¹⁴⁰.

Fransa'da 1976 yılında çevrenin korunması bakımından sınıai kuruluşların sınıflandırılmasına ilişkin bir yasa çıkarılmış, sınıai kuruluşun bu çerçevede olup olmadığı ve çevreye vereceği zararın katlanılabilir olup olmadığına idarelerin karar vereceği düzenlenmiştir¹⁴¹. Bu yasanın uygulanmasına ilişkin 1985 tarihli bir kararında Conseil d'Etat, *çevreye uygunluk* ölçüsünü uygulamıştır. Olayda, doğal sit alanı olan bir küçük şehrin yakınlarında hayvansal atıkları işleyen bir fabrikaya kuruluş izni çıkmıştır. Davacı bu kuruluşun bulunduğu yere hiç yakışmadığını ve dolayısıyla kamu yararına olmadığını iddia etmiş, yargı yeri de böyle bir yaklaşımın kabul edilebileceğini belirtmiştir¹⁴².

Görülüyor ki, çevre sorunlarında ve ekonomik yatırımların denetiminde, takdir yetkisinin hukuka uygunluğu ve yerindelik denetimi yasağı ilkeleri yetersiz kalmaktadır. Danıştay yeni denetim formülleri ortaya koymak zorundadır. Bu formüllerden biri Fransız hukukunda uygulanan "bilanço ilkesi" olabilir. Aliğa kararı ile Danıştay'ın, bu çözüme uygun bir yaklaşıma doğru yöneldiğini söyleyebiliriz¹⁴³.

¹³⁸ Bu konuda Fransız uygulaması için bkz. ERKUT, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul 1996, s.107 vd.; OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçütüllük İlkesi, Ankara 2002, s.180 vd.

¹³⁹ Conseil d'Etat, "Ville Nouvelle Est", 28 Mais 1971, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, (Bu karar, Aralık 2002 de internette <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/> adresinden alınmıştır. Karara konu olan olayda, Lille şehrinin içinde bulunan üniversitenin şehir dışında bir "campus"e nakli için kamulaştırma kararı alınır. Üniversitenin nakli için düşünülen yerde, daha önce başlanan bir toplu konut yapımı henüz tamamlanmıştır. Üniversitenin nakli için büyük bir kısmının yıkılması gerekmektedir. Yargı yeri bu iki faaliyet arasında bir fayda-maliyet analizi yapmış ve ona göre karar vermiştir.

¹⁴⁰ ULUSOY Ali D., "Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD, 1993, C. 43, S. 1-4, s. 139.

¹⁴¹ AKILLIOĞLU Tekin, "Gökova Kararı Üzerine", AİD, C. 19, S. 3, s. 159.

¹⁴² AKILLIOĞLU, İdare Hukuk Açısından, s. 73.

¹⁴³ Açık olmamakla birlikte, çevre sağlığına aykırılık ilkesini uyguladığı bir başka karar daha bulunmaktadır. Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 82/900, K. 84/153, T. 31. 1. 1984, DD. 56-57, s. 294: "...Dairemizce yerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen ra-

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk sisteminde, Devlet kaynaklı bütün tasarrufların yargısal denetime tabi olması gerekmektedir. Yine hukuk devleti ilkesi gereği İdare, hukukun içinde kalarak hareket etmek zorundadır. Ancak, kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesi için, İdarenin belli oranda bir serbest hareket alanına ihtiyacı bulunmaktadır. Zira, İdarenin karşılaşılabileceği bütün ihtimallerin önceden kestirilerek, buna göre kurala bağlanması mümkün değildir. Yer ve zamana göre en uygun hareket tarzının seçilmesi konusunda, İdarenin tercih hakkının bulunması gerekmektedir. İşte buna, İdarenin takdir yetkisi denilmektedir.

İdarenin, takdir yetkisi bulunduğu durumlarda tamamen keyfi hareket edeceği sonucu çıkarılamaz. Zira, takdir yetkisi İdarenin hukuka uygun davranmasının bir istisnası değildir. Takdir yetkisinin bulunduğu durumlar da dahi İdare, hukuka uygun davranmak durumundadır. Bu yüzden takdir yetkisine, hukuk kuralları içinde hareket serbestisi denilmektedir.

Danıştay öteden beri İdarenin takdir yetkisini denetlemektedir. Hatta bu konuda sınırlı denetimden öte, yoğun denetim yollarını kullandığı söylenebilir. Bu denetimi yaparken de, çeşitli ölçütler geliştirmiştir. İşlemin gerekçeli olması, anayasal ilkeler, kanunun özel amacı, kamu yararı ve hizmetin gerekleri, açık hata bu ölçütlerdendir. Burada şunu ifade etmeliyiz ki, Danıştay bu ilkelere tek başına veya bir kaçını birlikte kullanmakta, ve her somut olayı kendi koşulları içinde değerlendirerek bir sonuca varmaktadır.

İdarenin takdir yetkisinin denetiminde, Danıştay'ın denetimden kaçındığı durumlar da bulunmaktadır. Örneğin, vatandaşlığa kabul işleminde, vatandaşlığa kabul için bütün şartların varlığı durumunda dahi, İdarenin vatandaşlığa kabul edip etmeme konusunda takdir yetkisi bulunduğunu belirtmektedir. Yine, açık bir kadroya atama yapıp yapmama konusunda, takdir yetkisi bulunduğu gerekçesiyle denetimden kaçınmaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanununda (m. 2), ne anlama geldiği ne öğretide ne de yargı kararlarında tam olarak açıklanamayan "yerindelik denetimi yapma yasağı" bulunmaktadır. Kanundaki bu kavram, daha sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasasında (m. 125) yer almamaktadır. Bu hükmün anayasaya aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Yerindelik alanını şu şekilde belirleyebiliriz:

porlardan dava konusu işyerinin... Yönetmelik'in 3. maddesinin akaryakıt istasyonları ile ilgili bazı fıkralarında belirtilen koşulları sağladığı, ancak konumu itibarıyla çevre sağlığını tehlikeye düşürebilecek yerlerden olduğu anlaşılmaktadır.... Bu durumda, çevre sağlığını tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle...işyerinin kapatılmasında hukuka aykırılık görülmediğinden davanın reddine..."

-İdarenin bir eylem ve işlemi yapıp yapmamakta serbest olması durumunda, neden yaptığının veya yapmadığının denetlenmesi. Örneğin, kamu hizmetinin yürütülmesi için, kaç kamu görevlisi gerekir, yeni kadro ihdas edilip edilmemesi, kadrolara kamu görevlisi alınıp alınmayacağına karar verilmesi yerindelik alanına girer.

-Harekete geçme zaman ve yerinin belirlenmesi. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek için faaliyetlerde bulunmaktadır. Ne zaman harekete geçerse ve hangi yerde faaliyette bulunursa kamu yararı daha iyi gerçekleşmiş olur, bunun takdiri yerindelik alanına girer.

Ancak bazı durumlar vardır ki, idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığının tespiti ancak yerindelik denetiminin değerlendirilmesi ile mümkündür. Örneğin kolluk işlemlerinin amacı, kamu düzeninin korumak, bozulmuşsa geri düzeltmektir. Fakat, kişi hak ve özgürlüklerine en fazla müdahale edilen alan da burasıdır. Bu yüzden ikisi arasında bir dengenin sağlanması, kolluk faaliyetlerinin ölçülü olması başka deyişle, kamu düzeni ile özgürlükler arasında dengeyi sağlayan nitelikte olması gerekir, bu şekilde değilse İdare hukuka yakırı davranmış demektir. İşte bunun denetimi ancak yerindelik değerlendirmesi ile mümkündür.

Takdir yetkisinin yargısal denetiminde yeni arayışlara ihtiyaç bulunan yeni bir alan da çevre hukukuna ilişkindir. Toplumun ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için, yatırım ve tesislere gerek vardır. Kuşkusuz bu yatırımlar, kamu yararı için yapılmaktadır. Ancak, Anayasanın 56. maddesinde ifadesini bulan çevre hakkı, bunun gereklerinin yapılmasını gösteren Çevre Kanunu, İdareye bir yükümlülük daha yüklemektedir. O da çevre sağlığını korumak.

Burada kamu yararına yapılan yatırımlar ve çevrenin korunması karşı karşıya gelen iki değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

Danıştay ilkin, Gökova kararında, yatırımlar ve çevre hukuku ilişkisini, İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi içinde kabul etti, hatta en az denetim yöntemini kullanarak, hukuka uygunluk denetimini açık hata ile sınırlı tuttu. Daha sonra verdiği Aliğa kararında ise, yatırım yapmak ne kadar kamu yararına ise, çevrenin korunması da bir kamu yararıdır yaklaşımını ortaya koymuştur.

Çevrenin korunması ve yatırımlar ilişkisinde, yargısal denetimin İdarenin takdir yetkisi- yerindelik denetimi kavramları ile yapılması mümkün gözükmemektedir. Bu yüzden Danıştay'ın bu alanda yeni denetim usullerine yönelmesi gerekmektedir. Fransız Danıştay'ının 1971 tarihinden beri kullandığı *denge ilkesi* (*principe du bilanço*) bulunmaktadır. Bu ilkeye göre, iki değer arasında bir çatışma söz konusu ise, fayda-maliyet analizi yapıp, daha fazla yararlı bulunan lehine karar verilmektedir. Çevre hukukunda da yatırımlardan beklenen kamu yararı ile çevrenin korunmasından beklenen kamu yararı arasında bir fayda-maliyet analizi yapıp buna göre karar verilmesi uygun bir çözüm olabilir.