İNSAN HAKLARI VE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

1. Giriş

İnsan hakları ve idarenin takdir yetkisi konusunun detayına inmeden önce insan hakları kavramı ile idarenin takdir yetkisi kavramını detaylı olarak izah etmek gerektiğini düşünüyorum. Çünkü kavramlara verdiğimiz anlamlar konunun tartışılmasında bize yol gösterecektir. Kavramlar içerikleri bulanık olduğu zaman ve herkes bu kavramı bildiğini sanınca tehlikeli olmaktadırlar. Maalesef günümüzde insan hakları kavramı tehlikeli bir hale gelmiştir. İnsanlar bazen çıkarlarını korumak adına çıkarlarını hak gibi göstermek istemektedirler. İdarenin takdir yetkisi de içi bulanık olan ve sınırları kolaylıkla genişletilebilmeye elverişli bir kavramdır. Bazen bu yetki insan hakları ihlallerine sebep olabilecek ölçüde genişletilebilmektedir. İdarenin takdir yetkisi üzerinde yargısal denetim yapılmak istendiğinde yerindelik denetiminin yapılmaması gerekliliği, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde kriterler bulma sorununu da ortaya çıkarmaktadır.

İnsan haklarının ve tek tek hakların neler olduğunun ortaya konulması insan haklarının korunmasının ilk koşuludur. Bu çalışmamızda insan hakları kavramı ve felsefi temelleri genel olarak açıklanmış fakat insan haklarının tek tek ne olduklarını ve içeriklerini belirlemek bu çalışmanın dışında tutulmuş, yeri geldiği zaman örnek olarak yapılan değerlendirmelerde bu açıklamalara yer verilmiştir. Günlük yaşantımızda insan haklarına saygı gösteren yada insan haklarını koruyan yada onları çiğneyen kişilerdir. Hukuksal bir insan kurumu olan devletin işlevi de insanlar arasındaki ilişkileri temel haklarını dikkat alarak düzenlemek ve kamuyu temel haklar ve temel haklara ilişkin ihtiyaçları eşitçe sağlayacak şekilde yönetmektir. Fakat tekrar vurgulamak gerekirse hakları koruyan ya da çiğneyen ancak gerçek kişiler olabilecektir. Bu kişiler devletin görevlileri olsalar bile sonuçta gerçek kişilerdir.

2. İnsan Hakları Kavramı

İnsan haklarını tanımlarken bütün hukukçular tarafından bilinen tanımların dışında bir tanıma ulaşmamızın konunun tartışılmasında daha faydalı olacağını değerlendirmekteyiz. İnsan hakları kavramını didikleyerek bu kavramın nerden geldiğini, temellerini ortaya koymak zorundayız. Bunu yapmak için öncelikle insanın ne olduğuna dair filozofların görüşlerinden felsefi antropolojiden yararlanabiliriz. Filozofların ve filozof olmayan herkesin düşüncesinde bir insan anlayışı, insan tasarımı vardır. Felsefi antropolojinin kurucusu Max

Scheler'in insan anlayışı, insanla hayvan arasında bir özyapı farkı olduğunu peşinen kabul eden insan anlayışıdır. Yunanlılardan Aristotoles'ten günümüze kadar gelen Avrupa'nın kabul ettiği insan anlayışı, insan ile hayvanı birbirinden ayıran ve insanı harekete geçiren akıl gücünün insan da bulunduğunu kabul eden akıldan türetilen homo sapiens insan anlayışıdır. Homo Sapien'si dışarıda bırakan diğer insan anlayışı ise homo faber denilen ve insanla hayvan arasında psişik ve neoetik bir fark olmadığını, sadece derece farkı olduğunu ileri süren anlayıştır. Yukarıda ifade edilen her üç insan anlayışı veya tasarımı daha çok Avrupalıların kafasındaki insan anlayışıdır. Türk Filozof Takiyettin Mengüşoğlu ise İnsan nedir? sorusuna bir bütün olarak insanın yarattıklarına, yapıp ettiklerine başarılarına bakarak, her insanda gördüğü etkinlikleri saptayarak cevap verir. Mengüşoğlu'na göre insan bilen bir varlık, çalışan bir varlık, eylemde bulunan bir varlık, eğiten ve eğitilen bir varlıktır. Mengüşoğlu'nun insan anlayışı indirgemeci değildir.[1] Ucu açıktır, insan fenomenlerini tüketme iddiasında değildir. Takiyettin Mengüşoğlu'nun insan anlayışına baktığımızda insanın diğer canlılar arasında özel bir yeri vardır. İnsana bu özel yeri sağlayan, insanın diğer canlılar arasındaki özelliklerinin bütünüdür. İnsanın bu özellikleri o nu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Takiyettin Mengüşoğlu'nun insan anlayışını dikkate aldığımızda insan bilen bir varlıktır. insan yapan, eden bir varlıktır. Değerleri düşünen duyan ve yaşamını bunların doğrultusunda sürdüren bir varlıktır. İnsan tavır takınan, önceden gören, belirleyen, isteyen, özgür bir varlıktır. Çalışan, eğiten, eğitilen devlet kuran sanatın yaratıcısı varlıktır. Bu özellikler insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. Bu özellikler veya olanaklar insanın değerini ya da onurunu oluşturur. İnsanın bu olanaklarını korumak ve geliştirmek her tekin, gerçek kişinin, bireyin ödevi ve bu olanakların korunmasını istemekte insan türünün üyesi olan her tekin aynı zamanda hakkıdır. İşte burada ifade ettiğimiz yalnızca insan özgü bu olanakların korunma istemleri temel insan haklarını oluşturmaktadır. Bu olanakların her kişide korunmasını istemek insanın değerini, varlıktaki yerini kendi değerimizi korumayı istemektir. [2]

Yukarıda bahsettiğimiz insanın olanaklarını korumaya, kullanmaya ve geliştirmeye yönelik istemler arasında bazı farklılıklar vardır. Bu istemlerin bir kısmı insanın olanaklarıyla doğrudan ilgilidir. İstemlerin başka bir kısmı insanın olanaklarının geliştirilmesi için gerekli önkoşullarla, diğer bir kısmı ise bazı değişken koşullarla ilgilidir. İnsanın olanakları ile doğrudan ilgili istemler kişinin güvenliğine ve özgürlüğüne ilişkin istemlerdir. İnsanın olanaklarını korumanın genel olarak önkoşullarına ilişkin istemler ise, sağlık için gerekli

[1] Kuçuradi,İ.: Yüzyılımızda İnsan Felsefesi, Ankara 1997,s.76.
[2] Kuçuradi,İ.: İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları , Ankara 2007,s. 4.

yaşam düzeyi, eğitim, çalışma vbg. İstemlerdir. Bu iki türden istemler insan hakları kavramı içerisinde yer alırlar.

İlk türden istemler doğrudan doğruya insanın olanaklarını gerçekleştirebilmesiyle ilgilidir. İnsana özgü etkinlikleri gerçekleştirirken veya olanakları kullanırken kişilere dokunulmaması istemini dile getirirler. Bir devlet tarafından verilemeyecek ancak devlet tarafından saygı gösterilecek istemleri içerir. Bu durumda devletin rolü bu hakların korunmasının, çiğnenmesinin önlenmesi bu hakları yasalarla güvence altına alması çiğnendiği zamanda çeşitli organlarıyla araya girmesidir.Yaşama hakkı, işkence yasağı, düşünce ve ifade özgürlüğü, hiç kimsenin keyfi olarak tutuklanamaması hiç kimsenin köle olarak kullanılmaması, gibi hiçbir şart altında askıya alınamayacak istemler bu tür istemler arasındadır.[3]

İnsanın olanaklarını geliştirebilmesini sağlayan önkoşullara ilişkin istemler de insan haklarını oluşturmaktadır. Örneğin eğitim hakkı bu tür haklardandır. Bu hakların sağlanması/bu tür istemlerin karşılanması başka bir tür hakların sosyal ekonomik ve bazen siyasal hakların devlet tarafından kişilere tanınması ile mümkündür. Bu tür hakların korunması ilk gruptaki haklardan farklı olarak ülkede yapılan düzenlemelere ve siyasi kararlara bağlıdır. Bir ülkede ancak, o ülke koşullarına göre sınırları farklı genişlikte çizilebilecek haklar olan tanınan haklar aracılığı ile korunabilmektedir. Bu haklara çizilen sınırların, aracı oldukları hakları koruyup koruyamaması, bu ülkedeki bütün yurttaşların eşitliği hesaba katılarak çizilip çizilmediklerine bağlıdır.

İnsan haklarının birbirine bu bağımlılığı, kişiyle ilgilerinde söz konusudur. İstemler birbiriyle bağımlı değildirler. Hiçbir şekilde bir insan hakkının veya hak grubunun korunması, diğer bir insan hakkının veya hak grubunun korunması adına ertelenemez. Ertelenebileceğini ileri sürmek insan haklarının ne olduğunu bilmemekten yada belirli bir hakkın içeriğinin ne olduğunu açıkça görememekten kaynaklanan bir yanılgıdır. Bu bilgi olmadığı zaman sınırlandırılmayacak hakların sınırlandırıldığı, yukarıda saydığımız bir ve ikinci grupta yer almayan ve tanınan haklar olan ekonomik ve sosyal hakların ise hiç sınırlandırılmadığı görülmektedir.[4]

Yukarıda açıkladığımız insan haklarının temellendirilmesine ilişkin sistematik bilgi bize hangi hakların insan hakkı olarak kabul edilebileceği, yeni insan haklarının saptanıp

[3] Rover, C.: To Serve And To Protect , Geneva 1998 s. 208.
[4] Kuçuradi,age,s.5-6

saptanamayacağı ve hangi hakların temel hak olarak tanımlanması gerektiği ve hakların sınırlarının ne olması gerektiği konusunda yapacağımız tespitlerde öncül olacaktır. Aynı sistematik bilgi bize insan haklarının korunması konusunda devlete yüklenen ödevleri ve devletin eylem ve işlemlerinin sınırının belirlenmesinde de yardımcı olacaktır. Dahası bu sistematik bilgi, idarenin görevlilerinin eylem ve işlemlerinde insanın olanaklarını nasıl koruyabileceklerini ve geliştirebileceklerini, özellikle takdir yetkisini kullanırken sınırlarının neresi olması gerektiği konusunda da bize yol gösterecektir. Aynı sistematik bilgi idare hakiminin yerindelik denetimine girmeksizin idarenin takdir yetkisini insan haklarına uygun kullanıp kullanmadığının sınırlarının tespitinde de kriter olabilecektir.

3. İdarenin Takdir Yetkisi

İdarenin takdir yetkisi değişik yazarlarca aşağıda belirtildiği şekilde tanımlanmıştır. Sıddık Sami ONAR'a göre idare hukukunda temel prensip idarenin hukuka bağlılığıdır. İdari faaliyetlerin hukuk kaideleri ile tahdit edilmesi prensibinin tatbikinde bazı güçlüklere rastlanacağı da şüphesizdir. Acaba idarenin tekmil faaliyetleri idari tasarrufların bütün unsurları evvelden konulmuş kaidelerle tanzim edilebilir mi? Böyle bir imkan varsa, böyle bir sistem idare hukuku kaidelerinde bulunması lazım gelen elastikiyetle, bu kaidelerin zaman ve mekana amme hizmetlerinin her gün değişen icap ve zaruretlerine uyabilmesi lüzumu ile nasıl telif edilebilir? Devletin hükümetin bünyesi itibariyle evvelden konulmuş kaidelere bağlanması kabil olmayan bir takım tasarrufları olduğu iddia edilemez mi?[5] İdare bir takım güçlükleri yenebilmek için kendisine hukuk kaideleri içinde bir hareket serbestisi verilmesini ister. Amme hizmetlerini tanzim eden hukuk kaideleri bütün teferruatına kadar bu hizmetleri tanzim edemeyeceği gibi idareye zaman ve mekanın ve halin icaplarını takdir hususunda serbest bir saha bırakılır. Bu idarenin takdir salahiyetini teşkil eder. İdareye takdir salahiyetinin tanınması konusunda herkes müttefiktir. İdare, hukuk kaidelerinin kendisine yapılmasını emrettiği veya yapmamayı mecbur tuttuğu hususlarda takdir kudret ve salahiyetinden bahsedilemez. **Özellikle ferdin anayasadan ve hukukun ana prensiplerinden galen hak ve salahiyetleri ve hürriyetleri bahis konusu olduğunda durum böyledir.** [6] Takdir yetkisinin normlar hiyerarşisi içindeki yerine baktığımızda normlar hiyerarşisinde her mertebe arasında bir boşluk olduğunu görülmektedir. Bu boşluk kaideyi koyan uzvun veya şahsın takdir yetkisini kullanacağı bir sahadır. Bu esasa göre normlar hiyerarşisinin en üst mertebesini teşkil eden farazi kaide ile anayasa arasındaki boşluk

[5] Onar,S,S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966,3. Bası 1. Cilt, s.419
[6] Onar, S.S, age, s. 433.

Anayasa organının Müessarı Meclisin takdir sahasıdır. Anayasa oluşturulduktan sonra ikinci mertebede kanunlar gelir. Örneğin anayasaya konulan mülkiyet hakkı ve bu hakkın masuniyeti prensibini teşri'uzvu bu hakkın hudutlarını ve bu hakka tatbik edilecek kaideleri daha muayyen müşahhas bir hale koyarken ve bunun içinde muhtelif fikir ve sitemlerden birini seçerken takdir yetkisini kulanmış olur.[7] Bundan sonra bu üst mertebedeki kaidelerin tatbiki ile yeni kaideler yaratılır. Örneğin mülkiyetin korunması için bir takım tali tedbirlerin alınması teferruat sahasının tanzimi idareye bırakılmıştır. Bu boşlukların doldurulması da takdir yetkisinin kullanılmasıdır. İdarenin takdir yetkisi burada kalmaz. Ferdi ve sübjektif tasarruflar sahasında da bu kudret mevcuttur. Bu izah tarzı kaidelere hukuk nizamına dayandığı için tamamıyla objektif bir izahtır. Yani takdir kudretinin sebebine hak sahibine (suje) değil onun dışında kalan kaideye isnat ettirmekte, kudreti ferdin şahsından değil kaideden çıkarmaktadır[8].

İsmet GİRİTLİ'ye göre takdir yetkisi idarenin serbest hareket edebilme serbest karar alma gücüdür, olanağıdır. İdare ''gereği durumda'' ''zorunlu hallerde'' ''atayabilir'', ''görülebilir'', ''yapılabilir'' vbg. belirsiz sözcüklere işlemin sebebini dayandırmışsa idareye serbest bir alan bırakılmıştır. Bir hukuk kuralı tarafından idarenin davranış biçimi ve içeriği gösterilmemişse idarenin özgürce davranma olanağı bulunuyorsa idarenin takdir yetkisi vardır. [9]

Kemal GÖZLER'e göre takdir yetkisi özünde en az iki karar veya davranış arasında idarenin sahip olduğu seçim yapma imkânıdır. İdarenin belirli bir konuda karar alıp almama veya birden fazla karar arasında seçim yapma imkânına idarenin takdir yetkisi denir.[10]

İlhan ÖZAY'a göre bir işlemin tüm unsurlarını hukuk kuralları belirlemiş ve idareye bu noktada herhangi bir tercih ve seçim olanağı bırakmamışsa bağlı yetkiden söz edilir. Hukuk Kurallarının kendisine yapılmasını emrettiği veya yapmamayı zorunlu kıldığı hususlarda bir takdir kudret ve yetkisi bulunmayan idare, kuralın kendisine seçenekler sunduğu durumlarda böyle bir olanağa sahiptir. Yasal düzenlemeler yapılırken karşılaşacağı tüm durumları önceden bilinmesi olası bulunmadığından, kural işlemler sadece genel düzenlemeler yapmakla yetinirler. Bazı hallerde özel olarak hiçbir hüküm öngörmeyip halin icaplarını takdir ederek bunlara uygun faaliyette bulunması için idareyi serbest alan bırakırlar.

---

[7] Onar,S,S, age, ,s. 422
[8] Onar,S,S., age, s. 424
[9] Giritli.İ., Bilgin,P., Akgüner,T.:İdare Hukuku , İstanbul 2008, s. 84.

[10] Gözler, K.: İdare Hukuku , Bursa 2009,s. 943.

İdare bazı güçlükleri yenebilmek için hukuk kuralları içinde serbest davranabilme özgürlüğüne gereksinim duyar.[11] İdarenin bu serbest davranabilme özgürlüğü takdir yetkisini oluşturur.

Yukarıda izah edilen takdir yetkisi kavramına ilişkin açıklamalar arasında esaslı bir fark olmadığı kavrama yazarlarca aynı veya benzer anlamlar yüklendiği görülmektedir. Takdir yetkisinin hukuki işlemin sebep ve saik, şekil ve usul, konu unsurlarına yönelik olacağı da. ifade edilmektedir. Takdir yetkisinin idarece en çok kullanıldığı durumlar idari işlemin sebep unsuruna yönelik olduğu durumlardır. İşlemin sebebi normlarda açıkça tayin edilmemiş olabilmektedir. Çoğu zaman normlarda bulunan kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, genel ahlak, ihtiyaç, lüzum, idari asayiş ve zaruri sebepler gibi belirsiz kavramlar üzerinden idareye takdir yetkisi verilmektedir. Bazen bir idari işlemin usul ve şekli tayin edilmemiş olabilmekte özellikle usul yönünden takdir yetkisi idareye bırakılabilmektedir. Bazen de konu tayin edilmemiş olabilmektedir. İşlemin sebep ve saik, şekil ve usul, konu unsurlarından farklı olarak idari işlemin maksadı her zaman kamu yararıdır. İdare yetkisini kanundan alacağı için ve bir işlemi hangi makam veya idari şahıs tarafından yapılacağı önceden belirlendiği için yetki unsurunda da idarenin takdir yetkisi yoktur.

4. İdarenin Takdir Yetkisinin İdari Yargıda Denetimi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 125'inci maddesinde *''Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.''* düzenlemesi mevcuttur. İdari Yargılama Usulü Kanunun 2'inci maddesinde ise Anayasamızda yukarıda belirtilen norma paralel şekilde *'' 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 kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.''* hükmü vardır.

Takdir yetkisi ile yerindelik iç içedir. İdarenin faaliyetin yer ve zamanını belirleme, uygun araç-gereç ve yöntemi belirleme konusunda tercihi yerindelik kavramı içerisinde yer

[11] Özay,İ.: Günışığında Yönetim , İstanbul, 2004, s 457

almaktadır. Bu ise takdir yetkisinden başka bir şey değildir.[12] Kimi yazarlara göre takdir yetkisinin yargısal denetimi söz konusu değildir. Takdir yetkisinin bulunduğu alan yerindelik alanıdır. Yerindelik alanı maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, belli bir yönde hareket edip etmeme olanağı, harekete geçme zamanının saptanmasında her üç alanda da yada bu alanların sadece birinde de söz konusu olabilir.[13] İdare yargıcı idari işlemin gereksinime uygunluğunu yerindeliğini değil hukuksallığını denetleyecektir. Yargı yetkisi idari işlemin veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ile sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisi sadece amaç açısından denetlenmelidir.[14] İdare takdir yetkisini kamu yararına aykırı kullanırsa üçüncü kişi yararına kullanırsa, kişisel çıkar garez ve zarar verme amacıyla kullanırsa işlem amaç açısından sakat hale gelir. İdare takdir yetkisiyle işlemin hukukiliğini değil yerindeliğini takdir eder. Hukuka uygun olan bir işlem takdir yetkisi ile yapıldı diye hukuka aykırı hale gelmez. Hukuka aykırı bir işlem takdir yetkisiyle yapıldı diye hukuka uygun hale gelmez. İdari yargı organları idarenin takdir yetkisini denetleyemezler. [15] Takdir Yetkisinin denetlenemeyeceği kuralının istisnaları vardır. Eğer işlemde apaçık takdir hatası mevcutsa yada idare takdir yetkisini ölçülülük/orantılılık ilkesine uygun kullanmamışsa idarenin takdir yetkisinin idari yargıda denetlenmesi mümkündür. Fakat her iki ilke de objektif kriterler içermemektedir. Çünkü takdir yetkisini kullanırken yapılan hatanın açık bir şekilde hata olduğuna ilişkin objektif bir ölçü yoktur.[16] Orantılılık/ölçülülük denetimi Fransa'da özellikle temel hak ve özgürlükler alanında kolluk tedbirlerine karşı kullanılan bir ölçüdür. Bu denetime yarar zarar bilançosu denetimi de denilmektedir. Bu yöntemde idari tasarrufun yarar ve zararları açısından bir değerlendirmesi yapılmaktadır. İşlemin yararı sakıncalarından çoksa işlem hukuka uygun kabul edilmektedir. Hangi tedbirin ölçülü hangi tedbirin ölçüsüz olacağını belirleyen objektif bir kriter mevcut değildir. Bu yöntemler ölçülülük ve açık takdir hatası yöntemi idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırarak mahkemelerin takdir yetkisiyle ikame edilmesine olanak sağlayabilir.[17]

Kimi yazarlara göre ise takdir yetkisi yargısal denetimin dışında değildir. Danıştay muhtelif ölçülerle takdir yetkisini denetlemektedir.[18] Danıştaya göre gerek Anayasa'nın 125.maddesinin idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen kuralı, gerekse 2577 sayılı Yasa'nın 2.maddesinde yer alan, idari işlemlerin

[12] Çağlayan,R.: İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2012 ,s.169.
[13] Giritli, age, s.89
[14] Giritli, age, s.91
[15] Gözle, age, s. 952
[16] Gözler,age, s. 966
[17] Gözler, age, s.976
[18] Çağlayan,age, s.176

yargısal denetiminin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yapılacağı yolundaki hükmü, idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettiği işlemlerin de idari yargı denetimine tabi olduğunu göstermektedir. Takdir yetkisinin kullanımı idareyi yargı denetiminden bağışık kılmaz, Hukuk Devletinde sınırsız ve mutlak bir takdir yetkisinden söz edilemez.[19] Danıştayın takdir yetkisini denetlerken kullandığı ilkeler ‘’kamu yararı ve hizmetin gerekleri ilkesi’’,[20] ‘’işlemin sebebe dayalı olması ilkesi’’,[21] ‘’Anayasal İlkelere Aykırılık İlkesi’’ dir. [22] Danıştay bu denetimi yaparken ’Anayasal İlkelere Aykırılık İlkesi’ kapsamında Anayasa da yer alan eşitlik, sosyal devlet, hukuk devleti ve demokratik yönetim gibi ilkeleri kullanmaktadır. AYİM kararlarında idarenin takdir yetkisinin denetlenmesinde kamu yararı hizmet gerekleri ve hizmetin aksatılmadan yürütülmesi kriterleri ile idarenin takdir hakkını kullanırken genellik eşitlik objektiflik ilkelerine uygun hareket etmek zorunluluğuna ilişkin kriterleri (Anayasal İlkeler) dikkate alınmaktadır. [23]

5. İdarenin Takdir Yetkisinin İnsan Hakları Açısından Yargısal Denetimi

Yukarıda insan hakları kavramının içeriği, sınırları ve temelleri detaylı olarak ortaya konulmuştur. Karşımıza çıkan ve idarenin takdir yetkisini kullandığı her tek olayda, idarenin takdir yetkisinin bir temel hakkın ihlaline sebep olup olmadığı insan haklarına ilişkin yukarıda sunduğumuz kriterler dikkate alınarak, değer yargılarından uzak bir değerlendirmeyle rahatlıkla ortay konabilecektir. Bu değerlendirmede insan haklarının değerinin, her tek olayda ayrı ayrı ortaya konulması beklenir. İnsan haklarının bu değeri onun yapı özelliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu değer değerlendirmeyi yapacak kişiye göre değişecek bir değer değildir. Kişilerin sübjektif olarak biçecekleri veya atfedecekleri değerden farklı bir değerdir.[24] Anayasamızda mevcut bulunan ve insan haklarının değerini ortaya koyan normlar yapılacak

[19] Danıştay 8. Daire E. 2010/2sayılı kararı

[20] (İdari Dava Daireleri Kurulu 2004/2505-K2007/2225 Yargı kararını uygulamak ve bunun için gerekli işlemleri tesis etmekte yükümlü olan davalı idarenin, ...'in atanmasını sağlamak üzere genel müdür yardımcılarından birisini görevden almak zorunda olduğu ve adı geçen kişiden boşalan kadroya kimin atandığının (Etibank Genel Müdürlüğünün Eti Holding A.Ş. adıyla yeniden teşkilatlandırılması nedeniyle) saptanmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, genel müdür yardımcılarından hangisinin görevden alınacağı hususu idarenin takdir yetkisi içinde kalmaktadır. İdareye bu konuda tanınmış olan takdir yetkisinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.)

[21] Danıştay 5. Daire E 1997/1422 K 1997/2952 sayılı Kararı ……. 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 açısından hukuka uyarlık görülmemiştir.

[22] Danıştay 8. Daire E. 1975/913 K.1975/2876, 5. Daire E. 1991/3725

[23] http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp?Ctg=000002

[24] KUÇURADİ,İ., İnsan ve Değerleri , Ankara 1998 s.41

doğru değerlendirme sonrası idarenin takdir yetkisi karşısında insan hakkı ihlallerinin önlenmesine olanak sağlayan insan haklarının korunmasına gerekçe teşkil edecek normlardır. Anayasamızın Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2 'inci maddesi *''Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde,* ***insan haklarına saygılı****, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.''*şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Anayasamızın 13. Maddesi ''Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz'' şeklinde düzenlenmiştir. 14'üncü maddesinde ise *''Anayasa hükümlerinden hiçbiri,* ***Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı*** *mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.''* hükmü mevcuttur.

Danıştayın takdir yetkisinin yargısal denetimi kapsamında idarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemin insan hakkı ihlaline sebep olduğunu belirleyerek işlemi iptal ettiğini kararları mevcuttur. Aşağıda sunulan iki adet İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince İnsan Hakları ihlali tespit edilmesi neticesinde yeniden yapılan yargılama sonucunda verilen kararlardır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2009/1188, K 2010/2507 kararında; Danıştay *8. Dairesi tarafından verilen ''Davacının 1997 yılında girdiği Öğrenci Yerleştirme Sınavı sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin işlemin dayanağını oluşturan komisyon raporunun olasılık ve tahminlere dayalı olduğu, başarılarını izah edemedikleri gerekçesi ile adayların sınav sonuçlarının iptal edilmesi konusunda ÖSYM'nin* ***takdir yetkisi*** *bulunduğu yolunda hukuki bir dayanak gösterilemediği, esasen* ***böyle bir takdir yetkisinin hukuki belirsizlik yaratabileceği,*** *idarenin somut ve hukuken geçerli kanıtlarla desteklenmedikçe*

işlem tesis etmemesi gerektiği, aksi bir durumun tesis edilen işlemin hukuki geçerliğini ortadan kaldıracağı, davacı hakkında tesis olunan işlemin bu haliyle Anayasada güvence altına alınmış olan ***eğitim-öğretim hakkının ihlali sonucunu doğurduğu*** *gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali''* kararını onamıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E.2006/4597, K. 2009/1709 sayılı kararında ''hakim ve savcıların görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı bulunduğu, bu iznin verilmemesi durumunda sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen ve ısrar edilen Ankara 6. İdare Mahkemesinin 20.6.2006 günlü, E:2006/1558, K:2006/1248 sayılı ısrar kararını, *''iznin verilmemesine ilişkin idari kararın yargı denetimi dışında tutulmasının düşünülemeyeceği ve sözkonusu idari kararın idarenin* ***takdir yetkisi içinde*** *hukuksal sonuç doğuran (kamu davası açılmasını engelleyen) idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak kabul edilmesi gerektiği''*, diğer taraftan *''Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, s.12); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlamasının* ***adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği*** *(Airey/İrlanda, 9.10.1979, s.12 ve Pudas/Sweden, 27.10.1987, para. 40-41)''* yönündeki kararını gerekçe göstererek bozmuştur.[25]

Aşağıda sunduğumuz Danıştay 5'inci dairesinin kararı ise idarenin takdir yetkisinin Anayasal İlkeler Aykırılığının tespiti neticesinde atama işleminin iptaline yönelik karardır. Danıştay 5. Dairesinin E.2003/3647 K.2006/1140 sayılı kararında ''*Ağrı Şeker Fabrikasında şef olarak görev yapan davacının, Ankara'ya atanması istemini içeren 2.9.2002 günlü başvurusunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın; memurların naklen atanmaları konusunda* ***takdir yetkisine sahip olan idarenin****, Anayasa ile güvence altına alınan aile birliğinin korunması ilkesi çerçevesinde davacının atama istemini değerlendirilmesi ve bu anlamda sürekli bir biçimde geçici görevlendirme müessesesine başvurmak suretiyle davacının Ankara'ya geçici olarak görevlendirilmesi ve her defasında ilgiliye ödenecek yolluk ve harcırahlarda ela dikkate alındığında bu durumun idareye ek bir külfet getireceği ve bu şekilde davacıdan verim alınamayacağının kabulü ile*

[25] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E.2007/739, K. 2009/1793 sayılı kararı

davacının atamasının kamu yararı, hizmet gerekleri ve yukarıda anılan ***Anayasal ilkeler doğrultusunda*** *Ankara'ya yapılması gerekirken, davacının başvurusunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkili işlemde hukuka ve hizmet gereklerine uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Erzurum idare Mahkemesi'nce verilen E:2002/1633 K:2003/263 sayılı kararı''* onamıştır, Bu kararda anayasal ilkeler kapsamında vurguladığı husus aile birliğinin korunmasıdır.

İdarenin eylem ve işlemlerinin, yukarıda bahsettiğimiz insanın olanaklarını gerçekleştirmesiyle doğrudan ilgili olan temel haklar konusunda (yaşama hakkı, işkence yasağı, hiç kimsenin keyfi olarak tutuklanamaması, hiç kimsenin köle veya hizmetçi olarak kullanılamaması, düşünce vicdan din ve ifade özgürlüğü) bir sınırlama getiremeyeceği ve bu haklara ilişkin idareye takdir yetkisinin bırakılamayacağı açıktır. İnsanın olanaklarını geliştirebilmesini sağlayan önkoşullara ilişkin istemler de temel insan haklarını oluşturmaktadır. Örneğin eğitim, sağlık hakkı bu tür haklardandır.Bu tür haklara ilişkin olarak idarenin eylem ve işlemleri ile bu hakların ihlal edilmeyeceğini açıkça söylememize rağmen, bu tür hakların ihlal edilip edilmediği hususu yukarıdaki haklar kadar açıkça tespit edilemeyecektir. Dolaylı olarak korunan bu tür hakları korumak ise bu hakların yaşanabilmelerini sağlamak anlamına gelmektedir. Bu tür hakların yaşanabilmeleri devlete bağlıdır. Devletin aldığı siyasi kararlar, idarenin yapmış olduğu düzenlemeler vatandaşlara sağlanan sosyal ekonomik ve siyasi haklar bu hakların yaşanır olmasını temin edecektir. Yukarıda bahsettiğimiz insanın olanaklarının gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili olan haklar dışında kalan bu temel haklar idarenin eylem ve işlemleriyle ihlal edilebilecek haklardır. İdarenin takdir yetkisini kullanarak gerçekleştirdiği atama işlemi bir bireyin eğitimini veya sağlığını etkileyebilir. Böyle bir işlem kamu yararına aykırıdır. Çünkü eğitim hakkını ihlal ettiğimiz zaman insanın olanaklarını yeterince kullanamayan bir birey yaratmış oluruz. Böyle bir işlem kişi yararına da aykırıdır. Kişinin kendini geliştirme hakkını da engellemiş oluruz. Fakat bütün bunlar nedeniyle böyle bir işlem her şeyden önce insan haklarına aykırı bir işlemdir. Böyle bir işlemde idarenin açık takdir hatasına, ölçülülük ilkesine gitmeye gerek kalmaksızın eğitim hakkının engellendiği idarenin takdir yetkisini içeren bir işlemin Anayasal Sebeplerle veya temel hak ihlali nedeniyle iptalinin gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Av. Yalçın TORUN

05056219992