

İDARİ YARGI DENETİMİNİN SINIRI OLARAK İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

Prof. Dr. Ali Ülkü AZRAK

I

İdare hukuku teori ve pratiğinin, hâlâ net bir çözüme kavuşturulamamış çetin bir problemi olan «takdir yetkisi», İdarenin yargısal denetiminin yoğunlaşmağa başladığı dönemde, İdarenin yargı karşısında bir çeşit «nefis müdafaası» yapmak üzere içine çekildiği bir siper olmuştur. Aktif idarenin yaşam ilişkilerinin kendi yetki ve görev alanı içinde kalan kesimini serbest olarak biçimlendirme ihtiyaç ve eğilimiyle, yargının İdare üzerindeki denetiminin dokusunu sıklaştırma eğilimi arasındaki antagonizma, zaman zaman yasa koyucunun araya girmesiyle, ilkinin lehine çözümlenmeğe çalışılmıştır. İdarenin hukuka bağlılığı ilkesinin Türkiye'deki gelişim sürecinde de tek partili siyasal düzenden çok partili siyasal düzene geçilmesinden sonraki dönemde, bunun örnekleri giderek artmıştır. İdari yargı, bu aşamada, denetiminin alanını, idarenin iç düzeninde gelişen irade oluşumu sürecini kapsayacak biçimde genişletince, «takdir yetkisi» ile «yerindelik» arasındaki sınırlar giderek belirsizleşmeğe başlamıştır. Siyasal iktidarın buna karşı en belirgin tepkisi, emir ve direktifi altında görmek istediği memurların bakanlık emrine alınması ve emekliye sevk edilmesi gibi radikal önlemlerini bir engele takılmadan yürütebilmek için, bunlara ilişkin mevzuat hükümlerini, söz konusu önlemleri yargı denetimi dışında bırakacak biçimde, yeniden düzenleme çabasında boy göstermiştir¹.

İdari yargı ise denetiminden bir bütün olarak kaçırılmak istenen bu gibi idari işlemleri, tüm Devlet işlemlerinin amacı olarak kabul edilme-

1) karşı. 21.6.1954 tarihli ve 6422 sayılı kanunla, 5.7.1954 tarihli ve 8749 sayılı kanun.

si gereken «kamu yararı» açısından incelemek suretiyle, bir zamanlar kendisinin yarattığı «hükûmet tasarrufları» kategorisinin «yasama yoluyla yargı kısıntısı» biçimine büründürülerek karşısına çıkarılan ustaca (!) çözümlerle genişletilmesine izin vermeye yanaşmamıştır.

Danıştayın, özellikle Dışişleri Bakanlığı kuruluşu hakkındaki 3312 sayılı kanuna ek olarak çıkarılan 8.7.1948 tarihli ve 5250 sayılı Kanunun, «yetersizlikleri nedeniyle emekliye ayrılacak memurların, emekliye sevk kararları aleyhine idari ve adli yargı mercilerinde dava açamayacakları» yolundaki geçici maddesi hükmüne bakış açısı ve idari yargıya yasama yoluyla konmak istenen denetim engelini, Batı Avrupa yargı sistemlerinde bile henüz uygulama alanına konmamış olan özgün bir yöntemle aşma konusundaki başarısı gerçekten övgüye değer. Danıştay, söz konusu yasa hükmünün İdarece uygulanması dolayısıyla açılan bir davada «idari tasarrufların kazai mürakabeye tabi tutulması hukuka bağlı Devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmi esas hiyerarşi itibariyle mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden Anayasanın 51 inci maddesi ile müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı kanunun Danıştay'a müracaat edilemeyeceği hakkındaki hükmü idari tasarrufun takdir unsuruna taallük eden kısmının kontrol dışında kalacağı şekilde mânâlandırmak gerek nazari ve gerek mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen, davanın iptidaen adem-i mesmuiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz²» demek suretiyle o güne kadar sadece ABD. yüksek mahkemesince uygulanmış olan «Anayasaya uygun yorum» yöntemini³ Anayasa yargısının ülkemizde henüz bulunmadığı bir dönemde ilk kez uygulamak suretiyle, idari yargının Türkiye'deki gelişme sürecinde kilometre taşı sayılabilecek bir karar vermiştir.

1961 Anayasasının 114. maddesinin 1971 yılına kadar geçerliğini koruyan ilk şekilde yeralan «İdarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiç bir

2) bk. Danıştay D.D.G.K.nun 6.6.1950 tarihli ve K.50/1067 sayılı kararı; K.D., S. 50-53, sh. 112. D.D.G.K. bu kararıyla Başkanun sözcüsü K. Galip BALKAR'ın «5250 sayılı kanunun geçici maddesine Anayasa ile çatışmayacak bir mâna vermek de kabildir. Bu madde İdari dâva yolunu tamamen kapayan bir madde olarak kabul edilmemelidir. Zira bu takdirde Anayasaya aykırı olur. Madde sadece emekliye ayırma kararının esas bakımından takdiri bir tasarruf olduğunu gösteren bir kaide olarak kabul edilmelidir» yolundaki çok isabetli görüşüne katılmış bulunmaktaydı.

3) bk. Klaus SCHLAICH, Das Bundesverfassungsgericht, München, 1985, sh. 184 Alman Federal Anayasa Mahkemesinin «Anayasaya uygun yorum»a ilişkin ilk kararı 1951 tarihini taşımaktadır. bkz. BverfGE. 2, 266.

halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz» yolundaki formül, kuşkusuz, yukarıda değinilen gelişim sürecinden edinilen deneyimlere dayanmaktaydı. Anayasanın, hukuka bağlı İdare ilkesini eksiksiz bir biçimde yansıtan bu hükmü, İdarenin takdir yetkisini kaldırdığı yolunda, kimi çevrelerce yoğun bir biçimde ileri sürülen polemiğe ancak on yıl dayanabildi. Maddede yapılan 20.9.1971 tarihli değişiklik iki hususu içeriyordu: Bir kere idarenin yargısal denetiminin kısıtlanması yasağı yerine, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu bildiren bir hüküm getirilmişti. Maddeye eklenen ikinci fıkrada da yargının geçmiş dönemde İdareyi, kanunî görevini yerine getirmesini engelleyecek ölçüde sınırlamış olduğu varsayımından kaynaklanan bir yasak hükmü konmuştu. Bu hükmün yorumunu yapanlardan bazıları, bundan böyle Yargının, İdarenin takdir yetkisini sınırlayamayacağı kanısını taşımaktaydılar. Fakat Danıştay, böyle düşünenleri haklı çıkaracak bir tutum içine girmedi. Aksine, İdarenin, takdir yetkisini, hukuka ve bu yetkiyi veren yasanın amacına uygun bir biçimde kullanmış olup olmadığını eskisinden daha dikkatli bir incelemeye tâbi tutmağa başladı. Bu davranışın en tipik örneğini Danıştay 12. Dairesinin 24.4.1978 tarihli «İsveç Radyo Televizyon Kurumu kararı»nda görebiliriz. Bu karardan yaptığımız aşağıdaki alıntılar, Danıştayın o dönemde idarenin takdir yetkisi sorununa nasıl yaklaştığını ortaya koymaktadır:

«Davacı İsveç Radyo Televizyon Kurumu tarafından Türkiye hakkında belgesel bir film yapımı için 10.1.1977 tarihinde İstanbul'a gönderilen dört kişilik televizyon ekibi; 27.1.1977 tarihinde izinsiz film çektikleri gerekçesiyle polis gözetimi altına alınmış; ellerindeki filmlere ve ses bantlarına el konulan ekip, 28.1.1977 günü sınır dışı edilmiştir. Sınır dışı edilme işleminin 5683 sayılı Yasanın 19 uncu maddesine göre yapıldığı sözlü olarak sınır dışı edilen televizyon ekibine bildirilmiştir. Dava, İçişleri Bakanlığının bu sınır dışı etme isteminin iptali istemiyle açılmıştır.

5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de ikamet ve Seyahatler Hakkında Kanununun 19 uncu maddesi «İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi veya idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye'yi terketmeyenler sınır dışı edilebilirler» hükmünü içermektedir.

Görüldüğü gibi, 5683 sayılı Yasanın 19 uncu maddesiyle, memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi veya idari icaplara aykırı sayılan yabancıları Türkiye'den çıkarmağa, sınır dışı etmeğe İçişleri Bakanlığı

yetkili sayılmıştır. Maddede geçen «genel güvenlik, siyasi veya idari icap» gibi deyimlerin aslında, belirsiz yasal kavramlar oluşturduğunda ve bu günkü yoğun uluslararası ilişkiler karşısında, uygulamada çok büyük bir duyarlılığı gerektirdiğinde kuşku yoktur.

Davalı idare verdiği savunmada; Bakanlar Kurulunun 15.7.1972 gün, 7/4657 sayılı kararnamesi uyarınca yabancılara yurdumuzda film çekilemelerini diplomatik yollardan Dışişleri Bakanlığına başvurma koşuluna bağlandığını; davacı kuruma mensup televizyon ekibinin bu gerekli başvurmayı yapmadığını; aynı zamanda 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 6 ncı maddesine aykırı olarak izin almadan film çekimine başladığını, bu nedenle davacı kuruma mensup televizyon ekibinin sınır dışı edildiğini ileri sürmektedir.

Öte yandan, gerek anılan Kararname, gerekse 2559 sayılı Yasanın 6 ncı maddesi, yurdumuzda film çekimine ilişkin olup, kararname ve Yasada öngörülen usuli işlemleri yerine getirmeyen ve işlevi de haber toplamak ve film çekmek olan yabancılara; ortada başkaca ciddi bir neden yokken 5683 sayılı Yasaya göre sınır dışı edilmelerini, anılan Yasada güdülen amaçla bağdaştırmak olanaksızdır.

Gerçekten, 5683 sayılı Yasada yabancılara memlekette kalmasının hangi hallerde sakıncalı sayılacağı ve sınır dışı edileceği belirtilmiş olup, anılan yasa hükmüne göre işlem tesisi de söz konusu hallerin somut kanıtlara dayanılarak saptanması halinde düşünülebilir. 2559 sayılı Yasanın 6 ncı maddesine göre yurdumuzda film çekimi için öngörülen iznin alınmaması halinin de, yetkililerin usulüne uygun girişimleriyle giderilmesi mümkün bir niteliği bulunmaktadır. Sadece film çekimi için gerekli izni almayan yabancılara memlekette kalmasının umumi güvenliğe, siyasi veya idari icaplara aykırı olduğunu bu koşullar içinde kabule olanak yoktur.

İdari işlemlerde takdir yetkisi, nesnel (objektif) ölçüler içinde yasal amaca ve kamu hizmeti gereklerine uygun biçimde kullanılabilir. Bu itibarla davalı İdare, söz konusu işlemi yaparken de, 1950 yılında yürürlüğe giren 5683 sayılı Yasa hükmü yanında, aynı zamanda uygulama aşamasındaki diğer yasal ve genel düzenlemeleri varsa uluslararası sözleşmeleri gözönünde tutmak, buna göre bir değerlendirme yapmak zorundadır...

Yukarıda yer alan yasal ve uluslararası düzenlemelerin ve genel hukuk kurallarının ışığında, davalı İdarenin yeterli bir araştırmaya, yazılı tebliğe lüzum görmeden; 5683 ve 2559 sayılı yasaların uygulanmasını

haklı gösterecek inandırıcı bir kanıtta da dayanmadan, davacı kurumun elemanlarını sınır dışı etmesinde hukuksal isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun davacı İsveç Radyo Televizyon Kurumunun dört kişilik televizyon ekibinin sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemin iptaline; ilâm harcı peşin alındığından başka harç alınmamasına, istenilmemiş bulunduğundan, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına 24.4.1978 günü oybirliğiyle karar verildi.»⁴

İkinci Cumhuriyet döneminin 1971'den sonraki kesiminde, İdarenin, Danıştayın özellikle üst düzey yöneticilerinin görevden alınma kararlarını, takdir yetkisinin yasanın amacına uygun olarak kullanılmış olup olmadığı açısından inceleyerek, bunlardan birçoğunda verdiği iptal kararlarını yerine getirmekten kaçınmasıyla⁵ ortaya çıkan gerginlik, gariptir ki, «**ademi infaz**» yolundaki davranışında direnen İdareye karşı değil, takdir yetkisine «**keyfilik**» anlamı verilmesini, temelini oluşturan Hukuk Devleti ilkesinden kaynaklanan **misyon gereği** engellemeğe çalışan idari yargıya karşı polemiklerin yeniden canlanmasına yolaçmıştır. Bu polemikler idari yargının, **denetim yetkisinin sınırını aşarak**, Anayasanın 114. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüş olan yasağı ihlâl ettiği noktasında yoğunlaşmaktaydı. Fakat tartışma götürmeyen bir nokta vardı ki, o da Danıştayın yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarını infaz etmeyen İdarenin, «**mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü**»nü açıkça dile getiren Anayasa hükmünü (md. 138/4) ihlal ettiğiydi⁶.

Öte yandan 1982 Anayasanın 125. maddesinde, 1961 Anayasasının 114. maddesinde 1971 yılında yapılan değişiklikle benimsenmiş olan yargısal denetimin sınırına ilişkin formül olduğu gibi muhafaza edilmekle birlikte buna bir öge daha eklenmiştir: «... takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilmez». Bununla kastedilenin ne olduğunu anlamak kolay değildir. Çünkü bu formülasyonun içerdiği kural, Anayasada yer almasına hiç te gerek olmayacak kadar açık ve herkesin kabul ettiği bir kuraldır.

4) Danıştay, 12. D., E. 77/1349, K. 78/955, DD, S. 30-31, sh. 50 vd.

5) Bu konuda Danıştayın verdiği bir çok karar vardır. Biz sadece bir örneğe işaret etmek istiyoruz. Danıştay 8. Dairesinin, 8.2.1972 gün ve E. 71/2727 - K.72/426 sayılı kararı, bkz. DD., Sayı: 8, Sh. 257.

6) Nedense bu nokta, sonradan 1982 Anayasasının hazırlanmasında katkısı olan bazıları da dahil, birçok kimse tarafından gözardı edilmiştir.

Yok eğer kastedilen, İdarenin takdir yetkisini kullanım biçimine yargısal yoldan herhangi bir müdahalenin yapılmamasıysa, bu takdirde kastedilen yetki ve biçim öğeleri dışında hiç bir ögesi bakımından yargısal denetime tabi tutulmayan «takdiri işlemler» (actes discrétionnaires) kategorisidir ki bu kategori Fransa'da içinde bulunduğumuz yüzyılın başında, Türkiye'de de 1. Cumhuriyet döneminin sonunda ortadan kalkmıştır⁷. Şimdi bu kategoriyi tekrar canlandırmaya kalkışmak, Türkiye'de Hukuk Devleti ilkesinin teori ve pratikte yirmi yılı aşkın bir dönem içerisinde kazandığı anlamı tamamen görmezlikten gelmek demek olduğundan bu, ciddiye alınacak bir yaklaşım değildir.

Öte yandan, Anayasada, yargının idari takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar veremeyeceğinin belirtilmesi gerçekte bu konuya ilişkin hiç bir soruna çözüm getirmiş değildir. Sözü edilen sorunlardan şu ikisi özel bir önem taşımaktadır: 1. İdare hanki hallerde takdir yetkisine sahiptir? 2. İdarenin takdir yetkisinin sınırlarını aşp aşmadığı nasıl belirlenecektir. Aşağıda bu sorulara cevap aranacaktır.

II

① — Türk öğretisi, takdir yetkisinin hukuki niteliği konusunda, büyük ölçüde, Fransız öğretisinde bir zamanlar ortaya atılmış olan **nesnelci (Objektivist) teoriyi** benimsemiştir. Gerçekten, Türk İdare Hukuku Öğretisine göre, İdarenin, somut bir olayda, takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı sorunu, idari işlemin dayandırılmış olduğu mevzuat hükmünde bu işlemin elemanlarının ne ölçüde düzenlenmiş olduğuna bakılarak çözümlenebilir. Başka bir söyleyişle, İdare, yapacağı bir idari işlemin elemanları bakımından, mevzuatın kendisine serbest hareket olanağı tanınmış olduğu hallerde takdir yetkisine sahiptir⁸. Bağlı yetki-

7) Fransa'da bu kategoriye giren idari işlemlerin yargısal denetimi bu yüzyılın başına kadar kabul edilmezken, Conseil d'Etat, 31.1.1902 tarihli GRAZIETTI kararında, İdarenin, sebep ve konu öğelerinde takdir yetkisinin kabul edildiği işlemlerinde de maksat ögesi açısından denetimin mümkün ve gerekli olduğu sonucuna vararak dava konusu işlemi «yetki saptırması» nedeniyle iptal etmiştir. Bu tarihten sonra Fransa'da artık tüm öğeleri bakımından takdiri işlem kategorisi söz konusu olmamıştır. Türkiye'de de Anayasa Mahkemesi, Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin (b) fıkrasındaki yargısal denetim engelini Anayasaya aykırı bularak söz konusu hükmü iptal etmiştir. (bk. 30.1.1963 tarihli ve E. 62/262, K. 63/21 sayılı karar, AMKD. S. 1, sh. 86 vd.)

8) ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 1967, sh. 425 vd.; GİRİTLİ, İdarenin yetkisini saptırması, 1959, sh... GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, Ankara, 1983, sh. 191.

takdir yetkisi karşılığına dayanan bu görüş⁹. KELSEN ve MERKL'in normlar hiyerarşisi kavramını benimseyen Fransız İdare Hukuku bilgini BONNARD'a yapılan yollamalarla¹⁰ Türk İdare Hukuku öğretilerine girmiştir. BONNARD'ın ve onun esinlendiği Viyana okulu, takdir yetkisini hukuk sùjeleri arasındaki hukuki ilişkilerden değil, normlar arasındaki ilişkilerden çıkarmaktadır ki, kuramın objektif karakteri de bu noktada kendini gösteriyor. Türk öğretilerinde takdir yetkisinin, mevzuatın İdareye şu ya da bu çözüm tarzını benimsemek konusunda açık ya da üstü kapalı bir seçme yetkisini verdiği hallerde sözkonusu olduğu da ileri sürülmüştür¹¹. Bu gibi hallerde İdare, harekete geçeceği (yani irade oluşumunun) zamanı ve iradesinin içeriğini serbestçe belirleyebilecektir. Türk öğretilerinde yer alan bir başka görüş te, takdir yetkisini, İdarenin «değer yargısı» verdiği hallerde özgü sayarak, «maddî yargı» vermek durumunda olduğu tüm hallerde takdir yetkisinin sözkonusu olduğunu vurgulamıştır¹².

②— Türk öğretilerinde, İdarenin takdir yetkisini onun objektif karakterine ağırlık vererek açıklamaya çalışan görüşlerin somut durumlarda sorunun çözümüne pek te yardımcı olamayacağını itiraf etmek gerekir. Özellikle, mevzuatın İdareden, uygulanacağı olayın özelliklerine bağlı bir değerlendirme yapmasını üstü kapalı (dolaylı) bir biçimde istediği hallerde takdir yetkisinin bulunup bulunmadığını, objektivist görüşlerin ışığında aydınlatmak pek olanaklı görünmemektedir. Bu gibi hallerde olayın özelliklerini göz önünde tutan ampirik bir yaklaşımın kaçınılmazlığı ortadadır. Başka bir söyleyişle, bu gibi durumlarda İdarenin olay hakkında vereceği yargının, mahkemenin denetimine tabi bir yargı mı, yoksa bu denetimin dışında kalan bir yargı mı olduğu, gene mahkeme tarafından belirlenecek bir husus olmaktadır. Bu takdirde gene çıkılan noktaya dönülmektedir. Bu gibi hallere kolluk ve memur

9) Alman öğretilerinde ötedenberi bu karşılığı ifade etmek üzere «*freies Ermessen*» yani «*serbest takdir*» ve «*gebundenes Ermessen*» yani «*bağlı takdir*» deyimleri kullanılmaktadır ki bu deyimler kendi içlerinde birer çelişkiyi barındırmaktadır. MERKL de pek yerinde olarak bu çelişkiyi işaretlemiştir, bk. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927, sh. 154.

Bu bakımdan Fransız öğretilerinin kullandığı «*pouvoir lié*» (bağlı yetki) «*pouvoir discrétionnaire*» (takdir yetkisi) deyimleri daha tutarlıdır.

10) BONNARD, Viyana ekolünün görüşlerine yakın bir görüşü benimsediği şu makalesinde vurgulamaktaydı: *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl* RDP, 1928, sh. 684 vd.

11) bk. M. GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi (teksir edilmiş Doçentlik tezi), Ankara, 1982 sh. 4 ve orada gösterilen literatür.

12) Karş. SARICA, İdare Hukuku «*Methal*» (1950-51 yılı ders notları).

hukukunda pek sık rastlanmaktadır¹³. Esasen bu alanda yargı kararları da olaydan olaya çok farklı sonuçlara varmıştır. Bu durumun, somut olayların birbirinden çok farklı subjektif elemanlarının ön plana çıkmasından kaynaklandığı kuşkusuzdur. Bu elemanlardır ki, somut olayın, ona uygulanacak hukuk normuyla olan ilişkisini belirler¹⁴.

③— Türk İdare Hukuku öğretisinde, «bağlı yetki» ve »takdir yetkisi» kavramlarının birbirine salt bir biçimde karşıt ve birbirini ortadan kaldıracı nitelikte kavramlar olmadığı, bunların bir ve aynı idari işlemde birarada varolabileceği (coexistence), çok önceleri farkedilmiş ve bu husus bazı örneklerle ortaya konmuştur¹⁵. Bu sayededir ki, niteliği gereği ya da yasal zorunluk nedeniyle, tümüyle yargı denetimi dışında kalan idari işlem kategorileri («takdiri işlemler» ve «hükümet tasarrufları») 1960 ların başından itibaren (ikinci Cumhuriyetin ilk evresinde) bir kenara bırakılmıştır; ta ki 1982 Anayasasıyla «Yargı Denetimi Kısıtlaması» tekrar gündeme gelinceye kadar...

④— «Bağlı yetki» ve «takdir yetkisi» arasındaki karşıtlığı yumuşatan başka bir eleman da «Belirsiz Hukuk Kavramları»dır. Gerçekten mevzuatta idari işlemin sebep ögesini oluşturan (maddi ya da hukuki) olay gösterilirken bir belirsiz hukuk kavramı kullanılmış olduğu takdirde, İdare kısmen bağlı, kısmen de serbesttir¹⁶.

İdarenin davranış koşullarını gösteren belirsiz hukuk kavramlarının çoğunda, bunun somut olaya uygulanması, tek doğru çözümün bulunması anlamını taşır. «Tek doğru çözüm kuramı» denebilecek olan ve bizim de katıldığımız bu görüş¹⁷, bazı eleştirilere uğramıştır¹⁸. Bundan

13) Memur hukukunda, özellikle memurun bağlı olduğu İdarenin onun çalışmaları hakkındaki değerlendirmeleri yargı denetiminin alanı içersinde görülmektedir. Bu konuda bir örnek karar olarak bk. AÇIKALIN KARARI; DDK. E. 72/435, K./73/696, 23.11.1973, DD. 14-15, sh. 207.

14) Bu subjektif elemanların etkisi, kimi hallerde o denli ağırlık kazanır ki, görünüşte aynı nitelikte olan iki olayda, hukuk normu uygulanırken, subjektif elemanların farklılığı nedeniyle, bunlardan birinde bir değer yargısı, diğerinde ise bir maddi yargı verilmesi gerekebilir.

15) bk. ONAR, Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Murakabe, «Cemil Bilsel'e Armağan», İstanbul, 1939, sh. 323; AKAN, İdarenin takdiri tasarruflarının kazai kontrolü, İdare Dergisi, 1950, sh. 3. Aynı gözlem Alman ve Fransız öğretisinde de yapılmıştır: WOLFF-BACHOF, Verwaltungsrecht, C.I., München, 1974, sh. 186. BONNARD, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Paris, 1934, Sh. 58, VEDEL, Droit administratif, 4. éd., Paris, 1968, sh. 283.

16) karşı. ULE, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, «Gedaechtnisschrift f. Walter Jellinek», München, 1955, sh. 324 vd.; ULE-LAUBINGER, Verwaltungsverfahrenrecht, Köln, 1986, sh. 385.

17) karşı. AZRAK Yargı ve İdare, İHFM., C. XXXIV, sh. 146.

18) bk. GÜNDAY, a.g.e., sh. 72.

başka, İdarece somut bir olayın kanunkoyucu tarafından genel ve soyut bir biçimde formüle edilmiş olan «lüzum», «**kamu hizmetlerinin ihtiyaçları**» ve benzeri kavramları içeren mevzuat hükümlerine atlanması sırasında takdir yetkisinin kullanılacağını ileri süren görüşlere de rastlanmaktadır¹⁹.

Şu da var ki bu görüşü benimseyenler dahi, bu gibi hallerde İdarenin işleminin sebebinin oluşturan olayın gerçekte varolup olmadığı ve bu olayın İdarenin ileri sürdüğü nitelikleri taşıyıp taşımadığının yargı merciince incelenebileceğini kabul etmektedirler²⁰. Bu konudaki sınırlamalardan biri belirsiz hukuk kavramının nesnel bir içeriğe sahip olması, diğeri de bireylerin hak ve özgürlüklerinin söz konusu olduğu alanlara ilişkin olmasıdır²¹.

Bu konuda ilgi çeken bir nokta da, Alman İdare Hukuku öğretisinde 1950 lerde belirsiz hukuk kavramlarıyla ilgili olarak ortaya atılmış olan «**kavram alanı**» (Begriffshof) ve «**kavram çekirdeği**» (Begriffskern) ayırımının²² bir genç bilim adamının çabasıyla Türk İdare Hukuku öğretilerine kazandırılmış olmasıdır²³. Buna göre kavram alanı dışı doğru sınırlanamayacağından yargı denetimi altına sokulamaz. Oysa kavram çekirdeği, yargısal denetime tâbidir. Bununla beraber kavram çekirdeği ile kavram alanı arasında kesin bir çizgi çizilmesi pek de mümkün değildir. Yalnız kavram çekirdeğinin, İdarenin uygulamalarıyla, kavram alanı aleyhine sürekli olarak genişlediği de gözden kaçmamaktadır²⁴. Böylece bu konuda İdarenin tutarlı ve tekdüze uygulamalarıyla bir çeşit «**idari örf**» oluşur ve İdarenin bu suretle oluşan idari örf kurallarından haklı bir neden göstermeksizin ayrılması, davranışının keyfiliğe bürünmesine yolaçar²⁵. Bu noktada şu saptamanın yapılması zorunlu

19) SARICA, İdari Kaza, İstanbul, 1949, sh. 74; BALTA, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970, sh. 1970, sh. 87 vd.

20) BALTA, a.g.e., sh. 87.

21) DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, sh. 261 vd.

22) bk. JESCH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AÖR., 82, sh. 176 vd.

23) bk. GÜNDAY, a.g.e., sh. 97 vd.

24) GÜNDAY, a.g.e., sh. 162. Hemen hemen aynı düşünce tarzına Fransız öğretisinde de rastlamak olasıdır bk. CHATELAIN, De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et des jugements, Paris, 1950, sh. 279; WALINE, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in «Mélanges Scelle», Paris, 1950, C. II, sh. 623.

25) ONAR, idari örf ya da idari teamüllerin idare ahlâkiyatıyla olan ilişkisine işareti ediyor, bk. a.g.e., C. I, sh. 413. Belirsiz hukuk kavramlarının İdarece tekdüze yorumlanmasıyla idari örf ve âdet hukukunun oluşması hk. bk. WOLFF - BACHOFF, a.g.e., C. I, sh. 201 ve CATTEPOEL, Ermessen und Beurteilungsspielraum, Verw Arch., 1980, C. 71, sh. 144 vd.

görünüyor: Yukarıda açıklanan düşünce biçiminin vardığı sonuç, aslında «belirsiz hukuk kavramları» konusunda bizim de savunduğumuz «tek doğru çözüm kuramı»nın vardığı sonuçtan farklı değildir.

Öte yandan, kimi hallerde belirsiz hukuk kavramları, bir idari işlemin hukuki sonucuna da ilişkin olabilir. Bunun bir örneğine İdarenin ilgililere, bir işin yapılması için «münasip bir süre» vermesine ilişkin kararlarında rastlanmaktadır: burada süre, genellikle nesnel ölçütlere göre belirlenir. Bu gibi hallerde İdare «münasip süre» kavramına dayanarak süreyi belirlerken tamamen serbest olmadığından, açılacak bir davada, İdarenin ilgiliye tanıdığı sürenin gerçekten münasip olup olmadığı, yargı yerince denetlenebilecektir. Örneğin, yargı yeri İdarenin bu süreyi nesnel/maddi koşullara (teknik zorunluklara) aykırı bir biçimde çok kısa tutmuş olması nedeniyle ilgilinin kendisine İdarece yüklenmiş olan yükümlülüğü bu süre içinde yerine getirememesinden sorumlu tutulamayacağına karar verebilir.

⑤ — «Yerindelik» kavramıyla «hukuka uygunluk» kavramı arasında varolduğu ileri sürülen karşıtlığın, takdir yetkisinin alanının belirlenmesine katkıda bulunup bulunamayacağı sorununa gelince; öğretinin bu husustaki cevabı genel olarak olumsuzdur. Bununla beraber, «yerindelik» konusunda farklı görüşlere de rastlanmaktadır. Kimileri yerindelik kavramının «kamu hizmetinin gereklerinin İdarece takdir yetkisi içerisinde değerlendirilmesi»nden ibaret olduğu görüşündedirler. Buna göre «bir idari faaliyette İdareye takdir yetkisi tanınmışsa, ancak o zaman getirilen çözümün uygunluğu, yani yerindeligi tartışılabilecektir. Ortada bağlı yetki varsa, İdare ancak saptanmış yasal koşullar içinde karar verebileceğinden, yerindelik üzerinde durma olasılığı yoktur»²⁶.

Danıştayın bu konuya ilişkin kimi kararlarından da, «yerindelik» ile «takdir yetkisi»ni eşanlamda kullandığı anlaşılıyor²⁷. Buna karşılık kimilerine göre, takdir yetkisi ile yerindelik kavramları birbirinden farklıdır²⁸. «Takdir yetkisi olduğunda, mutlaka bir yerindelik alanı var-

26) bk. YENİCE - ESİN, Açıklamalı, içtihatlı, notlu idari yargılama usulü, Ankara, 1983, sh. 213.

27) 6. D., 2.6.1971 günlü ve K. 71/1826 sayılı kararı, Danıştay 6. Daire Kararları, 1. kitap (1965-1977), Ankara, 1979, sh. 115, No. 329 ve 6. D. 26.5.1967 günlü ve K. 67/1711 sayılı kararı, aynı yerde, sh. 254, No. 758.

28) bk. YAYLA, İdarenin takdir yetkisi, İHFM., C. XXX, sh. 210.

dır diye düşünmemek lâzımdır²⁹. Bizce de bu iki kavram arasındaki fark gözden kaçırılmamalı. Gerçekten, takdir yetkisi, yapılan idari işlemde bağımsız olup işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Oysa yerindelik, yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, azçok süreklilik arzeden bir durumu belirtir. Bu durum, idari işlemin yarattığı sonucun, kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibarettir. Bu husus ise, derinlemesine bir inceleme yapılmadan ortaya konamaz. Takdir yetkisi ile yerindelik arasında başka bir açıdan da bir fark saptanabilir. Şöyle ki, takdir yetkisi, uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde İdarenin serbest karar verme alanını oluşturur. Oysa yerindelik, bu serbest karar verme alanı içerisinde kalınarak verilen kararın konusunu oluşturur. Bu açıdan yargı denetiminin dışında kalan, gerçekte takdir yetkisinin ilişkin olduğu norm alanıdır.

Öte yandan Türk İdare Hukuku Teorisi ve Pratiğinin «hukuka uygunluk» ve «yerindelik» arasında salt bir karşıtlık görmek suretiyle içine düştüğü yanlış, kanımızca bu iki kavramın kesiştiği, hatta üstüste düştüğü kimi hallerin varolabileceği ihtimalini gözardı etmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, bazan öyle durumlarla karşılaşılır ki, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının saptanması, ancak o işlemin yerindeliliğinin incelenmesiyle olanak kazanır. Bu gibi hallerde yargı yerinin, işlemin yerindeliliğini de incelemesi gerekecektir³⁰. Bu gibi durumlarla özellikle kolluk önlemlerinin kişilerin özgürlük alanlarına müdahale etmek suretiyle ortaya çıkardıkları zararlardan dolayı açılan tam yargı davalarında rastlanabilir. Burada kolluk önleminin hukuka aykırı olup olmadığının saptanması büyük önem taşıdığından, bu nokta araştırılırken, önlemin kamu düzeninin korunması açısından **zorunlu ve yerinde** olup olmadığının da incelenmesi gerekecektir. Bu, bir bakıma, alınan kolluk önlemiyle, bu önlemin amacı (yani kamu düzeninin korunmasından ibaret olan kamu yararı amacı) arasındaki **«ölçülülük ilişkisi»**ne dikkat edilmiş olup olmadığının incelenmesi demektir³¹. Görül-

29) bk. ALAN, Türk idari yargısında yerindelik ve takdir yetkisinin değerlendirilmesi in «İdari yargıda son gelişmeler sempozyumu», Ankara, 1982, sh. 53.

30) karşı. WALINE, Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, in «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», 1956, sh. 27.

31) Fransız literatüründe aynı noktaya işaret edilmekte ve Conseil d'Etat'nın bu konudaki birçok kararına yollamada bulunmaktadır: karşı: AUBY-DRAGO, Traité de contentieux administratif, C. III, Paris, 1962, sh. 83, No. 1196.

düğü gibi, kimi hallerde, hukuka uygunluğun araştırılması, yerindeligin araştırılmasını da gerektirmektedir. Bu bakımdan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun «İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar...» yolundaki 2. maddesinin 2. bendinin düzenlemesi, doğru ve yerinde bir düzenleme olmadığı gibi, 1982 Anayasasının 125. maddesinde öngörülmemiş olan bir yargı denetimi kısıtlaması getirmesinin Anayasaya uygun olduğu da kuşkuludur.