

## TÜRK VE ALMAN DARE HUKUKU Ö RETLERİNDE BELİRSİZ HUKUK KAVRAMLAR

### INDEFINITE LEGAL TERMS IN TURKISH AND GERMAN ADMINISTRATIVE LAW DOCTRINE

DOI: 10.21492/inuhfd.525620

Jülide Gül ERDEM

Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, BF, Kamu Yönetimi Bölümü, Dr. Öğretim Üyesi. ([julideerdem@ibu.edu.tr](mailto:julideerdem@ibu.edu.tr)) ORCID: [0000-0002-3158-1296](https://orcid.org/0000-0002-3158-1296).

#### Makale Bilgi

Gönderilme: 11/02/2019  
Kabul: 19/03/2019

#### Anahtar Kelimeler

*Belirsiz Hukuki Kavramlar,  
Takdir Yetkisi,  
Değerlendirme Marjı,  
Tek Çözüm.*

#### Article Info

Received:  
11/02/2019 Accepted:  
19/03/2019

#### Keywords

*Indefinite Legal Concepts,  
Administrative Discretion,  
Margin of Appreciation,  
Single Fair Solution.*

#### Özet

Dare eylemlerinin sebepleri kanunlarda çeşitli biçimlerde ortaya konur. Bazen kesin ifadeler kullanılırken bazen de belirsiz kavramlar kullanılarak ifade edilmiş görülmektedir. Bunun sebebi, kamu düzeni, genel ahlak, kamu güveni, lüzum, gereklilik, yetersizlik gibi belirsiz kavramlarla açıklanması, idare için yapılması, gereken ilk şey kavramı, neyi ifade ettiğini bulmak ve sonra da somut olayın söz konusu kavram, karar, layih, karar, layihamayacağı, çözme, çözmektir. Bu amaçlarda idarenin serbestisinin sınanması, çizmek ise en temel ve tartışılabilir, meselelerden biridir. Türk dare Hukuku Doktrini, Alman dare Hukuku Doktrininden farklı olarak, belirsiz hukuki kavramlar olgusunu çoklukla idarenin takdir yetkisi kavramından farklı ele alınması, gereken bir konu olarak görmez. Ancak Alman dare Hukukçular, takdir yetkisi ve belirsiz hukuki kavramlar, birbirinden titizlikle ayrılır ve her ikisini de detaylı şekilde analiz eder. Buradan yola çıkarak da yargının denetim alanına ortaya koymaya çalışır. Alman Hukukçuların konuya yaklaşım, gitgide daha fazla hukuk sistemini etkisi altına alan bir yaklaşım, tarihsel süreçteki travmatik deneyimlerinden beslenerek ortaya çıkmıştır.

#### Abstract

Reasons of administrative acts are presented through various ways in laws; sometimes through strict statements, sometimes through indefinite terms. Although the reason of act has been explained by terms such as public order, public morality, public security, necessity, public morality, inefficacy etc., the first thing to carry out administration is to find out what the term means and then to solve whether the concrete case corresponds to the term or not. At this stage, drawing the lines of liberty of the administration is one of the most basic and contradictory issues. Turkish administrative doctrine generally does not perceive the notion of indefinite legal concepts as an issue which should be discussed in a more different way than the term of discretionary act of the administration. However, German Administrative Jurists studiously distinguish the discretionary act and indefinite legal concepts from each other, and analyse each of them in a detailed way. Starting from this point of view, they attempt to reveal judicial control field. The approach of German Jurists has been increasingly influencing more judicial systems and it has emerged through learning from traumatic experiences during the historical process.

## I. G R

Günlük hayat,m,zda birbirimizi anlayabilmemiz sadece sosyal bir canl, türü olmam,zdan kaynaklanan bir gereklilik ya da duygusal ve dü ünsel ihtiyaçlar,m,z,n kar ,lanabilmesinin bir ön ko ulu de ildir. Bu çok temel bir mecburiyettir, hayatta kalabilmemiz için bir ekilde ileti im kurmak zorunda oldu umuzu kabul edebilmemiz gerekir.

leti im ise gittikçe çe itlenen yollarla yap,labilir elbette. Ancak her bir yol içinde sözcüklerin önemi asla küçümsenemez. Sözcükler, kavramlar,n sembolü; kavramlar, nesnelere, duygular,n, dü üncelerin, hareketlerin zihinsel gölgesi, tasar,m,d,r adeta. Böylesine derin bir konuyu de il tart, mak, ucundan k,y,s,ndan irdelemeye ba lamak bile bu çal, man,n meselesi olmaktan da yazar,n alt,ndan kalkabilece i bir mesele olmaktan da çok uzakt,r. Fakat kabaca u söylenebilir ki kelimeler, mefhumlar, simgeleyerek bizi ayn, olmasa bile yak,n kavramlarda bulu maya götürür. Ama sorun udur ki ne kadar yakla abiliriz?

Bilim ya da sanat bu tip sorulara kendi me replerine göre yan,tlar arar ve bulduklar,ndan bir yerlere var,r. Hukuk da öyle ya da böyle bu yan,tlarla var olur neredeyse. Dilin kullan,m,n,n hukuk aç,s,ndan önemi ve a ,rl, ,n, tart, mak da bu çal, man,n konusu de ildir ama normlar, olu turan sözcüklerin ta ,d, , anlam üzerinde kesin ve tart, mas,z bir fikir birli i olamasa da kullan,lan kelimenin i aret etti i durumlar, ko ullar, olgular, olaylar üzerinde büyük oranda fikir benze mesi sa lanabilmesi, hukukun sa lamay, vadetti i en belirgin mefhumlardan birine, hukuki belirlilik ilkesine yak,nla may, sa lar.

Normlar,n kal,plar, ne kadar netle mi se muhataplar, için de o kadar belirginle ece ini söylemek mümkündür. Bu belirlilik aray, , nerdeyse hukukun mihenk ta lar,ndan biriyken daha en ba ,nda belirsizli iyle vurgulanan öbelirsiz hukuki kavramlarö da nedir ki? En önemlisi, bu kavramlar, kullanarak olu turulmu bir hukuk normu; buna dayanarak hareket edebilecek olan idareye ne kadar hareket serbestisi sa layacakt,r?

dare hukukunun di er kavramlar,yla aralar,ndaki farkl,l, a i aret edercesine belirsizli ine i aret edilerek adland,r,lan belirsiz hukuki kavramlar olgusu, Türk Kamu Hukuku çevrelerinin çok önem atfetti i bir mesele gibi görünmemekteyse de kapsad, , ve kapsamad, , idari serbestiyetle, idarenin muhataplar, üzerinde çok büyük etki uyand,rma gücüne sahiptir asl,nda. dare dayand, , yasal düzenlemenin kendine açt, , alan içinde hareket edebilecektir sonuçta. Bu alan ne kadar geni ve dokunulmaz olarak belirlenirse, idare edilenlerin hareket alan, o kadar daralma tehlikesiyle kar , kar ,yad,r. Türk dare Hukuku Yaz,n, genel olarak, idarenin takdir yetkisi kavram,n, ele al,rken söz konusu yetkinin i lemin hangi unsuru üzerinden verildi i konusunda da çok büyük bir netlik aray, , içinde bulunmad, ,ndan, i lemin sebep unsurunda kullan,lan ve do as, gere i yoruma ihtiyaç duydu u aç,k olan belirsiz hukuki kavramlar,n takdir yetkisinden daha farkl, bir alan olu turdu u fikri de çok benimsenmez.

u da var ki belirsiz hukuki kavramlar meselesine Türk Kamu Hukukçular,n,n yakla ,m, di er ülkelerin hukuk sistemlerinden çok da farkl, de ildir asl,nda. Bu hususta ayr,ks, olan Alman kamu hukuku kuramc,lar,n,n ve yarg,s,n,n yakla ,m,d,r.

Alman dare Hukukçular, II. Dünya Sava ,n,n ard,ndan idarenin yetkilerinin yarg,sal denetim d, ,nda tutulmas,n,n sonuçlar, konusunda özen ve önemle durarak ya anan deneyimlerin tekrarlanmas, olas,l, ,n,n önüne geçmek istemi lerdir. Anayasal ve yasal düzenlemeler yan,nda kuramsal tart, malar,n da temel olarak bu amaç etraf,nda ekillendi ini söylemek yanl, olmaz. Sava öncesi ve s,ras,ndaki idari yarg,n,n pasif rolünün de i tirilmesi ve daha aktif ve güçlü bir yarg,sal denetim anlay, ,n,n hayat geçirilmesinin üzerinde önemle durulmu tur. Benzer yakla ,m yarg, taraf,ndan da iddetle benimsenerek hayata geçirilmi tir. Bu noktada önemli mihenk ta lar,ndan biri de belirsiz hukuki kavramlarla düzenlenmi hükümlere dayanarak harekete geçecek idarenin ne kadar serbest olabilece i meselesidir. Yarg,n,n söz konusu durumlarda idarenin hareket alan,na ne kadar müdahale edebilece i mevzuu, önemle ele al,nm, t,r. Bunu Anayasa,n,n idare edilenleri, idareden gelebilecek hak ihlallerine kar , korumaya yönelik hükümleriyle do rudan do ruya ili kilendirerek yapar Alman Hukuk Sistemi. Belirsiz kavramlar kullanarak düzenlenmi bir yasa hükmünün idareye tan,d, , yorum yapma olana ,n,n yarg, taraf,ndan denetlenmesi meselesi adeta hukuk devletinin en önemli basamaklar,ndan biri olarak görülür. dareye yarg,sal denetim d, , tutulan ne kadar az alan sa lan,rsa hukuki güvenli in o kadar hayata geçirilece i fikrinin uzant,s, olarak benimsenmi tir konu.

Bu çal, mada, belirsiz hukuki kavramlar,n ne oldu u ve takdir yetkisinden fark, aç,klanarak, idareye tan,d, , alan aç,kland,ktan sonra, Alman ve Türk dari Yaz,n,nda konunun nas,l irdelendi i ortaya konmaya gayret edilmi tir. Ancak Alman Hukuk Yaz,n, belirsiz hukuki kavramlar konusunu belirli bir sistematik çerçevesinde ve belirli teorilere ba l,l,klar,n, aç,klayarak ortaya koymay, tercih etti i için, Alman Hukukçular, bu teoriler çerçevesinde incelenmeye çal, rken Türk dare Hukuku Doktrini belirsiz hukuki kavramlar ya da ili kilendirildi i takdir yetkisi kavram, üzerinde çal, m, hukukçular,n bireysel de erlendirmelerinin tespiti ekinde olabilmis tir.

## II. TANIM

Yasalarda idari i lemlerin sebeplerini i aret ederken kullan,lan ölüzumö, ögenel ahlakö, ögenel sa l,kö, kamu düzeniö, öihtiyaçö, ökamu güvenli iö gibi s,n,rlar, tek bir ölçü birimiyle ortaya konabilmesi imkans,z, belirlenebilmesi için somut olay,n ak, ,na göre yorum gereken kavramlar öbelirsiz hukuki kavramlarö olarak isimlendirilmektedir.

Belirsiz kavramlar, ancak uygulanaca , olayla ili kilendirildi inde somutla an bir mâna içerirler, öncesinde tam

bir anlam ifade edemezler. Bu nedenle de böyle bir kavrama dayanarak harekete geçecek olan idare o kavram, n anlamlandır, lmas, nda önemli bir rol oynayacaktır.<sup>1</sup> Belirsiz bir kavram, n yasa koyucunun iradesine dair izler ta , mas., somut olaydan önce de yasa koyucunun iradesini bir nebze olsun i aret etmesi, uygulanmas, gereken olaydan ba , ms, z olarak anlam, n, n kesinlik ta , mas, na yetmez.<sup>2</sup> Belirsiz hukuki kavramlar mecburen bir de erlendirmeye ihtiyaç duyarlar.<sup>3</sup>

Pek çok durumda birbiriyle kar, t, r, labilen takdir yetkisi ve belirsiz hukuki kavramlar olgusu asl, nda idareye farklı noktalarda ve farklı türde yetkiler tan, maktad, r. En genel ifadesiyle takdir yetkisi, idareye seçim yapma olana , vermektir. T, pk, belirsiz hukuki kavramlar olgusu gibi idarenin takdir yetkisi üzerinde de detayl, s, n, fland, r malar yapm, olan Alman dare Hukuku Doktrini, idarenin harekete geçip geçmeme (mesela Alman Toplant, Kanunu'nun madde 15/2 hükmüne göre haber verilmemi bir toplant, y, da , t, p da , tmama) yetkisinin oldu u durumlara ökarara ili kin takdir yetkisiö (entschliessungsermessen) der. Nordrhein-Westfalen Polis Kanunu madde 8/1 hükmüne göre kamuya zararlı faaliyetlerde al, nacak önlemleri polisin seçebilmesi yetkisinde oldu u gibi; idarenin birden fazla olas, l, ktan birini tercih edebilme yetkisine ise ödarenin seçime ili kin takdir yetkisiö (auswahlermessen) ad, verilir. Alman dari Usul Yasas, n, n 40. maddesi<sup>4</sup> idarenin takdir yetkisini nas, l kullanmas, gerekti ini aç, kça belirleyerek, yetkisini yasal s, n, rlar, n içinde ve amac, na uygun kullanmak mecburiyetinde oldu u ortaya koymu tur. Takdir yetkisinin yarg, sal denetimi de do al olarak bu s, n, rlara uyulup uyulmad, , hususuna dönük olacaktır.

dareye harekete geçip geçmeme, i lemi yap, p yapmama ya da i lemi yaparken birden fazla seçenek aras, nda tercih yapabilme olana , n, n yasalarca sa land, , takdir yetkisinden farklı olarak; belirsiz hukuki kavramlar idarenin tasarrufta bulunmas, ndan önce, var olan durumun bunu gerektirip gerektirmedi ini de erlendirmesi, somut olay, yorumlamas, gereklili ini ifade eder. Genel olarak; Türk dare Hukuku Ö retisi takdir yetkisi ile belirsiz hukuki kavramlar, n idareye tan, d, , hareket alan, n, sanki ayn, nevidenmi çesine ele al, r. Oysa daha en temelde i lemin farklı, unsurlar, nda yer bulur bu iki olgu. Belirsiz hukuki kavramlar sebep unsurunda yer al, rken; takdir yetkisi idarenin konu unsurundaki seçim olana , n, ifade eder.

Takdir yetkisi, hukuki sonuç bak, m, ndan idareye seçim yetkisi verir ve do al olarak da sonuca yöneldi i söylenebilir ancak belirsiz hukuki kavramlar olay, n nitelendirilmesi a mas, na dair bir meseledir.<sup>5</sup> Ünlü Alman hukukçu Maurer<sup>6</sup> belirsiz hukuki kavramlar, n ancak bir de erlendirme ve öngörü ile kullan, labilir hale gelen ve farklı, bak, aç, lar, n, n dikkate al, nmas, n, gerektiren kavramlar oldu una i aret eder.

### III. BEL RS Z HUKUK KAVRAMLAR OLGUSUNUN GEL İ M SÜREC

Alman Kamu Hukuku belirsiz hukuki kavramlar (unbestimmter rechtsbegriff) teorisinin do um yeridir. Hatta belki de Alman dare Hukuku ile di er Avrupa ülkelerinin idare hukuku sistemleri aras, ndaki en net fark burada yatmaktadır.

Di er Avrupa ülkelerinde, yasalarda genel ifadelerin kullan, lmas, yla yoruma aç, k hale gelen durumlarda, özellikle de idarenin uzmanl, , n, n önemli oldu u ko ullarda; yarg, n, n söz konusu alana müdahale etmekten kaç, nma e ilimi gösterdi i, idarenin takdir yetkisinin varl, , n, kabul etti i söylenebilir. Örne in rekabet hukuku mevzuat, n, n verdi i yetkiye dayanarak bir irket birle mesini kamu yarar, na ayk, r, bularak müdahale eden idare, ngiliz Mahkemelerine göre muhtemelen takdir yetkisini kullanm, kabul edilerek buna dair s, n, rlar içinde yarg, sal denetlemeye maruz kal, rken; benzer bir yasal düzenlemeyle hareket etmi olsa da Almanya'da tam bir yarg, sal denetlemeye tabi tutulacaktır.<sup>7</sup> Ancak u da söylenmelidir ki ngiliz Yarg, s, da idarenin belirsiz kavramlar, yorumlama yetkisi konusunda gitgide daha çok ve geni ekilde yarg, sal denetim yapma e ilimi içindedir.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> SCHM DT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, Berlin, 1968, s.13 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, Yay, nlanmam, Doçentlik Tezi, 1982, s.94).

<sup>2</sup> BETTERMANN, Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, Der Stat I (1962), S.84; SCHM DT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, S.13-14; LAUN, Das frei Ermessen und seine Grenzen, Leipzig-Wien, 1910, s.60; WOLF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, s.189-190 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.95).

<sup>3</sup> OSTER Jan S., öThe Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal Systemö, s.1272-1273

<sup>4</sup> öSection 40 Discretion: Where an authority is empowered to act at its discretion, it shall do so in accordance with the purpose of such empowerment and shall respect the legal limits to such discretionary powers.ö <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289> (Eri im Tarihi: 01.02.2019)

<sup>5</sup> MÜLLER, Bernd. Verwaltungsrecht, Hamburg, Springer, 1999, s. 27 (Aktaran: YILMAZ Dil at, öAlman dare Hukukunda darenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yarg, sal Denetimiö, stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuas., Y, l 2011, Cilt 69, Say, 1-2, s.1026).

<sup>6</sup> Maurer Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, Verlag C.H.Beck: 2009, s.144-145 (Aktaran: YILMAZ, s.1026)

<sup>7</sup> NOLTE Georg, öGeneral Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspectiveö, The Modern Law Review, Vol.57, March, 1994, s.196-197.

<sup>8</sup> NOLTE, s.205.

Fransız dare ve dari Yargılama Hukukunun geli iminde hukuk teorisyenlerinin de rolü olmu sa da ba at faktörün Conseil d'Etat oldu una dair genel bir kabul vardır. Bu süreç pek çok etmenin de do al sonucu olarak Almanya'dan farklı, bir ak, izlemi tir ve sonuç olarak etkin bir belirsiz hukuki kavramlar olgusu do urmam, tır. Fransız dare Hukukunda takdir yetkisi kavramı, (pouvoir veya compétence discrétionnaire) genel olarak yasalar, n idareye verdi i özgürlük alan, n, tanımlanmaktadır. Fransız idari yargılama yaklaşımları, Almanya'da olduğu gibi sistimli bir şekilde belirlenip istikrarla uygulanan bir takdir yetkisi teorisi benimsedi ini söylemek mümkün de ildir. Fransız dare Mahkemeleri belirgin bir hukuki teori çerçevesinde tam bir yargısal denetim anlayışına ele almaz takdir yetkisini. Yargı önüne gelen her davada olayın koşullarını değerlendirerek karar vermeyi tercih eder.<sup>9</sup> Bu yaklaşım neticesi, yargı, sebebi belirsiz kavramlarla ortaya konmuş tasarruflar, de değerlendirirken bireysel ve kamusal yararlar, her bir olayın özelliklerine göre ayrı ayrı ele alınarak tartarak karar verir<sup>10</sup>.

Alman dare Mahkemeleri ise takdir yetkisi ile belirsiz hukuki kavramların yorumlanması, arasında net bir fark gözetmektedir. darenin takdir yetkisine sahip kabul edilen durumlar sadece yasada açıkça belirtilmiş olması (-ebilme, -abilme yeterlilik fiillerinin kullanılması, veya bu anlam, açıkça verecek bir ifadenin yer alması, olması) özgülenmiş tir ve böyle bir durum yoksa idare en fazla belirsiz hukuki kavram, yorumlayabilecektir bu da tam bir yargısal denetime tabidir. Yargı, böyle durumlarda Alman Kamu Hukuki Teorisinde baskın olan ötek çözüm görüşü üo do rultusunda de erlendirme yapar.<sup>11</sup>

Alman Kamu Hukukunda geli tirilip uygulanmakta olan belirsiz hukuki kavramlar ve idareye onlar aracılıyla verilen yorum alan ile takdir yetkisi arasındaki bu net ayrışma ne Amerikan Hukuk Sisteminde ne de Avrupa Birli i'nin diğer ülkelerinde tam bir karşılık bulur<sup>12</sup>. Ancak pek çok konuda olduğu gibi Alman Hukuk Sisteminin Avrupa Birli i Hukukundaki etkisi bu konuda da kendisini göstermeye başlamış tir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11.03.1980'de kabul ettiği tavsiye kararında takdir yetkisi hukuken kabul edilebilir seçeneklerden birini seçebilme olanağı anlamında tanımlanmış<sup>13</sup> ve tavsiye kararının yorumunda da takdir yetkisinin belirsiz hukuki kavramlar için uygulanamayacağı vurgulanarak aradaki farkı iaret edilmiştir. Buna göre belirsiz hukuki kavramlar, takdir yetkisinden farklı olarak her somut olayda objektif anlamını belirleyecek kavramlardır.<sup>14</sup>

Bu durum da göstermektedir ki belirsiz hukuki kavramların incelenmesi Alman dare Hukukunun konuyu ele al ve yorumlayışından bağımsız bir şekilde yapılamayacaktır.

Belirsiz hukuki kavramların takdir yetkisinden kesin olarak farklılaşması süreci II. Dünya Savaşı'nın ardından ya anmış tir<sup>15</sup>. Alman dare ve dari Yargılama Hukuku Weimar döneminde idareye çok geni bir takdir yetkisi alan, tanımlanmış, hatta yasal dayanaktan adeta vazgeçerek, idarenin koşullarını öyle gerektirdi ki karar vermesi halinde, takdirini kullanabileceğini kabul etmiş ve bunun yargısal denetiminden de neredeyse vazgeçmiştir tir. Bu yaklaşımın Nazi dairesinin uygulamaları, adeta denetlenmesi mümkün olmayan bir idari tasarruf alanı olarak aksetmesi, savaşın ardından yapılmış hesaplamaya yönelik eleştirilerin büyüklüğünde belirleyici oldu unu söylemek gerekir.

Almanya'da, Weimar, Savaş ve devam dönemlerinde yaşanan büyük toplumsal sarsıntıların ardından kalkınma yolu olarak yeni bir hukuk devleti (rechtsstaat) sistemi oluşturulmuş tir. Bu süreçte hukuk devletinin en önemli dayanak noktası, bağımsız yargı ve insan hakları, temel alan bir idare anlayışına olmalıdır. Böyle bir kamu idaresi düzeni de idarenin takdir yetkisi anlayışına ve uygulamasında çok köklü bir de i ikli artış ko uyordu. Diğer yargı kolları,na göre daha dar bir alana sınırlanmış tir, görünür idari yargı için bu artış tam bağımsız ve çok daha güçlü olmak anlamına geliyordu. Yeni Almanya'nın insan hakları,na dayanan bir hukuk devleti amaçlarına ulaşması; yargının idareyi tam olarak denetleyebilmesi, daha sınırlı bir yargısal denetim uygulaması için de takdir yetkisinin varlığını sadece yasalarla açıkça belirtti ki durumlara hasredilmesi ve belirsiz hukuki kavramların kullanılması, olması, halinde de var olduğu kabul edilen o tek do ru çözümün bulunmasını gerektirdi ini anlayışına gerçekecekti. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) tarafından da benimsenen bu yaklaşımın temel dayanağı, da Anayasanın 19/4<sup>16</sup> hükmüydü<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> SCHWARZE Jürgen, European Administrative Law, Sweet&Maxwell, London, 1994, s.261-262 ve 263-265.

<sup>10</sup> BULINGER M., "Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung", Festschrift für H.Jahrreiss, 1974, pp.19et seq. (Aktaran: SCHWARZE, s.265).

<sup>11</sup> SCHWARZE, s.274; NOLTE, s.197.

<sup>12</sup> KUNNECKE Martina, Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison, Springer Verlag, Heidelberg, 2007, s.79-80.

<sup>13</sup> [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016804f22ae#globalcontainer](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804f22ae#globalcontainer) (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

<sup>14</sup> <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c476c> (Erişim Tarihi: 16.12.2018)

<sup>15</sup> KUNNECKE, s.79.

<sup>16</sup> "Madde 19. Temel haklar, n sınırlanmış tir, lması, ve özgü

(4) Bir kamu erki tarafından haklar ihlal edilmiş olan herhangi bir şahsa yargı yolu açılmış tir. Diğer yargı yollarının yetki ve görevleri saklı olmak üzere, adli yargı yolu izlenir. Onuncu maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü saklıdır. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (22.12.1018).

<sup>17</sup> NOLTE, s.203-205.

#### IV. ALMAN DARE HUKUKU Ö RET S NDE BEL RS Z HUKUK KAVRAMLARA DA R TEMEL YAKLA IMLAR

Belirsiz hukuki kavramlar ve bunlar, n idareye verdi i yetkinin s, n, rlar, konusunun en detayl, ekilde tart, , ld, , hukuk sisteminin Alman Kamu Hukuku oldu u daha önce de ifade edilmi ti. Alman doktrin ve yarg, çevreleri bu konular, II. Dünya Sava , n, n ard, ndan uzun uzun ele al, p analiz ederek di er hukuk sistemlerinden farklı, bir noktaya ulaş, m, lard, r.

Daha önce de belirtildi i gibi; Alman Hukuk Sisteminde idari yarg,, belirsiz hukuki kavramlar, n idareye takdir yetkisi vermedi ini ve idarenin, yasalarda kullan, lm, olan belirsiz kavramlarla ö ngörölmü olan tek do ruyu bulmakla yükümlü oldu unu kabul eder. Bu yükümlülü ün yerine getirilip getirmedi ini de tam olarak denetler. Bir yasal düzenleme, yasal nedenler ve sonuçlar olmak üzere iki bölümden oluş, ur. Her bölümün kendi içinde bir tercih yetkisi içermesi mümkündür. Bir normun ilk k, sm, belirsiz kavramlar içerirken ikinci k, s, m idareye seçim yapma olana , (ermessen) verebilir. Normun ilk k, sm, belirsiz kavramlarla düzenlenmi se idare var oldu u kabul edilen tek do ru çözümlü bulmak zorundadır, r ve yarg, idarenin bunu yap, p yapmad, , n, tam olarak denetler.<sup>18</sup>

dare kendisine tasarrufla bulunma yetkisi veren yasa hükmünde kullan, lan belirsiz kavram, hayata geçiren önce kavram, yorumlayacak sonra da somut duruma uygulayacaktır, do al olarak. Yarg, n, n bu süreci denetlemesi söz konusu oldu unda ilk a amay, yani idarenin belirsiz kavram, yorumlama a mas, n, tam olarak denetleyece i fikri, hem doktrin hem de yarg, uygulamalar, nda genel bir fikir birli iyle kabul edilir. Ancak ikinci a ama yani idarenin somut olaylara ili kin yorumunun ne kadar denetlenece i noktas, nda doktrin hem fikir oldu u söylenemez. Fakat Alman Anayasa ve dari Yarg, s, n, n istikrarlı, bir ekilde (istisnai kararlar hariç) tek çözümlü görü ünü kabul etti ini belirtmek gerekmektedir.<sup>19</sup>

Ancak doktrinde yer alan tek görü ün tek çözümlü görü ü olmad, , da aç, kt, r. Alman hukuk ö retisinin konuya ili kin fikirlerin temelinde iki gruba ayr, larak ele al, nmas, yaral, olacakt, r. İlk grup, yasada i lemin sebep unsurunun belirsiz hukuki kavramlar kullan, larak belirtilmi olmas, n, n idareye kesinlikle takdir yetkisi vermedi ini savunan hukukçular, r ki say, ve etkinlik bak, m, ndan a , rı, k bu gruptadır, r. Ancak bunlar, n kar , s, nda belirsiz kavramlar, n idareye bir tür takdir yetkisi verdi ini savunan hukukçular da bulunmaktadır.

##### A. Belirsiz Hukuki Kavramlar, n dareye Takdir Yetkisi Vermedi i Görü ü

Belirsiz hukuki kavramlar kullan, lmas, suretiyle düzenlenmi bir yasal düzenlemede idareye tan, nan yetkinin, idareye takdir yetkisi veren düzenlemelerden farklı, oldu unu savunan bu gruptaki hukukçular Alman Kamu Hukuku ö retisinde bask, n grubu oluş, tururlar. dareye tan, nan yetkinin bir seçim de il somut olay, n yasal düzenlemedeki ko ulu sa lay, p sa lamad, , na dair bir yorum yetkisi oldu u fikri bu grubun temel hareket noktas, n, n oluş, turur. Ancak görü ü içinde de bu tür durumlarda idarenin hukuka uygun davran, p davranmad, , n, n yarg, sal denetimi hususunda yani i lemin hukukili i denetlenirken yarg, n, n denetim alan, n, n belirlenmesi konusunda farklı, l, klar olabilmektedir. Bu görü ü savunan hukukçular belirsiz hukuki kavramlar, n idareye takdir yetkisi vermedi i konusundaki fikir birliklerine ra men, idarenin belirsiz kavram, somut olaya uygulamas, sürecinde somut olaylar, nitelendirmesinin de denetlenip denetlenmemesi hususunda ayr, l, rlar. Ancak idarenin bir takdir yetkisine sahip olmad, , ö nkabülü zaten i lemin yarg, sal denetimi a mas, nda mahkemelerin denetim alan, n, temelde çok geni olarak benimsenmesi sonucunu do urmaktadır, r. Fakat detaylarda hiç de az, msanmayacak farklı, l, klar ortaya ç, kmaktadır, r. Bu nedenle belirsiz kavramlar, n idareye takdir yetkisi vermedi ini savunan görü leri, tek çözümlü görü ü etraf, nda birlemler ile de erlendirme marj, görü ünü benimseyenler olarak iki temel teori çerçevesinde ele almakta yarar vardır, r.

##### 1. Tek Çözümlü Görü ü

Tek çözümlü görü ünü benimseyen hukukçular, yasada belirsiz bir kavrama yer verilmesiyle dikkate al, nmas, mecburi bir normatif ölçütün konmu oldu unu dü ünürler.<sup>20</sup> Somut olayda yasa koyucunun iradesine uygun olan tek bir çözümlü vard, r<sup>21</sup> ve sonuç olarak da idarenin yasa koyucunun iradesine uyup uymad, , n, n da tek bir cevap, olacakt, r<sup>22</sup>. Bu görü ü , belirsiz kavramlar, n objektif içeri e sahip oldukları, n, idarenin de söz konusu kavram, n içerdi i normatif çözümlü kolay ya da zor olmas, fark etmeksizin bulmakla yükümlü oldu unu ve bu yükümlülü ün de takdir yetkisi bar, nd, rmad, , n, savunur<sup>23</sup>.

Tek bir çözümlü oldu unu savunan yakla , m, idarenin belirsiz hukuki kavram, n içerdi i normatif çözümlü bulmas, n, asl, nda bir tespiti lemi olarak de erlendirir ve do al olarak da idarenin sonuç üzerinde etkisinin

<sup>18</sup> KUNNECKE, s.79-80.

<sup>19</sup> S NGH Mahendra P., German Administrative law in Common Law Perspective, Springer, (2nd edition), Heidelberg, 2001, s.176.

<sup>20</sup> REUS, Das Ermessen, DVI, s.587; REUS, Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVI, s.651 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.44).

<sup>21</sup> LOENING, Die gesetzliche Koppelung vom unbestimmten Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei Versagung und Entziehung von Begünstigungen, DVBI, 1952, s.200; REUS, Das Ermessen, DVI, 1953, s.586; REUS, Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVI, 1953, s.649; ADAMOWITSCH, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, Wien 1954, s.17 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.43).

<sup>22</sup> CZERMAK, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, DVBI, 1966, S.366 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.44).

<sup>23</sup> SCHM DT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, s.13-14; M CHOUD, Etude sur le pouvoir discretionnaire, Revue generale d'administration 1914, s.12, 33, 37; GIRAUD, Etude sur la Notion de pouvoir discretionnaire, Revue generale, d'administration, 1924, s.203; VEDEL, Essai sur la Notion de cause en droit administratif, These Toulouse, 1934, s.26 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.45).

olamayaca ,n., böyle bir serbestisinin bulunmad, ,n, öne sürer. Takdir yetkisi kavram,n,n içinde bar, nan, hukuken düzenlenmemi ve böylece idareye iradesini kullanmas, için b,rak,lm, olan alan, belirsiz hukuki kavramlar söz konusu oldu unda yoktur, sonuç olarak da idare yaln,zca yasa koyucunun iradesini tespit edip o do rultuda hareket etmek mecburiyetindedir.<sup>24</sup>

Bu görüş ü savunan hukukçulardan bir k,sm, bu sonuca var,rken ba lang,ç noktas, olarak belirli kavramlar,n da belirsizlik içerdi i verisini al,rılar. Sonuçta belirli kabul edilen kavramlar da dilin kullan, biçimine göre farklı anlamlar içerebilir, yani onlar da göreceli olarak belirsizdir. te belirlilikleri göreceli olan bu öbelirli kavramlarö somut olaya uyarland,klar,nda tek bir çözümün oldu u kabul edilirken bunlardan sadece derece fark,yla ayr,lan (yani onlara göre sadece daha belirsiz olan) belirsiz hukuki kavramlar da yasa koyucunun iradesine uygun tek bir çözüm içereceklerdir.<sup>25</sup>

Baz, belirsiz kavramlar,n di erlerinden farklı olarak bir somut olayda örsasyonelö bir hukuki dü ünçe ile de il de ancak bir de erlendirmeye uygulanabilece ini tek çözüm görüş ünü benimsemi hukukçular da kabul eder. Ancak öde er kavramlar,ö olarak adlandır,lan bu tip kavramlar,n da idareye takdir yetkisi vermesi dü ünülmez. dare toplumun de erleriyle ba l,d,r ve yasa da toplumun de erlerine yollama yapm, t,r. Sonuçta idarenin somut olayda bu çözümü bulmas, gereklidir ve bunu bulup bulmad, , da hukuki bir mesele olarak yarg, taraf,ndan denetlenecektir.<sup>26</sup>

Belirsiz hukuki kavramlar içeren yasal hükümlerin uygulanmas,yla ilgili davalarda Alman Anayasa Mahkemesi ve dare mahkemeleri genel olarak tek çözüm görüş ünden yola ç,karak yarg,sal denetim yaparlar.

## 2. De erlendirme Marj, Görü ü

Belirsiz hukuki kavramlar konusunda tek çözüm görüş ünün yerle ti i 1950di y,llardan itibaren do al olarak bu yakla ,ma baz, ele tiriler yöneltilmi tir. Bu ele tirilerden de belirsiz hukuki kavramlar,n idareye takdir yetkisi vermedi ini kabul etmekle birlikte; tek çözüm görüş ünü de idarenin birden fazla çözüm aras,nda seçim yapabilme olana ,na sahip olabilmelerini savunarak reddeden de erlendirme marj, ya da nitelendirme serbestisi (beurteilungsspielraum) görüş ü do mu tur. Bu teoremin kurucusunun Bachof oldu u kabul edilir.<sup>27</sup>

Öncelikle söylenmelidir ki de erlendirme marj, görüş ünü savunan hukukçular, idarenin kavramlar hakk,ndaki yorumunun da belirsiz hukuki kavram, somut duruma uygularken dayand, , gerçekli in de yarg, denetimine tabi oldu u hususunda tereddütsüzdürler. Ancak tek çözüm görüş ünü savunanlardan u noktada ayr,l,rılar ki o da idarenin yasa koyucunun iradesine uygun birden fazla de erlendirmeden birini seçebilmesinin de hukuka uygun oldu unu kabul etmeleridir.<sup>28</sup>

Bu teorem, idarenin sahip oldu unu savundu u de erlendirme yetkisinin, takdir yetkisinden farklı oldu unu vurgular. Belli bir tasarrufun yap,lmas,, belirsiz hukuki kavramla nitelendirilen bir ko ula ba lanm, sa; idare bu kavramla ortaya konan davran, ko ulunun varl, ,n, tespit edecek ve sonuçta öngörölmü o tek tasarrufu yapacaktır. E er belirsiz hukuki kavramlar,n varl, , halinde de uygulanmas, öngörölmü tek bir sonucu içeren bir norm söz konusu de ilse, yani belirsiz hukuki kavram,n yorumlanmas,n,n ard,ndan yap,lacaklar konusunda idareye seçenek tan,nm, sa bile; idareye takdir yetkisini veren belirsiz hukuki kavram de ildir, normun sonuç k,sm, (konu unsuru) vermektedir takdir yetkisini. dare de erlendirme marj,na sahipse bununla aranan davran, ko ullar,n,n (belirsiz kavramlarla verilmi olan ko ullar,n) o olayda gerçekle ti ini tespit etmek zorundadır ve ancak bundan sonra takdir yetkisini kullanabilecektir.<sup>29</sup>

Ayr,ca de erlendirme marj,n, benimsemi yazarlar da tüm belirsiz hukuki kavramlar,n idareye böyle bir nitelendirme alan, sa lamad, ,na i aret ederler. Yasa koyucunun davran, ko ulunu bir ötecrübe kavram,ö kullanarak gösterdi i durumlarda somut olay,n içinde kural olarak tek bir çözüm oldu u kabul edilir. Mesela bir benzin istasyonunun ötehlikeliö olup olmad, , objektif deneylerle tespit edilerek yasa koyucunun iradesi bulunup yarg,sal denetim a ,mas,nda da kolayca denetlenebilir. Ancak bu hususta istisnai durumlar,n da olabilece i kabul edilmelidir. Tehlike oran, deneylerle tespit edilebilse bile tehlikenin gerçekle ip gerçekle memesi nihayetinde pratikte kesinle ecektir. Böyle durumlarda, de erlendirme sorumlulu unun idareye ait olmas, ve deneyimin verdi i bilgi birikiminin de dikkate al,nmas, gerekti i kabul edilmelidir. Bunun yan,nda ögeceö, gün do umuö, ömahalli adetlerö, ticari adetlerö gibi kavramlar belirli yer ve zaman için objektif tek bir çözümü içerdiklerinden bu gibi ifadeler idareye de erlendirme serbestisi tan,maz ve yasa koyucunun iradesini hayata geçirmekte tek bir çözüm bulunmaktadır.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> REUS, Das Ermessen, DVI, s.587 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.45).

<sup>25</sup> SCHM DT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, s.15-16 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, 46).

<sup>26</sup> REUS, DVBI 1953, s.653; REUS, Urteilsanmerkung, DÖV 1954, s.537; CZERMAK, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, s.17 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, 47-48).

<sup>27</sup> KUNNECKE, s.119.

<sup>28</sup> GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.50-51.

<sup>29</sup> BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, s.98 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.52).

<sup>30</sup> BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, s.100; JAROSCH, Die Prüfung unbestimmter Rechtsberiff durch die Verwaltungsgerrichte, DVBI 1954, s.521; MENGER, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHUENER, Bd.III/2, 1959,s.751; MEYER, Zur Problematik der unbestimmten

Wolff/Bachofæ göre idari i lemin sebep unsuru, õhizmet gere iõ, õihtiyaçõ, õgüvenirlikõ, õönemli nedenõ, õkamu düzeniõ gibi belli ç,karlar ve de erler alan,na dahil olup yer ve zaman bak,m,ndan tam olarak belirlenemeyen, birbirine yak,n durumlar, i aret etmekle birlikte hangi vak,alar, kapsad,klar, belli olmayan õtip kavramlarõ ile gösterilmi se idarenin hukuka ba l,l, , bu kavramlar,n i aret etti i õtip alanõ ile s,n,r,l,d,r. Bu alan içindeki nitelendirmelerin hukuka uygun oldu u kabul etmek gerekir. Çünkü sadece bu alan objektifle tirilebilecektir.<sup>31</sup>

K,saca, õtip kavramlarõ söz konusu oldu unda yarg, idarenin dayand, , vak,alar,n gerçekli ini, yapt, , de erlendirmelerin nesnel ölçütlere uygunlu unu denetleyecektir, ancak de erlendirme mecburi olarak öznellik içeriyorsa, o noktada idarenin de erlendirme alan,na müdahale etmeyecektir.

De erlendirme marj, teoremi, özellikle yarg,da bask,n olan tek çözüm görü üne yönelik ele tirilerden do mu tur. Tek çözüm görü ü, takdir yetkisi azalt,lm, , detayl, yasal düzenlemelerle s,n,r,land,r,lm, bir idare anlay, ,yla bireyin güçlenmesi ve böylece hukuki güvenli inin sa lanmas,n, hedeflemektedir. Ancak bu görü ün kar ,s,nda, hayat,n ortaya ç,kard, , her olas,l, ,n öngörülmesinin imkâns,zl, , ve bu u ra ,n,n idari esnekli e yer b,rakmayaca ,na dair ele tiriler de seslendirilmektedir.<sup>32</sup> De erlendirme marj, teoreminin bu ele tirileri kar ,layabilece i öne sürülmü tür. Ancak bask,n görü ü zay,flatabilecek güce ula amam, t,r. Özellikle yarg,, tek çözüm görü ünü uygulamaktan vazgeçmemi tir.<sup>33</sup> Ancak 16 Aral,k 1971'de Federal dare Mahkemesi (Bundesverwaltungsgericht) taraf,ndan verilen bir karar<sup>34</sup> bu e ilimin de i e bilece ini dü ündürtmü tür. Karar, 1954'de çocuk ve gençleri zararl, yay,nlardan koruma amac,yla kurulan õBundesprüfstelle für Jugendgefährdende Schriften<sup>35</sup> isimli idari kurulun verdi i karar,n iptali için aç,lan dava sonucu verilmi tir. Kurulun yetkisi pek çok belirsiz hukuki kavram içeren yasal düzenlemelerden kaynaklanmaktayd, ve yarg, da söz konusu Kurul kararlar, hakk,nda önüne gelen davalarda söz konusu davaya kadar tek çözüm görü ü do rultusunda yarg,sal denetim yapmaktayd,. Ancak 1971'de, Kurulun bir yay,n,n çocuk ve ergenler üzerinde tehlikeli olup olmad, ,na dair de erlendirmesini denetlerken; tek bir çözüm oldu u dü üncesinin bir kurgu oldu unu beyan etmesi ve bunun da Anayasa'n, 19/4 hükmüne göre idarenin hukuka ayk,r, i lemlerine kar , bireyin dava açma hakk,n,n korunmas,yla çeli en bir yönü olmad, ,n,, çünkü burada hukuka uygun birden fazla çözüm oldu unu aç,kça belirtmesi hukuk çevrelerinde çok büyük bir etki yaratm, t,r. Mahkeme bu kararda da idarenin kararlar,n,n yarg,sal denetim d, ,na ç,kar,lm,as,n,n söz konusu olmayaca ,na ve yarg,n,n her ko ulda i lemin dayand, , olgular,, idarenin kendisine b,rak,lm, de erlendirme alan, içinde kal,p kalmad, ,n,, idarenin i lemi hangi ölçütlerle yapt, ,n, denetleyece ine vurgu yapm, t,r.<sup>36</sup>

Ancak daha sonra verilen yarg, kararlar, söz konusu karar,n ayr,ks,l, ,n, ortadan kald,rmam, t,r. Karar, vermi olan Federal dare Mahkemesi bile bir daha de erlendirme marj, görü üne böyle sahip ç,kmam, sonuç olarak tek çözüm görü ünün egemenli i devam etmi tir.<sup>37</sup> Fakat unu da belirtmek gerekir ki mahkemeler s,nav de erlendirmeleri ve kamu hizmetleri ile ilgili idari kararlarda idareye de erlendirme alan, b,rakma e ilimindedirler<sup>38</sup>. Bununla birlikte idareye de erlendirme alan, b,rak,lm, kesin ve daima korunan alanlardan bahsetmek mümkün görünmemektedir.<sup>39</sup>

Belirsiz hukuki kavramlar söz konusu oldu unda idareye bir de erlendirme marj, b,rak,lm,as, gerekti ini savunan yazarlar,n özellikle planlama, idari politikalarla ilgili hususlar ve görevlendirmelere dair idari kararlarda tek çözüm görü ü yerine idarenin de erlendirme alan,na güvenilmesi gerekti ine i aret ederler.<sup>40</sup>

## **B. Belirsiz Hukuki Kavramlar,n dareye Takdir Yetkisi Verdi i Görü ü**

Bu görü ü savunan yazarlar belirsiz hukuki kavramlar,n tek bir ekilde yorumlanamayaca , için somut olayda da tek bir çözümü kabul etmenin mümkün olmayaca ,n,, sonuç olarak da yap,lan tüm yorumlar,n yasa koyucunun iradesine ayn, oranda uygun olaca ,n, savunurlar. Bu yakla ,ma göre; kavramlar,n belirsizlikleri onlar, normatif olmaktan al,koyacakt,r, somut olaylar için do rudan do ruya hüküm do uramayacaklar,ndan da çe itli de erler ve sosyal ç,karlar aras,nda seçim yap,lm,as, zorunlu olacakt,r. Nihayetinde bu kavramlar,n uygulanmas, söz konusu

Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, DÖV 1954, s.368 vd.; ULE, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, s.318; WOLF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, s.189 (Aktaran: GÜNDAY, derenin Takdir Yetkisi, s.54).

<sup>31</sup> WOLF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, s.189-190; Ayn, görü için JAROSH, Die Funktion des unbestimmten Rechtsbegriffs, DÖV 1974, s.123 vd. (Aktaran: GÜNDAY, derenin Takdir Yetkisi, s.54-56.); SINGH, s.177.

<sup>32</sup> SCHWARZE, s.275-276.

<sup>33</sup> SINGH, s.178.

<sup>34</sup> 39 BVerwGE 197 ve 39 BVerwGE 355, SINGH, s.178 vd.; SCHWARZE, s.275 .

<sup>35</sup> Kurul, görev alan,na internet dünyas, ve bilgisayar oyunlar,n,n da eklenmesiyle "Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien" ad, alt,nda devam etmektedir (<https://www.bundespruefstelle.de/bpjm/meta/en- 22.12.2018>).

<sup>36</sup> PAKUSCHER Ernst K. õThe Use of Discretion in German Lawõ, The University of Chicago Law Review, 1976, Vol.44, No.1, s.100-101; SINGH, s.178-179; SCHWARZE, s.274.

<sup>37</sup> SINGH, s.179.

<sup>38</sup> SINGH, s.180.

<sup>39</sup> KUNNECKE, s.119-120.

<sup>40</sup> BACHOF O., õGerman Administrative Law With Special Reference To The Latest Developments In The System Of Legal Protectionõ, International and Comparative Law Quarterly, VOL. 2, JULY 1953, s.373-374; MAURER H., Allgemeines Verwaltungsrecht, (12th ed. 1999); WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, (9th ed.,1974); ACHTERBERG N., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982 (Aktaran: SINGH, s.180).

oldu unda aç,k hukuka ayk,r,l,klar d, ,nda yarg,sal denetime tabi olmamalar, gerekir.<sup>41</sup>

Belirsiz hukuki kavramlar,n idareye takdir yetkisi verdi ini savunan hukukçular,n bir k,sm, tüm belirsiz kavramlar için idarenin takdir yetkisine sahip oldu u fikrindeyken bu kavramlar ve tan,d, , yetki konusunda derecelendirme yapan yazarlar da vard,r. Bunlardan en öne ç,kan, Jellinek'tir. Yazar, belirsiz hukuki kavramlar,n idareye s,n,r,l, bir takdir yetkisi verdi ini, belirli kavramlarla belirsiz kavramlar aras,ndaki fark,n da ilk grubun tek, ikinci gruptaki kavramlar,n iki s,n,r, bulunmas,ndan ibaret oldu unu söyler. Belirsiz kavramlar,n ilk s,n,r,n, olu turan baz, görünümlerin asla bu kavramca kapsanmayaca ,na dair hükümle (olumsuz kesinlik), baz, görünümlerin de her halükarda söz konusu kavramca kapsanaca ,na dair hüküm (ikinci s,n,r-olumlu kesinlik) aras,ndaki alan içinde söz konusu kavram, uygulayan idarenin bir serbestisi vard,r. Bu s,n,r,lar,n da toplumun genel dü ünçe düzeyine göre belirlenece ini savunan Yazar, yasa koyucunun belirsiz kavram kullanarak toplumu ve topluma hâkim dü ünçeyi hukuk kural, koyma yetkisine sahip k,ld, ,n, iddia eder. Jellinek topluma hâkim dü ünçenin ancak baz, durumlarda belirsiz kavram, tam olarak belirli hale getirebilece ini ve bu durumda da idarenin yetkisinin ba l, oldu unu belirtir.<sup>42</sup>

Belirsiz hukuki kavramlar,n idareye takdir yetkisi verdi i görü ü Alman Kamu Hukukundaki tek çözüm görü ünün gücünü sarsmam, t,r. Fakat u da belirtilmelidir ki idarenin politik nitelikteki kararlar, söz konusu oldu unda Alman Yarg,s,n,n denetleme yapmama tavr,, bu noktalarda idareye b,rak,lan yetkiyi neredeyse takdir yetkisi olarak yorumlad, ,n, da dü ündürtebilir. Bu yarg,sal tavr, genelde ehircilik ve imarla ilgili konularda görülebilmektedir.<sup>43</sup>

## V. TÜRK DARE HUKUKU Ö RET S NDE BEL RS Z HUKUK KAVRAMLARA YÖNEL K YAKLA IMLAR

Türkiye'de idarenin, sebep unsuru belirsiz hukuki kavramlarla belirlenmi i lemi yaparken sahip oldu u serbesti alan,n,n belirlenmesi söz konusu oldu unda; bu alan ile takdir yetkisine sahip k,l,nm, idari makamlar,n kararlar,n, verirken kullanabilecekleri serbesti alan, aras,nda belirgin bir fark gözetildi ini söylemek pek mümkün de ildir. Alman akademik çevrelerinin ve yarg, te kilat,n,n gözetti i belirsiz hukuki kavramlar ve takdir yetkisi farklı,klar,n,n ço u zaman dikkate bile al,nmad, ,n, söylemek yanl, olmayacaktır. Hatta belirsiz hukuki kavramlar,n idareye takdir yetkisinden daha geni bir serbesti tan,d, , dahi iddia edilmi tir.<sup>44</sup>

Asl,nda Türk dare Hukukçular,n,n belirsiz hukuki kavramlar konusunu ele al, lar,nda as,l sorunun genel olarak sistematik ve istikrarlı, bir yakla ,m,n benimsememi olmas,nda yatt, ,n, belirtmek en do rusu olacaktır. O yüzden Alman Kamu Hukukçular,n,n sistematize etti i teoremlerle kar ,la t,rarak bir de erlendirme yapmak pek mümkün görünmemektedir. Kamu hukuku yaz,n,, belirsiz hukuki kavramlar,n analizinde teorik temelli bir yakla ,m benimsemi i gibi neredeyse konuyu görmezden gelmeyi tercih etmi tir. Takdir yetkisi ile belirsiz hukuki kavramlar aras,ndaki farklar, ortaya koymak ve de bu tip kavramlar,n yorumlanmas, sonucu yap,lan i lemlerin yarg,sal denetiminde uygulanmas, beklenen genel bir tavr, benimsemek bir yana belirsiz hukuki kavramlar ve bunlar,n somut olayda de erlendirilmesi meselesi adeta dikkate de er bulunmam, t,r. Türk dare Hukuku Yaz,n,n,n Alman Kamu Hukukçular,n,n aksine belirsiz hukuki kavramlar konusunu, idare hukuku alan, içinde özellikle dikkate de er bir konu olarak de erlendirmediklerini ifade etmek yanl, olmayacaktır. dare hukuku yaz,n,n bu tavr,n,n yarg, taraf,ndan payla ,ld, , da söylenebilir. Genel olarak; idari i lemlerin yarg,sal denetimi konusunda istikrarlı, ve her benzer durumda ayn, teknikte uygulanan bir yarg,sal denetim yöntemi uygulamaktan kaç,nd, , söylenebilecek olan idari yarg,n,n, belirsiz hukuki kavramlarla olu turulmu hükümlere dayan,larak yap,lan i lemlerin yarg,sal denetiminde de farklı, bir yol izlemedi i görülmektedir.<sup>45</sup>

Türk dare Hukuku Yaz,n,n,n belirsiz hukuki kavramlar konusunu, Alman Hukukçular gibi detaylı, ve belirli kuramlar çerçevesinde ele ald, , söylenemezse de konuya dair hiçbir de erlendirme yap,lmam, oldu u da söylenemez. Bununla birlikte konu, hukukçular taraf,ndan sistematik ve belirli teoriler çerçevesinde ele al,n,p analiz edilmemi tir genelde. Ancak Azrak gibi konuya dair görü lerini aç,kça belirli bir yakla ,m, benimsedi ini ifade ederek ortaya koymay, tercih eden hukukçular da vard,r elbette. Ancak genel e ilim di er yönde oldu u için, Türk dare Hukuku Yaz,n,n,n belirsiz hukuki kavramlar konusuna dair görü lerini belirli kuramlar çerçevesinde s,n,flayarak incelemek yerine konu hakk,nda görü lerini belirtmi olan hukukçular,n yakla ,mlar,n, teker teker ele almak tercih edilmi tir.

Yukar,da da ifade edildi i gibi; Türk dare Hukuku Yaz,n,nda, Azrak'ın belirsiz hukuki kavramlar konusunda

<sup>41</sup> EISENMANN, Cours de droit administratif, Paris, 1949/1950, s.453; FORSTOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Zürich, 1977, s.82 vd.; LERCHE, Ermessen, Staatslexion, Bd.III, 1959, s.12; EHMKE, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1965, s.28-30 KLEIN, Urteilsanmerkung JZ, 1961, s.66 vd. ; DUEZ, Les actes de gouvernement, Paris 1935, s.204 (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.60-61).

<sup>42</sup> JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmaessig keitserwaegung, s.37-39; Benzer görü ler için, KLEIN, Urteilsanmerkung, s.84 vd.; SOELL, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, Heidelberg, 1973, 160 vd. (Aktaran: GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.61-64).

<sup>43</sup> PAKUSCHER, s.99.

<sup>44</sup> AYBAY Rona, öYönetim Hukuku ve Yönetim Yarg, Aç,s,ndan öYabanc,ön,n Konumu ( nsan Haklar, Hukuku Aç,s,ndan Bir Yakla ,m)ö, Dan, tay ve idari Yarg, Günü 135. Y,l Sempozyumu, Dan, tay Yay,n,, 2003, Ankara, s.182.

<sup>45</sup> dari yarg,n,n belirsiz hukuki kavramlar,n denetimi konusundaki yakla ,m, ba ka bir çal, maya konu olabilecek kapsamda de erlendirildi inden, makalede bu hususa yer verilmemi tir.



benimsedi i görü ü aç,kça ve Alman dare Hukuku s,n,fland,rmas,na uygun bir ekilde belirterek ayr,ks, bir tav,r gösterdi ini ifade etmek gerekmektedir. Yazar iki ayr, makalesinde<sup>46</sup> aç,k bir ekilde öTek Çözüm Görü ünü benimsedi ini beyan etmi tir. Azrak, idarenin takdir yetkisinin oldu undan daha geni san,ld, ,n, vurgulayarak belirsiz kavramlar kullan,larak takdir yetkisi veriliyormu izlenimi uyand,ran hükümlerin, gerçekte idareye pek fazla seçenek tan,mam, oldu unu savunur, belirsiz kavramlar olaylarda somutla t,r,larak hukuken do ru olan tek yorumun bulunmas, gereklidir<sup>47</sup>.

Onar, idari i lemin sebep unsurunun kanun taraf,ndan aç,kça gösterilmesi d, ,nda tasarruf için bir sebep gösterilmedi i durumlar da oldu unu ve bu hallerde idarenin sebep göstermek zorunda olmad, ,n, belirtir. Yazar sebep unsuruna dair üçüncü bir durumun da objektif bir artla ortaya konmasa da idarenin sebep göstermek zorunda oldu u haller oldu unu ve bu durumlarda idarenin i lemin sebebini dayand,rd, , maddi vak,alar,n gerçe e dayanmas, gerekti ini ifade eder. Onar, sebebinin belirsiz kavramlarla gösterildi i i lemlerde, bu sebebin yorumlan,p de erlendirilmesinin idareye b,rak,lm,as,n,n, idarenin önemsiz bir neden göstererek, sebep unsurunu fiiliyatta hükümsüz b,rakma tehlikesine i aret eder ve yarg,n,n hukukun ruhuyla uygulanmas,n, sa lama görevini yerine getirebilmesi için idarenin gösterdi i sebebi denetlemekle yükümlü oldu unu vurgular. Yarg, sebeple sonuç aras,ndaki ba , kontrol edecektir. Bu aç,klamalar,ndan yola ç,karak Onar'ın belirsiz hukuki kavramlar,n idareye takdir yetkisi vermedi i görü ünde oldu u söylenebilir.<sup>48</sup>

Sar,ca ise konuya dair genel bir aç,klama yapmam, t,r. Ancak ölüzumun sabit olmas,ö örne ine dair yorumlar,ndan yola ç,karak bir de erlendirme yap,lm,as, gerekirse, belirsiz hukuki kavramlar,n kullan,ld, , durumlarda idarenin bir saik göstermesinin gerekti ini ve yarg,n,n da bunun do rulu unu inceleyebilece ini; idarenin gösterdi i somut olay,n/verinin tespit edilememesi halinde de i lemin iptal edilebilece ini dü ündü ü söylenebilir. Sar,ca, belirsiz kavram,n idare taraf,ndan yorumlanmas,n,n denetlenebilece ine dair bir ifade kullanmam, t,r. dare için tek s,n,r,n gösterdi i vak,an,n gerçekli ine dair oldu u dü ünülebilir ki buradan da yazar,n belirsiz kavramlar,n takdir yetkisi verdi i görü ünde oldu u sonucuna var,labilir.<sup>49</sup>

Balta da belirsiz hukuki kavramlar aras,nda bir ayr,m yapmakta ve kamu yarar,, kamu düzeni, ahlak, umumi terbiye gibi kavramlar,n ötoplumsal de er anlay, ,na ili kinö olduklar,n, ve objektif bir de er ta ,d,klar,n,, idareye de takdir yetkisi vermeyeceklerini savunur. Bu kavramlar,n idare taraf,ndan nas,l anlamlandır,ld, ,n,n tam bir yarg,sal denetime tabi oldu unu belirtir. Ancak objektif de er içermeyen belirsiz hukuki kavramlar söz konusuysa; bunlar takdir yetkisi içerirler çünkü yasa koyucu taraf,ndan idarenin yorumuna b,rak,lm, lard,r.<sup>50</sup>

Duran'ın konu hakk,ndaki dü üncelerini tespit edebilmek için yazar,n üç ayr, eserinde<sup>51</sup>, ele ald, , örnek olaylar ve yarg, kararlar,na dair yorumlar,ndan yola ç,k,labilir. Yazar,n irdeledi i örneklerde sebep unsuru belirsiz hukuki kavramlarla düzenlenmi hükümlerin uygulanmas,nda idarenin de erlendirmelerinin yarg,sal denetiminin s,n,r,na dair çeli kili aç,klamalar, oldu u görülse de genel olarak de erlendirme marj, görü üne yak,n oldu u söylenebilir. Duran, bu kavramlar,n idareye yorum yapma olana , verdi ini ama bu yorumlar,n da yarg, taraf,ndan denetlenebilece ini daha do rusu sonucu önemli olanlar,n denetlenmesi gerekti ini savunmaktadır. Örne in, Yazar, kifayet/kifayetsizlik gibi kavramlar,n kullan,ld,klar, hükümde sebebini olu turduklar, i lemin konusunun memur için ciddi sonuçlar do urmamas, halinde idareye takdir yetkisi verdi inin kabul edilmesinden bahseder<sup>52</sup>. darenin kolluk yetkisini kullanmas,n,n sonuçlar,n,n temel hak ve hürriyetlerin k,s,tlanmas, sonucunu do urabilmesinden yola ç,kan Duran, bu faaliyetlerin idareye yetki veren hükümde belirsiz kavram kullan,lsa da yarg, taraf,ndan tam olarak denetlenmesi gerekti ini belirtir. Bu noktada önemli olan ve olmayan hak ve özgürlüklerden bahsetti i ve önemli olmayanlar söz konusu oldu unda idareye takdir yetkisi verildi inin kabul edilebilece inden bahsetti i görülmektedir<sup>53</sup>. Yazar yasalarda kullan,lan belirsiz kavramlar,n, s,kl,kla kullan,larak yerle mi bir anlam edinmesi halinde sorun yaratmayaca ,n,, ama aksi halde yarg,n,n söz konusu kavram, daha titizlikle denetlemesi gerekti ini de savunmu tur<sup>54</sup>.

Özyörük'ün de Duran'a benzer ekilde, belirsiz hukuki kavramlar,n, idareye yarg,sal denetime aç,k bir de erlendirme alan, tan, , görü ünde oldu unu söylemek mümkündür. Yazar, her ne kadar belirsiz kavramlar,n idareye verdi i yetki için ötakdir yetkisiö ifadesini kullanm, sa da aç,klamalar,ndan, idarenin belirsiz kavramlara dair yorumunun zamana ve mekâna uyumlulu unun yarg, taraf,ndan de erlendirilece ini<sup>55</sup>; olaylar,n gerçekli inin,

<sup>46</sup> AZRAK Ali Ülkü, öYarg, ve dare, ki Fonksiyonun Kar ,la t,r,lm,as, Üzerine Teorik Bir Denemeö, ÜHFM, C.XXXIV, S.1-4, stanbul, 1969, s.146; AZRAK Ali Ülkü ö dari Yarg, Denetiminin S,n,r, Olarak darenin Takdir Yetkisiö H D, Y,1:6, Aral,k 1985, Say,:1-3, s.24.

<sup>47</sup> AZRAK, öYarg, ve dare, ki Fonksiyonun Kar ,la t,r,lm,as, Üzerine Teorik Bir Denemeö, s.146.

<sup>48</sup> ONAR S,d,k Sami, dare Hukukunun Umumi Esaslar,, Cilt I, Üçüncü Bask,, smail Akgün Matbaas,, stanbul, 1966, s.293-300.

<sup>49</sup> SARICA Rag,p, dari Kaza, stanbul, 1949, s.71-74.

<sup>50</sup> BALTA Tahsin Bekir, dare Hukuku I, Genel Konular, A.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay,n,, Ankara, 1970-1972, s.136.

<sup>51</sup> DURAN Lûtfi, dare Hukuku Meseleleri, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul, 1964, s.234-244, s.279-295, s.591-608, 463-483; DURAN Lûtfi, dare Hukuku Ders Notlar,, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, 1982, s.261-263; DURAN Lûtfi, öYabancılar,n Türkiyeden S,n,rd, , Edilmesiö, nsan Haklar, Y,il, ,, 1980, Say,:2, s.9-11.

<sup>52</sup> DURAN, dare Hukuku Meseleleri, s.591-608.

<sup>53</sup> DURAN, dare Hukuku Ders Notlar,, s.262-263.

<sup>54</sup> DURAN, öYabancılar,n Türkiyeden S,n,rd, , Edilmesiö, s.9-11.

<sup>55</sup> ÖZYÖRÜK Mukbil, dare Hukuku Dersleri (Teksir), Ankara, 1972-1973, s.213-214.

taml, ,n,n, sebep olu turma yeterlili inin mahkeme taraf,ndan kontrol edilece ini belirtti i<sup>56</sup> görülmektedir.

Güran, idari gereklilik sebep gösterilerek memuriyet hakk,nda yap,lan i lemleri irdeledi i bir çal, mas,nda<sup>57</sup>, ölüzumu sabit oldu u takdirdeö ifadesini ele alarak bu ifadenin idareye takdir yetkisi verip vermedi ini incelemi tir. Yazar, kanun hükmünde yer alan bu belirsiz kavram,n idareye bir yorum alan, b,rakt, ,n, ancak idarenin i leme sebep olu turabilecek nitelikteki olgulara dayanmas, gereklili ini vurgulam, t,r. Yarg,n,n da önüne gelen davalarda bunu denetlemesi gerekti ini belirtmi tir. Güranın ölüzümü kavram,na denk görülen somut verinin hizmetle ilgili ve hizmet için olmas, mecburiyetini ve bu hususun da aç,lan davalarda mahkemeler taraf,ndan detayl, bir ekilde denetlenece ini ifade etmesi de erlendirildi inde; Yazar,n belirsiz hukuki kavramlar,n takdir yetkisi vermedi ini dü ündü ü ve hatta Alman Kamu Hukuku kuramlar, içinde de tek çözüm görü üne yak,n durdu unu söylemek olanakl,d,r.

darenin Takdir Yetkisi isimli çal, mas,nda Günday, belirsiz kavramlar,n normatif güce sahip olmad,klar,; yasa koyucunun belirsiz bir hukuki kavram kulland, , için bir irade aç,klamas, yapmad, ; bu nedenle de idareyi söz konusu kavramlar, yorumlama ve uygulama aç,s,ndan serbest b,rakt, , fikrini reddeder. darenin tasarruf ko ullar,n,n belirleyen kavramlar,n nesnel bir belirleme yapmaya olanak sa lamas, hukuk devletinin de do al bir gere idir.<sup>58</sup>

Günday, Alman dare Hukukunun bask,n ekolu tek çözüm görü ünü reddeder. Ancak sürekli olarak uygulanan belirsiz kavramlar,n zaman içinde pek çok kavram için birer çözümü öngörür hale gelece ini ve bunun da sadece yasa koyucunun iradesinden de il, idarenin de uygulamalar,ndan ç,kaca ,n, belirtir. Yasa koyucu ortaya ç,kabilecek tüm olaylar, öngöremeyece i için sebep unsurunu belirsiz kavramlarla düzenlemeyi tercih etmi tir. Bu tür düzenlemelerdeki kavramlar üzerlerinde genel bir uzla man,n sa land, , ya da zamanla objektivite kazanm, bir anlamlar, olu mu sa somut olaylar,n o kavram,n kapsam,na dahil edilip edilmeyece ini belirlemek büyük tereddütlere yol açmaz. Yarg, da idarenin tasarrufunu dayand,rd, , somut olgular,n do rulu unu her halükarda denetlerken belirsiz kavram,n do ru yorumlan,p uyguland, ,n, da kontrol edecektir. Ancak söz konusu belirsiz kavram,n somut olaya uyarlanmas, noktas,nda nesnel bir sonuca ula mak mümkün de ilse, yarg, da bu noktada idarenin takdir yetkisi oldu unu kabul ederek müdahaleden kaç,nmal,d,r.<sup>59</sup> Bu tip nesnelle tirilemeyen, üzerinde fikir birli i olu turulamam, kavramlar söz konusu oldu unda, yarg,n,n idarenin yorumuna müdahale etmesi, yarg,n,n kendi yakla ,m,n, idareninkine ikame etmesi halini alabilir ve bundan kaç,nmak gerekir<sup>60</sup>.

Bayraktar<sup>61</sup> ve Karatepe<sup>62</sup> de belirsiz hukuki kavramlar aras,nda Baltaöya benzer bir ayr,m yaparak bir k,sm,n,n idareye takdir yetkisi verirken bir k,sm,n,n da vermedi ini savunmaktad,rlar.

Karatepe, 1991'de yay,nlanan ve takdir yetkisini inceledi i makalesinde, yetkinin nas,l kullan,laca ,n,n ökamuyu yarar,ö, ökamuyu düzeniö, ökamuyu güveniö, öhizmetin gerekleriö gibi ko ullara ba lanmas, halinde bu ifadelerin çok geni yorumlanmaya müsait oldu una i aret edip; idarenin anlay, , ya da topluma hâkim olan genel anlay, , yans,tmas,na ba l, olarak; idareye ba l, yetki veya takdir yetkisi verebileceklerini belirtir. Yazar belirsiz kavramlar,n (bunlara ögeni anlaml, kavramlarö da denebilece ini söyler), toplumda geçerli olan anlay, , ifade ediyorsa takdir yetkisi vermeyece ini, bu durumda ba l, yetkinin söz konusu olaca ,n, vurgular. Bu duruma örnek olarak da Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda geçen öahlak ve umumi terbiyeö kavram,n, göstererek bunun toplumda geçerli genel anlay, , kastetti ini ve idareye takdir yetkisi de il ba l, yetki verdi ini ifade eder. Yazar, kanunda kullan,lan kavram,n ilgili memurun anlay, ,n, ifade edebilece ini ve bunun da idareye takdir yetkisi verildi ine delalet oldu unu söyler. Ancak bu durumda da idare söz konusu belirsiz kavram, hizmetin gereklerine göre yorumlayarak takdir yetkisinin derecesini ayarlayacaktır.<sup>63</sup>

Karatepe, sebebin aç,kça belirtilmedi i bu durumlarda idarenin belirsiz kavramlar, hizmetin gere ine göre yorumlamak ve me ru bir sebep göstermek zorunda oldu unu vurgular. lemin dayand,r,ld, , olay,n da do ru nitelendirilmesi, idarenin gösterdi i sebebin ortaya ç,kmas, istenen hukuki sonucu do uracak niteliklere sahip olmas,n,n da önemini vurgular.<sup>64</sup> Görüldü ü üzere Karatepe de ayr, belirsiz hukuki kavramlar teorisini benimsemek veya bu kavramlar,n verdi i yetkinin hususiyetlerini irdelemek yerine onlar,n takdir yetkisi veya ba l, yetki türlerinden birine dahil oldu unu, bunun da kanunun amac,na göre de i ebilece i sonucuna varm, t,r. Ancak Yazar, her ne kadar belirsiz kavramlar,n idareye verdi i yetki ba l, yetki de ilse (ki bunun ay,rt edilebilmesini sa layacak net bir ölçüt belirlememi tir), idarenin takdir yetkisine sahip oldu unu ifade etse de bu takdir yetkisinin derecelendirilmesi gerekti ini de beyan etmesinden yola ç,k,larak, asl,nda belirsiz hukuki kavramlar,n verdi i

<sup>56</sup> ÖZYÖRÜK, s.196.

<sup>57</sup> GÜRAN Sait, ö dari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addiö, ÜHF, Cilt:36 (1970), Say,:1-4, Ord. Prof. M. Re it Belgesay Hat,ra Say,s,, s.167-168.

<sup>58</sup> GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.92-94.

<sup>59</sup> GÜNDAY, darenin Takdir Yetkisi, s.100-103.

<sup>60</sup> GÜNDAY Metin, ö1982 Anayasas,na Göre dari Yarg, Denetiminin Kapsam ve S,n,rlar,ö, I. Ulusal dare Hukuku Kongresi (1-4 May,s 1990), I.Kitap ( dari Yarg,), Ankara, 1991, s.147.

<sup>61</sup> BAYRAKTAR Erman, öTakdir Yetkisi ve Yarg, Yoluyla Denetimiö, dare Hukuku ve dari Yarg, le lgili ncelemeler I, Dan, tay Tasnif ve Yay,n Bürosu Yay,nlar,, Ankara, 1976. s.266.

<sup>62</sup> KARATEPE ökrü, ö darenin Takdir Yetkisiö, Türk dare Dergisi, Y,l:63, Say,:392, Eylül 1991, s.74.

<sup>63</sup> KARATEPE, s.74.

<sup>64</sup> KARATEPE, s.100.

yetkinin takdir yetkisinden farklı, oldu u dü üncesinde oldu u yorumu da yapılabılır.

Gözler de sebebin belirsiz kavramlarla ifade edildi i durumlarda, idarenin öncelikle kanunda geçen kavram, n ne anlama geldi ini yorumlayaca , ve ardından da somut olay, n bahis konusu belirsiz kavram, n kapsam, nda olup olmad, , n, de erlendirece ini belirtir.<sup>65</sup> Yazar, Gürsel Kaplan ile ortak yazar olarak yay, nlanan kitapta da kanun hükmünün i lemin sebebini belirsiz kavramlarla ifade etti i durumlarda, idarenin sahip oldu u yetkinin öde erlendirme marj, ö oldu u; bunun da söz konusu belirsiz kavram, n yorumlan, p hukuki nitelendirmesinin yapılm, s, suretiyle kullan, laca , ifade edilir. Yazarlar, de erlendirme marj, n, n i lemin hukukili iyle ilgili oldu unu ve bu nedenle de yarg, sal denetimine aç, k oldu unu belirtmektedir.<sup>66</sup>

Aky, lmaz, takdir yetkisinin yarg, sal denetimine dair bir çal, mas, nda, takdir yetkisini u ekilde tanımlam, t, r: *ö darenin karar üretirken sahip oldu u serbestlik, kanun veya düzenleyici i lemlere göre i lemi yapıp yapmamak, i lemi yapaca , zaman, seçmek veya bu i lemi yapmak konusunda bir seçimlik hakka sahip oldu u zamanlardaki yetki*<sup>67</sup>. Bu tanımdan yola ç, karak, idari i lemin sebep unsurunu da takdir yetkisi kapsam, nda gördü ü sonucunu ç, karmak mümkündür. Yazar, aynı çal, mada, Alman Hukuk Sistemi içinde takdir yetkisini irdelerken, belirsiz hukuki kavramlar, , *öba l, yetki ile takdir yetkisi aras, nda say, labilecek*ö ve denetiminde bir takım güçlükler ya anan bir konu olarak nitelendirmi tir.<sup>68</sup>

Atay, i lemin sebebinin belirsiz kavramlarla gösterilmesi durumunda, i lemi tesis edenlerin kendi kanaatlerine göre de il de toplumdaki hâkim kanaate ve yerle ik uygulamalara göre belirsiz kavramlara anlam vereceklerini ifade eder. *dare, i lemi dayandırd, , olay, n belirsiz kavrama altlanabilir olmas, na dikkat edecektir.*<sup>69</sup> Yazar, yasa koyucunun i lemin sebebinde belirsiz kavramlar kulland, , durumlarda, kavramlar, n toplumda genel, geçerli, objektif bir anlam kazanmas, halinde art, k ba l, bir yetki ald, , n, aksi takdirde idarenin takdir yetkisi bulundu unu ifade eder.<sup>70</sup>

Kaya, idarenin sebep ve konu unsurlar, nda takdir yetkisi olabilece ini kabul eder ve mevzuatta belirsiz kavramlar, n kullan, lmas, durumunda, bu kavramlar, n objektif bir anlam, n, n bulunup bulunmad, , na bak, lmas, gerekti ini; objektif anlamlar, bulunmuyorsa idarenin takdir yetkisi bulundu unu belirtir.<sup>71</sup>

Genel bir de erlendirme yapılacak olursa, Türk *dare Hukuku yaz, n, nda, belirsiz hukuki kavramlar* konusunun a , r, kl, olarak idarenin takdir yetkisi konusuna ba l, olarak ve onunla ili kisi üzerinden de erlendirildi ini söylemek mümkündür. Azrak belirsiz hukuki kavramlar, n idareye takdir yetkisi vermedi ini ve kendisinin tek çözüm görü ünü benimsedi ini aç, kça ifade ederken; eserlerindeki de erlendirmelerinden yola ç, karak Onar ve Güran'ın da belirsiz hukuki kavramlar, n takdir yetkisi vermedi i fikrini benimsedikleri söylenebilir. Yine çe itli eserlerindeki ifadelerinden yola ç, karak; Sar, ca ve Aky, lmaz'ın belirsiz hukuki kavramlar, n idareye takdir yetkisi verdi i görü ünde olduklar, n, ; Balta, Duran, Özyörük, Günday, Bayraktar, Karatepe, Atay ve Kaya'ın, n de baz, belirsiz kavramlar, n idareye takdir yetkisi verdi i baz, lar, ndan da takdir yetkisi vermedi i fikrini benimsediklerini ifade etmek mümkündür. Gözler ise belirsiz kavramlar, n idareye bir de erlendirme marj, tan, d, , n, belirtmektedir.

## VI. SONUÇ

Yasal düzenlemelerde idari i lemin sebep unsurunda kullan, lan ve anlam, ancak somut olaya uyguland, , nda tam olarak ortaya konabilen, bunun öncesinde de bir ekilde, yorum gerektiren belirsiz hukuki kavramlar, i lemin gerekçesini olu turarak idarenin tasarrufta bulunmas, na ya da bulunmamas, na neden olurlar. Böylece de i lemi yapmadan önce somut olay, n yasadaki kavram, kar , lay, p kar , lamad, , n, de erlendirerek karar verme olana , na sahip olan idare için bir alan açarlar. te bu alan, n yarg, sal denetime sahip olup olmad, , sorunu son derece önemlidir.

Türk idare hukuku ö retisi, genel olarak, belirsiz hukuki kavramlar arac, l, , yla idareye tan, nan de erlendirme yetkisiyle takdir yetkisi aras, nda belirgin bir fark görmemektedir. Bunun do al sonucu olarak da genellikle, takdir yetkisinin yarg, sal denetimi için benimsenen ölçütlerle dayandırd, , yasada belirsiz hukuki kavramlar kullan, lm, i lemlerin yarg, sal denetimi için farklı, ölçütlere ihtiyaç duyulmaz. Ancak az say, da da olsa Türk *dare Hukuku Ö retisinde de bu iki olgunun idareye tan, d, , özgürlük alan, n, n farklı, l, , na i aret ederek; bunlar, n yarg, sal denetim s, n, rlar, n, n da farklı, olmas, gerekti ini savunan hukukçular da bulunmaktadır.*

Alman *dare Hukuku Ö retisi* ise belirsiz hukuki kavramlar konusunda genel olarak; Türk *dare Hukuku Ö retisinden çok farklı, bir yakla , m benimser.* Alman Kamu Hukukçular, büyük ço unlukla, belirsiz hukuki kavramlar, n idareye takdir yetkisi verdi i fikrini kesin olarak reddetmektedir. Hatta büyük bir kesimi de idareye bu kavramlarla bir de erlendirme alan, bile tanıml, olabilece i fikrini de reddederler. Onlara göre idare, yasa koyucunun söz konusu hükmü yazarken öngörmü oldu u tek çözümü bulmakla yükümlüdür ve bu hususta sadece

<sup>65</sup> GÖZLER Kemal , *dare Hukuku*, Cilt I, Güncelle tirilmi kinci Bask., Ekin Yay, nevi, Bursa, 2009, s.903.

<sup>66</sup> GÖZLER Kemal/ KAPLAN Gürsel, *dare Hukuku Dersleri*, Güncellenmi 20. Bask., Ekin Kitabevi Yay, nlar,, Bursa, 2018, s.330.

<sup>67</sup> AKYILMAZ Bahtiyar, *ö Takdir Yetkisinin Yarg, sal Denetimi*ö, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s.25.

<sup>68</sup> AKYILMAZ, s.34.

<sup>69</sup> Atay Ender Ethem, *dare Hukuku*, 6. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.513.

<sup>70</sup> Atay, s.528.

<sup>71</sup> Kaya Cemil, *darenin Takdir Yetkisi ev Yarg, sal Denetimi*, I.Bask., On ki Levha Yay, nc, l, k, stanbul, 2011, s.238.

somut olay,n o tek çözüme denk dü üp dü medi ini ara t,rabilecektir. Do al olarak da i lemin yarg,sal denetimi söz konusu oldu unda, mahkemeler, idarenin yapt, , de erlendirmenin, yasa koyucunun söz konusu belirsiz kavram, kullan,rken öngördü ü tek çözümü bulup bulamad, ,n, denetleyeceklerdir. Alman dare Hukuku Ö retisindeki bu bask,n görü ün egemenli i s,nav de erlendirmeleri, imar planlar, gibi az say,daki konu d, ,nda, yarg,n,n da istikrarlı, içtihatlar,yıla, gücünü korumaktadı,r.

## KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar: öTakdir Yetkisinin Yarg,sal Denetimiö, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s.23-55.
- ATAY, Ender Ethem: dare Hukuku, 6. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- AYBAY, Rona: öYönetim Hukuku ve Yönetim Yarg, Aç,s,ndan öYabancı,ön,n Konumu ( nsan Haklar, Hukuku Aç,s,ndan Bir Yakla ,m)ö, Dan, tay ve idari Yarg, Günü 135. Y,l Sempozyumu, Dan, tay Yay,n,, 2003, Ankara, s.155-185.
- AZRAK, Ali Ülkü: öYarg, ve dare, ki Fonksiyonun Kar ,la t,r,ımas, Üzerine Teorik Bir Denemeö, ÜHFM, Cilt:XXXIV, S.1-4, stanbul, 1969, s.129-155.
- AZRAK, Ali Ülkü: ö dari Yarg, Denetiminin S,n,r, Olarak darenin Takdir Yetkisiö H D, Y,l:6, stanbul, Aral,k 1985, Say,:1-3, s.17-29.
- BALTA, Tahsin Bekir: dare Hukuku I, Genel Konular, A.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay,n,, Ankara, 1970-1972.
- BAYRAKTAR, Erman: öTakdir Yetkisi ve Yarg, Yoluyla Denetimiö, dare Hukuku ve dari Yarg, le İlgili ncelemeler I, Dan, tay Tasnif ve Yay,n Bürosu Yay,nlar,, Ankara, 1976.
- DURAN, Lûtfi: dare Hukuku Meseleleri, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul, 1964.
- DURAN, Lûtfi: dare Hukuku Ders Notlar,, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul, 1982.
- DURAN, Lûtfi: öYabancı,lar,n Türkiye'den S,n,r,d, , Edilmesiö, nsan Haklar, Y,ll, , 1980, Say,:2, s.3-33.
- GÖZLER, Kemal: dare Hukuku, Cilt I, Güncelle tirilmi kinci Bask,, Ekin Yay,nevi, Bursa, 2009.
- GÖZLER K./KAPLAN Gürsel: dare Hukuku Dersleri, Güncellenmi 20. Bask,, Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 2018
- GÜNDAY, Metin: darenin Takdir Yetkisi, Yay,mılanmam, Doçentlik Tezi, Ankara,1982.
- GÜNDAY, Metin: ö1982 Anayasas,na Göre dari Yarg, Denetiminin Kapsam ve S,n,rlar,ö, I. Ulusal dare Hukuku Kongresi (1-4 May,s 1990), I.Kitap ( dari Yarg,), Ankara, 1991.
- GÜRAN, Sait: ö dari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addiö, ÜHFM, Cilt:36 (1970), Say,:1-4, Ord. Prof. M. Re it Belgesay Hat,ra Say,s,, s.157-184.
- KARATEPE, ükrü: ö darenin Takdir Yetkisiö, Türk dare Dergisi, Y,l:63, Say,:392, Eylül 1991, s.63-119.
- KAYA, Cemil: darenin Takdir Yetkisi ve Yarg,sal Denetimi, I. Bask,, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul, 2011.
- KUNNECKE, Martina: Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison, Springer Verlag, Heidelberg, 2007.
- NOLTE, Georg: öGeneral Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspectiveö, The Modern Law Review, March, 1994, Vol.57, s.191-212.
- ONAR, S,d,k Sami: dare Hukukunun Umumi Esaslar,, Cilt I, Üçüncü Bask,, smail Akgün Matbaas,, stanbul, 1966.
- OSTER, Jan S.: öThe Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal Systemö, German Law Journal , Vol. 09, No. 10, 2008, s.1267-1297.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: dare Hukuku Dersleri (Teksir), Ankara, 1972-1973.
- PAKUSCHER, Ernst K.: öThe Use of Discretion in German Lawö, The University of Chicago Law Review, 1976, Vol.44, No.1, s.94-109.
- SARICA, Rag,p: dari Kaza, Kenan Matbaas,, stanbul, 1949.
- SCHWARZE, Jürgen: European Administrative Law, Sweet&Maxwell, London, 1994.
- S NGH, Mahendra P.: German Administrative law in Common Law Perspective, Springer, (2nd edition), Heidelberg, 2001.
- YILMAZ, Dil at: öAlman dare Hukukunda darenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yarg,sal Denetimiö, stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuas,, Y,l 2011, Cilt 69, Say, 1-2, s.1019-1032.