

# İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

Asistan Yıldızhan YAYLA

## I — TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI

### A) Gelişimi :

Hukuka bağlı devlet fikri, en açık ve basit anlamıyla, idare edenlerin faaliyetlerinin, başka bir deyişle idarî eylem ve işlemlerin kişisel faydalar yararına olarak, tarafsız organlarca denetimini gerektirir. Hukuka bağlı devlet anlayışının gerçekleşmediği yer ve zamanlarda bütünüyle keyfî idarî tasarruflara rastlamak mümkün iken gelişen «Devlet» anlayışı ve kişiye verilen değer idareyi yargı organlarının denetim sahası içine sokmuştur.

Bununla beraber, idarenin hukuka bağlılığı, gerçekleştiği andan bu yana peşinden bazı çözümleri oldukça güç meseleleri de sürüklemiştir: «Acaba idarenin tekml faaliyetleri, idarî tasarrufların bütün unsurları evvelden konulmuş kaidelerle tanzim edilebilir mi? İdarenin ne zaman, nerede ve nasıl bir faaliyet icra etmesi lâzım geleceğini bütün teferruatıyla tâyin etmek mümkün müdür? <sup>1</sup>.

Meselenin güçlüğü, yukarıdaki suallerin varlığından ziyade sonucundan doğmaktadır. Zira, üzerinde tartışmaya yer bırakmayacak kadar açıktır ki cevaplar menfidir. Şu halde hukuk kaidelerinin öngöremeyeceği hallerde, idarenin bir serbestliğe sahip bulunması gerekecektir. Asıl güçlük işte bu noktadan gelişmektedir: İdarenin hukuk kaideleri içinde serbest olduğu alan nasıl hudutlanacaktır? Bu alan hangi esasa göre tâyin edilecek ve yargı denetimi nereye kadar götürülebilecektir?

Görülüyor ki, idarenin takdir yetkisi keyfî tasarruflardan tamamen ayrı ve hukuka bağlı devlet konusunda belli bir gelişim seviyesinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan takdir yetkisi kavramını idarenin hiç bir kayıtlamaya tâbi olmaksızın faaliyet gösterdiği bir alan şeklinde düşünmemek ve kanaatimizce, bazı müelliflerin düşündüğü gibi mutlak, yer ve zaman tanımaz şekilde kat'î bir kavram farzetmemek gerekir <sup>2</sup>.

1) Onar, (S. S.): İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1960, s. 315.

2) Tezner, Waline, (M.): «Le Pouvoir Discretionnaire De L'Administra-

**B) İzahı :**

Nedir en basit anlamıyla takdir yetkisi?

Takdir yetkisi bazılarında göre takdirî tasarruftan türemiş bir yetkidir<sup>3</sup>. Bazılarında göre ise, bu düşünce yanlıştır. Çünkü takdirî tasarruf da sonuç olarak bir takdir yetkisinin uygulanması demektir<sup>4</sup>. Nasıl düşünülürse düşünülün takdir yetkisi, basit ve geniş anlamıyla «bir serbestce karar alma, hareket etme yetkisi»dir<sup>5</sup>. Bunun tam aksi bağıli yetki dediğimiz haldir. Gerçekten bu son halde idarenin hiç bir hareket serbestisi yoktur, önceden belli kaidele- rin çizdiği yoldan dışarıya çıkamaz. Bu iki kutup arasında bizi asıl ilgilendiren üçüncü bir tasarruf kategorisi karşımıza çıkmaktadır. Bunlar da kısmen takdirî kısmen de bağıli yetkiden doğan tasarruflardır. Ve bu karma durum aynı anda mevcut olabilir. Bir misal vermek gerekirse: Bir kanun, belli bir hizmet kusuru işlemesi halinde memura belli bazı müeyyideleri nhyerarşik âmir tarafından uygulanacağını göstermişse, burada âmirin seçme yetkisi ne tama- miyle serbest ne de tamamiyle bağılidir<sup>6</sup>. Bu küçük şemadan da kolayca anlaşılacağı gibi yukarıda verdiğimiz basit tanım ger- çekten pek geniş ve belki de biraz hayalidir. Zira, çok kere en bağıli yetki hallerinde bile idarenin serbestce hareket ettiği veya pasif kal- dığı durumlar bulunabilmekte, buna karşılık alışılmış düşünüşün takdir yetkisi sahasına girer kabul ettiği bazı hallerde ise yar- gı denetiminin araya giriverdiği görülmektedir. Nitekim bazı mü- ellifler tamamen takdirî idarî tasarruf bulunamayacağını açıkça ifade etmektedirler<sup>7</sup>. Bunun gibi idareye hiç bir şekilde takdir sa- hası bırakmayan mutlak surette bağıli bir yetkiden de söz açmak gerçeğe uymaz. Çünkü idare her tasarrufunda az veya çok bir ha- reket serbestisine, bir takdir yetkisine eşyanın tabiatı gereğince sa- hiptir<sup>8</sup>. Mademki geniş mânada bir teşebbüstür bunun öyle olması da zaruridir.

Takdir yetkisi kavramını bu şekilde açıklamaya çalıştıktan son- ra dayandığı esasları, başka bir ifadeyle, takdir yetkisi alanının hu-

tion Et Sa Limitation Par Le Controle Juridictionnel», R.D.P. 1930, s. 198.

Rivero, (J): Droit Administratif, 1962, s. 77-78.

3) Waline, (M.): Traité De Droit Administratif, 1957, s. 390.

4) Eisenmann, (M.): Cours De Droit Administratif, 1949-1950, s. 420.

5) İbid., s. 421.

6) İbid., s. 425-426.

7) Waline, (M.): A.g.m., s. 198.

8) Waline, (M.): A.g.m., s. 223.

dutlanması için verilmiş, kanaatimizce belli başlı, esasları incelemeye çalışalım.

## II — TAKDİR YETKİSİNİN DAYANDIĞI ESASLAR VE ALANI

### A) Bazı Nazariye ve Görüşler :

#### 1 — Kanuna dayandırılarak tâyin edilen takdir yetkisi :

Doktrinin bir kısmı takdir yetkisini sadece kanuna göre tâyin edilmesi gereken bir problem olarak ortaya atmaktadırlar. Bu düşünüşte olanlarca takdir yetkisi meselesi kanunla idare arasındaki münasebetten doğmaktadır. Başka bir deyişle bu mesele idare faaliyetlerinin kanunla bağlanması meselesidir<sup>9</sup>.

#### a) Tasarrufun unsurları bakımından takdir yetkisini ele alan görüş :

Prof. Bonnard'ın bu nazariyesine göre, kanun idareye yetkisini kullanacağı halleri yeter derecede göstermemişse bir takdir yetkisi söz konusu olabilir. Aksi halde bir bağlı yetkiden bahs olunmalıdır. Eğer kanun, kontrolü, herhangi bir değerlendirme ve nitelendirmeye yer bırakmaksızın sadece maddî hâdiselerin tesbiti ile yapılabilecek kadar kolay bir hale getirmişse takdir yetkisi yoktur<sup>10</sup>. Bunun dışında idare, kanun yukarıda belirtilen ölçüde bir açıklığa sahip olmadığı için her türlü yargı denetimi dışında kalacak şekilde takdir yetkisine malik bulunacaktır. Meselâ tasarrufun tâbi olduğu hukuk kaidesi sebep unsurunu tâyin etmemiş ise durum böyledir. Tabiidir ki, kanun açıkça belirtmesine lüzum bulunmayan maksat unsuru hariç diğer unsurlarda da takdir yetkisi söz konusu edilebilir<sup>11</sup>.

Ancak bu nazariye Fransız Devlet Şûrasının içtihatları karşısında tutunamaz hale gelmektedir. Bu da tabiidir. Çünkü bir idarî mahkeme sade maddî vakıaların tesbiti ile yetinemez. Bunun en açık misalini Fransız Devlet Şûrası Vichy hükûmeti zamanında vermiştir. Gerçekten 17 Temmuz 1940 tarihli bir kanun, memur, sivil ve askerî ajanların işlerinden alınmalarını nizamlıyor ve hangi hallerde böyle tasarrufların yapılabileceğini belirtmiyordu. Devlet Şûrası bu tasarruflar yüzünden açılan dâvalarda belli bazı sebeplerin varlığını aramış ve idarenin takdir yetkisini bu konuda kabul etme-

9) Eisenmann (M.): A.g.e., s. 434.

10) Venezia, (J.C.): «Le Pouvoir Discretionnaire» 1959, s. 88.

11) Onar, (S.S.): A.g.e., s. 328.

miştir <sup>12</sup>. İdare hukukunun her şeyden önce bir içtihat hukuku olduğu düşünülürse tenkidin ne derece kuvvetli olduğu kolayca anlaşılır.

b) *Kanunlar ihtilâfı tezi* :

Takdir yetkisini kanuna nisbetle tâyin ve tasrih etmeye çalışan ikinci görüş Prof. Waline'in kanunlar ihtilâfına dayanan tezi-  
dir. Bu müellife göre idare karar alma yetkisini tesbite çalışırken, bazan, gerçek anlamda bir kanunlar ihtilâfını çözmek durumundadır. Meselâ bir kanuna göre nizamı korumakla görevli olan Belediye Reisi diğer bir kanun gereğince ticaret serbestisine riayet etmek mecburiyetindedir. Eğer âmme intizamı ancak bir âmme hürriyetini kısıtlamakla gerçekleştirilebiliyorsa Belediye reisi iki kanundan birini tercih ederek onu tatbik edecek yani bir kanunlar ihtilâfını çözecek demektir. Bu ise tamamen hukukî ve yargıçı ilgilendiren bir konudur. Üstelik ticarî faaliyetin âmme nizamını bozacak nitelikte olup olmadığı meselesi de kendiliğinden idare yargıcının denetim alanına girer <sup>13</sup>. Görülüyor ki bu tez, içtihatları, diğerinden farklı olarak, izaha yetecek niteliktedir.

Bununla beraber Prof. Waline'in ileri sürdüğü görüş de bazı tenkitlerden kurtulamamaktadır. Bir kere âmme nizamını koruyan kanun ile diğer bir kanunun ihtilâf halinde olması düşünülemez çünkü bu kanun genel faydaya hizmet etmektedir. O halde, meselâ bir ticarî faaliyet de bundan yararlanmaktadır. Esasen müellifin kendisi de bir ihtilâftan ziyade iki kanun arasında bir görüş ayrılığından söz açmanın doğru olacağını kabul etmektedir <sup>14</sup>. İkinci olarak, bu tez de birincisinden prensip itibariyle bir farklılık göstermiyor denilmektedir. Şöyle ki; bu teze göre idare, yargıç tarafından denetlendiği için değil, kanun daha önce kendisinden aldığı için, takdir yetkisine sahip değildir <sup>15</sup>. Demek ki prensip yine, ilk nazariyede olduğu gibi, idareyi kanunla bağlamak ve yargıcın denetimi = kanunilik denetimidir formülünü kabul etmektir <sup>16</sup>. Ancak bu iki görüşü tamamiyle aynı değerde görmek de doğru değildir. Takdir yetkisini hukukî tasarrufun unsurlarıyla izaha çalışan tez ile, idareye tanınan yetkinin bir hak veya hürriyetle çatışması halinde takdir yetkisi olmaktan çıkacağını ifadeye çalışan kanunlar ihtilâfı tezi

12) *Venezia, (J. C.): A.g.e., s. 92.*

13) *Waline (M.): A.g.m., s. 222.*

14) *İbid.*

15) *Waline, (M.): A.g.m., s. 209.*

16) *Eisenmann, (M.): A.g.e., s. 437-438.*

arasında bir derece ve mahiyet farkı vardır<sup>17</sup>. Prof. Waline'in görüşüne karşı asıl yerinde tenkit şu olabilir: Kanunlar ihtilâfı halinde idare yargıcına kontrol imkânı veren husus bunun bir hukukî mesele olmasındandır. O halde iki meslek arasında değer eşitliğini tesbit etmek de hukukî bir meseledir. Zira burada da bir nitelendirme söz konusudur. Görülüyor ki bu tez idare hâkimine lüzumundan fazla bir denetleme yetkisi verebilecek genişliktedir.

2 — *Takdir yetkisini hem teşriî hem de içtihadî kaidelere dayandırarak izah eden tez :*

Prof. Eisenmann meseleyi şu yoldan çözmeye çalışıyor. Takdir yetkisi sadece kanunla mı sınırlandırılmıştır? sınırlayıcı başka esaslar, diğer bir ifadeyle içtihatlardan çıkan kaideler var mıdır? Müellife göre hiç bir tereddüde mahal yoktur. Suallere müsbet cevap vermek gerekir. Teşriî tasarrufların sınırlaması takdir yetkisi alanının çok geniş kalmasına sebep olduğu için idare birçok bakımlardan yargı denetiminin dışında kalır. Bu yüzden içtihatların ortaya koyduğu sınırlayıcı kaideleri de bunlara ilâve etmek gerekir. Böylece içtihatlar da nazara alınması gereken bir rol oynarlar. Müellif, yargıcın denetimi esnasında mevcut teşriî kaidelerle, içtihatların yarattığı hukukî esasları gözönünde tutmakla kalmıyor üstelik o anda verilen kararın da takdir yetkisini sınırlayan bir kaide olarak ortaya çıktığını kabul ediyor<sup>18</sup>.

Görülüyor ki bu tez içtihatlarla tam bir ahenk içindedir. Ancak bu ahenk, kanaatimizce, faydasız bir elâstikiyetin yarattığı zaruretten doğmaktadır. Faydasızdır zira meseleyi çözmekten çok tesbite yaramakta ve karakteristik bir izah tarzından öteye geçememektedir. Gerçekten takdir yetkisi yargıç müdahale ettiği için mi ortadan kalkmaktadır, yoksa olmadığı için mi yargıç müdahale etmektedir?<sup>19</sup> bu suale cevap verememekte ve bu sebeple de yararlı olamamaktadır. Kaldı ki, bu görüşe göre takdir yetkisinin kaynağı idare hâkimi olmakta ve bu yetki, bir bakıma, hâkimin keyfine göre genişleyip daralabilmektedir.

Buraya kadar ki açıklamalarımızdan sonra, yeni bir görüşün üzerine eğilmeden evvel varılması gereken bir sonuca işaret edelim: Kanun tek başına takdir yetkisinin kaynağı olamamakta içtihatlar da bu yetkiyi sınırlayarak ikinci bir kaynak teşkil etmek-

17) *Venezia, (J. C.): A.g.e., s. 96.*

18) *Eisenman, (M.): A.g.e., s. 440-441.*

19) *Venezia, (J. C.): A.g.e., s. 99, Waline, (M.): A.g.m., s: 209;*

tedirler. Tabiidir ki bu kaynaklar bir sınırlamanın menfî mahiyetinden yüzeye çıkmaktadırlar.

### 3 — Objektif Realite tezi :

Bu tez, yukarıdakilerin aksine olarak takdir yetkisini menfî yönden değil müsbet bir açıdan açıklamaya çalışıyor. Gerçekten Dr. Venezia, idare faaliyetlerinin bir teşebbüs mahiyetinde olduğunu belirterek, «aslında idare edilen de bu teşebbüsün içindedir», diyor. İşte, müellif, «idare edilenin bu iştiraki son bulduğu anda idare ile iradeleri karşı karşıya gelecek ve aradaki eşitsizliğin giderilmesi gayesiyle yargı denetimi yapılacaktır», şeklinde düşünüyor<sup>20</sup>. Demek ki, yazara göre takdir yetkisinin kaynağı idarî faaliyetin bir teşebbüs olmasıdır. Amme hukukunda takdir yetkisi, pek sıkı bir şekilde, kendisini elinde bulunduran makamın sorumluluğuna bağlıdır. Bu yüzden de idare hâkiminin denetimini durduracak objektif bir gerçeği ifade eder. Hâkim, idare edilenin bir hak veya hürriyetiyle idarenin çatışması halinde araya girer ve bu suretle takdir yetkisi sahasını hudutlar.

Görülüyor ki bu tez, diğerlerinden farklı olarak teşriî tasarrufları hiç nazara almıyor. Çünkü tez sahibine göre takdir yetkisi meselesi tamamen hâkimi ilgilendiren bir konudur. Kanun koyucunun, zaman zaman müdahaleleri varsa bu sahaya, dilediği gibi düşünüp hareket etmek imkânına sahip olmasındandır. Müellif de bu itirazı öngörerek, «Kanun koyucu belli bir mantıkla kuruculuk yapmaz, toplumsal bağları istediği şekilde çözümlenmeğe çalışır» diyor<sup>21</sup>. Esasen kendisi, kanaatimizce pek doğru olarak, nazariye ile kanun koyucunun çözüm tarzları arasında birçok karakter farkları olabileceğini ifade etmektedir<sup>22</sup>.

Objektif realite tezi, takdir yetkisi böyle bir realite olsa idi, içtihatlar tarafından gittikçe daraltılamazdı denilerek tenkit edilmektedir<sup>23</sup>. Kanaatimizce bu tenkit yerinde değildir. Bir kere, önce de savunduğumuz gibi bu yetki mutlak, zaman ve yer içinde gelişim ve değişim tanımaz katılıkta değildir. Ancak belli bir zaman içinde yapılan içtihadî daraltmalar düşünülürse belki bir an için tenkide hak vermek mümkündür. Fakat objektif realite tezi, gerçekte, bunu da bertaraf etmektedir. Çünkü teze göre takdir yetkisinin dayandı-

20) Venezia, (J. C.): A.g.e., s. 133-134.

21) Venezia, (J. C.): A.g.e., s. 169.

22) İbid., 21.

23) Rivero, (J.) - Venezia: A.g.e., Önsöz, s. II.

rıldığı idarî faaliyetin teşebbüs mahiyeti, yargıç ve kanun koyucu tarafından yapılacak mutlak bir sınırlamayı önlemektedir. Bizce bizzat tenkidin sahibi de, belki farkında olmıyarak kendi kendisini cevaplandırmaktadır <sup>24</sup>.

Biz Fransız doktrininin yaptığı gibi, daha çok, idare için takdir yetkisinin vazgeçilmez bir yetki olduğunu ve bunun kaynağını iza-ha çalışan esaslar üzerinde durmayı tercih ettiğimizden, bu yetki-nin cinsi ve mahiyetini araştırıp belirtmeye çalışan Kelsen'in norm-ları hiyerarşisi ve Hauriou'nun sübjektif nazariyelerini konumuz içine almadık <sup>25</sup>. Esasen gayemiz takdir yetkisinin sadece nazarî bir doğrulamasını (justification) yapmak olmadığından bunda da ken-dimizi haklı gördük.

### B) Takdir Yetkisi Alanı :

Buraya kadar ki tetkiklerimizden şu netice ortaya çıkmaktadır: Esas itibariyle her zaman fakat değişen nisbetlerde idarenin bir tak-dir yetkisi vardır. Ancak bu takdir yetkisi hangi alanda mevcuttur? İncelemelerimizin ışığı altında hemen belirtelim ki takdir yetkisi yerindelik (opportunité) sahasına inhisar eder. Gerçekten yerindeli-ğin tesbiti ve değerlendirilmesi faal idareyi ilgilendiren bir husus-tur <sup>26</sup>. Bununla beraber yerindelik alanının tamamen takdir yetkisi içine sokulması kanaatimizce doğru olmaz. Nitekim, aksi fikri ifa-de eden Prof. Waline dahi, içtihatların zaman zaman yerindelik ala-nına girdiğini kabul etmekte fakat bunu kendi tezine temel yaparak neticeye varmak istemektedir <sup>27</sup>. Bizce yerindelik alanı tek bir bütün değildir. Bu bakımdan, birden fazla unsurdan meydana gelen bu ala-nın zaman zaman bazı unsurlarına müdahale edilmesi tamamen kalk-ması anlamına gelmez <sup>28</sup>. Esasen bütünüyle yerindelik sahasına mü-dahale nazarî olarak bağlı yetki adını alan fakat tatbikatta gerçek-leşmesi pek güç ve tesadüfî olan bir husustur. Şu halde, takdir yet-kisi alanını daha doğru bir şekilde belirtmek istersek diyebilirizki bu, tamamen veya kısmen yerindelik alanına inhisar eder.

Yerindeliliğin unsurlarına gelince; Bunlar şu şekilde üçe ayrıla-bilir:

24) *Rivero, (J.):* A.g. önsöz, s. III.

25) *Onar, (S. S.):* A.g.e., s. 316-319, 324-326.

26) *Waline, (M.):* A.g.m., s. 212.

27) *Waline, (M.):* A.g.m., s. 223.

28) *Réglade, (M.):* «Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir», R.D.P. 1925, s. 413.

- Maddî vakıaların, değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi,
- Muayyen bir yönde hareket edip etmemek imkânı,
- Harekete geçme zamanının tâyini.

Bu unsurlardan üçünün birden ortadan kalkması halinde tam bir bağı yetki söz konusu olur ki, daha önce de belirttiğimiz gibi istisnaî bir durumdur. Bunun dışında ise yerindelik bir veya iki unsur için daima mevcuttur ve bu alanda idarenin takdir yetkisi vardır. Nitekim Fransız Devlet Şûrası içtihatları da vardığımız sonucu teyit eder şekilde gelişmiştir<sup>29</sup>. Meselâ «Camino» kararında «Devlet Şûrası alınan tedbirlerin yerindelini değerlendiremez» denmekte buna mukabil diğer bazı kararlarında Devlet Şûrası idarenin yerindelik alanındaki takdir yetkisini cesaretle daraltmaktadır<sup>30</sup>.

### III — TÜRK İDARE HUKUKU BAKIMINDAN TAKDİR YETKİSİ

Türk İdare Hukukunu Fransız idare hukukunun sadık bir takipçisi kabul etmek, hiç olmazsa doktrin sahasında, bizce doğru olduğundan, evvelce incelemeye çalıştığımız nazarî esasların ışığı altında takdir yetkisini izah ve sınırlandırmaya çalışmak yerinde olur kanaatindeyiz. Bu bakımdan Türkiye'deki içtihatları gözönünde tutarak bir sonuca varmayı ve bunu da, 1961 Anayasasından önce ve sonra diye ayırabileceğimiz iki devre içinde gerçekleştirmeye çalışmayı yerinde bulduk.

#### A) 1961 Anayasasına Kadar :

1924 Türk Anayasasında, yenisinde olduğu gibi açık ve geniş surette nizamlanmış ve idarenin yargı denetimini ilgilendiren bir hüküm yoktur. Bununla beraber içtihatlar idarenin yargı denetimi esasını geliştirerek meseleye bir yön vermeyi başardılar.

Türkiye de hukuk devleti esasını kabul etmiş bulunduğundan, tamamen takdirî, diğer bir ifadeyle keyfî tasarruflara rastlanmıyacağı tabiidir. Hiç olmazsa hukuk tekniği bakımından bu böyledir. Bunun dışında Türk Danıştay'ı da Fransız Devlet Şûrasının yaptı-

29) Camino kararı. Rec. 14 ocak 1916, s. 15.

Barbier kararı. Rec. 19 ocak 1950, s. 218.

Dupuis De Cultures kararı. *Venezia*: a.g.e.'den naklen, s. 69.

30) *Venezia*, (J. C.): A.g.e., s. 68-69.



ğı gibi bazı kararlarında <sup>31</sup> idarenin takdir yetkisini daraltmaya, daha doğrusu sınırlarını çizmeye çalışmıştır. Gerçi bazı kararlarında Danıştay mevzuatta bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle takdir yetkisinin varlığına hükmetmektedir. Ancak bu teknik bir ifade tarzı olarak anlaşılmalı ve kanunilik denetiminin Danıştayca dar anlaşıldığı anlamına gelmemelidir. Nitekim Danıştay diğer bazı kararlarında bu düşünceye hak verdirecek hükümler vermiştir <sup>32</sup>. Kanaatimizce, Danıştayın kanunilik denetimini geniş bir şekilde uygulamak eğiliminde olduğunu 5. dairenin 17 Nisan 1956 tarihli «İstanbul Borsası Umumî Kâtibi» kararı pek açık bir şekilde göstermektedir. Gerçekten bu kararda: «Bir fiilin, iyi ahlâk sahibi olma vasfını kaybetmek hususunda âmil ve müessir olduğunu kabul edebilmek için camia vicdanında yarattığı tepkiye ve aldığı vasma göre tâyin ve takdiri lâzım gelir» denilmektedir <sup>33</sup>. Dikkat edilecek bir husus da, aynı kararda «İdarenin bu fiillerin iyi ahlâk sahibi olma vasfını izale ettiği yolundaki takdirlerini kullanırken...» denilirken «kanaatbâhs» delillerin varlığının da aranmasıdır. Demek ki Danıştay bir yandan takdir yetkisinin mevcudiyetini kabul etmekte, diğer yandan da, kanunilik denetiminin dar sınırlarını aşarak kısmen de olsa yerindelik alanına girmekte ve objektif bazı kıstaslara göre hareket edilmesini istemektedir <sup>34</sup>.

Şimdi, Danıştayın kararlarından çıkan esaslara göre, evvelce incelemeğe çalıştığımız tezleri gözönünde tutarak şu neticeye varmamız mümkündür. Türkiye'de idarenin takdir yetkisinin objektif bir realite olarak kabulü imkânı vardır. Meselâ bir kararında <sup>35</sup> Danıştay, «İdare kendi yetkileri dahilindeki hususlar hakkında mevcut bir hizmet sahasını tanzim için yönetmelikler yapmağa selâhiyetlidir. Bu selâhiyetin kullanılabilmesi için idareye bu hususta sarif bir yetki verilmiş olması zarurî değildir; İdare sadece kanun ve nizam-namelere aykırı hükümler koymamakla mukayyettir» demektedir. Esasen, aynı kararda, düşüncesi kabul edilmiş bulunan Baş Kanun sözcüsü <sup>36</sup> «Hukuka aykırı öyle hükümler vardır ki onlar mevzu hu-

31) Danıştay, D.D.G.K. 19-9-1949, K. 49/173, K.D. sayı 45, s: 43; 5; Daire, K. 50/1607, K.D. 1951, s. 237; 5. Daire, 7-1-1953, K. 53/25 K.D; sayı: 59, s. 225.

32) Danıştay, 5. daire, K. 55/1642, K.D. sayı: 70, s. 153; 5. daire, K: 55/1566, K.D. sayı: 70, s. 130.

33) Danıştay, 5. daire, K. 55/3444, K.D. sayı: 72, s. 96.

34) Duran, (L.): «İdare Hukuku Meseleleri», 1957, s. 256.

kuku ihlâl etmeyebilirler, fakat yazılı olmayan, metinleşmemiş hukuk esaslarına aykırı düşerler», şeklinde bir ifade kullanarak, bizce, yine objektif realite görüşünün, takdir yetkisini sınırlayan kaynak olarak yargı denetimini kabul etmesini haklı göstermektedir.

### B) 1961 Anayasasından Sonra :

Esas itibariyle, takdir yetkisini Objektif Realite esasına dayandırınca yeni anayasadan sonra bir değişiklik beklemek muhakkak ki yanlış olur. Bununla beraber 1961 Anayasasının 114. maddesinin 1. fıkrasında kullanılan ifade üzerinde, herhangi bir şüpheye yer bırakmamak için, biraz durmak gerekir. Gerçekten 114/1 de şöyle denilmektedir: «İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz». «İdarenin hiçbir eylem ve işlemi...» denilmekle neyin kastedildiği kolayca anlaşılmaktadır. Bu ibare maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, idarî kararlara karşı kazaî müracaat yollarının kapatılması tehlikesini bertaraf etmek için konulmuştur. Fakat aynı fıkradaki «...hiçbir halde» ifadesi nasıl anlaşılacaktır? İlk bakışta Anayasa İdarenin takdir yetkisini kaldırmış gibi görünüyor. Belki yerindelik alanına giren hallerde de yargı denetimi bu suretle mümkün olacak ve takdir yetkisi daralıp kaybolacaktır. Ancak, kanaatimizce böyle bir endişe varit olamaz. Çünkü, en kesin ifadesi ile takdir yetkisi eşyanın tabiatından doğan bir husustur. Öyle ki, Anayasa hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde bu yetkiyi bertaraf etse idi dahi sadece nazarî alanda bir kıymeti olurdu bunun. İdare yargıcının, bir an için idarî tasarrufların her safhasına ve bu arada yerindelik yönüne de el atması hali düşünülse idi bile, bu, keyfiliğin yargı organına geçmesini sağlamaktan başka bir şeye yaramazdı. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin bir kararı dolayısıyla verilen muhalefet şerhlerinde, takdir yetkisinin varlığından şüphe edilmediği ve hattâ ele alınan husus bakımından endişe verici bile olduğu belirtilmektedir<sup>37</sup>.

Son bir noktaya da temas ederek, daha önce, Yerindelik Alanının hiç olmazsa bazı unsur veya unsurları bakımından İdarenin takdir yetkisinin, kaide olarak, daima mevcut olduğu hususunda ileri sürdüğümüz fikre dönelim. Fransız doktrininde Yerindelik sahasına

35) *Danıştay*, D.D.U.H. K. 53/47, 17-4-1953, İdare dergisi, sayı: 223, s. 91

36) *Danıştay*, D.D.U.H. A.G. karar s: 93:

37) R.G. 30 Temmuz 1963, sayı: 11467 Muhalefet Şerhleri: İ. Hakkı Ülkmen, Ekrem Korkut, Celâlettin uralmen, K. 1963/100, 29/4/1963.

girdiğinden şüphe edilmeyen ve yargı denetiminin tamamen şümulü dışında bulunduğu belirtilen İdarenin hareket zamanını seçmek konusundaki mutlak takdir yetkisi<sup>38</sup>, bizce Danıştayın bazı kararlarında daraltılmakta, kaldırılmaktadır<sup>39</sup>.

Görülüyor ki, içtihatlar, takdir yetkisinin zaman ve yer bakımından değişmez bir bütün olarak kabul edilmesi halinde izahı imkânsız bir mahiyet alıyorlar. Bu sebeple takdir yetkisini daha yumuşak bir kavram olarak görmek ve bu kavramın, inhisar ettiği yerindelik alanında, derece derece bir serbestliği ifade ettiğini kabul etmek doğru olur kanaatindeyiz.

*Asistan Yıldızhan YAYLA*

38) *Waline, (M.): A.g.m., s. 216, Réglade, (M.): A:g:m., s: 436;*

39) Danıştay, 8. daire, 25/7/1962, K. 962/3224 «Danıştay 8. daire kararları 1960-1963», s. 100-101; 8. daire 12/2/1963, K. 963/1191 A.g. mecmua, s. 260-262.