

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (VERGİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**VERGİ İDARESİNİN TAKDİR YETKİSİNİN
SAPTANMASI**

Doktora Tezi

Oytun CANYAŞ

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (VERGİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**VERGİ İDARESİNİN TAKDİR YETKİSİNİN
SAPTANMASI**

Doktora Tezi

Oytun CANYAŞ

Danışman
Prof.Dr. Mustafa AKKAYA

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (VERGİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

VERGİ İDARESİNİN TAKDİR YETKİSİNİN
SAPTANMASI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi...13/10/2011.....

İÇİNDEKİLER

VERGİ İDARESİNİN TAKDİR YETKİSİNİN SAPTANMASI

KISALTMALAR..... VII

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI..... 1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE	4
A. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI	6
1. HUKUKTA TAKDİR YETKİSİ.....	6
2. İDARE HUKUKUNDA “İDARENİN TAKDİR YETKİSİ”	11
a) İkincil (Tali) Hukuk Kaynaklarında Yer Alan Tanımlar	11
aa. Doktrinadaki Tanımlar Ve Özellikleri.....	11
bb. Diğer İkinci Hukuk Kaynaklarında Yer Alan Tanımlar	15
b) Pozitif Hukukta İdarenin Takdir Yetkisi Ve Özellikleri	16
c) Takdir Yetkisinin Özellikleri Ve Tanımlanması.....	20
B. KARŞIT KAVRAMDAN AYRIŞTIRMA: BAĞLI YETKİ-TAKDİR YETKİSİ	23
II. TAKDİR YETKİSİNE ATFEDİLEN ÖZELLİKLER VE ANALİZİ.....	24
A. TERCİHTE BULUNMA YETKİSİ	24
1. “TERCİHTE BULUNMA” ÖZELLİĞİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİ KARŞISINDAKİ KONUMU	24

a)	Normlar Hiyerarşisi Teorisi	25
b)	Normlar Hiyerarşisi Teorisinin Pozitif Hukuktaki Değeri.....	28
c)	Normlar Hiyerarşisi Teorisi Açısından İdari İşlem.....	29
2.	TERCİHTE BULUNMANIN ÜST NORMU	
	UYGULAMAK SURETİYLE YENİ BİR NORM	
	YARATMA OLUP OLMADIĞI	31
B.	NORMA DAYALI OLMA	33
1.	TAKDİR YETKİSİNİN NORM KATMANLARI ARASINDA BOŞLUK	
	BULUNMASI HALİNDE ORTAYA ÇIKIP ÇIKMAYACAĞI	
	SORUNU	33
a)	Takdir Yetkisini Normlar Hiyerarşisi İle Açıklayan Görüş.....	33
b)	Normlar Hiyerarşisi Teorisinin Değerlendirilmesi	35
aa.	Önermeler Arası Bağlantı Bakımından Norm Türleri.....	36
ab.	Norm Katmanları Arasında Boşluk Bulunmasının Mutlak	
	Olup Olmadığı	39
c)	Yasa Boşluğu Sınıflandırmaları ve Takdir Yetkisiyle İlişkisi	40
aa.	Yasa Boşluğu Sınıflandırmaları.....	40
ab.	İdare (Vergi) Normlarında Yasa Boşluğu.....	42
ac.	Yasa Boşluğu Sınıflandırmalarında Takdir Yetkisi.....	44
2.	NORMA DAYALI OLMA ÖZELLİĞİNİN SONUÇLARI	45
a)	Takdir Yetkisinin Varlığının Uygulanan Üst Normun Yapısına	
	Göre Belirlenmesi	46
b)	Takdir Yetkisinin Sınırlarının Üst Normlara Göre Belirlenmesi ...	47
aa.	Üst Normun Takdir Yetkisinin Sınırlarını Oluşturması	47
ab.	Normlar Arası Boşluğun “Takdir Yetkisi Alanı” Biçiminde	

Kavramlaştırılması.....	51
C. NORMUN AMACINA ULAŞMADAKİ BELİRSİZLİK	52
1. NORMUN AMACI	52
2. NORMUN AMACININ BELİRLENMESİ VE YORUM SORUNU	54
3. TAKDİR YETKİSİNİN VARLIĞININ SAPTANMASI VE NORMUN AMACI	60
a) Normun Amacına Ulaşmadaki Belirsizlik Ve İdare (Vergi) Normlarındaki Boşluk	60
b) Takdir Yetkisinin Yargısal Denetiminde Normun Amacı	62
D. YARGISAL DENETİMİN YERİNDELİĞİ KAPSAMAMASI.....	63
1. İDARİ YARGI DENETİMİNDE SINIRLAR	64
2. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI VE TAKDİR YETKİSİ.....	67

İKİNCİ BÖLÜM

TAKDİR YETKİSİNİN VARLIĞININ SAPTANMASI

I. YASANIN UYGULANMA SÜRECİNİN ANALİZİ	73
A. YASANIN UYGULANMASININ ANLAMI	75
B. YASAYA UYGUNLUĞUN KAPSAMI	81
C. BAĞIMLI-BAĞIMSIZ NORMLAR BAKIMINDAN ANALİZ	85
1. BAĞIMLI-BAĞIMSIZ NORM AYRIMI	86
2. İDARİ İŞLEM TESİSİ BAKIMINDAN BAĞIMLI-BAĞIMSIZ NORMLAR	89
a) Birel İdari İşlem Tesis Etmenin Bağımsız Normu (Yasayı) Uygulama Anlamı Taşınması.....	90
aa. Genel Çerçeve.....	90

ab.	Birel İdari İşlem Tesisi-Hipotetik (Koşullu) Kıyas Uygulaması.....	91	
ac.	Hukuk Metodolojisinde Hipotetik Kıyas- (Subsumsiyon) Süreci.....	94	
ad.	İdari İşlemin Unsurları Bakımından İrdeleme.....	96	
b)	Düzenleyici İdari İşlem Tesisinin Bağımlı Normun Uygulanması Anlamını Taşımaması.....	100	
aa.	Genel Çerçeve.....	100	
ab.	İdari İşlemin Unsurları Bakımından İrdeleme.....	101	
II. BAĞIMLI-BAĞIMSIZ NORMLARININ UYGULANMASI			
SÜRECİNDE TAKDİR YETKİSİNİN SAPTANMASI.....			103
A. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARINDA TAKDİR YETKİSİNİN SAPTANMASI.....			103
1. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER.....			104
a)	Yetki Unsuru Açısından.....	104	
b)	Şekil Unsuru Açısından.....	105	
c)	Amaç Unsuru Açısından.....	107	
d)	Sebep Unsuru Açısından.....	108	
e)	Konu Unsuru Açısından.....	113	
2. TAKDİR YETKİSİNİN İDARİ İŞLEMİN KONUSUNA İLİŞKİN OLDUĞU YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞ.....			115
a)	Genel Çerçeve.....	115	
b)	Bağımsız Vergi Normlarının Uygulanması Sürecinde Takdir Yetkisi.....	119	

aa.	Tam-Eksik Vergi Normlar Bakımından	120
ab.	Açık Vergi Normları Bakımından	124
c)	Bağımlı Vergi Normlarının Uygulanması Sürecinde	
	Takdir Yetkisi.....	127
aa.	Hipotetik (Koşullu) Kıyas Sürecine Bağlanmadığı	
	Durumlarda Düzenleyici İşlem Tesisi.....	127
aaa.	Birel İdari İşleme Dayanak Oluşturmayan Vergi	
	Normlarından Düzenleyici İşlem Tesisi	128
aab.	Birel İdari İşleme Dayanak Oluşturan Vergi Normlarından	
	Düzenleyici İşlem Tesisi.....	131
ab.	Düzenleyici İşlem Tesis Etme Hipotetik (Koşullu) Kıyas	
	Sürecine Bağlandığı Durumlarda	133
B.	DEĞERLENDİRME YETKİSİNİN TAKDİR YETKİSİNDEN	
	AYRIŞTIRILMASI	136
1.	DEĞERLENDİRME YETKİSİ.....	137
2.	DEĞERLENDİRME YETKİSİNİN HUKUKİLİK DENETİMİ.....	143
3.	VERGİ NORMLARI VE SOYUT SEBEP UNSURUNDA TAKDİR	
	YETKİSİ	154
III.	TAKDİR YETKİSİNİN VARLIĞINI SAPTAYACAK ÖLÇÜT SORUNU.....	155
A.	ÖĞRETİDEKİ ÖLÇÜTLER	156
B.	ÖLÇÜT ÖNERİSİ	163
C.	ÖLÇÜT ÖNERİSİNİN UYGULAMADAN	
	ÖRNEKLERLE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	165
1.	6183 SAYILI AATUHK 13. MADDESİ.....	166
2.	5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU 148.MADDESİ.....	169

3. 6183 SAYILI AATUHK 51. MADDESİ.....	171
4. 3065 SAYILI KDVK 28. MADDESİ	175
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	179
KAYNAKÇA	184
EK. 1.....	191

KISALTMALAR

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
AYMK.	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz/bkz.	: Bakınız/bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
DŞ.	: Danıştay
DVK.	: Damga Vergisi Kanunu
E.	: Esas
EVK.	: Emlak Vergisi Kanunu

GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GVK.	: Gelir Vergisi Kanunu
HK.	: Harçlar Kanunu
İHİD.	: İdare ve Hukuk İlimleri Dergisi
İİDGK.	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK.	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KDVK.	: Katma Değer Vergisi Kanunu
KVK.	: Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	: madde
ÖTVK.	: Özel Tüketim Vergisi Kanunu
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TİD.	: Türk İdare Dergisi

TMK.	Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VDDGK.	: Vergi Dava Dairleri Genel Kurulu
VİVK.	: Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu
vs.	: ve saire
VUK.	: Vergi Usul Kanunu

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Hukuk düzeni, hukukun üstlendiği işlevleri yerine getirmeye yönelik normlar bütününden oluşur ve hukuk sùjeleri kendilerine yetki tanıyan üst normun sınırları dâhilinde yeni normlar yaratırlar. Etki alanı itibariyle daha somut ve özel olan bu normların hangi hukuki sonucu doğuracakları çoğunlukla bir üst kademedede yer alan normlarda düzenlenir. Buna karşılık bazı hukuk normlarında, hukuk sùjelerinin alt kademedede yaratacağı normun doğuracağı hukuki sonuç düzenlenmemiş olabilir. İşte bu hallerde, hukuk sùjeleri belirli bir hukuki sonucu doğuracak irade beyanları arasından tercihte bulunma zorunluluğuyula karşı karşıya kalırlar. Hukuk düzeni içerisinde norm yaratma yetkisine sahip sùjelerden biri olan idare de üstlendiği fonksiyonu yerine getirirken sıklıkla tercihte bulunma yetkisiyle donatılmaktadır. İdareye yürüttüğü yasalarla verilen bu yetki “idarenin takdir yetkisi” kavramıyla ifade edilmektedir.

Bir normda idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığının saptanması hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. Zira hukuk devleti ilkesi ancak idarenin işlem ve eylemleri yargısal denetime tabi tutulabilirse anlam ifade edecektir. Ne var ki, Anayasa m.125/4 ve 2577 sayılı İYUK m.2/2 kapsamında, idari işlemlerin yargısal denetim dışında bırakılan kısmı bulunmaktadır. Anılan hükümler doğrultusunda yerindelik alanı olarak adlandırılabilen bu kısım, idarenin takdir yetkisini kullanabildiği alanı oluşturmaktadır. Bu nedenle bir normda idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığının saptanması aynı zamanda yargısal denetimin sınırlarının çizilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu doğrultuda bir normda idare takdir yetkisiyle donatılmadığı halde idari işlemin belirli bir unsurunun yargısal denetim dışında bırakılması aynı zamanda hukuk devleti ilkesinden uzaklaşma anlamına gelecektir. Bununla birlikte gerek öğretilerde gerek yargı içtihadında, normlarda idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığını saptayabilecek kesin bir ölçütün varlığından bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Vergi hukukunun çoğunlukla idare hukuku kavram ve ilkelerine dayanması idare hukukuna ait tartışmalarla vergi hukukunda da karşılaşılması sonucunu doğurmuştur. Vergi hukukunda “idarenin takdir yetkisi” kavramı idare hukukundan ayrı kural ve ilkelere tabi tutulmamıştır. Bu nedenle normlarda idarenin takdir yetkisinin saptanmasına ilişkin belirsizlik vergi idaresinin takdir yetkisinin saptanması bakımından da geçerlidir. Bu çalışmanın yapılmasının nedeni de vergi idaresinin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığı hususunda karşılaşılan belirsizliği gidermektedir. Böylelikle vergi yargısının sınırlarının çizilebilmesine ve hukuk devleti ilkesinin tüm unsurlarıyla hayata geçirilebilmesine katkıda bulunulması amaçlanmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, bu çalışmada vergi hukukunda idarenin takdir yetkisi tüm detayları ile ele alınmamış; bunun yerine salt vergi idaresinin takdir yetkisinin belirlenmesine odaklanılmıştır. Belirtilen sınırlamanın doğal sonucu olarak, Anayasa uyarınca vergi idaresinin hangi konularda takdir yetkisiyle donatılabileceği sorunu da çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun yerine çalışma, vergi normlarında hukuk metodolojisi yöntemleri kullanılarak vergi idaresinin takdir yetkisinin varlığının saptanmasını konu edinmektedir. Öte yandan çalışmanın vergi normlarında idarenin takdir yetkisini hukuk metodolojisinden hareketle saptamayı hedeflemiş olmasının, çalışmanın önemli bir kısmının norm teorisi ve hukuk mantığı gibi yönetsel araçların sergilenmesine ayrılması sonucunu doğurduğunu belirtmek gerekir.

Bu doğrultuda çalışma konusu iki bölüm altında ele alınacaktır. “İdarenin takdir yetkisi” başlıklı birinci bölümde öncelikle idarenin takdir yetkisi kavramının tanımına ve söz konusu kavrama atfedilebilecek özelliklere ulaşmaya çalışılacaktır. Zira kavramın içeriğinin yanlış belirlenmesi hatalı sonuçlara ulaşılması sonucunu doğurabilecektir. Bu çerçevede ikincil hukuk kaynakları, hukuk teorisi ve pozitif hukuktan hareketle idarenin takdir yetkisi kavramı tanımlanacak ve söz konusu kavramın bünyesinde barındırdığı özellikler saptanacaktır. Takip eden alt bölümde ise idarenin takdir yetkisine atfedilecek özellikler pozitif hukukta da büyük ölçüde geçerli olan normlar hiyerarşisi teorisinden hareketle analiz edilecektir. Böylelikle idarenin takdir yetkisi kavramı pozitif hukuk açısından geçerli bir teori çerçevesinde

irdelenmeye çalışılacak ve ikinci bölümde sergilenecek metodolojik tartışmaların da temelleri atılabilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, vergi hukuku normlarında idarenin takdir yetkisinin saptanması sorunu ele alınacaktır. Bu çerçevede öncelikle yasa türünden normların uygulanması süreci genel bir perspektiften irdelenecek, daha sonra söz konusu süreç norm teorisi açısından analiz edilmeye çalışılacaktır. Yasanın uygulanması sürecinin norm teorisinde yer alan bağımlı-bağımsız normlar ayrımı bakımından farklılaştığı düşünüldüğü için, konu bu ayrım çerçevesinde ele alınacaktır. Bu kapsamda özellikle takdir yetkisinin varlığının saptanmasında kilit rol oynayan hipotetik (koşullu) kıyas uygulaması üzerine yoğunlaşılacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, yasa türünden normların uygulanması sürecinin bağımlı-bağımsız normlar çerçevesinde irdeleneceği bu bölümde söz konusu sürecin idari işlemin unsurları bakımından taşıdığı görünüme de değinilecektir. Böylelikle hukuk metodolojisi düzeyinde yapılan saptamaların idare ve vergi hukukundaki yansımalarının da gösterilmesi mümkün olabilecektir.

Bağımlı-bağımsız normların uygulanması sürecinin sergilendiği bölümden sonra söz konusu normların uygulanma sürecinde takdir yetkisinin konumu saptanmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede ilk olarak takdir yetkisinin idari işlemin hangi unsuruna ilişkin olduğunu belirlenecek; öğretilerdeki görüşler idari işlemin tüm unsurları bakımından irdelendikten sonra, takdir yetkisinin idari işlemin salt konu unsuruna ilişkin olduğu görüşünden hareketle, bağımlı ve bağımsız vergi normlarının uygulanması sürecinde takdir yetkisinin konumu sergilenmeye çalışılacaktır.

Takdir yetkisinin yasanın uygulanma sürecindeki konumu yukarıda çizilen çerçeve içerisinde incelendikten sonra, son olarak takdir yetkisinin varlığının saptanmasına yönelik ölçütün ne olabileceği ortaya konulacaktır. Bu doğrultuda öncelikle öğretilerdeki mevcut ölçütler incelenecek ve söz konusu ölçütlere yönelik eleştiriler sergilenecektir. Çalışmanın son kısmında ise geliştirilen ölçüt, vergi hukuku normları esas alınarak test edilecektir. Bununla birlikte çalışmanın bütününde olduğu üzere bu bölümde de, sınırlı sayıda idare hukuku normuna, konunun daha iyi sergilenmesi amacıyla örnek olarak yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

İnsanların kendilerini ifade edebilmelerinin tek aracı olan dilin mükemmel olmayışı, diğer bir anlatımla, belirsizliği ve kesinlikten uzak oluşu, pek çok sorunu da beraberinde gündeme getirmiştir¹. Hukuk normlarının muhataplarına iletilme aracının da dil olması benzer sorunlarla hukuk alanında da karşılaşılmasını kaçınılmaz kılmıştır. Zira hukuk normları dili kullanarak ortak veya benzer durumları düzenlemekte, sonuç bağlamaktadır². Hukukun düzen, toplumsal ihtiyaçları karşılama ve adalet gibi fonksiyonlarını³ karşılama açısından büyük öneme sahip hukuk normlarının muhataplarınca anlaşılmasına yönelik çabalar ancak “kavramlaştırma” ile mümkündür.

“Bir şeyin (objenin) zihindeki tasarımı” olarak betimlenen⁴ “kavram”ın anlamı, “tanım” ile ortaya çıkmaktadır⁵. “Tanım” ise, bir nesne, durum veya ilişkiyi tek bir sözcükle (terim⁶ ile) anlamamızı sağlayan kavramın, bir veya birkaç önerme ile ifade edilmesidir⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, bir kavrama ait bütün özellikleri

¹ A.N. Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, İzmir, Beta yayınları, 2008, s.1-2. Dilin düşünce ve değer yaratmadaki ve aktarmadaki rolü, dil düşünce ilişkisi hakkındaki temel tartışmalar için bkz. S. Metin, **Hukuk Normunun Yorumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, yayımlanmamış doktora tezi, s.15-25. Bu konuda ayrıca bkz. A.N.Sözer, 2008, s.2

² Y.İşıktaç, S.Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filizkitabevi, 2003, s.63; S.Metin, 2002, s.26

³ Hukukun fonksiyonları için bkz. V.Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filizkitabevi, 2001, s.15-48

⁴ D. Özlem, **Mantık**, İstanbul, 1990, s.107

⁵ Y.İşıktaç, S.Metin, 2003, s.63; S.Metin, 2002, s.26.

⁶ Bu noktada “kavram” ile karışmaya müsait olan “terim”den de kısaca bahsetmek faydalı olacaktır. Zira “kavram”, bir şeyin zihindeki tasarımı ifade etmekten ziyade “terim” ise zihnimizde tasarladığımız bu şeyin dilsel karşılığını anlatmaktadır. (D.Özlem, 1990, s.108; Y.İşıktaç, S.Metin, 2003, s.63; S. Metin, 2002, s.26)

⁷ D.Özlem, 1990, s.109

kapsayan eksiksiz bir tanım ve sınıflandırma oldukça zor bir süreçtir⁸. Bununla birlikte hukukta kavramlaştırma ve kavramları tanımlama bir zorunluluktur. Bu zorunluluk akademik/bilimsel çalışmalar hem de hukuk normlarının uygulanması bakımından geçerlidir. Zira her iki süreçte de belirleyici olan hukuk mantığıdır. Anılan süreçlerde somut durumun (küçük önerme) bir hukuk normunun veya hukuksal kavramın (büyük önerme) kapsamına girip girmediği saptanmakta ve bu faaliyetten hukuksal bir sonuca ulaşılmaktadır⁹. “Örtüşme- Subsumsiyon” olarak da ifade edilen¹⁰ bu süreçte büyük önermenin diğer bir ifadeyle, hukuk normu veya kavramının yanlış belirlenmesi hukuksal çıkarımın da yanlış olması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla hukuki kavramların (ve hukuk normlarının) büyük önermeyi oluşturdukları durumlarda kapsamlarının doğru belirlenmesi, sınırlarının belirginleştirilmesi, bu kavram esas alınarak yapılacak çıkarımlar açısından büyük öneme sahiptir. Böyle bir çabanın akıbeti ise tartışılan hukuksal kavramın özelliklerini, ayırıcı noktalarını doğru saptayan bir tanıma ulaşmaktan geçmektedir. Diğer yandan bir kavramın tanımı aynı zamanda o kavramın özelliklerini de barındırdığından tanıma ulaşma sürecinin aynı zamanda kavramın özelliklerini belirleme süreci olduğu dikkate alındığında, bu kavramın özelliklerinin ileride gerek teorik gerek pozitif hukuka ilişkin saptamalara esas teşkil edeceği düşünülerek bu bölümde “idarenin takdir yetkisi” kavramının daha detaylı bir incelemesinin yararlı olacağı düşünülmüştür.

Çalışmanın bu bölümünde kavramın özellikleri/ayırıcı noktalarını saptayan bir tanıma ulaşılmaya çalışılacak olmakla birlikte, çalışmaya idarenin takdir yetkisi kavramının tanımlanarak başlanması kavramın özünün tam olarak ifade edilememesi riskini de doğurabilecektir. Bu nedenle, analizlerimize öncelikle hukukta takdir yetkisi kavramına ilişkin genel bir değerlendirme ile başlanılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, burada yapılan inceleme kavramın özelliklerini genel bir perspektiften sergilemeye yönelik olup takdir yetkisi kavramının türleri içinde yer

⁸ Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.63; S.Metin, 2002, s.26. Hatta hiçbir tanımın kavramı tüketemeyeceği ifade edilmektedir. Bunun nedeni olarak da kavramın dilsel görünümüyle kendisi arasında örtüşmenin bulunmadığı ve dolayısıyla kavramın neliği değişirse bile anlam içeriğinin değişmesi gösterilmektedir (S.Metin, 2002, s.26; Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.63).

⁹ V.Aral, 2001, s.180

¹⁰ İbid.

alan yargıcın takdir yetkisi, hükümet tasarrufları gibi kavramlar incelenmeyecektir¹¹. Takdir yetkisi kavramı yukarıda çerçevesi çizilen sınırlar içinde genel olarak değerlendirildikten sonra, idarenin takdir yetkisinin ikincil hukuk kaynaklarındaki¹² tanımları incelenecektir. Kavramı tanımlama çabasına ikincil hukuk kaynaklarının incelenmesiyle başlanılmasının nedeni, pozitif hukukta idarenin takdir yetkisi kavramının tanımlanmamış olmasıdır. Takdir yetkisi kavramının özellikleriyle idarenin takdir yetkisine atfedilen özelliklerin karşılaştırılmasını da sağlayacak bu bölümden sonra kavramın tanımına ulaşabilmek için pozitif hukuk irdelenecektir.

A. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI

1. HUKUKTA TAKDİR YETKİSİ

Hukukta takdir yetkisi kavramının tanımlanması ve sınıflandırılması esas olarak sözcüklerin dilde kullanımı ile ilintilidir. Bu bağlamda dilde sözcüklerin iki türlü kullanımı söz konusudur¹³. Bu kullanımlardan ilki, sözcüklerin günlük konuşma dilindeki kullanımı¹⁴, ikincisi ise, toplumun belirli bir kesiminin (söz gelimi o alanın uzmanları olan bilim insanlarının, işadamlarının ve hukukçuların) kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşmuş “özel dil”lerdeki kullanımındadır¹⁵. Bu çerçevede özel bir dil kullanımı olduğu kuşkusuz olan hukuk dilinde¹⁶ “takdir yetkisi” terimini tek bir tanımla tüketmek doğal olarak mümkün değildir. Zira günlük dilin dışında özel bir dil olduğu tartışmasız olan hukuk dilinin içinde de alt özel diller mevcuttur. Bu alt

¹¹ Söz konusu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Kalabalık, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı Ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, **GÜHFD**, C:1, S:2, 1997, s. 216 vd. (Bundan sonra, “H. Kalabalık, 1997b” biçiminde atf yapılacaktır); E. Bayraktar, “Takdir Yetkisi Ve Yargı Yoluyla Denetimi”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Güneş Matbaası, 1976, s.2720; Ş. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, **Türk İdare Dergisi**, Eylül 1991, Yıl:63, S:392, s.77 vd.; A. Gerçek, “**Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**”, Ankara, 2006, s.23 vd.

¹² Çalışmada ikincil hukuk kaynaklarıyla bağlayıcı olmayan hukuk kaynakları kastedilmektedir.

¹³ S.Metin, 2002, s.23; Y.İşıktaç, S.Metin, 2003, s.63

¹⁴ İbid.

¹⁵ İbid. s.24. Günlük dil-hukuk dili ilişkileri özellikle hukuk normunun yorumu açısından önem arz etmektedir. Bu konuda bkz. S.Metin, 2002, s.25

¹⁶ İbid.

özel diller özel hukuk veya idare hukuku gibi hukukun alt alanlarında bulunabilir. Bu nedenle bunlar içinde de takdir yetkisinin farklı anlamları söz konusu olabilir. Hatta bir kavram, belirli bir hukuk dalının kendi içinde dahi anlam farklılıkları gösterebilir. Söz gelimi, idare hukukunda “yargıcın takdir yetkisi”¹⁷ ve “idarenin takdir yetkisi” kavramlarının anlam ve kapsamı farklıdır. Bu durum kavramın farklı fonksiyonlar üstlenmesinin doğal bir sonucudur. Bununla birlikte hukuk dilinde takdir yetkisi kavramının seçimde bulunma faaliyeti ile ilişkili olduğu hususunda görüş birliği bulunduğunu da vurgulamak gerekir¹⁸.

Hukuk dilinde “takdir yetkisi” kavramının farklı kullanımları söz konusu olmakla birlikte kavramı genel bir perspektiften ele alan belirli sınıflandırmaların yapıldığı ve bu sınıflandırmalara bağlı tanımlar türetildiği görülmektedir. Hukuk felsefesinin alanına giren bu tip sınıflandırma/tanımlama uğraşına DWORKIN¹⁹ ve ROSENBERG’de²⁰ rastlanılmaktadır. Bu bağlamda DWORKIN günlük dilde takdir yetkisi²¹ kavramının sadece tek şekilde kullanıldığında anlamlı olduğunu belirterek konuyu açıklamaktadır²². Yazara göre, bir kimse belirli bir otorite/iktidar tarafından konulmuş belirli bir grup standarda/kurala göre karar vermekle yükümlü ise “takdir yetkisi” teriminin kullanımı anlam ifade edecektir²³. DWORKIN daha sonra “takdir”in tam manasının kullanıldığı alanın özelliklerine göre değiştiğini belirterek kavrama ilişkin ikili bir sınıflandırmaya gitmektedir. DWORKIN’e göre, takdir

¹⁷ Örneğin manevi tazminat talepli bir tam yargı davasında yargıcın miktarı tespit etmesinde yargıcın takdir yetkisinden bahsedilebilir.

¹⁸ G. C. Christie, “An Essay on Discretion”, **Duke Law Journal**, 1986, November No.5, s.747

¹⁹ Bkz. R.M. Dworkin, “The Model of Rules”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.35, No.1, autumn 1967, s.14-46

²⁰ Bkz. Rosenberg, “Judicial Discretion of the Trial Court: Viewed from Above”, Vol.22, **Syracuse Law Review**, 1971, s.635 vd.

²¹ Dworkin, çalışmasında “takdir yetkisi”(discretionary power) yerine “takdir”(discretion) kavramını açıklamaktadır. Bizce “takdir yetkisi” kavramı “takdir”den türetildiği için ikisi arasında herhangi bir anlam farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle biz “takdir” terimi yerine “takdir yetkisi” terimini tercih ettik.

²²R. M. Dworkin, 1967, s.32

²³ İbid.

yetkisinin iki kullanımı ve dolayısıyla da iki tanımı söz konusu olabilir: “Zayıf anlamda takdir yetkisi”²⁴ ve “güçlü anlamda takdir yetkisi”²⁵.

DWORKIN’e göre, “zayıf anlamda takdir yetkisi” iki biçimde ortaya çıkabilir. Bazı durumlarda bir kimsenin uygulamakla yükümlü olduğu standartlar/kurallar mekanik biçimde uygulanamaz; uygulayıcının değerlendirmesine ihtiyaç duyar²⁶. Söz gelimi, bir teğmenin çavuşa devriye için en deneyimli beş askeri görevlendirmesini emrettiğini varsayalım. Bu örnekte “en deneyimli asker”lerin kim olduğuna karar vermek belirli bir değerlendirmeye ihtiyaç göstermektedir²⁷. İşte bu tip durumlar DWORKIN’in sınıflandırmasında “zayıf anlamda takdir yetkisi”nin ilk türünü oluşturmaktadır.

Buna karşılık bazı durumlarda takdir yetkisi daha farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Buna göre, bir kimsenin belirli bir kararı veren son otorite olduğu ve kararının başka bir otorite tarafından denetlenemediği ve iptal edilemediği durumlar söz konusudur. “Zayıf anlamda takdir yetkisi”nin ikinci türünü oluşturan bu tür durumları “bir makam veya organın başka bir makam veya organ tarafından denetlenemeyen ve iptal edilemeyen son karar verebilme yetkisi” biçiminde tanımlayabiliriz²⁸.

DWORKIN’in sınıflandırmasında “güçlü anlamda takdir yetkisi” ise, bir kimsenin başka bir otorite tarafından konulmuş standartları/kuralları uygularken değerlendirme yapma zorunluluğu bulunduğu veya aldığı kararın herhangi bir makam veya organ tarafından denetime tabi tutulmadığı durumları değil; bir kimsenin başka bir otorite tarafından konulmuş herhangi bir standarda/kurala bağlı olmadığı durumları tasvir etmektedir²⁹. DWORKIN “güçlü anlamda takdir yetkisi”

²⁴ “Discretion in weak sense”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dworkin, 1967, s.32-33

²⁵ “Discretion in strong sense”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dworkin, 1967, s.33-34

²⁶ R. M., Dworkin, 1967, s.32

²⁷ Ibid., s.32

²⁸ G. C. Christie, 1986, s.750

²⁹ Ibid. Yeniden devriye için asker seçme örneğine dönecek olursak, DWORKIN’e göre, üstü, çavuşa devriye için en deneyimli beş askerini değil de herhangi beş askeri seçmesi emrini vermiş olsaydı burada zayıf anlamda takdir yetkisi değil ve fakat güçlü anlamda takdir yetkisi söz konusu olacaktır.

ile ilgili bir noktanın altını ısrarla çizmektedir. Yazara göre, tüm kararlar eleştirilebilir kararlardır. Bu bağlamda güçlü anlamda takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda da bir karar içeriğine bağlı olarak irrasyonel, adil olmayan, dikkatsiz veya kötü niyetli olduğu gibi yargılarla eleştirilebilir. Fakat bu biçimde yapılacak eleştiriler ile bir kararın başka bir otorite tarafından belirlenmiş bir grup standart/karara uygun olmadığını söylemek farklı durumlardır³⁰. Sonuç olarak DWORKIN'in sınıflandırması alınacak kararın belirli bir standart/kurala tabi olup olmadığı noktasındadır.

Takdir yetkisine ilişkin bir diğer önemli sınıflandırma ve tanımlama çabası ROSENBERG'in "birincil takdir yetkisi-ikincil takdir yetkisi" ayrımıdır³¹. Yazara göre, "birincil takdir" bir kimsenin karar vereceği konuda iki veya daha fazla seçeneği olduğu durumları açıklar³². Bu tip takdir yetkisinde karar verici hukuk kurallarıyla sınırlandırılmamıştır. Takdir yetkisi bu anlamda kullanıldığında temel olarak bir kimsenin karar verebilme yetkisini betimler³³. ROSENBERG'e göre buradaki seçim herhangi bir hukuk kuralıyla sınırlandırılmamış seçimdir³⁴. Bu bağlamda, ROSENBERG, birincil takdir yetkisini kullanan bir kimsenin seçiminin her zaman için doğru seçim olduğunu belirtmektedir³⁵. Diğer bir anlatımla, bu durumda kararın doğruluğunun tartışılması hiçbir şekilde mümkün değildir. Zira böyle bir tartışmanın yürütülmesini sağlayabilecek herhangi bir dış kriter bulunmamaktadır³⁶. ROSENBERG'in "ikincil takdir yetkisi" ise salt yargıcın takdir

Zira bu durumda çavuş devriye için asker seçimi yaparken herhangi bir standarda/kurala (en deneyimli beş asker gibi) bağlı değildir (R. M.,Dworkin, 1967, s.33).

³⁰ Dworkin, 1967, s.33-34; G. C. Christie, 1986, s.751. Dworkin'in kararların eleştirisi bakımından yaptığı ayrım, "hukukilik denetimi"-“yerinelik denetimi” ayrımını tasvir eder gözükmektedir. Bu bağlamda bir kararın belirli bir kurala uygun olmadığını belirtmenin hukukilik denetimini; buna karşılık herhangi bir kuralın yokluğunda adil, irrasyonel, kötü olduğunu söylemenin yerinelik denetimini ifade ettiği söylenebilir.

³¹ Bkz. Rosenberg, 1971, s.635 vd. Ayrıca bkz. G. C. Christie, 1986, s.749-751. ROSENBERG burada “primary discretion-secondary discretion” terimini kullanmaktadır.

³² Rosenberg, 1971, s.637 ;G. C. Christie, 1986, s.749

³³ İbid.

³⁴ İbid.

³⁵ İbid.

³⁶ İbid. GREY de benzer şekilde takdir yetkisini, objektif ölçülere göre doğru veya yanlış olması açısından denetlenemeyen karar olarak tanımlamaktadır (J.H.Grey, “Discretion In Administrative Law”, *Osgoode Law Journal*, V. 17, 1979, s.107)

yetkisine atfedilmiş bir kavramdır. Bu bağlamda yazara göre “ikincil takdir yetkisi”, ilk derece mahkemesinin temyiz mercii tarafından denetlenemeyen karar verebilme yetkisidir³⁷. Bu tanımları yargısal alandan çıkarıp genelleştirecek olursak “ikincil takdir yetkisi” bir kimsenin başka bir otorite tarafından denetlenemeyen karar verme yetkisi biçiminde tanımlanabilir. ROSENBERG’e göre bu tür takdir yetkisi söz konusu olduğunda karar mercii kararının denetlenmesi söz konusu olmamasına rağmen verilen kararın doğruluğu tartışılabilir³⁸. Bu nedenle de ikincil takdir yetkisinin yanlış karar verebilme yetkisini içerdiğini belirtmektedir³⁹. Dolayısıyla ROSENBERG’in yaptığı sınıflandırmanın da DWORKIN’ininkine benzer bir noktadan hareket ettiği söylenebilir. Zira yazara göre, ister birincil ister ikincil takdir yetkisine dâhil olsun her tür karar, kararın ortaya çıkardığı sonuçların pratik olmadığı, verimsiz veya saçma olduğu gibi yargılarla eleştirilebilmektedir⁴⁰. Ancak sadece ikincil takdir yetkisinin kapsamına giren kararlar “yanlış” olmaları nedeniyle eleştiriye maruz kalabilecektir. Açıkça görüleceği üzere böyle bir saptama ise bir makam veya organın hukuken doğru kararlar verebilme yeteneğine sahip olduğu varsayımına dayanmaktadır⁴¹.

DWORKIN ve ROSENBERG’in yaptıkları sınıflandırmalar toplu olarak değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılabilmektedir. Öncelikle takdir yetkisi “karar almak” ile ilgili bir kavramdır. Bu özellik her iki yazarın da ortak noktasıdır. Adı geçen yazarların sınıflandırmalarında bulunan bir diğer ortak nokta ise, takdir yetkisi kavramının alınan kararın denetlenip denetlenemeyeceğine ilişkin olduğudur. Takdir yetkisi kavramının bu özelliğini DWORKIN’in ikinci tür zayıf takdir yetkisinde ve ROSENBERG’in ikincil takdir yetkisi tanımında görmek mümkündür. Diğer taraftan DWORKIN’in sınıflandırmasında temel noktayı oluşturan kararın standart/kurallara bağlı olarak alınıp alınmadığı unsuruna ise ROSENBERG’de açık olarak rastlanmamaktadır. Ancak ROSENBERG’in birincil kararların yanlışlanmadığı zira doğru-yanlış değerlendirmesi yapılabilecek herhangi bir kriterle bağlı olunmadan

³⁷ ibid

³⁸ İbid.

³⁹ İbid.

⁴⁰ G. C. Christie, 1986, s.750

⁴¹ İbid.

karar alındığı; buna karşılık ikincil takdir yetkisinde ise alınan kararların doğru veya yanlış olarak değerlendirilebileceği biçimindeki açıklamalarından örtülü de olsa bu tip bir ayrıma gittiği sonucuna varılabilir. Özetle hukuk felsefesindeki tanım ve sınıflandırmalar kavramı, alınan kararın “belirli standartlara tabi olup olmaması” ve “ kararın değerlendirilebileceği ölçütün niteliği” açısından analiz etmektedirler.

2. İDARE HUKUKUNDA “İDARENİN TAKDİR YETKİSİ”

a. İkincil (Tali) Hukuk Kaynaklarında Yer Alan Tanımlar

Yukarıda belirttiğimiz üzere idarenin takdir yetkisi kavramının anlam ve özelliklerini belirlemek noktasında öncelikle ikincil/bağlayıcı olmayan hukuk kaynaklarındaki tanımlar incelenecektir. Böylelikle kavram, teori ihmal edilmeksizin pozitif hukuka yansımalarıyla kavranabilecektir.

aa. Doktrindeki Tanımlar ve Özellikleri

Öğretide idarenin takdir yetkisi kavramına ilişkin pek çok tanım bulunmaktadır. PAKUSCHER’e⁴² göre idarenin takdir yetkisi⁴³ idarenin hukuken birbirine eşit pek çok seçenek arasından en yerinde gördüğü seçimi yapabilme yetkisidir. KAHN’a göre ise⁴⁴, amaca ulaşabilmek için mevcut araçlar arasından seçim yapmaktır. LAUBADERE⁴⁵’e göre, belirli bir olay karşısında karar almakta izleyeceği yol önceden bir hukuk kuralı ile sınırlandırılmamış olan idarenin mevcut çözüm yollarından dilediğini seçebilmesidir. MİCHOUD⁴⁶ takdir yetkisini bir idari

⁴² E.K. Pakuscher, “ The Use of Discretion in German Law”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.44, No.1, 1976, s.96

⁴³ Bundan sonra aksi belirtilmediği sürece “takdir yetkisi” olarak anılacaktır.

⁴⁴ J. Kahn, “Discretionary Power and the Administrative Judge”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 29, No.2/3, 1980, s.524

⁴⁵ A. Laubadere, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, Paris, 1971, s.231-232’den aktaran Ş. Karatepe, 1991, s.70

⁴⁶ Waline, *Le Pouvoir disc. De L’adm. Et sa Controle Juridic Honel. Rev. De dr. Pub.*, Cilt:37’den aktaran V. Pekiner, “ İdarenin Takdir Yetkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, 1961, s.2

otoriteye takip edeceği yol önceden bir hukuk kaidesi tarafından bildirilmediği ve (bu nedenle) idari otoritenin serbestçe hareket edebildiği durumlar olarak açıklamıştır. LATOURNER de⁴⁷ Fransız meslektaşları Laubadere ve Michoud'un tanımlarına benzer şekilde takdir yetkisini idarenin kanunlarda kendisine verilen ve önceden belirli koşullarla sınırlandırılmayan yetkiyi, ortaya çıkan özel durumlarda mevcut ihtimallerden dilediği yönde kullanması olarak ifade etmiştir.

Türk İdare Hukuku'nda takdir yetkisi kavramına ilişkin pek çok tanıma rastlamak mümkündür. Söz konusu tanımlar genellikle Fransız öğretisinden derlediğimiz tanımlarla benzerlik göstermektedir. Söz gelimi, KARATEPE⁴⁸, takdir yetkisini bir hukuk kuralı ile önceden belirtilmemiş birden çok hareket tarzından dilediği birini seçme serbestisi olarak tanımlamıştır. Aynı şekilde GERÇEK⁴⁹ takdir yetkisini bir hukuk kuralı ile idarenin belirli yönde karar vermesinin zorunlu tutulmadığı durumlarda, birden çok karar arasından uygun gördüğü birini tercih etme serbestisi olarak tanımlamıştır. Bu tür tanım örneklerini çoğaltmak mümkündür⁵⁰.

Türk Hukuku'nda yer alan bazı tanımlarda ise kavram yalınlaştırılmıştır. Bu tür tanımlara örnek olarak GÖZLER'in tanımı verilebilir. GÖZLER, takdir yetkisini " idarenin belirli bir konuda karar alıp almama veya birden fazla karar arasında seçim yapma imkanı"⁵¹; aynı şekilde YAYLA⁵², takdir yetkisini serbestçe karar alma,

⁴⁷ M. Letourner, J.Bauchet, J.Meric, Le Conseil D'etat et Les Tribunnax Administratif, Librarie Armond Colin, 1970, s.158'dan aktaran Ş. Karatepe, 1991, s.70

⁴⁸ Ş. Karatepe, 1991, s.71

⁴⁹ A.Gerçek, 2006, s.14

⁵⁰Aynı doğrultuda tanımlar için şu örnekler verilebilir:

CELAYİR : " İdarenin tatbik edilmekte olan hukuk düzenine göre tahdit olunmamış veya bağlayıcı herhangi bir hukuki kaide tesis edilmemiş bulunan hallerde ammenin mefaatine en uygun şekli tespit ile buna göre faaliyette bulunmak hususunda haiz olduğu kabul olunan hareket serbestisine "darenin takdir selahiyeti denir (S.Celayir,"İdarenin Takdir Hakkı Prensibi Ve Görülen Lüzum Telakkisi", **İdare Dergisi**, Yıl:30, S:257-258, Mart-Haziran 1959, s.96).

ÜSTÜN : "İdarenin, üst hukuk kuralları tarafından yetkisinin bağlanmadığı, nasıl hareket edeceğinin kesin bir şekilde belirtilmediği durumlarda; mevcut çözüm yolları içinden kamu yararını gerçekleştirmede kendisine en elverişli görülenlerden birini, bunun kullanılış usulünü ve harekete geçeceği zamanı tayin hususunda veya kendisine tanınan söz konusu yetkiyi kullanıp kullanmama konusunda, yargı denetimi dışında kalmaksızın sahip olduğu, serbest hareket edebilme ve karar alabilme yetkisidir" (S. Üstün, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Ankara, Turhan Kitabevi ,2007, s.21)

⁵¹ K. Gözler, **İdare Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, Cilt:1, s. 818

hareket etme yetkisi olarak tanımlamıştır⁵³. Görüldüğü üzere bu tür tanımlar kavramın idareye verilen seçim yapabilme yetkisi unsurunu esas almaktadır. Esasen söz konusu tanımlar, yukarıda ele alınan Türk Hukuku'ndaki hakim tanımının kısa bir ifadesi olarak da görülebilir. Zira, seçim hakkına sahip olmak örtülü olarak hukuk kurallarıyla yetkilendirilmiş olmayı da kapsamaktadır.

Yukarıda sergilenen tanımların takdir yetkisi kavramına üç özellik atfettikleri görülmektedir. Bu özelliklerden birincisi, takdir yetkisinin ancak hukuk kurallarının düzenleme konusu yaptığı bir alanda söz konusu olabilmesi⁵⁴; ikincisi, hukuk kurallarının düzenleme konusu yaptıkları alanda tüm ihtimalleri kapsayacak ayrıntılı düzenlemeler bulunmaması; bazı alanların boş veya eksik düzenlenmiş olmasıdır⁵⁵. Son özellik ise, hukuk kurallarınca belirlenen bu sınırlar içerisinde idareye birden fazla seçenek arasından en uygun gördüğünü seçme yetkisi verilmiş olmasıdır⁵⁶. Bu son özellik en uygun çözümü bulma ve uygulama yetkisi biçiminde ifade edilebilecektir.

Belirtilen tanımlar DWORKIN ve ROSENBERG'in sınıflandırmalarıyla değerlendirildiğinde şu saptamalar yapılabilir. İdarenin takdir yetkisi tanımları DWORKIN'in zayıf anlamda takdir yetkisi ile uyumludur. Zira söz konusu tanımlarda takdir yetkisinin varlığı mutlak olarak o alanın önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmiş olmasına bağlanmıştır. Dolayısıyla bu tanımlar, başka bir otorite tarafından konulmuş herhangi bir kurala/standarda bağlı olmaksızın karar verebilmeyi içeren güçlü anlamda takdir yetkisine girmemektedir. Diğer taraftan söz konusu tanımları DWORKIN'in birinci tür zayıf takdir yetkisi kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira, anılan tanımlarda idarenin aldığı kararın başka bir

⁵² Y.Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", **İHFM**, C:XXX, S:1-2, 1964, s.202

⁵³ OYTAN da takdir yetkisini " Yetki sahibi idarenin kamu yararına olmak koşuluyla, hal ve koşullara göre kendisine en uygun görünen en yerinde olduğuna inandığı kararı alması, çeşitli seçeneklerden birini takdir ve tercih etmesi" olarak tanımlamıştır (M.Oytan, " Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları", **TİD**, Yıl:57, Mart 1985, S:366, s.37

⁵⁴ C. Kaya, "İdarenin Takdir Yetkisi Ve Yargısal Denetimi", **Nuri Çelik'e Armağan**, İstanbul, 2001, Cilt:1, s.257; A.Gerçek, 2006, s.14

⁵⁵ C.Kaya, 2001, s.257; A.Gerçek, 2006, s.14

⁵⁶ A.Gerçek, 2006, s.14; C.Kaya, 2001, s.257

makam veya organ tarafından denetlenmesinin mümkün olup olmadığı noktasında herhangi bir belirleme yapılmamıştır (ikinci tür zayıf takdir). Söz konusu tanımlarda, salt mekanik karar almanın mümkün olmaması, kararın belirli bir değerlendirmeyi gerektirmesi bağlamında (birinci tür zayıf takdir) seçim yetkisi vurgulanmıştır. Söz konusu tanımlar, ROSENBERG'in sınıflandırması açısından irdelendiğinde ise, idarenin takdir yetkisinin birincil takdir yetkisinin kapsamında olduğu görülmektedir. Zira söz konusu tanımlar idarenin birden çok seçenek arasında seçim yapabilme yetkisini ele almaktadır.

Türk Hukuku'nda yukarıda belirtilen tanımlardan belirgin farklılık gösteren tanımlara da rastlamak mümkündür. Bu bağlamda Türk Hukuku'ndaki ağırlıklı tanıma açıkça katılmadığını ifade eden GÜNDAY'a göre takdir yetkisi "...yasa koyucu tarafından belirsiz olarak bırakılmış bulunan davranış koşullarını belirleme yetkisi ve serbestisi"dir⁵⁷. Zira idarenin sahip olduğu çeşitli davranış şekillerinden birini seçme yetki ve serbestisi esasen yasa koyucu tarafından öngörülmemiş olan ve somut olayda ortaya çıkan davranış biçimlerinden birini veya ötekini haklı kılacak nedenleri belirleme yetkisidir⁵⁸. Bu çerçevede GÜNDAY, takdir yetkisinin ilk bakışta kamu düzeni, milli güvenlik vb. belirsiz kavramlarla düzenlenmiş olan davranış koşullarını belirleme ile yasada öngörülen çeşitli davranış şekilleri arasında seçim yapma serbestisi olarak tanımlandığı ancak bunun yanılgı olduğunu zira takdir yetkisinin salt çeşitli davranış biçimlerinden birini ya da ötekini haklı kılacak nedenleri belirleme yetki ve serbestisi olduğunu vurgulamaktadır⁵⁹. Yazarın tanımı genel olarak değerlendirildiğinde tanımda takdir yetkisi kavramının normun belirsiz bıraktığı alanlarda seçimde bulunma özelliğine farklı bir açıdan vurgu yaptığı

⁵⁷ M. Günday, "1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı Ve Sınırları", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 1-4 Mayıs 1990**, Birinci kitap, s.145-146

⁵⁸ İbid., s.146

⁵⁹ M. Günday, 1990, s.146. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yazarın burada "davranış şekilleri" ile kastettiği unsur idari işlemin konu unsurudur. Buna karşılık, "davranış koşulları" ile kastedilen ise sebep unsurudur. Dolayısıyla GÜNDAY, takdir yetkisinin yazına hakim olan görüşün aksine idari işlemin konu unsuruna değil, salt sebep unsuruna ilişkin bir kavram olduğunu vurgulamaktadır. Buna karşılık Türk yazınında hakim görüş, takdir yetkisinin idari işlemin hem sebep hem konu unsurunda bulunduğudır. Azınlıkta kalan görüşe göre ise takdir yetkisi sadece idari işlemin konu unsurunda bulunur. Bu görüş ayrılığı idari yargı denetiminin sınırlarını çizmesi bakımından son derece önemli olup, kavramsal çerçeve belirlendikten sonra ileride ele alınacaktır. Bu konuda bkz.s. 129 vd.

söylenbilir. Dolayısıyla kavramın anlamını ve özelliklerini saptamak bakımından yukarıda yapılan açıklamalar bu yaklaşım için de geçerlidir.

ab. Diğer İkinci Hukuk Kaynaklarında Yer Alan Tanımlar

Öğretinin dışındaki ikincil hukuk kaynaklarında da takdir yetkisi kavramını ele alan tanımlar bulmak mümkündür. Bu çerçevede özellikle R(80)2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nda yer alan tanımdan bahsetmek faydalı olacaktır. Anılan düzenlemede takdir yetkisi, "herhangi bir idari kararın alınışında idareye belirli ölçüde serbestlik tanıyan, yasal olarak kabul edilebilir kararlar arasından uygun gördüğünü seçme imkânı veren yetki" olarak tanımlanmıştır⁶⁰. Görüldüğü üzere bu tanım da, Türk Hukuku'ndaki hâkim tanıma paraleldir. Zira anılan hukuk kaynağında söz konusu tanımlarda yer alan özellikler kapsamaktadır. Bu nedenle yukarıda yapılan değerlendirmeler bu tanım için de geçerlidir.

İkincil hukuk kaynakları arasında son olarak yargı kararlarının konuya yaklaşımına değinmek gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, erişebildiğimiz kararlar arasında doğrudan bir tanıma rastlanmamıştır. Bununla birlikte idarenin yargısal denetiminin sınırlarını tartıştıkları kararlarında Danıştay 5. ve 8. Daireleri dolaylı olarak takdir yetkisi kavramını da tanımlamışlardır. Birebir aynı olan bu tanımlara göre, "*...idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları*" durumlarda takdir yetkisine sahip oldukları belirtilmektedir⁶¹. İdareye takdir yetkisinin verilmiş nedenini de kapsayan bu tanımlar temel olarak takdir yetkisinin seçim yapma yetkisine sahip olmak olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle belirtilen kararlardan hareketle Danıştay'ın kavram algılamasının da Türk Hukuk yazınındaki hâkim tanımla benzerlik gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁶⁰ O. Karahanoğulları, "İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı", **AÜHF**, C:45, S:1-4, 1996, s.327

⁶¹ Bkz. DŞ. 5.D. E:1993/4248, K:1993/3874; DŞ. 8.D. E:1996/2550, K:1997/1937

b. Pozitif Hukukta İdarenin Takdir Yetkisi ve Özellikleri

Bir kavramın teorik anlam ve özelliklerinden bağlayıcı sonuçlar çıkarılabilmesi söz konusu anlam ve özelliklerin pozitif hukukta da geçerli bulunmasıyla mümkündür. Dolayısıyla ileride yapılacak çıkarımların isabeti açısından teorik düzeyde ulaşılan sonuçların pozitif hukuktan elde edilen verilerle de test edilmesi gerekir. Bu çerçevede ilk tespitimiz takdir yetkisi kavramının pozitif hukukta doğrudan tanımlanmadığıdır. Ancak takdir yetkisi tanımlanmamış olmamakla birlikte hem 1982 Anayasası'nda hem 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda⁶² bu kavram kullanılmıştır. Bu nedenle kavramın pozitif hukukumuzda taşıdığı özelliklerin belirlenmesi gerekli ve zorunludur. Dolayısıyla tanımlanmamış olsa dahi takdir yetkisi kavramının özellikleri asli hukuk kaynakları bakımından da saptanabilir.

Pozitif hukukta “takdir yetkisi” kavram olarak 1982 Anayasası'nın 125.maddesinin (7/5/2010-5982 sayılı Yasanın 11. maddesi ile değişik) 4.fikrasında⁶³ yer almaktadır. Anılan hükümde ilk olarak, idari yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu ve hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı belirtilmiştir. Belirtilen fıkranın ikinci cümlesinde de “...Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” biçimindeki düzenleme ile hukuka uygunluk denetiminin sınırları somutlaştırılmış ve bu kapsamda “takdir yetkisi” kavramına yer verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, takdir yetkisi

⁶² Bundan sonra “İYUK” olarak anılacaktır.

⁶³ Buna karşılık 1961 Anayasası'nın gerek ilk halinde gerek 20/09/1971 tarihinde 1488 sayılı Kanun ile değiştirilen halinde “takdir yetkisi” kavram olarak geçmemektedir. Bu bağlamda 1961 Anayasası'nın idari yargı denetimini düzenleyen 114.maddesinin 1.fikrasının ilk hali “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz” biçiminde olup idari yargı denetiminin sınırlarına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Belirtilen hükmün 20/09/1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunun 1.maddesi ile değiştirilen hali ise, “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.” biçiminde düzenlemeyi içermek suretiyle idari yargı denetiminin sınırlarına ilişkin düzenleme getirme çabasında ise de bu hükümde de “takdir yetkisi” kavram olarak geçmemektedir.

kavramının geçtiği, 1982 Anayasası'nın 125.maddesinin 4.fikrasının ikinci cümlesinde gerek 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Yasanın 11.maddesi ile gerek daha önce herhangi bir değişiklik yapılmamıştır⁶⁴. Dolayısıyla “takdir yetkisi” kavram olarak 1982 Anayasası'nın ilk halinden beri aynı içerikle yer almaktadır.

Pozitif hukukta “takdir yetkisi” kavramına yasal düzenlemelerde de rastlamak mümkündür. Bu çerçevede İYUK'un “İdari Dava Türleri Ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırları” başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında da “*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler*” biçimindeki düzenlemede “takdir yetkisi” kavram olarak geçmektedir. İYUK'daki anılan düzenleme dışında yasal düzeyde takdir yetkisi kavramının geçtiği başka bir norma rastlanmamıştır. Kanaatimizce bu durum ülkemizde genel bir idari usul kodu bulunmamasına bağlanabilir⁶⁵.

Takdir yetkisi kavramına Anayasada ve İYUK'da idari yargı denetiminin sınırları çerçevesinde yer verilmiştir. AY m.125/4 ve İYUK m.2/2, idari yargı denetiminin hukukilik denetimi ile sınırlı olduğunu; bu bağlamda yerindelik denetimi yapılamayacağını açıkça düzenledikten sonra, “idari eylem veya işlem niteliğinde yargı kararı verme yasağı” ile “takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme

⁶⁴ 1982 Anayasası m.125/4'ün 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Yasanın 11.maddesi ile değiştirilmeden önceki hali “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*” biçimindedir.

⁶⁵ Zira idareye üstlendiği fonksiyonu yerine getirmesi amacıyla takdir yetkisi verilmesi bir zorunluluk olduğuna ve idari usul kodları da idari işlem tesisine ilişkin ilke ve kuralları barındırdıklarına göre, idari usul kodlarının takdir yetkisini kavramsal olarak ele alması gerekir. Çünkü, takdir yetkisinin kullanımına ilişkin usullerin ve sınırların belirleneceği normlar idari usul kodlarıdır. Bununla birlikte buradaki açıklamalarımız idari usul kodlarında mutlaka takdir yetkisine ilişkin hükümler bulunması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Burada sadece olması gereken durum ifade edilmeye çalışılmıştır. Nitekim, Türk Hukuku'nda özel idari usul kodu örneği olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda da vergi idaresinin takdir yetkisi kavram olarak dahi geçmemektedir. Ancak bu durum kanaatimizce yasa koyucunun bilinçli tercihini yansıtmamaktadır. Zira, VUK, Almanya'dan iktisap edilmiş bir kanundur ve Almanya'da “takdir yetkisi” genel idari usul kodu kapsamında düzenlenmiştir (Bkz. *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*] m.40). Bu nedenle Alman Vergi Usul Kanunu'nda ayrıca düzenleme yapmaya ihtiyaç duyulmamış olabilir.

yasağı”nı öngörerek hukukilik denetiminin sınırlarını belirgin hale getirme çabası içindedir. Belirtilen bu normlarda yer alan düzenlemeler idari yargıyı özne olarak ele almaktadır. Söz konusu düzenlemeler Anayasanın diğer hükümleri ile birlikte okunduğunda idarenin takdir yetkisi kavramına ilişkin özellikler çıkarmak olanaklı görünmektedir.

Bir kere Anayasaya göre takdir yetkisi mutlaka bir norma dayanmalıdır. Bu norm AY m.8⁶⁶, AY m.115⁶⁷, AY m.124⁶⁸ ve “kanuni idare ilkesi”⁶⁹(AY m.123) uyarınca kural olarak⁷⁰ “yasa” türünde bir normdur⁷¹. Zira söz konusu hükümlere göre, idarenin belirli bir faaliyeti yürütebilmesi için yürüttüğü faaliyetin yasa türünden normlarla düzenlenmesi diğer bir ifadeyle idarenin yasal dayanağa sahip olması gerekmektedir. Ne var ki, istisnai de olsa takdir yetkisi yasa yerine Anayasa normlarına da dayanabilir. Zira Anayasada yürütmeye istisnai olarak özerk düzenleme yetkisi verilen haller de bulunmaktadır⁷². Bu bağlamda yürütme organı Anayasadan aldığı bu istisnasi yetkiye dayanarak düzenleyici işlem tesis ederken çok geniş bir takdir yetkisine sahip olmakta, fakat tesis ettiği işlem herhangi bir kanunun uygulanması olmamaktadır. Bununla birlikte, özerk düzenleme yetkisine sahip

⁶⁶ AY m.8: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”.

⁶⁷ AY m.115: “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.

Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır”.

⁶⁸ AY m.124: “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir”.

⁶⁹ AY m.123/1: “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir”.

⁷⁰ Anayasada yürütmeye istisnai olarak özerk düzenleme yetkisi verilen haller de bulunmaktadır (Bkz. AY m.107, m.121-122). Yürütme organı Anayasadan aldığı bu istisnasi yetkiye dayanarak düzenleyici işlem tesis ederken çok geniş bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte tesis ettiği işlem herhangi bir kanunun uygulanması değildir. Bununla birlikte, özerk düzenleme yetkisine sahip olunan hallerde de takdir yetkisi bir norma (Anayasaya) dayanmaktadır. İleride bahsedileceği üzere bu durum takdir yetkisinin norma dayalı olması özelliğinden bir sapma yaratmamaktadır. Bkz. s.75 vd.

⁷¹ M. Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık 7. Bası, Ankara, 2003, s.42

⁷² Bkz. AY m.107, m.121-122

olunan hallerde de takdir yetkisi bir norma (Anayasaya) dayandığından bu durum norma dayalı olma özelliğinden bir sapma yaratmamaktadır⁷³.

Yukarıda anılan hükümleri, AY m. 125/1’de yer alan “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü ile birlikte değerlendirdiğimizde kavrama atfedilebilecek ikinci özellik ortaya çıkmaktadır. Bu özellik, takdir yetkisi içeren idari işlemlerin de idarenin yargısal denetiminin konusunu oluşturacaklarıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu özellikle kastedilen takdir yetkisine dayalı idari işlemin yerindeliğinin denetlenebileceği değildir. Burada kastedilen idari yargının doğal sınırı olan hukukilik denetimi kapsamında⁷⁴ takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin de yargısal denetime tabi tutulabileceğidir. Zira, AY m.125/4 ve İYUK m.2/2’de düzenlenen bu ilkelere⁷⁵ yasaklanan takdir yetkisi içeren idari işlemlerin hukukilik denetimine tabi tutulması değildir. Bu bağlamda belirtilen ilkeler kuvvetler ayrılığı ilkesinin sonucu olup pozitif hukukta öngörülmesine bile gerek bulunmayan ilkelere⁷⁶. Dolayısıyla hukukilik denetimi, idarenin işlem veya eylemlerinin hukuka uygunluk blokunda yer alan kurallara uygunluğunun denetimi olduğuna⁷⁷ ve takdir yetkisi de hukuk normlarına dayanmak zorunda olduğuna göre bu tür idari işlemlerin de hukukilik denetimine tabi tutulması mümkündür.

Bu çerçevede söz konusu normlarda yasaklanan “yerindelik denetimi yapılması” ve “takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilmesi”dir. Yerindelik, kamu yararına nasıl ulaşılabileceğinin önceden bilinemediği durumlarda idarenin üstlendiği faaliyeti yerine getirmek üzere en uygun kararı almasıdır⁷⁸. Dolayısıyla idare takdir yetkisi ile donatıldığı durumlarda belirli bir kararı almak

⁷³ Pozitif hukukta idarenin takdir yetkisinin normlardan kaynaklanması kavramının sınırlarının, çerçevesinin, kullanım usulünün, sebep ve amacı gibi unsurların da belirli bir ölçüde açık veya örtülü olarak normlarda yer alması anlamına gelecektir. Bu bağlamda norm-idari işlem ilişkisi çerçevesinde takdir yetkisinin konumu ileride analiz edilmiştir.

⁷⁴ E. Bayraktar, 1976, s. 291

⁷⁵ E. Bayraktar, 1976, s. 291; T.Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu, Maliye Ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s.226; M. Günay, 1990, s.144; K.Gözler, 2003, s.827

⁷⁶ M. Günay, 1990, s.144

⁷⁷ T.Candan, 2005, s. 228

⁷⁸ K.Gözler, 2003, s.826

zorunda değildir. Üstlendiği fonksiyonu en uygun şekilde yerine getirebileceğini düşündüğü kararlardan birini alabilir ve aldığı karar da idari yargı denetiminin kapsamı dışındadır. Sonuç olarak pozitif hukuk uyarınca takdir yetkisi içeren idari işlemler de yargısal denetime tabi olmakta ve fakat takdir yetkisine dayanan kararın yerindeliği kapsam dışında kalmaktadır.

İdari yargı denetiminin bu özelliği AY m.125/4 ve İYUK m.2/2'deki "takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı" ile birlikte okunduğunda pozitif hukuk metinlerinden kavrama atfedilebilecek son özellik ortaya çıkar. Bu özellik, takdir yetkisinin birden çok seçenek arasında en uygun olan çözümün seçimine ilişkin olmasıdır. Zira bir kararın yerinde olması ancak yasa koyucu tarafından idareye belirli bir çözüm yolunun dayatılmadığı durumlarda söz konusu olabilir. Diğer bir anlatımla, idarenin benimseyeceği çözüm yolunu seçme açısından serbest olması zorunlu olarak birden fazla seçeneğe sahip olmasını gerektirir. Anayasanın idari yargıya verdiği "takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı vermeme" direktifi de bu açıdan anlam kazanır. Çünkü idarenin ancak birden fazla karar alma imkanı varsa yargıcın takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar vermesi söz konusu olabilir. Böylelikle, idari yargı, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde tesis etme imkânı olan işlemlerden birini idare adına seçmiş ve yerindelik denetimi yapmış olacaktır. Dolayısıyla, takdir yetkisi kavramını idari yargı denetiminin sınırları bakımından ele alan AY m.125/4 ve İYUK m.2/2 hükümlerinden takdir yetkisinin ancak idareye birden fazla karar alabilme yetkisinin verildiği durumlara ilişkin, diğer bir ifadeyle seçim yapmayla ilgili olduğu sonucu çıkmaktadır.

c. Takdir Yetkisinin Özellikleri ve Tanımlanması

Buraya kadarki analizlerde "takdir yetkisi" kavramının hukuk dilindeki kullanımına ilişkin yapılan sınıflandırmalar, kavramın ikincil hukuk kaynaklarında yer alan tanımları ve özellikleriyle pozitif hukuk açısından kavrama atfedilebilecek özellikler ele alınmıştır. Bu noktada mevcut verilere göre bir tanım denemesinin mümkün olduğu ve kavramın özelliklerinin sıralanabileceği düşünülmüştür. Bu doğrultuda kavrama atfedilebilecek özellikler aşağıda sıralanmıştır:

- **Takdir yetkisi, idarenin birden fazla işlemde birini tercih etme yetkisidir:** Bu özellik kısaca “tercihte bulunma yetkisi” olarak ifade edilebilir. Pozitif hukukta söz konusu özellik AY m.125/4 ve İYUK m.2/2’deki “*yerindelik denetimi yasağı*” ile “*takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı*”na dayandırılabilir. Zira, idari yargıyı özne alan her iki yasak da ancak idarenin iki veya daha fazla işlem arasında tercihte bulunma imkanı varsa anlamlıdır. Pozitif hukuktan hareketle kavrama atfedilebilecek bu özellik, ikincil hukuk kaynaklarındaki tanımların tamamında kapsamıştır. Bunun dışında söz konusu özellik, kavramın Dworkin’in “zayıf anlamda takdir yetkisi” ile Rosenberg’in birincil takdir yetkisine dâhil olduğunu göstermektedir.

- **İdarenin takdir yetkisi kaynağını mutlaka bir normdan almalıdır:** Yetkinin dayanacağı norm kural olarak yasa türünden normlardır; ancak yetki istisnai olarak doğrudan Anayasaya da dayanabilir. Pozitif hukukta bu özellik, AY m.8, AY m. 123, AY m.115 AY m.121-122 ve AY m.124’e dayandırılabilir. Gerek yazında gerekse diğer ikincil kaynaklarda da bu özellik vurgulanmıştır. Diğer taraftan bu özellik, Türk Hukuku’nda DWORKIN’in belirttiği hiçbir standart/kuralla bağlı olmadan karar alabilmeyi betimleyen “güçlü anlamda takdir yetkisi”nin görülemeyeceği anlamına gelmektedir.

Yetkinin norma dayalı olması, tercihte bulunabilmenin sınırlarının, çerçevesinin de normlarla belirleneceği anlamına gelir. Bu bağlamda yetkinin dayandığı normun hiyerarşik konumunun değişkenliği, yetkiye dayanılarak tesis edilecek işlem ile yetkinin dayandığı norm arasındaki ilişkiyi de etkileyecektir.

- **Takdir yetkisi, normun amacına ulaşmanın belirsiz olduğu durumlarda söz konusudur:** Her normun bir amacı bulunmaktadır. Bu durum hukukun üstlendiği fonksiyonların gereğidir. Ancak her zaman idarenin normun amacına ulaşabilmesi için hangi işlemi tesis etmesi gerektiği önceden düzenlenmemiştir. Zira hangi işlem tesis edilirse amaca ulaşılacağı normu

koyan irade tarafından da bilinmemektedir. İleride açıklanacağı üzere takdir yetkisi de bu belirsizlik durumunda normun amacına ulaşmayı sağlamak için verilir.

- **Takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yerindeliği yargı organınca denetime tabi tutulamaz:** Dolayısıyla takdir yetkisi içeren idari işlemler de yerindelikleri dışında yargısal denetime tabi tutulabilir. Söz konusu özellik pozitif hukuktaki AY m.2, AY m.125/1, AY m.125/4 ve İYUK m.2/2 hükümlerinden çıkmaktadır. Ne var ki bu özellik, ikincil kaynaklardaki tanımlarda yer almamaktadır. Esasen bu durum bir noksanlık olarak görülmemelidir. Zira bu özellik temel olarak kavramın yukarıda ele alınan üçüncü özelliğinin sonucudur. Şöyle ki, tercihte bulunma serbestisi, normun amacına ulaşmadaki belirsizlikten kaynaklanıyorsa alınan kararı doğru-yanlış kriterleriyle⁷⁹ denetlemek mümkün olmasa gerekir. Diğer bir anlatımla, bu belirsizlik aynı zamanda yargısal denetime esas teşkil edecek bir ölçütün bulunmaması sonucunu doğurmaktadır. Şüphesiz doğru-yanlış kriteri ile denetlenemeyen bir karar güzel, iyi, kötü, saçma gibi değer yargılarıyla eleştirilebilir. ROSENBERG'in birincil takdir yetkisini açıklarken kastettiği bu tür kararların eleştirilebilir ancak yanlışlanamaz olduğuna ilişkin açıklamaları da bu noktada anlam kazanmaktadır.

Kavramın belirlenen bu özelliklerinden hareketle takdir yetkisinin bir tanımı verilebilir. Bu doğrultuda takdir yetkisi, *“idarenin normun amacına ulaşmanın belirsizliği durumunda sahip olduğu tercihte bulunma/karar alma yetkisi”*⁸⁰ olarak tanımlanabilecektir.

⁷⁹ Burada doğru-yanlış kriteriyle ölçülememe ile kastedilen hukukilik denetiminin yapılamamasıdır. Zira hukuk önermeleri doğa kanunlarından farklı olarak olanı değil; olması gerekeni gösteren önermelerdir. Bunun anlamı hukuk önermelerinin doğa kanunlarındaki, gerçeklikle yani doğru-yanlış kriteriyle değerlendirilemezler. Doğa kanunu-hukuk normu ayrımı hakkında bkz. V. Aral, 2001, s.54 vd.; A. Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2007, s.302; İ. Kuçuradi, “Norm Oluşturma Ve Norm Koyma”, Norm Koyma Ve Hüküm Verme, **Ankara Hukuk Toplantıları**, 17-18 Nisan 2009, s.14

⁸⁰ Görüldüğü üzere bu tanım takdir yetkisine atfettiğimiz dört özellikten üçünü kapsamaktadır. Başka bir anlatımla takdir yetkisi içeren işlemlerin yerindeliğinin denetlenememesi tanımda yer

B. KARŞIT KAVRAMDAN AYRIŞTIRMA: BAĞLI YETKİ-TAKDİR YETKİSİ

Bağlı yetki, “normlarda öngörülen koşulların varlığı durumunda yine normda öngörülen işlemi tesis etme zorunluluğu” olarak tanımlanabilir⁸¹. Bağlı yetki-takdir yetkisi ayrımının özü, takdir yetkisine atfedilen üçüncü özellikte yatmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, takdir yetkisi normun amacına ulaşmanın belirsiz olduğu durumlarda söz konusudur. Bağlı yetki ise bu özelliğin tam tersi durumlarda bir başka ifade ile amacın belli olduğu durumlarda söz konusudur. Başka bir anlatımla, bağlı yetki durumunda idarenin hangi idari işlemi tesis ederse normun amacına ulaşabileceğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmasına gerek yoktur. Zira normda hangi idari işlem tesisi yoluyla amaca ulaşılacağı düzenlemiştir. Bu nedenle bağlı yetki varsa idarenin tercihte bulunma yetkisi de mevcut değildir. Söz gelimi, 6183 sayılı AATUHK m.13’de düzenlenen ihtiyati haciz işlemi ile yasa koyucunun öngördüğü amaç kamu alacağını güvence altına almaktır. Bu bağlamda, yasa koyucu kamu alacağını tehlikeye düşüren durumların ortaya çıkması halinde

almamaktadır. Bu durum söz konusu özelliğin, aynı zamanda başka bir özelliğinin sonucu olarak da değerlendirilebilmesinden kaynaklanmaktadır.

⁸¹ M. Oytan, 1985, s.37. Bağlı yetkiye ilişkin yazında yapılan tanımlara örnek olarak;

V. Pekiner, 1961, s.2: “İdarenin bir olay karşısında takip edeceği yolun önceden bir hukuk kuralı ile bildirildiği hallerde bağlı yetki mevcuttur”.

Metin, Kıratlı, “Danıştayın İdarenin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi Ve Bağlaması”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, S.6, 1967, s.31: “İdare bir hukuk kuralı gereğince belirli şartlarda belirli bir işlemde bulunmaya zorluyorsa yetkisi bağlıdır. Bu durumda idarenin belirli olaylarda yapacağı işlemin sebebi ve konusu kanun tarafından gösterilmiştir ve idarenin bir tercih hakkı yoktur”.

K. Gözler, 2003, C:1., s.821: “İdare bağlı yetki durumunda belirli bir sebebin mevcut olduğunu tespit ettiğinde kanunun öngördüğü işlemi yapmak zorundadır”.

E. Bayraktar, 1976, s.260 : “...bir kısım konularda hukuk idareye belirli şart ve durumların gerçekleşmesi halinde belirli bir çözüm uygulama ödevini yükler, buna bağlı yetki denir”.

N. Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi Ve Kanuna Aykırılık”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1976, s.334: “Bağlı yetki halinde, ilgili şahıs kanunla öngörülen şartları tamamladığı andan itibaren, idare aksine bir seçim imkanına sahip olmaksızın, kanunun gösterdiği kararı alacaktır”.

B. Kornprobst, “Bağlı Yetki”, çeviren: A.H. Tuncay, **İdare Hukuku Ve İdare Yargının Bazı Sorunları**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1972, s.160: “İdare tarafından alınacak kararların hem gerekliliği ve hem de kapsamı bunları tatbik edecek hükümlerle tespit edilmişse, yani kanun, belirli bir meselede idarecinin hareket tarzını tayin ederek alacağı idari kararın kapsamını gerekli gördüğü sonucunu hiçbir takdir yer vermeksizin evvelce vaz ettiği hükümlerle tespit etmiş ve idarece yapılacak iş sadece bu hükümleri uygulamaktan ibaret bulunmuş ise o takdirde bağlı yetki bahis konusu olur”.

kamu alacağını güvence altına alma amacına hangi tür idari işlem tesis edilirse ulaşılabacağını da öngörmüştür. Bu çözüm de ihtiyati haciz işlemi tesisidir. Dolayısıyla bu tip durumlarda idarenin normun amacına ne şekilde ulaşılabacağı sorununu çözümlemesine gerek bulunmamaktadır. İdarenin görevi sadece koşulların varlığı halinde yasa koyucunun çözümünü uygulamaktan ibarettir⁸².

Yukarıdaki özelliğe koşul olarak bağlı yetkiye dayanan idari işlemler tamamen yargısal denetimin kapsamı içerisinde olan işlemlerdir. Bu bağlamda söz konusu işlemlerde bir yerindelik tartışması söz konusu olmamakta; bu işlemler hukukilik denetiminin ölçütlerine göre yargısal denetime tabi olmaktadır.

Öte yandan takdir yetkisi gibi bağlı yetki de mutlak olarak normatif bir dayanağa sahip olmasını gerektirir. Bu saptamanın, pozitif hukuktaki dayanağı da AY m.8, AY m.123/1'dir. Bağlı yetkinin dayandığı norm, kural olarak yasa türünde bir norm olmakla birlikte⁸³, yetki takdir yetkisi objektifleştirildiği oranda düzenleyici işlemlere de dayanabilir. Zira yasalarda idareye tanınan takdir yetkisi daha sonra düzenleyici işlemlerle belirli bir ölçüde bağlı yetkiye dönüştürülebilir⁸⁴.

II. TAKDİR YETKİSİNE ATFEDİLEN ÖZELLİKLER VE ANALİZİ

A. TERCİHTE BULUNMA YETKİSİ

1. “TERCİHTE BULUNMA” ÖZELLİĞİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİ KARŞISINDAKİ KONUMU

Takdir yetkisinin ayırıcı özelliği olan “tercihte bulunma” genel planda normların özel planda da idare (ve vergi) normlarının uygulanması noktasında ele alınacaktır. Söz konusu özelliğin pozitif hukukta da değer atfedilen normlar hiyerarşi

⁸² B. Kornprobst, 1972, s.160; S. Üstün, 2007, s.17

⁸³ B. Kornprobst, 1972, s.167; S. Üstün, 2007, s.17

⁸⁴ B. Kornprobst, 1972, s.169; S. Üstün, 2007, s.17

teorisi bünyesinde işleyen bir süreç olduğu da dikkate alınarak “tercihte bulunma” özelliği öncelikle normlar hiyerarşisi teorisi çerçevesinde ele alınmıştır⁸⁵.

a. Normlar Hiyerarşisi Teorisi

Normlar hiyerarşisi teorisinin açıklanabilmesi için öncelikle “norm” kavramı ele alınmalıdır. Hukukun irade görünümü⁸⁶ olduğundan hareket eden normlar hiyerarşisi teorisine⁸⁷ göre norm, olması gerekene yönelik davranış kalıpları içeren irade görünümü olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. Bu çerçevede de hukuk düzeni belirli davranış kalıplarını gösteren normlar bütününden oluşmaktadır⁸⁹. Böyle bir saptama hukuk düzenini oluşturan normlar arasındaki ilişkinin ortaya konulmasını gerektirmiştir.

Hukuk teorisinde normlar arası ilişki KELSEN’in normlar hiyerarşisi teorisi ile açıklanmaktadır⁹⁰. Söz konusu teoride, devletlerin hukuk sistemlerinin hiyerarşik; katmanlı normlar sisteminden oluştuğu kabul edilmektedir⁹¹. Dolayısıyla bu sistem her normun geçerliliğini bir üst katmandaki normdan aldığı basamaklı bir sistemdir

⁸⁵ Bu çerçevede burada yapılacak açıklamalar diğer özelliklerin analizi bakımından da belirleyici olacaktır.

⁸⁶ Ne var ki, hukuku açıklayan tek teori hukukun normatif teorisi değildir. Bu teorisinin yanında “hukukun müessesesi” ve “süjeler arası münasebet teorisi”de bulunmaktadır. Bu teoriler için bkz. Z. Hafizoğulları, **Ceza Normu**, US-AAAnkara,1996, s.19 vd.

⁸⁷ Hukukun irade görünümü olması birlikte yaşayan öznelerle yönelik davranış kurallarını içeren genel irade olduğu anlamına gelmektedir. Bu bağlamda hukuk düzeni süjelerin davranışlarının ne şekilde olması gerektiğini gösterdiğinden emirler, buyruklar, yasaklar bütünüdür. Bu noktadan hareketle hukuk düzeninin iradenin emir şeklindeki görünümü olduğu belirtilmektedir. Bunun anlamı hukuk düzenini oluşturan emirlerin hukuk süjelerinin uymaları gereken davranışları gösterdiğidir. Teoriye göre söz konusu davranış kalıpları norm olarak ifade edilmektedir(Z. Hafizoğulları,1996, s.5-8).

⁸⁸ GÜRİZ, normu, belirli bir davranışı yasaklayan veya emreden olması gerekene ilişkin davranış kuralı olarak tanımlamaktadır(A. Güriz, 2007, s.303). Buna karşılık bizim tanımımızda “davranış kuralları” kavramı geçmemektedir. Zira “kural” etki alanı bakımından genel ve soyut olmaktadır. Oysa ileride açıklanacağı üzere Kelsen’in normlar hiyerarşisi teorisinde “norm” kavramı sadece genel ve soyut kuralları değil aynı zamanda somut ve özel durumlara ilişkin kararları da kapsamaktadır.

⁸⁹ Z. Hafizoğulları,1996, s.33

⁹⁰ Y. Işıқтаç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi Ve Uygulaması**, 2. Basım, Filizkitapevi, İstanbul, 2004, s.113

⁹¹ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.141; A. Güriz ,2007, s.303

⁹². Diğer bir anlatımla, normlar hiyerarşisi sisteminde irade beyanlarının hukuki norm haline gelebilmesi bu normun üstünde ona bu niteliği verecek bir norm bulunmasına bağlıdır⁹³. Bu doğrultuda normlar hiyerarşisinde “n1” pozitif hukuk düzenindeki diğer normların geçerliliğini belirleyen en üst düzeydeki normdur⁹⁴. Söz konusu norm sisteminde “n2” hiyerarşik sıralamada kendinden alt sıradaki normların geçerliliğini, “n3” de kendinden aşağıda bulunan normların geçerliliğini belirlemektedir⁹⁵. Bu hiyerarşi norm katmanları boyunca aynı silsile ile devam eder. Sonuç olarak teoriye göre tüm normlar geçerliliklerini hiyerarşinin en üstünde yer alan “n1” normundan almaktadır.

Yukarıda sergilenen varsayımsal sistemi hukuk kaynakları açısından somutlaştırdığımızda şu görünümle karşılaşırız. Hiyerarşik normlar sisteminin en üstünde Temel Norm/Grundnorm yer alır⁹⁶. Normlar hiyerarşisinin en üst katmanını oluşturan temel norm esasen bir pozitif hukuk kuralı olmayıp mantıki bir hukuk varsayımından ibarettir⁹⁷. Normlar hiyerarşisinde varsayımsal temel normun hiyerarşik olarak altında yer alan normlar ise pozitif hukuk normlarıdır. Dolayısıyla bu sistemde başta anayasa olmak üzere tüm normların geçerliliği varsayımsal temel norma dayanmaktadır⁹⁸. Temel normun hiyerarşik olarak altında ise yazılı ve yazısız “anayasa”lar yer alır⁹⁹. Anayasanın hiyerarşik olarak altında ise kanunlar, kanunların altında ise sırasıyla tüzük-yönetmelik gibi düzenleyici işlemler yer alır¹⁰⁰.

⁹² Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.142

⁹³ S.S. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, İstanbul, 1966, C:1, s.269

⁹⁴ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.111

⁹⁵ A. Güriz, 2007, s. 28; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.111

⁹⁶ V. Aral, **Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu Ve Değeri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2471, İstanbul, 1978, s.47; Y. Işıқтаç, 2004, s.113; S.S. Onar, 1966, C:1, s.268

⁹⁷ V. Aral, 1978, s.47;Kelsen’in normlar hiyerarşisi teorisi de en sert eleştirilere temel norm varsayımı nedeniyle uğramıştır.. GÜRİZ, normların geçerliliğinin temel norma dayandığı görüşünün kabul edilebilir olduğunu asıl önemli olanın temel normun toplumda minimum etkenliğe sahip olması gerekliliğini vurgulamaktadır(A. Güriz ,2007, s.29). Konumuz dışında kalan bu tartışmalar için bkz. V. Aral, 1978, s.122 vd.; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.141; Y. Işıқтаç, 2004, s.114; A.Güriz, 2007, s.29

⁹⁸ A. Güriz ,2007, s.28

⁹⁹ Y. Işıқтаç, 2004, s.114; A. Güriz, 2007, s.32; H. Kelsen, 1934, s. 76; H. Kelsen, 1960, s. 230 ’dan aktaran V. Aral, 1978, s.51

¹⁰⁰ A. Güriz ,2007, s.32; H. Kelsen, 1934, s. 76; H. Kelsen, 1960, s. 235’den aktaran V. Aral, 1978, s.51

Hiyerarşinin tabanında ise hukuku uygulayan makamların özel ve somut durumlarla ilgili kararları, bunların altında da tam olarak fiil ve olaydan ibaret olan icra ve infaz eylemleri yer alır¹⁰¹. Dolayısıyla bu normlar, genel normların özel ve somut durumlara uygulanmasıdır¹⁰². Bu anlamda söz konusu kararlar idari kararlar ve mahkeme kararlar olup bu ferdi/somut normlar kanunlara ve düzenleyici işlemlere dayanır¹⁰³. Görüldüğü üzere normlar hiyerarşisi teorisinde normlar en soyut ve genelden en somut ve özele doğru gitmektedirler.

Normlar hiyerarşisi teorisi çalışmamızda idari işlemlerin konumunu saptamak açısından önem arz etmektedir. Bu çerçevede tartışılması gereken husus söz konusu teoriye göre bütün idari işlem türlerini norm olarak kabul etmenin olanak dâhilinde olup olmadığıdır. Bu tartışma yazında hukuk normlarının özellikleri arasında “genel ve soyut olmanın”¹⁰⁴ sayılması karşısında daha da önem kazanmaktadır. Zira bu görüşe göre hukuk sistemi genel ve soyut normlardan oluşmakta, belirli ve özel durumlara ilişkin subjektif işlemler hukuk sisteminin dışında kalmaktadır¹⁰⁵. Bu görüşün doğal sonucu, hukuk sisteminde sadece anayasa, yasa¹⁰⁶, örf ve adet kuralları ve idarenin düzenleyici işlemlerinin “norm” olarak yer alabilmesidir. Dolayısıyla tutarlı bir teorik çerçeve çizmek açısından birel idari işlemlerin de “norm” kategorisine girip girmediği saptanmalıdır. Esasen bu konuda varılan sonuca ilişkin ilk ipuçları yukarıda sergilenmiştir. Bu bağlamda normlar hiyerarşisi teorisine göre hukuk sistemi sadece genel ve soyut kurallar koyan normlardan değil ve fakat somut ve özel durumlara ilişkin işlemlerden de oluşmaktadır¹⁰⁷. Ancak bu saptamaya geçilmeden önce söz konusu teorinin pozitif hukuktaki değeri saptanmalıdır.

¹⁰¹ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.141; Y. Işıқтаç, 2004, s.114; A. Güriz ,2007, s.32; V. Aral, 1978, s.52

¹⁰² S.S. Onar, 1966, C:1, s.268

¹⁰³ A. Güriz ,2007, s.32; 304.

¹⁰⁴ Y. Işıқтаç, 2004, s.88; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.118-119

¹⁰⁵ Y. Işıқтаç, 2004, s.88; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.118-119. Görüşün değerlendirilmesi hakkında bkz. S.S. Onar, 1966, C:1, s.267-268

¹⁰⁶ Bu özellik “yasa” türündeki hukuk normları için dahi geçerli bir özellik değildir. Zira 1982 Anayasası’na göre yasa maddi kriter uyarınca genel ve soyut nitelikli hukuk normu olarak tanımlanmamış; aksine biçimsel ve organik kriter benimsenmiştir(Bkz. E Özbudun, 2005, s.201 vd.).

¹⁰⁷ S.S. Onar, 1966, C:1, s.268

b. Normlar Hiyerarşisi Teorisinin Pozitif Hukuktaki Değeri

Normlar hiyerarşisi teorisinin takdir yetkisine dayanak oluşturabilmesi pozitif hukuku açıklama gücüne bağlıdır. Yazında “Anayasanın Üstünlüğü İlkesi”nden hareketle normlar hiyerarşisi teorisinin hukuk sistemlerinde geçerli olduğu belirtilmektedir¹⁰⁸. Bu tespit Türk Hukuku açısından da geçerlidir. Zira 1982 Anayasası’nın 11inci maddesinde¹⁰⁹Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi öngörülmüştür. Anayasada normlar hiyerarşisi sisteminin bulunduğuna ilişkin başka dayanaklar da bulmak mümkündür. Bu bağlamda AY m. 115’de tüzüklerin kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılacağını ve kanunlara aykırı olmayacağını öngören hüküm; AY m.124’de düzenlenen kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceğini öngören hüküm; idarenin fonksiyonu yerine getirmek üzere tesis edeceği idari işlem ve eylemlerin kanuna dayanması anlamında AY m.123 hükmü; alt kademededen üste doğru işlem(emir), yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa biçimindeki hiyerarşik sıralamayı vurgulaması bakımından AY m.137 hükmü; ve yine normların uygulanması ve hiyerarşi ilişkisini göstermesi bakımından hâkimlerin Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceklerini öngören AY m.138 hükmü pozitif hukukumuzda normlar hiyerarşisi sisteminin bulunduğuna dayanak olarak gösterilebilir.

Dolayısıyla pozitif hukukta “Anayasa-yasa-düzenleyici işlemler-idari işlemler/özel hukuk işlemleri/yargı kararları” biçiminde devam eden hiyerarşik normlar katmanlarının bulunduğu söylenebilir. Bununla birlikte pozitif hukukta hiyerarşiyi oluşturan norm katmanların tüm hukuk dallarında aynı hukuk kaynaklarından oluştuğu söylemek hatalı olacaktır. Zira, ilgili hukuk dalının pozitif hukuktaki düzenlenişe göre bazı norm katmanlarında eş değerde hukuk kaynakları bulunmayabilir. Örneğin, örf ve adet hukuku TMK m.1 uyarınca normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı katmanda yer alırken; bu durum yasa koyucunun

¹⁰⁸ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.142; Y. Işıқтаç, 2004, s.115

¹⁰⁹ AY m.11: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”

istisnai düzenleme yaptığı VİVK m.4/c dışında¹¹⁰ vergi hukuku normları açısından geçerli değildir. Dolayısıyla 1982 Anayasası hükümlerine göre norm katmanları açısından belirleme yapmak mümkün olmakla birlikte; hiyerarşinin içeriğinin tüm hukuk dalları için geçerli olduğunu söylemek olanaksızdır. Bu çerçevede pozitif hukukumuz uyarınca idare (vergi) hukuku açısından normlar hiyerarşisini “anayasa-yasa(khk/ay m.90/5 uyarınca uluslar arası sözleşmeler- İBK’lar)- tüzük-yönetmelik-birel yargı kararları/idari kararlar olarak belirlemek mümkündür¹¹¹.

c. Normlar Hiyerarşisi Teorisi Açısından İdari İşlem

Yukarıda ana hatlarıyla ele alınan normlar hiyerarşisi teorisi, normlar arası ilişkileri hiyerarşi ile açıklayarak hukuk düzeninin birliğini göstermeyi amaçlamıştır¹¹². Bu çerçevede KELSEN’e göre, soyut ve genel normların yanında somut ve özel durumlara ilişkin kararlar da normlar sistemine dâhildir¹¹³. Zira hem genel ve soyut normlar hem de devletin tüm somut işlemleri ve yargı kararları aynı iradenin ürünü olup ortaya çıkan sonuç birdir¹¹⁴. Dolayısıyla bu tür hukuki işlemler arasında niteliksel olarak herhangi bir ayırım bulunmamaktadır¹¹⁵. Ne var ki, KELSEN somut hukuki işlemleri de soyut normlarla birlikte norm olarak görerek farklı norm katmanlarında yer alan normların etki alanı bakımından da özdeş olduğunu ileri sürmemekte¹¹⁶, hiyerarşinin alt tabakasında yer alan işlemlerin somut ve özel duruma ilişkin olmaları nedeniyle diğerlerine nazaran daha sınırlı etkiye

¹¹⁰Veraset ve İntikal vergisi Kanunu’nun istisnaları düzenleyen 4. Maddesinin c bendinde “örf ve adet hukuku”na açık atıf bulunmaktadır:

VİVK m.4/c: “*Örf ve adete göre verilmesi mutat bulunan hediye, cihaz, yüzgörümlüğü ve drahomalar (Gayrimenkuller hariç)*”.

¹¹¹ Buna karşılık IŞIKTAÇ-METİN, normlar hiyerarşisini; “hukukun genel ilkeleri-uluslar arası sözleşmeler-anayasa-yasa/khk/örf ve adet hukuku/ibk-tüzük-yönetmelik-bireysel yargı kararları “olarak göstermektedirler(Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s. 252-253). Bu sıralamaya yukarıda belirtilen Anayasa hükümleri karşısında katılamamaktayız.

¹¹² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre, zwiete vollstaendig neubearbeietete und erweiterte Auflage*, Wien, 1960, s. 339’dan aktaran V. Aral, 1978, s.47,50

¹¹³ H. Kelsen, 1923, s. 13’dan aktaran V. Aral, 1978, s.48; Aynı doğrultuda bkz. S.S. Onar, 1966, C:1, s.258

¹¹⁴ H. Kelsen, 1923, s. 13’dan aktaran V. Aral, 1978, s.48

¹¹⁵ V. Aral, 1978, s.49

¹¹⁶ V. Aral, 1978, s.50

sahip hukuk kaynakları olduğunu belirtmektedir¹¹⁷. Buna karşılık daha önce de ifade edildiği üzere, genel anlayış hukuk düzenini salt genel ve soyut normlar sistemi olarak kabul etmekte; somut ve özel durumlara ilişkin kararlar bu sistemin dışında addedilmektedir¹¹⁸.

KELSEN hukuk sistemini oluşturan tüm işlemlerin birliğine işaret ederek uygulanması ile hukukun yaratılması süreçlerinin de bir olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, “hukuki işlemler” hem hukukun uygulanması hem de yaratılması işlemidir¹¹⁹. Çünkü hukuki işlemlerle üst kademedede yer alan norm uygulanırken aynı zamanda daha alt kademedede de norm oluşturulmuş olmaktadır¹²⁰. Somutlaştırmak gerekirse, anayasa temel normun, yasa anayasanın, mahkeme kararları ve idari işlemler kanununun ve son olarak zorlama fiili de idari işlem ve mahkeme kararlarının uygulanması olmaktadır¹²¹. Bu bağlamda sıralamanın en sonunda yer alan zorlama fiili saf icrai niteliğe sahiptir. Buna karşılık temel norm ise saf norm koyma niteliğine sahip olup; ikisi arasındaki normlar ise hem hukukun uygulanması hem de hukukun yaratılması anlamına gelmektedir¹²².

Normlar hiyerarşisi teorisinde yer alan her bir normun üstteki normun uygulanması ve alt kademedede yeni bir normun yaratılması olduğu savı ONAR’ın¹²³ “anayasa-borçlar kanunu-sözleşme” ilişkisini esas alarak verdiği şu örnekle sergilenebilir¹²⁴. Buna göre, yasama organının yasa yapması, anayasanın uygulanması ve alt kademedede yasa ile hukukun yaratılması olmaktadır. Bu yasanın

¹¹⁷ S.S. Onar, 1966, C:1, s.356

¹¹⁸ Y. Işıқтаç, 2004, s.88; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.118-119; H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre zwiete Auflage, Tübingen, 1923, s. 12’den aktaran V. Aral, 1978, s.47-48

¹¹⁹ H. Kelsen, 1934, s. 82-83; H. Kelsen, 1960, s. 239-240 ’dan aktaran V. Aral, 1978, s.49; S.S. Onar, 1966, C:1, s.268-269.

¹²⁰ H. Kelsen, Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien,1934, s. 82-83; H. Kelsen, 1960, s. 239-240 ’dan aktaran V. Aral, 1978, s.49

¹²¹ H. Kelsen, 1934, s. 82-83; H. Kelsen, 1960, s. 239-240 ’dan aktaran V. Aral, 1978, s.49-50

¹²² H. Kelsen,,1934, s. 82-83; H. Kelsen, 1960, s. 239-240 ’dan aktaran V. Aral, 1978, s.50

¹²³ Nitekim, ONAR idare hukukun kaynaklarını açıklarken objektif ve sübjektif durumları ve hukuk kaynakları ile hukuki işlemleri birlikte değerlendiren normativist teoriyi kabul ettiğini; söz konusu teorisinin idarenin hukuka bağlılığı ve takdir yetkisini açıklayabildiğini açıkça vurgulamaktadır(S.S. Onar, 1966, C:1, s.261).

¹²⁴ S.S. Onar, 1966, C:1, s.269

Borçlar Kanunu olduğu varsayılırsa, Borçlar Kanunu'na göre bir sözleşme aktedilmesi de Borçlar Kanunu'nun bir hükmünün uygulanması ve aktedilen sözleşme ile yeni bir hukuk normunun yaratılmasından başka bir şey değildir. Görüldüğü üzere, hem yasanın (Borçlar Kanununun) hem sözleşmenin hukukun(normun) yaratılması ve uygulanması anlamında aralarında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Buna karşılık her iki norm arasında şüphesiz etki alanı bakımından fark bulunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, teoriye göre ister düzenleyici ister birel olsun tüm idari işlemler birer normdur. Bu çerçevede, idari işlemler kural olarak yasa türündeki üst normun uygulanarak alt kademede yeni bir norm yaratılmasıdır. Dolayısıyla norm idare işlemler bakımından sadece genel ve soyut nitelikli düzenleyici işlemleri değil; somut ve özel durumlara ilişkin birel işlemleri de kapsamaktadır¹²⁵. Normlar hiyerarşisinde idari işlemlerin üst kademede normun uygulanarak alt kademede yeni bir norm yaratılması olduğu saptandığına göre sıra tercihte bulunmanın normun yaratılmasındaki anlamının belirlenmesine gelmiştir.

2. TERCİHTE BULUNMANIN ÜST NORMU UYGULAMAK SURETİYLE YENİ BİR NORM YARATMA OLUP OLMADIĞI

Buraya kadarki açıklamalarımız, normlar hiyerarşisi teorisinde hukuki işlem ile hukuk normunun eş anlamlı kabul edildiğini göstermektedir. Bilindiği üzere hukuki işlem, hukuk süjelerinin normun sınırları içinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır¹²⁷. Buna göre anayasa, yasa ve hatta vasiyet, hak sahibinin(hukuki süje) hukuk dünyasında sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır¹²⁸. İdari işlemlerin de birer hukuki işlem oldukları kuşkusuzdur. Dolayısıyla idari işlemler, üstteki normun uygulanması suretiyle alt kademede yeni bir norm yaratan irade açıklamalarıdır. İdari işlemlerin uyguladığı normlar kural

¹²⁵ S.S. Onar, 1966, C:1, s.261

¹²⁷ F. Eren, **Borçlar Hukuku**, C:1, S Yayınları, 2.Bası, Ankara, 1987, s. 188; A. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2.Bası, Ankara, 2002, s.26

¹²⁸ S.S. Onar, 1966, C:1, s.258

olarak yasa türünden normlardır¹²⁹. İdarenin(hukuk süjesinin) irade açıklamasıyla yarattığı alt kademedeki normlar ise düzenleyici ve birel idari işlemlerdir.

Bu çerçevede idarenin tercihte bulunması da uyguladığı üst normun tanıdığı serbesti dâhilinde hukuki sonuç doğuran irade açıklamalarında bulunmasıdır. Diğer bir anlatımla, tercihte bulunmak üst kademedeki normu uygulayarak yeni bir norm yaratmaktır. Aynı şekilde idarenin bağlı yetkisi dâhilinde işlem tesis etmesi de üst normu uygulamak üzere normda emredilen davranış kalıbı doğrultusunda irade açıklaması olmaktadır. Dolayısıyla gerek takdir yetkisine gerek bağlı yetkiye dayanan işlemler üstteki normun uygulanarak yeni bir norm (idari işlem/hukuki sonuç doğuran irade açıklaması) tesisinden başka bir değildir. İki arasındaki tek fark idareye tercihte bulunma yetkisi verildiği durumlarda idarenin üst normu uygulamak üzere hukuk dünyasında sonuç doğuracak hangi irade açıklamasında bulunacağını belli olmamasıdır. Buna karşılık bağlı yetkide, üst normun uygulanması sürecinde hangi iradenin açıklanacağı belirlidir. Gerek takdir yetkisinin gerek bağlı yetkinin üst normu uygulamak üzere hukuk dünyasında sonuç doğuracak irade açıklamalarıyla ilgili olmaları takdir yetkisinin idari işlemin hangi unsurunda bulunduğu tartışmaları açısından da belirleyici olacaktır¹³⁰.

Sonuç olarak, takdir yetkisi-bağlı yetki ayrımının özü, uygulanacak üst normun ne şekilde düzenlendiğine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla takdir yetkisinin irdelenmesi ancak norma dayalı olma özelliğinin incelenmesiyle mümkündür.

¹²⁹ Ancak AY m.121-122 örneklerinde de görüleceği üzere idari işlemin uyguladığı norm anayasa da olabilir

¹³⁰ Bkz.s.104 vd.

B. NORMA DAYALI OLMA

1. TAKDİR YETKİSİNİN NORM KATMANLARI ARASINDA BOŞLUK BULUNMASI HALİNDE ORTAYA ÇIKIP ÇIKMAYACAĞI SORUNU

Takdir yetkisi ve bağlı yetki uyarınca tesis edilen her tür idari işlemin, üstteki normun uygulanması anlamına gelmesi, her iki yetkinin de varlığının üst normun düzenleniş biçimiyle ilintili olduğunu göstermektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz takdir yetkisini normlar hiyerarşisi ile açıklayan görüş de bu noktada devreye girmekte ve takdir yetkisinin norm katmanları arasındaki boşluğun doldurulmasından başka bir şey olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla burada yapılacak saptamalarımız aynı zamanda takdir yetkisine atfedilen norma dayalı olma özelliğinin analizi anlamına gelmektedir.

a. Takdir Yetkisini Normlar Hiyerarşisi İle Açıklayan Görüş

Öğretide takdir yetkisinin dayanağını açıklayan pek çok görüş bulunmaktadır¹³¹. Biz söz konusu yetkinin temellerini normlar hiyerarşisinde gördüğümüzden salt bu teoriden bahsetmekle yetineceğiz. Hemen belirtmek gerekir ki, bu teori kapsamında yapılacak açıklamalar takdir yetkisini idari işlemin unsurlarından hareketle açıklayan görüş¹³² için de geçerli olacaktır. Türk Hukuku'na hakim görüş¹³³ olması nedeniyle önem arz eden bu görüş, kanaatimizce takdir yetkisini normlar hiyerarşisi teorisi ile açıklayan görüşün idari işlemin unsurları

¹³¹ Söz konusu teoriler hakkında bkz. Y.Yayla, 1964, s.203 vd.; S.S. Onar, 1966, C:1, s.428-432; E. Bayraktar, 1976, s.263vd. Bu teorilerin bir kısmının subjektif bir kısmının da objektif nitelikli olduğu belirtilmektedir. Bu doğrultuda takdir yetkisi eğer hukuk sùjeleri arasındaki ilişkiden hareketle açıklanıyorsa böyle bir teörinin subjektif nitelikli olduğu belirtilmektedir. Buna karşılık, söz konusu yetki normlar arası ilişkiden hareketle açıklanıyorsa da objektif nitelikli olduğu belirtilmektedir (S.S. Onar, 1966, C:1, s.421; E. Bayraktar, 1976, s.263; A.Ü. Azrak, idari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi, **İHİD**, Yıl:6, S:1-3, Aralık, 1985, s.23).

¹³² Bkz. Y.Yayla, 1964, s.203; S.S. Onar, 1966, C:1, s.425; E. Bayraktar, 1976, s.264-265; A.Ü. Azrak, 1985, s.22

¹³³ Bkz. s.104 vd.

temelinde detaylandırılmış halidir. Bu nedenle söz konusu teori normlar hiyerarşi teorisinin uzantısı olarak düşünölmelidir.

Normlar hiyerarşisinde her norm üstteki normun uygulanması ve daha alt katmanda yeni bir norm yaratılması biçiminde tezahür eder. Takdir yetkisini normlar hiyerarşisi teorisinden hareketle açıklayan görüş de bu noktadan hareket ederek normlar hiyerarşisinde yer alan her bir norm katmanı arasında boşluk bulunduğunu ileri sürmektedir¹³⁴. Teoriye göre takdir yetkisi de hukuk sùjelerinin bu boşluğu doldurmak üzere uygun gördükleri kararı alma yetkisi olmaktadır. Zira bu görüşe göre norm katmanları arasında bulunan boşluk, normu koymaya yetkili her bir organ veya kişinin üst norma aykırı olmamak şartıyla doldurabileceği; serbestçe irade beyan edebileceği alanı oluşturmaktadır¹³⁵. Başka bir anlatımla, hiyerarşinin her katmanındaki normlar arasındaki boşluk, normların uygulanması ve yeni bir norm yaratılması faaliyeti içerisinde tüm hukuk sùjelerine (devlet organları, idare ve hatta özel hukuk kişiler gibi) tercihte bulunma yetkisini vermeyi gerektirmektedir¹³⁶. Üst normun boşluklu yapısı gereği, bu yetki olmaksızın normun uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla bu boşluk alanında iradenin serbestçe kullanılması, seçenekler arasında tercihte bulunulması takdir yetkisini oluşturmaktadır¹³⁷.

Konuyu idare (vergi) hukuku normlarından hareketle somutlaştırırsak, yasama organının anayasaya aykırı olmamak koşuluyla anayasayı uygulamak üzere yaratacağı yasaların; idarenin yasaları uygulamak üzere tesis edebilecekleri düzenleyici işlemlerin; boşluk bulunması halinde yine idarenin yasaları ve düzenleyici işlemleri uygulamak üzere tesis edeceği birel idari işlemlerin tamamının birden çok alternatif çözüm yolundan birinin tercih edilmesi; başka bir deyişle takdir yetkisinin kullanılması anlamına geldiğini söylemek mümkün olacaktır¹³⁸.

¹³⁴ S.S. Onar, 1966, C:1, s.421; E. Bayraktar, 1976, s.263

¹³⁵ S.S. Onar, 1966, C:1, s.421; E. Bayraktar, 1976, s.263

¹³⁶ S.S. Onar, 1966, C:1, s.422

¹³⁷ S.S. Onar, 1966, C:1, s.421; E. Bayraktar, 1976, s.263

¹³⁸ S.S. Onar, 1966, C:1, s.422-423. Daha önce açıklandığı üzere normlar hiyerarşisi teorisi norm kavramı özel ve somut hukuki işlemleri de kapsadığından kişiler özel hukuk işlemlerinde de takdir yetkisine sahiptirler. Bu konuda örnek ve açıklamalar için bkz. S.S. Onar, 1966, C:1, s.424

Yukarıda niteliği açıklanan teori yazında idari işlemin unsurları bakımından da ele alınmıştır. BONNARD'ın¹³⁹ geliştirdiği ve Türk Hukuku'nda oldukça fazla taraftar bulan söz konusu teoriye göre, takdir yetkisi idari işlemin unsurlarının üst normda düzenlenip düzenlenmemesine göre tayin edilmektedir¹⁴⁰. Bu bağlamda idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları üst normda yani yasada düzenlenmişlerse takdir yetkisi bulunmayacak; buna karşılık bunlardan herhangi biri normda düzenlenmemişse idare o unsurda takdir yetkisi ile donatılacaktır. Dolayısıyla bu görüş de takdir yetkisini normlardaki boşluğa bağlamaktadır. Başka bir anlatımla, söz konusu görüş takdir yetkisini normlar hiyerarşisi ile açıklayan görüşün idari işlemin unsurları bazında detaylandırılmış halidir. Bu nedenle takdir yetkisini normlar hiyerarşisi ile açıklayan görüş bakımından yapılan saptamalar bu görüş için de geçerli olacaktır.

Kanaatimizce takdir yetkisini normlar hiyerarşisi kapsamında açıklayan teori doğru bir temelden hareket etmekle birlikte, dayandığı savın bir noktada revize edilmesi gerekmektedir. Bu nokta norm katmanları arasında bulunan boşluğun varlığına ilişkindir. Bu çerçevede “norm boşluğunun anlamı”, “ boşluğun her bir norm katmanı arasında bulunup bulunmadığı” soruları irdelenmelidir. Aşağıda görüleceği üzere bu irdeleme teorisinin revize edilerek kabulü sonucunu doğuracaktır.

b. Normlar Hiyerarşisi Teorisinin Değerlendirilmesi

Takdir yetkisini normlar hiyerarşisiyle açıklayan teorisinin, söz konusu yetkiyi norm katmanları arasındaki boşlukta tercihte bulunmak olarak tanımlanmış olması, bu belirlemenin ayrıca ele alınmasını gerekli kılmıştır. Bu bağlamda cevaplanması gereken ilk soru teorisinin “norm katmanları arasında boşluk bulunduğu” iddiası ile ne kastedildiğidir. İkinci soru ise, norm katmanları arasında boşluk bulunmasının mutlak olup olmadığıdır. Bu sorulara verilecek cevapların temelleri önermeler arası bağlantı bakımından norm türlerinin incelenmesinde yatmaktadır.

¹³⁹ A.Ü. Azrak, 1985, s.22; S.S. Onar, 1966, C:1, s.425

¹⁴⁰ Y.Yayla, 1964, s.203; S.S. Onar, 1966, C:1, s.425; E. Bayraktar, 1976, s.264

aa. Önermeler Arası Bağlantı Bakımından Norm Türleri

Bu başlık altındaki analizlerimiz mantıktaki önermelerin irdelenmesi esasına dayalı olacaktır. Zira hukuk normları önerme adı verilen düşünce kalıplarından oluşmaktadır¹⁴¹. Bu çerçevede önermeler dilbilgisi açısından birer cümle türüdür¹⁴². Dolayısıyla önermeyi, kısaca, doğru ya da yanlış olabilecek cümle olarak tanımlayabiliriz¹⁴³. Daha detaylı bir tanım verecek olursak “önerme”, “özne” (süje)¹⁴⁴, “yüklem” (predikat)¹⁴⁵ ve “bağlaç” (kopula)dan oluşmuş bildirme görevi üstlenen, dilbilgisi kurallarına uygun cümlelerdir¹⁴⁶. Bu noktada önermenin unsurlarını bir örnek üzerinden gösterecek olursak, “*Bütün insanlar ölümlüdür*” önermesinde, “bütün insanlar” özneyi, “ölümlü” kısmı yüklemi ve “dür” kısmı da bağlacı ifade etmektedir.

Hukuki önermeler de mantıktaki önermeler gibi “özne”, “yüklem” ve “bağlaç”tan oluşur¹⁴⁷. Bu nedenle mantıkta önermeler arasındaki bağlantı bakımından yapılan sınıflandırma doğrudan hukuk normlarına aktarılmıştır. Mantıkta önermeler aralarındaki bağlantılar bakımından “Kategorik”, “Hipotetik” (Koşullu) ve “Disjunktif” önermeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁴⁸. Kategorik önermeler, haber tümcesi niteliğinde olup; yüklemi öznesini olumlayan veya

¹⁴¹ Y. Işıқтаç, 2004, s.88

¹⁴² D. Özlem, 1990, s.110; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.107. Dolayısıyla hukuki önerme ve hukuk cümleleri eş anlamlıdır.

¹⁴³ A. Nesin, **Önermeler Mantığı**, Düşün Yayıncılık, İstanbul, 1994, s.14

¹⁴⁴ “Süje”, önermenin öznesi olup üzerinde yargıda bulunulan konuyu ifade eder (Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.98).

¹⁴⁵ “Predikat”, özneyi evetleyen veya değilleyen, özneye yüklenen şeyi ifade eder (Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.98).

¹⁴⁶ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.107. Mantığın inceleme konusuna giren önermeler iddia ve yargı bildiren haber tümceleridir. Dilin yaptırma, anlatma, bildirme fonksiyonlarını üstlendiği düşünüldüğünde mantığın konusuna giren önermelerin sadece bildirme işlevini yerine getirdiği görülmektedir. Zira sadece bildirme işlevli cümleler doğruluk-yanlışlık açısından değerlendirilebilmektedir. Ne var ki bu özellik hukuk önermeleri için geçerli değildir. Zira hukuk normları olması gerekene yöneliktir (Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.107)

¹⁴⁷ Y. Işıқтаç, 2004, s.87. Kopula, özne ile yüklemi birbirine bağlayan bağlacıdır (D. Özlem, 1990, s.107)

¹⁴⁸ Y. Işıқтаç, 2004, s.105

olumsuzlayan önermeler olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁹. Dolayısıyla bu önermelerde, yüklem özneye yüklenilen bir özellik olup soyut bir kavramla ifade edilir¹⁵⁰. Yapısı bakımından ise kategorik önermeler, bir özne, yüklem ve kopuladan kuruludur¹⁵¹. Örneğin “Ahmet canlıdır” önermesinde olduğu gibi¹⁵². Buna karşılık “hipotetik önermeler”, iki terim arasında bir koşul-sonuç bağlantısının olumlayan veya olumsuzlayan önermelerdir¹⁵³. Bu önermeler, yapı olarak, “A, B’yi gerektirir” biçimindedir¹⁵⁴. “Yağmur yağarsa, yerler ıslanır” önermesi hipotetik önermeye örnek olarak verilebilir. Disjunktif önermeler ise, iki terim arasında ayrıklık biçiminde karşılıklılık bağlantısı kuran önermelerdir¹⁵⁵. Bunlar arasında bir hipotez-sonuç bağlantısı değil ve fakat bir seçeneklilik bağlantısı mevcuttur¹⁵⁶. Bu önermeler “A veya B’dir” formundadırlar¹⁵⁷. “Yarın yağmur yağacak veya güneş açacak” önermesinde bu yapı gözlemlenebilir.

Hukuk normları yukarıda ele alınan önerme tiplerinin tamamıyla ifade edilirler¹⁵⁸. Bu çerçevede hukuk normlarının bir kısmı kategorik önermelere koşut olmak üzere “kategorik norm”lar olarak ifade edilmiştir. Kategorik normlar, normun süjesine norma uyma ödevi yükleyen; herhangi bir yaptırım içermeyen normlar olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁹. Dolayısıyla bu tip hukuk normlarına uyulması hipotetik önermelerdeki gibi herhangi bir şarta bağlı değildir. Anayasa normlarının büyük kısmı ile yargılama usulü normları daha çok kategorik norm biçiminde ifade edilmiştir. Söz gelimi, AY m.19’daki “*Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine*

¹⁴⁹ D. Özlem, 1990, s.121; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.103

¹⁵⁰ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.103; D. Özlem, 1990, s.121

¹⁵¹ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 150

¹⁵² D. Özlem, 1990, s.122

¹⁵³ D. Özlem, 1990, s.122; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.102

¹⁵⁴ D. Özlem, 1990, s.122

¹⁵⁵ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.102; D. Özlem, 1990, s.123

¹⁵⁶ D. Özlem, 1990, s.123

¹⁵⁷ D. Özlem, 1990, s.123

¹⁵⁸ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 150

¹⁵⁹ Z. Hafizoğulları, 1996, s.309; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 150; Y. Işıқтаç, 2004, s.123

sahiptir” hükmü kategorik bir normdur¹⁶⁰. Yine aynı şekilde, İYUK m.8/2’de yer alan *“Tatil günleri, sürelere dahildir”* hükmü özne, yüklem, kopuladan oluşan kategorik bir normdur.

Buna karşılık hukuk normlarının önemli bir kısmı hipotetik önermelere karşılık gelen hipotetik normlardan oluşmaktadır. Bu bağlamda hipotetik normlar, belirli bir şartın gerçekleşmesi durumunda belirli bir kararın alınmasını öngören hukuk normlarıdır¹⁶¹. Söz konusu norm türünde gerçekleşmesi gereken şart “hukuki olay”, şart gerçekleştiğinde alınması gereken karar da “hukuki sonuç” kavramlarıyla ifade edilmektedir¹⁶². Bu doğrultuda 6098 sayılı BK m. 51/2’de yer alan *“Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilir(ise), borçlu güvence göstermekle yükümlüdür”* hükmü hipotetik norma örnek olarak verilebilir. Görüldüğü üzere söz konusu normda tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilmesi “hukuki olay”ı; borçlunun yapması gereken davranış olan “güvence göstermek” ise “hukuki sonucu” oluşturmaktadır¹⁶³. Normlar hiyerarşisinde yasa türünden normların genellikle hipotetik norm olarak düzenlendiği söylenebilir¹⁶⁴.

Az sayıda olmakla birlikte bazı hukuk normları disjunktif önerme olarak ifade edilmiştir. Bu tür hukuk normlarına da disjunktif önermelere koşut olarak disjunktif norm denilebilir. Söz gelimi, AY m.66/2’de yer alan *“Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür”* hükmü seçenekliliğin öngörüldüğü disjunktif bir normdur.

¹⁶⁰ Aynı doğrultuda, AY m.1 “ Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir”. Diğer örnekler için bkz. AY m.2,3, 10 hükümlerine bakılabilir.

¹⁶¹ Z.Hafizoğulları, 1996, s.311-312; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 151; Y.Işıқтаç, 2004, s.123-124 Hipotetik normlarda davranış-sonuç ilişkisi nedensellik değildir. Zira hukuk nomları haber önermeleri olmadıklarından bu önermelerin doğruluğu-yanlışlığı söz konusu olmamaktadır. Hukuk normları bu anlamda ancak geçerlilik-geçersizlik kriteri ile değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle de hipotetik normlardaki davranış-sonuç bağlantısı doğa kanunlarındaki gibi doğruluk ya da yanlış kriterine değil ve fakat normatif değerlendirmeye tabidir. (Y. Işıқтаç, 2004, s.124; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 151)

¹⁶² V. Aral, 2001, s.173

¹⁶³ Hipotetik normların hukuki olay-hukuki sonuç unsurlarından oluşması, takdir yetkisi-bağlı yetki bakımından belirleyicidir. Söz konusu süreç asıl olarak ikinci bölümde normun uygulanması bakımından takdir yetkisinin konumunu incelediğimiz kısımda ele alınmıştır.

¹⁶⁴ Buna karşılık Anayasa normları arasında az sayıda hipotetik norm bulunmaktadır. Bkz. AY m.15/1

ab. Norm Katmanları Arasında Boşluk Bulunmasının Mutlak Olup Olmadığı

Yanıtlanması gereken bir diğer soru da norm katmanları arasındaki boşluğun her bir norm katmanı bakımından geçerli olup olmadığıdır. Teori “norm katmanları arasında boşluk” ile “norm katmanları arasında boşluk” bulunduğu savıyla, üst normun uygulanması sürecinde sahip olan tercihte bulunma imkânını kastetmektedir. Ne var ki, normlar hiyerarşisinde yer alan bütün norm türleri bakımından böyle bir boşluk alanından söz edilemez. Bu durum yukarıda açıklanan kategorik norm-hipotetik norm ayırımının sonucudur. Zira hukuk normlarının hipotetik önerme olarak düzenlendikleri pek çok durumda hangi hukuki olayın gerçekleşmesi halinde hangi hukuki sonucun doğması gerektiği öngörülmektedir. Buna karşılık bazı hipotetik normlarda hukuki olay açık veya örtülü olarak bulunmasına karşılık belirli bir hukuki sonucun doğması düzenlenmemiştir. Hukuki olay ve sonucun düzenlendiği hipotetik normların varlığı üst normun uygulanarak alt kademe norm yaratılması sürecinde tercihte bulunabilme imkânının her zaman var olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla teorinin dayandığı, “norm katmanları arasında boşluk bulunur” savı hatalı bir genelleme teşkil etmektedir. Bu ifadenin doğrusu “takdir yetkisi, norm katmanları arasında boşluk bulunması durumunda var olur” olmalıdır. Bu nedenle kanımızca söz konusu teori belirtilen kısıtla kabule şayan bulunmaktadır.

Öğretide norm katmanları arasında boşluğun yanı sıra, yasa boşluğu kavramına da rastlanılmaktadır. Bu bağlamda öğretide yasa boşluğu, normlar hiyerarşisiyle bağlantı kurulmaksızın ayrı bir kavram olarak incelenmektedir. Ne var ki, genel bir perspektiften değerlendirildiğinde yasa boşluğu ile norm katmanları arasında boşluk arasında paralellik kurmak mümkündür. Bu noktadan hareketle aşağıda önce yasa boşluğu kavramı incelenecek ve daha sonra yasa boşluğunun takdir yetkisiyle ilişkisi saptanmaya çalışılacaktır. Böylelikle her iki kavram arasında terminoloji açısından bir bağlantının mevcut olup olmadığı araştırılacaktır.

c. Yasa Boşluğu Sınıflandırmaları ve Takdir Yetkisiyle İlişkisi

aa. Yasa Boşluğu Sınıflandırmaları

Öğretide yasa türünden normlara atfedilen kapsamlı boşluk sınıflandırmalarına rastlanması, söz konusu sınıflandırmaların normlar hiyerarşisi teorisi bakımından konumlandırılmalarını gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede hukuk metodolojisi yazınında, normatif hukuk düzeninin kaçınılmaz bir kusuru¹⁶⁶ olarak ele alınan boşluğa ilişkin çeşitli sınıflandırmalar bulunmaktadır¹⁶⁷. Söz konusu sınıflandırmaların genellikle aynı özelliği işaret ettiği görülmektedir. Buna göre “boşluk”, yasanın (normun) planı gereği yasada (normda) öngörülmesi gereken bir kuralın bulunmaması halidir¹⁶⁸. Dolayısıyla hukuk metodolojisi yazınında boşluk, genel olarak yasada (normda) bir düzenleme eksikliği bulunması halini değil; yasanın planı gereği bulunması gereken bir düzenlemenin mevcut bulunmaması halini betimlemektedir¹⁶⁹. Başka bir anlatımla, yazının ileri sürdüğü biçimde boşluk bulunması için normda düzenleme bulunmayışının normatif plana; normun planında yer alan değerlere ve amacına uygun düşmemesi gerekmektedir¹⁷⁰. Bu nedenle,

¹⁶⁶Zira yazına göre, yasanın (normun) düzenlenmesi sırasında ekonomik ve teknik ilerlemeler gibi nedenlerle tüm olasılıkların öngörülmesine imkân bulunmaması, yasa koyucunun düzenlediği alanda eksik araştırma yapması, yasalar arasında çelişik hükümler bulunması nedeniyle normlarda her zaman boşluk oluşması olasılık dâhilindedir (V. Aral, 2001, s.155-156; Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s. 226).

¹⁶⁷ Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s. 226; V. Aral, 2001, s.155 vd.; A. N. Sözer, 2008, s .101. Buna karşılık “Normlar Hiyerarşisi Teorisi”nin kurucusu Kelsen’in yasalarda boşluk olamayacağını savunduğu belirtilmektedir(H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien, 1976, s.251 vd.’dan aktaran A. N. Sözer, 2008,s .101). Esaen isabetle ifade edildiği üzere yasalarda boşluk olabilir ve fakat hukuk düzeninde boşluk olması mümkün değildir (A. N. Sözer, 2008,s .101).

¹⁶⁸ V. Aral, 2001, s.157

¹⁶⁹ Ç. Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **AÜHFD**, C:50, S:1, 2001, s.91; S. Kaneti, “Vergi Usul Kanunu’ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması”, **Vergi Dünyası**, S:123, Kasım 1991, s.35; Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s. 222.

¹⁷⁰ Ç.Kırca, 2001, s.92; V. Aral, 2001, s.157-158. Bu bağlamda normda düzenleme olmayışı normun planına, amacına aykırılık teşkil etmiyorsa ortada “hukuk politikası boşluğu” vardır. Hukuk politikası boşluğu dahilinde gündeme gelen talepler ise olması gereken alanına (de lege ferenda) ait olup, söz konusu durumlarda gerçek bir boşluktan söz edilemez (Ç.Kırca, 2001, s.92; V.Aral, 2001, s.157-158)

kanun boşluğu, “kanunun planına aykırılık” veya “gerekli kanuni düzenlemelerin yapılmamış olması” olarak ifade edilmektedir¹⁷¹.

Öğretide yukarıda çizilen çerçeveden hareketle gizli boşluk (örtülü boşluk)-açık boşluk, yasa boşluğu (praeter legem)-hüküm içi boşluk (intra legem) gibi sınıflandırmalar yapılmaktadır¹⁷². Ne var ki, söz konusu boşluk türlerinin tamamı yukarıda sergilenen kavramsal çerçeve ile paralellik arz etmemektedir. Öğretideki bu sapma kanun boşluğu(praeter legem)-hüküm içi boşluk (intra legem) ayrımı için söz konusu olup tartışma konusu açısından da asıl önem arz eden nokta bu ayrımın belirginleşmektedir. Zira, gizli boşluk (örtülü boşluk)¹⁷³-açık boşluk¹⁷⁴ sınıflandırması genel olarak, kanunun kendi planına aykırı olarak belirli bir soruna düzenleme getirmemesi hali ile ilgilidir¹⁷⁵. Oysa hüküm içi boşluk(intra legem), yasa koyucunun bilinçli olarak düzenleme yapmadığı durumları ifade etmektedir¹⁷⁶. Diğer bir anlatımla, burada yasanın planına aykırı bir biçimde düzenleme yapılmaması söz konusu değildir. Hüküm içi boşlukta, normda belirli bir düzenleme bulunmakta ancak bu düzenlemenin içeriğini belirleyecek, somutlaştıracak unsurlar öngörülmemekte; bu görev kararı alacak makama¹⁷⁷ bırakılmaktadır¹⁷⁸. Bu bağlamda

¹⁷¹ Ç.Kırca, 2001, s.91

¹⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. V. Aral, 2001, s.157 vd.; Ç.Kırca, 2001, s.93v d.; S. Kaneti, 1991, s.36-37; Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s. 226 vd.; A. N. Sözer, 2008, s. 116 vd.

¹⁷³ Esasen gizli (örtülü) boşluğun da boşluğun kavramsal çerçevesi ile tam olarak örtüşüp örtüşmediği tartışmalıdır. Zira gizli (örtülü) boşlukta kanunda bir düzenleme vardır. Ancak bu düzenleme gerekli/kanun planı gereği olması gereken istisnalara yer vermediğinden doğrudan uygulandığı takdirde kanunun amacına aykırı sonuçlar doğurmaktadır (Örtülü boşluk hakkındaki tartışmalar için bkz. Ç.Kırca, 2001, s.95 vd.; V.Aral, 2001, s.158)

¹⁷⁴ Açık boşluk, kanunda(normda) normun planına aykırı olarak düzenleme yapılmamış olması halidir (Ç.Kırca, 2001, s.94). Dolayısıyla tanımla asıl örtüşen boşluk türü “açık boşluk” olmaktadır. Açık boşluk için ayrıca bkz. Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s. 227-228.

¹⁷⁵ KANETİ, açık ve örtülü boşlukları “yasadışı/praeter legem -extra legem) boşluk başlığı altında sınıflandırmaktadır (S. Kaneti, 1991, s.36). Özellikle açık boşluğun ortaya çıkması durumunda özel hukukta Türk Medeni Kanunu m.1 devreye girmekte, yargıç uygulanacak örf ve adet hukukunun da bulunmaması durumunda yasa koyucu gibi kural koyarak boşlukları doldurmaktadır (Ç.Kırca, 2001, s.97).

¹⁷⁶ S. Kaneti, 1991, s.36

¹⁷⁷ Yazında özel hukuktaki yaklaşımdan hareketle kuralı somutlaştırma görevinin yargıca bırakıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, biz kavramı tüm hukuk sistemi temelinde ele aldığımızdan “karar alacak makam” kavramını tercih ettik.

¹⁷⁸ V. Aral, 2001, s.159-160; S. Kaneti, 1991, s.36; Ç.Kırca, 2001, s.93-94; Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s. 230-231. Hemen belirtmek gerekir ki, hüküm/kural içi boşluğun bu özelliği nedeniyle gerçek bir

normda belirtilen “genel ahlak”, “kamu düzeni”, “önemli” gibi kavramların kullanıldığı durumlarda söz konusu kavramların somutlaştırılması hüküm içi boşluklara örnek olarak verilmektedir¹⁷⁹. Buna karşılık, kanun boşluğu (praeter legem), yasada bulunması gerekli bir düzenlemenin bulunmaması hali olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁰.

Bütün bu açıklamalardan boşluk teorisi ile ilgili şu sonuç ortaya çıkmaktadır. Yasa (Norm) boşluğu özel hukukta geliştirilen teorilerden de etkilenecek normun planı gereği bulunması gereken bir düzenlemenin yapılmamış olması hali olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda tanıma uygun boşluk türü “kanun boşluğu/praeter legem” olarak adlandırılmakta olup açık boşluk-örtülü boşluk gibi boşluk türleri belirtilen türün alt türleridir. Ne var ki, bu tanımlama boşluk türlerinden sadece birini işaret etmektedir. Zira hüküm içi boşluk da, boşluğun bir alt türü olmaktadır. Nitekim KANETİ de yasa (norm) boşluğu türlerini yasa içi(intra legem)-yasa dışı (praeter legem) olmak üzere iki ana sınıflandırmaya tabi tutarak tespitimizin doğruluğunu desteklemektedir¹⁸¹. Anılan sınıflandırma uyarınca yapılan ayırım bakımından idare ve vergi normları konumlandırıldığında aşağıdaki saptamalar yapılabilmektedir.

ab. İdare (Vergi) Normlarında¹⁸² Yasa Boşluğu

Hukuk düzenini oluşturan normlarda hem praeter legem hem intra legem boşluk bulunabilir. Bu çerçevede bir normda hangi tür boşluğun bulunabileceği o normun düzenlenmesiyle ilgilidir. O normun ne şekilde düzenlendiği ise pozitif

boşluk sayılıp sayılmadığı tartışmalıdır. Ancak hakim görüşün hüküm içi boşlukları boşluk türleri arasında kabul ettiği belirtilmektedir (Ç.Kırca, 2001, s.93).

¹⁷⁹ S. Kaneti, 1991, s.36; V. Aral, 2001, s.159-160. Verilen örnekler idari işlemin sebep unsurunun belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlara benzerlik gösterdiği için ayrıca anlamlıdır.

¹⁸⁰ V. Aral, 2001, s.159

¹⁸¹ Benzer bir şekilde SÖZER de “plan dışı boşluk-planlı boşluk” ayırımı yapmaktadır (A. N. Sözer, 2008, s.115)

¹⁸² İdare ve vergi normları ile genel planda idarenin, özel planda vergi idaresinin faaliyetlerini düzenleyen yasa ve düzenleyici işlemler kastedilmektedir. Çalışmanın bütününde de “idare ve vergi normları” bu anlamda kullanılmıştır.

hukukta ilgili hukuk dalına hâkim kural ve ilkeler sorunudur¹⁸³. Bu bağlamda konuyu pozitif hukuktaki özel hukuk normları bakımından ele aldığımızda söz konusu normlardaki boşlukların hem praeter legem hem intra legem boşluklar olabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu tip boşluklar pozitif hukukta yer alan yargıcın boşluk doldurması (TMK m.1) ve yargıcın takdir yetkisi (TMK m.4) hükümleri çerçevesinde doldurulmaktadır. Dolayısıyla normlar hiyerarşisi özel hukuk-kamu hukuku normlarının bütünü açısından ele alındığında yukarıda bahsedilen her iki boşluk türüyle de karşılaşmak olasıdır¹⁸⁴.

Ne var ki, konuyu idare (vergi) normları özelinde irdelediğimizde idare (vergi) normlarında görülebilecek boşluğun yasa (norm) boşluğu (praeter legem) olamayacağı görülür. Zira pozitif hukuktaki düzenlemeler idare (vergi) normlarında praeter legem boşluk bulunmasına engeldir. Bu çerçevede, normlar hiyerarşisi idare(vergi) hukuku normları özelinde incelendiğinde, AY m.8 ve AY m.123’de yer alan “kanuni idare ilkesi”nin praeter legem boşluk bulunması ihtimalini ortadan kaldırdığı görülmektedir. Bilindiği üzere söz konusu ilke, AY m.8’e paralel olarak idarenin belirli bir konuda faaliyette bulunabilmesi için mutlaka kanuni bir yetkiye sahip olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁸⁵. Bu nedenle idare, yasa ile düzenlenmemiş bir alanda faaliyet gösteremez. Dolayısıyla idare(vergi) hukuku normları açısından kanunun planına aykırı değil, salt “intra legem” olarak ifade edilen bilinçli bırakılan boşluklar bulunabilir.

¹⁸³Dolayısıyla pozitif hukukta bazı hukuk dalları açısından kanun boşluğu (praeter legem) olamayacağı hükme bağlanmış olmaktadır. Söz gelimi AY m.38’deki suçların yasallığı ilkesi ya da AY m.73’deki vergilerin yasallığı ilkesi gibi (A. N. Sözer, 2008,s.103).

¹⁸⁴ Pozitif hukuktaki düzenlenişte boşluk türlerinin farklılaşması boşluk doldurma yöntemlerini de etkilemektedir. Bu bağlamda praeter legem boşluk kıyas, a fortiori (evleviyet) gibi yöntemlerle doldurulabilir. Intra legem boşlukların doldurulması bakımından ise her zaman bu yöntemler geçerli değildir. Bununla birlikte yazında daha çok özel hukuk normları bakımından geçerli olan bu yöntemler geliştirilmiştir. Boşluk doldurma yöntemleri hakkında bilgi için bkz. Aral, 2001, s.196 vd.; A. N. Sözer, 2008, s .129 vd.

¹⁸⁵ M.Günday, 2003, s.42

ac. Yasa Boşluğu Sınıflandırmalarında Takdir Yetkisi

Norm boşluğunun yasa boşluğu(praeter legem) ve hüküm içi boşluk (intra legem) olmak üzere iki türünün bulunması, “boşluk doldurma”nın takdir yetkisini normlar hiyerarşisi ile açıklayan görüş bakımından irdelenmesini gerekli kılmaktadır. Böylelikle takdir yetkisine dayanan hukuki işlemlerle boşluk doldurma faaliyeti arasında bağlantı kurulabilecektir.

Öğretide yasa boşluğu doldurma ile takdir yetkisi ilişkisi hukuk metodolojisi açısından irdelenmektedir¹⁸⁶. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, öğretinin konuya yaklaşımı özel hukuk normlarının etkisinden kurtulamamıştır. Zira öğretilerde takdir yetkisinin somut olayın özelliklerini gözetererek hukuki işlem tesis etmek olduğu; buna karşılık boşluk doldurmanın ise somut olaya uygulanacak olan hukuk normunun bulunması sürecine ilişkin olduğu belirtilerek bir ayırım yapılmaya çalışılmaktadır¹⁸⁷. Başka bir anlatımla, boşluk doldurma faaliyeti sadece uygulanacak genel ve soyut hukuk normunun bulunmaması hali olarak düşünülmektedir. Bu görüşün TMK m. 4’de öngörülen yargıcın takdir yetkisinden hareketle oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Zira hâkimin takdir yetkisi başlıklı TMK m.4’de “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*” hükmü getirilmiştir. Anılan hükme göre yargıç, hukuka ve hakkaniyete göre somut olayın özellikleri uyarınca bir değerlendirme yaparak karar verecektir. Bu bağlamda anılan maddede, “hüküm içi boşluklar”ın yargıcın takdir yetkisi ile somut olayın özelliklerine göre doldurulması düzenlenmiştir. Yargıcın takdir kararı bu anlamda kanunda gerekli düzenlemenin bulunmadığı durumlarda (praeter legem) devreye giren TMK m.1 uyarınca kullanılacak boşluk doldurma yetkisinden farklıdır. Ancak bu farklılık zaten praeter legem-intra legem boşluk ayırımının gereğidir.

¹⁸⁶ V. Aral, 2001, s.207

¹⁸⁷ V. Aral, 2001, s.207

Yukarıda¹⁸⁸ normlar hiyerarşisi kapsamında sergilenen teori uyarınca ise boşluk doldurma takdir yetkisinden ayrı bir kavram değil ve fakat bu yetkinin bir türü olabilir. Zira takdir yetkisini normlar hiyerarşisi kuramıyla açıklayan teoriye göre, takdir yetkisi normun uygulanma sürecinde sahip olunan tercihte bulunma yetkisi olmaktadır. Bu tanıma koşut olarak yasanın planına aykırı olarak uygulanacak normun bulunmaması olarak tanımlanan praeter legem boşlukların doldurulması da seçenekler arasında tercihte bulunmak anlamına gelecektir. Şüphesiz böyle bir tercih üst norm olan Anayasa ile ilgili yasanın amacı çerçevesinde kullanılabilir bir yetki olacaktır. Dolayısıyla praeter legem boşluk doldurmak da geniş planda takdir yetkisinin türüdür. Diğer bir anlatımla, praeter legem boşluklarda da, norm katmanları arasında boşluk bulunması söz konusudur¹⁸⁹.

Bununla birlikte bu tür boşlukların doldurulması çalışma kapsamımızın dışındadır. Zira, daha önce de ifade edildiği üzere idare(vergi) hukuku normlarındaki boşluklar salt intra legem boşluk olabilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki intra legem boşluklarda da takdir yetkisi gözlemlenebilmektedir. Esasen bu konunun incelenmesi üst normun alt norma göre taşıdığı konumla ilgili olup aşağıda ayrı başlık altında incelenmiştir¹⁹⁰.

2. NORMA DAYALI OLMA ÖZELLİĞİNİN SONUÇLARI

Takdir yetkisinin üst normun çizdiği çerçevede tercihte bulunabilmek anlamına gelmesi, iki farklı sonuç doğurmaktadır. Bu sonuçlardan ilki uygulanacak üst normun yapısının ve üstlendiği işlevin takdir yetkisinin varlığına etki etmesidir. Üst normun takdir yetkisi bakımından doğurduğu ikinci sonuçsa takdir yetkisinin sınırlarını belirlemesidir. Bu doğrultuda aşağıda ilk olarak üst normun takdir

¹⁸⁸ Bkz.s.40 vd.

¹⁸⁹ Praeter legem boşluğun norm katmanları arasındaki boşlukla ilişkilendirilmesi şu şekilde olabilir: Anayasa(Norm 1)-(...)/Boşluk-Yargı Kararı(Norm 3). Bu süreçte yasaya karşılık gelen (N2) hukuk düzeninde plana aykırı olarak öngörülmemiştir. Dolayısıyla Norm-1 ile Norm-3 arasında boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk özel hukukta TMK m.1 uyarınca yargıç tarafından doldurulmaktadır. Bunun anlamı normların uygulanma sürecinde yargıca tercihte bulunma imkânı verildiğidir.

¹⁹⁰ Bkz. s.104 vd.

yetkisinin varlığına etkisi irdelenecek, ardından da normun takdir yetkisinin sınırlarını oluşturmasının anlamı ve kapsamı üzerine durulacaktır.

a. Takdir Yetkisinin Varlığının Uygulanan Üst Normun Yapısına Göre Belirlenmesi

Normlar hiyerarşisinde uygulanacak üst norm ile yaratılan alt normun birbirleriyle olan bağlantısı takdir yetkisinin varlığının saptanması açısından belirleyicidir. Bu çerçevede takdir yetkisinin varlığı yaratılan normun birel (somut ve özel) veya genel ve soyut olmasına göre farklılık göstermektedir. Zira ileride ele alınacağı üzere anayasa ve yasa türünden normların uygulanarak alt kademe genel ve soyut normlar yaratılması ile birel norm yaratılması kural olarak farklı süreçlerdir¹⁹¹. Bu durum esasen üst normun alt kademe yaratılan genel ve soyut norma göre bağımlı norm konumunda olmasından kaynaklanmaktadır. Buna karşılık üst normdan birel norm yaratıldığında, üst norm birel norma göre bağımsız norm konumundadır.

Bu ayrımın önemi, bağımsız normların her zaman hipotetik norm olmalarına karşılık, bağımlı normların bu özelliği istisnai olarak taşımaları noktasında belirginleşmektedir. Bu bağlamda üst normun hipotetik yapısı takdir yetkisinin varlığının saptanması bakımından kilit özelliktir. Ancak bu bölümde üst normun yapısının ve normlar arasındaki bağlantının takdir yetkisinin varlığının saptanmasına etkisi inceleme konusu yapılmayacaktır¹⁹². Zira bağımlı-bağımsız norm ayrımı doğrultusunda yapılacak bu tartışmaların sağlıklı bir zeminde yürütülebilmesi öncelikle takdir yetkisine atfedilen özelliklerin analizinin tamamlanmasını gerektirmektedir.

¹⁹¹ Bkz. s.89 vd.

¹⁹² Bu konuda bkz. s.115 vd.

b. Takdir Yetkisinin Sınırlarının Üst Normlara Göre Belirlenmesi

aa. Üst Normun Takdir Yetkisinin Sınırlarını Oluşturması

Norma dayalı olma özelliğinin takdir yetkisi bakımından doğurduğu bir diğer sonuç, üst normun takdir yetkisinin sınırlarını oluşturmasıdır. Bununla birlikte öğretide takdir yetkisinin sınırları daha geniş bir perspektifle ele alınmıştır. Bu bağlamda öğretide idari işlemlerin “gerekçeli olmasının”¹⁹³, “anayasal ilkelere”¹⁹⁴, yasanının özel amacına¹⁹⁵, kamu yararı ve hizmet gereklerine¹⁹⁶, hukukun genel ilkelerine¹⁹⁷ ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamasının¹⁹⁸ ve “takdirde açık hata barındırmaması”¹⁹⁹nın takdir yetkisinin sınırlarını oluşturduğu ifade edilmektedir²⁰⁰. Ne var ki öğretinin dayandığı “idari işlemlerin gerekçeli olması” gibi bazı sınırlar yargısal denetim metodolojisine ilişkindir. Öte yandan yine yargısal denetimde ölçüt olarak kullanılan “takdirde açık hata” veya “ölçülülük ilkesine aykırı olmama”²⁰¹ gibi ölçütlerin sınır oluşturma niteliği de tartışmaya açıktır. Bu başlık altında sadece yukarıda belirtilenlerden üst norm niteliği taşıyanlar ele alınacak, diğerleri ihmal

¹⁹³ M. Günday, 1990, s.147; R. Çağlayan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, **AÜEHFD**, C:VII, S:3-4, Aralık 2003, s.183; Ş. Karatepe, 1991, s.103

¹⁹⁴ E. Bayraktar, 1976, s.276; C. Kaya, 2001, s.264; S. Üstün, 2007, s.41; R. Çağlayan, 2003, s.188; H. Kalabalık, 1997b, s.173

¹⁹⁵ H. Kalabalık, 1997b, s.173; M. Günday, 1990, s.148; R. Çağlayan, 2003, s.190

¹⁹⁶ S. Sürbehan, İdarede Takdir Hakkı, **TİD**, Temmuz-Ağustos 1970, Yıl; 41, S: 325, s.89; R. Çağlayan, 2003, s.190-192; S. Üstün, 2007, s.41

¹⁹⁷ R. Çağlayan, 2003, s.206; H. Kalabalık, 1997b, s.174; S. Üstün, 2007, s.43; S. Sürbehan, 1970, s.89

¹⁹⁸ R. Çağlayan, 2003, s.202

¹⁹⁹ N. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik Ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Değişmeler Sempozyumu**, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s.54; M. Oytan, “Yargılamanın Yargılama Teknikleriyle Sınırlandırılması”, **I. Ulusal İdare Kongresi**, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s.153; R. Çağlayan, 2003, s.194-195

²⁰⁰ Diğer taraftan öğretide takdir yetkisinin sınırlarını genel ve özel sınırlar olarak ikiye ayıran yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre genel sınırlar, eşitlik ilkesi ve yetki saptırmasından oluşmakta, özel sınırlar ise yasa da yer alan esas ve usule ilişkin sınırları kapsamaktadır. Bu konuda bkz. A.H. Tuncay, 1972, s.136-137

²⁰¹ Ölçülülük ilkesinin takdir yetkisinin sınırı olamayacağı hakkındaki eleştiriler için bkz. K.Gözler, 2003, s.847 vd.

edilecektir. Bir başka ifadeyle normun uygulanma sürecini takdir yetkisi ilişkisine esas olmak üzere konumlandırmaya çalışacağız²⁰².

Takdir yetkisinin üst norm uygulanarak daha özel ve somut norm yaratılması sürecinde tercihte bulunma yetkisi olarak ifade edilebilmesi, yapılacak tercihin sınırlarının da üst norma göre belirlenmesi sonucunu doğurur. Daha önce de ifade edildiği üzere normlar hiyerarşisinde her bir norm geçerliliğini uyguladığı üst normdan almaktadır. Dolayısıyla takdir yetkisine dayanan idari işlem tesis edilmesi yalnızca kural koymayıp koyduğu normlarla da kendini bağlı hissedenden devleti tasvir eden²⁰³ hukuk devleti ilkesine (AY m.2) istisna teşkil etmeyecektir²⁰⁴. Zira takdir yetkisine dayanan idari işlemler de uyguladıkları üst norma uygun olmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle, uygulanan üst norm takdir yetkisinin sınırlarını çizecektir. Bu nedenle Türk Hukuku'nda keyfi-sınırsız herhangi bir hukuk normuna dayanmaksızın irade beyan etmeyi içeren “güçlü anlamda takdir yetkisi”²⁰⁵ bulunmamaktadır.

Takdir yetkisinin sınırlarının üst norm tarafından çizilmesinin doğal sonucu ise yaratılan yeni normun uyguladığı üst norma aykırı bir irade beyanı (hukuki sonuç) içermemesidir. Dolayısıyla ilgili hukuk süjesine üst normun uygulanması sürecinde tercihte bulunma yetkisi verildiği hallerde yapılacak seçim, uygulanan üst norma aykırı bir seçim olamayacaktır. Bunun anlamı uygulanan üst norm ile yaratılan alt norm arasında ortaya çıkabilecek “norma aykırılık” (contra legem) halinin alt normun geçersizliği sonucunu doğuracağıdır. Hiç şüphesiz bu özellik üst normun uygulanması sürecinde alınacak irade beyanının bizzat üst norm tarafından belirlendiği durumlar için de geçerlidir. Başka bir anlatımla, alt normun üst norma aykırı olamaması bağlı yetki halleri için de geçerlidir.

Yukarıdaki belirlemeler ışığında üst normun takdir yetkisinin sınırlarına etkisi şu şekilde somutlaştırılabilmektedir. Bilindiği üzere, idari işlemin unsurları yasalarda

²⁰² Bkz. s.115 vd.

²⁰³ M. Günday, 2003, s.38

²⁰⁴ S. Celayir, 1959, s.96; K. Gözler, 2003, C:1, s.826; H. Kalabalık, 1997b, s.190-191; R. Çağlayan, 2003, s.180; S.Üstün, 2007, s.21; M. Günday, 1990, s.146

²⁰⁵ DWORKIN'in zayıf anlamda-güçlü anlamda takdir yetkisi sınıflandırması için bkz. s.6

soyut olarak düzenlenmiştir. Bu durum söz konusu işlemlerin AY m.8 ve AY m.123'de belirtilen "secundum legem" olma niteliğinin gereğidir. Bu çerçevede, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından biriyle üst norma aykırı olmaları söz konusu işlemlerin iptali sonucunu doğurur. Diğer bir anlatımla, normlar hiyerarşisinde yasanın uygulanması suretiyle yaratılan idari işlemler (alt norm) yasadaki soyut tiplere uygun olmalıdır. Bu bağlamda ileride açıklanacak olmakla birlikte takdir yetkisi, yasada soyut olarak belirlenmemiş olan idari işlemin konu unsuruna ilişkin bir yetkidir. İşte üst normun takdir yetkisinin sınırlarını belirlemesi de bu noktada devreye girer. Buna göre, ilk olarak takdir yetkisi normun amacına aykırı kullanılamaz. Bunun anlamı, takdir yetkisine dayanılarak tercih edilen idari işlemin ancak ilgili normun (yasanın) amacını gerçekleştirmeye yönelik bir işlem olabilmesidir. Dolayısıyla normun amaçları dışında bir amaca ulaşmayı hedefleyen bir idari işlem hukuka aykırı olacaktır ki bu nokta takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yargısal denetim metodolojisiyle de ilgili bir saptamayı da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim gerek öğretide²⁰⁶ gerek Danıştay²⁰⁷ kararlarında, takdir yetkisinin yasanın amacına aykırı kullanılamayacağını veya "kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygun kullanılması gerektiğini" belirten ifadeler bu özelliği vurgulamaya yöneliktir.

Üst normun takdir yetkisinin sınırlarını belirlemesi, konu bakımından yetki unsuruyla da ilintilidir. Bu çerçevede idarenin hangi konularda karar alabileceği yasalarda düzenlenmektedir. Söz gelimi KDVK m.28²⁰⁸ uyarınca Bakanlar Kurulu ancak %1 ile %40 arasında bir vergi oranı belirleyebilecektir. Bu nedenle Bakanlar Kurulu'nun yasada öngörülen sınırlar dışında bir yetki kullanması takdir yetkisinin normun sınırları dışında kullanılması sonucunu doğuracaktır.

²⁰⁶ H. Kalabalık, 1997b, s.173; M. Günday, 1990, s.148; S. Sürbehan, 1970, s.89; R. Çağlayan, 2003, s.190-192; S. Üstün, 2007, s.41

²⁰⁷ DŞ. 8.D. E:1996/2550, K:1997/1937: "... idarelerin takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı için kullanılması, yasaların koyduğu sınırlar içinde kalması gerekir". Diğer örnek kararlar için bkz. DŞ. İDDK E:2004/2505, K:2007/2255; DŞ. İDDK E:1997/699, K:1998/708; DŞ. 12. D. E:1995/773, K:1995/1523; DŞ. 10 D. E:1996/1225, K:1998611; DŞ. 10.D. E: 1993/278, K. 1994/4838; DŞ. 10. D. E: 1985/1132, K: 1985/2134; DŞ. 8.D. E: 2003/3651, K:2004/991

²⁰⁸ KDVK m.28/1: "... Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, % 1'e kadar indirmeye, bu oranlar dahilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir".

Diğer taraftan normlar hiyerarşisi teorisinin anlamı takdir yetkisinin sınırlarını oluşturan “üst norm”un geniş anlaşılmasını gerekli kılar. Zira pozitif hukukta da geçerli olduğunu saptadığımız teoride her bir norm geçerliliğini üst norm/normlardan almaktadır. Nitekim AY m.8’de “Yürütme yetkisi ve görevi, ...Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmüyle bu durum açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla takdir yetkisine dayanan idari işlemler yalnız uyguladıkları yasaya değil ve fakat Anayasaya normlarına da aykırı olmamak zorundadır. Gerek öğretide²⁰⁹ gerek yargı kararlarında²¹⁰ idarenin takdir yetkisini Anayasada yer alan ilke ve kurallara aykırı kullanamayacağını belirten tespitler de bu noktada anlam kazanmaktadır. Bu bağlamda, idari işlemler AY m.10’da yer alan eşitlik ilkesine, AY m.73’de yer alan mali güç ilkesine, AY m. 41’de yer alan ailenin veya AY m.56’da yer alan çevrenin korunması gibi sosyal devlet ilkesini somutlaştıran hükümlere uygun tesis edilmek zorundadır. Başka bir anlatımla hukuka uygunluk, anayasal ilke ve kurallara uygun işlem tesis edilmesini de kapsamakta ve takdir yetkisine dayanan işlemin hukuk dünyasında doğrurabileceği sonuçları sınırlandırmaktadır.

Yine bu çerçevede pozitif hukuk normlarıyla bağlantısı kurulabildiği ölçüde hukukun genel ilkeleri²¹¹ de üst norm olarak takdir yetkisinin sınırlarını oluşturacaktır²¹². Söz gelimi geriye yürümezlik ilkesi AY m. 2’de düzenlenen hukuk devleti ilkesinin alt unsuru olan hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir. Nitekim öğretide

²⁰⁹ Bkz. E. Bayraktar, 1976, s.276; C. Kaya, 2001, s.264; S. Üstün, 2007, s.41; R. Çağlayan, 2003, s.188; H. Kalabalık, 1997b, s.173

²¹⁰ Örnek kararlar için bkz. DŞ. 10.D. E: 87/84, K.88/1709; DŞ 5.D. E: 94/6864, K:95/428

²¹¹ Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerini “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeleri” olarak tanımlamaktadır. Bkz. AYMK. E: 1985/31, K.1986/11

²¹² Bu çerçevede AY m.138’de anayasa ve kanun türünden normların yanı sıra “hukuka uygunluk”tan bahsedilmesi pozitif hukukta düzenlenmemiş birtakım ilkelerin de hukukun uygulanması sürecinde kullanılabilceğini akla getirmektedir. Ancak kanaatimizce hukukun genel ilkeleri olarak ifade edilen ilkeler anayasa normlarından ayrı ilkeler değildir. Bu bağlamda söz konusu ilkeler daha çok anayasa normlarında yer alan ilkeleri somutlaştıran belirli standartlardan ibarettir. Bu anlamda esasen hukukun genel ilkelerini Anayasal ilkeler başlığı altında da incelemek mümkündür.

hukukun genel ilkelerinin işlemin konu unsuru bakımından sınır çizeceği ifade edilmektedir²¹³.

ab. Normlar Arası Boşluğun “Takdir Yetkisi Alanı” Biçiminde Kavramlaştırılması

Takdir yetkisinin norm katmanları arasında boşluk bulunması halinde üst normu uygulayacak normun tercihi meselesi olduğu; bu durumun yetkiyi kullanan hukuk süjesinin yapacağı tercihlerin üst norma aykırı olmamasını zorunlu olarak içerdiğine yukarıda işaret edilmişti. Bu bağlamda üst norma aykırı olmamak takdir yetkisinin sınırlarını oluşturur ve bu sınırlar içerisinde kalan alan da “takdir yetkisi alanı” olarak kavramlaştırılabilir. Diğer bir ifadeyle “takdir yetkisi alanı” tercihte bulunulabilecek alandır²¹⁴.

Bu noktada yine KDVK m.28 aracılığıyla takdir yetkisi alanı ile ne ifade edilmek istendiği somutlaştırılabilir. KDVK’nun 28. maddesi Bakanlar Kurulu’na katma değer vergisi oranını %1’e indirme ve %40’a çıkarma yetkisi vermiştir. Bu durumda Bakanlar Kurulu “%1-%40” sınırları içerisinde “40” adet oran belirleyebilir. Bu sınırların aşağısında (%0 gibi) ve yukarısında bir oran saptanması üst norma(yasaya) aykırılık anlamına gelecektir. Bu bağlamda Bakanlar Kurulu’nun tercihte bulunma yetkisini kullanabileceği “%1-%40” arasındaki alan “takdir yetkisi alanı”nı oluşturmaktadır. Buna karşılık, bu alan içerisinde saptanan oran, takdir yetkisine dayanan yeni bir norm yaratmak (işlem tesis etmek)tir.

²¹³R. Çağlayan, 2003, s.206; H. Kalabalık, 1997b, s.174; S. Üstün, 2007, s.43; S. Sürbehan, 1970, s.89

²¹⁴ Öğretide takdir yetkisi alanı idari işlemin unsurları bakımından tanımlanmaktadır. Söz gelimi, ALAN, takdir yetkisi alanının idari işlemlerin sebep ve konu unsurlarıyla işlemin yapılacağı sürenin ve yerin belirlenmesine ilişkin olduğunu belirtmektedir (N.Alan, 1976, s.342. Takdir yetkisi alanına diğer tanımlar için bkz. Y.Yayla, 1964, s.207-208; M.Oytan, 1985, s.38).Bu bölümde normlar hiyerarşisi çerçevesinde takdir yetkisi alanına ilişkin teorik belirlemeler yapmaya çalışıldığından bu tür tanımlara yer verilmemiştir.

C. NORMUN AMACINA ULAŞMADAKİ BELİRSİZLİK

Takdir yetkisine atfedilen özelliklerden üçüncüsü, normun amacına ulaşmadaki belirsizliktir. Bu özelliğin incelenmesi idarenin neden takdir yetkisi ile donatıldığı sorusunun da cevaplanmasını sağlayacaktır. Öte yandan bu özelliğin analizinin takdir yetkisine dayanan işlemlerin yargısal denetimi bakımından da önemli sonuçlar doğuracağını belirtmek gerekir. Zira bu özellik gerek takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesi gerek tereddütlü durumlarda takdir yetkisinin varlığının saptanması bakımından belirleyicidir. Bu çerçevede analizlere “normun amacı”nın tanımıyla başlanılmıştır.

1. NORMUN AMACI

Her normun sebep ve konu unsurları yanında amaç unsuru da bulunur²¹⁵. Bu durum hukuk normlarının bir irade görünümü olmasının doğal sonucudur²¹⁶. Zira her irade, iradenin kendisi tarafından belirlenen bir amaca sahiptir²¹⁷. Dolayısıyla, irade açıklamaya yetkili hukuk sùjeleri norm yaratırken belirli bir amaçla hareket etmektedir²¹⁸. Bu noktada normun amacını, normun yaratılmasına ulaşılmak istenen nihai hedef olarak tanımlayabiliriz. Bu belirlemeleri norm katmanları açısından somutlaştıracak olursak şu saptamaları yapabiliriz. Yasa türündeki normların yaratılmasında yasa koyucu belirli bir amaca ulaşmak üzere irade açıklayacaktır. Dolayısıyla bu amaç yasanın amacını oluşturacaktır.

Yukarıdaki formel değerlendirme sadece bir başlangıç noktası oluşturabilir. Bu nedenle yasa türünden normların içeriksel olarak amacının ne olabileceği de değerlendirilmelidir. Hemen belirtmek gerekir ki, yasa türünden normların amacı

²¹⁵ Y. Işıktaç, 2004, s.104; Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s.132; Ç. Kırca, “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri”, Norm Koyma Ve Hüküm Verme, **Ankara Hukuk Toplantıları**, Ankara, 17-18 Nisan 2009, s.363

²¹⁶ Thon, **Norma guiridica e diritto soggettivo**, Trad, Dell’A. Levi, Padova, 1951, s.11’den aktaran Z. Hafizoğulları, 1996, s.5

²¹⁷ Z. Hafizoğulları, 1996, s.5

²¹⁸ A. Güriz, 2007, s.57

genel bir perspektiften “kamu yararı”nı gerçekleştirmek olarak belirlenebilir. Ne var ki, bu saptama da ileride yapılacak analizler açısından yeterli değildir. Zira “kamu yararı” kavramı içeriği, konusu belirlenmemiş oldukça muğlak bir kavramdır²¹⁹. Bu nedenle de söz konusu kavram salt biçimsel açıdan tanımlanabilmekte içeriğine ilişkin nesnel bir tanım vermek mümkün gözükmemektedir²²⁰. Ancak bu noktada en azından biçimsel açıdan “kamu yararı”nı yasanın dayandığı genel varsayım olarak tanımlayabiliriz²²¹. Diğer bir ifadeyle yasa koyucunun, yasa türünden normlar yarattığında kamu yararına ulaşmayı amaçladığı söylenebilir.

Bununla birlikte, kamu yararı kavramının içeriksel olarak belirlenememesi yasa türünden normların amaçlarının saptanamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira yasa koyucunun her durumda belirli bir norm yaratırken ulaşmak istediği somut bir hedef bulunmaktadır. Bu bağlamda, yasa koyucunun ulaşmak istediği nihai hedef kamu düzenini sağlamak, genel sağlığı korumak gibi hedeflerde somutlaşacaktır. Bu çerçevede yasa koyucunun o normu yaratırken ulaşmak istediği somut hedefler kamu yararının görünülerinden başka bir şey değildir.

Tüm normların amaç unsuruna sahip olması, genel ve soyut veya birel norm biçimindeki idari işlemlerin de amaç unsuruna sahip olması sonucunu doğurur. Bu çerçevede pozitif hukukta idari işlemlerin yasanın uygulanması anlamına gelmesi bu tür normların amacının uyguladıkları yasanın amacıyla özdeş olması anlamına gelmektedir. Zira Anayasanın 8., 115., 123 ve 124. maddeleri ister birel ister düzenleyici olsun idari işlemlerin secundum legem nitelik taşıyacaklarını öngörmektedir²²². Dolayısıyla tüm idari işlemlerin amacı kamu yararını

²¹⁹ T. Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD**, Yıl:9, S:1-3, 1988, s.11. Bununla birlikte kamu yararı kavramı 1982 Anayasası’nın “Sosyal Ve Ekonomik Haklar Ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünün üçüncü kısmında içeriksel olarak belirlenmiştir. 1982 Anayasası’nın “Kamu Yararı” başlıklı bu kısmının kapsamına “Kıyılardan Yararlanma/m.43”, “Toprak Mülkiyeti/m.44”, “Tarım, Hayvancılık Ve Bu Üretim Dallarında Çalışanların Korunması/m.45”, “Kamulaştırma/m.46”, “Devletleştirme Ve Özelleştirme/m.47” ile ilgili hükümler girmektedir (T. Akıllıoğlu, 1988, s.12).

²²⁰ İbid.

²²¹ İbid., s.12

²²² İdarenin türevsel yetki kullanmadığı istisnai durumlar için bkz. AY m.122/3 ve AY m.107

sağlamaktır²²³. Aynı şekilde yasanın amacı somut olarak hangi hedefe ulaşmaksa o hedef, tesis edilecek idari işlemin amaç unsurunu somutlaştıracaktır. Bu nedenle idare hukuku öğretisinde²²⁴ genel amaç olan kamu yararını somutlaştıran milli güvenliğin sağlanması, genel sağlığın korunması gibi amaçlar esasen yasa türünden normların amacı olmaktadır. Ne var ki yasanın amacını saptamak normun uygulanması sürecinin en zorlu aşamalarından biridir. Zira yasanın amacının saptanması bir yorum problemidir.

2. NORMUN AMACININ BELİRLENMESİ VE YORUM SORUNU

Takdir yetkisinin varlık nedeninin, sınırlarının ve yargısal denetiminin normun amacı ile bağlantısı olması, söz konusu kavramın nasıl saptandığının incelenmesini gerekli kılmıştır. Zira somut normda amacın hatalı saptanması takdir yetkisine ilişkin olarak yapılacak belirlemelerin yönünü değiştirebilecek niteliktedir.

Bu çerçevede yukarıda açıklandığı üzere²²⁵ normun amacının saptanması bir yorum faaliyetidir. Hukukta yorum, temel olarak hukuk normunun anlam ve kapsamının belirlenmesi faaliyetidir²²⁶. Dolayısıyla bu süreç normun uygulanma sürecinde büyük önerme konumundaki üst normun anlamlandırılması sürecidir. Bununla birlikte yorum salt normu yaratacak üst normun anlamlandırılması faaliyetiyle sınırlı değildir. Yorum aynı zamanda normun uygulanma sürecinde küçük önermenin diğer bir anlatımla somut hukuksal olayın nitelendirilmesi/isimlendirmesi faaliyetini de içermektedir²²⁷. Yorum faaliyetinin kapsadığı bu ikinci alan idari işlemlerin sebep unsurunun belirsiz kavramlarla

²²³ M. Günday, 2003, s.16

²²⁴ Bkz. M. Günday, 2003, s.148; K.Gözler, 2003, C:1, s.856

²²⁵ Bkz.s.53

²²⁶ V.Aral, 2001, s.184

²²⁷ Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 183. Bununla birlikte yorum faaliyetini yukarıda çizilen çerçevenin ötesinde hukuki muhakeme süreci ile eş gören yaklaşımlar da mevcuttur. Bu konuda bkz. A.N. Sözer, 2008, s.30-33

saptandığı veya normda hiç gösterilmediği durumlarda ortaya çıkan hukuki nitelendirme sorununun da esasen bir yorum faaliyeti olduğu anlamına gelecektir²²⁸.

Hukukta yorum faaliyetinin kullanıldığı alan her ne olursa olsun, yorumun tek bir amacı vardır. Bu amaç normları açıklığa, belirli bir oranda kesinliğe kavuşturarak hukuki güvenliği sağlamaktır²²⁹. Başka bir anlatımla, yorumla hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi amaçlanmakta²³⁰, dolayısıyla yorumla normun uygulanması sürecinde keyfilik önlenmeye çalışılmaktadır²³¹.

İşte bu noktada gündeme yorumun hukuki güvenliği nasıl sağlayacağı sorusu gelmektedir. Bu çerçevede yorum faaliyeti yerine getirilirken hukuki güvenlik belirli yorum metotlarının kullanımıyla sağlanmaktadır²³². Ancak belirtmek gerekir ki aşağıda açıklanacak bu metotların kullanılması dahi tam bir kesinliğe ulaşmayı sağlamayabilir. Ancak yine de bu yöntemlerle yorum faaliyetine belirli bir nesnellik kazandırılmış olunacaktır.

Bu çerçevede lafzi, sistematik ve amaçsal yorum temel yorum metotlarını oluşturur²³³. Bu yöntemlerin tamamı normun amacının belirlenmesi sürecinde gündeme gelebilir. Şimdi bu yöntemleri kısaca hatırlatıp hangilerinin takdir yetkisi-normun amacı bağlamında daha çok kullanılma olasılığı olduğunu saptamaya çalışalım.

Bilindiği üzere, lafzi yorum, hukuk normunun dilbilgisi kuralları, cümleyi oluşturan kelimelerin geçerli dildeki anlamları ve cümle içindeki yeri dikkate alınarak yorumlanmasıdır²³⁴. Söz konusu yorum yönteminde hukuk normlarında yer

²²⁸ Bu konuda bkz. s.136 vd.

²²⁹ V.Aral, 2001, s.184

²³⁰ Ç.Kırca, 2009, s.348

²³¹ Y.İşıқтаç, S. Metin, 2003, s. 183-184

²³² V.Aral, 2001, s.184; Y. İşıқтаç, S. Metin, 2003, s. 193

²³³ Yorum yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. S. Metin, 2002, s.185 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Ç.Kırca, 2009, s.350 vd.

²³⁴ Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s. 195; A.N. Sözer, 2008, s.34; Ç. Kırca, 2009, s.350; S.Metin, 2002, s.185

alan sözler, yasa koyucu tarafından bu sözlere özel/teknik bir anlam yüklenmediği sürece günlük dildeki/sıradan anlamlarına göre anlamlandırılır²³⁵. Diğer taraftan lafzi yorumda hukuki kavramların ilgili hukuk dalında yüklendiği anlam da dikkate alınmalıdır. Zira aynı hukuki kavramın farklı hukuk dallarında farklı anlamlarda kullanılması da olası bir durumdur²³⁶.

Öğretide yoruma lafzi yorumla başlanacağı belirtilmiş olmakla²³⁷ birlikte bu metodun tek başına yeterli olamayacağı diğer yorum metotları ile de desteklenmesi gerektiği haklı olarak belirtilmektedir²³⁸. Bu yorum metotlarının başında amaçsal yorum metotları gelir. Amaçsal yorum metodu iki türden oluşmaktadır. Bunlardan birincisi “sübjektif teleolojik tarihi yorum”dur²³⁹. Kısaca “tarihsel yorum metodu” olarak adlandırılan bu metot, normun yorumlanmasında yasa koyucunun norma vermiş olduğu anlamdan; başka bir anlatımla, kanun koyucunun iradesinden hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴⁰. Diğer bir anlatımla bu metotta yasa koyucunun yasayı yapma sürecindeki amacı; iradesi saptanmaya çalışılmaktadır²⁴¹. Belirtilen yöntemde kanun koyucunun iradesi ise kanunun teklif/ tasarısı, gerekçe, tutanak gibi ön çalışmalarından saptanmaktadır²⁴².

Tarihsel yorum metodunun yasa koyucunun yasayı yapım sürecindeki amacını esas alması, söz konusu yöntemin hukuki güvenliği sağlamadaki yeterliliğine ilişkin bazı şüphelerin doğmasına neden olmuştur. Bu çerçevede eleştiriler iki noktada toplanmaktadır. İlk olarak, söz konusu metot kanun

²³⁵ V.Aral, 2001, s.185

²³⁶ Ç.Kırca, 2009, s.352; S.Metin, 2002, s.188. Söz gelimi poliçe, sigorta ve kıymetli evrak hukuklarında farklı anlamlarda kullanılmaktadır (S.Metin, 2002, s.188).

²³⁷ Hukuk normları, olması gerekeni kelimelerden oluşan hukuk cümleleriyle aktardıklarından yorum faaliyetine lafzi yorumla başlanması gerektiği belirtilmektedir. Hatta lafzi yorumun önceliği pozitif hukukta düzenlenmiş bile olabilir. Bu duruma TMK m. 1 ve VUK m.3 örnek olarak verilebilir (V.Aral, 2001, s.184; Ç.Kırca, 2009, s.351; S.Metin, 2002, s.185).

²³⁸ V.Aral, 2001, s.185

²³⁹ Y.Işıқтаç, S.Metin, 2003, s. 201; Ç.Kırca, 2009, s.363

²⁴⁰ V.Aral, 2001, s.186; Y.Işıқтаç, S.Metin, 2003, s. 201; Ç.Kırca, 2009, s.363; S.Metin, 2002, s.196

²⁴¹ Y.Işıқтаç, S.Metin, 2003, s. 201; A.N. Sözer, 2008, s.63

²⁴² Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 202; A.N.Sözer, 2008, s.64; S.Metin, 2002, s.196

koyucunun kolektif bir irade olması nedeniyle eleştirilmektedir²⁴³. Bu çerçevede yasa koyucunun gerçek iradesini kanun tasarı/teklifi, gerekçe, tutanak gibi araçlardan saptamak neredeyse imkansızdır²⁴⁴. Tarihsel yorum metoduna getirilen ikinci eleştiriye bir normun amacının salt o normun yaratıldığı anla sınırlı olmadığı noktasındadır²⁴⁵. Bu eleştiriye göre, normu yaratan irade saptanabilse bile normun yaratan sübjektif iradenin yanında normun uygulandığı ana göre belirlenen objektif bir anlamı daha bulunmaktadır²⁴⁶. Normun sahip olduğu bu objektif anlam esasen normun dayandığı iktisadi ve sosyal yapıların sürekli bir değişim içerisinde olmasının doğal bir sonucudur²⁴⁷. Zira kanun yapıldığı andaki değil, uygulandığı andaki sosyal yaşamı düzenlemeyi hedeflemektedir²⁴⁸. Dolayısıyla yasa koyucunun yasanın ön çalışmalarında ortaya koyduğu düşünceleri değil, yasada somutlaştırdığı düşünceleri bağlayıcıdır²⁴⁹. Bu doğrultuda yasa koyucunun iradesini yansıtan ön çalışmalar ve hatta gerekçe, açıkça yasa metninde ifade edilmemişlerse bağlayıcı değildirler²⁵⁰.

Tarihsel yorum metoduna getirilen eleştiriler gerek öğretide²⁵¹ gerek bazı yargı kararlarında²⁵² söz konusu yöntemin yardımcı yorum metodu olarak

²⁴³ Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s. 212 vd.

²⁴⁴ Zira, yasa koyucu tek bir üyeden değil; birçok üyeden oluşur. Bu bağlamda bu üyelerin tamamı yasanın çıkması yönünde oy kullansalar da farklı amaçlar gütmüş olmaları büyük bir olasılıktır. Bu nedenle bu olasılıkta yasa koyucunun niyetinin saptanması bakımından hangi amacın ön planda tutulacağı sorunu doğacaktır. Öte yandan parlamento üyelerinin hepsi aynı iradeyi taşımamışlarsa niyetin saptanması daha da karmaşık hal alacaktır. Bu tip sorunları çoğaltmak mümkündür. Söz konusu yöntemi özellikle niyetlerin çokluğu ve bunların saptanmasındaki güçlükler bakımından irdeleyen ayrıntılı bir analiz için bkz. Y.İşıқтаç, S. Metin, 2003, s. 212 vd.

²⁴⁵ V.Aral, 2001, s.187

²⁴⁶ V.Aral, 2001, s.187

²⁴⁷ A.N.Sözer, 2008, s.64

²⁴⁸ V.Aral, 2001, s.187

²⁴⁹ İbid., s.188

²⁵⁰ A.N.Sözer, 2008, s.64

²⁵¹ V.Aral, 2001, s.188; A.N.Sözer, 2008, s.64

²⁵² V.Aral, 2001, s.188. Yargı organları da bazı kararlarında bu yorum metoduna karşı olumsuz tavır takınmaktadır. Söz gelimi Danıştay E:1988/6, K:1989/4 sayılı İBK'sında " ... sadece yasanın gerekçesine bağlı kalınarak yapılacak bir yorumun bizi, yasanın kabul edildiği tarihteki koşullarda belirlenmiş bir sonuca götüreceği açıktır. Son derece dar ve sınırlı olan bu yorum yolu ilehaksız ve olumsuz bir çok uygulama sorununu da beraberinde getirecektir" biçimindeki ifadesi ile tarihsel yorum metodu karşısındaki tavrını net bir biçimde ortaya koymuştur. Buna karşılık aksi yöndeki kararlar da mevcuttur.

nitelendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bununla birlikte yukarıda çizilen çerçevede kalmak koşuluyla, takdir yetkisine ilişkin analizler bakımından tarihsel yorum metodunun da kullanılabilmesi yadsınmaz.

Amaçsal yorumun ikinci türünü “objektif teleolojik yorum” oluşturur²⁵³. Esasen tarihsel yorum metoduna yapılan eleştiriler kısmında örtülü olarak açıklanan bu yöntem, hukuk normlarının amacının saptanmasında yasa koyucunun iradesinden çok yasanın uygulandığı zamanki anlamını temel almaktadır²⁵⁴. Zira yasa yürürlüğe grişi ile birlikte yasa koyucunun iradesinden ayrı bir varlık kazanacaktır²⁵⁵. Bu yorum yöntemi de, yasadan sapılmak suretiyle uygulayıcıya fazla esneklik sağladığı, keyfiliğe yol açıp hukuki güvenlikten uzaklaşılması sonucunu doğurduğu için eleştirilmektedir²⁵⁶.

Sistematik yorumda ise hukuk normunun anlamı, içinde bulunduğu normlar sisteminde yer alan üst ve eşdeğer normlar göz önünde bulundurularak saptanmaya çalışılmaktadır²⁵⁷. Diğer bir anlatımla, sistematik yorumda anlam, normun ait olduğu yasa hükümleri, ait olunan hukuk dalı ve tüm hukuk sistemi içindeki konumuna göre saptanır²⁵⁸. Dolayısıyla bu yorum metodu aynı zamanda normlar hiyerarşisi sisteminden hareketle alt normun üstteki norma uygun olarak yorumlanmaya çalışıldığı “anayasaya uygun yorum”²⁵⁹ gibi yöntemleri de kapsar²⁶⁰.

²⁵³ Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s. 207

²⁵⁴ V.Aral, 2001, s.188; S.Metin, 2002, s.201

²⁵⁵ A.N.Sözer, 2008, s.65; Ç. Kırca, 2009, s.360; S.Metin, 2002, s.201

²⁵⁶ A.N.Sözer, 2008, s.65. Bu eleştiriler öğretilerde “objektif tarihsel metot” olarak adlandırılan başka bir metodun doğmasına yol açmıştır. Bu metot temel olarak sübjektif teleolojik metot ile objektif teleolojik metotun uzlaştırılması çabasıdır. Söz konusu metoda göre, amaç saptanırken yasanın uygulandığı zaman ki koşullar dikkate alınacak ancak ihtiyaç olduğunda yasanın yayımlandığı andaki amacı da dikkate alınabilecektir (A.N. Sözer, 2008, s.75)

²⁵⁷ Ç.Kırca, 2009, s.354

²⁵⁸ A.N.Sözer, 2008, s.51

²⁵⁹ Bu konuda bkz. B.Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **İHİD**, Yıl:5, S:1-3, Aralık 1984, s.3-34; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s. 199

²⁶⁰ Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s. 199

Yukarıda kısaca açıklanan yorum yöntemlerinin takdir yetkisi ile bağlantısı bakımından ise şu saptamalar yapılabilir. Öncelikle vergi normlarının yorumlanması bakımından yukarıda ele alınan tüm yorum yöntemleri geçerlidir. Zira yorum yöntemlerinin uygulama alanı bulması için uygulayıcıların bir yasa hükmüyle yetkili kılınmalarına gerek bulunmamaktadır. Ne var ki TMK m.1 ve VUK m.3 hükümlerinde görüleceği üzere yasa koyucu bazen kullanılacak yorum yöntemlerini belirlemektedir. Bu tür hükümlerin tek bir fonksiyonu bulunmaktadır. Bu fonksiyon yorum yöntemleri arasında belirli bir öncelik-sonralık ilişkisi kurmaktır²⁶¹.

Bu çerçevede her ne kadar, VUK m.3/A-2²⁶²,de vergi normlarının anlamlandırılmasında²⁶³ lafzi yorumun diğer yorum yöntemlerinden öncelikli olduğu hükme bağlanmışsa da, bu saptama çalışmamız bakımından sınırlı bir öneme sahiptir. Bunun nedeni söz konusu yöntemin takdir yetkisi-normun amacı ilişkisinde kullanılma olasılığının diğer yöntemlere göre nispeten az oluşudur. Zira idare hukuku normlarının çoğunda ilgili yasanın amacını belirten diğer bir anlatımla, kamu yararını somutlaştıran bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer taraftan böyle bir hüküm bulunsa bile idari işleme dayanak olan hüküm ilgili kanunda düzenlenen amacın dışında kamu yararını somutlaştıran başka bir amaca ulaşmak için idari işlem tesis edilmesini öngörmüş olabilir.

Bununla birlikte lafzi yorumun takdir yetkisi-normun amacı ilişkisinde kullanılabilmesi yerler de vardır. Bu bağlamda, idari işlemin sebep unsurunun milli güvenlik, genel sağlık, kamu düzeni gibi belirli bir objektif anlama sahip belirsiz

²⁶¹ Diğer taraftan ilgili hukuk dalında yorum metotları arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir kural yoksa hangi metodun seçileceği ya da tüm metotlarla sonuca ulaşılmaya çalışılmasının gerekip gerekmediği sorunu gündeme gelecektir. Hiç şüphesiz eğer normun tüm yorum metotları ile anlamlandırılması yolu seçiliyorsa bu durumda da metotların hangi sıra ile kullanılması; belirli bir noktada sonuca ulaşılıyorsa geri kalan metotların dışlanıp dışlanmayacağı sorularının cevaplandırılması gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. E. Zellner, *Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die Juristische Praxis*, Zürich, 1989, s.500'den aktaran A. Sözer, 2008, s.85

²⁶² VUK m.3/A-2: “Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır”

²⁶³ VUK m.3/A-2, yorum metotları arasındaki ilişkiyi VUK, maddi vergi kanunları ve harçlar kanunu açısından ortaya koymuştur. Diğer bir anlatımla, 6183 sayılı AATUHK normlarının yorumlanması bu hükmün dışında kalmaktadır. Ne var ki, yoruma norm metninden başlanılmasının bir zorunluluk oluşu bu eksikliği önemsiz kılmaktadır.

kavramlarla ifade edildiği durumlarda lafzi yorum öncelikli olarak devreye girecektir. Zira bu tip kavramların kullanıldığı normlarda sebep ve amaç unsurları arasında açık bir bağ vardır. Örnekle açıklayacak olursak, bu tip bir normda sebep unsuru “milli güvenliğin bozulması” iken amaç unsuru ise “milli güvenliğin bozulmasının önlenmesi” olacaktır. Dolayısıyla lafzi yorumdan hareketle belirsiz kavramın dildeki objektif anlamına ulaşıldığında normun amacı bakımından temel belirleme yapılmış olacaktır.

Yukarıda sergilenen nedenlerden ötürü takdir yetkisi bakımından önem arz eden yöntem amaçsal yorum yöntemidir. Zira normun amacını normun metninden çıkarmak çoğu durumda mümkün gözükmemektedir.

3. TAKDİR YETKİSİNİN VARLIĞININ SAPTANMASI VE NORMUN AMACI

a. Normun Amacına Ulaşmadaki Belirsizlik ve İdare (Vergi) Normlarında Boşluk

“Norma dayalı olma” özelliğinde açıklandığı üzere, takdir yetkisinin varlığı üst normun düzenlenişine göre saptanmaktadır. Buna göre, yasa koyucu bazı normlarda idarenin hangi işlemi tesis ederse normun amacına ulaşacağını bizzat düzenlemekte; buna karşılık bazı normlarda ise tesis edilecek işlemin seçimini idareye bırakmaktadır.

İşte yasa koyucunun bazı normlarda idareyi neden takdir yetkisi ile donattığı sorusunun cevabı yasanın amacına ulaşmadaki belirsizliktir. Zira yasa koyucu bazı faaliyetleri düzenlerken kamu yararına nasıl ulaşılacağını öngörememektedir²⁶⁴. Gerçekten de çoğu durumda kamu yararına (ve kamu yararın özel kategorilerini oluşturan özel amaçlara) ulaşmanın bilinen, kesin sonuç veren bir yöntemi bulunmamaktadır²⁶⁵. Söz gelimi, şehirlerde ulaşım sorunun çözülmesinde kamu

²⁶⁴ K.Gözler, 2003, s.825

²⁶⁵ İbid.

yararı vardır²⁶⁶. Ancak bir şehir üstgeçitlerle donatılırsa mı, mevcut yollar genişletilirse mi ya da yoğun güzergahlara metro yapılırsa mı trafik sorunu çözülebilecektir. Aynı şekilde bir göreve, o görevi en etkin yerine getirecek memurun atanmasında kamu yararı vardır. Ancak aynı özelliklere sahip memurlardan hangisi o görevi en etkin yerine getirebilecektir? İşte bu soruları kesin olarak cevaplayabilmemizi sağlayan herhangi bir ölçüt bulunmamaktadır²⁶⁷. Başka bir anlatımla, kamu yararını gerçekleştirmek üzere belirli seçenekler arasında tercihte bulunulurken bu tercihin doğru olduğunun bilimsel bir kesinlikte cevaplanabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, ulaşım sorununu çözmek üzere seçilen “üstgeçitleri arttırma” tercihi, karar uygulandıktan sonra trafik sorununu çözemeyebilir ya da ilgili göreve atanan memur A’nın kamu hizmetini beklenen düzeyde yerine getirmediği ortaya çıkabilir. Sonuç olarak yapılacak tercihin doğuracağı sonucun seçim yapıldığı anda bilinemediği durumlarda, kamu yararına ne şekilde ulaşılabileceği da bilinmiyor demektir²⁶⁸. Bu nedenle yasa koyucu idareyi, idari fonksiyonu yerine getirirken karşılaştığı durumlara çözüm geliştirmesi; mevcut çözümler arasından en uygununu seçebilmesi için takdir yetkisi olarak adlandırılan yetki ile donatmıştır²⁶⁹. Dolayısıyla idareye bu yetkinin verilmesi idari fonksiyonun yerine getirilmesinden kaynaklanan bir zorunluluktur²⁷⁰.

²⁶⁶ Örnek GÖZLER’den esinlenilerek oluşturulmuştur(Bkz. K.Gözler, 2003, s.825). Benzer örnekler için bkz. Ş. Karatepe, 1991, s.84; M. Oytan, 1985, s.49-50

²⁶⁷ K.Gözler, 2003, s.825. Buraya kadarki açıklamalarımız takdir yetkisinin dinamik bir kavram olduğunu da göstermektedir. Zira her ne kadar yasanın yürürlüğe girdiği anda idareye tercihte bulunma imkanı tanınmış olsa da, yasanın uygulanışı sırasında bilimsel düzeyimizdeki artış normun amacına hangi işlem tesis edilirse ulaşılabileceği sorununu çözümleyebilir.

²⁶⁸ Bu açıklamalarımız idarenin takdir yetkisinin DWORKIN’in zayıf anlamda takdir yetkisi, ROSENBERG’in ise birincil takdir yetkisiyle örtüştüğü saptamamızı bir kez daha teyit etmektedir.

²⁶⁹ K.Gözler, 2003, s.826

²⁷⁰ H. Kalabalık, 1997b, s. 208. Bununla birlikte yazında idarenin takdir yetkisi ile donatılmasına dayanak olarak birçok neden gösterilmektedir. Bu bağlamda, yasa koyucunun her türlü olasılığı önceden öngörmesi mümkün olmadığı için yasada ayrıntılı düzenleme yapmasının imkânsız olduğu; bu durumun idareye takdir yetkisi adı altında belirli bir serbestlik verilmesini zorunlu kıldığı görüşü en çok ileri sürülen görüşü oluşturmaktadır (Bkz. H. Kalabalık, 1997b, s. 207; Ş. Karatepe, 1991, s.72; B. Kargın, “İdarenin Takdir Hakkı”, **İdare Dergisi**, Yıl:28, S:245, 1957, s.71; S. Üstün, 2007, s.24; A.Gerçek, 2006, s.17; S.Sürbehan, 1970, s.86; S. Celayir, 1959, s.95; M.Günday, 1990, s.145 ; R. Çağlayan, 2003, s.174; R. Başpınar, “**İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetime Tabi Tutulması**”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:1, S:3, 1971, s.65; E. Bayraktar, 1976, s.260; A.H.Tuncay, “İdarenin Takdir Yetkisi Üzerine Bazı Düşünceler”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1972, s.141; V. Pekiner, 1961, s.1) Yazında ileri sürülen ikinci temel gerekçe ise kamu hizmetlerinin teknik nitelik arz etmesidir. Bu çerçevede, kamu

Buna karşılık, yasa koyucunun normun amacına ne şekilde ulaşılacağını öngörebildiği durumlar da mevcuttur. Başka bir anlatımla yasa koyucu bazı durumlarda hangi idari işlem tesis edilirse kamu yararına (ve kamu yararının özel kategorilerini oluşturan özel amaçlara) ulaşılacağını önceden bilmektedir. Yasa koyucu kamu yararına (ve kamu yararın özel kategorilerini oluşturan özel amaçlara) hangi idari işlem tesis edilirse ulaşılacağını bildiği durumlarda amaca ulaşmayı sağlayacak idari işlemi de yasada açıkça düzenlemektedir. İşte bu durumlarda idarenin söz konusu normda bağlı yetkisi bulunmaktadır.

b. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetiminde Normun Amacı

Takdir yetkisinin normun amacıyla ilişkisi salt teorik bir belirleme olmayıp, pozitif hukuk bakımından bu bağlamda da takdir yetkisinin yargısal denetimi bakımından bir takım sonuçları bulunmaktadır.

Normun amacının belirlenmesi ilk olarak takdir yetkisinin varlığı veya yokluğunun saptanması bakımından önem arz etmektedir. Normun amacı özellikle normdaki hukuki sonucun “yapılabilir, edilebilir” gibi yeterlilik fiilleriyle ifade edildiği durumlarda takdir yetkisinin varlığını saptamak açısından belirleyicidir²⁷¹. Normun amacının takdir yetkisinin varlığını belirlemesi, idari yargı denetiminin sınırları sorununun da bu özellikle bağlantılı olduğunu göstermektedir. Zira bir normda idarenin takdir yetkisi ile donatıldığı saptanması durumunda, söz konusu

hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının, hizmetin teknik özelliklerinin tamamını ayrıntılı olarak düzenleyemeyeceği, kamu hizmetlerinin değişken nitelikli olduğu ve bu nedenle de önceden ayrıntılı düzenleme yapmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir (Ş. Karatepe, 1991, s.73; B. Kargın, 1957, s.74; S.Üstün, 2007, s.25; A.Gerçek, 2006, s.17-18; R. Çağlayan, 2003, s.175; E. Bayraktar, 1976, s.260) . Kanaatimizce bu görüş birinci gerekçe altında da değerlendirilebilir. İdareye takdir yetkisi tanınması ile ilgili son olarak, idarenin karşılaştığı sorunların çok çeşitli olması ve sürekli olarak artması gösterilmektedir (E. Bayraktar, 1976, s.260; Ş. Karatepe, 1991, s.73; B. Kargın, 1957, s.74; S.Üstün, 2007,s.25; A.Gerçek, 2006, s.17-18; R.Çağlayan, 2003, s.175; V.Pekiner, 1961, s.1) . Buna göre, bu sorunlar birbirinden farklı olduğu için ve ortaya çıkan sorunlar da artış gösterdiği için idarenin tek tip karar alma yetkisi ile donatılmaması; idareye serbestlik tanınması gerekir ki bu da ancak idarenin takdir yetkisi ile donatılmasıyla mümkündür. Kanaatimizce burada sergilenen nedenlerin tamamı kamu yararının ne şekilde gerçekleşeceğinin önceden bilinmemesi olarak ifade ettiğimiz gerekçemizin kapsamı dahilindedir. Diğer bir anlatımla, yazında sıralanan nedenlerin hepsi belirtilen nedenden türetilmişlerdir. Bu nedenle de bu görüşlerden hareketle özel bir sınıflandırma tercih edilmemiştir.

²⁷¹ Bu noktadan hareketle geliştirilen ölçüt için bkz. 163 vd.

işlemin yerindeliği yargısal denetimin dışında kalacaktır. Buna karşılık, tersi durumda, işlemin bütün unsurları hukukilik denetimi kapsamında denetlenebilecektir.

Normun amacı, yasada idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı saptandıktan sonra, bu norma dayalı olarak tesis edilecek idari işlemin yargısal denetiminde de belirleyici olacaktır. Bu açıdan normun amacı, alınacak kararın takdir yetkisi alanı içerisinde olup olmadığının saptanmasında devreye girecektir²⁷². Başka bir anlatımla, bu özelliğin saptanması aynı zamanda takdir yetkisinin sınırlarını çizecektir.

D. YARGISAL DENETİMİN YERİNDELİĞİ KAPSAMAMASI

Takdir yetkisine atfedilen özelliklerden sonucusu bu yetkiye dayanan idari işlemlerin yerindeliğinin yargısal denetim kapsamı dışında kalmasıdır. Esasen daha önce de ifade edildiği üzere, bu özellik diğer üç özelliğin yargısal denetim alanındaki sonucudur. Dolayısıyla bu bölümlerde yapılan analizler belirli bir ölçüde bu özelliğe ilişkin ipuçlarını da barındırmaktadır²⁷³. Diğer taraftan takdir yetkisi içeren işlemlerin yargısal denetimi meselesinin çalışmanın kapsamı dışında kalması nedeniyle takdir yetkisi içeren idari işlemlerin yargısal denetiminin analizinde detaya girilmesi tercih edilmemiştir. Takdir yetkisi içeren işlemlerin yargısal denetimine ilişkin bir metot oluşturmak yerine, bu tür işlemlerin denetiminde gündeme gelebilecek bazı kavramların anlamlandırılmasına odaklanılmaktadır.

Bilindiği üzere, sadece hukuk normları koymayıp, koyduğu normlara kendisi de uyan devleti tasvir eden hukuk devleti ilkesinin²⁷⁵ en önemli unsurlarından birini

²⁷² Nitekim Alman İdari Usul Yasasının(VwVfG) 40.maddesinde idarenin takdir yetkisini yasanın amacı doğrultusunda kullanabileceği açıkça düzenlenmiştir (Alman İdari Usul Yasası için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VwVfG.htm>, 20/09/2010). Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun(VwGO) 114.maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktadır. Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. M. Künnicke, **“Tradition and Change in Administrative Law”**, Springer Berlin Heidelberg, 2007, s.79

²⁷³ Bu saptama özellikle normun amacına ulaşmanın belirsiz olması özelliğinde somutlaşmaktadır.

²⁷⁵ M.Günday, 2003, s.38

idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi oluşturmaktadır²⁷⁶. Zira hukuk devletinin kendi koyduğu normlara uygun davranıp davranmadığı ancak işlem ve eylemlerinin yargı organınca denetlenmesi yoluyla anlam kazanabilecektir²⁷⁷. Bu çerçevede hukuk devleti ilkesinin gereği olarak AY m.125/1'de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin kullanımına dayanan işlemlerinin de yargısal denetime tabi tutulacağı noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır²⁷⁸. Ne var ki, takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yargısal denetiminin sınırları bakımından aynı netliğin bulunduğunu söylemek güçtür. Bu bağlamda takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yargısal denetimi öncelikle idari yargı denetiminin sınırlarının incelenmesini gerekli kılmaktadır.

1. İDARİ YARGI DENETİMİNDE SINIRLAR

İdari yargı denetiminin sınırları AY m.125'de çizilmiştir²⁷⁹. Söz konusu maddenin dördüncü fıkrasına göre, idari yargı denetimi hukukilik denetimiyle sınırlı

²⁷⁶ M.Günday, 2003, s.38; H.Kalabalık, 1997b, s.190

²⁷⁷ Şüphesiz idarenin hukuka uygunluğunu sağlayan mekanizmalar yargısal denetim ile sınırlı değildir. Bu çerçevede, idarenin işlem ve eylemlerinin hukukiliğinin denetlenmesinin yanı sıra hukuk dışı konuları da kapsayan "hıyerarşik/idari denetim", "parlamentar denetim" veya "kamuoyu denetimi" gibi yollarla da idare denetlenebilmektedir(Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. T. Akıllıoğlu, "Yönetmelik Yargı Ve Denetimin Etkinliği", *AİD*, C:23, S:1, Mart 1990, s.6; H.Kalabalık, 1997b, s.190; R.Başpınar, 1971, s.59-62). Ancak söz konusu denetim yollarının idare edilenlere yargısal denetimi kadar hukuki güvence sağlayamayacağı haklı olarak belirtilmektedir (Bkz. R.Başpınar, 1971, s.62) .

²⁷⁸ H.Kalabalık, 1997b, s.192-193; R.Çağlayan, 2003, s.180; C.Kaya, 2001, s.262-263 .Nitekim Danıştay kararlarında da takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yargısal denetime tabi olduğu ifade edilmektedir: "...Madde metninde açıkça ifade edildiği gibi, atanma süresi sonunda görevi kendiliğinden sona eren araştırma görevlisinin yeniden atanması hususunda idareyi takdir yetkisi tanınmıştır... Yargı yerince, idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin bağlı yetki ya da takdir yetkisi içinde alınan işlemler arasında bir ayırım yapılmaksızın işlemin beş unsuru üzerinde yürütüleceği yukarıda belirtilen 2. maddede (İYUK m. 2) açıkça ifade edilmiştir. Bu unsurlar sırasıyla yetki, şekil, sebep konu ve maksat unsurları olup, maksat unsuru yönünden denetimin içinde ise, idarenin takdir yetkisi içinde yer alan hususlarda kamu yararı, hizmetin gerekleri yönünden denetimin yasanın aradığı amaca uygun ilkelerle hareket edilip edilmediği hususu yer almaktadır. Bütün bu unsurlar açısından hukuka uygunluk denetimi yapıldıktan ve işlem hukuka uygun görüldükten sonra, idari yargının denetim alanının dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup, örneğin aynı hukuki durumda olan kişiler için bir idari işlem yaparken idarenin tercihini şu veya bu kişi lehine kullanması ile ilgili veya idarelerin yerine geçerek idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesidir..."(DŞ. Beşinci Dairesi, E. 85/596, K, 86/1084, T. 23. 10. 1986, DD. 66-67, s. 255).

²⁷⁹ Aynı doğrultuda bkz. 2577 sayılı İYUK m.2/2

olup; hiçbir surette yerindelik denetimi biçiminde kullanılamaz. Bu noktada öncelikle hukukilik denetimiyle ne kastedildiği belirlenmelidir.

Hukuka uygunluk denetimi, en genel anlamıyla idari işlemin üst norma uygunluğunu saptayan denetimdir. Bu çerçevede idari işlemlerin hukuka uygunluğu yasa ve KHK, uluslararası sözleşmeler gibi eşdeğer hukuk normlarıyla sınırlı olmayıp; Anayasa ve tüzük-yönetmelik gibi diğer genel ve soyut normları da kapsamaktadır²⁸⁰. Hatta pozitif hukuk normları geçerlilik tanıdığı ölçüde hukukun genel ilkeleri de idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde üst norm konumunda olacaktır²⁸¹. Bu tespitler normlar hiyerarşisi teorisi bakımından da anlam taşımaktadır. Zira söz konusu teoride, alt kademede yaratılan her bir norm geçerliliğini üst normdan almaktadır. Bunun anlamı, alt kademede yaratılan normların üst kademedeki normlara aykırılık taşıyamayacağıdır²⁸².

Hukukilik denetimi 2577 sayılı İYUK m.2/1-a'da idari işlemin unsurları bazında somutlaştırılmıştır. Buna göre, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından biriyle üst norma aykırı olmaları söz konusu işlemlerin iptali sonucunu doğuracaktır. Soyut olarak idari işlemin unsurları söz konusu işlemlerin AY m.8 ve AY m.123'de belirtilen "secundum legem" olma niteliği dolayısıyla yasa türündeki normlarda düzenlenmektedir. Diğer bir ifadeyle yasa, idari işlemin unsurlarının soyut olarak belirlendiği üst normu oluşturmaktadır. Bu bağlamda idari işlemin uygun olmak zorunda olduğu unsurları saptayan üst norm, daha somut ve özel norm yaratılması sürecinde büyük önerme konumunda olacaktır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere hukuka uygunluk yasa türünden normlara uygunluk ile sınırlı değildir. Bir kere yasayı somutlaştıran tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere de birel idari işlemin unsurlarını daha somut hale getiren kurallara da uygun olmak zorundadır. Daha da önemlisi, idari işlemler Anayasada tesis edilecek idari işlemin konu bakımından sınırlarını çizen ilke ve kurallara da uygun olmalıdır.

²⁸⁰ H.Kalabalık, 1997b, s.191; R.Başpınar, 1971, s.62-63

²⁸¹ Aynı doğrultuda R.Başpınar, 1971, s.62-63

²⁸² Ne var ki idari işlem bir üst norm olan yasaya uygunken, yasa üst norm olan anayasaya aykırı olabilir. Bu durumda Türk Hukuku bakımından aykırılığı saptayacak görevli yargı yeri bakımından farklılaşma olacaktır.

Bu bağlamda, idari işlemler, AY m.10'da yer alan eşitlik ilkesine, AY m.73'de yer alan mali güç ilkesine, AY m. 41'de yer alan ailenin veya AY m.56'da yer alan çevrenin korunması gibi sosyal devlet ilkesini somutlaştıran hükümlere uygun tesis edilmek zorundadır. Başka bir anlatımla hukuka uygunluk, anayasal ilke ve kurallara uygun işlem tesis edilmesini de kapsamaktadır. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere²⁸³ AY m.8'de “Yürütme yetkisi ve görevi, ...Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmüyle bu tespit somut hale getirilmiştir.

İdari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin üst normlara uygunluk denetimi anlamına gelmesi, takdir yetkisini sınırlarını da çizmektedir. Bu bağlamda takdir yetkisi hukuk devleti ilkesinin bir istisnasını teşkil etmemekte, idareye hukuk normlarının dışında işlem tesis etme yetkisi vermemektedir²⁸⁴. Zira hukuk devleti idarenin hukuk normlarına uygun işlem tesis etmesini öngördüğünden takdir yetkisine dayanan idari işlemler de hukuk normları çerçevesinde tesis edilmek zorundadır²⁸⁵. Bu bağlamda takdir yetkisine dayanan idari işlemler de birer idari işlemdir. Bu nedenle, hukuka uygunluk denetimi üst norma uygunluk kapsamında söz konusu idari işlemler için de gündeme gelecektir. Buna göre, takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin de soyut tipte yer alan yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından üst normlara uygunluğu denetlenecektir. Ne var ki, bu denetim idari işlemin bir unsuru bakımından sınırlandırılmış bir denetim olacaktır. Zira takdir yetkisine dayanan işlemlerin yerindeliklerinin denetlenemeyeceği AY m.125/4 ve 2577 sayılı İYUK m.2/2'de açıkça öngörülmüş ve hatta bazı ilkelerle de²⁸⁶ daha somut hale getirilmiştir. İleride²⁸⁷ detaylı bir biçimde açıklanacak olan bu unsur idari işlemlerin “konu” unsurudur.

²⁸³ Bkz. s.33 vd.

²⁸⁴ H.Kalabalık, 1997b, s.211; S.Üstün, 2007, s.21-22; R.Çağlayan, 2003, s.180; C.Kaya, 2001, s.262-263

²⁸⁵ S.Üstün, 2007, s.21-22; K.Gözler, 2003, C:1, s.826-827

²⁸⁶ AY m.125/4: “...Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez”

²⁸⁷ Bkz.s.115 vd.

2. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI VE TAKDİR YETKİSİ

Anayasanın 125. maddesinin 5982 s. Yasa m.11 ile 7/5/2010 tarihinde değiştirilen 4. fıkrasında idarenin yargısal denetiminin hukukilik denetimiyle sınırlı olduğu bu denetimin hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı öngörülmüştür²⁸⁸. Bunun yanı sıra anılan hükümlerle, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar verilmesini yasaklayarak yargı denetiminin sınırları daha da somut hale getirilmiştir²⁸⁹. Bu çerçevede idari yargı denetiminin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olduğu hükmünün özü idari işlemlerin yerindeliklerinin denetlenmesinin ve böylelikle de takdir yetkisinin kaldırılmasının önlenmesidir²⁹⁰.

Yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi dışında kalan kısmı olarak tanımlanabilirse²⁹¹ de böyle bir belirleme kavramın anlamının saptanmasına çok da yardımcı olmayacaktır. Daha kısa ve fakat açıklayıcı bir tanım olarak idari işlemin yerindeliğinin tesis edilen işlemin ihtiyaca uygunluğunu tasvir ettiği söylenebilir²⁹². Burada ihtiyaca uygunlukla kastedilen normun amacına ulaşmaktan başka bir şey değildir. Dolayısıyla tercih edilen işlemin normun amacına ulaşmak bakımından en elverişli işlem olması o idari işlemin yerinde olduğunu açıklamaktadır²⁹³. Görüldüğü üzere “yerindelik”, idari işlemlerin denetimine ilişkin bir kavramdır. Zira söz konusu kavram, idari işlemin tesisinden sonra doğuracağı sonuçların normun amacına ulaşılması bakımından olumlu ya da olumsuz nitelendirmesini içermektedir. Böyle bir nitelendirmeye idari işlemin maddi

²⁸⁸ Yargısal denetime ilişkin hükümlere idari usul kodlarında da rastlamak mümkündür. Söz gelimi, 1946 tarihli Amerikan İdari Usul Kanunu'nun 706.maddesinde ise “keyfi, takdir yetkisinin kötüye kullanılması veya diğer şekillerde hukuka aykırı olarak verilmiş kararların yargısal denetime tabi tutulduğu öngörülmüştür (İ.Tarhanlı, “Amerikan İdari Usul Kanunu”, İHİD, Yıl:6, S:1-3, Aralık 1985, s.263) Amerikan İdari Usul Kodu hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İ.Tarhanlı, 1985, s.225-264

²⁸⁹ M.Oytan, 1985, s.47; N.Alan, 1982, s.59

²⁹⁰ M.Oytan, 1985, s.45

²⁹¹ N.Alan, 1982, s.55; C.Kaya, 2001, s.272; M.Oytan, 1990, s.156; M.Oytan, 1985, s.45

²⁹² E.Bayraktar, 1976, s.268; C.Kaya, 2001, s.271

²⁹³ K.Gözler, 2003, C:1, s.826

dünyada doğurduğu sonuçların normun amacı bakımından denetlenmesi anlamına gelecektir.

Bu noktada “takdir yetkisi” ile “yerindelik” kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olup olmadıkları netleştirilmelidir. Öğretide her iki kavramın birbirinden farklı kavramlar oldukları²⁹⁴; bu çerçevede takdir yetkisi işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenirken; yerindeliğin ise işlemin yarattığı sonucun amaca uygunluğu ile ilgili olduğundan süreklilik gösterdiği ifade edilmektedir²⁹⁵. Şüphesiz her iki kavram arasında böyle bir farklılık bulunmaktadır; ancak bu açıklama kavramları ayırmaktan çok sonuçlarına ilişkin bir değerlendirmeyi içermektedir. Kanaatimizce söz konusu kavramlar arasındaki asıl farklılık, takdir yetkisinin normun çerçevesi içinde tercihte bulunma yetkisi olmasına karşılık, yerindeliğin tercih edilen seçeneğin doğurduğu sonuçlara ilişkin olmasıdır²⁹⁶. Başka bir anlatımla takdir yetkisi üst normun idareyi iki veya daha fazla seçenek arasından karar verme yetkisiyle donatması haliyken, yerindelik idarenin yaptığı tercihin doğurduğu etkiye ilişkindir. Dolayısıyla her iki kavram da üst normun uygulanarak yeni bir norm yaratılması sürecinde birbirlerini tamamlayan kavramlardır.

İdari işlemlerin neden yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı sorusunun cevaplanması yerindelik denetiminin içeriğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Bu doğrultuda ilk olarak ROSENBERG’in birincil takdir yetkisini hatırlatmak isteriz. Adı geçen yazar, üst normda hukukilik denetimi yapacak bir ölçüt bulunmadığında da tüm idari işlemlerin iyi, kötü, faydalı, faydasız gibi değer yargularıyla eleştirilebileceğini belirtmektedir²⁹⁷. Bu bağlamda söz konusu eleştiriler, o işlemlerin doğurduğu ya da muhtemelen doğuracakları sonuçlara bakıp ihtiyaca uygunluğu noktasında yapılan değerlendirmelerdir. Ancak idari işlemin yargı organlarınca bu tür değerlendirmelere tabi tutulması olanaksızdır. Bu noktadan hareketle idari yargı

²⁹⁴ A.Ü.Azrak, 1985, s.27; R.Çağlayan, 2003, s.196; H.Kalabalık, 1997b, s.194; Ş.Karatepe, 1991, s.86. Buna karşılık, Danıştay’ın bazı kararlarında her iki kavram eş anlamlı kullanılmaktadır (Bkz. DŞ 6.D. K:1971/1826; DŞ 6.D. K:67/1711 (Danıştay 6.Daire Kararları, 1965-1977, Ankara, s.115’den aktaran A.Ü.Azrak, 1985, s.26).

²⁹⁵ A.Ü.Azrak, 1985, s.27

²⁹⁶ A.Ü.Azrak, 1985, s.27

²⁹⁷ Aynı doğrultuda K.Gözler, 2003, C:1, s.827

yerlerinin yerindelik denetimi yapamamasını birbiriyle bağlantılı iki nedene bağlayabiliriz.

Bir kere idarenin takdir yetkisiyle donatılmasının nedeni normun amacına ulaşılmadaki belirsizliktir. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı durumlarda normun amacına hangi işlemin tesisi yoluyla ulaşılabileceği de belirsizdir²⁹⁸. Söz konusu belirsizlik aynı zamanda hukukilik denetiminde esas alınacak; normun uygulanması sürecinde genel ve soyut olan normdan özel ve somut olanın uygunluğunu saptayabilecek herhangi bir ölçütün yokluğu sonucunu doğurmaktadır²⁹⁹. Bu nedenle üst normda tesis edilecek işlem düzenlenmemiş olsa dahi, bir idari işlemin normun amacına ulaşmasını sağlayan nesnel, objektif bir ölçüt bulunuyorsa yapılacak denetim, yerindelik değil hukukilik denetim olacaktır³⁰⁰. Diğer taraftan idari yargının yerindelik denetimi yapması diğer bir ifadeyle idarenin yapmış olduğu tercihi denetlemesi, idari yargı denetimini hiyerarşik denetim haline getirecektir³⁰¹. Zira daha önce de ifade edildiği üzere hiyerarşik denetim salt hukukilik denetimiyle sınırlı değildir. Aynı zamanda tesis edilen idari işlemin normun amacına ulaşmaya en uygun işlem olup olmadığının da denetlenmesi anlamına gelmektedir. İşte bu durumda yapılacak denetim idari yargıcı aktif idarenin yerine geçirmiş olur³⁰².

²⁹⁸ Aynı doğrultuda K. Gözler, 2003, C:1, s.828

²⁹⁹ K.Gözler, 2003, C:1, s.828. Özellikle kolluk yetkilerinin kullanılmasında temel hak ve özgürlüklerle bu tür normların amacı olan kamu düzeninin sağlanması arasında bir denge kurulması gerektiği belirtilmektedir. Bu tür bir dengenin kurulması tesis edilen işlemin “ölçülülük ilkesi” bakımından denetlenmesi sonucunu doğurmakta olup; bu durum zorunlu olarak idari işlemin yerindeliliğinin denetlenmesi anlamına gelecektir(R. Çağlayan, 2003, s.200). Bu bağlamda ölçülülük denetimi, tesis edilen işlemin normun amacına ulaşmak bakımından aşırı olmamasını; orantılı olmasını öngörmektedir. Ancak bu tür bir denetimin takdir yetkisi kavramıyla örtüştüğü söylenemez. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, takdir yetkisi normun amacına ulaşmadaki belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Amaca ulaşmanın belirli olduğu durumlarda takdir yetkisi de söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda ölçülülük denetimi ise belirli kriterlerin bulunmasını gerektirir. Bulunan çözüme ilişkin belirli bir kriter bulunmasıysa takdir yetkisinin olmadığı anlamına gelir.

³⁰⁰ Nitekim Danıştay da bir kararında yerindelik denetimini idarenin nesnel değerlendirme olanağı bulunmayan işleyiş zorunluluklarıyla hukuk sınırları içerisindeki seçeneklerden birine karışılması olarak tanımlamıştır. Bkz. DŞ. 8. Daire E. 86/683, K. 87/371. ,DD. 70-71, s. 436

³⁰¹ C.Kaya, 2001, s.270; Auby-Drago, 1962, s.81 ve Odent, 1971-1972 s.1579’dan aktaran M.Oytan, 1990, s.157; M.Oytan, 1985, s.45; Ş. Karatepe, 1991, s.85

³⁰² Auby-Drago, 1962, s.81 ve Odent, 1971-1972 s.1579’dan aktaran M.Oytan, 1990, s.157; M.Oytan, 1985, s.45

İdari yargı yerlerinin yerindelik denetimi yapamamasının bir diğer nedeni de işlemin sonuçlarının denetimin yapıldığı anda ortaya çıkmamış olması ihtimalidir. Bu çerçevede yerindeliği denetlemeye çalışan yargı yerleri ancak yapılan tercihin maddi dünyada doğurduğu sonuçları değerlendirebilirler. Ancak çoğu durumda tesis edilen işlemin maddi dünyada yarattığı sonuçlar henüz ortaya çıkmamış bile olabilir. Kaldı ki işlemin maddi dünyada yarattığı sonuçlar maddi dünyada gözlemlenebilse dahi tercihin yapıldığı sırada bu sonucun meydana geleceği bilinmemektedir³⁰³. Nitekim idarenin takdir yetkisiyle donatılma nedenini de bu belirsizlik oluşturmaktadır.

Üst normda takdir yetkisinin varlığı saptandığında söz konusu yetkiye dayanılarak yapılan tercihin doğurduğu sonuçların normun amacına ulaşmayı sağlayıp sağlamadığı denetlenemeyecektir. Denetlenemeyecek olan bu kısım idari işlemin yerindeliğine ilişkin kısmı olup “yerindelik alanı” olarak ifade edilebilir. Diğer taraftan tercihin yapıldığı alan ile salt yerindelik denetimine tabi alanın aynı alan olacağını da belirtmek gerekir. Bunun anlamı takdir yetkisi alanı ile yerindelik alanı kavramlarının aynı kavramlar olduğudur³⁰⁴.

Bununla birlikte idareye iki veya daha fazla seçenekten birine göre işlem tesis etme imkanı tanıyan normlarda, idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı mutlak

³⁰³ K.Gözler, 2003, C:1, s.828

³⁰⁴ Öğretide yerindelik alanının idarenin işlemin dayandığı maddi vakıaları saptaması, işlemin yeri ve zamanının veya işlemi tesis edip etmeme serbestisinin bileşiminden oluştuğu belirtilmektedir (Y. Yayla, 1964, s.207-208; N.Alan, 1976, s.342; C.Kaya, 2001, s.272. Aynı doğrultuda R.Çağlayan, 2003, s.200; Ş.Karatepe, 1991, s.83; N.Alan, 1982, s.53-54) Bu çerçevede öğretide takdir yetkisinin yerindelik alanı kapsamında olduğu; söz konusu yetkinin genişliğine göre yerindelikle özdeşleşebildiği belirtilmektedir (Y.Yayla, 1964, s.207-208; N. Alan, 1976, s.342; R. Çağlayan, 2003, s.197; H. Kalabalık, 1997b, s.194). Buna karşılık yine öğretiyeye göre takdir yetkisinin mutlaka yerindelik alanıyla örtüşmediği durumların da bulunduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede sebep unsurunda takdir yetkisi bulunduğu hallerde idare bir değerlendirme- nitelendirme yetkisiyle donatıldığından, takdir yetkisi olmasına karşılık yerindelik bulunmamaktayken; konu unsuruna ilişkin olduğunda idare bir seçimde bulunduğundan yerindeliğin de görülebileceği ileri sürülmektedir (N.Alan, 1982, s.53; R.Çağlayan, 2003, s.197). Kanaatimizce bu görüş kısmen doğrudur. Anılan görüşün hatalı sonuçlara varması, sebep unsurunda takdir yetkisinin bulunduğu yönündeki varsayımından kaynaklanmaktadır. Oysa ileride açıklayacağımız gibi takdir yetkisi idari işlemin konu unsuruna ilişkindir. Dolayısıyla öğretide bazı yazarların sebep unsurunda takdir yetkisi bulunduğu varsayımından hareketle ileri sürdüğü gibi takdir yetkisinin bulunmasına rağmen yerindeliğin olamayacağı haller söz konusu olamaz.

olarak söylenemeyecektir³⁰⁵. Normlarda takdir yetkisinin tespitine ilişkin bu saptama, idarenin yargısal denetiminin sınırları bakımından da önemli sonuçlar doğuracaktır. Şöyle ki, öğretilerde idarenin tesis edeceği işlemin üst normda düzenlenmediği durumlarda tesis edebilme imkanı tanınan işlemlerden hangisi tesis edilirse edilsin bunların hukuka uygun olduğu belirtilmektedir³⁰⁶. Dolayısıyla bu alan içerisinde yapılan seçimlerin normun amacına ulaşma bakımından denetlenmesi yerindelik denetimi yapılması anlamına gelecektir. Bununla birlikte kanaatimizce yerindelik denetimi yapılamayacak alan mutlak olarak üst normda idarenin tesis etmesi gereken işlemin öngörülmemiş olduğu hallerde özgülenemez. Bunun nedeni idareye iki veya daha fazla seçenek arasında tercihte bulunma imkanı verilen hallerin her durumda idarenin takdir yetkisine sahip olduğu anlamına gelmemesidir. Özellikle idarenin tesis edebileceği işlemin “verilebilir, yapılabilir” gibi yeterlilik fiilleriyle ifade edildiği durumlarda idarenin mutlak olarak takdir yetkiyle donatılmış olduğu söylenemez. Bu nedenle idareye farklı hukuki sonuçlar doğuran işlem tesis etme yetkisi verilen her durumun yerindelik alanı içerisinde olduğunu söyleyemeyiz. Sonuç olarak takdir yetkisi tercih edebilme imkanına, yerindelik denetimi yasağı da takdir yetkisinin varlığının saptanması durumuna bağlı olmaktadır.

Takdir yetkisinin varlığının saptandığı durumlarda, işlemin diğer unsurlarının hukuka uygunsa, yargısal denetim idarenin geçerli çözüm yollarından birini tercih edip etmediğine yoğunlaşacaktır³⁰⁷. Başka bir anlatımla, burada yargısal denetim takdir yetkisinin normun öngördüğü sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığına yönelik olacaktır. İdarenin bulduğu çözümün takdir yetkisinin sınırları dâhilinde kullanıldığından anlaşılmasından sonra ise artık öteki çözümün neden benimsenmediği sorgulanamayacaktır. Zira bu tür bir sorgulama yerindelik denetimi yapılması anlamına gelecektir. Nitekim Danıştay da³⁰⁸ yerindelik alanını “... *idari yargının denetim alanının dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup, örneğin aynı hukuki durumda olan kişiler için bir idari işlem yaparken idarenin tercihini şu*

³⁰⁵ Bu konuda bkz. s.163

³⁰⁶ K.Gözler, 2003, C:1, s.826-827; Ş.Karatepe, 1991, s.84

³⁰⁷ Ş.Karatepe, 1991, s.84

³⁰⁸ Danıştay Beşinci Dairesi, E. 85/596, K, 86/1084, T. 23. 10. 1986, DD. 66-67, s. 255.

veya bu kişi lehine kullanması ile ilgili veya idarelerin yerine geçerek idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi... " olarak tanımlanmıştır. Şüphesiz idarenin salt iki seçenekten birini tercih etmesi yargısal denetimin kapsamı dışında değildir. Bu durumda bu tercih edilen seçeneğin neden seçildiği yargısal denetime tabi olacaktır. Nitekim Danıştay Beşinci Dairesi, E. 87/2389, K. 87/1620 sayılı kararında bu noktayı vurgulamıştır³⁰⁹

³⁰⁹.... Anayasanın 125. maddesi...ve 2577 sayılı...kanunun 2. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural aynı zamanda idarenin, takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş bulunmaktadır, başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumlarda idari yargı organlarıncı yapılacak denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanmasıyla sınırlı olup. idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da muayyen bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde, hukuka uygunluk sınırını aşarak, yerindelik denetimine girmeleri Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuk ilkeleriyle bağdaştınamaz...Atamaya esas alınması gerekli unsurlar açısından eşdeğer durumda olan bu kişiler arasından birisinin tercihi idarenin takdir yetkisi içine girmektedir. İdari yargı organının, eşdeğer durumda oldukları dikkate alınmaksızın ve idari takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde bu kişiler arasından başka birisinin tercihi gerektiği yolunda karar vermesi, yerindelik denetimine yol açacağı cihetle yukarıda sözü edilen Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuk ilkeleriyle bağdaşmaz..."(Danıştay Beşinci Dairesi, E. 87/2389, K. 87/1620, T. 23. 11. 1987, DD. 70-71, s. 255)

Takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yargısal denetim metodolojisi bu noktada incelenemeyeceği için burada bu kısa açıklamayla yetinilmiştir

İKİNCİ BÖLÜM

TAKDİR YETKİSİNİN VARLIĞININ SAPTANMASI

İdarenin takdir yetkisinin saptanması hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde büyük öneme sahiptir. Zira bir normda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı saptandığında o normu uygulayan idari işlem tüm unsurlarıyla yargısal denetime tabi tutulabilecek; aksi durumdaysa işlemin konu unsurunda beliren tercih, yargısal denetimin dışında kalacaktır. Dolayısıyla bir normda takdir yetkisinin saptanması yargısal denetiminin sınırlarını belirleme işlevine sahiptir.

Çalışmanın bu bölümünde hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bakımından hayati öneme sahip olan takdir yetkisinin varlığı ve yokluğu norm teorisi çerçevesinde saptanmaya çalışacaktır. Zira daha önce de açıklandığı üzere, idarenin takdir yetkisi normların uygulanma sürecinde gündeme gelen bir yetkidir. Dolayısıyla takdir yetkisinin varlığının saptanması ancak konunun norm teorisi kapsamında ele alınmasıyla mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda öncelikle normun uygulanması ve norma uygunluk kavramları genel bir perspektiften ele alınacak; ardından normun uygulanma süreci hukuk metodolojisi açısından irdelenecektir. Anılan bölümde normun uygulanması bağımlı ve bağımsız normların uygulanması süreçlerindeki farklılık da göz önünde tutularak ikili ayırım çerçevesinde incelenecektir. Bu genel belirlemelerden sonra, normun uygulanma sürecinde takdir yetkisinin konumu ve takdir yetkisinin nasıl saptanabileceği irdelenecektir.

I. YASANIN UYGULANMA SÜRECİNİN ANALİZİ

Daha önce de ifade edildiği üzere normlar hiyerarşisinde üst normlar uygulanarak alt kademede daha somut ve özel yeni normlar yaratılmaktadır. Başka bir anlatımla, alt norm üst normun uygulanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, ister birel ister düzenleyici idari işlem türünde olsun tüm idari işlemler üst normun uygulanmasından başka bir anlam taşımamaktadır.

İdari işlemler kural olarak³¹⁰ yasa türünde üst normları uygulamaktadır. Bu durum idari işlemlerin secundum legem//türevsel nitelikli olmasından kaynaklanmaktadır³¹¹. Söz konusu özellik uyarınca, idare önceden yasama organı tarafından düzenlenmemiş bir alanda işlem tesis edemez. Dolayısıyla ister birel ister düzenleyici idari işlem olsun, idari işlem yaratabilmek için yasa türünde bir normun varlığı gerekmektedir³¹². Pozitif hukukta idari işlemlerin secundum legem//türevsel olma niteliği AY m.8³¹³, AY m.115³¹⁴, AY m.123³¹⁵, AY m.124³¹⁶ hükümlerinde vurgulanmıştır³¹⁷. Ne var ki, pozitif hukukta düzenleyici işlemler bakımından bu kuralın istisnaları öngörülmüştür. Bu çerçevede AY m.107'de düzenlenen cumhurbaşkanlığı kararnamesi, AY m.121/3 ve AY m. 122/2 uyarınca çıkarılabilen KHK'lar idareye herhangi bir kanuna dayanmaksızın işlem tesis etme yetkisi vermektedir³¹⁸. Dolayısıyla istisnai olmakla birlikte, idari işlemlerin uyguladıkları üst norm doğrudan Anayasa normları da olabilmektedir³¹⁹. Bununla birlikte, üst norm ister yasa ister anayasa türünden bir norm olsun idari işlemlerin yaratılması bu normların uygulanması anlamına gelmektedir. Bu saptama gerek birel gerek düzenleyici işlemler için geçerlidir.

Bu noktada ileride yapılacak açıklamaların netleştirilmesi açısından normun³²⁰ uygulanma sürecine ilişkin kavramsal bir belirleme yapmak

³¹⁰ İstisnaları için bkz. AY m.107; AYm.121/3 ve AY m.122/2

³¹¹ K.Gözler, 2003, C:1, s.1030. Buna karşılık yasama yetkisi asli/ilkel bir yetkidir. Bu çerçevede yasama organı Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla, araya başka bir norm girmeksizin Anayasanın düzenlemediği bir alanı da ilk elden düzenleyebilir (E.Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Bası, 2005, s.191)

³¹² K.Gözler, 2003, C:1, s.1030; B. Öztürk, **İdarenin Düzenleme Yetkisi**, doktora tezi, AÜ. Sos. Bil. Enstitüsü, Ankara, 2006, s.96

³¹³ AY m.8 : “Yürütme yetkisi ve görevi,Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”

³¹⁴ AY m.115: ”.... kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek...”

³¹⁵ AY m.123: “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir”.

³¹⁶ AY m.124: “....kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere...”

³¹⁷ M. Günday, 2003, s.196; K. Gözler, 2003, C:1, s.1029

³¹⁸ M. Günday, 2003, s.196; B. Öztürk, 2006, s.128

³¹⁹ Çalışmada anayasa-idari işlem ilişkisi ele alınmayacaktır. Zira AY m.122/3 ve AY m.122/2 uyarınca OHAL ve Sıkıyönetim döneminde çıkarılacak KHK'ların vergi hukuku bakımından ayırıcı bir yönü bulunmamaktadır.

³²⁰ Bu bölümde de norm ile yasa kavramları özdeş kullanılmıştır.

gerekmektedir. Bu tespit, “normun uygulanması” ile “norma uygunluğun” birbirini tamamlamamakla birlikte farklı kavramlar olduklarıdır. Bu çerçevede “normun uygulanması”, alt kademe yeni norm yaratılmasına; buna karşılık norma uygunluksa yaratılan normun üst norm bakımından geçerli olmasına ilişkin kavramlardır³²¹. Dolayısıyla alt normun üst norma uygunluğu “norma uygunluk” başlığı altında ayrıca irdelenmelidir. Bu doğrultuda normun uygulanması sürecinin parçalarını oluşturan her iki kavram aşağıda sırayla incelenmiştir.

A. YASANIN UYGULANMASININ ANLAMI

Normlar hiyerarşisinde idari işlem tesisi hiyerarşik olarak üstün olan yasanın uygulanması anlamına gelmektedir³²². Bu doğrultuda yasayı uygulayan idari işlemler somut ve özel durumlara (birel idari işlem) ilişkin olabileceği gibi genel ve soyut da (düzenleyici işlem) olabilir. İdari işlemler ister birel ister düzenleyici işlem niteliğinde olsun, yasa-idari işlem ilişkisi bir hiyerarşi ilişkisidir. Dolayısıyla yasanın uygulanmasıyla kastedilen hiyerarşik olarak üstte yer alan normdan daha somut ve özel normlar yaratılmasıdır. Burada kullanılan “daha somut ve özel norm yaratmak” birel işlem tesis etmek anlamında değil; yasaya göre daha somut ve özel norm yaratmayı ifade etmektedir. Bu çerçevede hiyerarşik olarak üstte olan yasayı uygulayan idari işlemler genel ve soyut da olabilir.

Nitekim hukukumuzda da yasa-idari işlem ilişkisi “yasanın hiyerarşik üstünlüğü ilkesi” ile açıklanmaktadır³²³. Anılan ilkeye göre yasama ve yürütme organları niteliği itibariyle tamamıyla aynı işlemleri tesis etmektedir³²⁴. Söz konusu işlemlerin farklılığı bu işlemler ve işlemi yapan organlar arasındaki hiyerarşi

³²¹ Buna karşılık ÖZTÜRK, düzenleme yetkisinin pozitif hukuktaki dayanaklarını tartışırken AY m.8’de yer alan “kanunlara uygun olması” ibaresinin AY m.124’de yer alan “kanunların uygulanmasını sağlamak” ibaresinden daha geniş kapsamlı olduğunu ileri sürmektedir (B.Öztürk, 2006, s.137).Yukarıda açıklandığı üzere, bizim görüşümüze göreyse arada kapsam bakımından değil süreç bakımından farklılık bulunmaktadır.

³²² Bu çerçevede yasanın uygulanması, yasanın yürütülmesiyle eş anlamlıdır.

³²³ T.Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, AÜSBF Yayınları, No:191-193, 1965, s. 41; B.Öztürk, 2006, s.14

³²⁴ T.Güneş, 1965, s.41

farkından kaynaklanmaktadır³²⁵. Dolayısıyla yasama organı Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla istediği konuda düzenleme yapabilir; buna karşılık yürütme sadece ve sadece kanunu uygulamak anlamına gelmektedir³²⁶. Dolayısıyla söz konusu ilke uyarınca “yasanın uygulanması”, hiyerarşik olarak üstün olan yasanın verdiği yetkilerle ve yasanın çizdiği çerçeve içinde hareket etmek anlamına gelmektedir³²⁷.

Yasa-idari işlem ilişkisini yasanın hiyerarşik üstünlüğü ilkesiyle açıklayan görüşün pozitif hukuktaki dayanakları, normlar hiyerarşisi teorisinin dayanaklarıyla aynıdır. Bu durum yasanın hiyerarşik üstünlüğü ilkesinin normlar hiyerarşisi teorisinden türetilmiş olmasının doğal bir sonucudur. Bu bağlamda söz konusu ilkenin pozitif hukuktaki genel dayanağını AY m.8 ve AY m.123/1 hükümleri oluşturmaktadır. Buna göre, AY m.8’de geçen³²⁸ “...Anayasa ve kanunlara uygun kullanılma³²⁹” ibaresi ve AY m.123/1’de düzenlenen yasal idare ilkesi, yürütme

³²⁵ T.Güneş, 1965, s.41. Bu hiyerarşi nedeniyle Anayasa uyarınca her organının işlemi ayrı bir hukuksal rejime tabi olmaktadır. İşte bu nedenle yasama organı ve yürütme organının yaptığı işlemler birbirinden ayrılmakta ve tabi olunan hukuksal rejim işlemi yapan organa göre saptanmaktadır (T.Güneş, 1965, s.41).

³²⁶ T.Güneş, 1965, s.41

³²⁷ R. CARRÉ de MALBERG, 1920, T. I, s. 485 vd.’den aktaran T.Güneş, 1965, s.28

³²⁸ Diğer taraftan öğretilerde düzenleme yetkisinin pozitif hukuktaki dayanağı tartışmaları kapsamında düzenleme yetkisinin genel dayanağının Anayasanın 8.maddesinin olamayacağı savunulmaktadır (Bkz. B.Öztürk, 2006, s.130). Zira, AY m.8’deki “Yürütme yetkisi ve görevi, ...Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmünün tüm düzenleyici işlemlerin dayanağını oluşturduğu kabul edildiğinde idareye yönetmelik çıkarmak biçiminde yaygın bir düzenleme yetkisi veren AY m.124 hükmüne neden ihtiyaç duyulduğu sorusunun cevaplanması güç olacaktır. Bütün bu iddialara ilaveten AY m.8 hükmünün adsız düzenleyici işlemlere de dayanak olamayacağı ileri sürülmektedir. Buradan hareketle de, Türk Hukuku’nda düzenleme yetkisinin dayanağının 1982 Anayasası’nın belirli hükümleri olduğunu belirtmektedir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu klasik türev düzenleme yetkisinin dayanağı AY m.115, AY m.124 cumhurbaşkanlığının sahip olduğu özerk düzenleme yetkisinin dayanağı ise AY m.107 olmaktadır. Buna karşılık adsız düzenleyici işlemlerin anayasal dayanağının bulunmadığı belirtilmektedir (B. Öztürk, 2006, s.137). Bizce Anayasada bu tür hükümlerin bulunmasının anlamı hukuk normları arasındaki hiyerarşiyi göstermekten ibarettir. Dolayısıyla AY m. 8 idarenin düzenleme yetkisinin genel dayanağı olmakla birlikte bu hükümle yetinilmeyip Anayasada “tüzük”, “yönetmelik” gibi düzenleyici işlem türlerini belirleyen hükümlere yer verilmiş olmasının nedeni idarenin işlemleri arasındaki altlık-üstlük ilişkisini göstermektir.

³²⁹ Bununla birlikte öğretilerde AY m.8’de geçen “...kanunlara uygun kullanılma” ibaresinin anlamı tartışmalıdır (K.Gözler, 2003, C:1, s.1031). Bu çerçevede söz konusu ibarenin yürütme yetkisinin secundum legem/türevsel niteliğini vurgulamaktan çok yürütme işlemlerinin intra legem olmasını düzenlediği belirtilmektedir. Gerçekten de “kanuna uygun olma” ibaresi ilk bakışta salt bu tür normlara uygunluğu düzenler gözükmektedir. Ancak bu ibare aynı zamanda Anayasa ve yasanın idari işlemlerden hiyerarşik olarak üstün olduğunu da vurgulamaktadır. Hiyerarşik üstünlükse alt normun üst normu uygulaması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte söz konusu hüküm AY m.123/1 ile

işlemlerinin kanunlara dayanması gerektiğini ve bu nedenle yasanın idari işlemlere göre hiyerarşik üstünlüğünü vurgulamaktadır. Dolayısıyla idarenin düzenleme yetkisi, bağlı ve takdir yetkisi de dâhil olmak üzere tüm yetkileri yasaların uygulanmasına/yürütülmesine yönelik olarak verilmiş yetkiler olmaktadır³³⁰.

Sonuç olarak bu görüşe göre birel ve düzenleyici idari işlemler dayanaklarını aynı temelden almaktadır³³¹. Dolayısıyla, pozitif hukukta yürütme “kanunların yürütülmesi/uygulanması” biçiminde işlevsel yönden tanımlandığından³³², ister birel ister düzenleyici işlem olsun, tüm idari işlemler hiyerarşik olarak üst norm olan yasa türünden normları yürütmek (uygulamak) için tesis edilmektedir³³³. Başka bir anlatımla idari işlemler üstteki norm olan yasanın uygulanması ve alt kademede yeni bir norm yaratılmasıdır. Bu saptama çalışmamıza gerek birel gerek düzenleyici işlemlerde takdir yetkisinin bulunabileceğinin tespiti bakımından da katkı sağlamaktadır. Zira her iki işlem de yasayı uyguladıklarından, yasanın uygulanması sürecinde idareye tercihte bulunma imkânı verilmesi her iki işlem türü bakımından da gündeme gelebilecektir.

Öte yandan söz konusu ilke, yasama ve yürütme işlemleri arasında yapılan fonksiyonel ayrımın pozitif hukukta geçersizliğini de ortaya koymaktadır. Buna göre, yasayı uygulamak” maddi kriterde ifade edildiği üzere “genel ve soyut kuralları somut ve özel durumlara uygulamakla sınırlı değildir³³⁴. Bu çerçevede yasayı uygulamak, idarenin üstlendiği görevleri yerine getirirken kullandığı genel ve soyut

birlikte okunmadığı takdirde idari işlemin salt yasayı uygulayan normlar olduğunu vurgulamamaktadır. Ancak anılan hüküm kesin olarak yasaların hiyerarşik üstünlüğünü düzenlemektedir.

³³⁰ B.Öztürk, 2006, s.93

³³¹ T.Güneş, 1965, s.81. GÜNEŞ, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu hallerde intra legem işlem tesis edip etmediği saptandığında sübjektif-objektif işlemler arasında da nitelik farkı olup olmadığının ortaya çıkacağını belirtmektedir(T. Güneş, 1965, s.87).

³³² B.Öztürk, 2006, s.91. Ancak dikkat edilecek olursa yürütmenin kanunların yürütülmesi biçiminde yapılan işlevsel tanım, yasama-yürütme işlemlerini maddi kriterlere göre işlevsel biçimde tanımlayan ayrımında yer alan yürütme tanımına uymamaktadır. Zira ikincisinde yürütme, soyut ve genel kuralların somut durumlara uygulanması olarak tanımlanmıştır(B. Öztürk, 2006, s.92).

³³³ Uygulanacak üst normun yasa olarak belirlenmediği istisnai hükümler için bkz.s.75 vd.

³³⁴ R CARRÉ de MALBERG, Contribution a la theorie generale de l'Etat, Recueil Sirey, 1920, T. I, s. 485 vd.'den aktaran T.Güneş, 1965, s.28

norm koyma yetkisini tasvir eden düzenleme yetkisini³³⁵ de kapsamaktadır. Dolayısıyla bu saptama düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin yapılan tartışmalar bakımından da önem arz etmektedir.

Bu çerçevede birel idari işlemler gibi düzenleyici işlemlerin de dayanağının “yasaların yürütülmesi/uygulanması” ile açıklanması devlet işlemlerini hukuk dünyasında meydana getirdikleri değişikliğin niteliğine göre sınıflandıran “fonksiyonel/işlevsel”³³⁶ ayrım ile bu görüşün uzantısı olan “yasama yetkisinin devri görüşü”³³⁷ nün düzenleme yetkisinin dayanağını açıklamak bakımından pozitif

³³⁵ M.Günday, 2003, s.193

³³⁶ Düzenleme yetkisini devlet işlemlerini hukuk dünyasında meydana getirdikleri değişikliğin niteliğine göre sınıflandırarak açıklayan “fonksiyonel/işlevsel” ayrım, devletin genel ve soyut kural koyan işlemlerini yasama işlevinin; bu kuralların somut durumlara uygulanmasını ise yürütme işlevinin yerine getirilmesi olarak görmektedir (M. Günday, 2003, s.10; E. Özbudun, 2005, s.201-202; K.Gözler, 2003, C:1, s.27; B.Öztürk, 2006, s.70; T.Güneş, 1965, s.12vd.). Esasen bu ayrım bakımından işlevi yerine getiren organ önem arz etmemekle birlikte, kuvvetler ayrımı kuramında devlet organlarının üstlenilen işleve göre belirlenmesi devlet organlarının yetki ve görev dağılımının kriterini teşkil etmiştir. Bu çerçevede kuvvetler ayrımı kuramında yasama işlevinin diğer bir anlatımla genel ve soyut kural koyma faaliyetinin sadece yasama işlevini üstlenen organ tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun anlamı anılan görüş uyarınca idarenin genel ve soyut kurallar koyabilmesinin mümkün olmamasıdır. Zira, maddi kritere göre idarenin düzenleyici işlemleri ile yasama işlemleri arasında fark bulunmamakta, idarenin düzenleyici işlemleri de maddi anlamda kanun sayılmaktadır. Ancak bu görüş, pozitif hukukta kanun türündeki normların maddi kritere göre, başka bir anlatımla genel ve soyut kural olma niteliğine bağlanmaması karşısında geçerliliğini kaybetmiştir (B.Öztürk, 2006, s.72-74). Zira pozitif hukukta düzenleyici işlemlerin yasama işlevi kapsamında sayılabilmesi için yasa türünden normların genel ve soyut kural koyma işlemi olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte pozitif hukukta kanun, işlemi yapan organa ve işlemin yapılaş şekline göre tanımlanmaktadır. Bu bağlamda kanun içeriğinden bağımsız olarak yasama organı tarafından kanun türünden normların çıkarılması usullerine göre oluşturulan tüm normları kanun olarak tanımlayan şekli anlamda kanunu ifade etmektedir (T.Güneş, 1965, s.26-27; B.Öztürk, 2006, s.81; E.Özbudun, 2005, s.190). Dolayısıyla pozitif hukukta kanun işlevsel ayrıma göre değil, organik ve biçimsel ölçüte tabidir (B.Öztürk, 2006, s.72-74).

³³⁷ İşlevsel ayrımın pozitif hukuku açıklamadaki yetersizliği bu görüşün uzantısı olan yeni bir görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Düzenleme yetkisini “yasama yetkisinin devri” ile açıklayan bu görüşe göre, her türlü genel ve soyut kural koyma yetkisi yasama organına ait olduğuna göre, pozitif hukukta görülen idarenin düzenleme yetkisi ancak yasama yetkisinin idareye devriyle haklılaştırılabilecektir (B.Öztürk, 2006, s.75). Diğer bir anlatımla, idare yasama organının tekelinde olan genel ve soyut norm koyabilme yetkisini ancak yasama organının bu yetkiyi kendisine devretmesiyle kullanabilecektir. Bu görüşün doğal sonucu yasama organının genel ve soyut norm koyabilme yetkisini devredebilmesinin açık bir yetki devriyle mümkün olmasıdır (B.Öztürk, 2006, s.85). Ne var ki, pozitif hukukta kanunlarda açıkça bir yetkilendirme bulunmasa dahi düzenleyici işlemlerin tesisinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Diğer taraftan 1982 Anayasası'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi düzenlenmiştir. Buradan hareketle ÖZTÜRK, bu görüşün pozitif hukuku açıklayamadığını ifade etmektedir (B.Öztürk, 2006, s.86). Bu görüşün kabulünün ortaya çıkaracağı başka bir sorun da, açık yetkilendirmeye dayanılarak tesis edilecek düzenleyici işlemlerle kanunların değiştirilmesinin de mümkün olduğudur (B.Öztürk, 2006, s.86). Oysa, AY m.7 karşısında düzenleyici işlemlerle yasa türünden normların değiştirilmesi olanaklı değildir. Zira AY m.7'de öngörülen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi, kanun adı altında veya kanun ile eş güce sahip işlem yapabilme yetkisinin devredilemeyeceğini öngörmektedir (E.Özbudun,

hukukta geçerli olmadıklarını ortaya koymaktadır³³⁸. Ne var ki, Türk Hukuku'nda düzenleme yetkisinin dayanağını açıklayan görüşler bunlarla sınırlı değildir. Bu bağlamda idarenin düzenleme yetkisinin, takdir yetkisinden kaynaklandığını savunan görüşün³³⁹ varlığı karşısında yasanın hiyerarşik üstünlüğü ilkesi çalışma bakımından daha da önemli hale gelmektedir. Zira anılan görüşün irdelenmesi yasanın uygulanması sürecinde devreye giren düzenleme yetkiyle takdir yetkisinin eşanlı yetkiler olup olmadıklarını saptamak bakımından belirleyicidir.

Hemen belirtmek gerekir ki bu görüş, düzenleme yetkisini yasaların uygulanması sürecinin bir parçası olarak görmekte ve bu nedenle de doğru bir noktadan hareket etmektedir. Bununla birlikte, anılan görüş düzenleme yetkisinin kullanımını tek bir konuya özgülemekte ve buradan hareketle de hatalı bir genelleme yapmaktadır. Şöyle ki, idarenin düzenleme yetkisi dayanağını takdir yetkisinden ve hukuk devleti ilkesini hayata geçiren bileşenlerden olan belirlilik-düzenli idare ilkeleriyle eşitlik ilkesinden almaktadır³⁴⁰. Buna göre de idare birel idari işlem tesisinde takdir yetkiyle donatılmışsa, bu yetkisini eşitlik ilkesine uygun kullanmak zorunda olduğundan zaten zımni bir düzenleme yapmış bulunacaktır³⁴¹. Bu nedenle idarenin zımnen yapabildiği bir düzenlemeyi açık bir şekilde düzenleyici işlem tesis ederek yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hatta idarenin birel

2005, s.193; K.Gözler, 2003, C:1, s.1021). Bu çerçevede idarenin düzenleyici işlemleri mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırıyorsa yasama yetkisi devredilmiş demektir (E.Özbudun, 2005, s.193). Diğer taraftan bir düzenleyici işlem kanunla düzenleme konusu yapılmamış bir alanda doğrudan asli, ilk elden düzenleme yapıyorsa da bu düzenleyici işlemin kanun niteliğinde sayılması gerekmektedir (E.Özbudun, 2005, s.193). AY m.73/4, AY m.167/2 ve AY m.91 hükümlerinde yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin istisnaları düzenlenmiştir (E.Özbudun, 2005, s. 196-198. AY m.91'de öngörülen KHK'lar açısından aksi görüş için bkz. AYMK E: 1984/14, K:1985/7; AYMK E:1986/18, K:1986/24). Diğer taraftan, OHAL ve sıkıyönetim KHK'larında ise yetki devri söz konusu değildir. Zira bu hükümlerde düzenleme yetkisi doğrudan Anayasadan kaynaklanmaktadır (E.Özbudun, 2005, s. 198).

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, idarenin düzenleme yetkisinin dayanağı ne işlevsel yaklaşım ne de bu görüşün uzantısı olan "yasama yetkisinin devri" görüşüdür. Düzenleme yetkisinin dayanağı salt yasa türünden normların yürütülmesidir.

³³⁸ B.Öztürk, 2006, s.95

³³⁹ Bkz. M.Günday, 2003, s.196; K.Gözler, 2003, C:1, s.1024-1025; T.Güneş, 1965, s.89; S.Üstün, 2007, s. 29; E.Özbudun, 2005, s.230

³⁴⁰ M.Günday, 2003, s.196; K.Gözler, 2003, C:1, s.1024-1025; T.Güneş, 1965, s.89; S.Üstün, 2007, s. 29; E.Özbudun, 2005, s.230

³⁴¹ T.Güneş, 1965,s. 89-90; E.Özbudun, 2005, s.230; M.Günday, 2003, s.196

işlem tesisinde takdir yetkisiyle donatıldığı durumlarda yetkinin kullanımını objektif hale getiren açık bir düzenleme yapması hukuki belirlilik ve düzenli idare ilkelerinin gereğidir³⁴². Zira dayanağını AY m.10'da öngörülen eşitlik ilkesinden alan düzenli idare ilkesi, idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı durumlarda serbestîye sahip olunan alanın düzenleyici işlemlerle objektif biçimde düzenlenmesini ve böylelikle hukuki istikrarın sağlanmasını öngörmektedir³⁴³. Dolayısıyla söz konusu ilkeye göre idare tüm faaliyetlerinde eşit davranmak zorunda olduğundan, bunu sağlamak üzere objektif düzenlemeler yapmak veya müstekar uygulamalarda bulunmak zorundadır³⁴⁴. İşte bu noktadan hareketle idarenin düzenleme yetkisinin idarenin birel işlem tesisinde sahip olduğu takdir yetkisinin görünümü olduğu ileri sürülmekte ve genel nitelikli bir yetki olduğu vurgulanmaktadır³⁴⁵.

Yukarıda da sergilenen görüş yasa-idari işlem ilişkisini yasanın hiyerarşik üstünlüğünden hareketle açıkladığı için doğru bir temelden hareket etmektedir. Bununla birlikte anılan görüşün yaptığı genelleme hatalıdır. Zira idarenin birel işlemler tesisi yoluyla yasaları uyguladığı durumların çoğunda bağlı yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte idare birel işlem tesisinde bağlı yetkiye sahip olduğu durumlarda da düzenleme yetkisini kullanabilmektedir. Dolayısıyla bu olasılıkta idarenin düzenleme yetkisi birel işlem tesisinde sahip olunan takdir yetkisi kaynaklı değildir. Bununla bağlantılı olarak, idarenin düzenleme yetkisinin kullanılmasının tek nedeni birel işlemlerde sahip olunan takdir yetkisini objektif hale getirmek değildir. Bu çerçevede idare AY m.73/4 örneğinde gözlemlenebileceği üzere bu amacın dışında da genel ve soyut normlar yaratabilmektedir. Biz bu görüşe katılmamakta; takdir yetkisini de normun(yasanın) uygulanması sürecinde idarenin sahip olduğu tercihte bulunma yetkisi olarak görmekteyiz. Bununla birlikte idarenin genel ve soyut norm yaratmak suretiyle yasayı uyguladığı durumların çoğunda tercihte bulunduğu

³⁴² M.Günday, 2003, s.196

³⁴³ M.Günday, 2003, s.196

³⁴⁴ M.Günday, 2003, s.44-45

³⁴⁵ T.Güneş, 1965,s. 88; K.Gözler, 2003, C:1, s.1024-1025; M.Günday, 2003, s.196; E.Özbudun, 2005, s.230. Hatta bu noktadan hareketle de idarenin Anayasada öngörülen düzenleyici işlemler dışında da adsız düzenleyici işlemler tesis edebilme yetkisine sahip olduğu sonucuna varılmaktadır (M.Günday, 2003, s.44) Buna karşılık ÖZTÜRK, adsız düzenleyici işlemlerin anayasal dayanağının bulunmadığını ileri sürmektedir (B.Öztürk, 2006, s.137) Buna karşılık GÖZLER, adsız düzenleyici işlemleri AY m.8'e dayandırmaktadır (K.Gözler, 2003, C:1, s.1029)

da inkâr edilemez. Ancak düzenleyici işlem tesis etmek bazı durumlarda bağlı yetki çerçevesinde işleyen bir süreç de olabilmektedir. Dolayısıyla düzenleme yetkisi eşittir takdir yetkisi biçiminde bir genelleme yapılamaz. Bu bağlamda biz normun uygulanması sürecinde hangi durumda idarenin bağlı yetkiyle hangi durumda takdir yetkisiyle donatılmış olduğu meselesinin normların bağımlı-bağımsız norm olma niteliğinden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Bu nedenle de konuyu norm sınıflandırmaları çerçevesinde ele alacağız. Ancak bu incelemeden önce “yasaya uygunluk” meselesinden ne anlaşılması gerektiğini inceleyeceğiz.

B. YASAYA UYGUNLUĞUN KAPSAMI

Birel ve düzenleyici işlem tesis etmenin yasa türünden normların uygulanarak alt kademedede yeni normlar yaratılması anlamına gelmesi söz konusu idari işlemlerin yasaya uygun normlar olmasını zorunlu kılar. Zira yasa türünden normlar idari işlemlerden hiyerarşik olarak üstündür. Dolayısıyla alt kademedede yaratılan normların yasanın sınırları içerisinde bu normlara uygun normlar olması gerekir.

Bu çerçevede Fransız Hukuku’ndan etkilenen öğretide yasaya uygunluğun iki anlamı olduğu belirtilmektedir³⁴⁶. Bu anlamlardan birincisi “asgari yasallık anlayışı”dır³⁴⁷. Asgari yasallık anlayışında kanunla idari işlem arasındaki ilişki bağdaşırılık, kanuna aykırı olmama ilişkisidir³⁴⁸. Söz konusu yasallık anlayışında idare kanunun emrettiği biçimde davranmak zorundadır; kanuna aykırı işlem tesis edemez³⁴⁹. Bu durum yasanın hiyerarşik üstünlüğünün sonucudur. Görüldüğü üzere, yasaya uygunluğun bu boyutu idari işlemlerin salt contra legem³⁵⁰ olamayacağını ifade etmektedir.

³⁴⁶C.Eisenmann, “Le droit administratif et le principe de légalité”, **EDCE**, 1957, C.Eisenmann, 1957, s.25’den aktaran T. Güneş, 1965,s. 85

³⁴⁷ C.Eisenmann, **EDCE**, 1957, s.29’dan aktaran B. Öztürk, 2006, s.163

³⁴⁸ C.Eisenmann, 1957, s.29’dan aktaran B.Öztürk, 2006, s.163

³⁴⁹ C.Eisenmann, 1957, s.29’dan aktaran B.Öztürk, 2006, s.163-164

³⁵⁰ İdari işlemlerin kanuna aykırı olmaması contra legem, kanuna uygun olması, kanun çizdiği sınırlar içinde olmasıysa “intra legem” olarak ifade edilmektedir (K.Gözler, 2003, C:1, s.1028). Bu

Buna karşılık yasaya uygunluğun ikinci anlamıysa daha dar kapsamlıdır. Bu bağlamda “azami yasallık anlayışı” olarak ifade edilen ikinci yasallık anlayışına göre kanun ile idari işlem arasındaki ilişki uygunluk ilişkisidir³⁵¹. Bu çerçevede “kanuna uygunluk ilişkisi”, kanundaki genel ve soyut tipe uygun ve kuralı somutlaştıran işlem tesis edilmesi anlamına gelmektedir³⁵². Dolayısıyla söz konusu yaklaşım somut olay ile/gerçekleşen ile yasada öngülen soyut ve genel tip arasındaki ilişkiden hareket etmektedir. Buna göre, kanunda düzenlenmeyen dolayısıyla izin verilmeyen konularda idare işlem tesis edemeyecektir. Zira uygunluk ilişkisinin tanımı gereği, kanunda düzenlenmeyen konularda tesis edilecek işlemler, ortada genel ve soyut tip eksikliği bulunduğu için yasallık ilkesine aykılık teşkil edecektir³⁵³. Görüldüğü üzere azami yasallık anlayışı, idari işlemlerin yasaya aykırı olmamasını kapsamakta ancak uygunluğun anlamını bu noktanın ötesine götürmektedir. Dolayısıyla azami yasallık anlayışının da geçerli olduğu bir ilişkide idari işlemler contra legem olamazlar. Ancak bu niteliğe ilaveten bu tür yasaya uygunluk, yasada öngörülen genel ve soyut tipin somut ve özel duruma birebir uygulanması koşulunu sağlamak zorundadırlar.

Yukarıda sergilenen sınıflandırmadan çıkan sonuç şudur: Yasa-idari işlem ilişkisinde ister asgari ister azami yasallık anlayışı geçerli olsun idari işlemler yasaya aykırı (contra legem) olamazlar; söz konusu işlemlerin intra legem(hüküm içi) olması gerekmektedir. Bu tespit AY m.8 ve AY m.123/1 uyarınca gerek birel gerek düzenleyici işlemler³⁵⁴ için de geçerlidir. Bu noktada pozitif hukukta idari işlem tesis etmek bakımından hangi yasallık anlayışının geçerli olduğu sorusu gündeme gelmektedir.

bağlamda“Contra legem” kavramı “intra legem” kavramının zıt anlamlısıdır. Bkz. www.people.virginia.edu/~rjb3v/latin.html, 20/10/2010

³⁵¹ C.Eisenmann, 1957, s.29’dan aktaran B.Öztürk, 2006, s.163

³⁵² B. Öztürk, 2006, s.167

³⁵³ C.Eisenmann, 1957, s.29’dan aktaran B.Öztürk, 2006, s.163-164

³⁵⁴ Aynı doğrultuda bkz. AY m.115; AY m.124

Bu konuda GÜNEŞ³⁵⁵, Türk Hukuku'nda “kanunla bağdaşırılık/asgari yasallık” anlayışının hakim olduğunu ileri sürerken, ÖZTÜRK³⁵⁶ “kanuna uygunluk/azami yasallık” anlayışının geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bu doğrultuda GÜNEŞ³⁵⁷ 1961 AY m.6'da yer alan “*kanunlar çerçevesinde*” ibaresine dayanarak Türk Hukuku'nda geçerli yasallık anlayışının “asgari yasallık/kanunla bağdaşırılık ilişkisi” olduğunu ileri sürmektedir³⁵⁸. Yazara göre, kanunla bağdaşırılık ilişkisi hem sübjektif işlemler hem de düzenleyici işlemler tesis edildiğinde geçerli olabilmektedir³⁵⁹.

Buna karşılık ÖZTÜRK, asgari ve azami yasallık anlayışlarını düzenleme yetkisi açısından irdelerken idari işlemlerin kural olarak türev nitelikli oluşundan hareket etmekte ve Türk Hukuku'nda azami yasallık anlayışının geçerli olduğu sonucuna varmaktadır³⁶⁰. Bu bağlamda yazara göre, yürütme yetki ve görevinin “kanunlara uygun olarak” kullanılacağını öngören AY m.8; kanunların uygulanmasını sağlamak üzere tüzük ve yönetmelik çıkarılacağını öngören AY m.115 ve AY m. 124; idarenin bir konuda faaliyette bulunabilmesi için o alanın önceden kanunla düzenlenmesini öngören AY m.123 hükümleri, kanun-idari işlem ilişkisinin uygunluk ilişkisi olduğunu öngörmektedir³⁶¹. Bu çerçevede pozitif hukukta söz konusu anlayış geçerli olduğundan, genel ve soyut tipin somutlaştırılması anlamına gelen “azami yasallık anlayışı”, o alanı düzenleyen bir kanun bulunmadığı hallerde yasallık ilişkisinin kurulmasına engeldir³⁶².

³⁵⁵ T.Güneş, 1965,s. 85

³⁵⁶ B.Öztürk, 2006, s.167

³⁵⁷ C.Eisenmann, 1957, s.25'den aktaran T.Güneş, 1965,s. 85

³⁵⁸ T.Güneş, 1965,s. 85

³⁵⁹ Bu durumda kanunun uygulanması kanunun somutlaştırılmasından geniş şekilde anlaşıldığında idarenin düzenleme yetkisi, idarenin sübjektif işlemlerde sahip olduğu takdir yetkisinin bir görünümü olmaktadır (T.Güneş, 1965,s. 88).

³⁶⁰ B.Öztürk, 2006, s.167

³⁶¹ B.Öztürk, 2006, s.167-168

³⁶² B.Öztürk, 2006, s.164. Buna karşılık, yazara göre, idarenin kanunun açıkça yasaklamadığı veya sınırlamadığı her durumda düzenleme yetkisini kullanabileceği öngörülmüşse “Asgari Yasallık Anlayışı”nın geçerli olduğu anlamına gelmektedir. Bu durumda kanunun olmadığı yerde yasaklama da olmayacağından kanun olmasa bile düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi ifade edilmektedir.(B. Öztürk, 2006, s.164).

Bizim görüşümüze göre de idari işlemlerin secundum legem/türevsel olması yasa-idari işlem ilişkisinde “azami yasallık anlayışı”nın geçerli olmasını gerekli kılmaktadır³⁶³. Bu çerçevede Türk Hukuku’nda azami yasallık anlayışı tesis edilen idari işlemin yasada soyut olarak düzenlenen unsurlarına uygun olmasını ifade etmektedir. Bu saptama düzenleyici işlemler için de birel idari işlemler için de geçerlidir.

İşte bu noktada cevaplanması gereken soru takdir yetkisine dayanan idari işlemler bakımından hangi yasallık anlayışının geçerli olduğudur. Bu çerçevede GÜNEŞ takdir yetkisi bakımından “asgari yasallık/kanunla bağdaşırılık ilişkisi”nin geçerli olduğunu; bağlı yetki açısından “kanuna uygunluk/azami yasallık” ilişkisinin söz konusu olacağını belirtmektedir³⁶⁴. Zira idare ancak bağlı yetkiye sahip olduğu durumlarda yasayı somulaştırın işlem tesis edebilecektir³⁶⁵. Ancak kanaatimizce idari işlemlerin türevsel nitelikli oluşu takdir yetkisi ile bağlı yetki arasında bu tür bir ayırımın yapılmasına engeldir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, idari işlemler bakımından azami yasallık anlayışı söz konusudur. Ne var ki, idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı durumlarda azami yasallık anlayışında geçerli olması gereken tipikliğin³⁶⁶ bağlı yetkiye nazaran farklı bir nitelik arz ettiği de yadsınamaz. Şöyle ki idarenin bağlı yetkiyle donatıldığı durumlarda azami yasallık anlayışı tam anlamıyla gerçekleşecektir. Buna karşılık, idare takdir yetkisiyle donatılmışsa idari işlemin bir unsuru dışında tipiklik sağlanacak; ancak dışarıda kalan bu unsur bakımından yasa-idari işlem ilişkisi contra legem (yasaya aykırı olmama) ilişkisine dönüşecektir.

Bunun birlikte, takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yargısal denetimi bu çalışmanın kapsamı dışında olduğundan, azami yasallık anlayışının takdir yetkisine dayanan işlemlerin yargısal denetimine etkisi ele alınmamıştır. Buna karşılık birel ve

³⁶³ Buna karşılık idari işlem yasayı değil de Anayasayı uyguluyorsa yasallık anlayışı asgari yasallığa dönüşecektir. Zira secundum legem olmanın tersi geçerliyse (yasamanın asliliği ilkesi gibi) salt contra legem(asgari yasallık anlayışı) geçerli olacaktır. Aynı doğrultuda bkz. E.Özbudun,2005, s.191.

³⁶⁴ T.Güneş, 1965,s. 85

³⁶⁵ T.Güneş, 1965,s. 87

³⁶⁶ Bu bölümde tipiklikle kastımız, geniş anlamda tipiklikdir. Geniş ve dar anlamda tipiklik için bkz. s.94; dn:416

düzenleyici işlem tesis etme sürecinin açıklandığı bölümlerde³⁶⁷ tipiklik süreci sergileneceğinden azami yasallık anlayışının takdir yetkisiyle ilişkisinin dolaylı olarak da olsa sergileneceğini belirtmek gerekir.

C. BAĞIMLI–BAĞIMSIZ NORMLAR BAKIMINDAN ANALİZ

Normlar hiyerarşisinde üst kademedede yer alan normlar sadece alt kademe normların ne şekilde yaratılacağını göstermemekte; buna ilaveten bu normların içeriklerini de belirlemektedir³⁶⁸. Burada içerikle kastımız alt kademedeki norma uygunluktur. Bu bağlamda bazı durumlarda alt kademedeki normların üst norma salt aykırı hüküm içermemesi hukuka uygunluğu sağlayabilmektedir(azami yasallık anlayışı). Buna karşılık bazı normların hukuka uygunluğu içinse bu tür bir genel değerlendirme yeterli olamamakta; bu normların üst normun somut ve özel duruma birebir uygulaması olması gerekmektedir(azami yasallık anlayışı). Esasen her iki süreç bize göre normun uygulanması sürecine altlanmalıdır. Ancak hiç şüphesiz bu süreçler içeriksel olarak birbirinden farklıdır.

Kanaatimizce normun uygulanması sürecinde gözlemlenebilen bu farklılık kaynağını üst normun bağımlı ya da bağımsız norm olarak taşıdığı nitelikten almaktadır. Dolayısıyla takdir yetkisinin konumu da uygulanan üst normun bağımlı veya bağımsız norm olma niteliğine göre değişmektedir. Bu bağlamda konu genel ve soyut norm ve özel ve somut (birel) norm yaratılması açısından ikiye ayırarak incelenmelidir. Zira bağımlı normların uygulanarak alt kademedede yeni bir norm yaratılması süreci ile bağımsız normların uygulanması süreçleri kural olarak farklılık göstermektedir. Bu farklılık, bağımsız normun uygulanma sürecinin her zaman hipotetik kıyas süreci olarak gözlemlenebilmesinden ileri gelmektedir ki bu durum takdir yetkisine dayanan işlem tesis edilmesi sürecini de farklılaştırmaktadır. Buna karşılık kural olarak genel ve soyut norm yaratma sürecinde aynı sürecin işlediği söylenemez. Bu doğrultuda açıklamalarımıza öncelikle bağımlı-bağımsız norm ayrımını ortaya koyarak başlıyoruz.

³⁶⁷ Bkz. s.89 vd.

³⁶⁸ S. Keyman, “**Hukuka Giriş Ve Metodoloji**”, Doruk Yayınları, Ankara, 1981, s.43

1. BAĞIMLI-BAĞIMSIZ NORM AYRIMI

Normlar aralarındaki bağlantı bakımından “bağımlı-bağımsız normlar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Burada normların aralarındaki bağlantı ile kastedilen normlar hiyerarşisinde normların birbirlerine karşı üstlendikleri işlevlerdir. Kanaatimizce bu ayrımın özünü genel ve soyut bir normdan doğrudan birel norm yaratılıp yaratılmayacağı oluşturmaktadır. Zira bağımsız normlar konusu yapmak ya da yapmamak olan davranış kuralıyla hukuki sonuç/yaptırımdan oluşan asıl hukuk normları olarak tanımlanmaktadır³⁶⁹. Dolayısıyla bağımsız normların asıl normlar olmaları ile kastedilen söz konusu normlardan doğrudan, tek başlarına birel normlar yaratılabilmesidir.

Bağımsız normlar tam ve tam olmayan (eksik) norm ve açık norm olmak üzere üçe ayrılmaktadır³⁷⁰. Bu ayrımın temelinde normun içerdiği davranış koşuluyla, bu davranışın gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak hukuki sonuç/yaptırımın normda belirlenip belirlenmediği yatmaktadır. Bu çerçevede “tam (bağımsız) norm”, davranış koşulu ile hukuki sonuç/yaptırımı birlikte; tek bir maddede içeren normlardır³⁷¹. Örneğin 765 sayılı mülga TCK m.448’deki “*Her kim, bir kimseyi kasten öldürürse 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur*” hükmü, davranış koşulu (hukuki olay) ve hukuki sonuç(yaptırımı) birlikte barındıran tam normdur³⁷². Bağımsız normların diğer türünü oluşturan “eksik norm”lar ise, davranış koşulu (hukuki olay) ve hukuki sonuç(yaptırım) unsurlarından yalnız birini içeren normlardır³⁷³. Eksik normun düzenledikleri unsurlar farklı yasa normlarında yer almaktadır³⁷⁴. Dolayısıyla normun uygulanması açısından eksik normlar ile tam normlar arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Açık norm ise,

³⁶⁹ Z.Hafizoğulları, 1996, s.278; Y.Işıқтаç, 2004, s.125; Y.Işıқтаç, S.Metin, 2003, s.153

³⁷⁰ Y.Işıқтаç, 2004, s.125;

³⁷¹ Z.Hafizoğulları, 1996, s.278; Y.Işıқтаç, 2004, s.125

³⁷² Z.Hafizoğulları, 1996, s.279

³⁷³ Z.Hafizoğulları, 1996, s.279; Eksik normlar hakkında ayrıca bkz. T.Katoğlu, “Özel Kanunlar Bakımından Yaygın Bir Uygulama: Eksik Ceza Normu”, Norm Koyma ve Hüküm Verme, **Ankara Hukuk Toplantıları**, 17-18 Nisan 2009, s.265 vd.

³⁷⁴ T.Katoğlu, 2009, s.267

davranış koşulu ve hukuki sonuçtan birinin herhangi bir normda öngörülmediği, sebep-sonuç ilişkisinin açık bırakıldığı normlardır³⁷⁵. Bu bağlamda, 657 sayılı DMK m.76'da yer alan “Kurumlar görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları...naklen atayabilirler” hükmü açık norma örnek olarak verilebilir. Zira idari işlemin sebep unsuru normda düzenlenmemiştir.

Görüldüğü üzere ister eksik veya tam ister açık norm biçiminde ifade edilmiş olsun bağımsız normlar her zaman hipotetik normlar olmaktadır. Zira bağımsız normların davranış koşullarını ve hukuki sonucu içermeleri bunların hipotetik norm olarak düzenlenişlerini zorunlu kılmaktadır. Esasen yasa türünden normların uygulanarak hukuk dünyasında sonuç doğuran irade açıklaması yapılması bağımsız normların dolayısıyla da hipotetik normların uygulanmasından başka bir şey değildir.

Bağımlı normlar, doğrudan birel(somut ve özel) norm yaratamayan normlardır. Bu bağlamda bağımlı normların varlık nedeni birel norm yaratabilen bağımsız normlar olmaktadır³⁷⁶. Bu noktada bir tanım vermek gerekirse “bağımlı normlar”, diğer normların -ki bu normlar temelde bağımsız normlar olmaktadır- kapsam ve sınırlarını, gerçekleşeceği koşulları belirleyen normlardır. Esasen bu tanım öğretideki tanımdan sapma anlamına gelmektedir. Zira öğretilerde bağımlı normlar salt bağımsız normların koşullarını saptayan normlar olarak tanımlanmışlardır³⁷⁷. Anayasa normlarının bağımlı norm olabileceği karşısında bu tanım anlamını kaybetmektedir. Zira anayasa normlarına dayanılarak yaratılan yasa türünden normlar hem bağımsız hem bağımlı normları içermektedir.

Bağımlı normlarla ilgili daha detaylı açıklamalara geçmeden önce şu noktanın önemle altını çizmek gerekir. Uygulanan üst normun bağımlı ya da bağımsız norm olma niteliği bu normdan hareketle yaratılan alt normun niteliğine göre değişmektedir. Zira bu sınıflandırma daha önce de ifade edildiği üzere normların

³⁷⁵ Z.Hafizoğulları, 1996, s.281;

³⁷⁶ Z.Hafizoğulları, 1996, s.278; Y. Işıktaç, 2004, s.125; K.Gözler, “Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu”, Ekin Yayınevi, Bursa, 1999, s.55

³⁷⁷ Z.Hafizoğulları, 1996, s.273; Y.Işıktaç, 2004, s.127

birbirlerine karşı üstlendikleri işleve göre yapılmaktadır. Bu doğrultuda normun niteliğiyle kastımız yaratılan alt kademe normunun genel ve soyut nitelikli mi yoksa özel ve somut nitelikli mi olduğudur. Buna göre uygulanacak üst norm (genel ve soyut norm) doğrudan birel norm yaratılabilen bir norm olabilir. Dolayısıyla normlar hiyerarşisinde bu genel ve soyut üst norm, yaratılan birel norm bakımından “bağımsız norm” olacaktır. Buna karşılık, aynı genel ve soyut üst normun uygulanarak yeni bir genel ve soyut norm yaratılması durumunda bu kez aynı üst norm alttaki norma göre “bağımlı norm” olacaktır. Dolayısıyla bir normun bağımlı ya da bağımsız norm olma niteliği bu normdan yaratılan alt normla olan ilişkisine göre değişebilmektedir.

Bağımlı normların atıf normları, tanım normları, tanıma normları, yorum normları gibi alt türleri bulunmaktadır³⁷⁸. Söz konusu norm türlerinin tamamı birel normu yaratabilecek bağımsız normun kapsam ve koşullarını belirlemeye yöneliktir. Bu türlerden çalışmamız bakımından önem arz edeni “tanıma norm”larıdır. Zira tanıma normları, normlar hiyerarşisi açısından yapılan kademelendirmenin temelini oluşturmaktadır³⁷⁹. Bu çerçevede tanıma normları diğer bağımlı ve bağımsız normların³⁸⁰ özelliklerinden hareketle bunların geçerliliğini saptayan normlar olarak tanımlanmaktadır³⁸¹. Dolayısıyla tanıma normlarının üstlendikleri temel işlev, bu norma dayalı olarak yaratılan normun geçerliliğini belirlemekten ibarettir³⁸². Diğer bir anlatımla ister bağımlı ister bağımsız olsun bir norm, tanıma normunun koyduğu

³⁷⁸ Bağımlı normların türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Y.İşıқтаç, 2004, s.127vd.

³⁷⁹ Y.İşıқтаç, 2004, s.128; Y. İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.154

³⁸⁰ Buna karşılık öğretide tanıma normları “birincil norm-ikincil norm” ayrımı çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Öğretiye göre tanıma normları, birincil normların geçerliliğini saptayan normlardır (Y.İşıқтаç, 2004, s.128; Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003). Birincil normlar belirli bir insan davranışını açıklamaya yönelik normlardır. Buna karşılık ikincil normlar ise, birincil normların hangi biçimde yapılacağını öngören normlardır. Diğer bir anlatımla, ikincil normlar, birincil normların konulması için gerekli yetki normlarıdır (K. Gözler, 1999, s.55). Birincil-ikincil norm ayrımı hakkında detaylı bilgi için bkz. S.Keyman, 1981, s.45 vd.

Bu sınıflandırma ilk bakışta “bağımlı-bağımsız norm” ayrımına paralel gözükmektedir. Ne var ki, ikincil normlarla yaratılan tüm normlar davranış emreden normlar değildir. İkincil normlarla, birincil normların yanı sıra, tanım, yorum, atıf normları gibi başka bağımlı normlar da yaratılabilir. Bu durum da göstermektedir ki ikincil normlar salt birincil normların yaratılması fonksiyonunu üstlenmektedir. Bu nedenle tanımda, tanıma normları birincil normun geçerliliğini saptayan norm biçiminde tanımlanmamıştır.

³⁸¹ S.Keyman, 1981, s.47; Y.İşıқтаç, 2004, s.128; Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.154

³⁸² İbid.

ölçülere, koşullara uygunsu geçerli bir hukuk normudur³⁸³. Bu bağlamda yaratılan normun geçerliliğini belirtmek tanıma normunun öngördüğü geçerlilik şartlarının gerçekleştiğinin, çizdiği kapsam ve sınırlara uygunluğun bulunduğunu saptamaktır³⁸⁴. Bu çerçevede anayasa normları yasa türünden normlara göre bağımlı norm olmaktadır³⁸⁵.

Bağımsız normlarda yer alan hukuki olay ve/veya hukuki sonuç unsurları kural olarak bağımlı normlarda görülmemektedir. Bu çerçevede bağımlı normlar, genellikle kategorik norm olarak ifade edilir. Zira hukuki olay(davranış koşulu) ve hukuki sonuç (yaptırım) içermeme özelliği ancak kategorik normlarda mevcuttur. Söz gelimi tanım normu olan TMK m.11 hükmü kategorik hukuk normudur. Söz konusu norm “*Erginlik 18 yaşının doldurulmasıyla başlar*” biçiminde ifade edilmiş salt özne, yüklem ve kupoladan oluşan bir normdur. Ne var ki, bağımlı normlar arasında ender de olsa hipotetik normlar bulunabilmektedir. İleride gösterileceği üzere bu tespit takdir yetkisinin varlığının saptanması bakımından belirleyicidir³⁸⁶.

2. İDARİ İŞLEM TESİSİ BAKIMINDAN BAĞIMLI-BAĞIMSIZ NORMLAR

Bağımsız normları uygulamanın somut ve özel norm³⁸⁷ yaratmak; buna karşın genel ve soyut norm yaratmanın bağımlı normu (tanıma normunu) uygulamak olduğu, bu çerçevede norm yaratma süreçlerinin kural olarak farklılaştığı, bu

³⁸³ S.Keyman, 1981, s.47

³⁸⁴ İbid.

³⁸⁵ K.Gözler, 1999, s.56; Y.İşıқтаç, 2004, s.128; Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.154. Esasen öğretilde anayasa normlarından yasama usulünü ve organını düzenleyen normların bağımlı norm olduğu belirtilmektedir (Bkz. K.Gözler, 1999, s.56; Y.İşıқтаç, 2004, s.128; Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.154) Bu durumun kabulü anayasa normları içerisinde bağımsız normların da bulunduğu anlamına gelecektir. Gerçekten de anayasalarda salt somut ve özel norm yaratmaya yönelik bağımsız normlara da rastlanılmaktadır. Bu duruma AY m.111’de yer alan başbakanın görev sırasında güvenoyu talebini düzenleyen hükmü örnek olarak verilebilir. Zira anılan madde, “*Başbakan, gerekli görürse, Bakanlar Kurulunda görüşükten sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisinden güven isteyebilir*” biçiminde olup davranış koşulu ve hukuki sonuç içeren somut ve özel norm yaratmaya yönelik bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

³⁸⁶ Bkz.s.115 vd.

³⁸⁷ Bundan sonra “somut ve özel norm” tabiri yerine daha kısa olan “bireysel norm” tabiri kullanılacaktır.

farklılaşmanın takdir yetkisinin konumu ve yargısal denetimi bakımından da belirleyici olduğu dikkate alınarak konu önce bireysel ardından düzenleyici işlemler bakımından analiz edilecektir. Aşağıda konu öncelikle birel norm yaratma süreci bakımından ele alınmıştır.

a. Birel İdari İşlem Tesisinin Bağımsız Normu (Yasayı) Uygulama Anlamı Taşınması

aa. Genel Çerçeve

Daha önce de ifade edildiği üzere, birel norm yaratmak somut ve özel durumlara ilişkin karar almak, yasa ve düzenleyici işlem türünden normların uygulanması anlamına gelmektedir. Bu çerçevede birel idari işlemler, yasa veya düzenleyici işlem türünden bir normun uygulanmasıdır. İşte bu kapsamda yaratılan birel normlar, bağımsız normda öngörülen hukuki olay (davranış koşulu)-hukuki sonuç(yaptırım) bağlantısının somut olayda gerçekleştiğini saptamaktan öte bir anlam taşımamaktadır. Zira hukuk dünyasında değişiklik meydana getirecek hangi irade beyanında bulunulacağına saptanması genel ve soyut normda öngörülen ilişkinin somut olayda gerçekleşmesine bağlı olmaktadır. Dolayısıyla üst normu uygulayarak birel bir norm yaratmak esas olarak bağımsız normun uygulanması anlamına gelmektedir ki bu uygunluğun sağlanması aynı zamanda bağımsız norma aykırı olmamayı da içermektedir³⁸⁸.

Birel norm yaratmanın bağımsız normun uygulanması anlamı taşınması takdir yetkisinin varlığı ve sınırları bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bir kere birel işlem tesisinde idarenin takdir yetkisi ile donatılıp donatılmadığının tespiti bağımsız normun eksik- tam norm olarak mı yoksa açık norm olarak mı

³⁸⁸ Hiç şüphesiz bireysel idari işlemin hukuka (üst norma) uygun olabilmesi, açıklanan iradenin salt hukuki olay-hukuki sonuç bağlantısına uygun olmasını kapsamamaktadır. Bu bağlamda yaratılacak bireysel norm, uygulanan bağımsız normun kapsam ve koşullarını belirleyen tanım, yorum vs. gibi bağımlı normlara da uygun olmalıdır. İleride daha detaylı ele alınacak olmakla birlikte buraya kadarki açıklamalarımızı idari işlemin unsurları açısından somutlaştıracak olursak şu belirlemeyi yapabiliriz: Bireysel norm yaratmak idari işlemin sebep-konu unsurlarına ilişkin olmaktadır. Ancak tesis edilen bireysel işlemin hukuka uygunluğu söz konusu unsurları kapsayan bağımsız normlara uygunluğun yanında idari işlemin diğer unsurları açısından da yasaya uygun olmayı gerektirmektedir.

düzenlendiğiyle ilintilidir. Bu konunun detaylarına ileride³⁸⁹ tekrar girilecek olmakla birlikte bu noktada bağımsız normun tam-eksik norm niteliği taşıdığı durumlarda idarenin bağlı yetki taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Açık normlar açısından ise konu daha griftir³⁹⁰.

Diğer taraftan birel norm yaratılmasının bağımsız normun uygulanması anlamına gelmesi takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesi bakımından da belirleyicidir. Bu doğrultuda hatırlanacak olursa, bağımsız normların hukuki olay-hukuki sonuç unsurlarını barındırması bunların hipotetik norm olduğu anlamına gelmektedir. Hipotetik normların davranış koşulunu içermediği durumlarda, bu unsurun saptanması bağımsız normun amaç unsuruna göre belirlenecektir. Normun amacının saptanması ise daha önce de açıklandığı üzere bir yorum problemini de beraberinde getirecektir.

Bağımsız normların aynı zamanda hipotetik norm oluşu bu normlardan birel norm yaratma sürecinin hipotetik kıyas süreci olması sonucunu doğurmaktadır. Hipotetik kıyas süreci hukuk metodolojisinde subsumsiyon(altlama) olarak adlandırılmaktadır. Aşağıda bu süreç sergilenmeye çalışılacaktır.

ab. Birel İdari İşlem Tesisi- Hipotetik (Koşullu) Kıyas Uygulaması

Yukarıda açıklandığı üzere normlar hiyerarşisi teorisinde birel norm yaratmak bağımsız normu uygulamak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla birel norm yaratmak aynı zamanda hipotetik normu uygulamaktır. Zira bağımsız normlar yapısal olarak her zaman hipotetik normlardır. Hipotetik normların “hukuki olay/davranış koşulu” ve “hukuki sonuç/müeyyide” unsurları uygulanacak normlarda genel ve soyut olarak öngörülmektedir. İşte bu genel ve soyut tipten birel norm yaratma süreci hukuk normlarının mantıksal uygulamasından başka bir şey değildir. Daha açık bir anlatımla bu süreç bir “hipotetik kıyas” sürecidir.

³⁸⁹ Bkz. s.119 vd.

³⁹⁰ Bkz. s.124 vd.

Bilindiği üzere kıyas, verilmiş önermelerden sonuç çıkarma işlemidir³⁹¹. Kıyasta iki başlangıç ve bir sonuç olmak üzere üç önerme bulunur. Bu hükümlerden büyük terimi³⁹² içeren “büyük önerme”, küçük terimi³⁹³ içeren “küçük önerme” ve bu önermelerin kabulüyle zorunlu olarak çıkan üçüncü önerme de “sonuç/vargı” olarak adlandırılır³⁹⁴. Bu çerçevede mantıkta hipotetik kıyas “kategorik olmayan kıyas” türlerinden birini oluşturmaktadır. Bu ayrımın temelinde büyük ve küçük önerme ve sonuç önermelerinin tümünün kategorik(basit) önermelerden oluşup oluşmadığı yatmaktadır³⁹⁵. Eğer tüm önermeler kategorik(basit) önermeler ise kategorik; öncüllerden en az biri veya hem öncüller hem sonuç bileşik önermelerden oluşuyorsa “kategorik olmayan kıyas” söz konusudur³⁹⁶. Bu bağlamda kategorik olmayan kıyasın dayandığı bileşik önermeler “hipotetik” ve “disjunktif” önermelerdir³⁹⁷. Başka bir anlatımla kategorik olmayan kıyasta büyük önermeler ya hipotetik ya da disjunktif önerme olmaktadır. Bu noktada bir hatırlatma yapmak gerekirse hipotetik önermeler “ise” eklemiyle, disjunktif önermeler ise “veya” eklemiyle birleşen kategorik önermelerdir³⁹⁸. Bu kapsamda söz konusu bileşik önermelerde “ise/veya” eklemlerinden önce gelen önerme “önbileşen”, eklemlerden sonra gelen önerme ise “ardbileşen” adını almaktadır³⁹⁹. Disjunktif önermeler idare(vergi) hukuku normlarında bulunmadığından disjunktif kıyas burada ele alınmayacaktır⁴⁰⁰.

³⁹¹ D.Özlem, 1990, s.150

³⁹² Büyük terim kapsamı en geniş olan terimdir. Örneğin “Bütün insanlar ölümlüdür” önermesinde “ölümlü olmak” büyük terimi oluşturur(Bkz. D. Özlem,1990, s.61 vd.).

³⁹³ Küçük terim kaplamı en dar olan terimdir. Örneğin, “Sokrates insandır” önermesinde “Sokrates” küçük terimi oluşturur (Bkz. D.Özlem, 1990, s.61 vd.).

³⁹⁴ D.Özlem, 1990, s.150

³⁹⁵ D.Özlem, 1990, s.150; Y. Işıқтаç, S. Metin, 2003, s.133; Y.Işıқтаç, 2004, s.107

³⁹⁶ Y.Işıқтаç, S.Metin, 2003, s.133; D.Özlem, 1990, s.150; Y.Işıқтаç, 2004, s.109

³⁹⁷ D.Özlem, 1990, s.165

³⁹⁸ D.Özlem, 1990, s.165-166

³⁹⁹ D.Özlem, 1990, s.165

⁴⁰⁰ Disjunktif tasım hakkında bkz. Y.Işıқтаç, 2004, s.111

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hipotetik(koşullu) kıyas, büyük önermesi hipotetik önerme olan tasımdır⁴⁰¹. Diğer bir anlatımla, hipotetik kıyas, büyük önermesini oluşturan önermeler “ise” eklemiyle bağlanan önermelerden hareketle yapılan kıyastır⁴⁰². Söz konusu tasım türünde ikinci önerme kategorik önerme olup hipotetik önermenin önbileşenini veya ardbileşenini olumlama veya değilleme(olumsuzlama) fonksiyonu görür⁴⁰³. Bu kıyas türünün sonuç önermesinde de ikinci öncüle bağlı olarak büyük önermenin bileşenlerinden biri evetlenir veya değillenir⁴⁰⁴. Bu özelliklerden hareketle dört tür hipotetik tasım bulunmaktadır⁴⁰⁵. Birel idari işlem tesis etmek (norm yaratmak) bu tasım türlerinden “önbileşenin evetlenmesi/modus ponens” sürecine göre işlemektedir. Hipotetik kıyasın bu türünde büyük önermenin önbileşeni ikinci öncülde evetlenir⁴⁰⁶. Buradan hareketle de sonuç kısmında büyük önermenin artbileşeni zorunlu olarak çıkar⁴⁰⁷.

Bu süreci aşağıdaki örnekle daha açık hale getirebiliriz.

Büyük Önerme⁴⁰⁸: Şimşek çakıyor (ise) gök gürler.

Küçük Önerme⁴⁰⁹: Şimşek çakıyor.

Sonuç : O halde, gök gürler⁴¹⁰.

Örnekte, kıyasın yapılacağı büyük önerme hipotetik önermedir. Zira “ise” eklemiyle bağlanmış koşullu bir önermedir. Bu bağlamda önermedeki, “şimşek

⁴⁰¹ D.Özlem, 1990, s.166

⁴⁰² Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.138

⁴⁰³ D.Özlem, 1990, s.166; Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.138

⁴⁰⁴ D. Özlem, 1990, s.166; Y. İşıқтаç, S. Metin, 2003, s.138

⁴⁰⁵ D. Özlem, 1990, s.166 vd. Hipotetik tasımın alt türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. D. Özlem, 1990, s.166 vd.

⁴⁰⁶ D. Özlem, 1990, s.166; Y. İşıқтаç, S. Metin, 2003, s.138

⁴⁰⁷ Y. İşıқтаç, S. Metin, 2003, s.138

⁴⁰⁸ Bundan sonra “B.Ö” biçiminde anılacaktır.

⁴⁰⁹ Bundan sonra “K.Ö” biçiminde anılacaktır.

⁴¹⁰ D. Özlem, 1990, s.167

çakıyorsa” önbileşeni, “gök gürleri” ise artbileşeni oluşturmaktadır. Örnekte küçük önermede şimşegin çaktığı belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle “önbileşen” evetlenmektedir. Bu nedenle kıyasın ikinci önermesinde zorunlu olarak büyük önermenin artbileşeni gerçekleşmektedir. İşte bu kıyas süreci “modus ponens” olarak ifade edilen hipotetik kıyas türü olup, birel norm yaratmak da bu sürece göre işlemektedir.

ac. Hukuk Metodolojisinde Hipotetik Kıyas- (Subsumsiyon) Süreci

Bağımsız bir normun uygulanarak birel norm yaratılması süreci hukukta “subsumsiyon/atılama⁴¹¹” olarak ifade edilmektedir.⁴¹² Subsumsiyon, normda öngörülen soyut hukuki olay/davranış koşuluna somut olayın sokulması faaliyetidir⁴¹³. Dolayısıyla bu süreç genel ve soyut normdan hareketle özel ve somut duruma ilişkin çözüm bulma faaliyetidir⁴¹⁴. Bu noktada terminolojik bir karışıklığa yol açmamak için “subsumsiyon” ile “tipiklik” kavramlarının eş anlamlı olduğunu belirtmek isteriz. Zira öğretilerde tipiklik, somut maddi olayın (küçük önerme) soyut hukuk normuna (büyük önerme) uygun olması olarak tanımlanmaktadır⁴¹⁵. Dolayısıyla tipiklik, subsumsiyonla aynı sürece denk gelmektedir⁴¹⁶.

⁴¹¹ “Atılama” kavramı ARAL tarafından kullanılmaktadır(Bkz. V. Aral, 2001, s.105).

⁴¹² V. Aral, 2001, s.105

⁴¹³ Y. Işıktaç, 2004, s.105; V. Aral, 2001, s.180; Y. Işıktaç, S. Metin, 2003, s.133

⁴¹⁴ A. Güriz ,2007, s.33

⁴¹⁵ M. Öncel, A. Kumrulu, N. Çağan, **Vergi Hukuku**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.31

⁴¹⁶ Bununla birlikte, hukuki sonucun doğabilmesi açısından soyut tipik fiilin içermesi gereken zorunlu unsurların nelerden ibaret olduğunun ceza hukukunda tartışmalı bir konu olduğunu belirtmek isteriz. Bu bağlamda ceza hukukunda tipikliği, suçun maddi unsurları ile sınırlandıran görüşlerin (dar anlamda tipiklik) yanı sıra cezalandırmanın zorunlu tüm şartlarını kapsadığını belirten görüş (geniş anlamda tipiklik) de bulunmaktadır (S. Keyman, “Tipiklik Ve Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, C:37, S:1-4, 1980, s.71). Ceza hukukundaki dar ve geniş anlamda tipiklik hakkında bkz. S. Keyman, 1980, s.72 vd.)

Buradan hareketle idare ve vergi hukukunda büyük önermenin noksansız kurulmasını “geniş anlamda tipiklik” olarak da ifade edebiliriz. Buna karşılık salt kanuni olay-hukuki sonuç bağlantısının incelenmesini “dar anlamda tipiklik” olarak ifade edebiliriz. Büyük önermenin dar anlamda tipikliğe ulaşılacak şekilde kurulabilmesi için mutlaka diğer unsurlara uygunluğun sağlanmış olması gerekir. Zira İYUK m.2 uyarınca idari işlemlerin hukuka uygun olabilmesi için idari işlemin beş unsurunun da hukuka uygun olması gerekir. Bu anlamda idare ve vergi hukukunda tüm unsurlar bağlamında ortaya çıkan tipikliğe geniş anlamda tipiklik denilebilir. İdari işlemin sebep-konu unsurları arasındaki

Yukarıda açıklanan subsumsiyon süreci hipotetik kıyas uygulamasından başka bir şey değildir⁴¹⁷. Zira daha öncede ifade edildiği üzere birel norm yaratmak bağımsız normun uygulanması anlamına gelmekte; bağımsız normlar da hipotetik norm olarak düzenlenmektedir. Bu çerçevede hipotetik kıyası somut hukuki sonuç çıkarılması faaliyetine aktardığımızda uygulanacak hipotetik özellikli büyük önerme hukuk normuna, bu önermenin önbileşenini olumluyan küçük önerme gerçekleşen somut olaya, her iki önermeden çıkan ve üçüncü önermeyi oluşturan vargı(sonuç/hüküm) da yaratılan somut ve özel norma karşılık gelmektedir⁴¹⁸. Dolayısıyla subsumsiyonda sonuç kısmı gerçeklikle ilgili bir olayın büyük önermedeki normatif beyana özgülenmesidir⁴¹⁹. Bunun anlamı sonuç kısmının da aslında normatif bir beyan niteliği taşıdığıdır. Bu saptama normlar hiyerarşisi teorisinin idari işlem ve mahkeme kararlarını olması gerekene yönelik normatif beyanlar olarak gören yaklaşımını doğrulamaktadır. Diğer bir anlatımla idari işlem ve yargı kararları da somut ve özel nitelikli normlardır. Birel idari işlem tesis etme (norm yaratma) sürecini 6183 sayılı AATHUK m.13'de düzenlenen ihtiyati haciz işlemlerinden hareketle şu şekilde gösterebiliriz.

B.Ö: Borçlu kaçmış _____ (ise), ihtiyati haciz tatbik olunur.

(önbileşen=Hukuki olay/davranış koşulu) (artbileşen=hukuki sonuç)

K.Ö: Boçlu kaçmıştır.

(önbileşen=Hukuki olay/davranış koşulunun evetlenmesi)

bağlantıdan hareketle bu unsurların hukuka uygunluğu ise dar anlamda tipiklidir. Esasen takdir yetkisi ve bağlı yetki dar anlamda tipiklikle ilgilidir.

⁴¹⁷ A.Güriz ,2007, s.32; Y.İşıқтаç, 2004, s.105; Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s.133-5

⁴¹⁸ Y.İşıқтаç, S.Metin, 2003, s. 135; V.Aral, 2001, s.180., A.Güriz, 2007, s.34. Hukuki muhakemede yapılan tasım doğa alanındaki tasımdan farklılık gösterir. Doğa alanındaki tasımda büyük ve küçük önermeden hareketle varılan sonuç gerçeklikle ilgili olmalı başka bir anlatımla doğru-yanlış kriterine bağlı olmalıdır. Buna karşılık hukuki tasımda büyük önerme yani hukuk normu normatif bir beyandan oluşur. Buna karşılık küçük önerme ise gerçeklik ile ilgili bir saptamadır (A.Güriz, 2007, s.34)

⁴¹⁹ A.Güriz, 2007, s.34

Sonuç: O Halde, ihtiyati haciz tatbik olunur.

Görüldüğü üzere, örnekte tek başına birel norm yaratma niteliği nedeniyle bağımsız norm konumunda olan AATHUK m.13/4 hükmünden somut hukuki sonuç çıkarılmaktadır. Bu bağlamda bağımsız normlar, “hukuki olay/davranış koşulu” ve “hukuki sonuç” unsurlarının koşul bildiren “ise” eklemiyle bağlanmasından oluşan hipotetik normlardır. Dolayısıyla subsumsiyon, hipotetik kıyasta büyük önerme konumundaki bağımsız hukuk normunun soyut önbileşenin(hukuki olay/davranış koşulu), yaşamda gerçekleştiğinin tespitiyle olmaktadır. Başka bir anlatımla küçük önerme konumundaki gerçekleşen olay, bağımsız normdaki hukuki olay/davranış koşulunun gerçekleştiğini evetlemekte veya değillemektedir. Bağımsız normdaki soyut hukuki olay/davranış koşulunun yaşamda gerçekleştiği evetlenlediğinde de, bağımsız normdaki soyut hukuki sonuç somut ve özel durum için çıkarılmış olur. Başka bir anlatımla bağımsız normdan birel norm(işlem) yaratılmış olmaktadır.

Sonuç olarak genel ve soyut normdan birel norm yaratmak temelde normun hukuki olay-hukuki sonuç bağlantısının somut olayda gerçekleştiğini saptamakla ilgilidir. Ne var ki, daha önce de açıklandığı üzere tüm bağımsız normlarda hukuki olay/davranış koşulu unsuru soyut olarak düzenlenmemiştir. Bu durumun takdir yetkisinin varlığına etkisi ileride⁴²⁰ analiz edilecektir.

ad. İdari İşlemin Unsurları Bakımından İrdeleme

Daha önce de ifade edildiği üzere idari işlemin unsurları yasada soyut olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda bağımsız normlar her zaman yapısal olarak hipotetik (koşullu) norm olduklarına göre söz konusu normların unsurlarının idari işlemin unsurları bakımından arz ettiği görünümün sergilenmesinde herhangi bir güçlkle karşılaşmamaktadır. Buna göre bağımsız normun davranış koşulu/hukuki olay unsuru idari işlemin yasada düzenlenen “sebepl” unsuruna karşılık gelmektedir. Buna karşılık, bağımsız normun hukuki sonuç unsuruydu idari işlemin yasada öngörülen “konu” unsuruna karşılık gelmektedir. Dikkat edilecek olursa bağımsız normun

⁴²⁰ Bkz. s.119 vd.

unsurları idari işlemin sebep-konu unsurlarının kendisi değildir. Bağımsız normun unsurları sadece idari işlemin sebep-konu unsurlarının soyut tip olarak ifade edilmiş halidir. Bu nedenle “davranış koşulu=sebeup unsurup” veya “hukuki sonuç=konu unsurup” biçiminde bir belirleme yapılmamıştır. Aksine idari işlemin sebep-konu unsurlarının bağımsız normdaki soyut tipin uygulanması anlamına geldiği ifade edilmeye çalışılmıştır. Burada idari işlemin sebep-konu unsurlarıyla bağımsız normun davranış koşulu-hukuki sonuç bağlantısı arasında terminolojik bir karşıklığa yol açmamak için bağımsız normun davranış koşulu unsurunu “soyut sebep” unsurup; hukuki sonuç unsurup ise “soyut konu” unsurup olarak ifade edilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, birel idari işlem tesis etmek yasada (bağımsız normda) soyut olarak öngörülen sebep-konu unsurları arasındaki bağlantının yaşamda gerçekleştiğini tespit etmekten başka bir anlam taşımamaktadır. Buraya kadarki açıklamalarımızı bir örnek üzerinden sergilemeye çalışacak olursak;

B.Ö: Borçlu kaçmış _____ (ise), ihtiyati haciz tatbik olunur.

(Hukuki olay/davranış koşulu= ”soyut sebep”) (hukuki sonuç= “soyut konu”)

K.Ö: Boçlu A, kaçmıştır. (İdari İşlemin sebep unsurup)

(soyut “sebeup” unsurunun evetlenmesi)

Sonuç(Tesis edilen Birel İdari İşlem): O Halde, ihtiyati haciz tatbik olunur.

Görüldüğü üzere bağımsız normdan birel idari işlem tesis etmek, soyut sebep-konu unsurlarına göre işleyen bir süreçtir. Buna göre bağımsız normlarda söz konusu unsurlar “ise” eklemiyle birbirine bağlanmaktadır. Bu unsurların “ise” eklemiyle bağlanması başka bir anlatımla koşulluluk içermesi bunlar arasında bir nedensellik

bağı olduğunu göstermektedir. Öğretide sebep-konu unurları arasında nedensellik bağı olduğunu ifade eden açıklamalar da bu noktada anlam kazanmaktadır⁴²¹.

Diğer taraftan burada soyut sebep unsurunun içeriğinden de bahsetmek gerekir. Bilindiği üzere sebep unsuru yasalarda soyut olarak üç tipte düzenlenmiş olabilir. İlk olasılık sebep unsurunun yasalarda açıkça düzenlenmiş olması halidir⁴²². Yukarıda sergilenen örnekte⁴²³ ihtiyati haciz işleminin sebep unsuru soyut olarak “*borçlunun belirli bir ikametgâhının bulunmaması*” biçiminde açıkça düzenlenmiştir. İdari işlemlerin sebep unsuru “kamu düzeni, milli güvenlik, görülen lüzum” gibi “belirsiz kavramlar” kullanılarak da yasalarda düzenlenmiş olabilir⁴²⁴. Örneğin, 6183 sayılı AATUHK m.48’de⁴²⁵ düzenlenen tecil işleminin soyut sebep unsuru amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veya haczolunmuş malların paraya çevrilmesinin amme borçlusunu “çok zor duruma düşürmesi” olarak düzenlenmiştir. Anılan hükümde tecil işleminin sebep unsuru olan amme borçlusunu “*çok zor duruma düşürme*” belirsiz kavramla sebep unsurunun öngörüldüğü durumlara örnek teşkil etmektedir. Sebep unsurunun yasalarda düzenlenmesi ile ilgili karşılaşılabilecek son olasılık, idari işlemin sebebinin yasalarda belirtilmemiş olması halidir⁴²⁶. Bu olasılığa örnek olarak 657 sayılı DMK m.76 hükmü verilebilir. Söz konusu hükme göre, “*Kurumlar görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak*

⁴²¹ M.Günday, 2003, s.145; K.Gözler, 2003, C:1, s.811. Buna karşılık açık normlarda soyut sebep normda öngörülmediğinden soyut sebep-konu unsurları arasındaki nedensellik bağı normda gözlemlenememektedir. Bu konuda bkz.s.124 vd.

⁴²² S.S.Onar, 1966, s.293; Ş. Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 222; K.Gözler, 2003, C:1, s.771; M.Günday, 2003, s.140

⁴²³ 6183 sayılı AATUHK m.13:

“İhtiyati haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunur.

1. 9’uncu madde gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcut ise,

2. Borçlunun belli ikametgahı yoksa...”

⁴²⁴ Ş. Gözübüyük, 2004, s. 223; K. Gözler, 2003, C:1, s.771; M.Günday, 2003, s.140

⁴²⁵ 6183 sayılı AATUHK m.48/1: “Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczolunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; **(5766 sayılı Kanunun 6 ncı maddesiyle değişen ibare, Yürürlük: 01.07.2008)** amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir”.

⁴²⁶ Ş.Gözübüyük, 2004, s. 223; K.Gözler, 2003, C:1, s.774; M.Günday, 2003, s.142

aylık dereceleriyle memurları... kurum içinde veya başka yerlerdeki diğer kadrolara nakle atayabilirler”⁴²⁷. Görüldüğü üzere örnek normda naklen atama işleminin sebep unsuru yasada düzenlenmemiştir.

Soyut konu unsuruna gelince; diğer unsurun aksine bir bağımsız norm her zaman konu unsurunu soyut olarak içerecektir. Dolayısıyla bağımsız normlarda davranış koşulu gerçekleştiğinde hukuk dünyasında sonuç doğuracak karar soyut olarak düzenlenmiş olacaktır. Burada soyut konu unsuru açısından iki seçenek gündeme gelebilir. Bu çerçevede bağımsız normun soyut konu unsuru ya hukuk dünyasında tek bir sonuç doğuran kararın alınmasını öngörmüş olabilir ya da iki veya daha fazla hukuki sonuç doğuran kararın alınabilmesi yetkisini vermiş olabilir. Soyut konu unsurunda alternatifler arasında tercihte bulunmayı ya da sadece belirli bir karar almayı içeren bu durum takdir yetkisi-bağlı yetki ayrımını açıklamakta olup ilerde⁴²⁸ ele alınacaktır.

Subsumsiyon (tipiklik) sürecinde küçük önermeyle idari işlemin sebep unsurunu oluşturur. Bilindiği üzere, idari işlemlerin sebep unsuru, idareyi o işlemi tesis etmeye yönelten fiili⁴²⁹ veya hukuki⁴³⁰ etkenlerdir⁴³¹. Dolayısıyla bu süreçte idari işlemin sebep unsuru yaşamda gerçekleşen olayı ifade etmektedir. Bu bağlamda yukarıdaki örnekte sebep unsuru fiili bir etkendir. Diğer bir ifadeyle, yaşamda gerçekleşen olay borçlu A'nın kaçtığına saptanmasıdır. Bu çerçevede birel idari işlem tesis edilirken yasadaki soyut sebep unsurunun (hukuki olay/davranış koşulunun) yaşamda gerçekleşip gerçekleşmediği saptanmaktadır. Eğer soyut sebep yaşamda gerçekleşmişse yine yasada soyut olarak öngörülen konu unsuruna göre

⁴²⁷ Örnek norm GÜNDAY ve GÖZLER'den alınmıştır (Bkz. M.Günday, 2003, s.142; K.Gözler, 2003, C:1, s.775)

⁴²⁸ Bkz. s.115 vd.

⁴²⁹ Sebep unsurunu oluşturan fiili etkenlere örnek olarak Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu m.8/A'da düzenlenen kumar oynanan umumi veya umuma açık yerleri kapsatılacağı hükmü gösterilebilir. Anılan norm açısından kapatma işleminin sebep unsuru “kumar oynanması” olup, kumar oynanması fiili bir etkendir (M.Günday, 2003, s.139; K.Gözler, 2003, C:1, s.769).

⁴³⁰ Hukuki etkenlere örnek olarak 213 sayılı VUK m.116'daki hata düzeltme işlemi verilebilir. Bu bağlamda söz konusu idari işlemin sebep unsurunu bünyesinde VUK m.116-118'de düzenlenen hatalardan birini barındıran tarh işlemleri oluşturmaktadır. Anılan normdaki tarh işlemi hukuki bir etkendir.

⁴³¹ K.Gözler, 2003, C:1, s.768; M.Günday, 2003, s.138; Ş.Gözübüyük, 2004, s. 222

birel idari işlem tesis edilmektedir. Dolayısıyla, birel idari işlemin konu unsuru bağımsız normun soyut konu unsurunun somut ve özel durumlar için yaşama geçirilmesi olmaktadır. Sonuç olarak birel idari işlem tesis etmek sebep-konu unsurlarına ilişkin bir süreçtir. Bu durum bağımsız normun hipotetik (koşullu) norm olmasının gereğidir.

Şüphesiz tesis edilecek birel idari işlemler yasalardaki soyut yetki, şekil ve amaç unsurlarına da uygun olacaklardır. Ancak bu unsurları soyut olarak düzenleyen yasalar bağımlı normlardır. Dolayısıyla bu normlardan tek başına birel idari işlem tesis etmek mümkün değildir. Birel idari işlem tesis etmenin bağımsız normun soyut sebep-konu unsurları üzerinden işleyen tipiklik(subsumsiyon) süreci olması idarenin takdir yetkisi ve bağıl yetkisinin de idari işlemin sebep-konu unsurları çerçevesinde işleyen bir süreç olduğunu göstermektedir.

b.Düzenleyici İdari İşlem Tesisinin Bağımlı Normun Uygulanması Anlamını Taşımaları

aa. Genel Çerçeve

Normlar hiyerarşisinde yer alan genel ve soyut iki norm arasındaki bağlantının incelenmesi, birel norm yaratma sürecinden çok daha karmaşık bir analiz gerektirmektedir. Bu kapsamda yapılması gereken ilk tespit üst normun (ki bu norm da genel ve soyut bir norm olmaktadır) uygulanarak alt kademedeki genel ve soyut başka bir norm yaratılmasının esasen bağımlı bir normu uygulamak anlamına geldiğidir. Zira bir normun alt kademedeki norma göre bağımsız norm olma niteliği, o normdan doğrudan, tek başına birel norm yaratılmasından ileri gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, bağımsız norm olma durumunda biri genel ve soyut, diğeri somut ve özel iki norm bulunmakta ve bu normlardan birel norm yaratabilen genel ve soyut norm bağımsız norm⁴³² olarak adlandırılmaktadır. Bu bölümdeyse iki genel ve soyut

⁴³² Buna göre yasa türündeki genel ve soyut norm, bu normun uygulanması olan bireysel norm bakımından yorum, tanım, atıf vs. nitelikli bağımlı norm olabileceği gibi bağımsız norm da olabilir; ancak söz konusu yasa buna dayalı olarak tesis edilen düzenleyici işlem bakımından her zaman bağımlı norm olacaktır.

normun birbiriyle ilişkisi incelenmektedir. Bu çerçevede alt kademe genel ve soyut norm yaratan norm, bağımlı norm olarak adlandırılmaktadır.

Bu kapsamda normlar hiyerarşisinde üst kademede yer alan genel ve soyut hukuk normları alttaki genel ve soyut normun kapsam ve sınırlarını, geçerlilik koşullarını belirleyen bağımlı normlar olmaktadır. Buna göre, anayasa normları yasaların, yasalar ise düzenleyici işlemlerin kapsam ve sınırlarının ve geçerlilik şartlarının belirlendiği bağımlı normlardır.

ab. İdari İşlemin Unsurları Bakımından İrdeleme

Düzenleyici işlemlerin unsurları da birel idari işlemlerinki gibi yasalarda soyut olarak öngörülmüştür. Bu doğrultuda aynen birel idari işlemlerde olduğu gibi bu unsurlardan yalnız ikisi düzenleyici işlem yaratılması süreciyle doğrudan ilintilidir. Bu unsurlar “sebebe” ve “konu” unsurlarıdır.

Bilindiği üzere düzenleyici işlemlerin “sebebe unsuru”nu bu normların uyguladıkları yasa oluşturmaktadır⁴³³. Burada yasa düzenleyici işlemin secundum legem/türevsel niteliğini vurgulamaktadır⁴³⁴. Dolayısıyla düzenleyici idari işlemin ön koşulu o idari faaliyeti düzenleyen yasa türünden bir normun varlığıdır. Bu anlamda “yasa” düzenleyici işlemin soyut sebebe unsuru değildir. Diğer bir deyişle kural olarak düzenleyici idari işlem tesisinde birel idari işlemlerde olduğu gibi soyut bir davranış koşulu öngörülmemiştir. Burada yasanın fonksiyonu düzenleme yetkisinin kullanımının koşulunu oluşturmasıdır. Bu nedenle de yasa türünden normlar tüm düzenleyici işlemlere göre bağımlı norm olmakta ve işlemin sebebe unsurunu oluşturmaktadır.

Öte yandan düzenleyici işlem tesisinde yasa aynı zamanda soyut planda düzenleyici işlemin sınırlarını da çizecektir. Dolayısıyla yasalar düzenleyici idari

⁴³³ S.S.Onar, 1966, C:1, s.381; M.Günday, 2003, s.101; K.Gözler, 2003, C:1, s.1102. Şüphesiz AY m.124 gereği yönetmelik bakımından yapılacak bir analizde sebebe unsuruna kanunun yanında tüzük de eklenecektir (M.Günday, 2003, s.105; K.Gözler, 2003, C:1, s.1117).

⁴³⁴ K.Gözler, 2003, C:1, s.1117; M.Günday, 2003, s.105

işlemlerin soyut konu unsurunu oluşturmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse düzenleyici işlemlerin konu unsuru yasanın uygulanmasıdır⁴³⁵. Bu çerçevede düzenleyici idari işlem tesis edilmesi yasanın sınırları içinde göreceli olarak daha somut bir norm yaratılması anlamına gelecektir. Buraya kadarki açıklamalarımız düzenleyici işlem tesisinin türev düzenleme yetkisine dayandığı tüm durumlar için geçerlidir.

Bununla birlikte, bazı yasalar düzenleme yetkisinin kullanımına ilişkin soyut sebep unsurunu/davranış koşulunu da barındırmaktadır. Dolayısıyla bu tür yasalar, düzenleme yetkisinin kullanmanın koşulunu oluşturmanın yanı sıra soyut sebep unsurunu da içereceklerdir. Bu doğrultuda düzenleyici idari işlem tesis sürecinde sebep unsurunun anlamının bağımlı normun (yasanın) önerme olarak içerdiği yapıya göre değişebildiği söylenebilir. Bu bağlamda söz konusu anlam farklılığının temelinde bağımlı normun hipotetik norm olarak ifade edilip edilmediği yatmaktadır. Bu çerçevede pozitif hukukta istisnai olmakla birlikte bazı bağımlı normlardan düzenleyici işlem tesis etmek tipiklik (subsumsiyon) sürecine bağlanmıştır. Bu tür bağımlı normların fonksiyonu alt kademedeki başka bağımlı normlar yaratılmasıdır. Başka bir anlatımla bu tür bağımlı normlar idareye açıkça düzenleyici idari işlem tesis etme yetkisi vermektedir. Vergi hukukunda AY m.73/4 hükmü nedeniyle sıklıkla karşılan bu tür normlara KDVK m.28'i örnek olarak verilebiliriz.

B.Ö (3065 sayılı KDVK m.28/1): “(3505 sayılı Kanununun 23'üncü maddesiyle değişen madde) “... Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, % 1'e kadar indirmeye, bu oranlar dahilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir”.(hukuki sonuç: soyut konu unsur)⁴³⁶

K.Ö: x sebebi gerçekleşmiştir.

⁴³⁵ S.S.Onar, 1966, C:1, s.383 vd.; K.Gözler, 2003, C:1, s.1102 vd.

⁴³⁶ Örnek normda soyut sebep unsuru düzenlenmemiştir.

Sonuç(Tesis Edilen Düzenleyici İşlem): O halde, KDV oranı %2(%3, %4...%40) olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere örnek normda idareye açıkça düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu bağlamda, yasanın düzenleyici işleme göre konumu “bağımlı norm”dur. Zira bu yasa hükmünden tek başına birel bir idari işlem tesis etmek mümkün değildir. Bununla birlikte, söz konusu norm yapısal olarak hipotetik(koşullu) norm olarak öngörüldüğünden bağımsız normlarda olduğu gibi en azından soyut konu unsuru gözlemlenebilmektedir. Dolayısıyla idareye düzenleme yetkisi hipotetik bir bağımlı normla verildiğinde; düzenleyici idari işlem tesis etme süreci birel idari işlem tesis etmekle aynıdır. Bunun anlamı söz konusu sürecin de bir tipiklik (subsumsiyon) süreci çerçevesinde işleyeceği. Aşağıda tekrar açıklanacağı üzere⁴³⁷ bağımlı normun hipotetik (koşullu) norm olarak ifade edildiği durumlar takdir yetkisinin varlığını da doğrudan etkileyecektir.

II. BAĞIMLI-BAĞIMSIZ NORMLARININ UYGULANMASI SÜRECİNDE TAKDİR YETKİSİNİN SAPTANMASI

Yanıtı aranan soru, takdir yetkisinin idari işlemlerin hangi unsurunda kullanılabileceğidir. Bu soruya verilecek cevap vergi normlarında soyut olarak belirlenmiş unsur ile vergi hukukundaki idari işlemler arasındaki bağlantının kurulmasını sağlayacaktır. Ne var ki, bu sorunun yanıtlanması takdir yetkisinin varlığı ya da yokluğunun saptanması bakımından yeterli değildir. Zira bazı durumlarda normlardaki dilsel yapısı idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı yanılığını doğrurabilmektedir. İşte bu nedenle anılan yanılıgıları ortadan kaldırmaya yarayacak bir ölçüt önerisi geliştirilmelidir. Belirtilmesi gereken bir diğer nokta bu başlık altındaki analizlerin idare hukuku normları bakımından da geçerli olacaktır. Zira vergi hukukundaki idari işlemler de yasa türünden normları uygulayan birer idari işlem niteliğindedir.

⁴³⁷ Bkz. s.127 vd.

A. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARINDA TAKDİR YETKİSİNİN SAPTANMASI

Bilindiği üzere idari işlemler İYUK m.2 uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere beş unsuru bünyesinde barındırmakta ve söz konusu unsurlar yasa türünden normlarda soyut olarak öngörülmektedir. Dolayısıyla yasa türünden normların uygulanmasında hukuka uygunluk söz konusu normda soyut olarak düzenlenmiş unsurlara uygun işlem tesis edilmesiyle olabilecektir. Ancak bazı durumlarda yasalarda idari işlemin belirli bir unsuruna yer verilmemiş olabilmektedir. İşte öğretilerde de bu noktadan hareketle idarenin yasa düzenlenmemiş unsurlar bakımından takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmektedir. Hâlbuki takdir yetkisi sadece hukuk dünyasında hangi irade açıklamasının sonuç doğuracağına ilişkindir. Bu nedenle idari işlemin yalnızca bir unsuru takdir yetkisinin kullanımına ilişkin olabilir. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle öğretinin görüşü sergilenecek, daha sonra görüşümüz açıklanmaya çalışılacaktır.

1. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

a. Yetki Unsuru Açısından

İdari işlemlerin yetki unsuru, Anayasa ve kanunların idareyi görevlendirdiği alanlarda tesis edilecek idari işlemlerin hangi idare makam veya organlarınca alınabileceğine ilişkindir⁴³⁸. Bu çerçevede idarenin görevlendirildiği konularda tesis edilecek bir idari işlemin hangi idari makam veya organ tarafından alınacağı kişi, konu, yer ve zaman bakımından olmak üzere farklı görünümlere sahiptir⁴³⁹.

⁴³⁸ M.Günday, 2003, s.124

⁴³⁹ İbid., s.125. Yetki unsurunun çeşitli görünümleri hakkında bkz.; M.Günday, 2003, s.125-129; Ş.Gözübüyük, 2004, s.204 vd.; S.S. Onar, 1966, s.300-307

Öğretide genellikle idarenin yetki unsurunda takdir yetkisine sahip olmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁴⁴⁰. Farklı bir gerekçeyle katıldığımız bu görüşe göre, idarenin takdir yetkisi idari işlemin unsurlarının hukuk normlarınınca saptanıp saptanmadığına göre tespit edileceğinden, AY m.123/1’de düzenlenen kanuni idare ilkesi yetki unsurunda idareye seçim serbestisi tanınmasına engel teşkil edecektir⁴⁴¹. Zira AY m. 123/1’de “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” biçiminde ifade edilen kanuni idare ilkesi uyarınca, hangi idari makamın hangi konuda görevlendirildiği yasa koyucu tarafından önceden saptanmak zorundadır⁴⁴². Dolayısıyla söz konusu anayasal ilke uyarınca idarenin yetki unsurunda herhangi bir seçim yapabilmesi mümkün değildir⁴⁴³. Özetle öğretilerde hakim görüş idarenin yetki unsurunda ancak bağlı yetkiye sahip olabileceğini ifade etmektedir.

Buna karşılık öğretilerde çok sınırlı da olsa yetki unsurunda da idarenin takdir yetkisi ile donatılabileceği ileri sürülmektedir⁴⁴⁴. Örneğin BAŞPINAR’a⁴⁴⁵ göre, idari işlemlerin yetki unsuruna ilişkin bütün hususlar yasalarda önceden düzenlenmiş değildir. Bu nedenle de yetki unsurunda idarenin takdir yetkisi ile donatıldığı haller bulunabilir. Diğer taraftan bazı yazarların konuyu yetki devri açısından ele aldıkları görülmektedir. Buna göre bir idari makamın sahip olduğu yetkiyi kendi kullanması veya başka bir makama devretmesi hususunda serbesti tanınması durumunda yetki unsuru bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır⁴⁴⁶. Bu görüş devretme işleminin

⁴⁴⁰ E.Bayraktar, 1976, s.265; N.Alan, 1976, s.339; C.Kaya, 2001, s.274; S.S.Onar, 1966, s.425; K.Gözler, 2003, C:1, s.819; S.Üstün, 2007, s.35; R.Çağlayan, 2003, s.177; M.Oytan, 1985, s.34; H.Kalabalık, 1997b, s.178; Ş.Karatepe, 1991, s.94; A.Gerçek, 2006, s.38; Ş.Gözübyük, 2004, s.241

⁴⁴¹ S.S.Onar, 1966, s.425; E.Bayraktar, 1976, s.265; N.Alan, 1982, s.34

⁴⁴² S.Üstün, 2007, s.35; E.Bayraktar, 1976, s.265; N.Alan, 1976, s.339; S.S.Onar, 1966, s.425; K.Gözler, 2003, C:1, s.819;; R.Çağlayan, 2003, s.177; M.Oytan, 1985, s.34; H.Kalabalık, 1997b, s.178; Ş.Karatepe, 1991, s.94; A.Gerçek, 2006, s.38

⁴⁴³ ALAN, idareye yetki unsurunda takdir yetkisi verilmesinin büyük sıkıntılara yol açacağını belirtmektedir. Yazara göre, idare yetki unsurunda takdir yetkisi ile donatılmış olsaydı, belirli konularda birden fazla idari makam aynı anda harekete geçebileceği gibi işlem tesisi gerekli olan bir konuda tüm idari makamların hareketsiz kalması olasılığı ile de karşılaşabilecekti (N.Alan, 1976, s.339)

⁴⁴⁴ R.Başpınar, 1971, s.66;

⁴⁴⁵ R.Başpınar, 1971, s.66

⁴⁴⁶ Ş.Karatepe, 1991, s.94

yetki unsurundan çok konu unsuruna ilişkin olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁴⁷.

b. Şekil Unsuru Açısından

İdari işlemleri tesis edecek makamları işlemin sonuçları hakkında düşünmeye sevk etmek ve idare edilenlere güvence sağlamak amacıyla idari işlemlerin belirli şekil kurallarına göre tesisi öngörülmüştür⁴⁴⁸. İdari işlemin şekil unsurunu oluşturan bu kurallar iki biçimde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak şekil kuralları, idari işlemlerin özünü oluşturan irade beyanının dış dünyaya maddi olarak ne şekilde yansıdığını düzenleyebilirler⁴⁴⁹. Bunun yanı sıra şekil kuralları idari işlemin tesisinde izlenen usulü de ifade etmektedir⁴⁵⁰.

İdari işlemlerin şekil unsurunda takdir yetkisinin söz konusu olup olmadığı açısından öğretinin ikiye bölündüğü görülmektedir. Bir kısım yazarlar yasalarda genellikle şekil unsurunun açıkça düzenlendiğini, dolayısıyla bu tip bir düzenleme mevcutsa idarenin bu kurala uymak zorunda olduğu, herhangi bir seçimde bulunmasının söz konusu olamayacağını ifade etmektedir⁴⁵¹. Buna karşılık bazı yazarlar ise farklı bir gerekçeyle şekil unsurunda takdir yetkisi söz konusu olmayacağını ileri sürmektedir⁴⁵². Bu görüşe göre, yasalarda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olabilir; ancak bu durum takdir yetkisi ile ilgili değildir. Zira takdir yetkisi şekil kurallarını saptamakta değil ve fakat yetkinin kullanılma zamanını ve hukuki sonuçları seçmekle ilgilidir.

⁴⁴⁷ Ş.Karatepe, 1991, s.94

⁴⁴⁸ R.Başpınar, 1971, s.69; M.Gunday, 2002, s.132

⁴⁴⁹ M.Gunday, 2003, s.132; K.Gözler, 2003, C:1, s.711. Örneğin idari işlemlerin yazılı olması kuralı bu türden bir şekil kuralıdır.

⁴⁵⁰ K.Gözler, 2003, C:1, s.730; M.Gunday, 2003, s.132. Örneğin hazırlık işlemleri ve savunma alınması kuralı bu türden bir şekil kuralıdır.

⁴⁵¹ K.Gözler, 2003, C:1, s.820; A.Gerçek, 2006, s.39-40; M.Oytan, 1985, s.34; H.Kalabalık, 1997b, s.179-180; Ş.Gözübyük, 2004, s.241

⁴⁵² Bkz. N.Alan, 1982, s.35; N.Alan, 1976, s.339; Ş.Karatepe, 1991, s. 96

Buna karşılık öğretide şekil unsurunda takdir yetkisi bulunabileceğini ifade eden çok sayıda yazara rastlamak mümkündür⁴⁵³. Bu bağlamda bir kısım yazarlar⁴⁵⁴, idari işlemin tabi olacağı şekil ve usul kurallarının genellikle yasa koyucu tarafından düzenlediğini belirtmekle birlikte, yasaların bazı durumlarda şekil unsuruna ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğini ifade etmektedirler. Yasa koyucunun şekil unsuruna ilişkin herhangi bir düzenleme yapmayarak idareyi serbest bıraktığı bu durumlarda idarenin şekil unsuru belirleme hususunda takdir yetkisi ile donatıldığını belirtmektedirler. Şekil unsurunda idarenin takdir yetkisiyle donatılabileceğini savunan bazı yazarlar da asli-tali şekil kuralları ayırımından hareket etmekte⁴⁵⁵; uyulmaması durumunda tesis edilecek işlemin sonucunu etkileyecek şekil kuralları olarak tanımlanan “asli şekil kuralları”nda⁴⁵⁶ idarenin takdir yetkisi ile donatılması söz konusu olamayacağını; zira asli şekil kurallarının yasa koyucu tarafından önceden belirlendiğini⁴⁵⁷; buna karşılık uyulmasa bile tesis edilecek işlemin sonucunu etkilemeyen şekil kuralları olarak tanımlanan “tali şekil kuralları”nda⁴⁵⁸ idarenin takdir yetkisi söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bu görüşe gerekçe olarak da, tali şekil sakatlıklarının idari yargı tarafından iptal yaptırımına tabi bir hukuka aykırılık olarak görülmemesini göstermektedirler⁴⁵⁹.

c. Amaç Unsuru Açısından

Yasa koyucunun idari işlem ile ulaşmak istediği nihai sonuç olarak tanımlanan⁴⁶⁰ “amaç” unsurunda idarenin takdir yetkisi ile donatılmasının mümkün

⁴⁵³ R.Çağlayan, 2003, s.177; E.Bayraktar, 1976, s.265; S.S.Onar, 1966, s.425-426; H.Kalabalık, 1997b, s.182; S.Üstün, 2007, s.36

⁴⁵⁴ E.Bayraktar, 1976, s.265; R.Çağlayan, 2003, s.177; S.S.Onar, 1966, s.425-426

⁴⁵⁵ H.Kalabalık, 1997b, s.182; S.Üstün, 2007, s.36

⁴⁵⁶ Ş.Gözübüyük, 2004, s. 217; M.Günday, 2003, s.135

⁴⁵⁷ Ş.Karatepe, 1991, s. 96

⁴⁵⁸ Ş.Gözübüyük, 2004, s. 217; M.Günday, 2003, s.135

⁴⁵⁹ H.Kalabalık, 1997b, s.182. Bu görüşe katılan yazarlardan ÜSTÜN ise takdir yetkisinin salt usul kurallarında olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. S. Üstün, 2007, s.36

⁴⁶⁰ S.S.Onar, 1966, s.316; K.Gözler, 2003, C:1, s.851; M.Günday, 2003, s.146; Ş.Gözübüyük, 2004, s. 233; A.H.Tuncay, 1972, s.152

olamayacağı yazındaki⁴⁶¹ hâkim görüşü oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, bütün idari işlemlerin amaç unsuru yasa koyucu tarafından önceden düzenlenmiştir. Bu bağlamda yasa koyucunun bütün idari işlemler ile ulaşmak istediği nihai amacı “kamu yararı” oluşturmaktadır⁴⁶². Dolayısıyla idarenin amaç unsurunda seçim serbestisine sahip olması; kamu yararı veya bu amacı somutlaştıran özel amaçlar dışında kalan herhangi bir amaca ulaşmak için işlem tesis etmesi olanaksızdır⁴⁶³. Aksi durumun kabulü, idari işlemlerin kamu yararı dışında kalan amaçlarla da tesis edilebileceği anlamına gelecek ve idarenin var oluş nedenine aykırılık teşkil edecektir⁴⁶⁴.

Buna karşılık öğretide azınlıkta olmakla birlikte amaç unsurunda da idarenin takdir yetkisiyle donatılabileceği savunulmaktadır⁴⁶⁵. Bu görüşe göre, genel amaç olan kamu yararını somutlaştıran özel amaçların seçilmesi hususunda idarenin takdir yetkisi olabilecektir⁴⁶⁶.

d. Sebep Unsuru Açısından

Yetki, şekil ve amaç unsurundaki değerlendirmelerin aksine, sebep⁴⁶⁷ unsurunda idarenin takdir yetkisi ile donatılmış olduğu öğretideki ağırlıklı görüşü oluşturmaktadır⁴⁶⁸. Hatta bazı yazarlar takdir yetkisi kavramının salt sebep unsuruna

⁴⁶¹ N.Alan, 1976, s.338; M.Oytan, 1985, s.35; R.Çağlayan, 2003, s.177; K.Gözler, 2003, C:1, s.820; H.Kalabalık, 1997b, s.190; E.Bayraktar, 1976, s.278; S.S.Onar, 1966, s.427; A.Gerçek, 2006, s.40; S.Üstün, 2007, s.38; Ş.Gözübüyük, 2004, s.241; N.Alan, 1982, s.34. Amaç unsuru tartışması bakımından Danıştay İBK.’sından da bahsetmek gerekir. Danıştay’ın E:1963/644, K:1963/351 sayılı İBK.’sında idari işlemlerin amaç unsurunda takdir yetkisi olmayacağı vurgulanmaktadır.

⁴⁶² Ş.Gözübüyük, 2004, s. 233; M.Günday, 2003, s.146; K.Gözler, 2003, C:1, s.853; S.S.Onar, 1966, s.318

⁴⁶³ N.Alan, 1976, s.338; M.Oytan, 1985, s.35; R.Çağlayan, 2003, s.177; K.Gözler, 2003, C:1, s.820; S.S.Onar, 1966, s.427

⁴⁶⁴ E.Bayraktar, 1976, s.278

⁴⁶⁵ Bkz. Y.Yayla, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi Ve Anayasa Mahkemesi”, **İÜHFİM**, C:XXX, S:3-4, s.1040; Ş.Karatepe, 1991, s.115

⁴⁶⁶ Ş.Karatepe, 1991, s.115

⁴⁶⁷ Sebep unsurunun tanımı için bkz. s.96

⁴⁶⁸ S.Celayir, 1959, s.98; S.Üstün, 2007, s.37; M.Oytan, 1985, s.36; Ş.Karatepe, 1991, s.99; M.Günday, 1990, s.146; R.Çağlayan, 2003, s.178-179; H.Kalabalık, 1997b, s.183; R.Başpınar, 1971, s.69-70; E.Bayraktar, 1976, s.278; A.H.Tuncay, 1972, s.153; N.Alan, 1976, s.339; C.Kaya, 2001,

ilişkin olduğunu ileri sürmektedir⁴⁶⁹. Bu bağlamda yazındaki hâkim görüş sebep unsurunda takdir yetkisi bulunup bulunmadığını genellikle yukarıda açıklanan⁴⁷⁰ üçlü ayırmadan hareketle incelenmektedir. Anılan yazarların bir kısmına göre, yasalarda sebep unsurunun açıkça düzenlendiği hallerde genellikle bağlı yetki söz konusu olmakla birlikte, idare açıkça düzenlenen sebebe göre işlem yapıp yapmamaya karar vermek açısından serbest bırakılmışsa konu unsuru bakımından takdir yetkisine sahiptir⁴⁷¹. Dikkat edilecek olursa adı geçen yazarlar bu olasılığı incelerken sebep unsurunda takdir yetkisi bulunup bulunmadığından çok tartışmayı sebep unsurunun düzenleniş biçiminin konu unsuruna etkisi açısından ele almışlardır. Dolayısıyla buradaki belirleme sebep unsuruna ilişkin değildir.

Yazındaki hâkim görüş incelendiğinde sebep unsurunda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı sorununun daha çok sebep unsurunun yasalarda “belirsiz kavramlar” ile ifade edildiği veya hiçbir şekilde düzenlenmediği durumlar açısından ele alındığı görülmektedir⁴⁷². Bu noktada söz konusu görüşü ana hatlarıyla açıklayacak olursak şu belirlemeyi yapabiliriz: Yasa koyucu sebep unsurunu belirsiz kavramlarla düzenlemişse idarenin belirsiz kavramı anlamlandırma, belirgin hale getirme ve maddi olayın nitelendirmesini yapma açısından, sebep gösterilmemişse de sebebi belirleme bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır⁴⁷³.

Bu çerçevede sebep unsuru yasalarda “belirsiz kavramlar”la düzenlenmişse, belirsiz kavramın niteliğine göre idarenin takdir yetkisinin bulunması söz konusu olabilecektir. Daha önce de ifade edildiği üzere⁴⁷⁴ sebep unsurunun belirsiz kavramlarla düzenlendiği durumlar, soyut sebebin yasalarda “milli güvenlik, genel

s.276; S.S.Onar, 1966, s.425; A.Gerçek, 2006, s.41; M.Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, s.71, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>, 05/05/2010; Ş. Gözübüyük, 2004, s.241

⁴⁶⁹ Bkz. M Günday, 1990, s.146

⁴⁷⁰ Bkz. s.96

⁴⁷¹ Ş.Karatepe, 1991, s.99; S.Üstün, 2007, s.37; H.Kalabalık, 1997b, s.183

⁴⁷² S.Celayir, 1959, s.98; M.Günday, 1990, s.146; Ş.Karatepe, 1991, s.100; R.Çağlayan, 2003, s.178-179; H.Kalabalık, 1997b, s.185; R.Başpınar, 1971, s.69-70; A.Gerçek, 2006, s.42; S.Üstün, 2007, s.37; M. Oytan, 1985, s.36; E.Bayraktar, 1976, s.266; C.Kaya, 2001, s.279

⁴⁷³ Ş.Gözübüyük,2004, s.241

⁴⁷⁴ Bkz. s.96

sağlık, kamu düzeni, görülen lüzum” gibi kavramlarla ifade edildiği durumlardır. İşlemin sebebinin belirsiz kavramlarla ifade edildiği bu tür durumlarda idare, sebebin hangi somut durumda gerçekleştiğini saptamakta ve gerçekleşen olayın belirsiz kavrama atlanabilir olup olmadığını saptamaktadır⁴⁷⁵. Diğer bir anlatımla, bu olasılıkta idare dayandığı somut olayın hukuki nitelendirmesini yapmaktadır⁴⁷⁶. Bu kısa açıklamadan sonra belirsiz kavramlar –takdir yetkisi ilişkisine yeniden dönecek olursak şu tespiti yapabiliriz.

Bir kısım belirsiz kavramların belirli derecede objektif anlamı bulunmaktadır⁴⁷⁷. Söz gelimi, milli güvenlik, genel sağlık ve kamu düzeni objektif anlama sahip belirsiz kavramlardır⁴⁷⁸. Buna karşılık “görülen lüzum, gerekli görülen haller, ihtiyaç” gibi örneklerde de görüleceği üzere bazı belirsiz kavramların objektif bir anlamı bulunmamaktadır⁴⁷⁹. Öğretiye göre, belirsiz kavramların objektif anlama sahip olduğu durumlarda idarenin dayandığı sebeplerin hangilerinin belirsiz kavrama atlanabileceği hangilerinin ise atlanamayacağı açıktır⁴⁸⁰. Bu nedenle belirsiz kavramların objektif anlama sahip olduğu durumlarda idare kavramın objektif anlamıyla bağlı olacaktır⁴⁸¹. Başka bir anlatımla idarenin bu olasılıkta kavramın nitelendirilmesi açısından herhangi bir serbestîsi, takdir yetkisi bulunmamaktadır⁴⁸². Ancak belirsiz kavramın objektif bir anlamı bulunmamaktaysa⁴⁸³ veya idarenin dayandığı sebebin belirsiz kavramla örtüşüp örtüşmediği objektif olarak belirlenemiyorsa sebep unsurunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır⁴⁸⁴. Bu

⁴⁷⁵ M.Günday, 2003, s.141; K.Gözler, 2003, C:1, s.772

⁴⁷⁶ M.Günday, 2003, s.141

⁴⁷⁷ İbid., s.140

⁴⁷⁸ İbid. s.140-141

⁴⁷⁹ K.Gözler, 2003, C:1, s.772

⁴⁸⁰ M.Günday, 1990, s.147. Bu tür düzenlemeler bulunduğu tek çözümün varolmasına “Tek Doğru Çözüm Kuramı” da denilmektedir(Bkz. A.Ü.Azrak, 1985, s.24).

⁴⁸¹ M.Günday, 1990, s.147. Aynı doğrultuda bkz. E.Bayraktar, 1976, s.278; A.Ü.Azrak, 1985, s.24

Ancak bazı yazarlar sebep unsurunun belirsiz kavramlarla düzenlendiği durumlarda objektif anlam açısından herhangi bir ayrımı gitmemektedir. Örneğin, OYTAN’a göre, belirsiz kavramlar söz konusu ise sebep unsurunda idare takdir yetkisi ile donatılmıştır (Bkz. M.Oytan, 1985, s.36)

⁴⁸²; R.Başpınar, 1971, s.69-70; M.Günday, 1990, s.147

⁴⁸³ R.Çağlayan, 2003, s.178; E.Bayraktar, 1976, s.266

⁴⁸⁴ M.Günday, 1990, s.147; M.Günday, 2003, s.141-142

durumun sonucu olarak da idarenin yaptığı nitelendirme yargısal denetimin dışında kalmalıdır⁴⁸⁵.

Yasalarda sebep unsurunun gösterilmediği durumlarda da sebebi belirleme noktasında idarenin takdir yetkisi ile donatıldığı ileri sürülmektedir⁴⁸⁶. Örneğin ONAR, bir yardım fonundan hangi sebepler altında yardım yapılacağına yasada öngörülmemesi durumunda, idarenin işlemin sebebini belirlemek açısından takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir⁴⁸⁷. Yazında genellikle bu olasılıkta takdir yetkisinin kullanımının yasa koyucunun amacı ile sınırlı olduğu belirtilmektedir⁴⁸⁸. Zira işlemin sebep ve amaç unsurları arasında zorunlu bir bağ bulunmaktadır⁴⁸⁹. Dolayısıyla, bu olasılıkta idarenin gösterdiği sebebin yasa koyucunun işlemden beklediği nihai sonucu gerçekleştirmeyi sağlayacak bir sebep olması gerekmektedir⁴⁹⁰. Danıştay kararlarında⁴⁹¹ sıklıkla kullanılan işlemin sebebini “kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olması gerektiği” biçimindeki formülasyon da esasen sebep-amaç unsurları arasında zorunlu bağı vurgulamaktadır.

İdari işlemin sebep unsuru ile takdir yetkisi ilişkisi bakımından öğretide karşılaşılan bir diğer tartışma da “değerlendirme işlemleri”⁴⁹², “değerlendirme halleri”⁴⁹³ veya “teknik takdir”⁴⁹⁴ gibi kavramlarla ifade edilen durumlardır⁴⁹⁵. Burada teknik takdir ile kastedilen durum, idarenin uzmanlık gerektiren konularda yaptığı değerlendirmelerdir⁴⁹⁶. Bu bağlamda binanın oturmaya elverişli olup

⁴⁸⁵ M.Günday, 1990, s.148; M.Günday, 2003, s.141-142

⁴⁸⁶ S.S.Onar, 1966, s.425; S.Üstün, 2007, s.37

⁴⁸⁷ S.S.Onar, 1966, s.425

⁴⁸⁸ A.H.Tuncay, 1972, s.142; M.Günday, 1990, s.146-147; S.Üstün, 2007, s.37

⁴⁸⁹ M.Günday, 2003, s.141

⁴⁹⁰ İbid. s.141-142; H.Kalabalık, 1997b, s.185

⁴⁹¹ Örnek kararlar için bkz. DŞ. 5.Daire E:1989/825, K:1989/718; DŞ. 5.Daire E: 2001/3394, K: 2003/814; DŞ. 8. Daire E: 2002/3793, K:2003/2820; DŞ.8.Daire E:2003/5401, K:2004/3136

⁴⁹² R.Çağlayan, 2003, s.179

⁴⁹³ S.Üstün, 2007, s.27

⁴⁹⁴ E.Bayraktar, 1976, s.278; A.H.Tuncay, 1972, s.155-157

⁴⁹⁵ Çalışmada “teknik takdir” kavramı tercih edilmiştir.

⁴⁹⁶ A.H.Tuncay, 1972, s.155; S.Üstün, 2007, s.28

olmadığının tespiti, kamulaştırma bedelinin tespiti, bir ilacın sağlığa zararlı olup olmadığının saptanması, jürinin bir adayın başarılı olup olmadığına karar vermesi ve öğrencilere not verilmesi gibi durumlar teknik takdire örnek olarak verilebilir⁴⁹⁷.

İdari işlemin sebep unsurunu oluşturan bu tür durumlarda idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığı açısından farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çerçevede bazı yazarlar, teknik takdir denilen durumları takdir yetkisinin dışında görmektedir⁴⁹⁸. Zira takdir yetkisi, maddi vakıanın saptanmasına ilişkin bir yetki değildir⁴⁹⁹. Buna karşılık bazı yazarlar ise teknik takdir söz konusu olduğunda belirsiz kavramlarda bahsedilen objektiflik kriterine göre sonuca varılmasını önermektedir⁵⁰⁰. Bu görüşe göre, idarenin uzmanlığına dayanarak değerlendirme yapacağı durumlarda, söz konusu değerlendirme objektif ölçülerle yapılması gereken bir değerlendirme olarak düzenlenmişse sebep unsurunda takdir yetkisi bulunmayacaktır⁵⁰¹. Ancak değerlendirme idari merciin anlayışına bırakılmışsa diğer bir ifadeyle sübjektif nitelikliyse idare sebep unsurunda takdir yetkisine sahip olacaktır⁵⁰². Son olarak bazı yazarlar⁵⁰³ Fransız Danıştay'ının⁵⁰⁴ tutumundan etkilenerik bu tür düzenlemelerin bulunduğu durumlarda yargısal denetimin açık takdir hatası⁵⁰⁵ ile sınırlı olması gerektiğini ileri sürmektedir.

Yukarıda sergilendiği üzere sebep unsurunda idarenin takdir yetkisine sahip olduğu hâkim görüşü oluşturmakla birlikte aksini düşünen yazarlar da mevcuttur⁵⁰⁶. Hatta bu yazarlar takdir yetkisinin salt konu unsuruna ilişkin olduğunu ifade

⁴⁹⁷ R.Çağlayan, 2003, s.179; A.H.Tuncay, 1972, s.155; S.Üstün, 2007, s.28; E.Bayraktar, 1976, s.278

⁴⁹⁸ Bkz. A.H.Tuncay, 1972, s.155-157. Bu noktada TUNCAY'ın teknik takdiri "Takdir Yetkisinin Benzerleri" başlığı altında incelediğini de belirtmek gerekir(A.H.Tuncay, 1972, s.155)

⁴⁹⁹ İbid. s.157

⁵⁰⁰ S.Üstün, 2007, s.28. Benzer bir irdeleme için bkz. Ş. Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, 2002, s.300

⁵⁰¹ İbid.

⁵⁰² İbid.

⁵⁰³ E.Bayraktar, 1976, s.278; R.Çağlayan, 2003, s.179

⁵⁰⁴ Fransız Danıştay'ının takdir yetkisinin yargısal denetimine ilişkin kullandığı ölçütler için bkz. M.Oytan, 1985, s.52

⁵⁰⁵ Açık takdir hatası için bkz. M. Oytan, 1990, s.153; K.Gözler, 2003, C:1, s.841

⁵⁰⁶ S.Sürbehan, 1970, s.88; K.Gözler, 2003, C:1, s.820

etmektedirler. Örneğin GÖZLER, sebep unsurunun belirsiz kavramlarla düzenlendiği veya hiçbir şekilde öngörülmediği durumlarda idarenin faaliyetinin belirsiz kavramı yorumlamak ve bu sebebin belirsiz kavram açısından nitelendirmesini yapmaktan ibaret olduğunu belirtmektedir⁵⁰⁷. Adı geçen yazara göre idarenin bu faaliyeti hukukilik denetimi içinde olup takdir yetkisi olarak adlandırılmamalıdır⁵⁰⁸. Bu çerçevede GÖZLER, sebep unsurunun belirsiz kavramlarla ifade edildiği veya hiç gösterilmediği durumlarda idarenin yaptığı değerlendirmeyi Alman Hukuku'ndan esinlenerek “değerlendirme marjı/Beurteilungsspielraum”⁵⁰⁹ kavramıyla açıklamaktadır⁵¹⁰.

e. Konu Unsuru Açısından

İdari işlemlerin konu unsuru, o idari işlemin doğurduğu hukuki sonuç, diğer bir ifadeyle hukuk dünyasında meydana getirdiği değişikliktir⁵¹¹. Başka bir anlatımla idari işlemin konusu işlemin kendisini, içeriğini ifade etmektedir⁵¹². Söz gelimi, 213 sayılı VUK m.17’de düzenlenen “mühlet verme işlemi”nin konu unsuru, zor durumda buldukları saptanan vergi ödevlilerine ödevlerini yerine getirmeleri için ek süre verilmesidir.

Öte yandan konu unsuru, işlemin sebep unsuruyla yakından ilintilidir. Bu bağlamda daha önce de ifade edildiği üzere⁵¹³, sebep ve konu unsurları arasında

⁵⁰⁷ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.821

⁵⁰⁸ İbid.

⁵⁰⁹ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.775. İngilizce kaynaklarda, “margin of appreciation” olarak ifade edilmektedir. Bkz. M. Künnecke, 2007, s.79

⁵¹⁰ Çalışmamız açısından kilit kavram olan “değerlendirme marjı” kavramı aşağıda daha kapsamlı bir biçimde ele alınmıştır. Bkz. s.137 vd.

⁵¹¹ S.S.Onar, 1966, s.311; M.Günday, 2003, s.143; K. Gözler, 2003, C:1, s.805; Ş.Gözübüyük, 2002, s.378; M.Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, s.194, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>,07/05/2010

⁵¹² K.Gözler, 2003, C:1, s.805-806

⁵¹³ Bkz.s.96

nedensellik bağı bulunmaktadır⁵¹⁴. Bu nedenle sebep gerçekleşmemesine rağmen yasada öngörülen işlem tesis edilmişse işlem sebep ögesi yönünden; buna karşılık sebep gerçekleştiği halde yasada düzenlenen hukuki sonucun dışında başka bir hukuki sonuç doğuran işlem tesis edilmişse konu ögesi yönünden işlem sakat olacaktır⁵¹⁵. Ancak bu bağ mutlak değildir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere⁵¹⁶ belirtilen bağ salt bağlı yetki durumuna ilişkindir.

İdari işlemlerin konu unsurunda takdir yetkisinin bulunduğu hususunda öğretide neredeyse görüş birliği bulunmaktadır⁵¹⁷. Hatta bazı yazarlar takdir yetkisinin salt idari işlemlerin konu unsuruna ilişkin olduğunu savunmaktadırlar⁵¹⁸. Bu bağlamda öğretide, yasalarda bazı durumlarda idareye alabileceği kararlar arasında seçim hakkı tanındığı; bu durumlarda idarenin işlemin konu unsurunda takdir yetkisi ile donatıldığı belirtmektedir⁵¹⁹. Hatta bazı yazarlar, bu analizi daha da derinleştirmekte ve yasalarda sebebe bağlı olarak konu unsuru gösterilen idari işlemlerde bağlı yetkinin; buna karşılık sebebe bağlı olarak konu unsuru gösterilmemiş işlemlerde ise takdir yetkisinin bulunduğunu ifade etmektedirler⁵²⁰. Sebep ve konu unsuru arasındaki nedensellik bağına esas alan bu görüşü şu şekilde açıklayabiliriz. Örneğin 6183 sayılı AATUHK m.13/2 uyarınca borçlunun belirli bir ikametgahı yoksa hangi hukuki sonucu doğuran idari işlemin tesis edileceği yasada açık olarak belirlenmiştir. Bu işlem amme borçlusunun malvarlığı üzerindeki tasarruf hakkının kısıtlanması hukuki sonucunu doğuran ihtiyati

⁵¹⁴ M.Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, s.194, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/07/05/2010>; M.Günday, 2003, s.145; K.Gözler, 2003, C:1, s.811-812; Ş.Gözübüyük, 2004, s.230

⁵¹⁵ M. Günday, 2003, s.145. Yeniden örneğe dönecek olursak, mühlet verme işleminin sebep unsuru vergi ödevlisinin zor durumda bulunması; konu unsuru ise vergisel ödevin yerine getirilmesi için ek süre verilmesidir. Bu çerçevede gerek zor durumda bulunmayan bir ödevliye mühlet verilmesi gerek zor durumda bulunan ödevliye mühlet verilmemesi işlemi konu unsuru yönünden sakat olacaktır.

⁵¹⁶ Bkz.s.115

⁵¹⁷ S. Sürbehan, 1970, s.88; M.Oytan, 1985, s.37; R.Çağlayan, 2003, s.179; Ş.Karatepe, 1991, s.101; H.Kalabalık, 1997b, s.187; K.Gözler, 2003, C:1, s.820; S.Üstün, 2007, s.38; A.Gerçek, 2006, s.44; S.S.Onar, 1966, s.425; A.H.Tuncay, 1972, s.153-154; N.Alan, 1976, s.340; E.Bayraktar, 1976, s.284; C.Kaya, 2001, s.281; Ş. Gözübüyük, 2004, s.241;

⁵¹⁸ S. Sürbehan, 1970, s.88; K.Gözler, 2003, C:1, s.820; B.Kornprobst, 1972, s.164; N.Alan, 1982, s.37

⁵¹⁹ R.Çağlayan, 2003, s.179; E.Bayraktar, 1976, s.284; K.Gözler, 2003, C:1, s.820; A.H.Tuncay, 1972, s.153-154

⁵²⁰ H.Kalabalık, 1997b, s.187; C.Kaya, 2001, s.281; S. Üstün, 2007, s.38; N.Alan, 1982, s.35-36

haciz işlemidir. Buna karşılık, 2559 sayılı PVSK m.6'da yasa koyucu sebebi düzenlediği halde hangi hukuki sonucu doğuran işlemin tesis edileceği noktasında idareye serbesti tanımıştır. Anılan hüküm uyarınca, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinden faaliyetten geçici olarak men edildiği halde süresinden önce açılan işyerlerinin işletmecilerine 500 ile 1000 Türk Lirası arasında idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu hüküm uyarınca idari para cezasının sebep unsuru gerçekleştiğinde (faaliyetten geçici olarak men edildiği halde süresinden önce açılma) 500 ile 1000 Türk Lirası arasında farklı hukuki sonuç doğuran iki veya daha fazla idari para cezası kesilmesi mümkündür. Söz gelimi; 500, 501...510...750...1000 TL gibi farklı miktarlarda meblağın kabahati işleyen kişinin malvarlığından alınması hukuki sonucunu doğuran işlemler tesis edilmesi olanak dâhilindedir. Bu nedenle idarenin idari para cezasının konu unsurunda takdir yetkisi bulunduğu sonucuna varılacaktır.

Yazındaki hâkim görüş idari işlemlerin konu unsurunda takdir yetkisi bulunduğunu savunmakla birlikte aksi görüşü savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu çerçevede GÜNDAY, takdir yetkisinin yasa koyucu tarafından belirsiz bırakılmış davranış koşullarını belirleme serbestisi olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla GÜNDAY'a göre, takdir yetkisi salt sebep unsurunda bulunabilecek bir yetkidir⁵²¹.

2. TAKDİR YETKİSİNİN İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURUNA İLİŞKİN OLDUĞU YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞ

a. Genel Çerçeve

Bu bölüme kadarki açıklamalarımızda takdir yetkisinin idari işlemin hangi unsur/unsurlarında bulunduğuna ilişkin öğretilerdeki görüşler sergilenmiştir. Bu noktada bir ara sonuç olarak öğretilerde ağırlıklı görüşün⁵²², takdir yetkisinin idari işlemlerin sebep ve konu unsurlarında bulunduğu yönünde olduğu ifade edilebilir. Buna karşılık takdir yetkisinin salt sebep⁵²³ veya salt konu unsuruna⁵²⁴ ilişkin olduğunu ileri süren

⁵²¹ M.Günday, 1990, s.146

⁵²² Bkz.s.108-113

⁵²³Bkz. M.Günday, 1990, s.146

yazarlar da bulunmaktadır. Bu tespiti destekleyici doğrultuda, çalışmalarına yer verilen yazarların çoğu idari işlemlerin yetki, şekil ve amaç unsurlarında idarenin takdir yetkisi ile donatılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁵²⁵. Belirtilen üç unsur açısından nicelik yönünden azınlıkta olmakla birlikte aksini düşünen yazarların da bulunduğu yeniden işaret etmek gerekir. Dolayısıyla öğretinin soruna yaklaşımı son derece karmaşık olup ileri sürülen görüşler de birbirinden kesin çizgilerle ayrılmaktadır.

Bu çalışmada savunulan görüş ise takdir yetkisinin (ve bağlı yetkinin) idari işlemin salt konu unsuruna ilişkin olduğudur⁵²⁶. Bu çerçevede tercihte bulunmanın hukuk dünyasında sonuç doğuran irade beyanını seçmek anlamına geldiği, hukuk dünyasında sonuç doğuracak irade beyanını seçmenin normlar hiyerarşisinde alt kademedede yeni bir norm yaratmak olduğu; dolayısıyla takdir yetkisinin ancak idari işlemin hukuk dünyasında sonuç doğurmaya ilişkin unsurunda olabileceği, bu unsurun da idari işlemin “konu” unsurunda olduğu kanısındayız⁵²⁷. Konu unsuru, idari işlemin hukuk dünyasında hangi sonucu doğuracağına ilişkindir. Dolayısıyla takdir yetkisi, yasanın uygulanması sürecinde hukuk dünyasında sonuç doğuracak irade beyanlarından birini tercih etmek anlamına gelmektedir.

Hukuk dünyasında sonuç doğuracak irade beyanının tercihi meselesi işlemin sebep-konu unsurları arasında işleyen bir süreçtir. Bu çerçevede takdir yetkisi idari işlemin sebep unsuru gerçekleştiğinde idarenin “A, B, C...” hukuki sonuçlarından birini doğurabilen işlem tesis edebilme yetkisidir⁵²⁸. Buna karşılık bağlı yetkiyse, sebep unsuru gerçekleştiğinde, tek bir hukuki sonucu doğuran işlemi tesis etme

⁵²⁴ Bkz. S.Sürbehan, 1970, s.88; K.Gözler, 2003, C:1, s.820; B.Kornprobst, 1972, s.164; N.Alan, 1982, s.37

⁵²⁵ Bkz. s. 103-108

⁵²⁶ Aynı doğrultuda bkz. S. Sürbehan, 1970, s.88; K.Gözler, 2003, C:1, s.820; B.Kornprobst, 1972, s.164; N.Alan, 1982, s.37

⁵²⁷ Aynı doğrultuda bkz. B.Kornprobst, 1972, s.164; N.Alan, 1982, s.37

⁵²⁸ K.Gözler, 2003, C:1, s.818

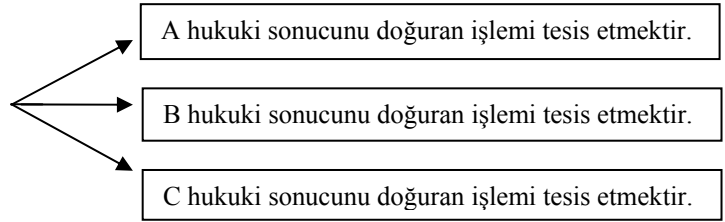
zorunluluğunu ifade etmektedir⁵²⁹. Bağlı yetki ve takdir yetkisine dayanarak işlem tesis etmeyi şu şekilde şematize edebiliriz⁵³⁰:

Bağlı yetki;

Sebeb unsuru gerçekleştiğinde → Tek bir hukuki sonuç doğuran işlemi tesis etmektir.

Takdir Yetkisi;

Sebeb unsuru gerçekleştiğinde



Bu nedenle öğretinin idari işlemin yetki⁵³¹, şekil⁵³², amaç⁵³³ ve sebep⁵³⁴ unsurlarında takdir yetkisi bulunabileceği görüşü paylaşamıyoruz. Zira söz konusu unsurların hiçbiri hukuk dünyasında hangi irade beyanının sonuç doğuracağı meselesine ilişkin değildir. Bununla birlikte öğretilde anılan unsurların yasada düzenlenmemesinden hareketle idarenin işlemin bu unsurlarında da tercihte bulunma yetkisinin var olduğu belirtilmektedir. Daha önce de açıklandığı üzere⁵³⁵ her yasanın bir amacı vardır ve idari işlemin amaç unsuru yasanın amacıyla özdeşdir. Dolayısıyla idari işlemin amaç unsurunun yasada öngörülmemiş olması gibi bir durum söz

⁵²⁹ İbid. s.821

⁵³⁰ Takdir yetkisini sergileyen şema GÖZLER'den hareketle oluşturulmuştur (Bkz. K. Gözler, 2003, C:1, s.818).

⁵³¹ Bkz. R.Başpınar, 1971, s.66;

⁵³² Bkz. R.Çağlayan, 2003, s.177; E.Bayraktar, 1976, s.265; S.S.Onar, 1966, s.425-426; H.Kalabalık, 1997b, s.182; S.Üstün, 2007, s.36

⁵³³ Bkz. Y. Yayla, s.1040; Ş.Karatepe, 1991, s.115

⁵³⁴ Bkz. S.Celayir, 1959, s.98; S.Üstün, 2007, s.37; M.Oytan, 1985, s.36; Ş.Karatepe, 1991, s.99; M.Günday, 1990, s.146;; R.Çağlayan, 2003, s.178-179; H.Kalabalık, 1997b, s.183; R.Başpınar, 1971, s.69-70; E.Bayraktar, 1976, s.278; A.H.Tuncay, 1972, s.153; N.Alan, 1976, s.339; C.Kaya, 2001, s.276; S.S.Onar, 1966, s.425; A.Gerçek, 2006, s.41; M.Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, s.71, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>,

⁵³⁵ Bkz.s.52 vd.

konusu olamaz. Yetki, şekil ve sebep unsurları açısından ise konunun birel ve düzenleyici idari işlemlerde takdir yetkisi bakımından ikiye ayrılarak irdelenmesi gerekmektedir. Bu ayırım yapılmaksızın konunun değerlendirilmesinin yanıltıcı sonuçlara götüreceği de açıktır.

Birel idari işlemlerin unsurların yasada düzenlenmemiş olması ilk bakışta idarenin bu unsurlar bakımından takdir yetkisiyle donatıldığı izlenimini yaratmaktadır. Hâlbuki daha önce açıkladığımız üzere, birel idari işlem tesisi bağımsız normdaki soyut sebep ve konu unsurları üzerinden işleyen bir tipiklik(subsumsiyon) sürecidir. Bu nedenle de birel idari işlem tesisinde takdir yetkisi, yaşamda davranış koşulu(sebep unsuru) gerçekleştiğinde soyut tipteki konu unsurunda serbest bırakılan iki veya daha farklı hukuki sonuç doğuran işlemlerden birini tesis etmekle ilgilidir. Özetle salt işlemin konu unsuruna özgüdür.

Bununla birlikte, birel idari işlemin yetki, şekil ve sebep unsurlarının soyut tip olarak yasada düzenlenmediği durumlarda da idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak burada takdir yetkisi, birel idari işlemin yetki, şekil ve sebep unsurlarını açık veya zımni bir düzenleyici işlemle belirlemek açısından⁵³⁶. Başka bir anlatımla, burada hukuk dünyasında birel idari işlemin yetki, şekil veya sebep unsurlarının genel ve soyut olarak belirlenmesi sonucunu doğuran düzenleyici idari işlemler tesis edilmektedir. Bu çerçevede aşağıda açıklanacağı üzere bu tür düzenleyici idari işlemler kural olarak yasanın uygulanması sürecinde takdir yetkisine dayalı genel ve soyut norm koymak anlamına gelecektir.

Sonuç olarak takdir yetkisi gerek birel gerek düzenleyici idari işlemlerin konu unsuruna ilişkindir. Birel idari işlemin yetki, şekil ve sebep unsuru yasada soyut tip olarak öngörülmediği durumlarda idare bu unsurları tipleştiren açık veya zımni düzenleyici işlemler tesis edebilecektir. Fakat bu durum hiç bir şekilde idari işlemin yetki, şekil ve sebep unsurlarında takdir yetkisi olduğu anlamına gelmeyecektir. Zira birel idari işlemin yetki, şekil ve sebep unsuruna ilişkin düzenleme yapmak

⁵³⁶ Çalışmamızın konusu normlarda takdir yetkisinin saptanması olduğu için yetki ve şekil unsurlarının idarenin düzenleme alanının içerisinde bulunup bulunmadığı sorunu kapsam dışı bırakılmıştır.

düzenleyici işlemin konu unsuruna ilişkin bir belirlemedir. Dolayısıyla düzenleyici idari işlemler bakımından da takdir yetkisi her zaman konu unsuruna ilişkin olmaktadır.

Yukarıdaki tartışmalardan da anlaşılacağı üzere birel ve düzenleyici idari işlem tesisinde takdir yetkisinin konumu öğretide farklı görüşlerin çıkmasına yol açmıştır. Bu doğrultuda görüşümüzü yasa türünden normların uygulanması sürecinde sergilemek takdir yetkisinin konumunu netleştirmek bakımından faydalı olacaktır. Aşağıda konu bağımsız-bağımlı vergi normlarının uygulanması sürecinde örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır.

b. Bağımsız Vergi Normlarının Uygulanması Sürecinde Takdir Yetkisi

Daha önce de ifade edildiği üzere⁵³⁷ bağımsız normlar hukuki olay-hukuki sonuç unsurlarının normda düzenlenip düzenlenmediğine göre tam-eksik norm ve açık norm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu bağlamda birel norm yaratmak tam-eksik veya açık normda yer alan hukuki olay/davranış koşulunun küçük önermede evetlenmesiyle mümkün olacaktır. Böylelikle soyut olarak öngörölmüş hukuki sonuç unsurundan somut ve özel duruma uygulanacak norm yaratılacaktır.

Bu noktada gündeme takdir yetkisinin bağımsız üst normun hangi unsuruna ilişkin olduğu sorusu gelmektedir. Hatırlanacak olursa takdir yetkisi kavramının temel özelliği “tercihte bulunma” yetkisi olmasıdır. Tercihte bulunmak da, üst normun sınırları dâhilinde hukuk dünyasında hangi irade beyanının sonuç doğuracağına seçilmesi meselesidir. Bu doğrultuda hukuk dünyasında hangi irade beyanının sonuç doğuracağını seçmek, hangi hukuki işlemin tesis edileceğini seçmek anlamına gelir. Yukarıda sergilenen hipotetik kıyas sürecinde(subsumsiyon) ise somut ve özel duruma uyan hukuki işlemin tesisi hipotetik normda yer alan “hukuki sonuç” unsuruna göre belirlenmektedir. Zira bu süreçte bağımsız normda soyut olarak yer alan hukuki olayın/davranış koşulunun yaşamda gerçekleştiğinin saptanmasıyla bağımsız normun hukuki sonuç unsurundan birel norm(işlem)

⁵³⁷ Bkz. s.86 vd.

yaratılmaktadır. Dolayısıyla takdir yetkisini kullanmak ancak bağımsız normdaki hukuki sonuç unsuruna ilişkin olmaktadır. Söz konusu unsur birel idari işlem tesis edilmesi sürecinde “soyut konu” unsuru olarak ifade edilmiştir.

Buna karşılık bağımsız normda yer alan hukuki olay/davranış koşulu, hukuk dünyasında hangi irade beyanının sonuç doğuracağına ilişkin değildir. Söz konusu unsurun fonksiyonu hukuki işlem tesis etmenin ön koşulunu oluşturmaktır. Dolayısıyla, birel norm yaratılması sürecinde sebep unsuru takdir yetkisinin kullanıldığı unsur değildir.

aa. Tam-Eksik Vergi Normlar Bakımından

Tam-eksik norm ayrımı, hipotetik norm olarak ifade edilen bağımsız normun hukuki olay/davranış koşulu ile hukuki sonuç unsurlarının tek bir normda mı yoksa farklı normlarda mı düzenlendiğini esas tutan bir sınıflandırmadır. Bu bağlamda ister tek bir normda ister farklı normlarda düzenlenmiş olsun tam-eksik normlar bu unsurları soyut tip olarak bünyesinde barındıracaktır. Dolayısıyla takdir yetkisinin konumu bakımından iki norm türünü aynı başlık altında incelemek olanaklıdır.

Öte yandan diğer hukuk dallarında da görüldüğü üzere tam-eksik normların vergi hukukunda da görüldüğünü ifade etmek gerekir. Bu bağlamda, yukarıdaki tanımlamaya koşut olarak “tam-eksik vergi normları”yla kastedilen, soyut sebep-konu unsurlarını bünyesinde barındıran vergi hukuku normlarıdır. Söz konusu normlar gerek maddi vergi normlarında gerek şekli vergi normlarında da görülebilmektedir⁵³⁸. Hatta maddi vergi hukukunda bağımsız normların tam-eksik norm olması AY m.73/3’de öngörülen vergilerin yasallığı ilkesinin bir gereğidir. Bu bağlamda vergilerin yasallığı ilkesi gereği bağımsız maddi vergi normları mutlak

⁵³⁸ Vergi hukukunda maddi-şekli hukuk ayrımına koşut olarak maddi vergi hukuku-şekli vergi hukuku ayrımı yapılmaktadır. Söz konusu ayırımdan hareketle vergi hukuku normları da “maddi vergi normu”-“şekli vergi normu” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu çerçevede “maddi vergi normları”ndan kasıt vergi borcunun doğumunu ve sona ermesini içeren normlardır. Buna karşılık, “şekli vergi normları”ndan kasıt ise, maddi vergi normlarınca belirlenen vergi ödevi ilişkisinde hak ve yükümlülüklerin gerçekleştirilme usullerini içeren normlardır (M.Öncel, A.Kumrulu, N.Çağan, 2003, s.5-6).

olarak soyut sebep-konu unsurlarını içermek zorundadır. Aksi durum söz konusu normun AY m.73/3'e aykırı bir norm olması sonucunu doğuracaktır. Şimdi 6183 sayılı AATUHK'dan iki örnekle tam-eksik normların uygulanma sürecinde bağlı yetki ve takdir yetkisini konumlandıralım.

1. Örnek(İdarenin Bağlı Yetkiyle Donatıldığı Bağımsız Norm)

B. Ö.: 6183 sayılı AATHUK m.9/1: “213 sayılı Vergi Usul Kanununun ... 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde tahsil dairelerince teminat istenir”

(Soyut sebep unsuru)⁵³⁹

(Soyut konu unsuru)

K.Ö: VUK m.359'da sayılı hallere temas eden amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmıştır.(Teminat isteme işleminin sebep unsuru)⁵⁴⁰

Sonuç(Yaratılacak Birel Norm/İdari İşlem): O halde, teminat istenecektir.

Görüldüğü üzere örnek bağımsız normda “213 sayılı Vergi Usul Kanununun... 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olması” soyut sebep unsurunu, “teminat istemek” soyut konu unsurunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede davranış koşulunun gerçekleşmesi durumunda hukuk dünyasında sonuç doğuracak irade beyanı(hukuki sonuç) “teminat isteme”dir. Dolayısıyla birel norm yaratabilen bu normda, idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığı hukuki olay/davranış koşulu gerçekleştiğinde idarenin teminat isteme yerine işlemi yapmama veya başka bir işlem tesis edebilme imkânının bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. Hemen belirtmek gerekir ki, örnek normda idareye böyle bir tercihte bulunma imkânı

⁵³⁹ Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu gibi özel vergi hukukuna ilişkin maddi vergi normlarında soyut sebep unsuru “soyut anlamda vergiyi doğuran olay” olarak ifade edilmektedir. Bkz. M.Akkaya, **Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.24 vd.

⁵⁴⁰ Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu gib özel vergi hukukuna ilişkin maddi vergi normlarında tarh işleminin sebep unsuru “vergiyi doğuran olay” olarak adlandırılmaktadır (M.Öncel, A. Kumrulu, N. Çağan, 2003, s.92). Bu çerçevede tipiklik(subsumsiyon sürecinde) vergiyi doğuran olay küçük önermeyi oluşturmakta olup her zaman yaşamda gerçekleşen maddi veya hukuki etkeni ifade etmektedir.

tanınmamıştır. Zira söz konusu normu uygulayan idarenin davranış koşulu gerçekleştiğinde alabileceği tek karar “teminat isteme”dir. Bunun anlamı bu norm bakımından idarenin bağlı yetkiyle donatıldığıdır. Ne var ki, tam-eksik normların hukuki sonuç unsurunu içermesi idarenin mutlak olarak bağlı yetkiyle donatıldığı anlamına gelmemektedir. Bu durum aşağıdaki örnekle açıklanmaya çalışılacaktır.

2. Örnek(İdarenin Takdir Yetkisiyle Donatıldığı Düşünülebilecek Bağımsız Norm)

B.Ö: 6183 sayılı AATHUK m.9/2: “Türkiye’de ikametgâhi bulunmayan amme borçlusunun durumu, amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa(Soyut sebep unsuru), tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir”. (Soyut konu unsuru)

K.Ö: Türkiye’de ikametgâhi bulunmayan amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstermektedir. (Teminat isteme işleminin sebep unsuru)

Sonuç(Yaratılacak Birel Norm/İdari İşlem): O halde, teminat istenebilir.

Yukarıdaki norm da önceki gibi birel norm yaratabilen bağımsız bir vergi normdur. Bu normun öncekinden farkı birel norm yaratmaya özgülünmüş hukuki sonuç unsurunun ifade ediliş tarzında yatmaktadır. Zira her iki bağımsız normdan da yaratabilecek tek birel norm/idari işlem “teminat isteme” işlemidir. Ancak birinci normda soyut sebep (davranış koşulu) gerçekleştiğinde idarenin alabileceği tek karar “teminat istemek”tir. Oysa ikinci bağımsız normda soyut sebep (davranış koşulu) gerçekleştiğinde idarenin “teminat isteme” kararının yanı sıra işlem tesis etmeme yetkisinin de var olduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla, örnek normun dildeki yapısı ilk bakışta idareye iki seçenek arasında tercihte bulunma yetkisi verildiğini düşündürmektedir. Bununla birlikte hukuki sonuç unsurunun dildeki ifade ediliş tarzı idarenin mutlak olarak takdir yetkisiyle donatıldığı anlamına gelmemektedir. Esasen burada takdir yetkisinin varlığı normun amaç unsuru bakımından yapılacak ilave bir

değerlendirmeye göre saptanmalıdır. Bu sorunun çözümlenmesinin aşağıda⁵⁴¹ ele alınacağını işaretleyerek vergi hukuku dışında başka bir örnekle takdir yetkisini sergileyelim.

Örnek-3 (İdarenin Takdir Yetkisiyle Donatıldığı Bağımsız Norm)“5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 148/b)

B:Ö: *“Bu Kanun veya bu Kanuna istinaden çıkarılan düzenlemelerde yer alan sınırlamalara uyulmaması hâlinde(a) aykırılık oluşturan tutarın binde beşine kadar,... İdarî para cezası uygulanır(b)”*.

a: (Soyut sebep unsuru)

b: (Soyut konu unsuru)

K.Ö: Bu kanunda yer alan sınırlamalara uyulmamıştır.

(İdari para cezasının sebep unsurunun gerçekleşmesi)

Sonuç-1: O halde, aykırılık oluşturan tutarın binde 1’i kadar idari para cezası uygulanabilir.

Sonuç-2: O halde, aykırılık oluşturan tutarın binde 2’si kadar idari para cezası uygulanabilir.

Sonuç-3: O halde, aykırılık oluşturan tutarın binde 3’ü kadar idari para cezası uygulanabilir⁵⁴².

Görüldüğü üzere yukarıdaki normda, tesis edilecek para cezasının sebep unsuru gerçekleştiğinde idareye hukuk dünyasında iki veya daha fazla sonuç doğuran kararlardan birini tercih etme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle söz konusu eksik normda idare takdir yetkisiyle donatılmıştır.

⁵⁴¹ Bkz.s. 163 vd.

⁵⁴² Normun sınırları dâhilinde seçenekleri çoğaltmak mümkündür.

Örnek normlarda da sergilendiği üzere birel idari işlem tesis etmek soyut sebep (davranış koşulu) gerçekleştiği takdirde tam-eksik normlarda soyut konu unsurunun somut ve özel durumda geçerli olduğunu belirlemek anlamına gelmektedir. Bu çerçevede takdir yetkisi, soyut konu (hukuki sonuç) unsurunda idareye iki veya daha fazla seçenek arasından birini tercih etme imkânı tanınıp tanınmadığıyla ilintilidir. Öte yandan tam-eksik normun konu (hukuki sonuç) unsurunda idareye tercihte bulunma imkânı tanınıp tanınmadığıysa hukuki sonucun dilde ne şekilde ifade edildiği meselesidir. Burada kesin olarak söylenebilecek şey hukuki sonucun “yapılır, istenir vb.” biçimlerde emir kipinde ifade edildiği durumlarda idarenin bağlı yetkisinin bulunacağıdır. Buna ilavaten tam-eksik normlardaki soyut sebebin (davranış koşulunun) gerçekleşmesi, hangi sonucu doğuran kararın alınacağına değil; herhangi bir kararın alınıp alınmayacağına ilişkindir. Zira subsumsiyon(tipiklik) sürecinde birel norm yaratmak bağımsız normda soyut olarak öngörülen davranış koşulunun evetlenmesine bağlıdır. Bu nedenle birel norm yaratırken soyut sebep unsurunda takdir yetkisi bulunmamaktadır.

ab. Açık Vergi Normları Bakımından

Açık normlar, soyut sebebi (davranış koşulunu) barındırmayan bağımsız normlardır. Bu normlarda sadece soyut konu (hukuki sonuç) unsuru öngörülmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, vergi hukukunda açık maddi vergi normu bulunması olanaklı değildir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere AY m.73/3’de yer alan vergilerin yasallığı ilkesi gereği maddi vergi normlarında soyut sebep ve konu unsurlarının her ikisinin de yasada düzenlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte şekli vergi normlarında açık normlara rastlanabilir.

Diğer taraftan daha önce de belirtildiği üzere⁵⁴³ takdir yetkisi bağımsız normun soyut konu (hukuki sonuç) unsuruna ilişkindir. Bu nedenle açık normlarda soyut sebep (davranış koşulu) unsurunun normda düzenlenmemiş olmasının takdir yetkisinin varlığına bir etkisi bulunmamaktadır. Zira bağımsız normdan birel idari

⁵⁴³ Bkz.s.115 vd.

işlem tesis etmek, bağımsız normdaki soyut sebep(davranış koşulunun) unsurunun yaşamda gerçekleştiğinin saptanmasıyla olmaktadır. Bu açıdan birel idari işlem tesis ederken idarenin sebep unsurunu (küçük önermeyi) tercih etme yetkisi bulunmamaktadır. Bağımsız normu uygulayacak idarenin görevi gerçekleşen olayın salt fotoğrafını çekmekten ibarettir⁵⁴⁴. Ancak yine de açık bir normdan birel normun nasıl yaratılacağı ve bu normlarda takdir yetkisinin konumu metodolojik olarak ele alınmalıdır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere⁵⁴⁵, sebep unsurunun yasalarda düzenlenmediği durumlarda söz konusu unsurda idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı öğretide hâkim görüşü oluşturmaktadır. Aşağıdaki örnekle açık normdan birel norm tesis etme sürecini gösterebiliriz⁵⁴⁶.

Örnek:

B.Ö(657 sayılı DMK m.76): “Kurumlar görev ve ünvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları... naklen atayabilirler”

(Soyut Konu/Hukuki Sonuç)

K.Ö-1: Memur A, memuriyetle bağdaşmayacak ve kendisine duyulan itibar ve güven duygusunu sarsacak davranışlarda bulunmuştur⁵⁴⁷.

K.Ö-2: Memur A, görevinde başarısız olmuştur⁵⁴⁸.

K.Ö-3: Memur A, uzun süre aynı yerde görev yapmıştır⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ Şüphesiz bazı durumlarda davranış koşulu maddi değil ve fakat hukuki bir olaya bağlanmaktadır. Bu tür durumlarda bağımsız normdaki soyut davranış koşulunun yaşamda gerçekleşip gerçekleşmediği hukuki nitelendirme sorununa dönüşmektedir.

⁵⁴⁵ Bkz.s.108 vd.

⁵⁴⁶ Kuramsal olarak vergi hukukundaki şekli vergi normlarının açık norm olabileceği belirtilmiş olmakla birlikte, vergi hukuku yasalarında örnek teşkil edebilecek bir norma rastlanılmamıştır. Bu nedenle örnek idare hukukundan seçilmiştir.

⁵⁴⁷ Örnek DŞ. 5.D. E: 1992/2137, K:1992/3029 sayılı karardan alınmıştır.

⁵⁴⁸ Örnek DŞ. 5.D. E: 1998/2342, K:1999/853 sayılı karardan alınmıştır.

⁵⁴⁹ Örnek DŞ. 5.D. E: 1998/4339, K:1999/967 sayılı karardan alınmıştır.

Sonuç(Birel İdari İşlem): O halde, Memur A naklen atanabilir.

Görüldüğü üzere örnek normda tesis edilecek birel idari işlemin soyut sebep (davranış koşulu) unsuru düzenlenmemiştir. Söz konusu normda “naklen atanabilir” ifadesiyle işlemin salt soyut konu (hukuki sonuç) unsuru düzenlenmiştir. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığı meselesi “naklen atanabilir” ifadesinde idareye tercihte bulunma yetkisi verilip verilmediğiyle ilgilidir. Bu çerçevede açık normlarda, tipiklik (subsumsiyon) sürecinde geçerli olan soyut sebep-konu bağlantısı diğer bir anlatımla nedensellik ilişkisi gözlemlenmemektedir. Bu tür normlarda küçük önerme olarak adlandırılan gerçekleşen olay, açık normdaki eksik davranış koşulunun yerine geçmektedir. Söz gelimi örnekteki bağımsız norm(büyük önerme), “*Memurlar uzun süre aynı yerde görev yapmışlarsa, naklen atanabilir*” ya da “*Memurlar, görevlerinde başarısız olmuşlarsa, naklen atanabilir*” biçimine dönüşmektedir. Bu durum ise yukarıda da belirtildiği üzere soyut sebep unsurunun açık veya zımni düzenleyici idari işlemle saptanması anlamına gelmektedir. Zira bu tür normlar bakımından soyut sebep unsurunu konu edinen düzenleme yapmak AY m.10’da yer alan eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Bu doğrultuda söz konusu normların uygulanması sürecinde büyük önermede varsayımsal olarak yaratılan soyut sebep (davranış koşulu) evetlenmekte ve sonuç önermesinde de birel idari işlemin tesis edilebileceği sonucu çıkarılmaktadır.

Öte yandan açık normlarda hukuka uygunluk denetiminin tam-eksik normlardan farklı bir süreci izlediğinin de belirtilmesi gerekir⁵⁵⁰. Zira bu tür normların yasallık denetiminde normun amacı devreye girecektir⁵⁵¹. Bu bağlamda sebep unsuru bakımından yapılacak hukukilik denetiminde normun amacı büyük önerme konumunda olacaktır⁵⁵². Bu doğrultuda idarenin hukuka uygun işlem tesisi, yaşamda saptadığı olayın (küçük önermenin) normun amacını gerçekleştirmeye yönelik olmasına bağlıdır. Eğer idarenin dayandığı sebep normun amacını

⁵⁵⁰Hatta bu farklılık, soyut sebebin “gerekli görülen haller”, “lüzum” gibi sübjektif anlama sahip belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlar bakımından geçerlidir. Bu konuya ileride değinilmiştir. Bkz. s.137vd.

⁵⁵¹ Bkz. M.Günday, 2003, s.143

⁵⁵² Bu denetimde normun amacı kategorik önerme niteliğindedir. Dolayısıyla buradan yapılacak kıyas da hipotetik değil ve fakat kategorik kıyas olacaktır.

gerçekleştirmeye yönelikse, hukuki olay-hukuki sonuç arasındaki nedensellik bağı kurulmuş demektir. Eğer gerçekleşen olay normun amacıyla bağlantılı değilse durum tam tersidir.

Sonuç olarak açık normlarda idare, normun amacı bakımından bir analiz yaparak işlemi tesis etme yetkisinin olup olmadığını saptayacaktır. Bu durum modus ponens biçimindeki hipotetik kıyaslarda, sonucun doğmasının önbişenin olumlanmasına bağılı olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla birel idari işlem tesisinde davranış koşulunun soyut tipte düzenlenmemesi hiç bir şekilde davranış koşulunu seçmek anlamına gelmemektedir.

c. Bağımlı Vergi Normlarının Uygulanması Sürecinde Takdir Yetkisi

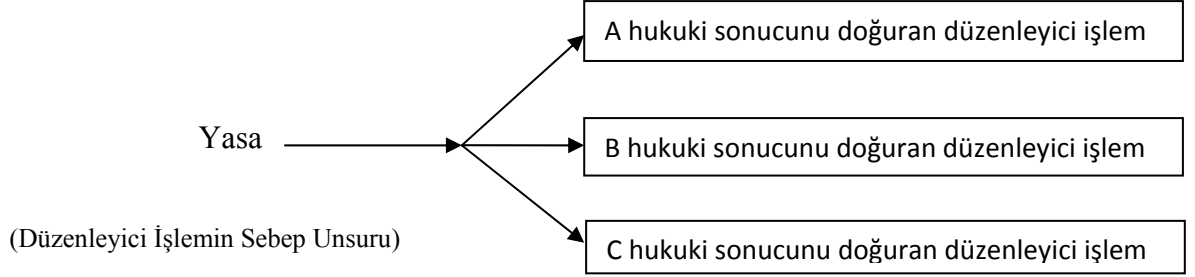
Daha önce de ifade edildiği üzere⁵⁵³ düzenleyici işlem tesisi bağımlı normun uygulanması anlamına gelmektedir. Bu çerçevede düzenleyici işlemler bakımından takdir yetkisini konumlandırmak bağımlı normun uygulanması süreci içerisinde ele alınmalıdır. İdarenin düzenleyici işlem tesisi kural olarak birel idari işlem tesisindeki tipiklik(subsumsiyon) sürecine bağlanmamıştır. Buna karşılık, istisnai olmakla birlikte uygulanacak üst normdan düzenleyici işlem tesis etme sürecinin hipotetik kıyas sürecine bağlandığı normlar da bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, düzenleyici işlem tesisi sürecinde takdir yetkisinin konumu ve varlığı da bağımlı normun uygulanması sürecinin hipotetik kıyasa bağlanıp bağlanmadığına göre değişmektedir. Bu nedenle konu ikili bir ayırım çerçevesinde ele alınacaktır

aa. Hipotetik(Koşullu) Kıyas Sürecine Bağlanmayan Durumlarda Düzenleyici İşlem Tesisi

Pozitif hukukta bir bağımlı normdan düzenleyici işlem tesis edilmesi süreci çoğu zaman hipotetik kıyas sürecine bağlanmamıştır. Bu tür bağımlı normların uygulanmasında tesis edilen düzenleyici işlemin kendisi takdir yetkisine dayanan

⁵⁵³ Bkz.s.101 vd.

idari işlem tesis etmek anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, idarenin üst normu uygularken yarattığı genel ve soyut norm iki veya daha fazla seçenek arasından tercihte bulunmaktadır. Bu açıklama düzenleyici işlemin unsurları bakımından şu şekilde sergilenmiştir:



Görüldüğü üzere, bu tür bağımlı normlarda soyut sebep (davranış koşulu) unsuru düzenlenmemiştir. Zira bu normlar hipotetik norm olarak öngörülmemişlerdir. Bu tür normlar idari işlemlerin secundum legem/türev niteliği gereği düzenleyici idari işlemin sebep unsurunu oluşturur. Diğer taraftan bu normların uygulanması sürecinde düzenleyici işlem tesis etmek takdir yetkisine dayanan genel ve soyut norm yaratmak anlamına gelmektedir. Zira burada idare yasanın uygulanmasını sağlamak üzere ve yasaya aykırı olmamak koşuluyla istediği hukuki sonucu doğuran düzenleyici işlemi tesis edebilecektir. Bu tür bağımlı normlardan düzenleyici işlem tesis edilme sürecinde iki tür olasılık mevcuttur. Aşağıda bu olasılıklarda takdir yetkisinin konumu vergi normları temel alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

aaa. Birel İdari İşleme Dayanak Oluşturmayan Vergi Normlarından Düzenleyici İşlem Tesisi

Bu olasılıkta hipotetik norm olarak öngörülmemiş bir bağımlı normdan(yasadan) alt kademede bağımlı veya bağımsız düzenleyici işlem tesis edilmektedir. Bu süreç en çok gözlemlenebilen düzenleyici işlem tesis etme

sürecidir⁵⁵⁴. Bu olasılıkta düzenleyici işlemin dayandığı yasa hükmünden tek başına birel idari işlem tesis etme olanaklı değildir. Dolayısıyla bu tür bir yasa hükmünün birel idari işleme göre de konumu bağımlı norm olmaktadır. Bu çerçevede tanım türündeki bir bağımlı normu daha somut hale getiren bir düzenleyici işlem bu olasılığa örnek olarak verilebilir.

Söz gelimi, bir yasa hükmünün “otomobil” kavramını genel ifadelerle açıklayan bir tanım normu içerdiğini varsayalım. Söz konusu yasa hükmü doğrudan/tek başına birel norm yaratamayan salt bağımlı bir norm olacaktır. Bu bağlamda idare “otomobil” kavramını daha detaylı olarak açıklayan bir düzenleyici işlem tesis edebilir. İşte bu olasılıkta alt kademede yaratılan her düzenleyici işlem takdir yetkisinin görünümü olmaktadır. Başka bir anlatımla, bu olasılıkta üst norma aykırı olmamak koşuluyla yaratılan her genel ve soyut norm takdir yetkisinin kullanılmasından başka bir şey anlam taşımamaktadır. Öğretide sıklıkla dile getirilen idarenin düzenleyici işlem tesisinde sahip olduğu takdir yetkisinin birel idari işlem tesisindekilere oranla daha fazla olduğu yönündeki tespit bu noktada anlam kazanmaktadır⁵⁵⁵.

Bu tür bağımlı normlardan düzenleyici işlem tesis edilmesine vergi hukukundan pek çok örnek verilebilir. Bu bağlamda Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın 213 sayılı VUK m.227/4'de verilen yetkiyi kullanarak tesis ettiği 334 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği, bu tür düzenleyici işlemlere örnek teşkil etmektedir. Buna göre, anılan yasa hükmü Maliye Bakanlığı'na düzenlenmesi mecburî olan belgelerde bulunması gereken zorunlu bilgileri belirleme yetkisi vermiştir⁵⁵⁶. Söz

⁵⁵⁴ Anayasa normları genellikle hipotetik norm olarak ifade edilmedikleri için Anayasa normlarından yasa türünden genel ve soyut norm yaratmak bu olasılığa girmektedir. Bu çerçevede anayasa normundan tanım veya yorum normu gibi salt bağımlı bir norm yaratılması ya da tek başına bireysel norm yaratabilecek bir bağımsız norm yaratılması aşağıda açıklanacak süreci etkilemeyecektir.

⁵⁵⁵ Bkz. S.Üstün, 2007, s. 33; E. Bayraktar, 1976, s.267; B. Öztürk, 2006, s.112, dn:285

⁵⁵⁶ Benzer bağımlı normlara aşağıdaki maddeler örnek olarak verilebilir:

VUK m.5 (2365 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle değişen fıkra) Gelir Vergisi mükellefleri (4369 sayılı Kanunun 81/A-1 nci maddesiyle değiştirilen ibare): “ (Kazancı basit usulde tespit edilenler dahil)(1) ile sermaye şirketleri her yıl Mayıs ayının son gününe kadar vergi tarhına esas olan kazanç tutarları ile bunlara isabet eden vergi miktarlarını gösteren **(6111 Sayılı Kanunla değiştirilen ibare Yürürlük; 25.02.2011)** levhayı almak zorundadırlar.(6) İlan ve levhalara ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığınca belli edilir”.

konusu yasa hükmünün düzenleyici işleme (334 sıra no'lu Tebliğe) göre konumu bağımlı normdur. Diğer taraftan anılan yasa hükmü tek başına birel işlem tesis edemeyen bir hükümdür. Zira bu hüküm tek başına her hangi bir birel idari işlemin tesisini öngörmemektedir. Hükümün normlar sistemindeki fonksiyonu tek başına birel idari işlem tesis edebilen bağımsız normları tamamlamaktır. Bu doğrultuda anılan norm matrahın tespitinde kullanılacak belgeleri konu edinmekte ve bu belgelerin içeriğinin düzenlenmesi hususunda idareye yetki vermektedir. Söz konusu yetki de hava yolu taşımacılığında kullanılan yolcu biletlerinde yer alması gereken bilgileri içeren bir düzenleyici işlem tesis suretiyle kullanılmıştır. Bu bağlamda tesis edilen düzenleyici işleminde, söz gelimi düzenleme tarihinin yer alıp almayacağını seçmek idarenin takdir yetkisini kullanması anlamına gelir. Dolayısıyla söz konusu tebliğ, hava yolu taşımacılığı biletlerinin düzenleme tarihini içermesi veya içermemesi hukuki sonucunu bünyesinde barındırabilecektir. Sonuç olarak hangi hukuki sonucu doğurursa doğursun bu tür bir normdan düzenleyici işlem tesis edilmesi idarenin takdir yetkisine dayanan genel ve soyut norm yaratması anlamına gelmektedir. Ne var ki, düzenleyici işlem tesis etmenin hipotetik(koşullu) kıyas sürecine bağlanmadığı normlar yukarıdaki normlarla sınırlı değildir. Pozitif hukukta tek başına birel idari işlem tesis edilebilen bir yasadaki da düzenleyici işlem yaratılabilmektedir.

VUK m.241:” ... Bono, poliçe, çek, senet, tahvil, hisse senedi, finansman bonusu, kar ortaklığı belgesi ve benzeri kıymetli evrakın vergi belge düzenini sağlamak açısından ihtiva edeceği bilgileri belirlemeye Maliye ve Gümrük Bakanlığı yetkilidir”.

VUK m.252: “Vergi karnesinin şekli ve ihtiva edeceği bilgiler Maliye Bakanlığınca tespit olunur”.

KVK m.14/8:“Beyannamelerin şekil, içerik ve ekleri Maliye Bakanlığınca belirlenir. Mükellefler beyanlarını bu beyanname ile yapmak veya bu beyannamelerde yazılı bilgilere uygun olarak bildirmek zorundadır”.

VUK m.42 :“...Ortalama kar hadlerinin tayininde nazara alınacak esaslar Maliye Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirtilir”

aab. Birel İdari İşleme Dayanak Oluşturan Vergi Normlarından Düzenleyici İşlem Tesisi

Bu olasılıkta tek başına birel idari işlem tesis edilebilen bir normdan bağımlı veya bağımsız düzenleyici işlemler yaratılmaktadır. Daha önce de açıkladığımız üzere birel norm yaratabilen normlar bağımsız norm olarak adlandırılmakta ve bu normlar her zaman hipotetik norm olarak ifade edilmektedir. Söz gelimi, Karayolları Trafik Kanunu'nda “*Her kim tehlikeli araç kullanırsa, 100 TL'den 500 TL'ye kadar idari para cezasına çarptırılır*” biçiminde bir norm bulunduğunu varsayalım. Görüldüğü üzere bu norm soyut sebep(davranış koşulu)-soyut konu (hukuki sonuç) unsurlarını barındıran hipotetik bir normdur. Diğer taraftan bu norm aynı zamanda doğrudan/tek başına birel norm yaratabilecek nitelikte olduğundan birel idari işleme(norma) göre bağımsız bir normdur. Şimdi bu normdan(ki bu durumda bağımlı norm olacaktır) genel ve soyut başka bir norm yaratılmasının takdir yetkisine etkisini inceleyelim.

Yasa-düzenleyici işlem ilişkisi çerçevesinde değerlendirilecek bu ilişkide idare, hangi soyut sebebin (davranış koşulunun) hangi soyut konuyu (hukuki sonucu) doğuracağını belirleyen düzenleyici işlemler tesis edebilecektir. Bu çerçevede idare çıkaracağı yönetmelikle “tehlikeli araç kullanmak” koşulunun içeriğini belirgenleştirip bu davranış koşullarına farklı hukuki sonuçlar bağlayabilir. Örneğin, hatalı sollama yapan kimseye 200 TL, hız limitini 10 km aşan kimseye 300TL, 30 km aşan kimseye 400 TL idari para cezası verilir gibi⁵⁵⁷. Dolayısıyla bu içerikte yaratılan düzenleyici işlem bağımsız norm yaratılması anlamına gelecektir. Zira söz konusu normlar tek başlarına birel norm yaratabilmektedir. Ancak bu durum düzenleyici işlemin dayandığı yasanın düzenleyici işleme göre bağımlı norm olma niteliğini değiştirmemektedir.

Diğer taraftan bağımsız bir normdan bağımlı norm niteliği taşıyan başka bir norm da yaratılabilir. Söz gelimi yukarıdaki örnekteki bağımsız normun “*Her kim*

⁵⁵⁷ Diğer taraftan idare bu olasılıkta bireysel idari işlemde sahip olduğu takdir yetkisini düzenleyici işleme objektif hale getirmektedir.

tehlikeli araç kullanırsa, 500 TL idari para cezasına çarptırılır” biçiminde olduğunu varsayalım⁵⁵⁸. Görüldüğü üzere bu normdaki “tehlikeli araç kullanmak” olarak belirlenen soyut sebep (davranış koşulu) “belirsiz” bir kavramla öngörülmüştür. İdare bu belirsizliği gidermek üzere “tehlikeli araç kullanmak, hatalı sollama yapmak ve hız limitlerinin üzerinde seyretmektir” hükmünü öngören bir yönetmelik çıkardığında esasen alt kademedede bağımlı norm yaratmış olacaktır. Zira bu norm tehlikeli araç kullanmayı somutlaştıran, tek başına birel norm yaratamayan ve fakat bir bağımsız normun uygulanmasının sağlayan norm olmaktadır.

Dolayısıyla bu olasılıkta her ne kadar üst norm birel norm yaratabilen hipotetik bir normsa da bu özellik, bu tür normlardan hareketle yaratılan genel ve soyut norm açısından önem arz etmemektedir. Bu çerçevede bu tür bir normdan düzenleyici işlem tesis etme süreci tipiklik (subsumsiyon) sürecine tabi olmayacaktır. Bu nedenle, diğer olasılıkta takdir yetkisine ilişkin yapılan belirlemeler bu olasılık için de aynen geçerlidir. Bu bağlamda bu olasılıkta yaratılan düzenleyici işlemler de yasanın (bağımlı normun) sınırları çerçevesinde tercihte bulunma anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu olasılıkta düzenleyici işlemler tesis etmek takdir yetkisinin dayanan genel ve soyut işlem tesis etmektir.

Görüldüğü üzere bu tür yasaları uygulayan düzenleyici işlemler, yasanın soyut sebep(davranış koşulu) ve/veya soyut konu (hukuki sonuç) unsurunu somutlaştıran düzenlemeler içermektedir. Vergi hukukunda maddi vergi normları bakımından bu tür düzenleyici işlemlerin bulunması vergilerin yasallığı ilkesi(AY m.73/3) gereği olanaklı değildir⁵⁵⁹. Zira vergi borcunun doğumunu ve sona ermesini içeren normlarda soyut sebep-konu unsurlarının yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu unsurlar idarenin düzenleme yetkisinin dolayısıyla da takdir yetkisinin dışında kalmaktadır.

⁵⁵⁸ Bu tür normlardan düzenleyici işlem tesis edilmesine örnek olarak 4054 sayılı Rekabet Kanunu m.16 hükmünü uygulayan “ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” verilebilir. Söz konusu yönetmelik para cezasının tespitine yönelik hükümler barındırmaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenleyici işlem bağımsız normun salt soyut konu unsuruna düzenlemeler içermektedir.

⁵⁵⁹ Bu saptama olması gereken hukuka ilişkin bir saptamadır.

Bununla birlikte şekli vergi normları ile vergisel kabahatleri öngören normlar bakımından bu olasılık gerçekleşebilir. Bu doğrultuda söz konusu olasılığa VUK m.353/2'yi uygulayan 334 ve 385 sıra no'lu VUK Genel Tebliği verebiliriz. Zira VUK m.353/2⁵⁶⁰ hükmünden tek başına birel idari işlem tesis edilebildiğinden (özel usulsüzlük cezası) bağımsız norm niteliği taşımaktadır. Bu nedenle söz konusu hüküm soyut sebep-konu unsurlarını içeren bir hipotetik (koşullu) norm olarak düzenlemiştir. Bu çerçevede anılan hükümde soyut konu (hukuki sonuç/yaptırım) unsuru öngörülmüş olmakla birlikte⁵⁶¹, soyut sebep unsurunun belirlenmesinde idareye düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Buna göre, VUK m.353/2'ye⁵⁶² göre kesilecek özel usulsüzlük cezalarının soyut sebep unsurlarından biri Maliye Bakanlığı'nca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin düzenlenmemiş olmasıdır. Söz konusu hüküm uyarınca idare belge düzenleme zorunluluğu getirme hukuki sonucunu doğuran düzenleyici işlemler tesis ettiğinde takdir yetkisine dayanan genel ve soyut norm yaratmış olacaktır.

ab. Düzenleyici İşlem Tesis Etmenin Hipotetik (Koşullu) Kıyas Sürecine Bağlandığı Durumlarda

Bu olasılıkta idareye düzenleme yetkisi veren bağımlı norm, hipotetik norm olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada yasadan (üst normdan) genel ve soyut norm yaratılması süreci tipiklik(subsumsiyon) sürecine bağlanmıştır. Bu saptamanın çalışma bakımından önemi, bu tür normlarda düzenleyici işlem tesis etmenin takdir yetkisine dayanan idari işlem tesis etmek anlamına geldiğinin doğrudan söylenememesidir. Dolayısıyla bu normlarda idarenin takdir yetkisiyle mi yoksa

⁵⁶⁰ **Madde 353-2. (4108 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle değişen bent):** “Perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgelerin; düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tespiti halinde, her bir belge için **(4369 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle belirlenen miktar)** 10.000.000 lira **(402 Sıra No.lu V.U.K Genel Tebliği ile 1.1.2011'den itibaren 170 -TL)** özel usulsüzlük cezası kesilir”.(***)

⁵⁶¹ VUK m.353/2'de ,10.000.000 lira **(402 Sıra No.lu V.U.K Genel Tebliği uyarınca 1.1.2011'den itibaren 170 –TL)**tutarında özel usulsüzlük cezası kesilmesi olarak öngörülmüştür.

⁵⁶² Aynı doğrultuda bkz. VUK m.353/4

bağlı yetkiyle mi donatılmış olduğu ancak soyut konu(hukuki sonuç) unsurunun incelenmesi sonucunda saptanabilecektir. Bu nedenle, söz konusu normlar uyarınca idarenin düzenleme yetkisini kullanması bağlı yetkiye ya da takdir yetkisine dayanabilecektir. Başka bir anlatımla, yukarıda söz edilen düzenleyici işlemlerin aksine, bu olasılıktaki normları doğrudan takdir yetkisine dayalı genel ve soyut düzenleyici işlemler olarak nitelemeyiz.

Düzenleyici işlem tesis etmenin hipotetik kıyas sürecine bağlandığı normlara vergi hukukundan pek çok örnek verilebilir. Bu tür normlar her ne kadar hipotetik kıyas sürecini içermekteyse de, söz konusu normların genellikle soyut sebep unsurunu(davranış koşulunu) içermediği görülmektedir. Kanaatimizce bu normlardan yaratılan düzenleyici işlemlerin mutlak olarak takdir yetkisine dayandığı yanlılığına da bu özellik nedeniyle düşülmektedir. Bu tür normlara KDVK m.28/1’de yer alan “...Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, % 1’e kadar indirmeye, bu oranlar dâhilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir” hükmüyle 6183 sayılı AATUHK m.51/4’de yer alan “Bakanlar Kurulu, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkilidir” hükümleri verilebilir⁵⁶³.

Görüldüğü üzere, yukarıda verilen örnek normlar soyut sebep unsurunu içermemektedir. Bununla birlikte, söz konusu normlar hipotetik normlardır. Dolayısıyla bu normların uygulaması sürecinde idare, yaşamda gerçekleşen sebebi normun amacına ulaşılması bakımından değerlendirecek ve düzenleyici işlem tesis

⁵⁶³ Benzer yapılı bağımlı normlara aşağıdaki maddeler örnek olarak verilebilir:

KVK m.10/1-d-10 : “Bakanlar Kurulu, bölgeler ve faaliyet türleri itibarıyla bu oranı, yarısına kadar indirmeye veya kanunî seviyesine kadar getirmeye yetkilidir”.

KVK m.11-ı: “Her türlü alkol ve alkollü içkiler ile tütün ve tütün mamullerine ait ilan ve reklam giderlerinin % 50’si. Bakanlar Kurulu bu oranı % 100’e kadar artırmaya veya sifra kadar indirmeye yetkilidir”.

etme yetkisi bulunup bulunmadığını saptayacaktır. Bu çerçevede söz konusu yapıyı içeren normlar bakımından düzenleyici işlemin sebep unsuru türevsel niteliği vurgulayan yasanın ötesinde bir anlam taşıyacaktır. Diğer bir ifadeyle idare bu tür normlar bakımından varsayımsal bir soyut sebep(davranış koşulu) gerçekleşmişse harekete geçebilecektir. Bu sonuç, hipotetik kıyaslarda büyük önermeden hukuki sonuç çıkarmanın mantıksal sonucudur.

Diğer taraftan düzenleyici işlem tesis edilmesinin hipotetik kıyas sürecine bağlandığı bazı normlarda soyut sebep unsuru açıkça düzenlenebilmekte veya “belirsiz kavramlar”la da ifade edilebilmektedir. Bu tür hipotetik normlar soyut sebebi(davranış koşulunu) barındırdığından yaşamda hangi sebebin gerçekleşmesi durumunda idarenin düzenleme yetkisini kullanabileceğini tespit etmek göreceli olarak daha kolaydır. Bununla birlikte soyut sebebin objektif anlama sahip olmayan belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlarda düzenleme yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağına tespiti zorlu bir süreç teşkil etmektedir. Zira bu olasılıkta yaşamda gerçekleşen sebebin belirsiz kavrama atlanıp atlanamayacağı bir hukuki nitelendirme sorununa dönüşebilmektedir⁵⁶⁴.

Soyut sebebin açıkça veya belirsiz kavramlarla düzenlendiği bu tür normlara örnek olarak Maliye Bakanlığı’na, gerekli görülen diğer hallerde, vergiye tabi işlemlere taraf olanları vergi sorumlusu yapma yetkisi veren KDVK m.9⁵⁶⁵ hükmü ile yine Maliye Bakanlığı’na mücbir sebebin varlığı halinde, bölge, il, ilçe itibarıyla mücbir sebep hali ilan etme yetkisi veren VUK m.15/3 hükmü⁵⁶⁶ verilebilir⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ M.Günday, 2003, s.143

⁵⁶⁵ **KDVK m.9/1:** “Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanunî merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağına emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir”. Bu hükümde “*mükellefin ikametgâhının, işyerinin, kanunî merkezi ve iş merkezinin bulunmaması halleri*”soyut sebebin açıkça düzenlendiği hallere örnek olarak verilebilir.

⁵⁶⁶ **VUK m.15/3:** “Maliye Bakanlığı, mücbir sebep sayılan haller nedeniyle; bölge, il, ilçe, mahal veya afete maruz kalanlar itibarıyla mücbir sebep hali ilân etmeye ve bu sürede vergi ödevlerinden yerine getirilemeyecek olanları tespit etmeye yetkilidir. Bu yetki vergi türleri ve işyerleri itibarıyla; beyannamelerin toplulaştırılması, yeni beyanname verme süreleri belirlenmesi ve beyanname verme zorunluluğunun kaldırılması şeklinde de kullanılabilir”.

⁵⁶⁷ Benzer yapıyla bağımlı normlara aşağıdaki maddeler de örnek olarak verilebilir:

Sonuç olarak bu tür normlarda soyut sebep hangi şekilde düzenlenmiş olursa olsun söz konusu unsurun takdir yetkisinin varlığına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere takdir yetkisinin varlığı normun soyut konu unsuruyla ilgilidir. Dolayısıyla bu tür normu uygulayan bir düzenleyici işlemde idarenin belirli bir hukuki sonucu veya farklı hukuki sonuçları doğurabilecek işlem tesis edip edemeyeceği normun amacı çerçevesinde yapılacak bir analizi gerekli kılmaktadır. Düzenleyici işlemler bağlamındaki tespitlerimizin birel işlemler bakımından yaptığımız tespitten farklı olmadığı da açıktır.

B. DEĞERLENDİRME YETKİSİNİN TAKDİR YETKİSİNDEN AYRIŞTIRILMASI

Öğretideki hâkim görüş, idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisinin bulunabileceği yönündedir⁵⁶⁸. Bu görüşe göre soyut sebep belirsiz kavramlarla öngörülümüşse veya hiçbir surette düzenlenmemişse idarenin işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi olabilir⁵⁶⁹. Bu çerçevede tartışmalar çoğunlukla soyut sebebin belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Belirsiz kavram objektif bir anlama sahip olduğunda takdir yetkisinden bahsedilemeyecek; buna karşılık belirsiz kavramın yaşamda gerçekleşip gerçekleşmediği idarenin subjektif değerlendirmeleriyle saptanabiliyorsa idarenin takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna varılacaktır⁵⁷⁰. Aynı ölçüt teknik takdir

KVK m.13/2: “İlişkili kişi; ..Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

VUK m. 318: “...Maliye Bakanlığı tespit ve ilan ettiği amortisman nispetlerini gerektiğinde değiştirmeye ve amortismanlarla ilgili hususları tespite yetkilidir”.

VUK m. 263: “... Normal temevvüçler dışında fiyatlarda bariz kararsızlıklar görülen hallerde, son muamele günü yerine değerlemeye takaddüm eden 30 gün içindeki ortalama rayici esas olarak aldirmaya Maliye Bakanlığı yetkilidir”.

⁵⁶⁸ Bkz. s.108 vd.

⁵⁶⁹ H.Kalabalık, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları Ve Yargısal Denetim”, **GÜHFD**, C:1, S:1, 1997, s.214-216 (“1997a” olarak atıfta bulunulacaktır); M.Günday, 1990, s.149; Ş.Karatepe, 1991, s.74, S.Üstün, 2007, s.26-27; A.H.Tuncay, 1972, s.136-137

⁵⁷⁰ H.Kalabalık, 1997a, s.214; M.Günday, 1990, s.149; Ş.Karatepe, 1991, s.74, S.Üstün, 2007, s.26-27; A.H.Tuncay, 1972, s.136-137

halleri olarak adlandırılan ve sebep unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini idarenin teknik, bilgi ve uzmanlığıyla tespit ettiği durumlar için de geçerlidir⁵⁷¹. Halbuki, bizim savunduğumuz görüşe göre, hipotetik (koşullu) bir normda idarenin takdir yetkisi her zaman soyut konu (hukuki sonuç) unsuruyla ilgilidir. Dolayısıyla da idare takdir yetkisini ancak idari işlemin konu unsurunda kullanabilir.

Yukarıdaki tartışma idari yargı denetiminin sınırlarını çizmek bakımından önemlidir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı durumlarda işlemin yerindelik kısmı yargısal denetimin dışında kalacaktır. Dolayısıyla idari işlemin sebep unsurunda da idarenin takdir yetkisiyle donatılabileceği sonucuna ulaşılması idari yargı denetiminin sınırlarının daraltılması anlamına gelecektir.

1. DEĞERLENDİRME YETKİSİ

Bu çalışmada savunulan, idarenin yasalarda soyut sebebin belirsiz kavramlarla ifade edildiği veya yasanın soyut sebebi hiçbir şekilde düzenlemediği durumlarda işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi olamayacağı görüşü Türk Hukuku'nda farklı bir kavramla ifade edilmektedir. Buna göre, Türk Hukuku'nda soyut sebebin belirsiz kavramlarla öngörüldüğü veya düzenlenmediği durumlarda idarenin takdir yetkisi değil; "değerlendirme marjı" vardır⁵⁷².

Bilindiği üzere, yasada soyut sebebin belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlarda idare, belirsiz kavramı yorumlamakta ve yaşamda gerçekleşen olayın belirsiz kavrama altlanıp altlanamayacağını saptamaktadır. Aynı şekilde soyut sebebin yasada öngörülmediği durumlarda da idare yaşamda gerçekleşen olayın işlemin sebebini oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektedir⁵⁷³. İşte idarenin sebep unsurunu değerlendirdiği bu tür durumlar değerlendirme marjı olarak

⁵⁷¹ H.Kalabalık, 1997a, s.216; ; Ş.Karatepe, 1991, s.75; S.Üstün, 2007, s.27-28

⁵⁷² K.Gözler, 2003, C:1, s.820. Değerlendirme marjı kavramı Alman Hukuku'ndan Türk Hukuku'na aktarılmıştır. Bkz. M. Künnicke, 2007, s.79

⁵⁷³ K.Gözler, 2003, C:1, s.821. Bununla birlikte GÖZLER, değerlendirme marjı içerisinde görmesine rağmen soyut sebebin açıklanmadığı durumlar açısından bir belirleme yapmamaktadır.

adlandırılmakta ve takdir yetkisinden ayrıştırılmaktadır⁵⁷⁴. İdari işlemin sebep ve konu unsurlarına ilişkin bu tespitin pratik sonucuysa idarenin değerlendirme marjında yaptığı nitelendirmenin hukukilik denetimine tabi olması; buna karşılık takdir yetkisinin ise söz konusu denetimin kapsamı dışında kalmasıdır⁵⁷⁵. Ne var ki, Alman Hukuku'nda "değerlendirme marjı" kavramının anlamı Türk Hukuku'ndakinden farklıdır.

Alman Hukuku'nda da değerlendirme marjı kavramı takdir yetkisinden ayrı bir yetki olarak düşünülmektedir. Zira Alman Hukuku'nda sadece iki durumda idarenin takdir yetkisi olduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki "olağan takdir yetkisi/einfaches Ermessen"dir⁵⁷⁶. Olağan takdir yetkisi, soyut sebep(davranış koşulu/Tatbestand) ve soyut konu (hukuki sonuç/Rechtsfolge) unsurlarını içeren hipotetik(koşullu) normlarda görülmektedir⁵⁷⁷. Bu çerçevede çalışmamızda savunulan takdir yetkisi ve bağlı yetkinin normun soyut konu unsuruna ilişkin olduğu görüşü, Alman Hukuku'nda da geçerlidir. Nitekim Alman Hukuku'nda bağlı yetki durumunda soyut sebep (tatbestand) gerçekleşmişse alınacak tek bir karar bulunacağı; takdir yetkisindeyse birden fazla hukuki sonuç doğuran işlemin tesis edilebileceği belirtilmektedir⁵⁷⁸. Diğer taraftan, Alman Hukuku'nda, kural olarak soyut sebep unsurunda idarenin takdir yetkisi bulunmadığı; bu unsurun sadece tek bir doğru yorumu bulunduğu ifade edilmektedir⁵⁷⁹. Bunun anlamı idari işlemlerin sebep unsurunun tamamen idari yargı denetimine tabi olduğudur.

Takdir yetkisinin Alman Hukuku'ndaki ikinci türü planlama sürecine ilişkin yasalardaki (Planungsermessen) takdir yetkisidir. Planlama sürecine ilişkin yasalar hipotetik(koşullu) norm olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla söz konusu normlar soyut sebep(Tatbestand) ve konu(Rechtsfolge) unsurlarını bünyelerinde barındırmamaktadır. Bu tür normlara dayanan planlama kararları söz konusu

⁵⁷⁴ Bkz. K.Gözler, 2003, C:1, s.821

⁵⁷⁵ K.Gözler, 2003, C:1, s.821

⁵⁷⁶ M.Künnecke, 2007, s.78

⁵⁷⁷ İbid.

⁵⁷⁸ İbid. s.79

⁵⁷⁹ İbid, s.80

normlarda yer alan belirli bir programı gerçekleştirmeyi konu edinmektedir⁵⁸⁰. İdarenin planlama kararlarını tesis ederken daha geniş bir takdir yetkisine⁵⁸¹ sahip olduğu düşünülmektedir⁵⁸².

Buna karşılık, Alman Hukuku'nda "değerlendirme marjının/Beurteilungsspielraum" takdir yetkisinin dışında bir kavram olduğu düşünülmektedir⁵⁸³. Alman Hukuku'nda değerlendirme marjı yasanın hipotetik norm olarak ifade edildiği durumlarda gündeme gelebilmektedir. Buna göre soyut sebep unsurunun (tatbestand) "kamu yararı", "kamu ihtiyacı", "kamu güvenliği" vb. belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlarda idare, yaşamda gerçekleşen olayın belirsiz kavrama altlanabilip altlanamayacağını değerlendirmektedir⁵⁸⁴. İşte soyut belirsiz kavramın yaşamda gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilirken idareye yargısal denetim dışında kalan belirli bir marj bırakılmaktadır. Bu alanda idare soyut sebep unsurunun yaşamda gerçekleşip gerçekleşmediğini uzmanlığına dayalı bir değerlendirmeyle saptayabilmektedir⁵⁸⁵. İdarenin uzmanlığına dayalı bu alanda yapacağı değerlendirmelerin bir kısmı yargısal denetimin dışında bırakılmaktadır. Bu kısım idarenin sübjektif değerlendirme yapabildiği kısım olmakta ve değerlendirme marjı olarak ifade edilmektedir⁵⁸⁶. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda soyut sebebin

⁵⁸⁰ M.Künnecke, 2007, s.80

⁵⁸¹ Bu çerçevede Alman Federal İdare Mahkemesi'nin nükleer santral kurulması, iki bölgenin demiryolu hattıyla bağlanması gibi planlama kararlarını idarenin takdir yetkisi içerisinde görmektedir. Bkz. M.Künnecke, 2007, s.79

⁵⁸² Planlama kararlarının doğası gereği teknik ve uzmanlık gerektiren konulara ilişkin olması yargısal denetimin salt çıkarlar dengesinin kurulmasıyla sınırlı olması sonucunu doğurmaktadır. Bkz. M.Künnecke, 2007, s.79

⁵⁸³ M.Künnecke, 2007, s.78, dn:31. Türk Hukuku'nda aynı doğrultuda bkz. K.Gözler, 2003, C:1, s.821

⁵⁸⁴ M.Künnecke, 2007, s.79. Bu bağlamda, sınavlarda idarenin yaptığı değerlendirme, uzmanların (ekspertlerin) yaptığı değerlendirme işlemleri, bilimsel veya sanatsal değerlendirmelere dayanan idari işlemler; politik, iktisadi, sosyal veya kültürel konulardaki tahminlere dayalı kararlar açısından idarenin sübjektif değerlendirme alanı olduğu ve dolayısıyla, bu konularda yargı denetiminin sınırlı olduğu sonucuna ulaşmıştır (M.Künnecke, 2007, s.119-120)

⁵⁸⁵ M.Künnecke, 2007, s.79, 119-120

⁵⁸⁶ Dolayısıyla Alman Hukuku'ndaki değerlendirme marjı teorisinin, Türk Hukuku'nda belirsiz kavramlar açısından yapılan objektif anlama sahip belirsiz kavram-sübjektif anlama sahip belirsiz kavram ayırımına paralel olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, Fransız Hukuku'nda da yargının, teknik ve bilimsel alanlarda, tıp alanında, memurlara sicil notu verilmesi gibi alanlarda idarenin "açık değerlendirme hatası" olmadıkça, idarenin sebep olarak gösterdiği olayların, durumların, fiillerin hukuki nitelendirmesini denetlemediği ifade edilmektedir(Bkz. K. Gözler, 2003, Cilt:1, s.796 vd.). Fransız yazınında teknik karakterli tedbirler olarak adlandırılan bu tür durumlarda idari yargı

yaşamda gerçekleşip gerçekleşmediği objektif, nesnel, değer yargısı içermeyen bir şekilde saptanamıyorsa idarenin değerlendirme marjının bulunduğu sonucuna varılacağı söylenebilir⁵⁸⁷.

Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda sebep unsurunun belirsiz kavramla ifade edildiği durumlarda işlemin sebep unsurunun hukukilik denetimine tabi tutulduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, idarenin değerlendirme marjına sahip olduğu durumların ise bu kuralın istisnasını oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır. Başka bir anlatımla Alman hukuku'nda değerlendirme marjı hukukilik denetimine tabi bir durumu değil ve fakat bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda değerlendirme marjı kavramı Alman hukuku'ndaki kavramla örtüşmemektedir.

Bununla birlikte, bizim görüşümüze göre de, idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle işlemin sebep unsuru tamamen hukukilik denetimi içerisindedir. Çalışmada ileri sürülen görüş bu açıdan Türk ve Alman Hukuklarında yer alan görüşle paraleldir. Ne var ki, yukarıdaki kavramsal farklılık nedeniyle bu çalışmada idarenin sebep unsurunda sahip olduğu yetki, değerlendirme marjı yerine değerlendirme yetkisi kavramıyla ifade edilmiştir.

İdarenin değerlendirme yetkisinin işlemin sebep unsuruna; buna karşılık takdir yetkisinin işlemin konu unsuruna ilişkin olması normun uygulanması sürecinde her iki yetkinin konularının farklılaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu

denetiminin yapılması, böyle bir denetimin yüzeysel olacağı zira bu hallerde yargı yerinin ya idarenin ya da uzman bilirkişilerin kanaatlerini onaylamak durumunda olacağı açısından eleştirilmekte ve Fransız Danıştay'ının tutumu yerinde görülmektedir (Bkz. Odent, 1971-1972 s.1563-64'den ve Auby-Drago, 1962, s.71'den aktaran M.Oytan, 1990, s.154) Bu nedenle, bir ecza ürününün zehirli nitelikte olup olmadığı, bir tiyatro oyunun yeterli olup olmadığı gibi hususlarda Fransız Danıştay'ının asgari denetimle yetindiği belirtilmektedir (M.Oytan, 1985, s.43; M.Oytan, 1990, s.154). Asgari denetim için bkz. M.Oytan, 1990, s.154 vd.

Dolayısıyla, Fransız Hukuku'nda Alman Hukuku'ndaki "değerlendirme marjı teorisi"ne benzer bir yapının bulunduğu söylenebilir.

⁵⁸⁷ Bununla birlikte Alman İdari Yargısı'nda idarenin belirsiz kavramın saptanmasında değerlendirme marjı bulunup bulunmadığının kesin bir ölçüte bağlandığı söylenemez. Söz gelimi Alman Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) bir kararında (Bkz. BVerfGE 83-Josefine Muztenbacher) küçüklere zararlı olan yayınların saptanmasını değerlendirme marjı içerisinde görmemiş ve sebep unsurunu da yargısal denetime tabi kılmıştır (M.Künnecke, 2007, s.79-80).

noktada değerlendirme yetkisinin normun uygulanma sürecindeki konumundan da bahsetmek gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, normun uygulanması sürecinde değerlendirme yetkisi küçük önermeye karşılık gelmektedir. Bu konum aşağıdaki örnekte açıklanmaya çalışılmıştır:

B.Ö(VUK m.17/1) : *“Zor durumda bulunmaları hasebiyle(a) vergi muamelelerine müteallik ödevleri süresi içinde yerine getiremeyecek olanlara, kanunî sürenin bir katını, kanunî sürenin bir aydan az olması halinde bir ayı geçmemek üzere, Maliye Bakanlığınca münasip bir mühlet verilebilir(b)”.*

K.Ö: Vergi Ödevlisi A, zor durumda bulunmaktadır (İdari İşlemin sebep unsuru) .

Sonuç: O halde, Vergi ödevlisi A'ya mühlet verilebilir.

Görüldüğü üzere, VUK m.17/1 “mühlet verme” hukuki sonucunu doğuran birel idari işlemlerin tesisini konu edinen bağımsız bir normdur. Bu nedenle söz konusu norm soyut sebep (Zor durumda bulunmak-a) ve soyut konu (münasip bir mühlet vermek-b)unsurlarını içermektedir. Daha önce de açıklandığı üzere birel idari işlem tesis edilmesi normda yer alan soyut sebebin yaşamda gerçekleştiğinin saptanmasıyla olabilmektedir. Bu çerçevede değerlendirme yetkisi, yaşamda gerçekleşen olayın soyut sebebi gerçekleştirip gerçekleştirmediği meselesidir. Varsayalım ki, vergi ödevlisi A babasının geçirdiği ağır hastalık nedeniyle vergisel ödevlerini zamanında yerine getiremeyeceğini belirtip idareden mühlet verilmesini talep etmiş olsun. İşte vergi idaresinin ödevli A'nın babasının hastalığını zor durum kapsamında olup olmadığını saptaması bir hukuki nitelendirme meselesi olup değerlendirme yetkisini oluşturmaktadır. Bu çerçevede idarenin yapacağı hukuki nitelendirme tamamen hukukilik denetimi içerisinde yer alacaktır. Buna karşılık anılan hükümde idareye takdir yetkisi verilip verilmediğiye “münasip mühlet verme” hukuki sonucunu doğuran soyut konu unsuruyla ilgilidir. Bu bağlamda idare değerlendirme yetkisini kullanarak işlemin sebep unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini saptayacak ve buradan hareketle de uygun bir süre verip vermemeye karar verecektir. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisi de bu noktaya ilişkindir.

Pozitif hukukta hipotetik norm olarak ifade edilmiş bağımlı normlara da rastlanabildiği için bu normlara dayanan düzenleyici işlemlerin sebep unsuru bakımından da takdir yetkisi değil ve fakat değerlendirme yetkisi bulunacaktır. Bu doğrultuda KDVK m.9/1 hükmünde yer alan “*gerekli görülen diğer hallerde*” dayanılarak düzenleyici işlemler tesis edilmesi değerlendirme yetkisine örnek olarak verilebilir:

(B.Ö)KDVK m.9/1: “Mükellefin *..gerekli görülen diğer hallerde(a)* Maliye Bakanlığı, vergi alacağına emniyet altına alınması amacıyla, *vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir(b)*”.

(K.Ö)⁵⁸⁸ : Turizm acente, rehber ve benzerlerinin turist kabilelerini alışveriş etmeleri için belirli dükkânlara/mağazalara götürmeleri karşılığında bu işletmelerden aldıkları komisyonlar(hizmet ifası) nedeniyle tarhi gereken KDV alacağı güvence altında değildir. (Düzenleyici işlemin sebep unsuru)

Sonuç(Düzenleyici İşlemin Hukuk Dünyasında Yaratacağı Sonuç): O halde, hizmetten yararlanan işletmeler KDV sorumluluğuna tabi tutulabilir⁵⁸⁹.

Görüldüğü üzere KDVK m.9/1’de, düzenleyici işlem tesisi hipotetik kıyas sürecine bağlamıştır. Dolayısıyla anılan norm soyut sebep-konu unsurlarını içermektedir. Bu çerçevede anılan normda “*gerekli görülen diğer haller*” ibaresiyle soyut sebep belirsiz bir kavramla ifade edilmiştir. Örnek normun soyut konu unsuruysa “*vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilmek*”⁵⁹⁰ olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda idare ancak, yaşamda gerçekleşen olayın(idari işlemin sebep unsurunun) gerekli görülen diğer haller kapsamı içinde yer alması durumunda düzenleyici işlem tesis edilebilecektir. Örnekte yaşamda gerçekleşen olay ise, “*Turizm acente, rehber ve benzerlerinin turist kabilelerini alışveriş etmeleri için belirli dükkânlara/mağazalara götürmeleri karşılığında bu işletmelerden aldıkları komisyonlar(hizmet ifası) nedeniyle tarhi gereken KDV*

⁵⁸⁸ Örnek 110 Seri No’lu KDV Genel Tebliği’nden hareketle oluşturulmuştur.

⁵⁸⁹ Bkz. 110 Seri No’lu KDV Genel Tebliği B/2

⁵⁹⁰ Anılan normdaki soyut konu unsuru “*vergi sorumluluğu oluşturmak*” olarak da ifade edilebilir.

alacağıının tehlikede olması”dır. İdare, somut olayda yaşamda gerçekleşen olayın “*gerekli görülen diğer haller*” kapsamında olduğu sonucuna varmıştır. İşte idarenin yaşamda gerçekleşen olayın belirsiz kavramın kapsamına girip girmediğini değerlendirmesi, takdir yetkisinin değil ve fakat değerlendirme yetkisinin kullanımı anlamına gelmektedir. Öte yandan örnekten de anlaşılacağı üzere bu yetkinin varlığı hipotetik bir normun bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla burada tesis edilecek işlemin birel veya düzenleyici işlem olması değerlendirme yetkisinin varlığını etkilemeyecektir. Önemli olan idari işlemin dayandığı normun yapısının hipotetik olmasıdır.

Sonuç olarak idarenin takdir yetkisi, yasadaki soyut sebep gerçekleştiğinde iki veya daha fazla hukuki sonucu doğuran işlemi tesis edebilme yetkisidir. Buna karşılık, değerlendirme yetkisiyse idari işlemin sebep unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması sorunudur. Bununla birlikte değerlendirme yetkisinin yargısal denetimiyle idarenin takdir yetkisini yasadaki sınırlar dâhilinde kullanıp kullanmadığı benzer yargısal denetim metodolojisine dayandığını belirtmek gerekir. Bu çerçevede aşağıda değerlendirme yetkisinin hukukilik denetimi metodolojik olarak sergilenmeye çalışılmıştır.

2. DEĞERLENDİRME YETKİSİNİN HUKUKİLİK DENETİMİ

İdarenin değerlendirme yetkisinin hukuka uygunluk denetimi kural olarak işlemin sebep-amaç unsurları arasındaki bağın denetlenmesi yoluyla yapılmaktadır⁵⁹¹. Dolayısıyla söz konusu denetim metodeolojisi idarenin takdir yetkisini normun sınırları içerisinde kullanıp kullanmadığı bakımından yapılan denetimdekine benzerdir. Zira takdir yetkisinin normun sınırlarına uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlenirken de işlemin konu unsuru, normun amacına uygunluk bakımından denetlenmektedir.

Değerlendirme yetkisinin hukukilik denetimi işlemin sebep unsurunun normun amacına uygun olup olmadığı açısından yapılmakla birlikte, bu durumun

⁵⁹¹ Aynı doğrultuda M.Günday, 2004, s.143; K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.775

istisnası bulunmaktadır. Bu çerçevede soyut sebebin “milli güvenlik, genel sağlık, kamu düzeni” gibi belirli düzeyde objektif anlama sahip kavramlarla ifade edildiği durumlarda normun amacının ayrıca saptanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda anılan özelliğe sahip normlar bakımından denetim, objektif anlama sahip belirsiz kavramın anlamlandırılması ve idarenin dayandığı sebebin belirsiz kavrama altlanıp altlanmadığının saptanmasıyla sınırlıdır. Buna karşılık soyut sebebin tek başına anlam ifade etmeyen belirsiz kavramlarla öngörüldüğü durumlar (“lüzum, ihtiyaç, gerekli görülen diğer haller” gibi) ile sebep unsurunun normda hiç öngörülmediği durumlarda, idarenin yorum metotlarıyla “amaç unsuru”nu saptaması gerekmektedir⁵⁹². Bu noktada, değerlendirme yetkisinin var olduğu durumlarda yapılacak hukukilik denetiminin metodolojisi⁵⁹³ aşağıdaki örnekle somutlaştırılacaktır⁵⁹⁴.

- *Birinci Aşama (Büyük Önermenin Saptanması) : Bu aşamada büyük önerme, diğer bir anlatımla normun amaç unsuru saptanır. Hatırlanacağı üzere normun amacının saptanması bir yorum problemidir. Diğer taraftan daha önce de belirtildiği üzere normun amacı idari işlemin amacıyla özdeştir.*
- *İkinci Aşama (Küçük Önerme) : Bu aşamada, yargı, idarenin gösterdiği sebebin amaca uygun olup olmadığını saptar.*

⁵⁹² Söz gelimi, KDVK m.9’u ele alalım. Bu normda, Maliye Bakanlığı’na “gerekli görülen diğer hallerde” vergi sorumlusunu belirleme yetkisi verilmiştir. Maliye Bakanlığı bu yetkisini kullanıp belirli vergi ödevlilerini vergi sorumlusu konumuna sokarsa, söz konusu idari işlemin sebep unsuru açısından hukuka uygunluk denetimi zorunlu olarak amaç unsurunun tespitine bağlı olacaktır. Zira, “gerekli görülen diğer haller”in neler olabileceği, diğer bir ifadeyle, hangi sebeplerin hukuka uygun olacağı ancak normun amacının tespitine bağlı olmaktadır.

⁵⁹³ Esasında burada metodoloji olarak gösterdiğimiz sıralama GÜNDAY’ın ortaya koyduğu metodolojiyi klasik mantıkla göstermekten ibarettir (Bkz. M.Günday, 2004, s. 142). Bu çerçevede burada yapılan kıyas kategorik kıyastır. Zira normun amacı kategorik bir önerme olacaktır. Bu nedenle normun amacından yapılan kıyas da hipotetik değil, kategorik kıyas olmaktadır.

⁵⁹⁴ Yukarıda açıklandığı üzere, sebep unsurunun “milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık” gibi belirli bir düzeyde objektif anlama sahip olan belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlar bakımından, amaç unsuru belirgin olduğundan ayrıca ele alınmasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık “sebebin” unsurunun hiç gösterilmediği normlarla, “ihtiyaç, lüzum, gerekli görülen diğer haller” gibi tek başına anlam ifade etmeyen belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlar bakımından hukuka uygunluk amaç unsuruna göre saptanmaktadır. Bu bölümde sergilenen metodoloji hukukilik denetiminin normun amacına göre saptandığı ikinci durum içindir.

- *Üçüncü Aşama (Sonuç) : Yargı, küçük önermede, idarenin dayandığı sebebin idari işlemin amaç unsuruna uygun olmadığı sonucuna varırsa, sonuç, hukuka aykırılıktır; aksi durumda ise idari işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna varılır.*

Örnek: Örneğimiz, AY m.73/4 uyarınca vergi yasalarında Bakanlar Kurulu'na yetki veren hükümler arasından seçilmiştir. Gerçekten da vergi yasalarının tümü⁵⁹⁵ incelendiğinde, AY m.73/4 uyarınca Bakanlar Kurulu'na vergi oranlarını yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değiştirme yetkisi veren hükümlerde idari işlemin (Bakanlar Kurulu Kararı'nın) sebep unsurunun belirtilmediği görülmektedir. Bu çerçevede, söz konusu düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi iki boyutlu olabilir. Yargısal denetim, ilk olarak oran belirleyen Bakanlar Kurulu Kararı'nın sebep-amaç unsurları arasındaki ilişkinin (idarenin değerlendirme yetkisinin) denetimine yönelik olabilir ki aşağıda konu bu yönüyle tartışılacaktır. İkinci olarak, yargısal denetim, Bakanlar Kurulu Kararı'nın konu unsuruna yönelik olabilir. Zira, her ne kadar AY m.73/4 uyarınca, Bakanlar Kurulu'nun alt ve üst sınırlar içinde oran belirlerken takdir yetkisi bulunmakta ve bu yetkisinin kullanımı yargısal denetimin sınırları dışında olmakta ise de, bu yetkinin Ay m.10 ve AY m.73 uyarınca eşitlik ilkesine uygun kullanması gerekir ve bu açıdan yargısal denetim mümkündür. Biz, bu bölümde örneği, birinci boyut açısından analiz

⁵⁹⁵ Bu bağlamda, soyut sebebin düzenlenmediği hükümlere aşağıdaki hükümler örnek olarak verilebilir :

Damga Vergisi Kanunu Madde 14/1 - Kağıtların Damga Vergisi bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı nispet veya miktarlarda alınır. (Ek cümleler: 22/07/1998 - 4369/77 md.) Şu kadar ki her bir kağıt için hesaplanacak vergi tutarı (1) sayılı tabloda yer alan sınırlamalar saklı kalmak üzere 800 bin Yeni Türk Lirasını aşamaz.*1* Bir önceki yılda uygulanan bu azami tutar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır. (Ek cümle: 09/04/2003 - 4842 S.K./28. md.) Bakanlar Kurulu yeniden değerlendirme oranının % 50 fazlasını geçmemek ve % 20'sinden az olmamak üzere yeni oranlar tespit etmeye yetkilidir.

Katma Değer Vergisi Kanunu Madde 28 : Katma değer vergisi oranı, vergiye tabi her bir işlem için %10'dur. Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, %1'e kadar indirmeye, bu oranlar dahilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir.

Emlak Vergisi Kanunu m.8 /1: Bina vergisinin oranı meskenlerde binde bir, diğer binalarda ise binde ikidir. Bu oranlar, 5216 sayılı Kanunun uygulandığı büyük şehir belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde % 100 artırımlı uygulanır. Bakanlar Kurulu, vergi oranlarını yarısına kadar indirmeye veya üç katına kadar artırmaya yetkilidir."

Ayrıca bkz. EVK m.18, ÖTVK m.12, VİVK m.16, MTVK m.10

etmeye çalışacağız. Diğer bir ifade ile, analiz salt sebep ve amaç unsurlarının denetimine ilişkin olacak ve konu unsurunun özellikle eşitlik ilkesi⁵⁹⁶ açısından denetimi ele alınmayacaktır.

Bu çerçevede, takdir yetkisi-değerlendirme yetkisi ayrımını netleştirmek üzere örnek olarak Danıştay 7. Dairesi'nin E:2001/1, K:2001/2124 sayılı kararı seçilmiştir. Uyuşmazlık, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu m.10'dan aldığı yetkiyle LPG yakıtı kullanan taşıtlara, diğer yakıt türlerini kullanan taşıtlara göre ek vergi alınmasını öngören 2000/1699 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁵⁹⁷ nedeniyle çıkmıştır.

⁵⁹⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, vergi oranlarını düzenleyen Bakanlar Kurulu Kararları'nın eşitlik ilkesi açısından denetime tabi tutulduğu tüm durumlar konu unsurunun denetimine ilişkin değildir. Özellikle KDVK m.28'de olduğu gibi, BK'na, farklı mal ve hizmetler için farklı oran belirleme yetkisi veren düzenlemelerde, yetki farklılaştırma yapılarak kullanılmışsa, söz gelimi bir mal için %1 oran belirlenmişken diğeri için %18 oran belirlenmişse bu farklılaştırmaya idareyi sevk eden etkenin (idari işlemin sebep unsurunun) araştırılması ve bunun sonucunda tespit edilen sebebin amaç unsuruna uygunluğunun denetimi idarenin değerlendirme yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığının denetlenmesidir. Diğer bir ifadeyle, bu denetim takdir yetkisinin denetlenmesi anlamına gelmemektedir. Buna karşılık, mali güç ilkesine ilişkin bir denetim, örneğin yukarıdaki kararda tartışılan LPG kullanan taşıtlar arasında ağırlığı az olandan fazla, fazla olandan ise az motorlu taşıtlar vergisi alınmasında olduğu gibi salt konu unsuruna ilişkin bir denetimdir. Bu nedenle de bu tip uyuşmazlıklarda sorun takdir yetkisinin eşitlik ilkesine uygun kullanılıp kullanılmadığına ilişkindir.

⁵⁹⁷ **30/11/2000 Tarihli ve 2000/1699 Sayılı**

Kararnamenin Eki Karar

Madde 1 — 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 5 ve 6 ncı maddelerindeki tarifelere göre 2001 yılında uygulanacak motorlu taşıtlar vergisi miktarlarının belirlenmesinde esas alınacak artış oranı, % 75 olarak belirlenmiştir.

Madde 2 — Birinci maddedeki artış oranı uygulanmak suretiyle belirlenen vergi miktarları, LPG yakıtı kullanan taşıtlarda;

950 kg ve daha aşağısı için	4 kat,
951 - 1200 kg'a kadar	2,7 kat,
1201 - 1600 kg'a kadar	1,7 kat,
1601 - 1800 kg'a kadar	0,7 kat,
1801 kg ve daha yukarısı için	0,5 kat

ayrıca ilave edilmek suretiyle uygulanır.

Ayrıca ilave edilen bu vergi miktarları, LPG yakıtı kullanan taksi otomobilleri ve dolmuş otomobilleri için %50 nispetinde indirimli olarak dikkate alınır.

Madde 3 — Bu Karar 1/1/2001 tarihinde yürürlüğe girer.

Yukarıda sunulan metodoloji çerçevesinde değerlendirme yetkisinin hukuka uygunluk denetimi aşağıda yapılmıştır.

197 Sayılı MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ KANUNU Madde 10:

“Her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan vergi miktarları o yıl için Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır. (4605 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle değiştirilen fıkra. Yürürlük: 30.11.2000) Bakanlar Kurulu;

a) Yeniden değerlendirme oranının % 50 fazlasını geçmemek, % 20'sinden az olmamak üzere yeni oranlar tespit etmeye,

b) Kanunda yazılı vergi miktarları ile yeniden değerlendirme oranı veya (a) bendindeki oran uygulanmak suretiyle belirlenmiş olan vergi miktarlarını, taşıtların teknik özellikleri ve/veya kullandıkları yakıt türleri veya kullanım amaçları itibariyle ayrı ayrı veya topluca yirmi katına kadar artırmaya⁵⁹⁸,

c) EURO normlarını sağlayan katalitik konvertör sistemi ile teçhiz edilmiş taşıtlarda tespit edilen bu oranı veya vergi miktarlarını % 50 nispetine kadar indirmeye yetkilidir....”

• **Birinci Aşama (Büyük Önerme)** : Görüldüğü üzere, MTVK m.10'da idari işlemin (BKK'nın) sebep unsuru belirtilmemiştir. Bu durumda idarenin hangi sebeplere dayanması durumunda idari işlemin hukuka uygun olacağını tespiti, işlemin amaç unsurunun saptanmasına bağlıdır. Böyle bir tespit ise, AY m.73 hükümleri ve ilgili yasa hükümleri birlikte değerlendirilerek yapılabilir. Bu çerçevede, öncelikle, vergilendirme yetkisinin amacı saptanmalı ve bu saptamadan sonra yasama organının bu yetkiyi yürütme organı ile neden paylaştığı sorusu cevaplanmalıdır.

Madde 4 — Bu Kararı Maliye Bakanı yürütür.

⁵⁹⁸ 21.11.2003 tarih ve 25296 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Esas sayısı: 2001/36, Karar Sayısı: 2003/3, Karar Günü: 16.1.2003 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir.

AY m.73/1 uyarınca vergilendirme yetkisinin amacını mali amaç olarak da adlandırılan⁵⁹⁹ “kamu giderlerini karşılama amacı” oluşturmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, “kamu giderleri” kavramı geniş düşünülmesi gereken bir kavramdır⁶⁰⁰. Bu bağlamda, devletin sosyal ve ekonomik amaçlarla yaptığı giderler veya bu giderleri azaltmak için sağladığı kolaylıklar da kamu giderleri kapsamında düşünülmelidir. Bu doğrultuda, vergilendirme aracı, sosyal devlet ilkesi gereği devletin üstlendiği görevleri (söz gelimi gelir dağılımındaki eşitsizlikleri gidermek, ekonomik kalkınmayı sağlamak, aileyi korumak, çevreyi korumak gibi) yerine getirirken yararlandığı bir araçtır⁶⁰¹. Dolayısıyla, vergi hukukunda vergi yasaları ve idari işlemler açısından “amaçların çokluğu” durumu söz konusudur. Burada, özellikle düzenleyici işlemler için amaç unsuru belirlenirken “özel amaçlar”ın doğru saptanmasına dikkat edilmelidir. Söz gelimi, ÖTVK m.12 ve incelediğimiz MTVKm.10/c’de, Bakanlar Kurulu’nun, EURO normlarını sağlayan katalitik konvertör sistemi ile teçhiz edilmiş taşıtlarda (LPG Sistemi) tespit edilen vergi oran veya miktarlarını % 50 nispetine kadar indirmeye yetkili kılınmış olması, yasa koyucunun sosyal amaçlara atılan “özel bir amaç” güttüğünü göstermektedir. Bu amaç AY. m. 56’da düzenlenen “çevrenin korunması ödevi”dir.

Bunun dışında, dar anlamda vergiler için vergilendirme yetkisinin amacı tartışılırken analize “mali güç ilkesi” de dahil edilmelidir. AY. m.73/1’de belirtilmekle birlikte, tanımlanmamış olan “mali güç ilkesi” kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre vergilendirilmelerini ifade etmektedir⁶⁰². Bu bağlamda bir Anayasa Mahkemesi Kararı’nda da⁶⁰³ belirtildiği üzere, “...kamu maliyesi yönünden *gelir, servet ve harcama* mali gücün göstergeleri..” olup kişinin ekonomik ve kişisel durumu ancak bu unsurlar çerçevesinde belirlenebilir⁶⁰⁴. Bu çerçevede yasa koyucu, mali gücün göstergesi olan geliri kavramak üzere, gelir vergilerine, harcamayı

⁵⁹⁹ N. Çağan, “1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme”, Fadıl Sur’un Anısına Armağan, **AUSBF** No: 522, Ankara, 1983, s.72

⁶⁰⁰ N. Çağan, 1983, s.72

⁶⁰¹ N. Çağan, 1983, s.72

⁶⁰² M.Öncel, A.Kumrulu N.Çağan, Ocak 2003, s.53

⁶⁰³ Bkz. AYMK. E:1994/80, K:1995/027

⁶⁰⁴ A.Erginay, **Kamu Maliyesi**, 16. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1998, s.52

kavramak üzere harcama vergilerine ve serveti kavramak üzere de servet vergilerine kendi tercihi doğrultusunda değişen yoğunlukta başvurur. Burada gelmek istediğimiz nokta, her bir vergi yasanının amacının, kavradığı verginin konusuna göre saptanması gerektiğidir. Söz gelimi, tüketimi vergilendiren bir yasanın amacı, mali gücün göstergesi olan tüketimin vergilendirilmesi suretiyle geniş anlamıyla kamu giderlerinin karşılanmasıdır. Aynı şekilde, bir servet vergisinin söz gelimi motorlu taşıtlar vergisinin amacı da, mali gücün göstergelerinden biri olan servetin (servetin de alt unsuru olan motorlu taşıtların) vergilendirilmesi suretiyle geniş anlamıyla kamu giderlerinin karşılanmasıdır.

İkinci olarak, vergi hukukunda oran belirleyen düzenleyici işlemlerin amaç unsurunun saptanabilmesi için, yukarıda amacı belirlenen vergilendirme yetkisinin neden yürütme organı ile paylaşıldığı sorusu cevaplandırılmalıdır. Genel olarak yetkinin verilış amacı, yasama organının ağır işleyişı nedeniyle ekonomik yapıdaki değişime zamanında uyum sağlayamaması, diğer bir ifade ile, ekonomiye çabuk ve etkin müdahale edememesidir⁶⁰⁵. Yukarıda açıkladığımız vergilendirme yetkisinin amaçları çerçevesinde düşünenecek olursak, yetkinin verilış amacı, ekonomik yapıdaki değişim nedeniyle, vergi yasalarını (Anayasa’da sayılan dört unsurla sınırlı kalmak üzere) vergilendirme yetkisinin amaçlarına yeniden uyumlu hale getirmektir. Burada vergilendirme yetkisinin amaçları geniş düşünölmelidir. Bu bağlamda, kanaatimizce Bakanlar Kurulu bu yetkiyi, yasama organına atfedilebilen bütün amaçlar doğrultusunda, diğer bir deyişle, mali, sosyal ve ekonomik amaçlara ulaşabilmek için vergilendirmenin dört ana ögesi ile sınırlı olmak üzere, yasanın belirlediği alt ve üst sınırlar dâhilinde arttırma veya azaltma biçiminde kullanabilir⁶⁰⁶. Bu çerçevede tek

⁶⁰⁵ N. Çağan, “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:1, 1984, s. 174 ; N. Çağan, 1983, s.110; M.Öncel, A. Kumrulu N. Çağan, 2008, s.36”

⁶⁰⁶ “Vergilendirme yetkisinin amaçları” kanaatimizce geniş düşünölmelidir. Bu bağlamda, Bakanlar Kurulu bu yetkiyi sosyal ve ekonomik amaçlara ulaşma amacı yanında mali amaç için de kullanılabilir. Buna karşılık aşağıda verilen yargı kararlarında Bakanlar Kurulu’na AY m.73/4 ile verilen yetkinin amacı saptanırken mali amaç dışlanmış gözökmektedir. Bu durum, Türk Yargısı’nın amaç unsurunu tümevarım metoduyla genelleştirerek dar saptadığı şeklinde yorumlanabileceği gibi amaçların çokluğunun farkında olarak genelleştirme yapmak yerine somut olaydaki özel amacı anlamlandırdığı şeklinde de yorumlanabilir. Sonuçta, bu çalışma tündengelimci metodu benimsediği için ilk yorumlama biçimini doğru bulmamaktadır. Bu nedenle, bizce ekonomide daha önceden öngörölmeyen bir değişim sonucunda dar anlamıyla kamu giderlerinde artış olduğunda da Bakanlar Kurulu bu yetkiyi kullanabilecektir (Tabi böyle bir durumda olağanüstü yönetim usulleri devreye

sokulmuşsa OHAL ve Sıkıyönetim Dönemi KHK'larıyla da değişikliğe gidilebilir). Aşağıda AY m.73/4 uyarınca “amaç” unsurunu saptayan iki karara yer verilmiştir:

AYMK. E:1986/5, K:1987/7 : “...Öte yandan çağdaş devletlerin; sermaye birikiminin teşviki, kalkınma hızının artırılması, enflasyonun durdurulması, işsizliğin önlenmesi, ödemeler dengesi açığının giderilmesi ve tüketim yapısının ıslahı gibi temel *sosyo-ekonomik* amaçlara ulaşmak için kullandığı etkin araçlardan biri çeşitli gelirlere uygulanan vergi oranlarının indirilip yükseltilmesidir. Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasında “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerine kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir” hükmüne yer vermesi bu nedenledir. Mahkememizin çeşitli kararlarında ısrarla vurguladığı gibi eşitlik ilkesi haklı nedenlerin varlığı halinde farklılık yaratılmasına engel olmayıp bilakis bu ilkeyi gerçekleştirmek için gereklidir....Yukarıda da belirtildiği üzere vergi oranlarının, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde Bakanlar Kurulunca değiştirilebilmesi, mevcut ekonomik koşulların özelliklerine göre önemli sosyo-ekonomik amaçlara ulaşabilmek için gereklidir...”. Görüldüğü üzere, kararda “amaç” unsuru olarak sadece “sosyo-ekonomik amaçlar” belirtilmiş olup “mali amaç” vurgulanmamıştır. Ancak biz kararda Yüksek Mahkeme'nin amaca ilişkin bir genelleme yapmak yerine “amaçları çokluğu” nun farkında olarak ikinci amacı anlamlandırıldığını düşünüyoruz.

İkinci kararda ise, Danıştay, AY m.73'ün gerekçesinden hareket ederek tarihsel yorum metoduyla amacı belirlemiştir. AY m.73'ün gerekçesi “...Vergi yükünün muafığı ve istisnalarının zamanla artan oranda düşmesini engellemek üzere, kanunla Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu, bu yetkisini amaç kanununda gösterilen unsurlar içinde kullanabilir” ifadelerini içermektedir (Gerekçe için bkz. Ö. İzgi, Z. Gören, T.C. Anayasası Yorumu, Cilt:1 , **TBMM Basımevi**, Ankara, 2002, s.742). Belirtilen gerekçeden hareket eden DŞ.7.Dairesi, E:2003/2595 sayılı kararında “Anayasa koyucu, bu fıkra ile vergi yükünün, anılan dört unsurda zamanla artan oranlar sebebiyle olabilecek değişiklikler sonucu, düşmesini engellenmesi ve böylece, mükelleflerin vergi yüklerinin yasa ile belirlenen gerçek değerlerinin korunması amaçlanmıştır. Fıkranın gerekçesinden anlaşılan bu amaca göre, Bakanlar Kurulu'na,vergi yükünün yasayla belirlenen gerçek değerinin artırılması amacını taşıyan ve bu yüzden, yeni vergi konulması anlamına gelebilen bir değişikliği yapma yetkisinin verilmesi de kabul edilebilir değildir. Böyle bir yetki...vergilerin yasallığı ilkesinin zedelenmesine yol açar, yasama yetkisinin yürütme organına devri anlamına gelir...” (Karar yayımlanmamıştır. Karar için bkz. Y.E. Yılmazoğlu, Vergilendirme Alanında Bakanlar Kurulu'na Verilen Yetki ve Sınırları, **yüksek lisans tezi, A.Ü. Sos.Bil. Enstitüsü**, Ankara, 2008, s. 82-83). Söz konusu kararda da amaçlara ilişkin sınırları bir genellemeden ziyade amaçlardan birinin kapsamı saptanmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, biz bu alt amacın bu şekilde sınırlandırılmayacağını düşünüyoruz. Şöyle ki, burada yorumlanan amaç, “mali amaç” olarak ifade edilen dar anlamda kamu giderlerinin karşılanması amacıdır. Yetkinin kullanım amacını da, ekonomik değişim nedeniyle koşulların gerisinde kalan vergi yükünün vergilendirme yetkisinin mali amacına ulaşabilmek için uyarlanması oluşturmaktadır. Bu çerçevede, “enflasyonun vergi yükü üzerindeki aşındırıcı etkisinin giderilmesi” belirlenen amaca ulaşmak için gerekli ve hukuka uygun bir sebeptir. Ancak bizce “mali amaç” enflasyonla sınırlandırılmaz. Zira, Ay m.73/1 vergilendirme yetkisinin amaçlarını bizzat saptamıştır ve Anayasa hükümlerine göre de bu amaçların alt unsurları arasında AY m.73/4'de iki yetkinin kullanımı ile ilgili herhangi bir ayrıştırma bulunmamaktadır. Bu nedenle, Bakanlar Kurulu, ekonomik yapıda değişim olduğunda, sosyal ve ekonomik amaçlar dışında, dar anlamda kamu giderlerini karşılamak üzere alt ve üst sınırlar içinde kalmak suretiyle, enflasyonun üzerinde bir oran saptayabilir. AY m.73/4 ile Bakanlar Kurulu'na verilen yetki, AY m.7 ile öngörülen “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin istisnası olduğuna göre(Bkz. AYM E:1984/14, K:1985/7; AYM E:1986/18, K:1986/24) ve sebep-amaç arasındaki bağlantı da hukuka uygun olduğuna göre hukuka aykırılık ancak yasa düzeyinde tartışılabilir. Böyle bir tartışma, yetki devrinin sınırlarının tam çizilmediği, yürütmeye keyfiliğe ve ölçüsüzlüğe yol açabilecek yetki devredildiği şeklinde olabilir ki, bu durumda da “ölçüsüz” bir yargısal denetim aynı oranda keyfiliği, ölçüsüzlüğü ve bilimsellikten uzaklığı bünyesinde barındırabilir.

Diğer taraftan karar, salt tarihsel yorum metoduna dayalı bir anlamlandırmanın da sakıncalarını göstermek açısından iyi bir örnek teşkil etmektedir. Zira, gerekçeye tamamen bağlı kaldığında mali amacın sadece enflasyondaki artışla (Vergi yükünün muafığı ve istisnalarının zamanla artan oranda düşmesini engellemek üzere...) sınırlı olduğu görülmektedir. Oysa, enflasyonun

koşul, vergi yasasının yürürlüğe girdiği döneme göre ekonomik yapıda değişiklik olmasıdır. Diğer taraftan, Anayasa’da öngörülen mali ve sosyal-ekonomik amaçlar arasında ayırım yapmamıza olanak tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, böyle bir ayırım yapıldığı sonucuna gerek AY m.73’ün lafzi ve amaçsal yorum ile gerek sistematik yorum metodu ile ulaşılamamaktadır. Burada bir an için, AY m.7 uyarınca “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nden kaynaklanan bir sınırlama bulunduğu düşünülebilirse de, bu hüküm yetkinin amaçları açısından değil ve fakat yasama organına konu unsuru açısından bir sınırlandırma getirmektedir. Bu bağlamda, yasama organı, vergilerin yasallığı ilkesinin gereği olarak vergilendirmenin dört unsuru dışındaki temel öğelerinde Bakanlar Kurulu’na düzenleme yetkisi veremeyeceği gibi, bu dört temel unsura ilişkin verdiği yetkiyi de keyfi, hukuki güvenlik ilkesine aykırı ve ölçsüz⁶⁰⁷ kullanımlara yol açmayacak şekilde vermelidir. Diğer taraftan bir AYMK kararında da⁶⁰⁸ ifade edildiği üzere, vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesidir ve bu nedenle Bakanlar Kurulu’na AY m.73/4 ile verilen yetki istisnai niteliklidir. Ancak, yargı kararlarında tam olarak ayırt edilmemiş olan nokta, bu istisnailiğin amaçları sınırlandırmaya yönelik değil, ekonomik koşullara yönelik olduğudur. Başka bir anlatımla, ekonomik koşullarda, yasanın yürürlüğe girdiği dönemde öngörülme-yen bir değişiklik olacaktır ve bu nedenle yasa, hedeflenen mali, sosyal ve ekonomik amaçların gerisinde kalacaktır. Dolayısıyla, yetkinin istisnailiği, yetkinin sadece belirli bir veya birkaç amaçla sınırlı olarak kullanılabileceğini değil, her zaman kullanılamayacağı sadece ve sadece ekonomik koşullardaki değişiklik nedeniyle kullanılabileceğini vurgulamaktadır.

Bütün bu açıklamalarımızdan sonra oran saptayan Bakanlar Kurulu Kararları’nın amaç unsurunu genel olarak, “mali gücün göstergelerinden birinin vergilendirilmesi suretiyle mali, ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşmayı hedefleyen vergi yasasını (dört unsurla sınırlı kalmak üzere) belirtilen amaçlara ulaşmak üzere

eksi çıkma olasılığı da mevcuttur. Bu durumda, ilgili Danıştay kararınca da benimsenen Anayasanın gerekçesine göre Bakanlar Kurulu yetkisini kullanamayacaktır (Tarihsel yorum metodunu kullanarak aynı hatalı yoruma ulaşan AYM kararı için bkz.AYMK.E:2001/36, K:2003/3) .

⁶⁰⁷ Bkz. AYMK.E:2001/36, K:2003/3

⁶⁰⁸ Bkz. AYMK.E:2001/36, K:2003/3

ekonomik yapıdaki değişikliklere uygun hale getirmek” olarak ifade edebiliriz. Bu doğrultuda verdiğimiz örnekte Bakanlar Kurulu Kararı’nın amaç unsurunu, AY m.73 ve MTVK m.10’dan hareket ederek, “ *mali gücün göstergelerinden servetin (ve onun da alt unsuru olan motorlu taşıtların) vergilendirilmesi suretiyle mali, ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşmayı hedefleyen MTVK’nu, ekonomik yapıdaki değişim nedeniyle, oranlarını değiştirerek, belirtilen amaçlara uygun hale getirmek*” olarak ifade edebiliriz.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, MTVK m.10 ile yasa koyucunun özel bir amacı da somutlaştırmış olduğudur. Bu amaç “çevreyi koruma ödevi-AY.m.56-”dir. Diğer bir ifade ile yasa koyucu, motorlu taşıtlar vergisi oranlarında yapılacak indirimle çevreyi az kirleten araçların servete dahil edilmesini teşvik etmek böylelikle de çevreyi koruma ödevini gerçekleştirmek istemektedir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu’nun yapacağı düzenlemelerin normda somutlaşan bu amaca ayrıca uygun olması gerekir.

• ***İkinci Aşama (Küçük Önerme)*** : Bu aşama, idare tarafından işlemin sebep unsuru olarak gösterilen olguların yorum metoduyla belirlenen amaca uygunluğunun sınandığı aşamadır. Bu nedenle öncelikle idarenin sebep olarak gösterdiği olguların tespiti gerekir. Kararda belirtildiği üzere, idari işlemin sebep unsuru olarak “*mutfak maliyetini arttırmamak amacıyla LPG üzerinden alınan akaryakıt tüketim vergisinin oranının düşük tutulmasından kaynaklanan vergi kaybının giderilmesi*” gösterilmiştir. Yukarıda saptanan “amaç unsuru” çerçevesinde değerlendirme yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını şu şekilde saptayabiliriz:

i. AY m.73/4 uyarınca kullanılacak yetki istisnai niteliktedir ve istisnailik amaçların sınırlanmasına değil, ekonomik koşulların değişimine ilişkindir. Uyuşmazlık incelendiğinde, gerçekten de yasa koyucunun öngörmediği bir biçimde ekonomik koşulların değiştii görülmektedir. Şöyle ki, likit petrol gazının iktisaden kullanımı ilk olarak mutfak yakıtı olarak ortaya çıkmış ve yasa koyucu sosyal amaçla bu gazın tüketimi üzerindeki vergiyi düşük olarak belirlemiştir. Ancak zamanla LPG motorlu taşıtlarda da yakıt olarak tüketilmeye başlanmış, diğer bir anlatımla kullanım

alanı genişlemiştir. Bunun anlamı ise, BK'nın yetkiyi istisnai bir durum nedeniyle kullandığıdır. Zira ekonomik yapı yasa koyucunun öngörmediği biçimde değişmiştir.

ii. İstisnailik koşulu somut uyuşmazlıkta sağlanmıştır. Ancak idarenin ileri sürdüğü sebep ile idari işlemin amaç unsuru arasında bağlantısızlık vardır. Şöyle ki, yukarıda her bir vergi yasasının mali gücün alt unsurunu vergilendirerek mali, sosyal ve ekonomik amaçlara ulaşmayı hedeflediği belirtilmişti. Buradan hareket ederek, her bir Bakanlar Kurulu Kararı'nın amaç unsurunun yetkiyi aldığı vergi yasasına göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştı. Bu bağlamda, uyuşmazlıkta idarenin ileri sürdüğü sebep, mali gücün alt unsuru olan tüketimi (akaryakıt tüketimi) vergilendiren yasa da (Akaryakıt Tüketim Vergisi) uyarlama yapılmasını gerektirir. Zira, ekonomik yapıdaki değişim (LPG'nin kullanım alanlarına mutfak tüketimi yanında taşıt tüketiminin de eklenmesi) mali gücün tüketim unsurunda gerçekleşmiş ve buna bağlı olarak mali amaca ulaşabilmek için vergi yasasının oranlarında uyarlama ihtiyacı doğmuştur. Oysa uyuşmazlıkta Bakanlar Kurulu Kararı yetkisini Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'ndan almaktadır. MTVK ise, mali gücün alt unsuru olan *serveti* vergilendirmek suretiyle amaçlara ulaşmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulu, MTVK.'dan aldığı yetkiyi ancak, servetin alt unsuru olan motorlu taşıtların ekonomik yapısında değişim olursa kullanabilecektir. Uyuşmazlıkta ise değişim, servet unsurunda değil, tüketimde olmuştur. Bu nedenle idare değerlendirme yetkisini hukuka aykırı kullanmıştır.

iii. Son olarak idare, bu yetkisini yasa koyucunun normda somutlaştırdığı özel amaçlara da uygun kullanmalıdır. MTVK m.10/c incelendiğinde⁶⁰⁹, yasa koyucunun sosyal amaçlara atlanabilen “çevre koruma amacı”ni güttüğü görülmektedir. Zira, yasa koyucu, çevreyi benzin ve motorin kullanan araçlara göre daha az kirleten LPG sistemli araçların edinilmesini özendirmek amacıyla Bakanlar Kurulu'na ilgili MTV oranını sadece indirme yetkisi vermiştir. Yasa koyucunun burada güttüğü “çevreyi koruma amacı” vergilendirme yetkisinin diğer amaçlarına göre “özel amaç” teşkil etmektedir. Bu bağlamda, bir idari işlem, diğer amaçlara (genel amaçlara) uygun olsa

⁶⁰⁹MTVK m.10/c : “EURO normlarını sağlayan katalitik konvertör sistemi ile teçhiz edilmiş taşıtlarda tespit edilen bu oranı veya vergi miktarlarını % 50 nispetine kadar indirmeye yetkilidir”

bile, özel amaca aykırıysa, işlem amaç ögesi açısından hukuka aykırı olur⁶¹⁰. Dolayısıyla, idari işlem yukarıda tartışılan açılardan hukuka uygun olsaydı bile, ileri sürülen sebebin özel amaca aykırılığı yüzünden işlem hukuka aykırı olacaktır.

- **Üçüncü Aşama (Sonuç)** : İdarenin belirttiği sebep işlemin amaç unsuruna uygun olmadığından idare, değerlendirme yetkisini hukuka aykırı kullanmıştır.

3. VERGİ NORMLARI VE SOYUT SEBEP UNSURUNDA TAKDİR YETKİSİ

İdarenin değerlendirme yetkisinin takdir yetkisinden farklı bir kavram oluşu vergi normlarında pek çok durumda idarenin takdir yetkisine sahip olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Bu çerçevede hipotetik yapıli vergi normlarında soyut sebebin belirsiz kavramlarla ifade edildiği veya düzenlenmediği durumlarda idarenin takdir değil ve fakat değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Söz gelimi KDVK m.9'da⁶¹¹ “gerekli görülen diğer hallerin”⁶¹²; AATUHUK m.48⁶¹³ uyarınca “borçlunun zor duruma” düşüp düşmeyeceğinin, VUK m.17/1⁶¹⁴ uyarınca ödevlinin “zor durumda” bulunup bulunmadığının⁶¹⁵, VUK m.30 uyarınca matrahın re'sen takdirinin tespitinde⁶¹⁶ idare

⁶¹⁰ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.856; M.Günday, 2004, s.148

⁶¹¹ KDVK m.9/1: “Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanunî merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağıının emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir”

⁶¹² Aksi görüş için bkz. S.Üstün 2007, s.148

⁶¹³ AATUHK m.48/1: “Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczolunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; **(5766 sayılı Kanunun 6 ncı maddesiyle değişen ibare, Yürürlük: 01.07.2008)** amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir”.

⁶¹⁴ VUK m.17/1 :”Zor durumda bulunmaları hasebiyle vergi muamelelerine müteallik ödevleri süresi içinde yerine getiremeyecek olanlara, kanunî sürenin bir katını, kanunî sürenin bir aydan az olması halinde bir ayı geçmemek üzere, Maliye Bakanlığınca münasip bir mühlet verilebilir”.

⁶¹⁵ Aksi görüş için bkz. Y.Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.134; S.Üstün 2007, s.121 vd.

⁶¹⁶ Aksi görüş için bkz. Y.Karakoç, 2004, s.134; S.Üstün 2007, s.140.

değerlendirme yetkisiyle donatılmıştır. Dolayısıyla söz konusu normlarda işlemin sebep unsuru takdir yetkisinin dışındadır ve her zaman yargısal denetime tabi tutulabilecektir.

Hipoetik normların soyut sebep unsurunun takdir yetkisinin dışında kaldığı saptandıktan sonra sıra soyut konu unsuruna odaklanmaya gelmiştir. Bu çerçevede aşağıdaki bölümde soyut konu unsurunda idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığının ne şekilde saptanabileceği ele alınacaktır.

III. TAKDİR YETKİSİNİN VARLIĞINI SAPTAYACAK ÖLÇÜT SORUNU

Şu ana kadarki analizlerde birel ve düzenleyici işlem tesisinde takdir yetkisinin konumunun farklılaştığı; bu farklılığın temelinde de idari işlemin uyguladığı normun yapısı olduğu vurgulanmıştır. Bu çerçevede çalışmada düzenleyici işlem tesis etmenin kural olarak yasanın uygulanması sürecinde takdir yetkisine dayalı genel ve soyut norm tesis etmek anlamına geldiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, kural olarak tesis edilen düzenleyici işlemler bakımından takdir yetkisinin varlığının saptanması bir sorun teşkil etmeyecektir. Diğer bir anlatımla bu tür idari işlemler zaten takdir yetkisi çerçevesinde tesis edilmiş idari işlemlerdir. Buna karşılık, idare birel idari işlemlerle bazı düzenleyici işlemlerin tesisinde bağlı yetkiyle veya takdir yetkisiyle donatılabilmektedir. Bu çalışmada söz konusu durumun uygulanan üst normun(yasanın) hipotetik norm olarak düzenlemiş olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Bilindiği üzere hipotetik normlar soyut sebep-konu unsurlarını içeren normlar olarak tanımlanmışlardır. İşte bu tür normlar bakımından idare takdir yetkisini salt konu unsurunda kullanabilecek; dolayısıyla idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığı da ancak hipotetik normun soyut konu unsurunun analizi neticesinde saptanabilecektir. Bu çerçevede aşağıda bir normun soyut konu unsurunda idarenin takdir yetkisinin varlığının ne şekilde saptanabileceği sorunu ele alınacaktır.

A. ÖĞRETİDEKİ ÖLÇÜTLER

Öğretide idarenin takdir yetkisinin varlığının, normun yazılış biçiminden açıkça anlaşılabilmesi⁶¹⁷, normun anlamından⁶¹⁸, konu unsurunda yapılan derecelendirmeden⁶¹⁹ veya işin mahiyetinden hareketle⁶²⁰ saptanabileceği belirtilmektedir. Esasen bu ölçütlerden “normun yazılış biçimi” ve “normdaki derecelendirme” ölçütleri normun anlamı ölçütünden türetilmiş gözükmemektedirler. Bununla birlikte, bu ölçütlerin normun anlamı ölçütünün özünü tam yakaladıklarını söylemek de olanaklı gözükmemektedir.

“Normun anlamı” ölçütü takdir yetkisi kavramının temel özelliği olan “tercihte bulunma yetkisi”nin normlarda saptanmasına dayanmaktadır. Bu çerçevede hipotetik bir normda takdir yetkisinin varlığı, işlemin sebebi ortaya çıkmasına rağmen idareye belirli bir kararı almayabilme (işlemi yapmama) veya başka bir karar alabilme imkânı tanınmış olmasına bağlıdır. Zira ancak bu durumlarda idareye tercihte bulunma yetkisi tanınmış olacaktır. İşte söz konusu ölçütte bir normda idareye iki veya daha fazla hukuki sonuç doğuran işlem tesis etme yetkisi verildiğinin saptanması durumunda başka bir analize gerek kalmaksızın idarenin takdir yetkisiyle donatıldığı sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte gerek “normun anlamı” gerek normun “yazılış biçimi” ve “normdaki derecelendirme” ölçütleri iki veya daha fazla işlem arasında seçim imkanı tanınıp tanınmadığını saptamaktan uzaktır. Zira belirtilen ölçütler, iki veya daha fazla karar arasında seçim yapma imkânını saptamaktan çok, idareye konu unsurunda iki veya daha fazla karar alabilme imkânı tanınıp tanınmadığını saptamaya yaramaktadır. Oysa, yasada “*idareye iki veya daha fazla karar alabilme imkanı*

⁶¹⁷ Söz gelimi, yasalarda, “karar verebilir”, “yapabilir”, “yetkilidir”, “tesis edebilir”, “takdir edeceği” gibi ibarelerin bulunması durumunda idareye takdir yetkisi verildiği sonucuna ulaşılmaktadır (Bkz. Ş.Karatepe, 1991, s.73-74; H.Kalabalık, 1997a, s.213-214; K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.822-823)

⁶¹⁸ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.824

⁶¹⁹ Bu ölçütte ise, yasada alt ve üst limitlerin belirlendiği durumlarda idarenin takdir yetkisinin kaçınılmaz olarak var olduğu sonucuna varılmaktadır (K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.824).

⁶²⁰ Burada da, yasaya idarenin üstlendiği görevi, hangi yer ve zamanda, hangi araçlarla yapacağı konusunda belirleme yapılmamışsa idarenin takdir yetkisinin var olduğu sonucunu çıkarılmaktadır (K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.824).

tanınmış olması” ile iki veya daha fazla karar arasında “*tercihte bulunma imkanı*” tanınmış olması birbirinden farklı durumlardır. Bu bağlamda, yasada idareye iki veya daha fazla karar alabilme imkânı tanınmış olması idari işlemin “konu bakımından yetki” unsuruyla ilgilidir. Bilindiği üzere, Anayasa ve yasalar idareye genel bir yetki vermemiş, belirli konularda karar almaya ilişkin sınırlı bir yetki tanımıştır⁶²¹. Bu çerçevede “konu bakımından yetki unsuru”, bir idari makamın sadece yasama organınca yetkilendirildiği konularda karar alabilmesini ifade etmektedir⁶²². Bu doğrultuda, kanuni idare ilkesinin ve diğer Anayasal İlkelerin⁶²³ gereği olarak, yasalarda, idarenin hangi konularda hangi kararları alabileceği ve bunun sınırları belirtilir. Dolayısıyla, yasalarda idarenin hangi karar veya kararları alabileceği, idari işlemin aynı zamanda konu bakımından yetki unsuruna ilişkin bir belirlemedir ve salt idarenin iki veya daha fazla karar alabilmesinden hareketle idarenin seçim imkanına sahip olup olmadığını (takdir yetkisi) belirleyemeyiz. Sonuç olarak, takdir yetkisinin varlığının saptanması açısından önemli olan, hukuka uygun sebep ortaya çıkmasına rağmen idarenin yetkili kılındığı işlemi tesis etmeme imkânının bulunması (ikinci seçenek olarak) veya başka bir işlem tesis edebilmesidir. Dolayısıyla bu ölçütler, bu sonuca ulaşmayan, belirli örneklerden genellemelere giden tümevarımcı ölçütlerdir.

Diğer taraftan söz konusu ölçütlerin dayandığı “normun anlamı” ölçütü de içerdiği belirsizlikler nedeniyle eleştirilebilir. Zira bu ölçüt, idareye hukuka uygun sebep ortaya çıkmasına rağmen konu unsurunda “tercihte bulunma imkanı” tanınmasını esas alarak doğru bir temelden hareket etmektedir. Bununla birlikte, tercihte bulunma imkânı tanınıp tanınmadığının nasıl saptanacağını ise ortaya koymamaktadır. Bu nedenle “seçim imkanı”nın idareye hangi durumlarda tanındığını saptayacak bir ölçüt geliştirilmesi gerekmektedir. Ancak, bir önerme getirilmeden önce mevcut ölçütlerin açıklanması ve örneklendirilmesi yararlı olacaktır. Zira, sorunun soyut bir biçimde ortaya konulması eleştirilerimize tam bir açıklık getirememektedir.

⁶²¹ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.684

⁶²² K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.684. Bu doğrultuda, idarenin yasama veya yargı alanında karar alması “fonksiyon gasbı”na ve bir idari makamın başka bir idari makamın alanına tecavüz etmesi “yetki tecavüzü” ne yol açar (K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.685).

⁶²³ Söz gelimi, vergilerin yasallığı ilkesi gibi (AY m.73/3)

Bu bağlamda ilk olarak, takdir yetkisinin normun yazılış biçiminden anlaşılabilirliği görüşünün, n incelemesi gerekir. Söz konusu ölçütle, yasada idareye takdir yetkisi verilip verilmediğinin, normdaki “karar verebilir”, “yapabilir”, “yetkilidir”, “tesis edebilir”, “takdir eder”, “değerlendirebilir” gibi ibarelerden açıkça saptanabileceği esas alınmaktadır. Gerçekten de, bazı normlarda idareye takdir yetkisi bu şekilde formüle edilerek verilmiş olabilir. Ancak salt fiilden hareketle yapılacak bir genelleme hatalı olacaktır. Bu ölçütte tümevarımın hatalı sonuç doğurması özellikle “yapabilir, edebilir” gibi “yeterlilik fiili” kullanarak kaleme alınmış normlar için geçerlidir. Şöyle ki, bir kere bu ibareler, normun yöneldiği süjelerden birine yönelik kaleme alınmış olabilir ve bu nedenle salt dilbilgisi açısından konuya yaklaşmak genelleştirme yapmamızı engeller. Söz gelimi, Gelir Vergisi Kanunu’nun “Diğer İndirimler” başlıklı 89. maddesini bu açıdan inceleyebiliriz Buna göre, söz konusu maddenin birinci fıkrası, “Gelir Vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlere aşağıdaki indirimler *yapılabilir.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Burada norm, süje olarak “gelir vergisi yükümlüleri”ne yönelik kaleme alındığından ve belirli giderleri indirebilme imkanı tanıdığından “*yapılabilir*” biçiminde formüle edilmiştir. Ancak normun anlam olarak iki tarafa yöneldiğini gözden kaçırmamak gerekir. Zira, bir taraftan yasada sayılan unsurların gelirden indirilmesine olanak tanırken, diğer taraftan da vergi idaresine, indirilen bu unsurlara göre tarhiyat yapması gerektiği hususunda ödev yüklemektedir. Bu durum vergilerin yasallığı ilkesinin gereğidir. Burada, sebep unsuru ortaya çıkmasına rağmen (yasadaki indirimlerin konusuna giren durumların varlığına rağmen) vergi idaresinin bunlara uygun işlem tesis etmeme imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada “bağlı yetki” vardır.

Bu tip durumların dışında, normun soyut konu unsurunun “edilebilir”, “verilebilir” gibi yeterlilik fiilleriyle ifade edildiği bazı durumlarda da idare takdir yetkisiyle donatılmamıştır. Bu durumlarda, “yapılabilir, verebilir” gibi fiiller genellikle, idareye işlemi yapmama imkânı verecek şekilde formüle edilmişlerdir. Dolayısıyla, idarenin konu unsurunda yapma veya yapmama (reddetme) gibi iki seçeneği bulunmaktadır ve buradan hareketle de hatalı olarak idarenin takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu tip normlara yine vergi

hukukundan 6183 sayılı AATUHK m.48'deki tecil işlemi örnek olarak verilebilir⁶²⁴. Anılan hüküm, “*Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veya hacedilmiş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu, çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile talep edilme ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla... faiz alınarak tecil olunabilir*” biçiminde ifade edilmiştir. Bu çerçevede söz konusu hükümde, yeterlilik fiili olarak kullanılan “tecil olunabilir” yüklemi “tecil etme işlemi”nin yanında “tecil etmeme”, diğer bir ifadeyle işlem tesis etmeme imkanını da içermektedir. Dolayısıyla normun soyut konu unsuru iki seçenek içermektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, idareye konu unsurunda iki veya daha fazla karar alma imkânı tanınmış olması aynı zamanda konu bakımından yetki unsuru ile de ilgilidir ve salt bu ölçütü esas alarak takdir yetkisinin varlığı saptanamaz. Bu bağlamda AATUHK m.48'de de konu unsurunda idarenin yetkisi takdir yetkisi değil, bağlı yetkidir. Zira, bu normda sebep ortaya çıktığında (amme borçlusunun çok zor duruma düşmesi) idarenin belirli bir kararı alması gerektiğinden (amme borcunu tecil etme) konu unsurunda “bağlı yetki” vardır. Buna karşılık öğretide⁶²⁵ idarenin tecil işlemindeki yetkisinin takdir yetkisi olduğu savunulmaktadır. Ancak bu tespitin hemen arkasından idare sebep ortaya çıkmasına rağmen tecil kararı almamışsa, bu ret işleminin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmaması gerekçesiyle yargısal denetime tabi tutulabileceği ifade edilmektedir⁶²⁶. Esasında buradaki yanlış Türk Hukuku'nda, takdir yetkisi ile değerlendirme yetkisinin kavram olarak ayrıştırılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Zira AATUHK m.48'de soyut sebep amme borçlusunu “çok zor durumu düşürme” olarak ifade edilen “belirsiz kavram” ile saptanmıştır. Bu bağlamda, idare, tecil talebi olduğunda önce amaç unsurundan hareketle “çok zor durum”un anlamını belirleyecek ve daha sonra da somut olaydaki tahsil işlemlerinin amme borçlusunu gerçekten çok zor duruma düşürüp düşürmeyeceğine karar verecektir. Değerlendirme yetkisi olarak adlandırdığımız ve idari işlemin sebep-amaç unsurları arasındaki bağa ilişkin bu sürecin sonucunda, idare, sebep unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varırsa talebi reddedecek, gerçekleştiği sonucuna varırsa

⁶²⁴ Aynı doğrultuda bkz. VUK m.17'deki zor durumdaki kişilere mühlet verme işlemi.

⁶²⁵ Y.Karakoç, **Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.177

⁶²⁶ Y.Karakoç, 2000, s.177

da amme borcunu tecil edecektir. İşte bu nedenle anılan norm, sebebin gerçekleşmemesi ihtimaline binaen yeterlilik fiiliyle ifade edilmiştir⁶²⁷.

Takdir yetkisinin varlığının normdaki (konu unsurundaki) derecelendirmeden anlaşılacağı öngören ölçüt ile ise, yasa koyucuya alt ve üst limitler dahilinde ikiden fazla karar alabilme imkanı tanıdığı durumlar kastedilmektedir. Söz gelimi, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.148/a'da aykırılık oluşturan tutarın binde beşine kadar idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Burada yasa koyucu idari para cezası açısından %0.1'den %0.5'e kadar derecelendirme yapmıştır. Keza vergi hukukunda Bakanlar Kurulu'na oran belirleme yetkisi veren normlar da⁶²⁸ AY m.73/4'ün gereği olarak bu şekilde düzenlenmiştir. Bu örneklerde, aşağıda görüleceği üzere, hukuka uygun sebep ortaya çıktığında idareye iki veya daha fazla seçenek arasında seçim yapma imkânı tanıdığı için gerçekten de takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte, bu örneklerden hareket ederek genelleme yapmak mümkün gözükmemektedir. Zira, AATUHK m.51'de görüleceği üzere, normda (konu unsurunda) derecelendirme yapılan bazı normlarda takdir yetkisi değil, bağlı yetki vardır. Çünkü normda (konu unsurunda) derecelendirme aynı zamanda konu bakımından yetki unsuru ile ilgilidir ve bu tip düzenlemeler idareye ikiden fazla karar arasında seçim yapma imkânı tanıdığı anlamına gelmeyebilir.

Son olarak idareye bir yasada takdir yetkisi verildiğinin “işin mahiyetinden anlaşılabilirliği”ni⁶²⁹ öngören ölçütten de bahsetmek gerekir⁶³⁰. Bu ölçüte göre, yasada idarenin üstlendiği görevi hangi yer ve zamanda, hangi araçlarla yapacağı konusunda belirleme yapılmamışsa bu konularla sınırlı olmak üzere idareye takdir yetkisi verildiği sonucuna ulaşılmaktadır⁶³¹. Bu tip durumları “yer” açısından hareket

⁶²⁷ Buraya kadar halen ölçütümüz sergilenmediğinden dolayı normu incelemeyi burada kesiyoruz.

⁶²⁸ Örneğin Katma Değer Vergisi Kanunu Madde 28 :Katma değer vergisi oranı, vergiye tabi her bir işlem için %10'dur. Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, %1'e kadar indirmeye, bu oranlar dâhilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir”. Aynı doğrultuda bkz. EVK m.18, ÖTVK m.12, VİVK m.16, MTVK m.10, Emlak Vergisi Kanunu m.8/1, Damga Vergisi Kanunu Madde 14/1.

⁶²⁹ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.824

⁶³⁰ Bu ölçüt özellikle yatırım kararlarının alınmasına ilişkin olduğundan özellikle 5018 sayılı yasa açısından yapılacak değerlendirmelerde önem taşır.

⁶³¹ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.824

ederek analiz etmek istiyoruz. Bu analizi de Danıştay 10. Dairesi'nin E:1984/2739, K:1986/1451 sayılı "Gökova Kararı"na dayandıracağız⁶³². Söz konusu kararda uyuşmazlık, Gökova Körfezi Kemerköy'e termik santral yapılmasına dair kararın çevreye vereceği zararlar dolayısıyla "yer" açısından hukuka aykırı olduğu iddiasından kaynaklanmıştır. Burada, yer seçimi bakımından takdir yetkisi olup olmadığının saptanması, sebep unsurunun oluşmasından sonra idarenin belirli bir yerde termik santral kurmak zorunda olmaması, diğer bir ifade ile, istediği yerde santral kurabilme imkanına sahip olup olmadığının tespitine bağlıdır. Bu aşamada henüz idarenin seçim imkanının saptanmasına dair ölçütümüzü sergilemediğimizden⁶³³ sadece sonuç değerlendirmesini yapmakla yetineceğiz. Buna göre, yer seçimi bakımından idarenin takdir yetkisi Çevre Yasası, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu gibi yasalarla sınırlandırılmıştır. Esasında söz konusu yasalar getirdikleri koşullarla konu unsurunda takdir yetkisinin kullanılmasını sınırlandırmışlardır. Ancak söz konusu normlara göre gerekli tespitler yapıp yasalara uygunluk sağlandığı noktada idarenin artık yer seçiminde takdir yetkisi (tercihte bulunma imkanı) vardır. Şöyle ki, idarenin santral inşa etmek üzere x,y,z olmak üzere üç aday yer belirlediğini ve bu yerlerin tamamının da Çevre Yasası,

⁶³² Hemen belirtmek gerekir ki, burada kararı sadece açıklamaya çalıştığımız ölçütü örneklendirmek maksadıyla ana hatlarıyla ele alıyoruz. Bu bağlamda, karara dayanak olan yasa hükümleri tek tek, ayrıntılı biçimde değerlendirilmeyecektir. Bu hükümlerin içeriği varılmak istenen sonuçla sınırlı olarak genel ifadelerle belirtilmiştir.

⁶³³ Aşağıda kullanacağımız "amaca ulaşmanın belirli/tek yolu olup olmadığının" tespitine dayanan ölçütümüzle yer açısından konu unsurunun sınırlandırılmış olduğu sonucuna şu şekilde ulaşılır.

1. Amacın saptanması: Öncelikle, Çevre Yasası gibi ilgili yasal düzenlemelerden hareket ederek amaç saptanır. Buna göre ana hatlarıyla "amaç"; "çevreyi korumak suretiyle enerji ihtiyacının karşılanması" şeklindedir.

2. Amaca Ulaşmanın Belirli/Tek Bir Yolunun Bulunup Bulunmadığının Tespiti : Burada, amacı iki kısma ayırarak analiz yapılması gerekir. Zira, bu tip kararlar hazırlayıcı işlemler de düşünüldüğünde birden fazla yasaya dayanır. Amaç unsuru da yukarıda belirtildiği üzere, esasında birden fazla yasanın tek önermede birleşiminden hareketle oluşur. Dolayısıyla, bir kısımda takdir yetkisi varken diğer kısımda bağlı yetki bulunabilir. Şüphesiz, sonuç, iki kısımda da takdir yetkisi ya da bağlı yetkinin saptanması biçiminde de olabilir. Bu bağlamda, ayrıştırılması gereken kısımlar "çevreyi koruma" ile "enerji ihtiyacının karşılanması" kısımlarıdır. Takdir yetkisinin saptanması, bu kısımların her birine sorulacak "amaca ulaşmanın belirli/tek bir yolu olup olmadığı" sorusunun cevabına bağlıdır. Burada "çevreyi koruma" amacına bu soru yöneltildiğinde alınan cevap olumludur. Zira yasa koyucu, Çevre Yasası'nda, bu tip yatırımların çevreye zararlı etkilerini önlemek üzere belirli kriterler koymuşsa amacın bu kısmına nasıl ulaşılacağını açıkça, belirli bir şekilde saptamış demektir. Bu nedenle de, yer seçiminde bu kriterlere uyma açısından idarenin bağlı yetkisi vardır. Buna karşılık, ilgili mevzuattan hareketle, ikinci kısım olan "enerji ihtiyacının karşılanması" amacı açısından bu amaca ulaşmanın belirli/tek bir yolunun bulunmadığı sonucuna varıyorsak bu kısımda takdir yetkisinin varlığını saptamış oluruz.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu gibi yasaların öngördüğü koşullara uygunluğunun ilgili kurumlarca değerlendirildiğini⁶³⁴ve sonucun uygunluğun saptanması yönünde olduğunu varsayalım. Bu durumda takdir yetkisini sınırlandıran bu yasalar açısından hukuka uygunluk saptandığına göre, idarenin santrali x, y veya z noktasına yapma hususunda tercihte bulunma yetkisi diğer bir ifadeyle, “takdir yetkisi” bulunduğu açıktır. Buna karşılık, örnek olayda tartışıldığı üzere, seçilen yerin Çevre Yasası gibi yasalardaki koşulları taşıyıp taşımadığının denetlenmesi konu unsurunun takdir yetkisinin sınırları dâhilinde kullanılıp kullanılmadığına ilişkin olup, hukukilik denetimi içerisinde kalmaktadır. Dolayısıyla, örnek olayda, kurulacak termik santralin Çevre Yasası’na göre çevresel etkilerinin değerlendirilmesi sonucunda⁶³⁵, santralin çevreye zarar vereceği saptanmasına rağmen, belirtilen yerde santral kurma kararı alınmasında takdir yetkisinin normun sınırları çerçevesinde kullanılmaması nedeniyle sakatlık vardır. Burada yapılan denetim de, takdir yetkisinin sınırlarına ilişkin olduğundan yerindelik değil, hukukilik denetimidir.

Sonuç olarak, idarenin üstlendiği görevi yerine getirirken “yer”, “zaman” ve “araç” açısından tamamen takdir yetkisi ile donatıldığı yanlışlanabilir olmaktadır. Bu tip normlarda sonuca, kararın dayandığı normlarda idareye konu unsuru açısından getirilen sınırlandırmalardan hareketle ulaşılmalıdır.

⁶³⁴ Burada, ilgili kurumun kendi mevzuatı açısından yapacağı değerlendirme, “değerlendirme yetkisi”ne atlanmaktadır. Söz gelimi, Çevre Bakanlığı’nın yapılacak termik santralin “çevreye zararlı etkilerinin olup olmayacağı”nın değerlendirilmesi, eğer yasada objektif ölçütler öngörülmemişse, kendi saptayacağı ölçütlere dayanacaktır. Örneğin kararda kullanılan atmosfere salınacak SO2 gazının “duman yayılması modeli” gibi analizlerle saptanması, ilgili idarenin (kararda Çevre Müsteşarlığı) vereceği izin işleminin sebep unsuru olan “çevreye zararlı etkilerin olmaması” ibaresinin tespitine yöneliktir. Görüldüğü üzere burada sebep unsuru “çevreye zararı etkilerin olmaması” gibi belirsiz bir kavramla ifade edilmiş olup bu unsurun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti oldukça bilimsel ve teknik analizlerin yapılmasını gerektirir. İşte, yargı yerlerinin bu tip oldukça teknik, bilimsel analizlerin denetiminde zorluklarla karşılaşması Alman Hukuku’nda yukarıda belirtilen, “değerlendirme marjı teorisi” nin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

⁶³⁵ Bu tip değerlendirmelerin içerikleri oldukça teknik konulara ilişkindir. Hatırlanacağı üzere Alman Hukuku’nda, planlamaya ilişkin yasalara dayanan bu kararlardaki takdir yetkisi “Planungsermessens” kavramı ile ifade edilmektedir.

B. ÖLÇÜT ÖNERİSİ

Yukarıda belirtildiği üzere takdir yetkisi, sadece konu unsuruna ilişkin bir kavram olup idarenin iki veya daha fazla karar arasında tercihte bulunma imkânına sahip olması halidir⁶³⁶. Diğer bir anlatımla, idare, işlemin sebep unsuru gerçekleştiğinde, x, y veya z hukuki sonuçlarını doğuracak karar alabilme imkânına sahipse ve aldığı bütün kararlar hukuka uygun kabul ediliyorsa takdir yetkisi ile donatılmış demektir⁶³⁷. Ancak bir üst bölümde de ifade edildiği üzere, normun anlamı ölçütüne dayanak olan bu tanım, bizim için sadece başlangıç önermesi niteliğindedir. Zira bir normda idarenin takdir yetkisi ile donatılıp donatılmadığının saptanması, belirtilen tanımda geçen “*tercihte bulunma imkânı*”na idarenin hangi durumlarda sahip olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Bu çerçevede, ölçütümüz yasalarda idareye hangi durumlarda “tercihte bulunma imkânı” tanındığının ortaya konmasını sağlayan metodolojik bir yaklaşıma dayanmaktadır. Söz konusu yaklaşımın temelini takdir yetkisinin “normun amacı” özelliği oluşturmaktadır. Bu bağlamda daha önce de ifade edildiği üzere, idarenin yasa koyucu tarafından takdir yetkisi ile donatılmasının nedeni normun amacına dayanmaktadır.

Bu çerçevede daha önce de işaret edildiği üzere⁶³⁸, idareye takdir yetkisi tanınmasının nedeni yasa koyucunun öngördüğü “özel amaç/amaçlara” hangi idari işlemin tesis edilmesi durumunda ulaşılabileceğinin bilinmemesidir. Örneğin, ilgili vergi yasasının hedeflediği sosyal amaca ulaşmak için değişen ekonomik koşullara göre vergi oranının düşürülmesi gerekebilir. Bu durumda, kamu yararına altlanan sosyal amacı, (özel amaca) Bakanlar Kurulu’nun saptayacağı hangi oranın (söz gelimi %8 mi %18 mi) gerçekleştireceğini mevcut bilimsel gelişmişlik düzeyi ile söyleyebilmemiz mümkün değildir. Buna karşılık, bağlı yetki durumunda idarenin yasa koyucunun o idari işlemde beklediği nihai sonuca (özel amaca) ne şekilde ulaşacağı belirlidir. Söz gelimi, tarh işlemi kamu yararının parçasını oluşturan “kamu giderlerini finanse etme” özel amacına yönelik tesis edilmektedir. Bu bağlamda,

⁶³⁶ K.Gözler, 2003, Cilt:1, s.818

⁶³⁷ İbid.

⁶³⁸ Bkz.s.52 vd.

sebeup (vergiyi doğurup olay) ortaya çıktığında yasa koyucu kamu giderlerini finanse etme amacına ne şekilde ulaşılacağını öngörmüştür. Bu da, konu unsurunda beliren belirli bir işlemin (tarh işlemini) tesis etme biçimindedir.

Takdir yetkisinin varlığını saptama açısından getirdiğimiz ölçüt de tamamen bu ayrıma dayanmaktadır. Buna göre, yasa koyucunun o idari işlemde beklediği nihai sonuca, amaca, ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu varsa idarenin konu unsurunda bağlı yetkisi; buna karşılık amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu yoksa takdir yetkisi bulunmaktadır. Zira takdir yetkisi, idarenin iki veya daha fazla durum arasında seçim yapabilmesine yöneliktir ve bu imkânın da temeli idarenin amaca ulaşmak için tesis ettiği işlemlerden hangisinin daha uygun, yerinde olduğunun bilinmemesidir. Hemen belirtmek gerekir ki, yasa koyucunun, hukuka uygun sebep ortaya çıktığında konu unsurunda tek, belirli idari işlemler tesis edilmesini öngördüğü durumlarda amaca nasıl ulaşılacağı zaten belirlenmiştir. Dolayısıyla, bu durumlarda idarenin yetkisinin bağlı olduğu açıktır. Buna karşılık takdir yetkisinin saptanmasında asıl sorun, hukuka uygun sebep ortaya çıktığında idareye iki veya daha fazla karar alma imkânı tanıyan normlar bakımından çıkmaktadır. Daha öncede de belirtildiği üzere, öğretide sebep ortaya çıktığında idareye iki veya daha fazla karar alma imkânı tanınan hallerde doğrudan takdir yetkisinin var olduğu sonuca gidilmektedir. Oysa normda idareye iki veya daha fazla karar alabilme imkânı tanınması aynı zamanda “konu bakımından yetki unsuru”na ilişkin bir belirlemedir ve salt bu imkândan hareketle bu tip normlarda idareye iki veya daha fazla karar arasında seçim imkânı tanınmış olduğu sonucuna varamayız. Zira idarenin takdir yetkisi ile donatılma nedeni, idari işlemin amaç unsuruna ne şekilde ulaşılacağı hususundaki öngörülemezliktir. Bu nedenle, normda idareye iki veya daha fazla karar alabilme imkânı tanınmasına rağmen amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu varsa burada idareye tanınmış “tercihte bulunma imkânı”ndan bahsedilemeyeceğinden bağlı yetki olduğu sonucuna varılmaktadır. Özetle, bir normda idarenin takdir yetkisi ile donatılıp donatılmadığını saptamak amacıyla önerdiğimiz ölçüt, amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu olup olmadığının tespitine dayanmaktadır.

Bu tespit sonucunda da, işlemin konu unsuru açısından yargısal denetime tabi olup olmadığı belirlenmektedir⁶³⁹.

İdareye iki veya daha fazla karar alma imkânı tanınan hallerde böyle bir tespit yapabilmek için öncelikle “amaç” unsurunun doğru ve nesnel tespiti önem kazanmaktadır. Zira bu durumda idari işlemin amacı, büyük önerme konumundadır ve burada yapılacak yorum faaliyetinde hatalı sonuçlara ulaşılması, yasa koyucunun öngörmediği amaç/amaçların ortaya çıkması sonucunu doğurabilecektir. Sonuç olarak bu amaç/amaçlara ulaşmanın belirli bir yolu olup olmadığı açısından yapılacak değerlendirme de hatalı olacaktır. Bu bağlamda normun amacının belirlenmesinin bir yorum sorunu olduğu ve yorum metodları ana hatlarıyla yukarıda sergilendiğinden burada tekrar ele alınmayacaktır⁶⁴⁰.

C. ÖLÇÜT ÖNERİSİNİN UYGULAMADAN ÖRNEKLERLE DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmamızın son aşamasında şu ana kadar irdelenen kavramları ve önerilen ölçütü daha iyi ortaya koyabilmek amacıyla somut örnekler verilmektedir. Böylelikle hem sıklıkla karışan takdir yetkisi ve değerlendirme yetkisi kavramlarını netleştirme hem de takdir yetkisine ilişkin ölçütün sınanması imkânı bulunacağı düşünülmektedir

⁶³⁹ Bu noktada, belirtmek gerekir ki, takdir yetkisi *dinamik* bir kavramdır. Zira, kavramın özü amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu olup olmadığına dayanmakta olup, amaca ulaşmanın belirli bir yolu olmadığı durumlarda yasa koyucu idareye o amaca ulaşacak en uygun yolu seçme imkanı tanımıştır. Buna göre, işlemin tesis edildiği andaki bilimsel düzeyimiz bu amaca ulaşmanın önceden öngörülebilir belirli bir yolu olmadığı sonucunu doğurabilir. Bunun sonucu ise, idarenin x veya y kararını almakta seçim imkânına sahip olduğudur. Buna karşılık, ilgili yasanın yürürlükte kaldığı süreç içerisinde daha sonraki bilimsel düzeyimiz, sebep ortaya çıktığında idareye belirli bir karar almasını dayatabilir. Zira, bilimsel gelişmeler, idarenin üstlendiği faaliyetle ilgili olarak, sebep ortaya çıktığında amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen, bilimsel olarak doğru, tek bir yolu olduğunu saptayabilmemizi sağlayabilir. Bu durumun pratik sonucu ise, yargısal denetimin sınırlarının sürekli genişleme eğiliminde olması biçiminde ortaya çıkar. İşte bu nedenle takdir yetkisi dinamik bir kavram olup bu özelliği, “takdir yetkisinin dinamikliği” biçiminde kavramlaştırabiliriz.

⁶⁴⁰ Bkz. s.54 vd. Ölçütümüz karar tablosu biçiminde EK-1’de sergilenmiştir. Tablo için bkz. s.191

Yukarıda açıklandığı üzere, takdir yetkisi, bağlı yetki ve değerlendirme yetkisi kavramları idari işlemlerin sebep, konu ve amaç öğelerine ilişkindir. Konuya idari işlem teorisi açısından yaklaşıldığında aynı idari işlemde bu kavramlardan birinin mutlaka bulunacağı ve fakat her üçünün de aynı idari işlemde -takdir yetkisi ve bağlı yetki kavramlarının karşıt kavramlar olması- nedeniyle olamayacağı açıktır. Bununla birlikte söz konusu kavramlardan ikisinin aynı idari işlemde var olması çoğu normda olası bir durumdur. Bu çerçevede aynı idari işlemde bu kavramlardan hem değerlendirme yetkisi hem bağlı yetki veya hem takdir yetkisi hem değerlendirme yetkisi kavramları bulunabilir ve yargısal denetime konu olabilir. Öğretide ve yargısal denetimde asıl karışıklık yaratan da söz konusu kavramlardan ikisinin de aynı idari işlemde olduğu durumlardır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu bölümde verilecek örnekler salt bu durumu kapsar nitelikte olmayacaktır. Bu bağlamda, genelleme yapabilmek maksadıyla söz konusu kavramlardan yalnız birinin idari işlemde var olduğu durumlar da ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu doğrultuda söz konusu kavram veya kavramların bir idari işlemde var olup olmadığı, sebep, konu ve amaç öğelerinde beliren farklılıklara göre dört olasılık halinde incelenip örneklendirilebilir⁶⁴¹:

1. 6183 SAYILI AATUHK 13. MADDESİ

Soyut Sebep Unsuru: Yasa koyucu tarafından açıkça belirlenmiştir.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): Sebep ortaya çıktığında idarenin sadece tek ve belirli bir karar alma imkânı vardır.

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: Amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir

⁶⁴¹ Burada örnekler norm olarak seçilmiştir. Diğer bir ifade ile, çalışmanın bu aşamasında verdiğimiz örneklerde somut, belirli bir idari işlemi örnek göstermek yerine bu idari işleme dayanak olan norm örnek olarak verilmiştir.

yolu bulunmaktadır. Esasında bu olasılıkta amaç unsurunun saptanması incelememiz açısından önemsizdir. Zira, yasa koyucu sebep ortaya çıktığında idareye konu unsurunda tek karar alma imkanı tanımak suretiyle amaca hangi idari işlem tesis edilirse ulaşılabileceğini bizzat belirlemiştir.

Sonuç (İdari işlemde beliren kavram/kavramlar): “Bağlı Yetki”.

Örnek: 6183 sayılı AATUHK m.13/2 : “İhtiyati haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunur

1. *Borçlunun belli ikametgâhi yoksa,..”*

Analiz:

Soyut Sebep Unsuru: Görüldüğü üzere 6183 sayılı AATUHK m.13/2’ye dayalı ihtiyati haciz işleminin sebep unsuru yasa koyucu tarafından “açıkça” belirtilmiştir. Bu bağlamda işlemin sebep unsurunu, “ borçlunun belirli bir ikametgâhının bulunmaması” oluşturmaktadır.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): İhtiyati haciz işleminin konu unsurunu “amme borçlusunun tarh ve tebliğ edilmemiş veya tahakkuk etmiş ve fakat vadesi gelmemiş amme borcu için haczedilebilir malları üzerindeki tasarruf hakkının kısıtlanması⁶⁴²” oluşturmaktadır. Ancak ilgili norma göre konu unsurunun soyut bir biçimde ortaya konması, takdir yetkisinin varlığını saptamak üzere sergilenen ölçüt açısından tek başına anlam ifade etmemektedir. Bu bağlamda, ölçütümüz açısından önemli olan, sebep ortaya çıktığında, idarenin hukuk dünyasında farklı sonuçlar doğuran birden fazla karar alabilme imkânına sahip olup olmadığının tespitidir. Konu unsuruna bu çerçevede yaklaşıldığında, 6183 sayılı AATUHK m.13/2’ye göre idarenin, belirli bir ikametgâhi bulunmayan amme borçlusu hakkında, hukuk dünyasında belirli ve tek

⁶⁴² Y.Karakoç, 2000, s.75

sonuç doğuran idari işlemi tesis edebileceğini görmekteyiz. Buna göre, anılan norm uyarınca, tesis edilecek işlemlerin tamamı, hukuk dünyasında “haczedilebilir malların tasarruf hakkının kısıtlanması sonucunu” doğuracaktır. Başka bir anlatımla, hukuk dünyasında başka bir sonuç doğuran işlem tesisi mümkün değildir. Buna karşılık, söz konusu norm, “ Borçlunun ikametgâhının bulunmaması durumunda ihtiyati haciz tatbik olunabileceği gibi iki yıl süre ile amme borcu tecil de edilebilir” biçiminde olsaydı, idare, sebep ortaya çıktığında, hukuk dünyasında farklı iki sonuç doğuran karar alabilme imkânı ile donatılmış olacaktı.

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: İhtiyati haciz işleminin amaç unsurunu, “kötü niyetli kamu borçlularının cebren tahsil süreci başlamadan önce haczedilebilir mallarını elden çıkarmalarını veya hileli yollarla başkalarına devretmelerini önlemek suretiyle kamu alacağının tahsilini sağlamak⁶⁴³” olarak belirleyebiliriz. Söz konusu amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu olup olmadığı sorusunun cevabı ise böyle bir yolun var olduğu biçimindedir. Zira, sebep ortaya çıktığında idarenin tek, belirli bir karar alma imkanı bulunmaktadır ki, bu da ihtiyati haciz işleminin tesisidir. Bunun anlamı yasa koyucunun, amaca ne şekilde ulaşılacağını sebep ortaya çıktığında alınacak kararı belirlemek suretiyle kendisinin saptadığıdır.

İdari işlemlerde beliren kavram/kavramlar: Takdir yetkisi-değerlendirme yetkisi kavramları, idari işlemin sebep unsurunun yasada açıkça belirlenip belirlenmemesine dayalı olarak ayrıştırılmaktadır. Bu olasılıkta sebep unsuru yasada açıkça belirtildiğinden dolayı “değerlendirme yetkisi” söz konusu değildir. Takdir yetkisi-bağlı yetki ayrımı açısından ise, idarenin yetkisinin “bağlı yetki” olduğu sonucuna varılmaktadır. Zira idarenin konu unsurunda tek, belirli bir karar alma imkanı bulunmaktadır. Bu bağlamda, yasa koyucu, borçlunun belli bir ikametgâhı bulunmaması olarak tespit ettiği sebep unsuru belirlediğinde, borçlunun haczedilebilir malları üzerindeki tasarruf hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran tek bir karar alabilme imkanı tanımıştır ki bu da “ihtiyati haciz” işlemidir. Bu nedenle söz konusu

⁶⁴³ YKarakoç, 2000, s.75

ayrım açısından amaç unsuru irdelenmeksizin idarenin yetkisinin “bağlı yetki” olduğu sonucuna varılmaktadır.

2. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU 148.MADDESİ

Soyut Sebep: Yasa koyucu tarafından açıkça belirlenmiştir.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): Bu unsurda idareye iki veya daha fazla karar alma imkânı tanınmıştır.

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: Amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmamaktadır.

İdari işlemde beliren kavram/kavramlar: “Takdir Yetkisi”.

Örnek: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 148/a : “Kurul kararıyla ve gerekçesi belirtilmek suretiyle, bu Kanun kapsamındaki kuruluşlar ile ilgili gerçek ve tüzel kişilere.....

a) Bu Kanun(da)...yer alan sınırlamalara uyulmaması hâlinde onbin Yeni Türk Lirasından az olmamak üzere aykırılık oluşturan tutarın binde beşine kadar,... İdarî para cezası uygulanır”.

Analiz:

Soyut Sebep Unsuru: Söz konusu normda idari işlemin sebep unsuru açıkça öngörülmüştür. Buna göre idari işlemin sebep unsurunu “bu Kanun(da)...yer alan sınırlamalara uyulmaması” oluşturmaktadır.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): İşlemin konu unsurunu, Bankacılık Kanunu ile

getirilen sınırlamalara uymayan gerçek ve tüzel kişilerin malvarlığından yaptırım olarak öngörülen belirli bir miktarın alınması oluşturmaktadır. Söz konusu normda, çalışma konumuz açısından önem arz eden nokta, idarenin sebep (bu Kanun(da)...yer alan sınırlamalara uyulmaması) ortaya çıktığında, 10000 YTL'den az olmamak üzere, %0.1⁶⁴⁴ ile %0.5 arasında toplam beş farklı karar alabilme imkanına sahip olmasıdır. Bunun anlamı, yasa koyucunun idareye iki veya daha fazla karar alabilme imkânı tanıdığıdır. Bu durumda, yasa koyucunun normda idareyi takdir yetkisi ile mi yoksa bağlı yetki ile mi donattığı sorusunun cevabı idareye “tecihte bulunma imkânı” tanınıp tanınmadığının saptanmasına bağlıdır.

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: Söz konusu norma göre; idari yaptırımların bir türünü oluşturan⁶⁴⁵ idari para cezası biçimindeki idari işlemin amacı “caydırıcılık”tır⁶⁴⁶. Daha açık bir ifade ile, söz konusu idari para cezasının amacı, kanun kapsamındaki gerçek ve tüzel kişileri, bu kanuna veya kanuna istinaden çıkarılan düzenleyici işlemlerde yer alan sınırlamalara aykırı hareketlerden caydırmaktır.

İdari işlemin amacı “caydırıcılık” olarak saptandığına göre sıra, söz konusu normda yasa koyucunun idareye takdir yetkisi verip vermediğinin saptanmasına gelmiştir. Böyle bir belirleme, sebep ortaya çıktığında idareye tercihte bulunma imkânı tanınıp tanınmadığının saptanmasına, tercihte bulunma imkânı da, yasa koyucunun idari işlemde beklediği amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolunun bulunup bulunmadığının tespitine bağlıdır. Bu durumda, kanun kapsamındaki gerçek veya tüzel kişi, ilgili fiili işlediğinde, idare, %0.1 ile %0.5 arasında hangi oranda idari para cezası tesis ederse daha caydırıcı bir idari işlem tesis etmiş olacaktır? Mevcut bilimsel düzeyimizle⁶⁴⁷ idarenin hangi oranı esas

⁶⁴⁴ Yasa koyucunun ifadesine göre matematiksel olarak alt sınır binde bir (%0.1) olmak zorunda değildir. Ancak daha sade ifade edebilmek için bu şekilde bir belirleme yapılmıştır.

⁶⁴⁵ Bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.16

⁶⁴⁶ Doktrinde, idari yaptırımların cezalandırma ve caydırma amacından çok hazinenin zararını giderici niteliğinin ağır bastığı ifade edilmektedir (İl Han, Özay, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985, s.55). Ancak böyle bir genelleme inceleme konusu yapılan norm için söz konusu değildir.

⁶⁴⁷ Bu noktada belirtmek gerekir ki, özellikle Anglo-Sakson Hukuku'nda Hukuk ve İktisat (Law and Economics) Dalı'nda bu tip çalışmalar yapılmaktadır. Hukuk ve iktisat bilimlerinin ortak çalışma

alan işlem tesis ettiğinde idari para cezasının muhatabı üzerinde daha caydırıcı etki yarattığını söylememiz mümkün değildir⁶⁴⁸. Dolayısıyla, yasa koyucunun o idari işlemin tesisi ile beklediği nihai sonuca (caydırıcılığa) alt ve üst sınırlar içerisinde hangi oranda işlem tesis edilirse ulaşılabileceğinin belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmamaktadır.

İdari işlemde beliren kavram/kavramlar: Bu olasılıkta, birinci olasılıkta olduğu gibi, sebep unsuru yasa koyucu tarafından açıkça belirlendiğinden idarenin “değerlendirme yetkisi” bulunmamaktadır. Takdir yetkisi-bağlı yetki ayrımı açısından incelendiğinde ise, caydırıcılık amacına ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmadığından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

3. 6183 SAYILI AATUHK 51. MADDESİ

Soyut Sebep: Yasa koyucu tarafından ya belirsiz kavramlarla saptanmıştır ya da hiç belirtilmemiştir.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): Sebep ortaya çıktığında idarenin iki veya daha fazla karar arasında seçim imkânı vardır.

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: İdari işlemde beklenen nihai sonuca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmaktadır.

alanı bu dalda özellikle para cezalarının caydırıcılığının saptanmasına yönelik çalışmalar bulunmaktadır. Ancak bildiğimiz kadarıyla para cezaları hakkında Türk Hukuku’nda şu an için bu çalışmaların bilimsel olarak değerini ve geçerliliğini ortaya koyan bir çalışma henüz yapılmamıştır. Bu nedenle, bu aşamada idari para cezalarında caydırıcılığı ölçmenin mevcut bilimsel bir yönteminin bulunmadığı varsayımına dayanılmıştır. Hukuk ve iktisat hakkında bkz. R. Cooter, T. Ulen, **Law and Economics**, Third Edition, Addison Wesley Longman, Inc., 2000.

⁶⁴⁸ Bilimsel olarak, hangi oranda işlem tesis edilirse caydırıcı olacağını saptayamamız aynı zamanda tesis edilen cezanın da ölçülülük denetimine tabi tutulmasını engeller. Bu nedenle, takdir yetkisinin denetlenemeyeceği kuralının istisnası olarak yargı organlarınca başvuru alan “ölçülülük ilkesi” de kendi içinde ciddi bir ölçüsüzlüğü tamamen değer yargılarına bağlı olması nedeniyle taşımaktadır.

İdari işlemlerde beliren kavram/kavramlar: Bu durumda idari işlemlerde idarenin hem “değerlendirme yetkisi” hem de “bağlı yetkisi” bulunmaktadır.

Örnek: 6183 sayılı AATUHK m.51: “ Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur...Bakanlar Kurulu, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkilidir”⁶⁴⁹.

Analiz:

Soyut Sebep Unsuru: Görüldüğü üzere, örnek normda Bakanlar Kurulu’nun tesis edeceği idari işlemin sebep unsuru açıkça belirlenmemiştir. Bunun dışında söz konusu normda idari işlemin sebep unsuru “belirsiz kavramlar” ile de öngörülmemiştir. Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere, idari işlemin sebep unsurunu amaç unsurundan hareket ederek saptayabiliriz⁶⁵⁰. Bu bağlamda, Anayasa

⁶⁴⁹ Çalışmamızda bu normu, VUK m.112/3 uyarınca gecikme faizi oranına dayanak olduğu için inceliyoruz. Bu bağlamda, amaç unsuruna ilişkin değerlendirmemiz gecikme zammının değil, gecikme faizinin amacına ilişkindir. Bununla birlikte söz konusu iki kurumun da amaç unsurunun aynı olduğunu belirtmek gerekir.

⁶⁵⁰ AYMK. E: 1988/7, K: 1988/27 : “...Bu temel neden, paranın değerini sürekli olarak kaybettiği enflasyon dönemlerinde ayrı bir önem kazanır. Dönem başında, kullanılmaktan vazgeçilen ya da hak edildiği halde alınamayan bir miktar paranın satın alma gücü; dönem sonunda; enflasyon oranında azalmış olacaktır. Bu durumda dönem sonunda paranın asıl sahibine ödenmesi gereken faiz; sadece belli bir dönem için yapılan fedakârlığın karşılığından ibaret olmayacak, aynı zamanda söz konusu dönemde paranın satın alma gücündeki kaybı da karşılayacak miktarda olacaktır. Teknik deyişle, hem para sahibinin tasarrufta bulunmasının bedeli ödenecek, hem de paranın satın alma gücü korunacaktır.

İtiraz konusu “gecikme faizi”nin dayandığı ekonomik mantık budur. Devlete ödenmesi gereken bir vergi borcunu vaktinde ödemeyen yükümlü, bu parayı başka amaçlarla kullanmakta ve çeşitli yararlar sağlamaktadır. Buna karşılık devlet, vergi gelirlerinin bir kısmından yoksun kalmakta ve bu durumda ya harcamalarını kısmak veya borçlanmak zorunda kalmaktadır. Harcamaların kısılması durumunda toplum bazı devlet hizmetlerinden yoksun kalmakta, devletin borçlanması durumunda ise devlet hizmetlerinin maliyeti artmaktadır. Doğrudan ortaya çıkan bu sonuçlara ek olarak, vergi yükümlülerinin vergilerini zamanında ödememeleri; devlet câri harcamaları ile devlet yatırımlarının ya aksamasına ya da borçlanma yoluyla finansmanına neden olduğu için enflasyon, işsizlik ve gelir dağılımında eşitsizlik gibi önemli ekonomik dengesizliklerin kaynağını da oluşturmaktadır.

Bu olumsuz etkiler, yüksek oranlı enflasyon dönemlerinde daha çabuk ve daha şiddetli olarak hissedilmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112. maddesini değiştiren ve dava konusu bendi

Mahkemesi'nin saptamasına göre gecikme faizi kurumunun amaç unsuru, vergi borcunun enflasyona karşı korunmasıdır. Bu çerçevede, yasa koyucunun gecikme faizi (gecikme zammı) oranını saptayan bir düzenleyici işlemin tesisinden beklediği nihai sonuç, vergi borcunu enflasyonist etkilerden korunmasıdır. Dolayısıyla, “belirli bir oranda enflasyonun varlığı”, Bakanlar Kurulu'nun oran saptama biçiminde tesis edeceği düzenleyici işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): Gecikme faizini saptayan düzenleyici işlemlerin konu unsurunu, VUK m.112/3'de belirtilen dönemlere bağlı olarak gecikme zammı oranında saptanan miktarın vergi borçlusundan zora dayalı olarak alınması oluşturmaktadır.

AATUHK m.51/son hükmü uyarınca gecikme zammı (gecikme faizi) oranlarını saptamak üzere tesis edilecek Bakanlar Kurulu Kararları, konu unsuru açısından birden fazla seçeneği bünyesinde barındırabilir. Zira, anılan maddede, işlemin sebep unsuru olarak saptadığımız enflasyon olgusu ortaya çıktığında, yasa koyucu, Bakanlar Kurulu'na, %0.4 ile %8 arasında sonsuz ihtimalde karar alabilme imkanı tanımıştır. Ancak, daha önce açıklandığı üzere, hukuka uygun sebep ortaya çıktığında, normda idareye birden fazla karar alabilme imkanı tanınmış olması, idarenin takdir yetkisi ile donatılmış olduğu anlamına gelmemektedir. Takdir yetkisinin varlığını saptayabilmek açısından önemli olan, normda idareye tercihte bulunma imkânı tanınıp tanınmadığının belirlenmesidir. Tercihle bulunma imkanı ise, idari işlemin amacına ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulup bulunmadığının saptanmasına bağlıdır.

getiren 3239 sayılı Yasanın, yurdumuzda yüksek enflasyonun mevcut olduğu dönemde çıkarılıp yürürlüğe girdiği göz önünde tutulursa, Yasa Koyucunun amacı açıkça ortaya çıkar. Mevduat faizinin % 65'i, kredi faizinin ise % 100'leri aştığı bir enflasyonist ortamda, vergi borcunu ödemeyen ve bu parayı başka işler için kullanan bir vergi mükellefinden “gecikme faizi” adı altında ek bir ödemede bulunmasını istemek, yukarıda açıklanan ekonomik nedenlerle yerindedir. Böyle yapmakla, devlet maliyesi korunduğu ve istenmeyen ekonomik aksaklıkların ortaya çıkması engellendiği gibi, vergisini zamanında ödeyen yükümlü ile ödemeyen yükümlü arasında bir eşitsizliğin doğmasına da fırsat verilmemiş olmaktadır...”

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiyeye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: Sebep unsurunu saptarken tespit edildiği üzere, gecikme zammını (gecikme faizini) saptayan Bakanlar Kurulu Kararları'nın amaç unsurunu, amme borcunun enflasyonist etkilerden korunması oluşturmaktadır. Takdir yetkisini saptamak için kullandığımız amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişen bir yolu bulunup bulunmadığı ölçütü açısından konu incelendiğinde ise şu sonuca varmak mümkündür. Yasa koyucunun işleminden beklediği nihai sonuç, enflasyonist ortamın kamu alacağı üzerinde doğurduğu aşındırıcı etkinin giderilmesi olduğuna göre, bu amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmaktadır. Bu yol, Bakanlar Kurulu'nun gecikme zammı oranlarını enflasyon oranında saptaması olarak somutlaştırılabilir. Söz gelimi, Bakanlar Kurulu, yıllık enflasyon %12 olduğunda, ilgili norma göre, gecikme zammı oranını aylık olarak %1 oranında saptamak zorundadır. Zira enflasyon oranı bilimsel olarak saptanmıştır ve gecikme zammının hangi oranda değiştirilmesi durumunda kamu alacaklarının enflasyondan korunabileceği de kişiden kişiye göre değişmeyen bir biçimde belirlenebilmektedir.

İdari işlemde beliren kavram/kavramlar: 6183 sayılı AATUHK m.51/son'a göre, gecikme zammını saptamak üzere tesis edilecek düzenleyici işlemlerde, çalışma konumuzu oluşturan kavramlardan ikisi gündeme gelebilecektir. Buna göre, söz konusu norm uyarınca tesis edilecek işlemlerde irdelenmesi gereken ilk kavram idarenin "değerlendirme yetkisi"dir. Zira anılan normda idari işlemin sebep unsuru belirtilmemiştir. Bu durumda, oran saptayan idari işlemlerin hukuka uygunluğu, işlemin sebep unsurunun amaç unsuruna uygun olmasına bağlıdır. Somutlaştırmak gerekirse, gecikme zammı oranını saptayan Bakanlar Kurulu kararları, ancak enflasyonun varlığı durumunda tesis edilebilir. Çünkü, işlemin amaç unsurunu, kamu alacağının enflasyonun aşındırıcı etkilerden korunması oluşturmaktadır. Bu durumda Bakanlar Kurulu'nun başka bir sebebe dayanarak, (Söz gelimi, kamu giderlerini finanse etmek ya da sosyal nedenlerle) söz konusu oranı saptaması, değerlendirme yetkisini hukuka aykırı kullanması anlamına gelecektir. Bu doğrultuda, idari yargı tarafından yapılacak denetim, sebep-amaç unsurları arasında yer alan zorunlu bağın hukuka uygun kurulup kurulmadığı noktasına ilişkin olacağından bütünüyle

hukukilik denetimidir. Dolayısıyla, burada söz konusu olan yargısal denetim, takdir yetkisinin denetimine ilişkin değildir. Kaldı ki, daha önce de değinildiği üzere, takdir yetkisinin denetimi, gerek AY m.125 gerek İYUK m.2 gibi pozitif hukuk normlarınca idari işlemlerin yerindeliliğinin bilimsel olarak saptanmasının söz konusu olmaması nedeniyle mümkün değildir.

6183 sayılı AATUHK m.51/son uyarınca tesis edilecek işlemler, “takdir yetkisi-bağlı yetki” ayrımı açısından incelendiğinde ise, anılan norma göre, idarenin takdir yetkisi ile değil; bağlı yetkiyle donatılmış olduğu sonucuna varılmaktadır. Zira, yukarıda değinildiği üzere, amaca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmaktadır.

4. KDVK 28. MADDESİ

Soyut Sebep: Yasa koyucu tarafından ya belirsiz kavramlarla saptanmıştır ya da hiç belirtilmemiştir.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): Sebep ortaya çıktığında idarenin iki veya daha fazla karar arasında seçim imkânı vardır.

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: İdari işlemde beklenen nihai sonuca ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmamaktadır.

İdari işlemde beliren kavram/kavramlar: Bu durumda idari işlemde idarenin hem “değerlendirme yetkisi” hem de “takdir yetkisi” bulunmaktadır.

Örnek: Katma Değer Vergisi Kanunu Madde 28 : “Katma değer vergisi oranı, vergiye tabi her bir işlem için %10'dur. Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, %1'e kadar indirmeye, bu oranlar dahilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir”.

Sebep Unsuru: Örnek normda Bakanlar Kurulu'nun KDV oranlarını değiştirmek üzere tesis edeceği idari işlemlerin sebep unsuru, yasa koyucu tarafından açıkça belirtilmediği gibi belirsiz kavramlarla da saptanmamıştır. Bu durumda, ilgili kısımda sergilendiği üzere, idari işlemin sebep unsurunu amaç unsurundan hareket ederek saptayabiliriz. Buna göre, KDVK m.28 uyarınca tesis edilecek Bakanlar Kurulu Kararları'nın amaç unsurunu, vergilendirmenin mali, ekonomik ve sosyal amaçlarına ulaşabilmek üzere, katma değer vergisi oranlarının ekonomik yapıdaki değişime uygun hale getirilmesi oluşturmaktadır⁶⁵¹.

Soyut Konu Unsuru (Konu Unsurunda Farklı Kararlar Alabilme İmkânı Tanınıp Tanınmadığına Göre): KDVK m.28 hükmü konu unsuru açısından irdelendiğinde, Bakanlar Kurulu'na, %1 ile %40 arasında, sonsuz ihtimalde karar alabilme imkânı tanıdığı görülmektedir. Ancak, gerek teorik kısımda gerek önceki örneklerde değinildiği üzere, hukuka uygun sebep ortaya çıktığında, normda idareye birden fazla karar alabilme imkanı tanınmış olması, idarenin takdir yetkisi ile donatılmış olduğu anlamına gelmemekte olup; yetkinin varlığı, idareye tercihte bulunma imkanı tanınıp tanınmadığının belirlenmesine bağlı olarak saptanmaktadır. Anılan normda, yasa koyucunun idareye seçim imkanı tanıyıp tanımadığı aşağıda tartışılmıştır.

Amaç/Amaca Ulaşmanın Belirli, Kişiden Kişiye Göre Değişmeyen Bir Yolu Olup Olmaması Açısından: Sebep unsuru ile ilgili bölümde tespit edildiği üzere, KDVK m.28 uyarınca, vergi oranlarını saptamak üzere tesis edilecek olan Bakanlar Kurulu Kararları'nın amaç unsurunu, vergilendirmenin mali, ekonomik ve sosyal amaçlarına ulaşabilmek üzere, katma değer vergisi oranlarının ekonomik yapıdaki değişime uygun hale getirilmesi oluşturmaktadır. Takdir yetkisinin varlığını saptayabilmek amacıyla önerilen ölçüt açısından KDVK m.28 incelendiğinde ise, Bakanlar Kurulu'nun belirtilen amaçlara ulaşmasının belirli, kişide kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Söz gelimi, konut tüketiminden alınan KDV oranının %18 olarak belirlendiğini, ancak zaman içerisinde, konut ihtiyacının, oranın belirlendiği döneme göre daha fazla arttığını,

⁶⁵¹ AY m.73/4 uyarınca, Bakanlar Kurulu'na yetki verilen hallerde, işlemin amaç unsuruna ilişkin daha kapsamlı değerlendirme için bkz.s.143 vd.

büyük bir artış gösterdiğini varsayalım. Bakanlar Kurulu'nun da, AY m.57'nin devlete yüklediği konut sağlama ödevi doğrultusunda konut arzını arttırmak üzere, konut teslimlerinden alınan KDV oranını %8'e düşürdüğünü; başka bir anlatımla, vergi enstürmanını, sosyal amaçlara ulaşabilmek için kullandığını düşünelim. Bu durumda, Bakanlar Kurulu'nun öngördüğü amaca ulaşabilmek için KDV oranını gerektiği kadar düşürmediğini; yeni oranın konut arzını hedeflendiği ölçüde yükseltmeyeceğini söyleyebilmemiz mümkün değildir⁶⁵². Zira, Bakanlar Kurulu'nun konut teslimlerinden alınan KDV'yi hangi oranda düşürürse, hedeflenen amaca ulaşılabilceğini saptamamızı sağlayan belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yöntem bulunmamaktadır. Bu durumda ancak farklı yöntemlere dayalı kesin sonuçlar vermeyen birtakım tahminlerde bulunulabilmesi mümkün olabilir. Dolayısıyla da bu oranın tespiti, bir yerindelik sorunudur.

İdari işlemlerde beliren kavram/kavramlar: KDVK m.28'e göre, tesis edilecek idari işlemlerde Bakanlar Kurulu, hem "değerlendirme yetkisi" ile hem de "takdir yetkisi" ile donatılmıştır. Bu bağlamda, Bakanlar Kurulu'nun KDV oranını saptarken dayandığı sebebin, amaç unsuru ile arasındaki bağın tartışılması, idarenin değerlendirme yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığının saptanmasına yönelik bir tartışma olup, tamamen idari yargı denetiminin kapsamı içerisinde olacaktır. Söz gelimi, ekonomik yapıda herhangi bir değişiklik olmadığı halde KDV oranlarının %40'a çıkarılması durumunda, yargı yerlerince işlemin sebebin saptanması ve daha sonra amaç unsuru ile arasındaki ilişki açısından tartışılması, idarenin değerlendirme yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığına ilişkin bir denetim olacaktır. Dolayısıyla, bu denetim, takdir yetkisinin denetlenmesinden tamamen farklıdır.

Takdir yetkisi-bağlı yetki ayrımı açısından ise, KDVK m.28'de, öngörülen amaçlara ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunmadığı için idareye belirlenen amaçlara ulaşabilmek bakımından istediği oranı tercih etme imkânı tanınmıştır. Diğer bir ifade ile, idare takdir yetkisi ile donatılmıştır. Bunun anlamı, saptanan oranın daha yüksek veya daha düşük olması gerektiği yolundaki

⁶⁵² Verilen örnekte, AY m.65'de düzenlenen devletin iktisadi ve sosyal ödevlerini yerine getirmesine ilişkin sınırlamalar da etkili olacaktır.

iddiaların hukukilik değil ve fakat yerindelik sorunu olduğu ve bu nedenle de AY m.125 ve İYUK m.2 uyarınca idari yargı denetiminin sınırları dışında kaldığıdır

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Vergi idaresinin takdir yetkisinin saptanmasını ele alan bu çalışmanın ilk bölümünde, idarenin takdir yetkisi kavramı ve özellikleri; ikinci bölümünde ise vergi normlarında idarenin takdir yetkisinin saptanması ele alınmıştır. Bu inceleme ve değerlendirmeler sonucunda elde edilen bulgular ile bunlara ilişkin değerlendirmelerimiz aşağıdaki biçimde sıralanabilmektedir.

İdarenin takdir yetkisi kavramı, ikincil hukuk kaynakları ve pozitif hukuktan hareketle “*normun amacına ulaşmanın belirsizliği durumunda idarenin sahip olduğu tercihte bulunma yetkisi*” olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede Türk Hukuku’nda söz konusu kavramın taşıdığı anlam, DWORKIN’in zayıf anlamda takdir yetkisine; ROSENBERG’in ise birincil takdir yetkisine karşılık gelmektedir. Çalışmada takdir yetkisi kavramının karşıtı olan bağlı yetki ise, “*Normlarda öngörülen koşulların varlığı durumunda yine normda öngörülen işlemi tesis etme zorunluluğu*” olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede bağlı yetki ve takdir yetkisi ayrımının normun amacına ulaşmanın belirsiz olup olmamasına dayandığı sonucuna varılmıştır. Buna göre, bağlı yetki durumunda idarenin hangi idari işlemi tesis ederek normun amacına ulaşabileceği hususunda ayrıca değerlendirme yapmasına gerek bulunmamaktadır.

İdarenin takdir yetkisi kavramının tanımı yapılırken belirlenen özellikler de ayrıca inceleme konusu yapılmıştır. Pozitif hukuk esas alındığında idarenin takdir yetkisinin bünyesinde dört özelliği barındırdığı saptanmaktadır. Bu özellikler; “*takdir yetkisinin idarenin birden fazla işlemde birini tercih etme yetkisi olduğu*”; “*takdir yetkisinin kaynağını mutlaka bir normdan aldığı*”; “*takdir yetkisinin ancak normun amacına ulaşmanın belirsiz olduğu durumlarda söz konusu olduğu*” ve “*takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin yerindeliğinin yargısal denetimin dışında olduğu*” biçiminde sıralanabilmektedir.

Takdir yetkisine atfedilen dört özellik normlar hiyerarşisi teorisi bakımından analiz edildiğinde; söz konusu teori uyarınca her bir norm bir üst normun uygulanması suretiyle alt kademede yeni bir norm yaratılması anlamına gelmektedir.

Dolayısıyla da idari işlemlerin bu anlamda birer norm olduğu saptanmaktadır. Bu sonuç, hem düzenleyici hem de birel idari işlemler için geçerlidir. Bu bağlamda ulaşılan bir diğer bulgu da takdir yetkisinin özünü oluşturan tercihte bulunma yetkisinin üst normun uygulanması suretiyle alt kademede yeni bir norm yaratılması olduğudur.

Normlar hiyerarşisi teorisi takdir yetkisinin norma dayalı olması özelliği bakımından da belirleyicidir. Bu tespitten hareketle takdir yetkisinin ancak norm katmanları arasında boşluk bulunması durumunda ortaya çıkabileceği sonucuna ulaşılmıştır. “Norm katmanları arasında boşluk” ile üst normun uygulanması sürecinde sahip olunan tercihte bulunma imkânı kastedilmektedir. Ancak norm katmanları arasındaki boşluk, öğretinin ileri sürdüğü gibi her bir norm katmanı arasında mutlak olarak bulunmamaktadır. Zira hukuk düzeninde çoğu norm yapısal olarak hipotetik (koşullu) norm olarak öngörülmüştür. Hipotetik normların önemli bir kısmının bağlı yetki biçiminde düzenlenmiş olması karşısında, öğretinin görüşünden ayrılma zorunluluğu doğmuştur. Öğretide rastlanılan yasa boşluğu sınıflandırmaları da norma dayalı olma özelliği çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bağlamda normlar hiyerarşisi teorisi bakımından gerek *praeter legem* boşlukların gerek *intra legem* boşlukların takdir yetkisi dâhilinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Öte yandan vergi ve idare normlarında AY m.8 ve AY m.123/1 gereği, yalnız *intra legem* boşluk bulunabileceği; bu nedenle idarenin takdir yetkisinin anılan boşluk türüyle ilgili olduğu tespit edilmiştir.

Norma dayalı olma özelliği çerçevesinde varılan bir diğer sonuç, idarenin takdir yetkisinin varlığının uygulanan üst normun yapısına göre saptanabileceğidir. Bu çerçevede uygulanan üst normun bağımlı veya bağımsız norm olması takdir yetkisinin varlığını etkiler. Ne var ki, üst normun takdir yetkisine etkisi bununla sınırlı değildir. Uygulanan üst norm aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin sınırlarını da çizmektedir. Bu bağlamda üst norm sadece yasayı değil, Anayasa normlarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla, takdir yetkisine dayanan idari işlemler Anayasa ve yasa hükümlerine aykırı hukuki sonuçlar doğuramayacaklardır.

Çalışmada ulaşılan bir diğer sonuç da her normun bir amacı olduğu ve yasa koyucunun normun amacına ulaşmanın belirsiz olduğu durumlarda idareyi takdir yetkisiyle donattığıdır. Bu çerçevede normun amacının ilk işlevi bir normda idarenin takdir yetkisiyle donatılıp donatılmadığını saptamaktır. Normun amacının ikinci işlevi ise takdir yetkisinin sınırlarını çizmektir.

Takdir yetkisinin normlar hiyerarşisi teorisi açısından ele alınması, söz konusu yetkinin varlığının saptanması sorununun normun uygulanması sürecinin analizi yoluyla ele alınmasını gerektirmiştir. Bu doğrultuda birel idari işlemlerin bağımsız normları uyguladığı; bağımsız normların uygulanmasının ise hipotetik normlardan kıyasta bulunmak (tipiklik) anlamına geldiği belirtilmiştir. Dolayısıyla birel işlem tesis etmek hipotetik kıyas (tipiklik/subsumsiyon) yapmaktan başka bir anlam taşımamaktadır. Bu çerçevede hipotetik normlar soyut sebep (davranış koşulu) ve soyut konu (hukuki sonuç) unsurlarını içerdikleri için, hipotetik bir normdan birel idari işlem tesis etmek de anılan unsurlardan hareketle alt kademede norm yaratmak anlamına gelmektedir. Buna göre, birel idari işlem tesisi soyut sebebin yaşamda gerçekleştiğinin idare tarafından tespiti üzerine; normda yer alan soyut konu unsurunun öngördüğü hukuki sonucu doğuran birel işlemin tesis edilmesidir. Bu bağlamda; idari işlemin sebep unsuru hipotetik kıyas sürecinde küçük önermeye; konu unsuru ise, yaratılan işleme karşılık gelmektedir.

Buna karşılık düzenleyici idari işlem tesisi kural olarak birel idari işlem tesisinden farklı bir süreci içermektedir. Bu bağlamda normun uygulanması sürecinde düzenleyici idari işlem tesis etmek bağımlı normu uygulamak anlamına gelmektedir. Bağımlı normlar, kural olarak hipotetik norm olarak öngörülmemektedir. Bu nedenle anılan normlarda, soyut sebep ve soyut konu unsuru çoğunlukla gözlemlenememektedir. Bu tespitin sonucu ise, hipotetik norm olarak öngörülmeyen bağımlı normlardan düzenleyici işlem tesis etmenin hipotetik kıyas(tipiklik) sürecine bağlanmamış olmasıdır. Buna karşılık pozitif hukukta, hipotetik norm olarak ifade edilen bağımlı normlar da bulunmaktadır. Bunun anlamı bazı düzenleyici işlemlerin tesis edilmesinin soyut sebep-soyut konu unsurları çerçevesinde işleyen bir süreç olduğudur. Belirtilen yapıdaki bağımlı normlar

çerçevesinde düzenleyici işlem tesis etmek birel idari işlemlerde geçerli olan sürece tabi olacaktır.

Normun uygulanması sürecini sergileyen tartışmalar takdir yetkisinin idari işlemlerin hangi unsuruna ilişkin olduğu noktasında da belirleyicidir. Normun uygulanması temel olarak idari işlemlerin sebep-konu unsurları arasında işleyen bir süreçtir. İdarenin takdir yetkisi de bu unsurlardan salt “konu” unsurunda kullanılan bir yetkidir. Dolayısıyla çalışmanın vardığı bu sonuç, öğretide ileri sürülen ve takdir yetkisinin, idari işlemin yetki, şekil, sebep ve amaç unsurlarında da bulunabileceği görüşünden farklıdır. Yukarıdaki tespitten hareketle, bağlı yetki, sebep unsuru gerçekleştiğinde yasada öngörülen hukuki sonucu doğuran (konu unsuru) işlemi tesis etmek anlamına gelmektedir. Buna karşılık, takdir yetkisi ise, sebep unsuru gerçekleştiğinde iki veya daha fazla hukuki sonuç doğurabilen işlem tesis etmek anlamına gelmektedir. Soyut sebebin belirsiz kavramlarla ifade edildiği veya hiçbir şekilde öngörülmediği durumlarda idarenin sahip olduğu yetki ise takdir yetkisi değil, değerlendirme yetkisidir. Bu saptamanın pratik sonucu ise, idarenin değerlendirme yetkisinin, takdir yetkisinin aksine hukukilik denetimine tabi olmasıdır.

Bağımlı-bağımsız normların uygulanması sürecinde idari işlemlerin konumu, takdir yetkisinin varlığına doğrudan etki etmektedir. Bu bağlamda üst normdan birel veya düzenleyici işlem tesis etmek hipotetik kıyas sürecine bağlanmışsa; takdir yetkisi normun soyut konu unsuruyla ilgilidir. Dolayısıyla hipotetik normlarda vergi idaresinin takdir yetkisinin varlığı uygulanan üst normun soyut konu unsuruna göre belirlenmektedir. Bu tespitin öğretiyeye kazandırdığı yenilik, hipotetik kıyas sürecine bağlanan bazı düzenleyici işlemlerde idarenin takdir yetkisinin değil ve fakat bağlı yetkisinin bulunabileceğidir. Buna karşılık, daha önce de belirtildiği üzere düzenleyici işlemlerin uyguladığı üst normlar çoğunlukla hipotetik norm yapısında öngörülmemektedir. İşte bu tür normlara dayanılarak tesis edilecek düzenleyici işlemler, bizatihi takdir yetkisine dayanan genel ve soyut norm yaratmak anlamına gelmektedir.

Çalışmanın konusunu takdir yetkisinin saptanması oluşturduğu için, üst normun hipotetik norm olarak öngörüldüğü durumlarda, soyut konu unsurunda idarenin takdir yetkisinin hangi yöntemle tespit edilebileceği sorununa ayrıca odaklanılmıştır. Üst normun hipotetik norm olarak öngörüldüğü normlarda, öğretide ileri sürülenin aksine soyut konu unsurunun “yapılabilir, edilebilir, verilebilir” gibi yeterlilik fiilleriyle ifade edildiği hallerde idarenin mutlak takdir yetkisiyle donatıldığı sonucuna ulaşamaz. Bu saptamadan hareketle, soyut konu unsurunda takdir yetkisinin varlığını saptamaya yönelik geliştirilen ölçüt, normun amacı unsuruna dayandırılmıştır. Buna göre, öncelikle normun amacı belirlenmeli ve daha sonra “normun amacına ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu olup olmadığı” saptanmalıdır. Bu bağlamda normun amacına ulaşmanın belirli, kişiden kişiye göre değişmeyen bir yolu bulunuyorsa, idarenin bağlı yetkisi; aksi durumda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu ölçüt öğretinin aksine, vergi hukukunda hipotetik kıyas sürecine bağlanmış bazı normlarda idarenin takdir yetkisi değil ve fakat bağlı yetkiyle donatılmış olduğu sonucuna ulaştırmıştır.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, T., “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD**, Yıl:9, S:1-3, 1988, s.11-23.

Akıllıoğlu, T., “Yönetmel Yargı Ve Denetimin Etkinliği”, **AİD**, C:23, S:1, Mart 1990, s.3-11.

Akkaya, M., **Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Alan, N., “Türk İdari Yargısında Yerindelik Ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s.31-71

Alan, N., “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi Ve Kanuna Aykırılık”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1976, s.330-371.

Aral, V., **Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu Ve Değeri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2471, İstanbul, 1978.

Aral, V., **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filizkitabevi, 2001, s.15-48

Azrak, A.Ü., “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, **İHİD**, Yıl:6, S:1-3, Aralık 1985, s.17-28.

Başpınar, R., “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetime Tabi Tutulması”, Danıştay Dergisi, Yıl:1, S:3, s.59-87.

Bayraktar, E., “Takdir Yetkisi Ve Yargı Yoluyla Denetimi”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Güneş Matbaası, 1976, s.254-294.

Candan, T., Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu, Maliye Ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.

Celayir,“S., İdarenin Takdir Hakkı Prensibi Ve Görülen Lüzum Telakkisi”, **İdare Dergisi**, Yıl:30, S:257-258, Mart-Haziran 1959, s.95-102

Christie, G. C., “An Essay on Discreation”, **Duke Law Journal**, Volume 1986, November No.5, s.747-778.

Cooter, R., Ulen, T., **Law nad Economics**, Third Edition, Addison Wesley Longman, Inc., 2000.

Çağan, N., “1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme”, Fadıl Sur’un Anısına Armağan, **AUSBF** No: 522, Ankara, 1983.

Çağan, N., “ Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:1, 1984, s. 171-183.

Çağlar, B., “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **İHİD** ,Yıl:5, S:1-3, Aralık 1984, s.3-34

Çağlayan, R., “ Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, **AÜEHFD**, C:VII, S:3-4, Aralık 2003, s.171-208.

Dworkin, R.M. “The Model of Rules”, **The Univesity of Chicago Law Review**, Vol.35, No.1, autumn 1967, s.14-46

Eren, F., **Borçlar Hukuku**, C:1, S Yayınları, 2.Bası, Ankara, 1987.

Erginay, A., **Kamu Maliyesi**, 16. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1998.

Gerçek, A., “**Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**”, Ankara, 2006.

Gözler, K., **İdare Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, Cilt:1.

Gözler, K., “**Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**”, Ekin Yayınevi, Bursa, 1999.

Gözübüyük, Ş., **Yönetim Hukuku**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, 2002.

Gözübüyük, Ş., **Yönetimsel Yargı**, 20. Bası, Turhan Kitabevi , Ankara, 2004.

Grey, J.H., “Discretion In Administrative Law”, **Osgoode Law Journal**, V. 17, 1979, s.107-132.

Günday, M., “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı Ve Sınırları”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 1-4 Mayıs 1990**, Birinci Kitap, s.145-146

Günday, M., **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, 7. Bası, Ankara, 2003.

Güneş, T., **Türk Pozitif Hukuku’nda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, 1965, Ankara, AÜSBF Yayınları No: 191-173.

Güriz, A., **Hukuk Felsefesi**, 7. Baskı, 2007, Siyasal Kitabevi, Ankara.

Hafızoğulları, Z., **Ceza Normu**, US-A Yayıncılık, Ankara,1996.

Işıқтаç, Y. **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi Ve Uygulaması**, 2. Basım, Filizkitapevi, İstanbul, 2004

Işıқтаç, Y./ Metin, S., **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filizkitapevi, 2003.

İzgi Ö., Gören, Z., T.C. Anayasası Yorumu, Cilt:1 , **TBMM Basımevi**, Ankara, 2002.

Kahn, J., “Discretionary Power and the Administrative Judge”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 29, No.2/3, 1980, s.521-530.

Kalabalık, H., “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları Ve Yargısal Denetim”, **GÜHFD**, C:1, S:1, 1997, s. 172-211(“1997a” olarak atıfta bulunulmuştur).

Kalabalık H., “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı Ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, **GÜHFD**, C:1, S:2, 1997, s. 205-232(“1997b” olarak atıfta bulunulmuştur).

Kaneti S., “ Vergi Usul Kanunu’ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması”, **Vergi Dünyası**, S:123, kasım 1991, s.35-49.

Karahaoğulları, O., “İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, **AÜHFD**, C:45, S:1-4, 1996, s.323-337.

Karakoç, Y., **Genel Vergi Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Karakoç, Y., **Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Karatepe, Ş., “İdarenin Takdir Yetkisi”, **Türk İdare Dergisi**, Eylül 1991, Yıl:63, S:392, s.63-121.

Kargın, B., “ İdarenin Takdir Hakkı”, **İdare Dergisi**, Yıl:28, S:245, 1957, s.71-85.

Kaya, C., “İdarenin Takdir Yetkisi Ve Yargısal Denetimi”, **Nuri Çelik’e Armağan**, İstanbul, 2001, Cilt:1, s.251-283.

Katoğlu, T., “Özel Kanunlar Bakımından Yaygın Bir Uygulama: Eksik Ceza Normu”, Norm Koyma ve Hüküm Verme, **Ankara Toplantıları**, 17-18 Nisan 2009, s.265-275.

Keyman, S. “**Hukuka Giriş Ve Metodoloji**”, Doruk Yayınları, Ankara, 1981.

Keyman, S., “Tipiklik Ve Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, C:37, S:1-4, 1980, s.71

Kılıçoğlu, A.,**Borçlar Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2.Bası, Ankara, 2002.

Kıratlı, M., “Danıştayın İdarenin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi Ve Bağlaması”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, S.6, 1967, s.31-33.

Kırca, Ç., “Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **AÜHFD**, C:50, S:1, 2001, s.91-115.

Kırca, Ç., “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri”, Norm Koyma Ve Hüküm Verme, **Ankara Hukuk Toplantıları**, Ankara, 17-18 Nisan 2009, s.347-371.

Kornprobst, B., “Bağlı Yetki”, çeviren: A.H. Tuncay, ”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1972, s.159-190.

Kuçuradi, İ. ,“Norm Oluşturma Ve Norm Koyma”, Norm Koyma Ve Hüküm Verme, **Ankara Hukuk Toplantıları**, 17-18 Nisan 2009, s.13-21.

Künnecke, M., **Tradition and Change in Administrative Law**, Springer Berlin Heidelberg, 2007.

Metin, S. **Hukuk Normunun Yorumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, 2002.

Nesin, A., **Önermeler Mantığı**, Düşün Yayıncılık, İstanbul, 1994.

Onar, S.S., **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, I. Cilt, 3.Bası, İstanbul, 1966.

Oytan, M., “ Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, **TİD**, Yıl:57, Mart 1985, S:366, s.17-57.

Oytan, M., “Yargılamanın Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap : İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990.

Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., **Vergi Hukuku**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Özay, İ. H., **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985.

Özbudun, E., **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Bası, 2005.

Özlem D., **Mantık**, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1990.

Özyörük, M., İdare Hukuku Dersleri, s.71, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>, 05/05/2010

Öztürk, B., **İdarenin Düzenleme Yetkisi**, doktora tezi, A.Ü. Sos.Bil. Enstitüsü, Ankara, 2006.

Pakuscher, E.K., “ The Use of Discretion in German Law”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.44, No.1, 1976, s.94-109.

Pekiner, V., “ İdarenin Takdir Yetkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, 1961, s.1-8.

Rosenberg, M., “Judicial Discretion of the Trial Court: Viewed from Above”, Vol.22, **Syracuse Law Review**, 1971, s.635-663.

Sözer A.N., **Hukukta Yöntembilim**, İzmir, Beta yayınları, 2008.

Sürbehan, S., “**İdarede Takdir Hakkı**”, TİD, Temmuz-Ağustos 1970, Yıl:41, S:325, s.77-107.

Tarhanlı, İ., “Amerikan İdari Usul Kanunu”, **İHİD**, Yıl:6, S:1-3, Aralık 1985, s.225-264

Tuncay,A. H., “İdarenin Takdir Yetkisi Üzerinde Bazı Düşünceler”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1972, s.130-189.

Üstün, S., **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**,.Ankara, Turhan Kitabevi,,2007.

www.iuscomp.org/gla/statutes/VwVfG.htm, 13/09/2010

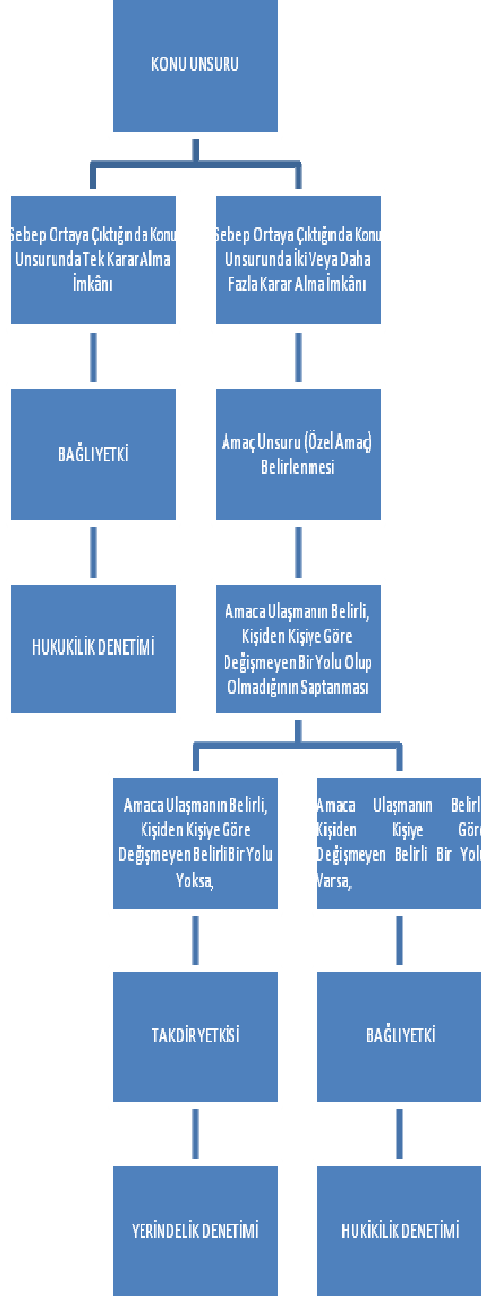
www.people.virginia.edu/~rjb3v/latin.html, 20/10/2010

Yayla, Y., “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İÜHFİM**, C:XXX, S:1-2, 1964,s.201-211.

Yayla, Y., “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi Ve Anayasa Mahkemesi”, **İÜHFİM**, C:XXX, S:3-4, s.1034-1048.

Yılmazoğlu Y.E., Vergilendirme Alanında Bakanlar Kurulu’na Verilen Yetki ve Sınırları, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, **A.Ü. Sos.Bil. Enstitüsü**, Ankara, 2008

EK 1. Takdir Yetkisinin Varlığının Saptanması



Canyaş Oytun, Vergi İdaresinin Takdir Yetkisinin Saptanması, Doktora Tezi, Danışman: Prof.Dr. Mustafa AKKAYA, 200 s.

ÖZET

Vergi idaresinin takdir yetkisinin saptanması başlıklı çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde idarenin takdir yetkisi kavramı normlar hiyerarşisi teorisi bakımından incelenmiştir. Bölümde öncelikle takdir yetkisine atfedilen özellikler saptanmaya çalışılmıştır. Ardından saptanan bu özellikler normlar hiyerarşisi teorisi bakımından irdelenmiştir.

Vergi normlarında idarenin takdir yetkisinin saptanmasını konu edinen ikinci bölümdeyse, ilk olarak takdir yetkisinin saptanması bakımından kilit öneme sahip bağımlı bağımsız norm ayrımı incelenmiştir. Bu ayrım içerisinde özellikle hipotetik/koşullu-kategorik norm alt ayrımları üzerinde durulmuştur. Daha sonra takdir yetkisinin idari işlemin hangi unsurunda olduğu sorunu analiz edilmiştir. Bu bağlamda idarenin takdir yetkisi ve değerlendirme yetkisinin farkı ortaya konulmuştur. Bu bölüme kadar yapılan tespitlerin yardımıyla idarenin takdir yetkisini saptamaya yönelik ölçütlerin eleştirisi yapılmış ve yeni bir ölçüt önerisinde bulunulmuştur. Son olarak, varılan sonuçlar vergi normu örnekleri üzerinden sergilenmiştir.

Canyaş Oytun, Determining the Discretionary Power of Tax Administration, Ph.D. Thesis, Advisor: Prof. Mustafa AKKAYA, 200 p.

ABSTRACT

This study named as “Determining the Discretionary Power of Tax Administration” consists of two parts. Within the context of the first part, concept of discretionary power of administration has been analysed in pursuant to the theory of hierarchy of norms. In this part, it has mainly been aimed to ascertain the main characteristics attributed to discretionary power. After that, these characteristics have been scrutinized from the perspective of hierarchy of norms.

In the second part named as “Determining Tax Administration’s Discretionary Power in Tax Norms”, firstly, the distinction between dependent and independent norms which has a key role in determining the discretionary power has been analysed. Within the concept of this distinction, the sub-distinctions between hypothetic/conditional-categorised norm have specifically been discussed. In pursuit of this discussion, it has been set forth that which element of the administrative act the discretionary power deals with. In this regard, the difference between the discretionary power and appreciation power has been established. By means of the determinations set forth until this part, the criteria brought for determining the discretionary power have been criticized and a new criterion has been proposed. Finally, the conclusions have been presented by examples from tax norms.