

H.L.A. Hart'ın Hukuk Teorisi Bağlamında Hâkimin Takdir Yetkisi ile İdarenin Takdir Yetkisinin Karşılaştırmalı Analizi

A Comparative Analysis of the Judge's Discretionary Power and the Administration's Discretionary Power in the Context of H.L.A. Hart's Legal Theory

Seyithan Kaya 

Balıkesir Üniversitesi, Hukuk
Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim
Dalı, Balıkesir, Türkiye,
seyithan.kaya@balikesir.edu.tr,
ror.org/02tv7db43



Öz: Takdir yetkisi, bütün hukuk sistemlerinde var olan bir yetki olmasına karşın sürekli tartışılan bir konudur. Özellikle takdir yetkisinin sınırları ve denetimi konularına ilişkin doktrin ve yargıdaki tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Neredeyse bütün disiplinlerde varlığı kabul edilen takdir yetkisi, hukuk felsefesi ve idare hukukunda hukuk ve ahlak ilişkisi, yorum ve hukukta boşluk konularıyla birlikte tartışılan bir konudur.

Hâkimin takdir yetkisi ve bu yetkinin kullanılmasına ilişkin sınırlar kanunla belirlenmiştir. Diğer bir anlatımla hâkimin hangi durumlarda ve ne şekilde takdir yetkisini kullanabileceği büyük ölçüde kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Fakat aynı şeyi idarenin takdir yetkisi için söylemek pek de olası değildir. Zira idare hukukunun hareketliliği ve konu çeşitliliğinden dolayı idarenin takdir yetkisinin kullanımı ve sınırları mevzuatla beraber doktrin ve yargı içtihatlarıyla belirlenmiştir. Şu husus özellikle ifade edilmelidir ki hem hâkimin hem de idarenin takdir yetkisine ihtiyaç duyulmaktadır. Zira hukuk kuralları zamanla güncelliğini yitirmekte ve bazen somut uyumsuzluğa uygulanacak kural bulunamamaktadır. Böyle durumlarda uyumsuzluğun çözümü için hâkimin ve idarenin takdirine ve yorumuna ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaca binaen Hart, teorisinde hâkimin takdir yetkisine yer vermiş ve hâkimin takdir yetkisini kolay ve zor davalar bağlamında tartışmıştır.

Çalışmada Hart'ın hâkimin takdirine ilişkin değerlendirmeler esas alınarak idarenin takdir yetkisi yeni bir metotla ele alınmıştır. Hart'ın hukuk teorisindeki kolay ve zor davalar bağlamında idarenin takdir yetkisi, idarenin zor ve kolay takdir yetkisi şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutularak karşılaştırmalı ve disiplinler arası bir yöntemle incelenmiş ve bazı çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin Takdir Yetkisi, İdarenin Kolay ve Zor Takdir Yetkisi, Kolay ve Zor Dava, Hukuki Belirsizlik, Bağlı Yetki

Abstract: Discretionary power, although it is an authority that exists in all legal systems, is a subject of continuous debate. Particularly, discussions in doctrine and judiciary concerning the boundaries and oversight of discretionary power remain relevant. Discretionary power, acknowledged in almost all disciplines, is a subject of debate in legal philosophy and administrative law, along with the relationship between law and morality, interpretation, and gaps in law.

The judge's discretionary power and the limits on the use of this power are determined by law. In other words, the circumstances and manner in which the judge can exercise discretionary power are largely defined by the legislature. However, the same cannot be easily said for the discretionary power of the administration. Due to the dynamism and variety of subjects in administrative law, the use and limits of the administrative body's discretionary power are determined by legislation as well as doctrine and judicial precedents. It must be particularly emphasized that both the judge's and the administrative body's discretionary power are needed. Legal rules can become outdated over time, and sometimes there is no applicable rule for a specific dispute. In such cases, the resolution of the dispute requires the judge's and the administrative body's discretion and interpretation.

Based on this need, Hart included the judge's discretionary power in his theory and discussed it in the context of easy and hard cases. In this study, the administrative body's discretionary power is addressed with a new method, taking into account Hart's evaluations regarding the judge's discretion. Within the context of Hart's legal theory of easy and hard cases, the administrative body's discretionary power is examined using a comparative and interdisciplinary approach by dividing it into dual categories of easy and hard discretionary powers, and some solutions are proposed.

Keywords: Judge's Discretionary Power, Administration's Easy and Hard Discretionary Power, Easy and Hard Case, Legal Uncertainty, Sole Discretion

Geliş Tarihi/Received: 08.11.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 11.01.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
07.02.2025

Extended Abstract

In appreciation; refers to understanding and valuing the importance, necessity, and value of something. In administrative law, the concept of discretion is defined as the freedom of a public official to choose among possible courses of action within the limits of their authority. The concept is also expressed as the preference for one of the legal provisions that produce equivalent results. Discretionary power, also known as discretion or discretionary authority, can be defined as the freedom of evaluation granted to the judge or the administration in situations determined by law. Discretionary power is a power that can be used by both judges and the administration. Therefore, discretionary power is a power used in the resolution of both legal and administrative issues.

The judge's discretionary power is regulated in Article 4 of the Turkish Civil Code No. 4721 as follows: "In matters where the law grants discretion or commands the consideration of the requirements or just reasons of the situation, the judge shall make a decision in accordance with law and equity." The judge acts within the limits of the freedom to act granted by the legal norm and makes a decision in accordance with law and equity. In situations where there is legal uncertainty and a gap in the law, disputes are resolved by using discretionary power. Therefore, discretionary power is needed in all legal systems. Otherwise, disputes without clear legal rules would remain unresolved.

What are the situations in which the judge or the administration will use their discretionary powers, and what are the limits regarding the use of this power? In other words, in which situations and how discretionary power can be used is a matter of concern. This issue is debated in all legal sciences. On one hand, there is a necessity to resolve legal problems, and on the other hand, there is a need to control the arbitrary and unlawful use of discretionary power. These issues are addressed in legal philosophy in the context of the relationship between law and morality. One of the legal philosophers who intensely discussed these issues is H.L.A. Hart. The views of Hart and Dworkin on this subject are particularly important.

Hart frequently included discretionary power in his legal theory. Ultimately, Hart argued and justified that in cases of legal uncertainty and difficult cases, the judge should resort to discretionary power. According to Hart, the judge is obliged to resolve the dispute before him. In cases where there is no rule regarding the dispute, the judge should use his discretion to resolve it. Hart explained his claim based on the distinction between "open texture" (gaps) and easy and difficult cases. According to Hart, legal rules cannot be perfect, and therefore there is an area of uncertainty or openness in law. When there is a gap or uncertainty in the law, the judge (or the administration) should use discretion to make a decision, that is, to resolve the problem.

Similar to the judge's discretionary power in Hart's theory, the administration uses its discretionary power, which is granted to it due to principles such as public interest and continuity in public services, to make decisions. The use of discretionary power is not possible in situations where there are mandatory provisions regarding the administration's actions. In other words, in situations where there is binding effect, the use of discretionary power is not possible. However, sometimes the administration is granted discretionary power either explicitly or through the use of general/unclear concepts such as public order, general health, general morality, national security, state security, national sovereignty, general order, public interest, appropriateness, necessity, and requirement. In such cases, the administration acts by using its discretionary power. Often, the administration's discretionary power is clearly regulated in the legislation with concepts such as "may do, may give, may apply" and "at its discretion." Discretionary power explicitly granted to the administration is called easy discretionary power, while discretionary power granted with general and unclear expressions is called difficult discretionary power. This distinction is used to explain the administration's discretionary power in this study.

It is essential for the administration to use the discretionary power granted to it in accordance with law and equity. Therefore, the arbitrary, unlawful, or misuse of discretionary power is not possible. In such cases, the control of discretionary power comes into play. The judge's discretionary power can be supervised by higher judicial authorities, while the administration's discretionary power can be supervised by both the administration and administrative judiciary. In other words, discretionary power does not grant full freedom to the judge or the administration.

One of the main goals of scientific studies in the field of law is to investigate the reasons for the established rules. By identifying the reasons for the establishment of rules, it becomes possible to understand legal disputes, produce solutions, and improve the rules. It should be noted that more accurate results are obtained when scientific studies are conducted with interdisciplinary methods. Therefore, to investigate the reasons for the establishment of rules regarding the discretionary power of the judge or the administration, the concept of discretionary power was first defined, and then the discretionary power of the judge and the administration was examined in the context of Hart's theory. The necessity for granting discretionary power to the administration was examined using a comparative method with the judge's discretionary power in Hart's legal theory, and it was concluded that the concept needs to be improved.

In the study, within the framework of the above-mentioned method, Hart's evaluations regarding the judge's discretionary power were discussed. The administration's discretionary power was examined in a comparative and interdisciplinary method by dividing it into easy and difficult discretionary power, based on the distinction of easy and difficult cases in Hart's theory. Finally, it should be emphasized that just as the judge's discretionary power is necessary, granting discretionary power to the administration is also essential, and the use of difficult discretionary power by the administration should be limited, while the use of easy discretionary power should be increased. This is because it is considered more difficult to determine the limits of difficult discretionary power and therefore to use it in accordance with law and equity. Thus, it was concluded that discretionary power should be granted to the administration with more limited and concrete concepts rather than general and unclear concepts. Additionally, it should be stated that discretionary power should be used in accordance with public interest, public service, equity, and law, and it should be supervised in cases of clear misuse.

In conclusion, it should be noted that granting discretionary power to judges and the administration due to the necessity of public interest and the continuity of public services constitutes a necessity, and the use of this power is a duty. However, it was concluded that it would be more appropriate to regulate the administration's discretionary power clearly with concepts such as "may do, may give, may apply" rather than general, abstract, and unclear concepts such as public order, general health, general morality, national security, necessity, and requirement, to facilitate the use of discretionary power in accordance with law and equity.

Giriş

Tarihsel süreç boyunca hukuka aykırılıkların minimize edilebilmesi için çeşitli kurallar ve farklı sistemler oluşturulmuştur. Bunları oluşturmaya ilişkin çabalarındaki temel amaç, adaletli bir şekilde karar verme zaruretidir. Adalet ile karar verme konusu, bütün hukuk sistemlerinde üzerinde

düşünülen ve tartışılan en önemli konulardan biridir¹ ve buna ilişkin beklentiler bütün toplumlarda güncelliğini muhafaza etmektedir. Bunun için de adil bir biçimde oluşturulmuş hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bazen adil bir biçimde oluşturulmuş kurallar da somut uyumsuzlukları çözmede yetersiz kalabilir.

Her hukuk sisteminde kanun koyucu ileride yaşanabilecek olayları kapsayacak biçimde hukuk kuralları yapmayı hedefler. Kanun koyucu yapacağı kuralların genel, soyut, sürekli ve düzenleyici nitelikte olmasını amaçlar. Fakat bazı durumlarda, sosyal hayatın canlılığından ve değişkenliğinden, kanunlarda uygulamaya yönelik hüküm bulunmaz². Diğer bir ifade ile kanunların, “doğmuş veya doğacak, yaratılmış veya ileride yaratılacak her türlü hukukî ilişkiyi düzenleyebilecek bir mükemmellikte”³ olması pek de mümkün değildir.

Açıkçası bazen mevzuatta görülmekte olan bir dava ya da somut bir vakıada uygulanabilecek açık bir hüküm bulunamayabilir. Ancak hâkim önüne gelen davayı sonuçlandırmak ve idare de somut idari duruma uygun bir işlem yapmak, yani çözüm üretmek zorundadır. Zira davalarda ve idari işlem ve eylemlerin yapılmasında hakkaniyet ve adaletle hareket etmek anayasal zorunluluktur⁴. Bu nedenle kanun koyucuyla birlikte kanun uygulayıcıları olan hâkimlerin ve idarecilerin üstlendikleri görev, vakıaların sonuçlandırılmasında önem arz etmektedir. Diğer bir ifade ile bazı davalarda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanarak davayı sonuçlandırmaları ve idarecilerin de takdir yetkilerini kullanarak idari işleme konu mevzuyu nihayete erdirmeleri zaruret teşkil etmektedir. Dolayısıyla bütün hukuk sitemlerinde dar veya geniş anlamda hâkimlere takdir yetkisi⁵ verildiğinden karar verme sürecinde kanun uygulayıcıları olan hâkimlerin izleyecekleri yol adaletin gerçekleşmesine doğrudan etki etmektedir. Benzer durum idari işlemlerin tesisinde de söz konusudur. İdari faaliyetlerin icrasında idarenin nasıl hareket edeceği, kural olarak, önceden bellidir. Ancak bazı hallerde, idarenin nasıl hareket edeceği konusunda, mevzuatta hüküm bulunmayabilir. İşte bu durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak işlem ve eylem yapar ve bu şekilde kamu hizmetinde devamlılık sağlanarak adalet ilkesinin gerçekleşmesine hizmet edilir.

Türk hukuk sisteminde hem hâkimlere hem de idarecilere takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkimlerin takdir yetkisi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 4’te şöyle düzenlenmiştir: “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Özellikle hukuki belirsizlik, hüküm içi boşluk ya da normların çelişmesi durumlarında hâkim, kendisine tanınmış olan takdir yetkisini kullanarak hukuk kurallarının

¹ “Adl” fiilinden türetilen ‘doğru olmak, doğru davranmak, adaletle hükmetmek, eşit davranmak’ anlamlarında kullanılan adalet kavramı, önemine binaen, Kur’an-ı Kerim’de 11 surede 24 ayette 28 defa zikredilmiştir. Adalet kavramının anlamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa Kara, “Kur’an’da ‘Adâlet Kavramı ve Güncel Değeri”, *OMÜİFD*, 34, 2013, 137-172; Kübra Memnune Şirin, “Kur’an-ı Kerim’de Adalet Kavramı”, <http://www.kurav.com>, erişim: 25.03.2018; Seyithan Kaya, “Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 21, 2022, 26-31. Adalet kavramı, Nahl Suresi 90. ayette şöyle ifade edilmiştir: “Allah, adâleti, iyiliği ve yakınlara bakmayı emreder. Çirkin işleri, fenalık ve azgınlığı yasaklar. O, düşünüp tutasınız diye size öğüt verir.” Nisa Suresi, 135. ayette adaletin önemi şöyle vurgulanmıştır: “Ey iman edenler! Kendinizin veya anne babanızın ve akrabanızın aleyhine de olsa adaletten asla ayrılmayın, Allah için şahitlik eden kimseler olun. (İnsanlar) zengin olsunlar, yoksul olsunlar Allah onlara sizden daha yakındır. Öyleyse siz hislerinize uyup adaletten ayrılmayın. Eğer adaletten sapar veya üzerinize düşeni yapmaktan geri durursanız bilin ki Allah yaptığınız her şeyden haberdardır.” Aynı şekilde maide süresinin 8. ayetinde de adalet ile ilgili olarak şöyle denilmiştir: “Ey iman edenler! Allah için hakkı ayakta tutun, adaletle şahitlik eden kimseler olun. Herhangi bir topluluğa duyduğunuz kin, sizi adaletsiz davranmaya itmesin. Adaletli olun; bu, takvâya daha uygundur. Allah’tan korkun. Şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.” <https://kuran.diyanet.gov.tr>, erişim: 25.03.2023.

² Hukuk sistemlerinde boşluk ve nedenleri hakkında bkz. Sururi Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı” (Boşluk), *EÜHFD*, XIV(1-2), 2010, 1-28.

³ Seyfullah Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *AÜHFD*, 30(1), 1973, 169.

⁴ Davaların sonuçlandırılması hususu 1982 Anayasası m. 141/4’te şöyle ifade edilmiştir: “...davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

⁵ Ahmet Ulvi Türkbağ, “Böyle Yazıldı, Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği” (Böyle Yazıldı), *Ankara Barosu Kurultayı-II*, 2006, 560 vd.; Edis, “Takdir Yetkisi”, 169 vd.; Halil Kalabalık, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması (Takdir Yetkisi)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 1997, 205 vd.; Aylin Dışbudak vd., “Hâkimin Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1), 2006, 11-32.

anlamını açıklamak ve bu doğrultuda karar vermek mecburiyetindedir⁶. Benzer şekilde idarenin kendisine verilen yetkinin ne şekilde kullanılacağına açık olmadığı, idari kararların alınmasında hukuken geçerli birden fazla ihtimalin bulunduğu ve idarenin bu ihtimallerden birini seçerek karar vermesi gereken durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak karar verir. Yani yargısal bir uyumsuzluğun ya da idari bir sorunun takdir yetkisi kullanılarak çözüme kavuşturulması söz konusudur. Görüldüğü üzere takdir yetkisi, hukukun birçok alanında kullanılan bir yetkidir. Özellikle hareket serbestisinin olduğu alanlarda takdir yetkisi daha geniş biçimde kullanılmaktadır.

Takdir yetkisinin kullanılması durumunda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanırlarken nasıl davranacakları, bağlı oldukları temel hukuk ilkelerinin neler olduğu hususları H.L.A. Hart'ın⁷ hukuk teorisi bağlamında ele alınacaktır. Bu şekilde hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir yetkisi karşılaştırmalı bir metotla kavram, yöntem ve çözüm hususları bakımından incelenecektir.

I. Hâkimin ve İdarenin Takdir Yetkisi Kavramları

Takdir yetkisinin türüne göre hareket etme serbestliği değişik göstermektedir. Hart, takdir yetkisini üçe ayırmaktadır. Birincisi açık veya beyan edilen takdir (*express or avowed use of discretion*), ikincisi zımni veya saklı takdir (*tacit or concealed discretion*), üçüncüsü ise takdiri müdahaleler veya kabul edilmiş kurallardan takdiri olarak bağışık tutulma (*discretionary interference or dispensation from acknowledged rules*) dir⁸. Açık veya beyan edilen takdir durumunda, kanun koyucu kural koyma yetkisini/gücünü kurumlara veya yetkililere devreder. Hart'a göre hem mahkemeler hem de idari organlar açık veya beyan edilen takdirden yararlanarak karar verebilirler. Örneğin idari makamlar ücret belirlemesi, kamu hizmetine yapılan atamalar, idarenin tasarrufundaki kaynakların tahsisi, idare tarafından yürütülen kamu iş ve hizmetlerinin yönetimi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Hart, mahkemelerin de ihtar, aynen ifa gibi takdiri yasal yollar; ceza davalarında cezanın belirlenmesi gibi durumlarda açık veya beyan edilen takdirden yararlandıklarını belirtmektedir⁹. Hart, kanunların yorumlanması ve emsal/içtihat uygulamalarını zımni veya saklı takdir için örnek olarak göstermektedir. Cezaların ertelenmesini ve aflar da Hart tarafından takdir yetkisinin üçüncü türü olan takdiri müdahaleler veya kabul edilmiş kurallardan bağışıklık için örnek olarak gösterilmektedir¹⁰. Hâkimin ve idarenin takdir yetkisi kavramları Hart'ın ayırımı esas alınarak açıklanacaktır.

A. Hâkimin takdir yetkisi

Köken olarak Arapça olan takdir kelimesi sözlükte, bir şeyin değerini, önemini, gerekliliğini anlama, beğenme veya değer biçme anlamlarında kullanılmaktadır. Takdir hakkı ya da takdir kudreti olarak da isimlendirilen takdir yetkisi, kanunun belirlediği durumlarda yargıya ya da idareye tanınan değerlendirme serbestliğidir¹¹.

Hâkimler ve idari makamlar kendilerine verilen görevleri yerine getirirken iki şekilde hareket ederler: Birincisi mevcut hukuk kurallarına, yani normlara uygun olarak; ikincisi ise serbest olarak hareket ederler¹². Hâkimler, kural olarak, yargılama faaliyetlerinde yürürlükteki mevzuatla sınırlandırılmışlar ve yargılama faaliyetlerini buna uygun olarak icra ederler. Bu durumda hâkimlerin serbestçe hareket etmeleri, yani takdir yetkilerini kullanmaları mümkün değildir. Bu husus 4721 sayılı Kanun m.1/1'de "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır." şeklinde ifade edilmiştir.

⁶ Edis, "Takdir Yetkisi", 370-371. Hukukta boşluk kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Aktaş, Boşluk, 15; Mustafa Balkan Demirdal, *Hukuki Belirsizlik İddiaları İle İlgili Hâkimlerin Konumu (Hukuki Belirsizlik)*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009), 1.

⁷ Herbert Lionel Adolphus Hart.

⁸ H.L.A. Hart. "Discretion", *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, 665.

⁹ Hart, "Discretion", 665; Zeynep İspir. "H.L.A. Hart'ın "Takdir" Metni Üzerine Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2020, 231-232.

¹⁰ Hart, "Discretion", 665; İspir, "Bir İnceleme", 231-232.

¹¹ Takdir kelimesi ve takdir hakkı için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, erişim: 18.03.2024.

¹² Abdullah Dinçkol, "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", *HFSa*, 9, 173-174.

Emredici hukuk kurallarının mevcut olmadığı durumlarda hâkimin takdir yetkisini kullanması mümkündür. Ancak bu durumda hâkimin takdir yetkisini kanunda belirtilen ilkelere uygun olarak kullanması gerekir. Öncelikli olarak kanunda olaya uygulanabilir bir hükmün bulunmaması halinde, hâkim, örf ve âdet hukukuna başvurur. Burada da hüküm yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Ayrıca hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanır¹³. Görüldüğü üzere hâkimin takdir yetkisi bazı şartlara bağlanmıştır. 4721 sayılı Kanun m. 4'te hâkimin takdir yetkisi şöyle düzenlenmiştir: “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere hâkimler karar verirken tamamen serbest bırakılmamıştır. Görüldüğü üzere hâkimlerin yetkilerini, kendilerini sınırlayan hukuk kurallarına uygun olarak kullanmaları gerekir. Ancak bazı hallerde hâkimleri sınırlayan hukuk kuralı mevcut olmayabilir ve hâkimi durumun gereklerine göre hareket etmesi konusunda serbest bırakılabilir. Bu durumda hâkim, hukuk kuralının kendisine tanıdığı serbest hareket etme sınırları dâhilinde uygun gördüğü şekilde hareket edebilir. Doktrinde hukuk kuralıyla hâkime tanınan serbestçe hareket etme, olayların niteliğine göre karar verebilme ve gerekli gördüğü tedbirleri alabilme gücü ve yetkisi “hâkimin takdir yetkisi” olarak ifade edilmiş¹⁴ ve şu şekilde tanımlanmıştır: “Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural-ıçi (*intra legem*) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir.”¹⁵.

Hâkimin takdir yetkisini¹⁶, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanması kanuni bir zorunluluktur. Başka bir anlatımla hâkimin takdir yetkisini keyfi ve hukuka aykırı bir biçimde kullanması mümkün değildir. Doktrinde hukukî niteliği bakımından, 4721 sayılı Kanun m. 4'te hâkime tanınmış olan bu yetkinin, hâkime bir “serbesti”, yani ihtiyar vermediği, aksine bir ödev yüklediği de belirtilmiştir. 4721 sayılı Kanun m. 4'teki “...hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” hükmünden de bunun bir ödev olduğu, dolayısıyla hâkimin, takdirle ilgili şartların gerçekleşmesi halinde, takdir yetkisini kullanmaktan kaçınamayacağı anlaşılmaktadır¹⁷.

B. İdarenin takdir yetkisi

İdare hukuku doktrininde idarenin takdir yetkisi “...takdir salahiyeti kanun vazının, idarenin karşılaşacağı bütün hal ve vaziyetleri evvelce takdir ve tahmin edemediği için onun hareket tarzlarını bütün teferruatıyla tayin ve tesbit edemiyerek umumi kaideler koymakla iktifa etmesinden ileri gel(en)...” yetki¹⁸, “idarenin, idari faaliyetini yerine getirirken bir serbestiye sahip olması ve bu serbest alan içerisinde çeşitli davranış şekillerinden birini seçme serbestisi”¹⁹, “idarenin belli bir konuda karar alıp almama ya da birden fazla karar arasında seçim yapma imkânı...”²⁰, “yönetime, görevini yerine getirirken az ya da çok hareket serbestliği tanınmış ise var olan bir yetki”²¹ ve “idarenin belli şart ve durumların meydana gelmesi halinde belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan bir serbestiye ya da belirli bir konuda karar

¹³ 4721 sayılı Kanun m. 1/2. www.mevzuat.gov.tr, erişim: 28.03.2024.

¹⁴ Dinçkol, “Hakkaniyet”, 174.

¹⁵ Edis, “Takdir Yetkisi”, 172.

¹⁶ Doktrinde hâkimin takdir yetkisinin adli takdir olarak isimlendirildiği ve şu şekilde tanımlandığının aktarılmasında fayda vardır: “Adli Takdir: Adli gücün makul kullanımı yani mahkemenin hukuk ve olgu sınırları içerisinde karar verme serbestisidir ya da hâkimin tümü yasaya uygun seçenekler arasında seçim yapma gücüdür. Hâkimler kendilerini belli bir makuliyet alanıyla (*zone of reasonableness*) sınırlamalıdır ve ne bir yorum türünü tümüyle ihmal etmeli ne de yalnızca bir felsefe ya da standarda göre yargılamalıdır.” Türkbağ, “Böyle Yazıldı”, 565.

¹⁷ Edis, “Takdir Yetkisi”, 172.

¹⁸ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, C. I*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966), 421.

¹⁹ Metin Günday, *İdarenin Takdir Yetkisi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doçentlik Tezi, 1982), 3.

²⁰ Kemal Gözler, *İdare Hukuku, C. I*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1060.

²¹ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 333.

alabilmek için hangi şart ve durumları ortaya çıkması gerektiğini tespit etmek imkânına sahip olması..."²² şeklinde tanımlanmıştır. Danıştay, 1970 yılında verdiği bir kararda idareye takdir yetkisinin tanınması gerekliliğini, "Kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının, bu hizmetleri bütün ayrıntıları ile gereği gibi düzenlemesi mümkün olmayan hallerde, idarelere hukuk kuralları içinde bir hareket serbestisi tanınması zorunludur." şeklinde açıklamıştır²³. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 11.03.1980 tarihli Tavsiye Kararında takdir yetkisini doktrindeki tanımlara benzer şekilde yapmıştır: "Takdir yetkisi terimi, alınacak kararda idari makamın yasal olarak kabul edilebilecek birkaç karar içinden en uygun bulduğunu seçebilmesine imkân verecek şekilde idari makama bir dereceye kadar serbesti tanıyan yetki anlamındadır"²⁴. Doktrinde tartışmalı olmakla beraber idarenin takdir yetkisinin idari işlemin konu unsurunda olabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla takdir yetkisi idarenin hangi konuda işlem yapıp yapmayacağıyla ilgili²⁵ olduğu ifade edilmelidir.

1. Takdir yetkisi ile bağlı yetki ilişkisi

İdarenin yetkileri bağlı yetki ve takdir yetkisi diye ikiye ayrılır. Bağlı yetki, idarenin nasıl hareket edeceğinin ve nasıl karar alacağının mevzuatla önceden açık ve emredici bir şekilde belirlenmiş olan yetki türüdür²⁶. Bağlı yetki durumunda idarenin seçme yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü bağlı yetkinin olduğu durumlarda idarenin yapacağı işlem ve eylemler, işlemin konusu ve sebebi mevzuatta açıkça belirtilmiştir ve idarenin mevzuat hükümlerini uygulamaktan başka bir seçeneği yoktur. Örneğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu m. 8/A'ya göre, "Kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller, ...faaliyetten men edilir." Burada idarenin takdir yetkisi söz konusu değildir. İdare tarafından maddede belirtilen durumun kat'i delil ile ispatlanması durumunda ilgili işyeri kapatılır. Böyle bir durumda idarenin farklı bir şekilde işlem yapması kanuna aykırılık teşkil eder. Bağlı yetki durumunda idarenin nasıl hareket edeceği mevzuatta açıkça belirtildiğinden bu yetkinin kolayca denetlenmesi mümkündür. Ancak doktrinde, idarenin takdir yetkisinin idari yargı yerlerince denetlenmesinin, bazı istisnai haller dışında, mümkün olmadığı belirtilmektedir²⁷. Zira takdir yetkisinin denetlenebilirliği işlemin hukukiliği ile değil yerindeliği ile ilgilidir²⁸. Ancak *Dicey*, hukuk devleti ilkesi gereğince idarenin geniş takdir yetkisinin dışlanması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre hukuk devleti, "hukukun mutlak hâkimiyeti veya üstünlüğü anlamına gelmekte ve devlet organlarının yetkilerinde keyfiliği, ayrıcalığı ve hatta geniş takdir

²² Kalabalık, "Takdir Yetkisi", 206.

²³ Danıştay 5.D, 26.03.1970, E.1969/4331, K.1970/1004. Kararı aktaran: Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 13.

²⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 11.03.1980 tarihli kararını aktaran: Merve Acun Mekengeç, "Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi", *Public and Private International Law Bulletin*, 43(1), 2023, 240.

²⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, 1063 vd.; Ramazan Çağlayan, *İdârî Yargılama Hukûku (Yargılama)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 202 vd.; Çınar, 11 vd.

²⁶ Bağlı yetki için bkz. Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdari Yargılama Hukuku (İdari Yargılama)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 103-104; Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku (İdare)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 148-149; Gözler, *İdare Hukuku*, 1056; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 518-520; Onur Karahanoğulları, "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", *Mülkiye Dergisi*, 35(270), 2013, 57; Aydın H. Tuncay, *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, (Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 14, Başbakanlık Basımevi, 1972), 148 vd.; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 11 vd.

²⁷ Bu konu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'inci maddesinin ikinci fıkrasında şöyle düzenlenmiştir: "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler."

²⁸ Bağlı yetki ve takdir yetkisi arasındaki ilişki ile takdir yetkisinin yargısal denetimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, 1070 vd.; Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 95 vd.; Çağlayan, *İdârî Yargılama*, 207 vd.; Sinan Seçkin vd. "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21(2), 2015, 510 vd.; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Basınevi, 2022), 714-717; Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi (Takdir Yetkisi)", *AÜEHFD*, VII(3-4), 173 vd.; Karahanoğulları, "Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", 43-62; Ezgi Kızılkaya Doğru, *Takdir Marjı Doktrini'nin İdari Yargıdaki Yansımaları*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024), 7-9; Merve Çınar, *Türk Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Denetimi*, (İstanbul: Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 3 vd.

yetkisini bile dışlamaktadır”²⁹. Zira takdir yetkisi, idarenin kişisel isteklerine göre değil, kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak kullanılması gereken bir yetkidir. Bu nedenle idarenin geniş takdir yetkisi hukuk devleti fikrine uygun düşmemektedir³⁰.

Doktrinde takdir yetkisinin denetlenmesinin yerindelik denetimi anlamına gelmeyeceği, asgari ya da azami dozajda da olsa takdir yetkisinin idari yargı tarafından denetlenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir³¹. Dolayısıyla idarenin geniş takdir yetkisinin keyfi ve kötüye kullanımının engellenmesi için hukukilik bakımından denetime tabi tutulmasında fayda olduğu belirtilmelidir. Ancak buradaki denetimin hukuka uygunlukla sınırlı olduğu; idari yargının, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar veremez.

İdare takdir yetkisini kullanırken hukuka uygunluk, nesnellik ve eşitlik gibi ilkelere uygun hareket etmelidir. İdarenin takdir yetkisini keyfi ve hukuka aykırı kullanması düşünülemez. Zira hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmemesi için idarenin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması hukuk devleti ilkesinin korunması açısından da büyük önem arz etmektedir³². Danıştay da kararlarında idarenin takdir yetkisinin mutlak olmadığını, kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlı olduğunu belirtmiştir³³.

2. İdarenin kolay ve zor takdir yetkisi

İdarenin takdir yetkisiyle ilgili yapılan tanımların tamamında “hareket serbestliği”, “seçim yapma imkânı” ve “seçme serbestisi” gibi hususlar vurgulanmıştır. Takdir yetkisinin varlığı için serbest hareket edebilme ve birden fazla seçenek arasından maslahata ya da adalete en uygun olanın tercih edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle idarenin takdir yetkisi, idarenin geniş bir faaliyet alanında serbest hareket etme neticesinde yetkisini kullanarak karar alabilmesi şeklinde ifade edilebilir. Doktrinde 4721 sayılı Kanun m. 4’te sadece hâkimlere takdir yetkisinin verilmediği, uygulamakla yükümlü oldukları ölçüde, “idari merci”lere de takdir yetkisinin tanındığı, idarî makamların da medenî hukuk kurallarındaki hüküm içi/kural-ıçi (*intra legem*) boşlukları takdir yetkilerini kullanarak doldurmalarının mümkün olduğu ifade edilmiştir³⁴. Hâkimlere verilen takdir yetkisine benzer olarak idari mercilerin de, kanunların kendilerine çizdiği sınırlar dâhilinde kalmak koşuluyla, hukuk yaratmaları mümkündür³⁵. İdareye takdir yetkisini veren metinlerde öngörülemez ya da öngörülmemiş hususi durumlar ile zamanla meydana gelen değişimlere uygun çözümlerin üretilmesi zarureti idareye hukuk ihdas etme anlamında bir takdir yetkinin tanınması makul olarak değerlendirilmektedir³⁶. Bu ifadelerden hareketle hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir

²⁹ Albert V. Dicey, “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., (Ankara: Adres Yayınları, 2008), 36.

³⁰ Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 210.

³¹ Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 714-715. Doktrinde takdir yetkisinin yargısal denetime tâbi olmadığı da ifade edilmektedir. Gözler, *İdare Hukuku*, 1063. Hukukilik ve yerindelik denetimi için bkz. Karahanoğulları, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, 58 vd.

³² İdarenin takdir yetkisinin denetlenebilirliği konusundaki tartışmalar için bkz. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 921-922; Atay, *İdare Hukuku*, 531; Akyılmaz vd., *İdare*, 153; Çağlayan, *İdarî Yargılama*, 209 vd.; Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 120; Seçkin vd., 516 vd.; Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 714-717; Halil Kalabalık, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi (Yargısal Denetim)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1999, 188 vd.; Çağlayan, “Takdir Yetkisi”, 180 vd.; Karahanoğulları, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, 43-62; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 35 vd.; Acun Mekengeç, “Takdir Yetkisi”, 249 vd.

³³ Danıştay 5.D, E.1974/5839, K.1974/6813; E.1975/3756, K.1975/8053, E.1975/3941, K.1976/2013. Kararlar için bkz. Çağlayan, *İdarî Yargılama*, 210.

³⁴ Edis, “Takdir Yetkisi”, 171. Doktrinde hüküm içi boşluk ile hâkimin takdir yetkisi arasındaki ilişki şöyle ifade edilmiştir: “Hüküm içi boşluklar, yargıçlara takdir yetkisi tanıyan boşluklardır.” Aktaş, “Boşluk”, 15.

³⁵ 4721 sayılı Kanun m. 31’e göre “Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.” Ölüm karinesi durumunda 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 32’ye göre ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kimse hakkında tutanak düzenleme yetki ve takdiri yerin mülkî idare amirine verilmiştir. Bu husus Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliğinin 39’uncu maddesinde de düzenlenmiştir.

³⁶ İdareye takdir yetkisinin verilmesi gerektiğine ilişkin benzer gerekçeler için bkz. Atay, *İdare Hukuku*, 520.

yetkisindeki temel ortak hususlardan birinin serbest hareket edebilme kabiliyetinin kullanılmasıyla hukuk yaratma olduğu söylenebilir.

Serbest hareket edebilme imkânının olmadığı; yani hukuk normuyla sınırların net bir biçimde belirlendiği, hüküm içi boşluğun olmadığı durumlarda takdir yetkisinden bahsetmek mümkün değildir. Mevzuatta açık ve net ifadeler yerine “...ebilir, ...abilir” şeklindeki ifadelerin kullanılması idareye takdir yetkisinin tanındığını göstermektedir. Bununla beraber idareye açık bir biçimde takdir yetkisinin verilmesi de mümkündür.³⁷ Örneğin mevzuatta idarenin konuyu “takdir edeceği” açık bir biçimde belirtilebilir³⁸. Mezkûr düzenlemelerin varlığı halinde idareye takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmaktadır. Bu nedenle burada belirtilen takdir yetkisinin kolay takdir yetkisi olarak adlandırılması gerektiği düşünülmektedir. Kolay takdir yetkisi, idarenin daha rahat bir şekilde karar alabileceği durumları ifade eder. Kolay takdir yetkisinin olduğu durumlarda idarenin karar alma süreçleri daha basit, açık, anlaşılır ve kolaydır. Örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 54’e göre, “Disiplin cezalarını vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları, disiplin suçunu oluşturan eylemlerin ağırlığını, soruşturulan öğrencinin daha önce bir disiplin cezası alıp almadığını, işlediği fiil dolayısıyla pişmanlık duyup duymadığını, yükseköğretim kurumundaki geçmiş davranış, çalışma ve başarılarını dikkate alarak bir derece alt ceza verebilir.” Bu hükme göre, disiplin cezalarını vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları, belirtilen sebeplerden bir veya birkaçının varlığı durumunda, yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma gerektiren bir disiplin suçunun işlendiğinin sabit olması halinde bir derece alt ceza olan yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezasını verebilirler. Burada idareye, bir derece alt cezanın verilmesi konusunda takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu ve buna benzer kuralların varlığı halinde idarenin kolay takdir yetkisi söz konusu olur.

Bazen de idareye takdir yetkisi kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla verilmektedir³⁹. Böyle durumlarda idarenin takdir yetkisini kullanması ve karar alırken hukuka uygunluk sınırları içinde hareket etmesi zorlaşmaktadır. Zira idarenin belirsiz kavramları yorumlaması ve somut olaya uygulaması gerekir⁴⁰. Dolayısıyla belirsiz kavramlarla idareye verilen takdir yetkisi, zor takdir yetkisi olarak adlandırılabilir. Zor takdir yetkisinin kullanımında idarenin karar alma süreçlerinde daha dikkatli ve özenli olması gerekir. Zor takdir yetkisi durumunda, hukuki çerçeve belli olmadığından, idarenin hukuk kuralları içinde hareket etmesi kolay değildir. Bu nedenle idarenin zor takdir yetkisinin kullanımında hukuka uygun hareket etmesi zorlaşmaktadır. Örneğin 2559 sayılı Kanun m. 8’e göre “...genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, ...yerler, ...faaliyetten men edilir.” Durumun kesin delillerle tespit edilmesi halinde faaliyetten men etme kararından başka bir kararın verilmesi konusunda idarenin takdir yetkisi yoktur. Ancak genel ahlâka zararı dokunacak oyunların tespit edilmesi konusunda idarenin takdir yetkisine ihtiyaç vardır. Burada belirtilen zararlı oyunların takdir yetkisinin kullanılarak doğru bir biçimde tespit edilmesi kolay değildir. Bunu takdir edecek kamu görevlisinin bu alanda uzman olması ve hukuk kurallarını doğru yorumlayabilmesi gerekir. Aksi takdirde belirsiz olan genel ahlak kavramının anlamının doğru bir şekilde belirlenmesi zorlaşacaktır. Bu nedenle kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, devletin güvenliği, milli egemenlik, genel asayiş, kamu yararı, uygun görülme, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla⁴¹ idareye verilen takdir yetkisinin, idarenin zor takdir yetkisi olarak adlandırılmasının isabetli olacağı ifade edilmelidir⁴². İdarenin zor ve kolay

³⁷ İdarenin takdir yetkisinin varlığı kanunun lafzından, belirsiz kavramların kullanılmasından, idarenin teknik olarak uzman olduğu alanlar (teknik takdir, değerlendirme durumları) ile kamu görevlilerin deneyim faktörlerinden anlaşılmaktadır. Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 210-215.

³⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, 1065.

³⁹ Belirsiz kavramlarla idareye takdir yetkisinin verilmesi hakkında bkz. Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 212.

⁴⁰ Belirsiz kavramlar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 43-44.

⁴¹ Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 43-44.

⁴² Anayasa Mahkemesi, kamu düzeni korunması ve milli güvenliğin sağlanması durumlarında idarenin takdir yetkisinin genişlediğini, ancak “...kamu gücünü kullanan makamların takdir yetkisi genişlemekle birlikte alınan tedbirlerde durumun

takdir yetkisinin kavramsallaştırılmasında Hart'ın zor ve kolay dava ayırımına ilişkin açıklamalar esas alınmıştır. Çalışmanın devamında kavramlar arasındaki benzerlikler ortaya konulacaktır.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere idarenin takdir yetkisi bir sorundur. Bu sorun, idare ile kanun arasındaki bağdan meydana gelen ve idarenin işlem ve eylemlerinin kanuna (geniş anlamda mevzuata) uygun olup olmadığı sorunudur⁴³. Çalışmanın sistematğine sadık kalmak ve tekrarlardan kaçınmak için idarenin kolay ve zor takdir yetkisi sorunu, Hart'ın hukuk teorisiyle karşılaştırmalı bir biçimde üçüncü başlıkta incelenecektir.

II. Hart'ın Hukuk Teorisinde Hâkimin Takdir Yetkisi

A. Hart'ın hukuk teorisi

Hâkimin takdir yetkisinin Hart'ın hukuk teorisindeki yerinin doğru bir biçimde belirlenebilmesi için Hart'ın hukuk teorisinin ve teoriye temel teşkil eden hukuki pozitivizm ile doğal hukuk kavramları arasındaki bağlantının özet olarak aktarılmasında fayda vardır.

Hukuk felsefesinin temel iki akımı, hukuki pozitivizm ile doğal hukuktur. Ayırımın esası ise ahlak ile hukuk arasında bir bağın olup olmadığına ilişkindir. Doğal hukuk ekolünün savunucularına göre hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ vardır⁴⁴. Pozitivistlerden bazıları (klasik pozitivistler)⁴⁵ hukuk ile ahlak arasında zorunlu ve kurucu bir bağın olmadığını ileri sürerler. Ancak modern olarak tanımlanan bazı pozitivistler ise her iki kavram arasında zorunlu bir bağın olmadığını savunmakla beraber rastlantısal bir ilişkinin varlığını da inkâr etmezler. Bu bağlamda her iki kavram arasındaki rastlantısal bağın varlığını reddetmeyen Hart, modern hukuki pozitivist olarak adlandırılmaktadır⁴⁶. Ayırımın temel noktası hukuk ile ahlak arasında bir bağın olup olmadığı hususunda yoğunlaşmaktadır. Hukuk ile ahlak kavramları yakın ilişki içinde olduklarından adaletin tesis edilmesi bakımından keskin ifadeler ile kavramları ayırıştırmanın doğru olmadığı belirtilmelidir.

Klasik pozitivistlerin bir kısmı ise iki kavram arasında bir ilişkinin/bağın olmadığını, her iki kavramın birbirinden ayrı kavramlar olduklarını savunurlar. Klasik pozitivistler sosyal kaynaklar tezi ile hukuki geçerliliğe sınırlama getirmekle hukuki olmanın ahlaki olmaya bağlanamayacağını ifade ederler⁴⁷. Bazı modern pozitivistler ise iki kavram arasında zorunlu bir bağın olmadığını belirtirler, ancak bazı durumlarda rastlantısal bir ilişkinin/bağın varlığını da inkâr etmezler⁴⁸. Modern pozitivistler, özellikle Hart'ın "tanıma kuralı"⁴⁹ndan da hareket ederek, klasik pozitivistleri eleştirirler⁵⁰. Bazı modern pozitivistler, klasik pozitivistlerin getirdikleri sınırlamalara karşı çıkarak hukukun kısmen de olsa

gerektirdiği ölçünün korunması ve takdir yetkisinin aşılmaması gerektiği(ni), ..." ifade etmiştir. AYM, C.A. Başvurusu, B. No: 2018/10286, K.T:02.07.2020, par. 113.

⁴³ Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 26.

⁴⁴ H.L.A. Hart, *Hukuk, Özgürlük, Ahlak (Özgürlük)*, (Çev. Erol Öz), (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000), 28; Gülriz Uygur, "Hukukla Ahlakilik Arasındaki Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı (Ahlakilik)", *HFSA*, 11, 2005, 42-48; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46-48.

⁴⁵ Klasik pozitivism ve modern pozitivism kavramları hakkında bkz. Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", *AÜHFD*, 52(3), 2003, 145-176; Uygur, "Ahlakilik", 42-48; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46-49.

⁴⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law, (The Concept)*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), 268-269.

⁴⁷ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-176; Şule Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı (Hukuk Kavramı)", *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyum, İstanbul Barosu-HFSA Bildiriler/1*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012), 79 vd. Hukuk kuralları ile ahlak arasındaki ilişki için bkz. Onur Altunsu, *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, (Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023), 120 vd.

⁴⁸ Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları (Hart-Dworkin)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 28, 2011, 71-82.

⁴⁹ Tanıma kuralı (*rule of recognition*), kuralı belirleyen ve kurala geçerlilik sağlayan tek ve en üstün kuraldır. Hart'ın hukuk teorisinde "tanıma kuralı", bir hukuk sisteminde geçerli kuralın ne olduğunu belirleyen kriterleri sağlayan temel bir kuralı ifade eder. Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin hangi normların hukuken geçerli olduğunu ve dolayısıyla hukukun bir parçası olduğunu belirleyen kural veya kurallar bütünüdür. Hart'ın tanıma kuralı hakkında detaylı bilgi için bkz. Hart, *The Concept*, 100 vd.; Yahya Berkol Gülgeç, "Interrelationship Between Validity, Efficacy And Coerciveness", *AÜHFD*, 66(4), 2017, 687 vd.; Aydan Ömür Surlu, *H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008), 55 vd.

⁵⁰ Eleştiriler hakkında bkz. Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-176.

ahlaki değerlere, yani moral ilkelere göre belirlendiğini iddia ederler⁵¹. Dolayısı ile modern pozitivistlerin daha mutedil bir yol izledikleri ifade edilebilir. Hukuku ahlak/etik veya moral değerlerden ayırarak iktidar erkine dayandıran John Austin'den etkilenecek *"analitik/kapsayıcı veya ılımlı pozitivizm (soft pozitivizm)"*⁵² diye isimlendirilen teoriyi geliştiren ve klasik pozitivistlere nazaran daha ılımlı bir yol izlediğinden modern pozitivist olarak adlandırılan Hart, Anglosakson hukuk ekolünde yer alır⁵³.

Hart, hukuk ve ahlak kavramları arasındaki ilişkiyi, "Hukukun gelişimi ahlak kurallarından etkilenmiş midir?" sorusuna olumlu ve olumsuz cevap verilebileceğini; "Ahlakın gelişimi hukuktan etkilenmiş midir?" sorusu için de bunun layığıyla araştırılmadığını belirterek birbirini takip eden bazı sorular sorarak açıklamıştır⁵⁴. Hart, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin uzun zaman boyunca tartışıldığını, ancak bu tartışmanın harcanan zaman ve tüketilen mürekkep kadar bir önem taşımadığını belirtmiştir. Bu konudaki tartışmaların "pozitivizm" ve "tabii hukuk" gibi "görmekli fakat belirsiz sözcüklerin kullanılması"ndan dolayı bulanıklaştırılarak sürdürüldüğünü ifade eden Hart, tartışmalara bizzat taraf olmamış ve daha üstenci ya da objektif bir bakış açısıyla her iki akımın savunucuları hakkında "gösterişli fakat belirsiz tartışmalarda bayraklar sallanmış ve taraflar oluşturulmuştur" değerlendirmesini yapmış⁵⁵ ve teorisini sosyal kaynaklar ile ayrılabilirlik tezlerini esas alarak açıklamıştır.

Sosyal kaynaklar tezi/doktrini, hukuk kurallarının insanlar tarafından ortaya konulduğu düşüncesine dayandırılmaktadır. Buna göre hukuk kuralları insan iradesinin ürünüdür. Dolayısıyla hukuk kuralları ahlaki olarak değil, sosyal bir olgu olarak ele alınmalıdır⁵⁶. Bazı modern hukuki pozitivistler gibi Hart da hukukun kaynağını yasama, yargısal kararlar, sosyal gelenekler gibi bazı sosyal olgulara dayandırır⁵⁷ ve hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi ayrılabilirlik tezi ile açıklar. Ayrılabilirlik tezinin göre, doğal hukukun iddiasının aksine, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki/bağ yoktur⁵⁸. Ancak hukuk, kurallar bütününden oluşmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki Hart, her kuralı hukuk kuralı olarak değerlendirmemektedir. Bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığını belirlemede tanıma kuralını esas almaktadır⁵⁹. Sosyal olgulara dayalı tanıma kuralı, Hart'ın tezinin temelini oluşturmaktadır. Bir toplumdaki hangi kuralın hukuk kuralı olduğu, sosyal bir kural olan tanıma kuralına göre belirlenmektedir⁶⁰. Tanıma kuralı, bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığında esas alınmaktadır⁶¹.

⁵¹ Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46 vd.

⁵² Esas olarak üç farklı pozitivist yaklaşımdan bahsedilir. Hukukilik ile ahlakilik arasındaki bağ temel alınarak açıklanan bu yaklaşımlar kavramsal pozitivizm, dışlayıcı pozitivizm ve kapsayıcı pozitivizmdir. Pozitivizm ile ilgili kavramsal tartışmalar ve farklı yaklaşımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Frederick Schauer, "Hart Öncesi Pozitivizm" (Çev. Muhammet Koçakgöl), *EBYÜ-HFD*, 25(1), 2021, 109 vd.

⁵³ Hart'ın hukuk teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. H. L. A. Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması", (Çev. Ertuğrul Uzun), *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015) 121 vd.; Ahmet Ulvi Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı (Hukuk Kuramı)*, (İstanbul: Derin Yayınları, 2012), 45-46; Türkbağ, "Hart-Dworkin", 71-82; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-176; Sururi Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk (Hart)", *AÜEHFD*, VIII(3-4), 2004, 15-21; Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kuramı (Hart)*, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014), 9 vd.; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 46-48.

⁵⁴ Hart, *Özgürlük*, 13.

⁵⁵ Hart, *Özgürlük*, 14. Konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Şahin Ceylan, *Hart*, 184 vd.

⁵⁶ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 145-146; E. İrem Aki, "Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", *AÜHFD*, 64(1), 2015, 3.

⁵⁷ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 154.

⁵⁸ Zeynep İspir Toprak, *H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008), 9. Ayrılabilirlik tezi hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 171; Keith Culver, "Leaving the Hart-Dworkin Debate", *University of Toronto Law Journal*, 51, 2001, 380-383.

⁵⁹ Roger Cotterrell, *Hukuk Biliminin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çev. Saim Üye), (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2019), 155-156; Şahin Ceylan, "Hukuk Kavramı", 84.

⁶⁰ Hart, *The Concept*, 100 vd.; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148 vd.; Aktaş, "Hart", 7 vd.; Cotterrell, *Hukuk Bilimi*, 150 vd.; Surlu, *Tanım Kuralı*, 47 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 14-15; Şahin Ceylan, "Hukuk Kavramı", 84.

⁶¹ Hart'a göre kurallar, emredici (mecburi) nitelikte olan asli kurallardan oluşur. Emredici kuralların tabi olukları kurallara ise tanıma kurallarıdır. Tekin Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 80.

Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, hukukilik ölçütü olarak değerlendirilmektedir⁶². Hart'ın hukuk teorisinin de temelini ikincil kural olarak da ifade edilen tanıma kuralı oluşturmaktadır. Zira herhangi bir kuralı, hukuk kuralı yapan ve buna ilişkin asgari ilkeleri belirleyen kurallar ikincil kurallardır⁶³. Davranış kurallarından hangilerinin hukuk kuralı olduğunu belirleyen ve tanıma kuralı olarak ifade edilen ikincil kurallar⁶⁴ "hukukilik ölçütü" olarak kullanılmaktadır⁶⁵. Buna rağmen Hart, bu şekilde oluşturulan kuralların da kusursuz olmayabileceğini ve hukukta belirsiz ya da açık bir alanın (boşluk/*open texture*) olabileceğini belirterek hukuk kurallarının oluşturulmasında ahlaki ilkelere de yer verilebileceğini ifade etmiştir⁶⁶.

B. Hart'ın hukuk teorisinde hâkimin takdir yetkisi⁶⁷

Hart'a göre, hâkim takdir yetkisini hukuki belirlilik ve kesinliğin olmadığı durumlar ile zor davalarda kullanılmalıdır. Başka bir anlatımla sadece hukuki belirsizliğin olduğu durumlar ile zor dava olarak nitelendirilen davalarda hâkim takdir yetkisine başvurulabilir⁶⁸. Bu durumlarda hâkimin takdir yetkisini kullanmadan uyuşmazlığı çözmesi çok olası değildir. Ancak kolay davalarda da hâkimin takdir yetkisine başvurusu mümkündür.

1. Hukuki belirsizlik durumunda takdir yetkisi

Kural olarak belirli, açık ve öngörülebilir olan hukuk kuralları bazı istisnai durumlarda belirsiz olabilir. Bu belirsizlik bazen norm oluşturma tekniğinden bazen de hukuku oluşturan dildeki sözcüklerden kaynaklanabilir⁶⁹. Hart, hukuk kurallarının belirsizliğini "açık metin" anlamındaki *open texture* terimiyle açıklar⁷⁰. Hart'a göre, hangi kuralın hangi olaya uygulanacağı meselesi tamamen açık değildir. Dolayısıyla Hart, herhangi bir hukuk sisteminde yer alan hukuk kurallarının tamamının kesin ve belirli, yani tamamen açık olmadığını ifade eder⁷¹. Başka bir ifadeyle hukukta *open texture*, yani açık dokulu bir alanın olmasının bir gereği olarak belirsiz bir alanın olduğu ve dolayısıyla hukukun tanımlanmasında ve uygulanmasında uygulayıcıların, yani hâkimlerin ve idarecilerin değerlendirmelerine ihtiyaç vardır.

Belirtildiği üzere hukuktaki belirsizlik, *open texture* olarak ifade edilen ve kullanılan dilin belirsiz⁷² ve açık uçlu olması ya da normlar arasındaki çelişkilerden meydana gelir. Aslında Hart, kuralların belirsiz oluşunu sadece kullanılan dildeki sözcüklerin yeterince açık olmamasına dayandırmamaktadır. Ayrıca Hart, bu belirsizliğin hukuk kurallarının oluşturulmasında makullük, hakkaniyet, adil olma, eşitlik gibi genel kavramların kullanılması ile *Common-Law* hukuk sisteminin kendi yapısından da

⁶² Mustafa Balkan Demirdal, *Adalet İlkelerinin Osmanlıdan Günümüze Türk Hukukunda Görünümü (Adalet İlkeleri)*, (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017), 16.; Yıldırım Torun, *Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesi'nde Adalet, Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi), 2008, 29.

⁶³ Hart, *The Concept*, 124 vd.; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148; Cotterrell, *Hukuk Bilimi*, 150-155; Şahin Ceylan, "Hukuk Kavramı", 84-86.

⁶⁴ Hart, *The Concept*, 124 vd.; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148; Surlu, *Tanım Kuralı*, 54.

⁶⁵ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 148; Surlu, *Tanım Kuralı*, 54; Şahin Ceylan, *Hart*, 115 vd.

⁶⁶ Hart, *The Concept*, 124 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 16 vd.; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 54; Culver, "Debate", 383-384.

⁶⁷ Hukuk literatürümüzde "takdir yetkisi" şeklinde ifade edilen "discretion" kavramını Hart, "yargısal ve idari takdir" anlamında kullanmaktadır. Kavram hakkında daha fazla bilgi için bkz. İspir, "Bir İnceleme", 228-241.

⁶⁸ Takdir kavramı hakkında Dworkin, takdir yetkisinin serbestlikle aynı şey olmadığını ve eleştiriye açık olduğunu ifade ederek, "Takdir kavramı pozitivistler tarafından günlük dildeki anlamından farklılaştırılmıştır." değerlendirmesini yapmıştır. Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), (Ankara: Dost Kitabevi, 2007), 58.

⁶⁹ Hart, *The Concept*, 252; David Lyons, "Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation", *Law and Philosophy*, 18, 1999, 308; M. Balkan Demirdal, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü (Yargıçların Rolü)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVIII(3-4), 2014, 799.

⁷⁰ Hart, *The Concept*, 124; Culver, "Debate", 383-384.

⁷¹ Hart, *The Concept*, 252; Lyons, "Open Texture", 308; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin", 163.

⁷² Hart, bu belirsizliği bilinen taşıt örneğinden hareketle şöyle açıklar: Parka "taşıt" girmesini yasaklayan kuraldaki taşıt ile kastedilenin otomobil olduğu açıktır. Acaba bisikletler, patenler, oyuncak arabalar, hatta uçaklar bile kuralın amacı doğrultusunda taşıt olarak kabul edilip edilmeyecek midir? Kuraldaki taşıt terimindeki belirsizliğe vurgu yapılmıştır. Örnek için bkz. Hart, *The Concept*, 126.

kaynaklandığını belirtir⁷³. Hatta kuraldaki belirsizliklerin tamamı açık metinden (*open texture*) kaynaklanmadığı, içtihatların da belirsizliğe neden olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir anlatımla kanunlar ile içtihatlar arasındaki çatışmaların da belirsizliğe etki ettiği belirtilmelidir⁷⁴. Görüldüğü üzere hukuk kurallarının belirsizliğine etki eden çok sayıda sebep gösterilmektedir.

Doğrusu hukuktaki belirsizlik, hukukun bir özelliği olarak kabul edilmelidir. Zira kanunlar ya da içtihatlardaki genel terimlerin doğasında belirsizlik vardır. Kuralları tamamen bu belirsizlikten kurtarmak mümkün değildir. Kuralların oluşturulmasında kullanılan açık olmayan terimler zamana, davaya ve kişiye göre değişik anlamlar ifade edebilir. Ayrıca hayatın hareketliliği ile insan kapasitesinin sınırlılığı da kurallardaki belirsizliğe ve boşluğa neden olmaktadır. Dolayısıyla hukuk sistemlerinde boşluk⁷⁵, doğal görülmelidir. Zira insan iradesinin ürünü olan hukuk kuralları mükemmel olmadığı gibi zamanla değişikliğe de uğramaktadır⁷⁶. Başka bir ifadeyle kuralların çağın gereklerine uygun olarak yorumlanması ya da değiştirilmesi zarurettir. Hukuk kurallarının değişen şartlara uyumunu sağlamak için de hâkimlerin belirsizlik ve boşluk durumunda takdir yetkilerini kullanarak hukuktaki belirsizliği ve boşluğu gidermelerine tabii olarak ihtiyaç duyulmaktadır.

Görüldüğü üzere kuralın yorumlanması zorunlu ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Kuralın her daim eksik ve belirsiz olduğu ve hâkimin takdir yetkisini kullanarak bunu tamamlaması ve somutlaştırması, yani belirli kılması gerekmektedir. Belirli ve açık olmayan kuralın/normun uygulanmasında takdir yetkisine başvurulması belirlilik için zorunluluk teşkil etmektedir. Hâkim, takdir yetkisini kullanarak belirsizliği gidermeli ve somut olaya uygun bir çözüm üretebilmelidir. Zira hâkim, somut davada vereceği kararla kuraldaki sözcüklerin anlamının anlaşılmasını sağlama ve sınırlarını çizme yetkisine sahiptir.

İfade edildiği üzere hukukta boşluk olduğu durumlarda hâkimlere hukuk yaratma yetkisi verilerek boşluk giderilmektedir. Benzer olarak hukuk kuralının anlamının belirli olmadığı durumlarda da yorum ya da hukuk yaratma yoluyla sorun giderilmektedir. Hart'a göre gölgeli, yani açık olmayan alanlar söz konusu olduğunda, hâkim en makul yorumu yaparak ortaya çıkan hukuki belirsizliği giderebilme yetkisine sahip olmalıdır⁷⁷.

2. Zor davalarda takdir yetkisi

Modern pozitivist hukukçu olan Hart, ilke olarak, hukukun belirliliği ve kesinliğini kabul etmiş ve “zor dava (*hard-case*)” olarak nitelendirilen davalarda “ahlak” ilkesinin uygulanması konusunda daha ılımlı davranılması gerektiğini ifade ederek bu davalarda hâkimin takdir yetkisini kullanabileceğini belirtmiştir⁷⁸. Çünkü Hart'a göre tanıma kuralı⁷⁹, hukuksal geçerlilik için bazı ahlaki ilkeleri kapsayabilir⁸⁰.

Hart, davaları, uygulanacak hukuk kurallarının belirsizliği ve açıklığını esas alarak, kolay ve zor dava diye ikiye ayırmıştır⁸¹. Kolay davalarda uygulanacak hukuk kuralının anlamı açıktır. Diğer bir ifadeyle belirsiz terimlerin içermediği hukuk kurallarının uygulandığı davalar kolay dava olarak tanımlanmaktadır. Bu davalarda hâkimlerin takdir yetkisine başvurmaları zorunlu değil, ancak gerektiğinde takdir yetkisinin kullanılması bakımından yasaklayıcı bir kural da yoktur. Kolay olarak nitelendirilen davalarda hâkimin kullandığı takdir yetkisi, zor davalara kıyasla, daha basit nitelikte

⁷³ Hart, *The Concept*, 126-128; İspir Toprak, *Açık Metin*, 70-77; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 54.

⁷⁴ Lyons, “Open Texture”, 308.

⁷⁵ Boşluk kavramı için bkz. Aktaş, “Boşluk”, 1-28.

⁷⁶ Aktaş, “Boşluk”, 1.

⁷⁷ Hart, *The Concept*, 128; Aktaş, “Boşluk”, 3; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 55.

⁷⁸ Hart, *The Concept*, 252; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 92.

⁷⁹ Hart, *The Concept*, 100 vd.; Surlu, *Tanıma Kuralı*, 55 vd.; Aktaş, “Hart”, 20.

⁸⁰ Aktaş, “Hart”, 16.

⁸¹ Zor dava-kolay dava ayrımı hakkında detaylı bilgi için bkz. Altunsu, *Analitik Pozitivizm*, 8 vd.

değerlendirilebilir⁸². Görüldüğü üzere Hart'a göre kolay davalarda da hâkim takdir yetkisini kullanabilir.

Zor davalar, davaya uygulanacak kuralın yeterince açık olmadığı, yani kuralın belirsiz olduğu ve davalarda uygulanacak hukuki bilgi ve belgelerin tek bir doğru sonuca götürmediği davalardır⁸³. Kolay davalara nazaran zor davalarda hâkimin takdir yetkisine başvurusu daha kesiftir. Çünkü zor davalarda uygulanacak kurallar daha belirsiz olduğundan uyuşmazlığı çözmede yeterli görülmeyebilir. Bu nedenle hâkim, zor olarak nitelendirilen davalarda daha sıkça takdir yetkisini kullanmak zorunda kalabilir. Dolayısıyla zor davalar, hukukun kendini arayışı ve anlama çabası olarak da değerlendirilebilir⁸⁴. Ayrıca zor davalarda yapılan değerlendirme ve yorumlarla hukuk teorisinin gelişimine de katkı sağlanmaktadır.

Belirtildiği üzere hukuk kurallarının belirsiz olduğu davalar, zor davalar olarak nitelendirilmektedir. Ancak hukuk kurallarının belirsizliği tek neden değildir. Ayrıca hukuk kurallarının çatışması, eksik olması ya da konuya ilişkin herhangi bir kuralın bulunmaması gibi başka nedenler de bir davanın zor dava olarak nitelendirilmesine sebep olarak gösterilmektedir⁸⁵. Aslında zor davalar, kanun koyucu tarafından davada uygulanacak normun tamamen düzenlenmemiş olduğu davalardır. Ayrıca belirtmelidir ki hukuki belirsizlik için makul anlaşmazlık yeterli görülmektedir⁸⁶.

Özetle somut uyuşmazlık için yürürlükteki hukuk kuralları ve emsal kararlar bakımından bir çözümün bulunamadığı, yani hukuk boşluğunun olduğu durumlarda hâkimin takdir yetkisini kullanması gerektiği ifade edilmelidir. Hart'ın hukuk teorisinde "zor dava" olarak nitelendirilen davalarda, hâkime takdir yetkisini kullanma hakkı verilmiştir. Aslında hâkimin, zor davalarda takdir yetkisini kullanmak suretiyle, hukuk oluşturmaya ihtiyaç da duyulmaktadır⁸⁷.

III. Hâkimin Takdir Yetkisi ile İdarenin Takdir Yetkisinin Karşılaştırılması

A. Hukuki belirsizlik durumunda hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir yetkisi: İdarenin kolay takdir yetkisi

Hart'a göre hâkim, somut uyuşmazlıkla ilgili yürürlükte olan hukuk kuralını uygulamalı ve uyuşmazlığı buna uygun olarak çözmelidir. Ancak bazen somut uyuşmazlıkla ilgili olarak ya hukuk kuralı mevcut olmayabilir ya da var olan hukuk kuralı belirsiz olabilir. Bu durumda hâkim, takdir yetkisini kullanarak kanun koyucu gibi hareket etmeli ve hukuk yaratarak uyuşmazlığı çözmelidir. Dolayısıyla belirsiz olan hukuk kurallarının belirli kılınması takdir yetkisiyle mümkün olmaktadır. Zira hâkim, hukuki belirsizlik durumunda takdir yetkisini kullanma hakkına sahiptir.

Hart, hâkime takdir yetkisinin tanınması gerektiğini savunmuş, ancak bunun bazı şartlara bağlı olması gerektiğini de belirtmiştir. Normalde kanun koyucu kural koyarken kuralın kesin ve belirli, yani tamamen açık ve emredici olmasına özen gösterir. Ancak bazen dildeki sözcüklerin belirsizliği, genel ilke veya kavramların kullanılması ya da zamanla kuralların işlevsizleşmesi gibi nedenlerle hukuktaki *open texture*, yani açık dokulu yapıdan dolayı belirsiz veya gölgeli alanlar oluşabilir. Böyle durumlarda hukuk kurallarının yeniden tanımlanması, uyarlanması ve uygulanması için hâkimlerin değerlendirmelerine, yani takdir yetkilerine ihtiyaç duyulmaktadır. Hart, hukuk kurallarının

⁸² Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *AÜHFD*, 51(2), 2002, 4.

⁸³ Hart, *The Concept*, 252 vd.; Özkök, "Hukuki Belirsizlik", 4 vd.; Aktaş, "Hart", 15 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 82; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 55-57.

⁸⁴ Gregory C. Keating, "Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the Rule of Law", *American Bar Foundation Research Journal*, 12(2/3), 1987, 527; Altunsu, *Analitik Pozitivizm*, 10.

⁸⁵ Keating, "Rule of Law", 527.

⁸⁶ Lyons, "Open Texture", 308-309.

⁸⁷ Özkök, "Hukuki Belirsizlik", 14-15.

belirsiz/gölgeli olduğu durumlar⁸⁸ ile zor olarak nitelendirilen davalarda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanarak hukuk ihdas etmelerine ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir⁸⁹.

Hukuki belirsizlik halinde idarenin takdir yetkisi ile hâkimin takdir yetkisi arasında benzerlikler bulunmaktadır. Öncelikli olarak her iki durumda da takdir yetkisinden bahsedilebilmesi için belirsiz bir alanın varlığına ihtiyaç vardır. Diğer bir ifadeyle hukuk kurallarının açık ve emredici olduğu durumlarda idare için bağlı yetki söz konusudur. Bağlı yetki durumunda da emredici kurallarla idarenin ne şekilde hareket edeceği mevzuatta açıkça düzenlenmiştir⁹⁰. Dolayısıyla bağlı yetkinin olduğu durumlarda idarenin emredici kurala aykırı hareket etmesi, yani takdir yetkisini kullanması mümkün değildir. Çünkü ancak hukuki belirsizlik ve boşluğun olduğu durumlarda takdir yetkisi kullanılabilir. Serbest hareket edebilme alanının olmadığı, hukuk kurallarıyla hâkimin ya da idarenin nasıl hareket edeceğinin net bir biçimde belli olduğu durumlarda takdir yetkisinin kullanılmasından bahsedilmez. Zira hem hâkimin hem de idarenin takdir yetkisi hukuka uygun olmalıdır. Aksi durum, yargıda ve idarede keyfi karar ve uygulamalara yol açar. Keyfililiğin önlenmesi için takdir yetkisi, objektif ilkelere, konuluş amacına, eşitlik, kamu yararı ve kamu hizmeti gereklerine uygun olarak kullanılmalıdır⁹¹.

Hukuki belirsizlik ve boşluk ile serbest hareket edebilmenin olduğu durumlarda idarenin takdir yetkisini kullanması nispeten daha kolaydır. Böyle durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak hukuku belirli kılmalı ve bu doğrultuda karar alarak doğru sonuca varmalıdır.

İdarenin kolay takdir yetkisi nasıl anlaşılır? İdarenin takdir yetkisi, “yapabilir, verebilir, uygulanabilir” şeklindeki kavramlar ile “takdir edeceği” şeklinde açıkça düzenlenebilir⁹². Bu durumlarda idareye takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmalı ve takdir yetkisinin varlığı konusunda tartışma söz konusu değildir. Belirtilen durumlarda kamu görevlileri, mevzuatta kendilerine takdir yetkisinin verildiğini kolay bir biçimde anlar ve takdir yetkilerini de tereddütte düşmeden kolayca kullanırlar. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4/B’ye göre “... sözleşmeli personel istihdam edilebilir.” Burada idareye sözleşmeli personel istihdamı konusunda takdir yetkisinin verildiği açıktır. İdare bu hükme uygun olarak sözleşmeli personel istihdamına ilişkin takdir yetkisini kolaylıkla kullanabilir.

657 sayılı Kanun m. 41’e göre, “Bir sınıfta belli görevlere atanabilmek veya bu görevlerde belli derecelere yükselebilmek için, ...yabancı dil bilmek gibi şartlar konulabilir.” Burada idareye atanabilmek veya yükselebilmek için bazı şartları koyabilme konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Düzenlemede belli şartların konulması ya da konulmaması hususu emredici bir biçimde, yani açıkça belirlenmemiştir. Bunu belirli kılacak olan idaredir. İdare, kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak madde metninde belirtilen şartların tamamını, bir kısmını ya da madde metninde belirtilmeyen benzeri bir şartı koyabilir. Hatta madde metnindeki “gibi” kelimesinden hareketle idarenin yorum yoluyla kural ihdas etme yetkine sahip olduğu da belirtilebilir. Çünkü burada idare takdir yetkisini kullanarak belirsiz olan alanı belirleme takdirine sahiptir. Ayrıca bu düzenlemedeki “konulabilir” kelimesinden idareye takdir yetkisinin tanındığı kolayca anlaşılmaktadır. Bu nedenle idareye bu şekilde verilen takdir yetkisinin idarenin kolay takdir yetkisi olarak ifade edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira mevzuatta mezkûr kavramların varlığı durumunda idareye takdir yetkisinin verildiği kolayca anlaşılmaktadır. Kolay takdir yetkisinin varlığı halinde idare, takdir yetkisini kullanarak birden fazla seçenek arasından kamu yararı, kamu hizmeti gerekleri, eşitlik,

⁸⁸ Hart, *The Concept*, 126-128; Altunsu, *Analitik Pozitivizm*, 11-12.

⁸⁹ Hart, *The Concept*, 252 vd.; Özkök, “Hukuki Belirsizlik”, 4 vd.; Aktaş, “Hart”, 15 vd.; İspir Toprak, *Açık Metin*, 82; Demirdal, *Hukuki Belirsizlik*, 55-57.

⁹⁰ Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 103-104; Gözler, *İdare Hukuku*, 1056-1059; Atay, *İdare Hukuku*, 518-523.

⁹¹ Hart, takdir yetkisinin, “...Yetkililerin yaptığı belirli kurallar tarafından kesin bir şekilde belirlenmemiş ve onlara bir seçişte bırakılmışsa, yetkililer görevlerini göz önünde bulundurarak, beğenileri ile geçici zevk ve heveslerine teslim olmadan, sorumlu (bir) şekilde...”, diğer bir anlatımla “sorumlu bir kamu hizmeti kullanımı” şeklinde icra edilmelidir. İspir, “Bir İnceleme”, 235. olarak görmektedir.

⁹² Gözler, *İdare Hukuku*, 1065; Kaya, C., *İdarenin Takdir Yetkisi*, 37-38.

maslahat ve adalet ilkelerine uygun olanı tercih eder. Başka bir anlatımla idarenin takdir yetkisini kullanarak geniş faaliyet alanında serbest hareket etmek suretiyle kolayca karar alabilmesi mümkündür. Kolay takdir yetkisinin kabul edilmesi idarenin pratik bir şekilde karar almasını sağlamaktadır.

Görüldüğü üzere Hart'ın hukuk teorisinde olduğu gibi idarenin kolay takdir yetkisi için de temel şart hukuki belirsizliktir. Önemle ifade edilmelidir ki, hukuki belirsizliğin olmadığı durumlarda idarenin takdir yetkisinden bahsedilemez. Hukukun belirli olduğu, idarenin ne şekilde hareket edeceğinin mevzuatta açık ve emredici bir biçimde düzenlediği durumlarda idarenin takdir yetkisi değil, bağlı yetkisi söz konusu olur.

İdareye benzer olarak hâkimler de yargılama gücünü kullanırken serbest hareket etme yetisine sahiptirler. Bağlı yetki durumuna benzer olarak hâkimler, kendilerini bağlayan hukuk kurallarının mevcut olduğu durumlarda, serbest hareket etme kudretini haiz değildirler. Ancak bazı hallerde hâkimlerin nasıl hareket edeceklerine ilişkin, kendileri tarafından izlenmesi gereken metodu gösteren ya da yasaklayan hukuk kuralı mevcut olmayabilir. Böyle durumlarda hâkimler, idarenin takdir yetkisinde olduğu gibi, serbest bırakılmışlardır. Hâkimler, serbest bırakıldıkları bu alanlarda, olayın niteliğine en uygun çözümü bulmak için takdir yetkilerini kullanırlar. Diğer bir ifadeyle normun, hâkimi serbest bıraktığı hallerde hâkim, normun kendisine tanıdığı serbestliğe dayanarak, icabı hale ve hakkaniyete uygun olarak hareket etmelidir⁹³. Dolayısıyla belirtilen hukuk boşluğu veya hukuki belirsizlik, hâkimin veya idarenin takdir yetkisini kullanması suretiyle giderilerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulmuş olur.

Şu husus da ifade edilmelidir ki hâkim veya idare, takdir yetkilerini kullanırken tamamen serbest bırakılmış değildirler. Hâkimin ya da idarenin keyfi hareket etmesi mümkün değildir. Çünkü hâkimin ve idarenin takdir yetkisinin tabi olduğu bazı sınırlamalar mevcuttur. Hâkimin takdir yetkisinin tabi olduğu sınırlamalar şunlardır: Kanun tarafından hâkime takdir yetkisi tanınmış olmalı, kanun tarafından belirlenen sınırların dışına çıkılmamalı ve hakkaniyete uygun davranılmalıdır⁹⁴. Benzer olarak idarenin takdir yetkisi için de bazı sınırlamalar söz konusudur. Örneğin kamu yararı ve hizmetin gerekleri, sebebe dayanma, eşitlik, sosyal devlet, ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ve demokratik yönetim gibi bazı anayasal ilkeler ile açık hata takdir yetkisinin sınırları olarak gösterilmektedir⁹⁵.

B. Zor davalardaki hâkimin takdir yetkisi ile idarenin takdir yetkisi: İdarenin zor takdir yetkisi

Davaya uygulanacak kuralın yeterince açık olmadığı ve davada uygulanacak bilgi ve belgelerin tek bir doğru sonuca götürmediği davaları, zor dava olarak tanımlamıştık. Bu davalarda uygulanacak kurallar daha belirsizdir ve uyuşmazlığı çözüme yeterli görülmemektedir. Dolayısıyla hâkimler de zor davalarda takdir yetkilerini daha fazla kullanmak zorunda kalırlar. Bu davalarda uygulanacak kural ve ilkeler kanun koyucu tarafından tamamen düzenlenmemiştir, yani kurallar yorum ve değerlendirmeye daha fazla muhtaçtır. Dolayısıyla Hart, zor davalarda, hâkime takdir yetkisini kullanma hakkının daha fazla verilmesi gerektiğini savunmuştur. Çünkü zor davaların çözümü hususunda hukuk boşluğu vardır. Hâkimler takdir yetkilerini kullanarak boşluğu gidermeli ve uyuşmazlık için hakkaniyetli ve adaletli bir çözüm üretmelidirler⁹⁶.

Doktrinde idarenin takdir yetkisi, idare adına hareket eden kamu görevlilerinin serbestçe karar almaları veya birden fazla seçenek arasında kamu yararı, hizmet gerekleri, hak ve adalete uygun olarak

⁹³ Hâkimin takdir yetkisi hakkında bkz. DinçkoL, "Hakkaniyet", 173-175.

⁹⁴ Hâkimin takdir yetkisinin sınırları hakkında detaylı bilgi için bkz. Dinçkol, "Hakkaniyet", 178-180.

⁹⁵ İdarenin takdir yetkisinin sınırları hakkında bkz. Kalabalık, "Yargısal Denetim", 172 vd.; Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 105-106; Çağlayan, *İdari Yargılama*, 209-219; Gözler, *İdare Hukuku*, 1084 vd.; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 3 vd.

⁹⁶ Hart, *The Concept*, 252; Özkök, "Hukuki Belirsizlik", 14-15.

karar alma iktidarı ya da hakkı olarak ifade edilmiştir⁹⁷. Genelde idareye takdir yetkisi “yapabilir, verebilir, uygulanabilir”⁹⁸ şeklindeki kavramların kullanılmasıyla verildiği görülmektedir. Mevzuatta belirtilen kavramların kullanılması idareye takdir yetkisinin verildiğini gösterir. İdarenin konuyu “takdir edeceği” şeklindeki açık bir ifadeyle de idareye takdir yetkisinin verilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştik⁹⁹. Ancak bazen de idareye takdir yetkisi genel bir çerçeve çizilmek¹⁰⁰, seçenek sunulmak¹⁰¹ ya da kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, devletin güvenliği, milli egemenlik, genel asayiş, kamu yararı, uygun görülme, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla da verilebilir.

İdarenin zor takdir yetkisinin Hart’ın teorisinde zor dava olarak ifade ettiği davalara benzediği düşünülmektedir. Çünkü idareye genel ve belirsiz kavramlarla takdir yetkisinin verilmesi durumunda idarenin takdir yetkisini kamu yararı, hizmet gerekleri, eşitlik, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun olarak kullanmasının zorlaştığı kanaatindeyiz. Belirtilen genel ve belirsiz kavramlarla idarenin doğru sonuca varması, hukuki olanın doğru bir biçimde açığa çıkarılması, yani idarenin hukuk ihdas etmesi zorlaşmaktadır. Çünkü buradaki genel kavramlarla neyin ifade edildiği yeterince açık değildir. Örneğin 657 sayılı Kanun m. 46’ya göre, “Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları, personel atamasına *lüzum gördükleri* boş kadroların sayılarını, sınıf ve derecelerini belirterek Devlet Personel Başkanlığına¹⁰² bildirirler.” Bu düzenlemedeki *lüzum gördükleri* ifadesiyle idareye doğrudan takdir yetkisinin verilip verilmediği çok açık değildir. Ayrıca idarenin buradaki takdir yetkisini nasıl kullanacağı konusunda da seçenekler belli değildir. Bunu takdir etme konusu tamamen idareye bırakılmıştır. İdarenin personel atamasına *lüzum gördükleri* boş kadroların sayılarını, sınıf ve derecelerini belirleme konusunda daha zor bir durumla karşılaşmaktadır. Bu zorluk takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmemiş, yani çerçevenin çizilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla burada idarenin zor takdir yetkisi söz konusudur. Buradaki düzenlemede karar alma konusunda kural ve ilkeler kanun koyucu tarafından açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Buradaki kural ve ilkeler idarenin takdiri, yorum ve değerlendirmesiyle belirlenecektir. Bu nedenle idareye takdir yetkisinin kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, devletin güvenliği, milli egemenlik, genel asayiş, kamu yararı, uygun görülme, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel, belirsiz ve soyut kavramlarla verildiği durumlarda idarenin doğru sonuca varması konusunda takdir yetkisini kamu yararı, hizmet gerekleri, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun olarak kullanması gerekmektedir. Bunun için de takdir yetkisine sahip olan kamu görevlilerinin alanında uzman olmalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yetkiyi kullanacak kamu görevlisinin alanında iyi yetişmiş olması gerekir. Aksi halde idareye belirsiz kavramlarla tanınan takdir yetkisinin gereği gibi kullanılması zorlaşmaktadır¹⁰³. Dolayısıyla idareyi

⁹⁷ Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 104; Gözler, *İdare Hukuku*, 1065 vd.; Çağlayan, *İdârî Yargılama*, 207 vd.; Seçkin vd., 510 vd.; Çağlayan, “Takdir Yetkisi”, 173 vd.; Çınar, *Takdir Yetkisi*, 3 vd.

⁹⁸ Örneğin 2547 sayılı Kanun’da idareye, “yapabilir” kelimesiyle sekiz, “verebilir” kelimesiyle altı ve “uygulanabilir” kelimesiyle de üç yerde takdir yetkisi verilmiştir.

⁹⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, 1065.

¹⁰⁰ Örnek 1: 2547 sayılı Kanun m. 54/9-d’ye göre, “Disiplin cezalarını vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları, disiplin suçunu oluşturan eylemlerin ağırlığını, soruşturulan öğrencinin daha önce bir disiplin cezası alıp almadığını, işlediği fiil dolayısıyla pişmanlık duyup duymadığını, yükseköğretim kurumundaki geçmiş davranış, çalışma ve başarılarını dikkate alarak bir derece alt ceza verebilir.” Burada disiplin cezasının verilmesinde idareye takdir yetkisi tanınmış, ancak maddede idareye tanınan takdir yetkisinin sınırları/çerçevesi de belirlenmiştir. Örnek 2: 2547 sayılı Kanun m. 54/1-b’ye göre, maddede belirtilen disiplin suçlarını işleyen öğrenciye “Yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma” verilir. Burada bir hafta ile bir ay arasında ceza verme yetkisi/takdiri idareye verilmiş. Bu hükümde idarenin takdir yetkisinin alt ve üst sınırı, yani cezanın çerçevesi kanunla belirlenmiştir.

¹⁰¹ Örnek 3: 2547 sayılı Kanun m. 53/b-3’e göre, idareye aylıktan veya ücretten kesme oranını belirleme noktasında takdir yetkisi verilmiştir. Maddede belirleyen fiilleri işleyenlere “...bir defaya mahsus olmak üzere 1/30 ile 1/8 arasında kesinti yapılması...” konusunda idareye seçenek takdiri verilmiştir. “1/30 ile 1/8” arasındaki oranı takdir edecek olan idaredir. Belirtilmelidir ki idare buradaki takdir yetkisini fiilin ağırlığı gibi bazı hususları nazara alarak kamu yararı, hizmet gerekleri, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun kullanmalıdır.

¹⁰² Devlet Personel Başkanlığı, 657 sayılı Kanunla lafzı geçse de, 9 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici üçüncü maddesi ile kapatılmıştır.

¹⁰³ Kalabalık, “Takdir Yetkisi”, 215.

çözüme götürecek bu belirsiz kavramlar, sorunu/uyuşmazlığı çözmede yeterli olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle belirtilen kavramların kullanılması suretiyle idareye verilen takdir yetkisini zor takdir yetkisi olarak ifade etmenin doğru olacağı düşünülmektedir. Açıklanan nedenlerden ötürü Hart'ın zor olarak nitelendirdiği davalar ile idarenin zor takdir yetkisinin benzerlik gösterdiği kanaatine varılmıştır.

C. Kolay davalardaki hâkimin takdir yetkisi ile idarenin bağlı yetkisinin benzerliği

Esasında hâkimlerin takdir yetkilerini kullanmak durumunda oldukları davalar zor davalardır. Kolay dava olarak nitelendirilen davalarda, ilke olarak, hâkimlerin takdir yetkilerini kullanmaları çok tercih edilen bir durum değildir. Buna rağmen kolay davalarda hâkimlerin takdir yetkilerini kullanmalarını yasaklayıcı hükümler de bulunmamaktadır. Ancak kolay davalarda takdir yetkisine fazla ihtiyaç duyulmadığı da belirtilmelidir. Çünkü bu davaların nasıl çözüleceğine dair emredici hükümler bulunmaktadır. Hâkimler de bu hükümlere uygun olarak bu davaları çözerler. Bu yönüyle kolay davalar idarenin bağlı yetkisine benzetilebilir. Çünkü bağlı yetki durumunda da idarenin nasıl hareket edeceği, hangi yönde işlem yapacağı önceden bellidir. Hukuk normuyla idareye nasıl tasarrufta bulunacağı emredilmiştir. Özellikle idari işlemin sebep ve konu unsurları, önceden hukuk normuyla belirlenir ve idare de bu yönde hareket eder. Dolayısıyla bağlı yetkinin oluşu durumlarda idarenin takdir yetkisi olmaz¹⁰⁴. Hart'ın hukuk teorisindeki kolay davalar ile idarenin bağlı yetkisinin, bütünüyle olmasa da, benzerlik arz ettiği ifade edilmelidir.

Sonuç

Hart'a göre, hâkimler hukuki belirsizlik durumu ile zor olarak nitelendirilen davalarda takdir yetkilerine başvururlar. Zira her iki durumda da takdir yetkisi kullanılmadan uyuşmazlığın çözülmesi pek olası değildir. Özellikle belirtilmelidir ki hâkimler, zor davalarda daha fazla takdir yetkilerini kullanmak durumundadırlar. Diğer bir anlatımla zor davalarda hâkimin takdir yetkisine başvurması zorunluluk teşkil etmektedir. Benzer durum idarenin takdir yetkisinin kullanılması bakımından da geçerlidir. İdare de hukuki belirsizlik durumunda takdir yetkisini kullanmaktan vazgeçemez. İdareye takdir yetkisinin verildiği durumlarda idare, takdir yetkisini kullanarak sorunu çözmelidir. Takdir yetkisinin kullanımının idare açısından hem bir yetki hem de bir ödev olduğu önemle ifade edilmelidir.

Hart'ın hukuk teorisindeki hâkimin takdir yetkisinden hareketle idarenin takdir yetkisi, idarenin kolay ve zor takdir yetkisi diye ikiye ayırmanın isabetli olacağı sonucuna varılmıştır. İdarenin zor takdir yetkisi, Hart'ın zor dava olarak isimlendirdiği davalardaki hâkimin takdir yetkisine benzemektedir. Zira her iki durumda da uyuşmazlığın çözümü için takdir yetkisinin daha fazla kullanılmasına ihtiyaç vardır. Hart'a göre, hâkimler zor davalarda takdir yetkilerini daha fazla kullanmak zorundalar. Benzer olarak idarenin zor takdir yetkisi durumunda da takdir yetkisi daha fazla ve daha özenli kullanılmalıdır. Hem zor davalarda hem de idarenin zor takdir yetkisinin kullanımında yapılan değerlendirme, yorum ve hukuk ihdas etme ile hukuk teorisinin gelişimine katkı sağlanmaktadır. Ancak bunun için de takdir yetkisine sahip olanların alanında uzman olması ve takdir yetkilerini özenle kullanmaları gerekir.

İdarenin kolay takdir yetkisini kullanması ve hukuk sınırları dâhilinde kalması daha kolaydır. Zira kolay takdir yetkisinde idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığının anlaşılması daha kolaydır. Ayrıca bu durumda mevzuatta idarenin nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda seçenekler vardır. İdare de bu seçeneklerden en uygun olanını tercih ederek doğru sonuca varmakta daha başarılı olur. Ancak zor takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda idare, hem takdir yetkisine sahip olup olmadığı hem de takdir yetkisini hakkaniyete uygun kullanması konusunda zorlanmaktadır. Çünkü zor takdir yetkisi idareye kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel ve belirsiz kavramlarla verilmektedir. Böyle durumlarda idarenin takdir yetkisini kullanması ve

¹⁰⁴ Akyılmaz vd., *İdari Yargılama*, 103-104; Çağlayan, *İdari Yargılama*, 202-203.

karar alırken hukuka uygunluk sınırları içinde hareket etmesi zorlaşmaktadır. Zira idarenin belirtilen soyut, genel ve belirsiz kavramları yorumlaması ve somut olaya uygulaması kolay takdir yetkisine nispeten daha zordur. Hart'ın teorisindeki zor davalarda olduğu gibi idarenin de zor takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda takdir yetkisini daha dikkatli kullanmalıdır.

Değerlendirme serbestliği olarak da ifade edilen takdir yetkisi, konunun emredici kurallarla açık bir biçimde düzenlenmediği durumlarda, hâkimlere ve idareye serbestçe karar alabilme imkânı sağlamaktadır. Ancak hâkimlerin ve idarenin takdir yetkilerini sınırsız ve keyfi bir biçimde kullanmaları mümkün değildir. Tabii olarak, bütün yetkilerin kullanımında olduğu gibi, takdir yetkisinin kullanımı da bazı sınırlamalara ve denetime tabi tutulmaktadır. Burada amaç hâkimin ve idarenin hukuk sınırları içinde kalmasını sağlamaktır.

Netice itibarıyla kamu yararı, uyarılma ve hizmetlerinin devamlılığı ilkeleri gereğince hâkimlere ve idareye takdir yetkisinin verilmesi zaruret teşkil ettiği ve bu yetkinin kullanılmasının bir ödev olduğu belirtilmelidir. Ancak idarenin takdir yetkisinin hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanılmasının kolaylaştırılması için takdir yetkisinin kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik, ihtiyaç ve lüzum üzere gibi genel, soyut ve belirsiz kavramlar yerine “yapabilir, verebilir, uygulanabilir” şeklindeki kavramlar ile “takdir edeceği” şeklinde açık bir biçimde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Acun Mekengeç, Merve. “Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi”, *Public and Private International Law Bulletin* 43/1, 2023, 233-283.
- Akı, E. İrem. “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller’ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”. *AÜEHFD* 64/1, 2015, 1-35.
- Akıllıoğlu, Tekin. *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Aktaş, Sururi. “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk (Hart)”. *AÜEHFD* VIII(3-4), 2004, 1-21.
- Aktaş, Sururi. “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı (Boşluk)”. *EÜHFD*, XIV(1-2), 2010, 1-28.
- Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku (İdare)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Akyılmaz vd., *Türk İdari Yargılama Hukuku (İdari Yargılama)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Altunsu, Onur. *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Cotterrell, Roger. *Hukuk Biliminin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çev. Saim Üye). İstanbul: Pinhan Yayıncılık. 2019.
- Culver, Keith. “Leaving the Hart-Dworkin Debate”. *University of Toronto Law Journal* 51, 2001, 367-398.
- Çağlayan, Ramazan. *İdârî Yargılama Hukûku (İdârî Yargılama)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Çağlayan, Ramazan. “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi (Takdir Yetkisi)”. *AÜEHFD* VII(3-4), 171-208.
- Çınar, Merve. *Türk Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Denetimi*. İstanbul: Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Demirdal, Mustafa Balkan. *Adalet İlkelerinin Osmanlıdan Günümüze Türk Hukukunda Görünümü (Adalet İlkeleri)*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017.
- Demirdal, Mustafa Balkan. *Hukuki Belirsizlik İddiaları İle İlgili Hâkimlerin Konumu (Hukuki Belirsizlik)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Demirdal, Mustafa Balkan. “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü” (Yargıçların Rolü). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVIII(3-4), 2014, 789-820.
- Dicey, Albert V. “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd. Ankara: Adres Yayınları, 2008.
- Dişbudak, Aylin vd. “Hâkimin Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi”. *Ankara Barosu Dergisi* 1, 2006, 11-32.
- Dinçkol, Abdullah. “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet”. *HFSA* 9, 173-188.
- Dworkin, Ronald. *Hakları Ciddiye Almak*, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Ankara: Dost Kitabevi, 2007.
- Edis, Seyfullah. “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”. *AÜHFD* 30/1, 1973, 169-196.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku, C. I*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetim Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2005.

- Gülgeç, Yahya Berkol. "Interrelationship Between Validity, Efficacy And Coerciveness". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66/4, 2017, 677-729.
- Günday, Metin. *İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: Doçentlik Tezi, 1982.
- Hart, H. L. A. "Discretion". *Harvard Law Review* 127/2, 2013, 652-665.
- Hart, H. L. A. "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması", (Çev. Ertuğrul Uzun), iç. *H. L. A Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, (Ed. Sercan Gürler), İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015.
- Hart, H.L.A. *Hukuk, Özgürlük, Ahlak (Özgürlük)*, (Çev. Erol Öz), Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law (The Concept)*, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- İspir, Zeynep. "H.L.A. Hart'ın "Takdir" Metni Üzerine Bir İnceleme". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/1, 2020, 228-241.
- İspir Toprak, Zeynep. *H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Kalabalık, Halil. "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması (Takdir Yetkisi)". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2, 1997, 205-232.
- Kalabalık, Halil. "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi (Yargısal Denetimi)". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1, 1999, 172-211.
- Kara, Mustafa. "Kur'an'da 'Adâlet Kavramı ve Güncel Değeri". *OMÜİFD* 34, 2013, 137-172.
- Karahanogulları, Onur. "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi". *Mülkiye Dergisi* 35/270, 2013, 43-62.
- Kaya, Cemil. *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kaya, Seyithan. "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 21, 2022, 1-36.
- Keating, Gregory C. "Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the Rule of Law", *American Bar Foundation Research Journal* 12/2-3, 1987, 525-535.
- Kızılkaya Doğru, Ezgi. *Takdir Marjı Doktrini'nin İdari Yargıdaki Yansımaları*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024.
- Lyons, David. "Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation". *Law and Philosophy* 18/3, 1999, 297-310.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, C. I*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.
- Özkök, Gülriz. "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine". *AÜHFD* 51/2, 2002, 1-18.
- Seçkin vd. "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21/2, 2015, 509-534.
- Schauer, Frederick. "Hart Öncesi Pozitivizm". Çev. Muhammet Koçakgöl. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/1 (2021): 101-128.
- Surlu, Aydan Ömür. *H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Şahin Ceylan, Şule. *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kuramı (Hart)*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014.

- Şahin Ceylan, Şule. "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı (Hukuk Kavramı)", iç. *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyum, İstanbul Barosu-HFSA Bildiriler/1*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 79-86.
- Şirin, Kübra Memnune. "Kur'an-ı Kerim'de Adalet Kavramı". <http://www.kurav.com>. erişim 25.03.2018.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Tuncay, Aydın H. *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 14, Başbakanlık Basımevi, 1972.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Böyle Yazıldı, Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği" (Böyle Yazıldı). *Ankara Barosu Kurultayı-II* 2006, 560-574.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı (Hukuk Kuramı)*. İstanbul: Derin Yayınları, 2012.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları" (Hart-Dworkin). *Anayasa Yargısı Dergisi* 28, 2011, 71-81.
- Torun, Yıldırım. *Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesi'nde Adalet, Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Basınevi, 2022.
- Uygur, Gülriz. "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?". *AÜHFD* 52/3, 2003, 145-176.
- Uygur, Gülriz. "Hukukla Ahlakilik Arasındaki Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı". *HFSA* 11, 2005, 42-48.

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.