

KAMU YARARI KAVRAMI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Tekin Akıllıoğlu*

Kamu yararı, çok işlevli bir kavramdır. Devletin doğrulamasını yapmak için kullanılır. Kamusal işlerin hukuka uygunluğunu ölçmede kullanılır. Temel hakların sınırlandırılmasında başvurulan başlıca nedenlerden biridir. Yönetime uygulanan özel kuralların (yönetim hukukunun) uygulama alanını belirleyen bir ölçüttür. Yargıcın yetkilerinin belirlenmesinde (kendiliğinden kullandığı yetkilerin alanı bakımından) temel alınan bir kavramdır. Kısaca, kamu yararı bir faaliyete "devlet ya da kamu faaliyeti" niteliği kazandırır. Onun kamu hukukuna uygunluğunun bir ölçüsü olarak kabul edilir.

Bu denli yaygın kapsamına karşın kamu yararı kavramının "içeriği", "konusu" ya da "maddesi" belli değildir¹. Dolayısıyla tanımı bu açıdan değil "biçimi" açısından yapılabilmektedir. Bu noktadan hareketle kamu yararı kavramı, özü ya da içeriği önceden belli olmayan, buna karşılık biçimi aracılığıyla tanınan bir kavramdır, denebilir.

Bu belirsizlik, bir Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, kavramın çok işlevli olmasından kaynaklanır. Bu nedenle belli bir tanım yerine, her olayda somut koşullara göre belirleme söz konusudur. Bu özellik kavrama esneklik kazandırır. Her zaman kullanılmasını sağlar.

Bu durumda kamu yararının biçimsel tanımı önem kazanmaktadır. Bu, kısaca yasaların kamu yararına yönelik olduğu varsayımından ibarettir. Yasama organının her yasa ile kamu yararını amaçladığı varsayılır. Bu varsayımdan yönetim de yararlanır. Buna göre yönetimin her faaliyeti aksi kanıtlanmadıkça kamu yararındır.

Kavramın içeriğinin önceden belirlenememesini göz önünde tutan kimi yazarlar², kavramın bu nedenle bilimsel analize dayanıklı olmadığını, usdışı bir yapısı bulunduğunu öne sürmektedirler. Buna göre, kamu yararı çağdaş bir masaldır (mythe). Bu kavram devletin kutsanması, yüceltilmesi, dokunulmazlığı ve inanılabilirliği gibi amaçları gerçekleştirmek için günümüzümüzde de kullanılmaktadır. Başka bir anlatımla bilimsel içerikten yoksun bir kavram olan kamu yararı devletin kutsanması yoluyla iktidar pekiştirme aracı olarak işe yaradığı için varlığını sürdürebilmektedir.

* Prof. Dr. Tekin Akıllıoğlu Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesidir.

1. Bkz. L. Duran *İdare Hukuku*, İÜHF, 1982, s. 25 : Hocamız Kamu yararı kavramının "öznel" ve "bulanık" olduğuna dikkat çekmektedir.
2. Bkz. L. Nizard, "A propos de la notion de service public: mythes etatiques et representations sociales" *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Ed. Cujas, 1977, s. 91 vd. C. Wiener, "Service public ou autogestion: d'un mythe à l'autre?" *Service public et libertés. Mélanges R.-E. Charlier*, Paris, Éd. de l'Université, 1981, s.325 vd.

Burada bu kavramın daha çok siyaset bilimini ilgilendiren bu yönü üzerinde değil fakat anayasa ve yönetim hukuku bakımından işlevleri üzerinde durulacaktır.

1. Kamu yararı kavramının Anayasa düzenlemesindeki yeri

Anayasa'da kamu yararı; - yasa kavramının dayandığı bir genel varsayım, -ayrı başlık altında bir bölüm, -temel hakların sınırlandırılma nedenidir. Bu bağlamda ayrıca Anayasa'nın yaptığı "kamu yararı / toplum yararı" ayrımı da yer almaktadır.

a) Kamu yararı : yasanın dayandığı genel varsayım

1789 Devriminden sonra Fransız kamu hukukuna yerleşen³, daha sonra Türk kamu hukuku tarafından da benimsenen bu ilkeye göre "yasa, kamu yararadır." Bu yukarıda da belirtildiği gibi bir çeşit varsayımdır. Buna göre içeriği ne olursa olsun biçimsel olarak yasama organı tarafından (yönetime uygun olarak) yapılan her yasa kamu yararına uygunluk taşır. Dolayısıyla yasa altı faaliyetlerin kamu yararına uygunluğu yasaya uygunlukla eş anlamlıdır.

b) Kamu yararı : özel anayasal düzenleme

Anayasada öncekilerden farklı olarak "kamu yararı" adı altında ayrı bir düzenleme yapılmıştır. "Temel Haklar ve Ödevler" Kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" Bölümünün III. alt başlığı "Kamu yararı" adını taşımaktadır. Bu başlık altında (Kıyılardan yararlanma m.43), (Toprak mülkiyeti m.44), (Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması m.45), (Kamulaştırma m.46) ve (Devletleştirme m.47) yer almaktadır.

Bu, ilginç bir düzenlemedir. Zira burada kamu yararının içeriği yönünden belirlenmesi söz konusudur. Yukarıda belirtilen, kamu yararının biçimsel bir kavram olduğu yolundaki geleneksel kabule aykırı oluşturmaktadır. Bu düzenleme ile anayasa koyucu, anılan konularda getirilen ve öncelikle yasa koyucuyu bağlayan modeller ile kamu yararının içeriğini de belirlemektedir.

Düzenlemenin bir başka yanı da "Temel Haklar" kısmında yapılmış olmasıdır. Sosyal ve ekonomik haklar bağlamında böylece yeni bir hukuki ilişkiler dizgesi ile karşılaşmış olmaktadır.

Düzenlemenin yerine bakılırsa "Kıyılardan yararlanma" bir temel hak sayılmak gerekir. Ancak, bu açıkça belirtilmiş değildir. Anayasanın 43/2 maddesinde sadece "öncelikle kamu yararının göze(tilmesi)" öngörülmektedir. Dolayısıyla, kıyılardan yararlanmanın herkese tanınmış bir temel hak olup olmadığı da bu deyimden yorumuna bağlıdır.

Kimi görüşler bunun "kıyılarının ayrıksız olarak halka açılması" anlamına geldiği yolundadır. Anayasa Mahkemesi de buna yakın biçimde kıyılar "doğal niteliği itibariyle herkesin kullanımına açık bulundurulması gereken yerlerdir"⁴, demektedir. Yüksek Mahkemenin aynı kararda belirttiğine göre, kamu yararına öncelik tanınmasının, bundan başka,

3. Bu ilke İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer almıştır: "Kanun genel iradenin ifadesidir." (m.6)

4. Anayasa Mahkemesi, T. 25.2.1986, E. 1981/1, K. 1986/4, Resmi Gazete, 10.7.1986, Sayı 19160, S.5-25

"kıyılarda özel yapılanma izni verilmemesi" biçiminde bir sonucu daha vardır. Bu yaklaşım hangi davranışların kamu yararı, hangilerinin buna aykırı olduğunu Anayasaya bakarak belirleyen, dolayısıyla içeriği saptayan ya da kamu yararını konusu bakımından tanımlayan bir nitelik taşımaktadır.

Düzenlemenin bireyler bakımından temel hak olup olmadığına gelince, Anayasa kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirtmektedir (m.43/1). Bu nesnel ve genel bir hukuksal durumun belirtilmesi niteliğindedir. Kamu malları rejiminin bir hükmüdür. Dolayısıyla, bu kuralın "muhatapı" bireyler değil Devlet, (özellikle Yönetim)dir. Bireyler bu kuraldan doğrudan değil dolaylı biçimde yararlanmaktadır. Başka bir deyişle, kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmasının sonuçlarından birini "yararlanmada eşitlik ilkesinin gözetilmesi" oluşturmaktadır. Oysa, temel haklar doğrudan doğruya ilgililerin durumlarını düzenleyen kurallardır⁵.

Toprağın verimli kılınması, topraksız köylüye toprak verilmesi gibi önlemler demeti düzenleyen 44. madde için de benzer şeyler düşünülebilir. Burada bireylere sosyal haklar tanınmasından çok iktisadi açıdan zayıf bir toplum kesimi ile doğal kaynakların korunması amaçlanmaktadır. Başka bir anlatımla Devlete somut bir ödev yüklenmesi ve karşılığında erk sahibi kılınan öznelerin belirlenmesi söz konusu değildir. Yukarıdaki gibi burada da bireyler yasa koyucuya verilen yönerge doğrultusunda yapılacak düzenlemelerden dolaylı olarak yararlanma konumundadırlar.

Bununla birlikte Kamu Yararı başlığı altındaki düzenlemeler Temel Haklar kesiminde yer aldığından, bunların temel hak niteliğinde oldukları söylenebilecektir. Özellikle "anayasanın bağlayıcı" ilkesi bu ve benzer konularda destekleyici kural olarak öne sürülmektedir. Bu düzenlemelerde yasa koyucuya yön gösterilmesi bunları "ödev" biçimine dönüştürmediği gibi, bu hakların özneleri "kişiler" değil "kesimler"dir. Belli bir "zayıf kesimde" yer almak, yasa ile bir kamu hakkı tanınmadıkça, ilgiliye doğrudan doğruya isteme hakkı vermez. Bu durumda "anayasanın bağlayıcılığı"nın ne anlam taşıdığı sorulabilir. Buna kısaca, bu düzenlemeler ile anayasanın güttüğü amaçların ilgilileri anayasaya uygun yorum ve uygulama yapma yönünde bağladığı, biçiminde yanıt verilebilir⁶. Tarımın korunması (m.45) için de aynı şey söylenebilir. Buna karşılık (Kamulaştırma m.46) ve (Devletleştirme m.47) kurumlarının da aynı yerde düzenlenmiş olmasından, düzenlemenin amacının temel haklar değil, kamu yararının ne olduğu konusunda yasa koyucuya yol göstermek olduğu anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi kamulaştırma mülkiyet hakkının, devletleştirme de özel girişim özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin yetkileri düzenlemektedir.

Bu nedenle kamu yararı adlı kesimde, bazı yeni sosyal hakların düzenlendiğinden değil, kamu yararından öncelikle ne anlaşılmalı gerektiği konusunun ele alındığından söz edilmesi daha uygundur.

5. Bu görüşümüzün dayanağını "İdare Hukuku"nun eski kuramlarından biri oluşturmaktadır. Buna göre, genel ve kişisel olmayan durumlardan yararlananların konumu hak sahibine benzetilebilirse de gerçekte bunların yararlanmaları kamu hizmetlerinin gereklerine göre az ya da çok olabilir, değişebilir. Bu konuda değişmeyi önleme hakkı bulunmamaktadır. Bkz ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* 1960, 1. Cilt, s. 392 vd.

6. Bkz. Y. Sabuncu, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 7-8, 1985/86, Ankara, TODAİE, s.20

c) Kamu yararı : temel hakların sınırlandırılması

Kamu yararı, 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da sınırlama nedenleri arasında yer almaktadır. Şu farkla ki, kamu yararı 1961 Anayasasında sadece belli haklarda (mülkiyet m.36, kamulaştırma m.38, devletleştirme m.39 ve çalışma ve sözleşme hürriyeti m.40) özel sınırlama nedeni olarak öngörülmüş iken⁷ bu defa 1982 Anayasasının 13. maddesiyle bütün temel haklar için sınırlama nedeni sayılmıştır.

Bu değişiklik kamu yararını genel sınırlama nedeni haline getirmiştir. 1961 Anayasasında özel sınırlama nedeni olan kamu yararının bu nedenle içeriğinin belirlenmesi önemliydi. Bu defa anayasa koyucu bir bakıma biçimsel kamu yararı anlayışına dönmüş görünmektedir. Bu bakımdan, "kamu yararı nedeniyle sınırlandırılabilir" demekle "yasayla sınırlandırılabilir" demek arasında bir fark bulunmamaktadır.

Kısaca belirtmek gerekirse, özel güvence isteyen konularda kamu yararının konusal yaklaşımla ele alınması yerindedir. Buna karşılık genel ilke biçimsel yaklaşımdır. 1982 Anayasası temel hakların sınırlandırılmasında kamu yararına biçimsel olarak yaklaşmış, buna karşılık özel olarak korunması gereken kesimler bakımından konusal yaklaşımı benimsemiştir.

d) Kamu yararı / toplum yararı ayrımı

Her iki Anayasada da kamu yararı ile toplum yararı kavramları aralarında fark olduğunu düşündürecek biçimde kullanılmıştır. Mülkiyet hakkı "ancak kamu yararına kanunla sınırlandırılabilir" ve kullanılması "toplum yararına aykırı olamaz." (1961/36, 1982/35)

Ayrıca 1982 Anayasasının 165. maddesinde "Planda... yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir" denilmektedir. Bu da anayasa koyucunun iki kavramın farklı olduğu yaklaşımını benimsediğini göstermektedir.

İki kavramın bu biçimde kullanımı 1961 Anayasası zamanında bugün de sonuçlanmamış olan bir tartışma başlatmıştır. İki kavram birbirinden büsbütün farklı mıdır? Yoksa birbirini tamamlayan, aynı bağlamda yer alan iki kavram mı söz konusudur?

Kamu yararı ile toplum yararının farklı olduğunu öne süren çeşitli görüşler bulunmaktadır⁸. Kamu yararı dar anlamda kullanılırsa mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ve özüne yapılacak müdahalelerde bir ölçüdür. Geniş anlamda bütün toplumsal değerleri kucaklayan bir nitelik ve kapsam kazanabilir⁹. Kimi yazarlar da kamu yararının aslında iktidarı elinde tutanların çıkarlarını simgelediğini, buna karşılık toplum yararının ülkede yaşayanların ortak çıkarlarını yansıttığını öne sürmüştür¹⁰. Buna karşılık iki kavram

7. Bkz. F. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, Ankara, 1982, s. 56

8. Bkz. R. Keleş, "Kentleşme ve Kamu Yararı" *Ekonomi-Hukuk Kongresi*, 1975, S. 14-17.

9. Nitekim Anayasa Mahkemesi pek çok kararında kamu düzenini, toplum yararını, genel sağlığı kamu yararı kapsamında görmektedir. Bkz. ileride no 5.

10. Bkz. Ü. Doğanay, "Toplum ve Kamu Yararı kavramları", *Mimarlık Sayı 7*, Temmuz 1974 S. 5 vd. Aynı yazar, "Toprak Mülkiyeti ve İmar Hakkı Çelişkisi", *Yapı*, Mayıs-Haziran 1974, s.32 vd (Keleş, anılan yazıdan naklen)

arasında bu tür bir çelişkinin zorunlu olmadığı ve gerçeklere uymadığı, özde her iki kavramın da toplumun ortak çıkarlarını yansıttığı da öne sürülmüştür¹¹.

Kamu yararı kavramı yanında "toplum yararı", "ortak iyilik", "toplumsal refah/esenlik", "genel yarar" gibi çoğu birbirinin yerine kullanılan çeşitli kavramlar bulunmaktadır.

Bu kavramların ortak noktası, tümünün "bireysel çıkar" dan farklı, onun üstünde ve ya dışında bir yarar/çıkâr"ı ifade etmesidir. Dolayısıyla gerçek ayırım kamu yararı ile toplum yararı arasında değil, kamu yararı ile bireysel çıkar arasındadır, denebilir.

Ancak kamu yararı/bireysel çıkar farklılığı kadar ve belki daha fazla kamu yararı/toplum yararı ayrımı yapıldığı da bir gerçektir. Tarihsel gelişme bunu gösterdiği gibi anayasalarımız da bu ayrımı yapmış bulunmaktadır.

Kamu yararı ile bireysel çıkarın nasıl ve neden birbirinden farklı olduğunu anlamak görece olarak kolaydır. Çağdaş devletin tarihsel gelişimi birey/devlet ikilemi üzerine kuruludur. 19. yüzyıl kamu hukuku yazarlarının temel konusu birey ve kamu çıkarları arasındaki uzlaşma modelidir¹². Buna karşılık ikisi de birbirine benzeyen kamu yararı/toplum yararı ilişkisini açıklamak daha güçtür.

Bu konudaki görüşlerin çeşitliliği belli devlet kuramları çerçevesinde değerlendirme yapıldığı takdirde sadeliğe dönüştürebilir. Bunun için Batı'daki gelişmeye kısaca yer vermek yerindedir.

2. Kamu yararının Batı'daki evrimi¹³

Kamu yararı, 1789 Devrimi sonucunda o zamana kadar başat kavram olan "ortak iyilik"e (le Bien commun) tepki olarak ortaya çıkmıştır. 1789 siyasal düşüncesi, "kamu yararı" (l'intéret général) kavramının, ussal ve gerçekçi bir kavram olarak, usdışı ve kökeni doğaötesi olan "ortak iyilik" in yerini aldığını kabul ediyordu. Dolayısıyla kamu yararının ne olmadığı ortak iyilik'e bakılarak çıkarılabilir.

"Ortak iyilik" (le Bien commun) sanayi-ticaret toplumuna geçiş öncesi Avrupa toplumlarının siyasi tarihinin ortak temel kavramıdır. Bu kavram Yunan sivilizasyonundan Roma'ya, uzun Ortaçağ'a aynı özellikleri koruyarak geçmiş ve 1789 öncesi monarşileri beslemiştir.

Aristo, her varlığın mükemmeli aradığını, birey gibi toplumun da iyiliğe ulaşmak için çaba gösterdiğini, "iyiliğin" son amaç (cause finale) olduğunu, her varlığın kendisinden kaynaklandığını ve aynı zamanda aradığı bu özelliğin herşeyi kapsayan bir bütün oluşturduğunu öne sürmüştür.

11. Bkz. R. Keleş, aynı yazı, s.16 Ayrıca aynı yazar, "Kıyılar ve Toplum Yararı", Kıyılar Kollokyumu, 6-8 Aralık 1983, Trabzon (yayınlanmamış bildiri).

12. Bkz. Said, *Hukuku Siyasiye*, Dersaadet, 1326 (1910) s.7 "Efrad mı heyeti içtamaiyeye yoksa heyeti içtimaiye mi efrada hizmet etmelidir?" Böylece 19. yüzyılın moda sorusu bizde de ilk yeri almış oluyordu.

13. M.P. Deswarte, "Intéret général, Bien commun", *Revue du Droit Public*, 5-1988, s. 1289-1313.

Bu açıklamadan şu sonuçlar çıkarılabilir:

- Ortak iyilik ya da toplum yararı, bireysel yararların toplamından oluşur. İkisinin de niteliği ve özü aynıdır. Birine aykırı olan ötekine de aykırıdır.
- Birey, toplum ve devlet aynı yönü izler. (Toplum, bireylerden oluşur. Devlet de toplumun iktidarındır.)
- Toplum yararı, özel ya da genel her türlü faaliyetin varmak isteği bir ortak amaçtır.

Bu düşünce Roma kamu hukuku yapısına da egemen olmuştur. Ciceron, kamu hukuku ile özel hukukun ortak kavramının "toplum yararı" olduğunu savunmuştur.

Ortaçağ'da da Akinolu Toma (St. Thomas d'Aquin) toplum iyiliğinin birey ve toplumun ortak amacı olduğunu, ikisinin bir bütün oluşturduğunu savunuyordu. Buna göre, toplum iyiliği Tanrı iradesinin yeryüzündeki ifadesidir. Birey de toplum da Tanrı'da birleşir.

Fransız Devrimi ile ortaya çıkan anlayış, bu anlayıştan farklı olarak, kamu yararını "toplum sözleşmesi" ile ortaya konan hak ve yararların sonucu saymaktadır. Böylece devletten önce mevcut bir toplum yararı reddedildiği gibi herşeyden önce toplum yararı dünyasal, ussal ve anlaşılabilir bir değer ölçüsü haline getirilmiş olmaktadır.

Fransız Devrimi ile ortaya çıkan "genel yarar" (kamu yararı, toplum yararı da denilebiliyor) kavramının önemli bir yanı da bireysel yararların toplum yararı ile çelişebileceğinin kabul edilmesidir. Bireysel yarar toplum yararı ile aynı olmak zorunda değildir. Toplum yararı bireysel yararların toplamından ibaret değil kendi tözü olan ayrı bir şeydir. Dolayısıyla kendisini oluşturan yararlardan farklı bir yapıya sahiptir.

Bir başka önemli özellik de kamu yararının (genel yarar ya da toplum yararı) yasa koyucunun iradesi ile belirlenmesidir. 1789 Bildirgesinde ifade edildiği gibi haklar, kamu yararı amacıyla yasa ile sınırlandırılabilir. Kamu yararı yasa ile belirlenir. Yasa ya da kamu yararı üstündür.

3. Çağdaş kamu yararı kavramı

Günümüzde insanların, topluluk ve örgütlerin kendilerini oluşturan kişilerden farklı hedefler izleyebilecekleri, bu hedeflere varmak için izlenen politikaların birbirleriyle ve zaman içinde kendileriyle çelişebilecekleri artık kimseyi şaşırtmamaktadır. Kimi durumda kamu tüzel kişilerinin "kamu yararı" varsayımından yararlandıkları halde aynı konuda farklı kararlara vararak birbirleriyle anlaşmazlığa düştükleri de bir gerçektir¹⁴.

Öte yandan kamu yararı kamusal işlerin genel ölçüsü olmaktan da çıkmıştır, kamu düzeni, milli güvenlik, milli savunma, kamu düzeni, genel sağlık gibi kavramlar da kul-

14. Örneğin, imar planında "idari merkez sahası" olarak ayrılan yere Tekel Genel Müdürlüğü hizmet binası, Belediye ise hükümet binası yapılmasını istediklerinden anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Bkz. Danıştay, 6. Daire, T. 11.12.1984, E.1984/727, K. 1984/3209, *Danıştay Dergisi*, Sayı 58-59, 1985, s.201-203

lanılmaktadır. Bunları kamu yararından veya toplum yararından ayıran şeyin ne olduğu sorulabilir. Bu soruya tümünün kamu yararı kavramı olduğu, ancak alan ayrımı yapıldığı biçiminde yanıt verilebilir.

Ayrıca bütün bu kavramların ortak özelliğinin "planlama" olduğu da söylenebilir. Bu önemli bir gelişmedir. Yakın zamana kadar kamu yararının değişmezliği, sürekliliği ve tekliği kabul edilirken, bir planlama terimi olarak kamu yararının her yıl gözden geçirilerek sürekli düzeltme yapılan, elde edilen sonuçlara göre içeriği değişebilen ve her zaman birden çok seçenekten oluşan¹⁵ bir kavram olduğunu düşünmek güçtü.

Sosyal bilimlerde özellikle yönetim biliminde ortaya çıkan bu değişimler kamu hukukunu da değişime sürüklemiş bulunmaktadır. Bu, anayasa ve yönetim hukukları alanında kuvvetle hissedilen bir zorlamadır. Önce anayasa alanına değinelim.

4. Anayasa Hukuku ve kamu yararı

Burada iki soruna yer verilecektir: "yerine geçme yasağı" ve planlama/öngörme faaliyetlerinin zorunlu kıldığı "ekonomik hukuk" anlayışı

a) Yerine geçme yasağı

Bilindiği gibi anayasa yargısı kamu yararına uygun olmayan yasama işlemlerini ortadan kaldırmaya yetkilidir. Kamu yararını belirleme gücü yasama organına ait olduğuna göre Anayasa Mahkemesi yasanın kamu yararına olmadığı sonucuna vardığı takdirde yasama organının yerine geçmiş olmaz mı? Bu sorunun yanıtları olmakla birlikte bugüne kadar doyurucu bir yanıt verilememiştir. Pek çok ülkede bir anayasa yargısı olmaması nedenlerinin başında bu nokta gelmektedir. Bizde Anayasa gerek yönetim yargısına (m.125/3) gerekse anayasa yargısına (m.153/2) ilişkin olarak yerine geçme yasağı getirmiş bulunmaktadır.

Bununla birlikte yüksek mahkemelerin kamu yararı ölçütü kullanmaları onları ister istemez bir dereceye kadar kamu yararının belirleyicisi yapmaktadır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurguladığı gibi yönetim üzerinde yargı denetiminin yapılabilmesi yasa koyucunun yönetime takdir yetkisi tanıdığı durumlarda bu yetkinin sınırlarını da çizmiş olmasına bağlıdır¹⁶. Bu yaklaşıma göre, yargı yerleri denetimlerini yasa ile belli ölçütlere göre yapacaklarından yerine geçme sakıncası söz konusu değildir. Ancak bu yaklaşım Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetimin "yerine geçme" sayılıp sayılmayacağı konusunda yeterli değildir. Zira, Yüksek Mahkeme Anayasanın öngördüğü kamu yararının ne olduğunu yorumlamak gibi son derecede soyut ve belirsiz bir yetki kullanmaktadır¹⁷.

15. Bkz. İ. Tekeli, "Planlama Basamakları ve Türleri Arasındaki İç İlişkiler ve Planlama Örgütlenmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Mart 1970, S.32-68

16. Anayasa Mahkemesi, T. 23,24 ve 25.10.1969, E. 1967/57, AMKD Sayı 8.(1971), s. 41 "... tanıdığı takdir yetkisinin sınırlarını kişisel amaçlara yönelen uygulamaları önleyecek biçimde belirtmesi zorunluğuna oraya çıkmaktadır."

17. Yorum konusundaki güncel sorunlar için bkz. B. Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi-Karşılaştırmalı Analizinin Katkıları" *Anayasa Yargısı*, Ankara 1986, s.182 "Ancak Anayasa, denetim organının yorumladığı anayasadır"...

b) "Ekonomik Hukuk" anlayışı

Anayasaların (1961 ve 1982) devlete ekonomik ve toplumsal görevler yüklediği düşünülürse, bizde kamu hizmetinin toplumsal ilişkiler alanının tümünü kapsayıcı bir nitelik taşıdığı söylenebilir¹⁸. Başka bir deyimle devlet herşeyi gözetmek, desteklemek ya da yönetmek durumundadır. Buna planlama/öngörme de eklenmelidir. Anayasaya göre ülkenin "ekonomik, sosyal ve kültürel" kalkınması plana bağlanacak ve bu yolla kaynakların "verimli şekilde kullanılması sağlanacaktır.(m. 166/1)

Bu anlatım plan ve yıllık programların "kamu yararını"ni simgeyen belgeler olduğunu göstermektedir. Plan, Anayasanın anlatımına göre kamu yararı ile toplum yararının bir arada yer aldığı bir işlemdir. Başka bir deyimle planda ve buna bağlı olarak yapılan öteki işlemlerde kamu kuruluşları için olduğu kadar özel hukuk özneleri içinde geçerli ya da etkisi olan amaçlar sıralanmaktadır.

Bu kapsayıcılık nedeniyle planlama belgelerinin hukuksal niteliklerinin belirlenmesi güçtür. Plan kamu kesimi için bağlayıcı, özel kesim için yol göstericidir. Doğrudan doğruya yargı denetimine konu olmamakla birlikte yönetimin denetiminde ölçü olarak başvurulmaktadır (referans norm)¹⁹

Planlama ve öngörme faaliyetlerinin yeni ve kendine özgü yapısı nedeniyle, yeni bir hukuk anlayışı içinde (ekonomik hukuk) ele alınması gereği savunulmaktadır. Ekonomik hukukun temel özelliklerinden biri de kamu hukuku/özel hukuk ayrımının dışına veya üzerine çıkmış olmasıdır²⁰. Buna karşılık Anayasa'da ekonomik konularda da kamu/özel ayrımının gözetildiği açıktır.

Bir bakıma Anayasanın kamu yararı/toplum yararı ayrımını da kamu hukuku/özel hukuk ayrımına koşut biçimde düzenlediği düşünülebilir. Gerçekten, (Kamulaştırma m.46), (Devletleştirme m.47) ve (Planlama m.166) kuralları bu ayrıma uygun görünmektedir. Kamulaştırma ve devletleştirmede özel hukuk alanından kamu hukukuna geçişi belirleyici olarak kamu yararı kavramının kullanıldığı, planlamada özel kesim yatırımlarının düzenlenmesinde ölçüt olarak ise toplum yararı kavramına yer verildiği dikkat çekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarının bu ayrımı doğruladığı söylenemez.

5. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre kamu yararı

1) Genel ve kapsayıcı bir kavramdır:

-Kamu yararı, "kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak," anlamına gelir, Anayasaya göre bu, Devletin başta gelen ödevidir. T.5.4.1977, E. 1977/1, K.1977/20, AMKD 15, s. 253-264. (Karar, haşhaş ekicilerinin ekonomik çıkarları ile genel sağlık ilişkisi üzerinde durmaktadır.)

18. Bkz. Tan, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, Ankara, TODAİE- 1976, S. 5-26.

19. Aynı yerde ,s 249 vd.

20. Bu konudaki görüşler için bkz. T. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara, TODAİE, 1984, s. 3vd.

- Seçim güvenliği, kamu düzeni ve hatta kamu yararı kavramları içinde düşünülür. T. 15.9.1964, E. 1963/339, K. 1964/61, AMKD 2, s. 216-227 (Kamu görevlilerinin belediye seçimlerinde görevli buldukları beldeden aday olabilmek için istifa etmeleri zorunluluğu.)

- Kamu yararı, toplum yararadır. "Ceza verme hakkının esasını adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Kamu yararının takdiri ise yasama organının yetkisindedir. Ne var ki bu organ kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişi haklarının özüne de dokunamaz". T. 29.4.1980, E.1979/37, K.1980/26, Resmi Gazete 23.8.1980 (Hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevirilmesi)

- Kamu düzeni, kamu yararadır. "Vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık yaratılmasının önlenmesi, milli huzurun bozulmaması, kamu yararadır. Bu, toplum hayatını zarardan korumayı ve güvenliği sağlamayı amaçlar. " T. 8.4.1963, E. 1963/16. K.1963/83, AMKD 1, s.194-210. (27 Mayıs Devriminin zedeleyebilecek nitelikteki eylemlerin yasaklanması)

- "Siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olması, onların çalışmalarını kamu yararı kılar. " T. 18-19.2.1969, E.1968/26, K, 1969/14, AMKD 7, s. 244-268.

2) Kamu yararı, toplum yararı ile uyumludur

"Sosyal düzen ve toplum yararı amacıyla bir anayasal ilkeye ayırık getirilmesi kamu yararınadır." T. 21.9.1966, E,1966/14, K.1966/36, AMKD 4, s.246-253 (Kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan araçların zoralımı)

- "Ekonomik ve sosyal dengeyi sağlamak gibi haklı nedenlere dayanan çalışma hakkı sınırlamaları, mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmaması anlamına gelmez, zira sınırlama kamu yararadır." T.26-27.9.1967, E. 1963/336, K. 1967/29, AMKD 6, S.6-47(Lo-kavt hakkı tanınması).

3) Kamu hizmeti, kamu yararadır

- "Toprak dağıtımı, kamu hizmetidir, kamu yararadır." T.2.6.1964, E.1964/13, K.1964/13, AMKD 2, s. 150-155

- "Anayasanın 130. maddesiyle Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu açıklanan doğal zenginlikler ve kaynakların aranması ve işletilmesinin ilke olarak Devlet görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri "kamu hizmeti" niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır." T.21.6.1979, E. 1979/1, K.1979/30, AMKD 17, s. 216-265

- "Kamu hizmetinin gerekleri, kamu yararı gereğidir." T.12.10.1976, E.1976/38, K. 1976/46, AMKD 14, s. 252-286 (Kamulaştırma bedelinin saptanmasında vergi değerinin aşılması)

4) Kamu yararı, sınırlama nedenidir:

- "Kamu yararı nedeniyle özel hayatın gizliliğine dokunulabilir" T.26-27.9.1967, E.1963/336, K.1967/29, AMKD 6, s.6-47 (Sendika yöneticilerinin mal bildirim yükümü)

- "Kamu yararı amacıyla olsa da bir hakkın özüne dokunulamaz." T.26.3.1963, E.1963/3, K.1963/67, AMKD 1,s.147-160 (Kira paralarının dondurulması)

- "Yasa koyucu kamu yararının gerektirdiği önlemleri bulmak zorundadır".T.25.4.1974, E.1973/41, K.1974/13, AMKD 12,s.145-169 (Saldırgan sarhoşluğun hekim bulunmayan yerde yardımcı sağlık personeli tarafından belirlenmesi)

- "Kamu yararına dayanılarak ayırım yapılması eşitlik ilkesini zedelemeyiz." T.26.12.1968, E.1968/9, K.1968/67, AMKD 6 s.355-362 (T. Eml. Kredi ve Vakıflar Bankalarının yapılacak kovuşturma işlemlerine ayrıcalık tanınması)

- "Önemli bir toplumsal işlevi yerine getirecek kimselerde yasal koşullar aranması kamu yararındır." T.20.12.1977, E. 1977/121, K.1977/142, AMKD 5,s.637-649 (Avukat ve dava vekili olmayanların çalışmaması)

5) Kamu yararı; toplum yararındır, üstündür, değişkendir:

- "Yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği yarara ağır basması durumunda kamu yararının varlığı kabul edilmelidir." T.8.2.1979, E. 1978/54, K.1979/9, AMKD 17, S.56-71 (Bayramlarda gazete çıkarılmasının yasaklanması)

- "Mülkiyet toplumsal yarara dayanır, ancak toplum yararı ölçüsünde var olabilir" T.7.4.1970, E.1969/69, K.1970/18, AMKD 8, s.225-229 (Malikin yararlanmasına engel olmamak koşuluyla taşınmazlar üzerinde telgraf ve telefon tesisleri kurulması)

- "Kamu yararı genel düşüncedir. Yalnızca özel çıkarlar ya da belli kişilerin yararı için yasa konulamaz." T.22.6.1972, E.1972/14, K.1972/34, AMKD 10, s.478-494 (Mersin Limanının TCDD tekelinden çıkarılması)

- "Kamu yararı zaman içinde değişebilir, ortadan kalkabilir." (aynı karar.)

6) Kamu yararı ve Yönetim Hukuku

Kamu yararı yönetim hukukunun alanında işlevsel bir kavramdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, kamu yararı, yasanın oluşumunda belirleyici bir kavram olduğu kadar uygulanmasında da belirleyicidir.

Yönetsel yargıda yerleşik anlayışa göre, "her yönetsel işlemin bir amacı vardır. O da kamu yararındır"²¹. Yasada işlemin amacı açıkça gösterilmiş olabilir. Bu takdirde "özel amaç"tan söz edilir. Özel amaç, yasa tarafından tanımlanmış kamu yararındır. Çoğu zaman bu tanımlama ya da belirleme işi yönetime bırakılmıştır, bu yönetim hukukunun temel kavramlarından biri olan "takdir yetkisi"dir.

Kimi yazarlar, yönetimle takdir yetkisini özdeş saymaktadır²². Bu yönetimin yasa uygulamasında "yenilik doğurucu" bir yetkidir. Yargı ile yönetimin ayrıldığı temel nokta-

21. A. Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı* 1983, s.183

22. Bkz. E. Forsthoff, *Traite de Droit Administratif Allemande* (trad. par M. Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, s.142-143.

lardan biri olarak kabul edilmektedir. Geleneksel yaklaşım, "takdir yetkisi"nin denetiminin en az düzeyde yapılabileceğini kabul ediyordu. Buna göre, "açık hata" ya da "kişisel amaç güdülmesi" durumlarında takdir yetkisinin hukuka aykırılığından söz edilebilir. Ancak zamanla denetim ölçütleri geliştirilerek "normal" denetime ulaşılmıştır.

Yönetimin ekonomik alanlarda "esnek" ya da "belirsiz" yetkiler kullanması, bu işlemler üzerindeki yargı denetimini güçleştirmişti²³. Bir bakıma ekonomik yönetim işlemlerinde, takdir yetkisinin ancak açık hata ve yetki saptırması nedenleriyle denetlenmesi gibi bir asgari denetim geçerlidir.

Takdir yetkisi denetiminin güç olduğu alan sadece ekonomik yönetim alanı değildir. "Gökova Kararı"nda²⁴ görüldüğü gibi çevre sorunlarına ilişkin yanları olan ekonomik kararların denetim güçlüğüne çevre hukukunun belirsizlikleri de eklenmektedir.

Kuşkusuz bu konuda Anayasanın getirdiği bir güçlük de göz ardı edilmemelidir. Anayasanın (m.125/4), yargı kararları ile "yürütmenin engellenmemesi", "yönetim yerine geçilmemesi" ve "takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı (verilmemesi)" yolundaki buyruğu, takdir yetkisinin denetlenmezliği biçimindeki yaklaşıma dönüş anlamındadır.

Bu kuralın çağdaş gelişmelere uygun olduğu söylenemez. Günümüzde yönetimin kapalılığı, karmaşıklığı nedeniyle yaptıklarını anlamak giderek olanaksız hale gelmekteyken, yargıca Anayasa ile denetim sınırı getirmek olumlu bir yaklaşım değildir. Bu yaklaşım, Danıştay'ın çeşitli kararları ile etkisini yapmaya başlamıştır.

Danıştay, "takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceğini" belirirken, kimi kararlarında, "aksi takdirde yerindelik denetimine yol açılacağı" biçiminde bir endişe ifade etmektedir²⁵.

Böylece takdir yetkisi kavramının yanı sıra "yerindelik" kavramı da ortaya çıkıyor. Ancak takdir yetkisinin pek çok işlevi ve bağlı bulunduğu hukuksal düzen bilindiği halde "yerindelik" sadece denetim yapılamayacağını belirten bir olumsuz kavramdır. Başka bir anlatımla yerindelik, uygulama alanı ve pozitif hukuktaki dayanağı bilinmeyen, sadece yargı yerinin kendi kendisine koyduğu bir sınır olan içeriksiz bir kavramdır.

Gerçekten, takdir yetkisinin yanında bir de yerindelik kavramına yer verilirse, kamu yararının, gerçekleştirme yöntemlerinin takdir yetkisi ve yerindelik olmak üzere iki tür olduğunu kabul etmek zorunludur. Takdir yetkisi hukuki sınırları, çerçevesi olan ve herhalde denetlenebilen bir kavram olduğu halde, denetim dışı olduğundan hukuksal çerçevesi olmayan yerindelik'in "hukuka yabancı" ya da "hukuk dışı" bir kavram olduğu sonucuna varmak gerekecektir. Böylece yönetimin faaliyetlerini hukuk çerçevesine alınabilenler/alınama-

23 Bkz. T. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s.236

24 Bkz T.Akıllıoğlu, "Gökova Kararı Üzerine Gözlemler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 3, Eylül 1986, s. 157-161

25 Bkz T. Akıllıoğlu, "Danıştay Kararları Üzerine Gözlemler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, Mart 1988, s.199.

yanlar biçiminde ikiye ayırmak zorunluluğu ile karşılaşılır. Bunun, yönetime sınırsız yetki tanımak olduğu açıktır.

SONUÇ:

Kamu yararı kavramına ilişkin görüşlerin devlet kuramları açısından değerlendirilmesini yapmak gerekirse, tarihsel gelişme, mutlak toplum iktidarlarının ve monarşilerin iktidarı, tek ve değişmez bir toplumsal iyilik kavramı ile doğruluklarını göstermektedir. Bu kavram doğaüstü ya da dinsel kökenlidir. Dolayısıyla, çağdaş kamu yararını değişken ve ussal oluşu ile demokratik yönetim arasında nedensellik bağı olduğu söylenebilir.

Günümüzde kamu yararının temel özelliği "tartışılmaz" değil aksine "tartışılabilir" olmasıdır. Ancak tartışma, kavramın değer kavramı olmaktan çıkıp veri haline dönüşmesine yol açmıştır. Bu durumda iktidarın, toplumun ve Devletin amaçlarının, dayandıkları değer kavramlarının yeniden gözden geçirilmesi zorunlu hale gelmiştir.

Ankara, Ekim 1989