

DANIŞTAY KARARLARINA GÖRE UYGULAMADA TEMEL HAKLAR (2)

Doç. Dr. Tekin AKILLIOĞLU

1. Yasallık ilkesi : Yasaya açıkça aykırı düzenleyici işlemin ihmali. 2. Yasallık ilkesi : Statüden doğan hakların kaldırılması. Anayasal kuralların ilgiliye sağladığı koruma. 3. Özel girişim özgürlüğünün sınırlandırılması. Kamu yararı. Anayasaya aykırı olmadığı saptanan yasanın durumu. 4. Özel girişim özgürlüğü : Kâr sağlama hakkı. Hak ve nasafet. 5. Eşitlik ilkesi : Benzer duruma örnek gösterilen durumun hukuka uygun bulunma gereği. 6. Yönetimin söz vermesi. İnceleme ilkesi. Yönetimin kusuru. 7. Suçlunun kişilik hakkı. Hizmet dışı eylem. Görev. 8. Konut edinme hakkına ilişkin anayasal kuralın doğrudan uygulanır nitelikte olmadığı. 9. Gerekçe ilkesi : Gerekçenin gösterilmemiş olması kendiliğinden iptal nedeni değildir. 10. Siyasal haklar : Siyasal partilere üye olma hakkı. Çalışma hakkı. Yansızlık. 11. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması. Kamu yararı. Genel düzenleme yetkisi. 12. Ekonomik kamu düzeni. Kur farkına el konması. Mali yüküm ve eşitlik. 13. Eşitlik ilkesi : Estetik ve çirkinlik. Yürürlükteki kuralın istisnaya yer verme zorunluğu.

Bilindiği gibi temel hak ve özgürlükler, genellikle Anayasa Hukuku düzeyinde ve bu bilim dalının bir alanı olarak ele alınmaktadır. Temel haklar, Anayasa düzeyinde olduğu gibi, yargılama hukuku bakımından yönetim hukuku bakımından ve çeşitlik özel hukuk alanlarındaki uygulamaları bakımından da ele alınabilirler. Bu yazıda temel hakların yönetim hukuku bakımından ele alınması ve özellikle uygulamada yargı kararları açısından sergilenmesi söz konusudur. Örnek alınan kararlar Danıştay Dergilerinden seçilmiş dolayısıyla yayınlan-

miş ve bilinen kararlardır. Bu kararlar, kısaca anlatılarak sadece temel hak uygulaması olarak nasıl bir ilkeye yer verdiği saptanmıştır. Kuşkusuz geniş ve ayrıntılı bir yoruma gereksinme gösteren bu iş daha başka bağlamlarda ele alınmalıdır. Bu yazıda yapılmak istenen bir önceki yazıda olduğu gibi,* genel bir kurama bağlı olmaksızın sadece yargı kararlarına dayanarak uygulamayı tasvir etmektir.

1. Yasallık ilkesi. Yasaya açıkça aykırı düzenleyici işlemin ihmali.

Bilindiği gibi yasallık ilkesi hukuk kurallarının üstünlük sıralanmasına göre uygulanmalarını öngörür. Buna göre en alt düzeydeki kural önce uygulanır. Bireysel işlemin iptali için açılan davada, bu işlemin dayanağını oluşturan düzenleyici işlemin de iptali istenmişse yorum nasıl yapılır? Danıştayımızın bu konuda çeşitli yorumları bulunmaktadır. Kimi durumlarda bireysel işlemin geriye yürür biçimde uygulanışının hukuka aykırı olduğu öne sürülmekle birlikte bunun dayanağı olan düzenleyici işlem dava konusu edilmediğinden Danıştay bu iddiayı davanın genişletilmesi yasağı içinde görmektedir. Bu davada ise, bu konuda bir ayırım yapmış görünmektedir. Kararda, dava edilmediği halde düzenleyici işlem yasaya açıkça aykırı görülüyorsa, davanın çözümünde ihmal edilebileceği varsayımı kabul edilmektedir;

“İdare memurları, kanunları, yetkili mercilerin görüş ve anlayışına uygun olarak düzenleyici tasarruf olarak müşahhaslaşan iradeleri dairesinde uygulamaya mecburdurlar. Bu düzenleyici tasarrufların, kanuna aykırılığı iddiası, bu tasarrufların iptali dileğiyle usulüne uygun şekilde Danıştayda açılacak bir davada ileri sürülebilir ve iddia ancak böyle bir dava zımında Danıştayça incelenebilir. **Düzenleyici tasarrufun, bir kanunla açıkça çatışacak şekilde hüküm sevk edilmiş olmadıkça buna müstenid işlemin iptali dileğiyle açılan davanın çözümünde, ihmali mümkün olamaz.**”¹

Bu yorum asıl olarak yargıcın hukuk kurallarını uygulamasına getirilmiş olmakla birlikte, (kuşkusuz davacı açısından davanın genişletilmesi yasağını da ilgilendirmektedir),^{1a} yöneticiler bakımından da ele alınabilir. Gerçekten öğretilde belirtildiği gibi, yöneticilerin yasalara saygılı uygulama yapma ödevi kapsamı içinde açıkça bir üst düzey kuralına aykırı olan hükümleri uygulamama yükümü bulunmaktadır.

* İlk yazı Amme İdaresi Dergisinin, cilt 16, sayı 3, Eylül 1983 sayısında aynı başlık altında yayınlanmıştır.

¹ Danıştay, DDK, 4.6.1971, E. 1970 10004, K. 1971 608, DD sayı 5, 1972, s. 135.

^{1a} Danıştay, 12. D., 31.10.1968, E. 1968/720, K. 1968/1992, AİL, cilt 6, sayı 4, Aralık 1973, s. 138.

Bu konu yargıcın uygulamasından farklı olarak, hiyerarşi ilkesi içinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anayasalarımızda da yer alan bu kurala göre, yasaya açıkça aykırı buyruk ancak üstün yazılı buyruğu biçiminde yinelenirse uygulanmak zorundadır. Konusu suç oluşturan buyrukların uygulanmama zorunluluğu asıldır.

2. Yasallık ilkesi. Statüden doğan hakların kaldırılması. Anayasal kuralların ilgiliye sağladığı koruma.

Özellikle son on yıl içinde yönetimin başvurduğu yollardan biri de işçi statüsünde çalışanların müstahdem ya da memur statüsüne alınmasıdır. Danıştay statü değişikliği olarak gördüğü bu işlemin yasada açık engelleyici kural olmaması halinde hukuka uygun olduğu sonucuna varmakta ve işçilere ilişkin anayasal koruma hükümlerinin bu statü değişikliği nedeniyle zedelenmesi iddiasını Anayasaya aykırılık iddiası olarak kabul etmemektedir.

Bu kabulü yasallık ilkesinin önceliği ile açıklamak mümkündür. Gerçekten, buna göre Anayasaya aykırı hüküm ihtiva etmeyen statülerden birini uygulama yönetimin takdir yetkisine bırakılmış ise de bu uygulama yasanın uygulanmasından ibarettir. Anayasaya aykırılık sorunu ortaya çıkmaz. Zira aslolan yasallık ilkesidir. Bir başka ilke de ilgililerin statünün devamını isteme hakları olmamasıdır. Belli kişi için öngörülmemiş nesnel ve gayri şahsi hukuki durumlar anlamına gelen statüler kamu yararı gereksinimleri karşısında değiştirilebilirler. Bireylerin bu değişikliklere karşı çıkma hakkı bulunmamaktadır. Statü değişikliğinden dolayı kusura dayanmayan zarar söz konusu ise bu yargı yerlerine başvurularak istenebilir. Anayasal koruma hükümleri arasındaki farklılıklar da değişmeye karşı öne sürülebilecek nitelik taşımazlar. Bir başka açıdan da, bir statünün ötekine göre farklı oluşu kendiliğinden Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Başka deyişle Anayasaya aykırılık asıl olarak bir mevzuat kuralı ile Anayasa hükmü arasındaki aykırılık anlamını taşır. Buna karşılık iki mevzuat arasındaki birbiri-nin aksi hükümler kendiliğinden Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Bu açıklamalardan sonra kararın konusuna dönmek gerekirse Adıyaman belediye meclisi toplu iş sözleşmesi kapsamına giren itfaiye, temizlik, bayındırlık gibi işlerde çalışan personelin (D) cetvelinde kadroya alınmasına, bunların işçi niteliğinin kaldırılarak sosyal sigortalarla ilişkilerinin kesilmesine ve emekli sandığı kapsamına alınmalarına yol açan bir karar almıştır.

Belediyenin açıklamasına göre mali olanakların yetersizliği nedeniyle işçi sayısında azaltma yapma gereksinmesi ortaya çıkmıştır. Bu

amaçla İş Kanununun öngördüğü usullerle iş akdi feshedilmiştir. Durum tamamen yasalara uygundur.

Danıştaya göre de “Belediyelerin yürütmekle görevli oldukları hizmetlerde çalıştıracakları personelin **çalışma statülerini belirten ve sınırlayan hükümler ancak belli hizmetler içindir. İptali istenen belediye meclisi kararında sözü edilen; itfaiye, temizlik, bayındırlık, mezbaha, elektrik şebeke, içme suyu, elektrik santrali işlerinin işçi statüsündeki personel eliyle yürütüleceğini amir bir hüküm mevzuatımızda yer almamıştır.** Belediyeler bu hizmetleri yürütecek personelin statüsünü beldenin koşul ve olanaklarına göre belirler ve kamu hizmetinin en iyi şekilde hangi tip personelle yürütülmesi gerekiyorsa o tip bir personel statüsü içinde personel istihdam edebilirler. **Bu istihdam biçiminin değişikliğinde hakları haleldar olanların kanuni yollara başvurarak haklarını almaları her zaman mümkündür.**”²

Kararın bu gerekçesi doyurucu olmaktan uzaktır. Nitekim azlık oyunda, yönetimin kamu hizmetlerini en iyi yürütecek önlemleri almasının doğal olmakla birlikte, bu yetkinin anayasal hakları kaldırma amacıyla kullanılamayacağı gerekçesinin öne sürülmüş olması dikkat çekmektedir. Azlık oyu özetle işlemin “maksat unsuru” bakımından hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır.

Bu görüşe karşı öne sürülebilecek gerekçeleri karara değinmeden önce sıralamıştık. Bu defa karşı oyla birlikte bir değerlendirme yapmak yerindedir.

Gerçekten Danıştay kararında yer alan gerekçeler kolaylıkla çürütülebilir nitelikte görünmektedirler. Bu gerekçeler üç nedene indirgenebilir. **Birinci neden**, mevzuatımızda memur eliyle yürütülmek zorunluğu bulunan hizmetler (kamu hizmetleri) yer aldığı halde işçi eliyle yürütülmesi gerekli veya zorunlu hizmetler diye bir kesim bulunmamaktadır, biçiminde ifade edilmiştir. Kısaca işçi çalıştırma zorunluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapılan işlem hukuka aykırı değildir. Oysa memur eliyle görülmesi zorunlu hizmetler bulunduğu göre, bu zorunluk belli sınırların varlığını da kendilğinden içerir. Bu sınırların takdiri biçimde genişletilmesi hak kaybına yol açıyorsa hukuka aykırılık nedeni oluşturabilmelidir. Bununla birlikte yeni Anayasanın memur tanımına getirmiş olduğu esneklik bu konuyu belirsiz ya da tamamen takdiri bir niteliğe dönüştürmüş bulunmaktadır. **İkinci neden**, işlemin amaca veya kamu yararına uygunluğunun açıklanmasıdır. Burada dikkat çeken husus beldenin mali olanaklarıdır. Kararın bakış

² Danıştay, DDK, 8.10.1971, E. 1970. 340, K. 1971, 828, DD sayı 6-7, 1972. s. 169-171.

açısı, statü değişikliği ile sadece mali sonuçlar değiştirilmiş olmaktadır, biçiminde özetlenebilir. Azlık oyununda ise bunun yanında toplu sözleşme, grev, sendika, sosyal ve ekonomik hakların da kaldırılmış olmasına dikkat çekilmektedir. Nihayet **üçüncü nedeni**, mali olanaklarda oluşan daralmanın toplu sözleşme ile öngörülen süreden önce meydana gelişinden doğan zararın yargı yerine başvurma ile karşılanması oluşturmaktadır. Kısaca tazminat ile hukuka uygunluğun sağlanacağı öngörülmektedir. Bu gerekçenin kabulü halinde iptal davası ile elde edilebilecek sonuçların tam yargı ile karşılanabileceği sonucuna varılabilir ki, yönetsel yargı anlayışımızın buna uygun olmadığını açıklamaya gerek yoktur.

Bununla birlikte bu anlaşmazlığın çözümünde, yasallık ilkesinin önceliği ve sözü edilen Anayasa kurallarının doğrudan uygulanmaya olanaklı olup olmadıkları sorunu tartışılabilir nitelikte görünmektedir.

3. Özel girişim özgürlüğünün sınırlandırılması. Kamu yararı. Anayasaya aykırı olmadığı saptanan yasanın durumu.

Danıştayımız bu kararında özel girişim özgürlüğünün ülke yararı gereksinmelerine uygun olduğu ölçüde bu niteliği taşıdığına ve sınırlandırma için kamu yararı gereksinmesinin yeterli olduğu sonucuna varmaktadır. Bu karara ilişkin olarak kanunsözcüsünün görüşü dikkat çekicidir. Buna göre daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı olmadığı belirtilen bir yasa hükümlerine uygun olarak çıkartılan tüzüklerin kendiliğinden Anayasaya aykırı sayılmayacakları görüşü savunulmaktadır. Bu görüşe kararda yer verilmiş olmamakla birlikte, özellikle yeni Anayasa kuralı karşısında oluşan duruma değinmek yerindedir.

Davada Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulan bakır standartlarının ticaret serbestliğini daraltan sonuçlar getirdiği, Bakanlar Kuruluna bu tür sınırlamalar yetkisi veren yasanın Anayasaya aykırı olduğu öne sürülmektedir. Kararda Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi görülmediği belirtilerek, standartın kamu yararı olduğu sonucuna varılmaktadır.³

Kanunsözcüsünün görüşü yukarıda da belirttiğimiz gibi Anayasaya aykırı olmadığı belli olan bir yasaya dayanan Tüzüğün de Anayasaya uygun olduğu varsayımdır. Bu görüşe katılmak olanaksızdır. Zira Anayasa Mahkemesinin kanunun Anayasaya aykırı olmadığı yolundaki yorumu iptal kararının aksine göreceli nitelik taşır. Aykırılık

³ Danıştay, DDK, 17.9.1971, E. 1965, 456, K. 1971, 770,DD sayı 6-7, s. 190.

başka bağlamlarda ve nedenlere bağlı olarak her zaman öne sürülebilir veya göz önünde tutulabilir. Ne var ki yeni Anayasa aykırılık itirazının reddedilmesi halinde bunun 10 yıl içinde yeniden öne sürülmesini yasaklamış bulunmaktadır. Bu kuralın Anayasa Mahkemesi önüne götürülememe yönüyle mutlak olduğu fakat her halde öteki yargı yerlerinin söz konusu yasanın Anayasaya aykırı olarak uygulanmamasını sağlayıcı önlemleri alma yetkisine bir kısıntı getirmediği kanısını taşıyoruz.

4. Özel girişim özgürlüğü. Kâr sağlama hakkı. Hak ve nesafet.

Özel girişim özgürlüğünün kâr sağlama hakkını içerdiğini ve dolayısıyla bu özgürlüğün bir boyutunu öne çıkaran bu ilgi çekici kararda, kâr sağlama amacının kaldırılmasının "hak ve nesafet" kuralına aykırı olacağı vurgulanmaktadır.

Olayda ilgilinin çimento su borularının imalinde kullanılan ilk maddeler için ödenen Gider Vergisinin iadesi için yaptığı müracaat "imal edilen boruların ilk maddeleri için ödenmiş olan İstihsal Vergilerinin boru maliyetine dahil edilmek suretiyle alıcıya intikal ettirilmiş bulunduğu" gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu işlemin "anlaşmazlık konusu vergilerin mamülün teslim fiyatına inikâs ve dolayısıyla müstehlike intikal ettirilmediği" öne sürülerek iptali istenmektedir. Danıştaya göre verginin intikal ettirilip ettirilmediği durumunun saptanması ilgiliye değil fakat Maliye Bakanlığına düşen bir görevdir. Bakanlık bu görevini yerine getirmede yargı yerini inandırıcı biçimde net davranmamıştır. Zira "Maliye Bakanlığınca verginin intikal ettirilip ettirilmediği konusunda muhtelif tarihlerde uzman maliyecilere yaptırılan incelemeler sonucunda **bu gibi imalâtta muayyen bir kâr haddi tespit edilmemiş olduğundan** kesin ve sâlim bir neticeye varılamadığı ve muayyen bir görüşte birleşilemediği görülmektedir."

Öyle ise... verginin intikalinden doğan fark ile normal kâr haddi olarak kabul edilebilecek miktar arasındaki ayırım net olarak belirlenemediğine göre... Danıştay ilgili lehine bir yorumla farkın normal kâr haddi olarak yorumlanması gerekeceği zira;

"**Bugünkü iktisat anlayışı karşısında büyük sermaye yatırımı yapan bir özel teşebbüsün kâr sağlamadan çalışması düşünülemeyeceğinden**, teşebbüse herhangi bir kâr tanınmaması ve intikalin tespitinde kârsız maliyet bedelinin esas alınmasının **iktisadi hayatın gereklerine ve ticari teamüllere, keza hak ve nesafet kaidelerine aykırı düşeceği taabiidir**"⁴ sonucuna varmaktadır.

⁴ Danıştay, 7. D., 8.11.1971, E. 1970, 2272, K. 1971, 3690, DD sayı 6-7, s. 286.

5. Eşitlik ilkesi. Benzer duruma örnek gösterilen durumun hukuka uygun bulunma gereği.

Olayda, davacı ondra Üniversitesi Imperial College of Technology'den aldığı diplomanın beş yıllık yüksek tahsil diplomasına muadil sayılması yolundaki isteğinin reddine ilişkin işlemin eşitlik ilkesine aykırılığından iptalini stemektedir.

Danıştay esasen İ.Ü. Fen Fakültesi Jeofizik Enstitüsünden mezun olan davacının bu lisans derecesinin üstünde bir dereceye hak kazanabilmesi için yüksek lisans diploması ibraz etmesi gerektiği, oysa elindeki belgenin "kurs" niteliğindeki bir çalışmayı doğruladığını belirterek, şu açıklamayı yapmaktadır; "İdarenin benzer durumda aldığı hukukten sakat bir işlemi de emsal gösterilerek eşitlik ilkesinin zedelendiği ileri sürülemez. İdari işlemler karşısında eşitlik, ancak idarenin emsal gösterilen benzer durumda tesis ettiği işlemin hukuka uygun olması halinde söz konusu olabilir."⁵

6. Yönetimin söz vermesi. İnceleme ilkesi. Yönetimin kusuru.

Pek çok durumda özel kişi faaliyetleri kamu düzeni ve kamu yararı amaçları ile önceden yönetimin iznine bağlı tutulmuştur. Faaliyete izin verilmesi, konunun yönetim tarafından gereken biçimde incelenmiş olmasını zorunlu kılar. Yönetim incelemeyi yetersiz olarak yapmış ise, sonradan izin verilen faaliyetin durdurulması veya iznin geri alınması mümkün müdür?

Dava konusu olayda uygulanan 3039 sayılı Çeltik Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrası izin kağıdı alınmadan çeltik ekilemeyeceğini, aynı maddenin son fıkrası da izinsiz ekilen yerin çevreye zararlı olması halinde kurutulabileceğini öngörmektedir. Olayda ise, yönetim ekime engel bir neden olmadığını bildirmiş olduğundan ekim yapılmış fakat ekilen yerin izne göre fazla olan kısmının çevreye zarar verdiği görülmektedir. Karar verilmiştir.

Danıştay yönetimin yeterli incelemeye dayanmaksızın verdiği izne dayanarak ekim yapan davacının korunması gerektiğini belirtmektedir; "İdarenin yetki alanına giren bir konuda idarece kendisine bir şeyi yapmasında mahzur bulunmadığı bildirilen kimsenin bu bildirimine itibar ederek, ona göre hareket etmesi hukuka uygun bir davranıştır. Kaldı ki, çeltik ekilecek sahanın, diğer arazilere zarar vereceğinin bilahare ortaya çıkması, idarece yürütülen incelemenin de yeterince yapılmadığını göstermektedir."⁶

⁵ Danıştay, 8. D., 27.10.1971, E. 1971, 2015, K. 1971, 2451, DD sayı 6-7, s. 325-326.

⁶ Danıştay, 12. D., 25.10.1971, E. 1969, 2524, K. 1971, 2354, DD sayı 6-7, s. 385.

7. Suçlunun kişilik hakkı. Hizmet dışı eylem. Görev.

Kimi kararlarda Danıştayın hizmet kusuru ile kişisel kusurun birleşmesi varsayımını dışladığı, davayı esastan reddetmekle birlikte görev sorununu da göz önünde tuttuğu görülmektedir. Başka deyişle bu kararlarda gerekçenin dayandığı nedenlerden ve hüküm fıkrasından netlikle hangi çözümün benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Örnek aldığımız olayın dramatik bir yapısı bulunmaktadır. Olayda davacı, koynun çaldığı iddiası ile yakalanarak eline koyun başı verilmek suretiyle bir süre halkın arasında dolaştırılmış, halktan hakaret ve hatta tecavüz görerek kişiliği zedelenmiştir. Kanunsözcüsünün düşüncesine göre, davacının 'gerek soruşturma esnasında, gerekse adliyeye sevki sırasında gayri medeni usullerle halka teşhir edildiği yolundaki iddialarını tevsik edici inandırıcı belge ve delillerle iddiasını ispat edemediği "yönetime yüklenen hizmet kusuru iddiasının sözden ibaret kaldığı, olaya ilişkin gazete haberlerinin delili oluşturmadığı belirtilmektedir.

Danıştaya göre de davacı olayın hizmetin ifası sırasında ve hizmetin icabı olarak meydana geldiğini kanıtlayamamıştır. Eğer davacı iddiaları doğru ise, bu takdirde hizmet kusurundan değil fakat hizmeti yürütmekle görevli olanların kötü niyetlerine dayanan kişisel kusurları söz konusudur. Bu nednle, yönetime yüklenmesi mümkün olmayan kusura dayanan davanın reddi gerekir.⁷

8. Konut edinme hakkına ilişkin anayasal kuralın doğrudan uygulanır nitelikte olmadığı.

Danıştay ele aldığımız İBK'nda Anayasa kurallarının doğrudan uygulanması sorununa bir açıklama getirmiş bulunmaktadır. Buna göre soyut nitelikteki anayasal kural ancak özel kanun bulunmaması halinde uygulanabilir nitelik taşır. Kararın buna ilişkin kısmını aynen alıyoruz;

"Bilindiği üzere, Anayasalar maddi bakımdan ana kaideleri ihtiva etmekte olup, bu nitelikleri sebebiyle şekli bakımından da diğer kanunlardan farklı usullere uyularak yapılmaktadır. Anayasamızın, sosyal, iktisadi haklar ve ödevler bölümünde yer alan (sağlık hakları) hakkındaki 49. maddesinin ikinci fıkrasında "Devlet, yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirler alır" hükmü yer almış bulunmaktadır. Burada Anayasamızın konut mevzuunda yalnız temel kaideyi getirmiş ve teferruatını, yani uygulanması gerekli hükümleri özel kanunlara bırakmıştır. **Anayasamızın**

⁷ Danıştay, 12. D., 28.10.1971, E. 1969, 2245, K. 1971, 2418, DD sayı 6-7, s. 408-409.

bu 49. maddesinin, özel kanun hükmü varken doğrudan doğruya uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Zira maddenin getirdiği temel kaidede, icra edilmesi kabil, yeterli hükümler yer almamıştır. Bu itibarla mücerret bu temel kaide ele alınmak suretiyle idarenin bir işlemde bulunması ve yargı organının da yine mücerret bu kaideyi göz önünde tutarak ve özel kanun hükümlerini ihmal ederek bir yargıya varması, karar tesis etmesi doğru bulunmamaktadır. **Örneğin Anayasanın ana kaidesinin getirdiği bir sosyal hak ve ödev konusunda, ancak hususi bir kanun hükmü bulunmaması halinde, mahkemenin bu ana kaideyi ele alarak bir karar vermesi mümkün olabilir**⁸

9. Gereke ilkesi. Gerekenin gösterilmemiş olması kendiliğinden iptal nedeni değildir.

Bilindiği gibi öğretide takdir yetkisinin kullanımında da gerekçeli olarak işlem yapılması savunulmaktadır. Danıştay kararlarında da gerekçe zorunluğuna ilişkin çeşitli örnekler bulunmaktadır. Ancak bu zorunluk işlemin nedenlerini açıklama zorunluğu ile aynı anlamda veya iç içe kullanılmaktadır. Gerek öğretide gerekse yargı kararlarında işlemlerin gerekçeli olarak yapılma zorunluğundan söz edilirken aslında işlemin mutlaka bir nedene dayalı olarak yapılma zorunluğu savunulmaktadır. Bu neden yargıca açıklandığı takdirde gerekçeli işlem yapma zorunluğuna uyulmuş olur.

Ancak tartışılması gereken asıl sorun nedenin açıklanması değil, bu açıklamanın işlem metninde veya istek üzerine ayrıca ilgiliye yapılma zorunluğu olup olmadığıdır.⁹

Fransız hukukunda öteden beri işlemin gerekçeli olma zorunluğu bulunmadığı savunulmaktadır. Gereke yargı kararlarına özgü bir biçim koşuludur. Kanun açıkça böyle bir mecburiyet öngörmemiş ise yönetim gerekçe gösterip göstermemekte serbesttir. Bu genel kabul 1978 reform yasalarından biri tarafından değiştirilmiş ve kurala bağlanmıştır. Buna göre düzenleyici işlemlerle metinlerinde mutlaka gerekenin yer alması zorunlu olan işlemler belirtilecektir. Buna uyulmadığı takdirde işlemin gerekçesiz olarak yapılması kendiliğinden iptal sebebi oluşturabilir.

Bizde Fransız Hukukundaki eski görüş egemendir. Nitekim örnek olarak verdiğimiz Danıştay kararında da bu belirtilmektedir. Karara

⁸ Danıştay, İBK, 11.3.1972, E. 1970, 3, K. 1972, 7, DD sayı 8, 1973, s. 69.

⁹ Geniş bilgi için bkz. T. AKILLIOĞLU, "Yönetmelik işlemlerinde gerekçe ilkesi" AİD, cilt 15, sayı 2, Haziran 1982, s. 7 vd.

göre yasa zorunlu kılmadıkça işlemin gerekçesiz olması iptal nedeni olmaz.

“Kanunla verilen bu yetkiye istinaden Bakanlar Kurulunun, grevin ertelenmesine ilişkin olarak ittihaz ettiği kararların grev kırıcı olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmadığı gibi, **bu kararlarda gerekçe gösterilmesini gerektirir bir kanun hükmü de mevcut değildir.**”¹⁰

10. Siyasal haklar. Siyasal partilere üye olma hakkı. Çalışma hakkı. Temel hakların sınırlandırılması. Yansızlık ilkesi.

Kimi durumlarda yönetimin kullandığı yetki dolaylı biçimde bir temel hakkın kullanımından doğan sonuçları olumsuz biçimde etkiler. Yönetimin açıkça yasa tarafından tanınmadıkça yasal hakların kullanımını etkileyememesi (daraltıcı, kısıntı yapıcı veya kaldırıcı biçimde) ilkesi bu durumda da geçerli midir? Bu, yanıtlanması çok dikkat isteyen bir sorundur. Zira, açık yetki arandığı takdirde pek çok işlem dolaylı biçimde temel haklarda sınırlayıcı etki yaptığından yönetimin yetkilerini gereken biçimde kullanamaması gibi istenmeyen bir sonuç ortaya çıkar. Buna karşılık, dolaylı etki yasallık ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmelidir, denirse, yönetime çok geniş takdir yetkisi tanıma ya da daha doğru bir deyimle saklı yetkilerin alanını geniş tutma sakıncası ortaya çıkar.

Danıştay örnek olarak aldığımız kararda, sorunu yönetim lehine çözümlenmiş görünmektedir. Olayda Bakanlar Kurulunun Tarım Satış Kooperatifleri Birliklerinin Anasözleşme Formüllerini değiştiren kararında yer alan siyasi parti kuruluşlarında göre alan kimsenin kooperatif ve birlik yönetim organlarında yer alamaması yolundaki kuralının iptali istenmektedir.

Raportörün Düşüncesine göre : “Kanunen üye olma vasfını haiz bir şahsın siyasi parti kuruluşundaki görevi dolayısıyla kooperatif ve birlik yönetim organlarında görev almasının önlenmesi kanunen tanıyan yetkinin aşılması sonucunu” doğuracaktır.

Kararın azlık oyundaki görüşe göre de : “Siyasi partilere üye olma, çalışma ve dernek kurma hakları Anayasamızın Temel Haklar Bölümünde yer almıştır.

...Kanunlarımızda ve bu arada 2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Hakkındaki Kanunda, siyasi parti yönetim organları üyeliğiyle kooperatifler yönetim kurulu üyeliğinin birbiriyle bağdaşmayacağına dair herhangi bir hüküm mevcut değildir.

¹⁰ Danıştay, DDK, 14.1.1972, E. 1969/479, K. 1972/26, DD sayı 8, s. 88.

Niteliği itibariyle, Anayasanın öngördüğü şartların varlığı halinde dahi ancak kanunla sınırlanabilmesi mümkün bir hakkın, idarece düzenleyici bir tasarrufla sınırlandırılması mümkün değildir.”

Danıştay kararına göre ise :

“Nihayet siyasi partilerin muhtelif kademelerindeki kurullarında görev alanların yönetim kurullarına seçilemeyecekleri yolundaki hükümde, kooperatif yönetim kurullarınının siyasi çelişmeler dışında tutulması, muhtelif siyasi görüşlere dahil üyelere karşı yönetim kurullarının tarafsızlığının sağlanması amacına yönelik ve Bakanlar Kuruluna tanınan üye vasıflarını saptama yetkisi kapsamında bir hüküm olması nedeniyle bu hükme matuf davacı iddialarında da isabet görülmemiştir.”¹¹

11. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması. Kamu yararı. Genel düzenleme yetkisi.

Bilindiği gibi 1961 Anayasası yürütmeyi “kanunlar çerçevesinde” oluşan bir faaliyet olarak tanımlamakta ve yönetsel işlerin yasal dayanak olmaksızın görülemeyeceğini kurala bağlamaktaydı. Bu kuralın kapsamı tartışmalı olmakla birlikte öğretideki görüşler yürütmenin belli bir yasaya dayanmaksızın, genel olarak yasal düzeni koruma ve sağlama amacına dayanarak işlem yetkisine sahip olmadığı yolunda idi. Burada örnek aldığımız karar asıl olarak mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olmayıp, genellikle yürütmenin kamu yararı gerektiriyorsa düzenleme yapabileceğini (bu arada mülkiyet hakkını da sınırlayabileceğini) belirten, dolayısıyla öğretideki egemen görüşün aksine çözüm getiren bir karardır. Burada hemen hatırlatalım ki, 1982 Anayasası bu konuda Danıştayın kararda benimsediği anlayışı doğrular nitelikte bir kural getirmiş bulunmaktadır. Zira bu kurala göre yürütme yalnızca yasalardan değil aynı zamanda Anayasadan da kaynaklanan bir yetkidir.

Olayda davacı belediye sınırları dışındaki arsasına yapı yaptırmak için izin istemiş ve bu istemi Vilayet Umumi Hıfıssıha Meclisi tarafından sağlık koşullarına aykırılık nedeniyle geri çevirilmiştir.

Kanunsözcüsünün ve azlık oyudaki görüşün açıklamalarından clayda inşaat ruhsatı istemi söz konusu olmak gerekir ise de belediye sınırları dışında bir yer söz konusu olduğundan inşaat ruhsatı isteminde bulunulmuş değildir. İstem valiliğe yapılmış ve valilik yetkili olma-

¹¹ Danıştay, DDK, 3.3.1972, E. 1968/24, K. 1972/24, K. 1972/163, DD sayı 8, s. 89-93.

diği halde istemi inceleyerek red kararı verilmiş bulunmaktadır. Olayda yetkili makam tarafından yapılmış bir işlem ve buna dayanılarak mülkiyet hakkının sınırlandırılması söz konusudur.

Danıştay kararında ise yönetimin kamu yararı gerektirdiği hallerde genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip bulunduğu belirtilerek valiliğin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerine dayanarak gereken önlemleri alabileceği olayda hukuka aykırı bir durumun söz konusu olmadığı belirtilmektedir.¹²

12. Ekonomik kamu düzeni. Kur farkına el konması. Mali yüküm ve eşitlik.

Danıştay kararlarında pek çok örneği olan bir konu da dış ticaret işlemlerinde (ithalat ve ihracat) ilgililerin faaliyetleri sonucunda bekledikleri çıkarın para değerinin düşürülmesi ile orantılı biçimde sınırlandırılmasıdır.

Bu sınırlandırma yürütmeye üstü kapalı yetkiler tanıyan bir yasa hükmüne dayanılarak yapıldığından eleştirilere konu olmaktadır. Öte yandan çıkar sınırlandırmasının ilgililer açısından "mali külfet" oluşturduğu, bu tür yükümlerin ise açık yasal kurala dayandırılması gerektiği öne sürülmektedir.

Gerçekten mevzuat belirsiz terimler içermektedir : Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 1567 sayılı Kanununun 6258 sayılı Kanunla değişik 1 inci maddesi ile 1211 sayılı T.C. Merkez Bankası Kanununun 4 üncü maddesine göre Bakanlar Kurulu yabancı para kıymetli evrak alım satımı, bunların yurda giriş ve çıkışını düzenleme ve sınırlama ve Türk parası kıymetinin korunması ve milli para ile altın ve yabancı paralar arasındaki denkleğin saptanmasına ve alınacak kararların yürürlük tarihini belirlemeye yetkili kılınmıştır.

Ancak kabaca Bakanlar Kurulunun Türk parasının kıymetini koruma amacıyla çeşitli önlemler alabilmesine olanak tanındığı söylenebilir. Örnek olarak aldığımız kararda, genellikle bu mevzuata ilişkin kararlarda olduğu gibi, Danıştay Bakanlar Kurulu tarafından alınan kararın ülke ekonomisi gereklerinin sonucu olarak "zorunlu" nitelik taşıdığını, oluşan durumun ilgili açısından mali külfet niteliğinde ve eşitlik ilkesine aykırı bir durum olmadığını belirtmektedir.

¹² Danıştay, DDK, 28.4.1972, E. 1968/709, K. 1972/364, DD sayı 8, s. 110-112.

Eleştiriler için bkz. L. DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 391-392, özellikle dipnot (1).

Olayda ilgili, ihracat faaliyetinde bulunmuş, bu faaliyet sonucunda elde etmesi gereken döviz karşılığı paranın hesaplanmasında bu sırada yapılan devalüasyon sonucu meydana gelen artış göz önünde tutulmayarak faaliyetin yapıldığı sıradaki kur fiatı esas alınmıştır. Aradaki fark ilgiliye ödenmeyerek bu amaçla kurulan özel bir hesaba yatırılmıştır.

Davacı oluşan kur farkının kendisine ödenmemesinin mali külfet niteliğinde olduğunu, açık kurala dayanmadığından Anayasanın 61. maddesine aykırı olduğunu, bu uygulamanın aynı zamanda eşitlik ilkesine aykırı olduğunu öne sürmektedir.

Danıştay kararında, bu, bu konulara ilişkin kararlarında genellikle kullandığı **ülkenin ekonomik zorlukları** gerekçesini kullanarak şu sonuca varmaktadır :

“Memleketin iktisadi zorluklar içinde bulunması, ihracat ve ithalat arasındaki dengesizlik ve para kıymetinin düşmekte bulunması karşısında ...gerçekleştirilen devalüasyon ameliyesinin başarısı, bir kısım tedbirleri ve kontrol sistemini de beraberinde getirmesi suretiyle temin edilebilir. **Türk parası dış değerinin düşürülmesinin memleket ekonomisine yapabileceği menfi tesirlerin önlenmesi için ilgililerin devalüasyon sebebiyle fahiş kârlar elde etmesinin veya büyük zararlara uğramasının da önlenmesi gerekecektir.** Kararın dava konusu 10. maddesi davacının uyması gerekli bu durumda (1 dolar karşılığı 9 Türk Lirası) bir değişiklik meydana getirmemiş, davacının ihracattan beklediği menfaati elde etmesine mani olmamış veya onu azaltmamıştır... sadece para değerinin değişmesi sebebiyle hasıl olan kur farkının davacı uhdesinde kalmasını önlemiş bulunmaktadır. **Türk Parası dış değerinin düşürülmesi ve bazı yerli ihracatçılardan türlü imkânsızlıklar sebebiyle bahis konusu kur farkının tahsilinin sağlanmamış olması, kararın yayımından önce cari fiyatlarla fiiliyata konan ve eski kur esas alınarak karşılığında kredi temin edilen dövizlerle finanse edilen ihracat sebebiyle ihracatçıya ihracat işleminden beklediğinin üzerinde bir menfaat sağlanmasını gerektirmeyeceğinden dava konusu hüküm ile mali yüküm getirildiği ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yolundaki davacı iddialarında isabet yoktur.”¹³**

Özetlemek gerekirse karardan şu sonuçları çıkarmak mümkündür :

— Kararın asıl dayanağı olan ekonomik kamu düzeni kavramı soyut olarak tanımlanması güç bir kavramdır. Bununla, ekonomik işlerin

¹³ Danıştay, DDK, 21.4.1972, E. 1971/156, K. 1972/348, DD sayı 8, s. 115-116.

akışında ani değişikliklerin yol açacağı bozuklukların önlenmek istendiği açıktır. Olayda ani değişikliği para değerinin düşürülmesi oluşturmaktadır. Anılan yasa kuralları para değerinin düşürülmesi yetkisini tanıdığına göre, bu olayın yol açabileceği bozuklukların önlenmesi yetkisinin de tanınmış olduğunu kabul etmek gerekir.

— Kur farkına el konması mali yüküm oluşturmaz. Zira, bu fark davacının kişisel çabalarının veya faaliyetinin sonucunda meydana gelmiş olmadığı gibi esasen normal kâr beklentisinin de dışında bir olgudur. Aksine, nesnel bir durumun belli kişi yararına aşırı yararlandırıcı biçimde sonuçlar doğurmasının önlenmesi de ekonomik kamu düzeni kapsamına girer.

— Kararın yalnızca dövize çevrilebilir mevduat hesabı olanlara uygulanması kur farkına el konmasına olanak verdiği içindir. Öteki ihraçatçıların elde ettikleri farkın tahsili “çeşitli imkansızlıklar nedeniyle” mümkün olamamıştır. Başka bir anlatımla burada eşitsizlik söz konusu değildir. Zira benzer durumdan yararlanabilmek için benzer durum olarak verilen örneğin esasen hukuka uygun bir durum olması gerekir (Bkz. yuk. no. 5).

— Nihayet işlemde eşitlik bir başka yönüyle de sağlanmış bulunmaktadır. Zira müspet kur farkına elkonması söz konusu olduğu gibi aynı zamanda menfi kur farkınının da kurulan hesaptan karşılanıp ilgiliye yansıtılmaması öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece, alınan fark Devletin kamu gelirlerinden olarak alınmamakta fakat ilgililerin korunması amacıyla ayrı bir hesapta tutulmaktadır. İşlem bu niteliği nedeniyle de mali yüküm sayılmamaktadır.

13. Eşitlik ilkesi. Estetik ve çirkinlik. Yürürlükteki kuralın istisnaya yer verme zorunluğu.

Kimi durumlarda yürürlükte kuralın istisnaya yer vermesi zorunlu olup bu zorunluk imar hukukunda eşitlik ve güzel görünüşü sağlama bakımından ortaya çıkmaktadır.

Karara konu olan olayda, davacı sahibi bulunduğu parselin ön cephesinde 1.50 m. boyutlu kapalı çıkmalı inşaat yapmak için başvurmuş ve bu başvurusunun değiştirilen yönetmelik hükümleri karşısında kabulüne imkân görülememiştir. İnşaatın yapılmak istendiği sokakta daha önce yapılmış olan yapılar çıkmalı olarak yapılmış fakat daha sonra yolun genişletilmesini öngören bir yönetmelik değişikliği yapıldığından, önbahçeli evler için mümkün olan çıkmalı inşaatın bu defa bahçelerin yola gitmesi nedeniyle mümkün olamayacağı anlaşılmış-

tır. Danıştay kararında bu durumun önceki inşaatların oluşturduğu durumla gerek eşitlik gerekse estetik görünüş bakımından bağdaşmadığı belirtilmektedir. "Dava konusu mahal hakkında alınan karar, parsel civarında çıkmalı olarak teşekkül etmiş binalarla mimari ve şehircilik yönünden ahenk ve estetik beraberliğini muhafaza ve temin maksadıyla alınmış olup, fiili teşekküle uygun bulunan bu istisnai durum imar talimatnamesinin değişik 42. maddesini ihlal etmez." "İmar Bakanlığının takdir yetkisini kullanırken bu fiili duruma, eşitlik ve imar mevzuatındaki şehircilik ve estetik esaslarına ve prensiplerine bağlı kalması şarttır."¹⁴

Özetle kararda, yeni kuralın, derhal uygulanması ilkesine imar hukukuna özgü nedenlerle istisna getirilerek eski kuralın uygulanması hukuka uygun bulunmaktadır. Bu düşüncede imar hukukuna özgü estetik kavramı yanında eşitlik ilkesi de etkili bulunmaktadır.

¹⁴ Danıştay, 6. D., 14.3.1972, E. 1971/1805, K. 1972/1031, DD sayı 8, s. 189.