

CONSEIL D'ETAT: TÜRK İDARE HUKUKUNUN FRANSIZ KATMANI

Conseil d'Etat: The French Layer of Turkish Administrative Law

Esin ÖRÜCÜ*
Çev.: Seyit Rasim DORU**

I. GİRİŞ

Hem Osmanlı İmparatorluğu'nda hem de Türkiye Cumhuriyeti'nde hukuki reform çabaları her zaman Batılı modellere dayanmıştır ve idare hukuku açısından da bu, Fransız modeli olmuştur. Bu tür reformların ilki 1839'da *Tanzimat* ile olmuştur fakat bu reformlar, Türk Conseil d'Etat'sı (Türk *Danıştay*) gibi ana idari kurumların temellerinin belirlendiği 1860'lara kadar derin bir etkiye sahip olamamıştı¹. Bununla birlikte Conseil d'Etat, Fransa'dan alınan tek kurumsal model değildi. Türk idare hukukunun Fransız katmanı; *Cour de Comptes (Sayıştay)*, *the Tribunal des Conflits (Uyuşmazlık*

* Prof. Dr., Glasgow Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Rotterdam Erasmus Üniversitesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı

** Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD, seyitrasimdoru@gmail.com, srdoru@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2183-5125

Bu makalenin İngilizcesi, "*Conseil d'Etat: The French Layer of Turkish Administrative Law*" başlığıyla, [British Institute of International and Comparative Law](#) adına [Cambridge University Press](#) tarafından; *The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, Cilt. 49, No. 3 (Temmuz 2000), sf. 679-700'de yayımlanmıştır. Çeviriyi zaman ayırarak kontrol eden ve değerli görüş/önerilerini belirten Kıymetli Hocam Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ'ye çok teşekkür ederim. **Çevirmen Notu:** Makale 2000 yılında yayımlanmış olduğundan o gün itibarıyla var olan bilgiler ve *Danıştay*'in o tarihe kadar olan yaklaşımına dair değerlendirmeleri içermektedir. O günden bugüne mahkemelerin yapısı, Bölge İdare Mahkemeleri'nin sayısı, *Danıştay*'in daire sayısı, istinaf kanun yolunun getirilmiş olması veya bazı sözü edilen içtihatların değişmiş olma ihtimali gibi farklılıklar ve ihtimallerin olması tabiidir. Makalenin asıl metninin çevrilmiş olması ve orijinalinde değişiklik yapmış olmamak için söz konusu ihtimaller ve farklılıklar çeviri metnine eklenmemiştir. Dolayısıyla makale okunurken bu durum göz önünde bulundurulmalıdır.

¹ Bununla birlikte, yasal ve idari kurumların yanında bazı dini kurumlar, Osmanlı İmparatorluğu hayatiniyetini devam ettirdiği süre boyunca, varlığını devam ettirmiştir.

Mahkemesi), bazı finansal kurumlar, özerk il ve yerel yönetim sistemi ile idari vesayet sistemini içermektedir².

Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyeti'nin oluşumunu, gelişimini üç aşama olarak incelemek faydalı olacaktır³. İlk aşama, Osmanlı Devleti'nin 1299'da kuruluşundan 1839'a kadarki yapısı; yani modern anlamda bir idare hukuku ya da kamu hukukundan bahsedemediğimiz ve tüm alanlarda İslam Hukuku'nun hüküm sürdüğü bir dönemdir. Tüm hukuk ilahi kaynaklı kabul edilmekteydi. Padişahı temsil eden *Divan-ı Hümayun (İmparatorluk Konseyi)*, halkın isteklerini ve şikayetlerini gözden geçirip incelemekteydi. Buna ek olarak, ülkenin en yüksek mahkemesiydi ve ayrıca danışma işlevi de görmekteydi. Fakat, sadece bir müzakere organıydı. Kararları kesin değildi ve icra edilememekteydi. İkinci aşama; özel hukuk alanında "karma yargı sistemi"nden bahsedebileceğimiz ve kamu hukuku alanında, etkisiz bir tarzda olsa da idare hukukuna dair gelişmelere rastlayabileceğimiz, 1839'dan Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkıldığı 1922'ye kadarki dönemdir. Üçüncü aşama ise; kamu hukuku ve özellikle anayasa hukuku ile idare hukuku alanındaki esas gelişmelerin görüldüğü, 1924'ten günümüze kadarki aşamadır. Bu gelişmeleri etkileyen en önemli faktörler; 1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'yla laikliğin getirilmesi, 1925'te Yüksek İdare Mahkemesi'nin (*Şura-yı Devlet*'in, bugün için *Danıştay*'ın) tekrar kurulması ve 1961 Anayasası ile *Anayasa Mahkemesi*'nin kurulmasıyla anayasaya uygunluk denetiminin getirilmiş olmasıydı.

II. TARİHSEL BAKIŞ

İdare hukuku, Türkiye'de ilk kez, 1839'da kıta Avrupası hukuk düşüncesinin etkisiyle ortaya çıkmıştır. 1839'dan önce, Avrupa hukuku veya kurumları Osmanlı İmparatorluğu hukukunda herhangi bir rol oynamamıştır. Fakat, 1839'dan bu yana reformlar Avrupa hukuku modellerine dayalı olarak yapılmıştır. Gerçi zaten 1837'de, *Meclis-i Valayi Ahkâm-ı Adliye* ismiyle bir kurum oluşturulmuştu. Bu, bugünkü Türk Conseil d'Etat'sının (*Danıştay*'ın) ilk nüvesi gibi kurulmuş olup hizmet vermekteydi. İstişarî bir karakteri vardı ve resmi yazıları hazırlama ve onları denetlemekle görevli kılınmıştı. 1839 Tanzimat Fermanı, bu Meclise, reformların tanınması hususunda önemli bir

² Bu gelişmelerde bazı önemli tarihler şunlardır: 1839, 1865-68, 1887, 1908 ve cumhuriyet döneminde ise; 1925, 1946, 1964, 1982, 1990 ve 1999.

³ E. Örucü, "Turkey: Change under Pressure", in E. Örucü, E. Atwooll & S. Coyle (Eds) *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing (Kluwer Law International, 1996)*, sf. 90-95. Ayrıca bkz. E. Örucü, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition (Kluwer Law International, 1999)*, bölüm 6.

görev vermişti. Bu da 1789 ve 1806'da Fransa'da Conseil d'Etat'nın işlevlerinin düzenlenmesini hatırlatıyordu ve hiç şüphe yok ki Osmanlıların kullanmış olduğu model de Fransız modeliydi. Nitekim, Lewis der ki; "1867 yılı Şubat ayında Fransız hükümeti; İngiltere ve Avusturya'nın da desteğini alarak, Osmanlı hükümetine, daha aktif bir reform politikası için onları zorlayan ve diğer ayrıntılı önerilerini düzenleyen içerikte bir not sundu. Sultan bu fikre şiddetle karşı çıktı fakat gelişmelerin baskı oluşturmasına da yol vermiş oldu."⁴ 1868, genellikle, Conseil d'Etat'nın Osmanlı İmparatorluğu'nda kurulduğu tarih olarak kabul edilir. Böylece bu başlangıç, bir empoze edilmiş bir alım olarak sınıflandırılabilir. O sene içerisinde, Meclis, birbirinden farklı ve bağımsız iki bölüme ayrıldı. Biri, yargısal fonksiyona sahip *Divan-ı Ahkam-ı Adliye* idi. Diğeri ise idari ve yasama fonksiyonlarına sahip *Şura-yı Devlet* (Conseil d'Etat) idi. Bu ikinci kısım daha sonra kendi içinde de beş bölüme ayrılmıştı: Devlet işleri (dâhiliye, Umur-ı Mülkiye ve Zabıta Dairesi), ekonomi (Maliye ve Evkaf Dairesi), bayındırlık (Nafia, Ticaret ve Ziraat Dairesi), milli eğitim (Maarif Dairesi) ve adliye dairesi. 1870'te dâhiliye ve bayındırlık daireleri bir dava dairesi oluşturmak için birleştirildi ve 1872'de daire sayısı üçe indirildi; tanzimat (yasama), *yargı* (*contentieux*/muhakemat) ve dâhiliye dairesi. Bu da 1848'den sonraki Fransız örgütlenmesine benzemektedir.

1876'da ilan edilen Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk anayasası, Türk Conseil d'Etat'sının yargısal yetkisini ve bir parlamento oluşturmak suretiyle de yasama işlevinin önemini azaltmıştı. Bazı işlevler kabineye devredilmişti. Türk Conseil d'Etat'sı, yine Fransa'daki gelişime benzer bir şekilde, idari karakteri olan bir danışma kuruluna, organına dönüşmüş oldu. 1883'te *Uyuşmazlık Mahkemesi* oluşturuldu. 1876 Anayasası çok geçmeden askıya alındı ve *Şura-yı Devlet* önemini tamamen yitirdi. 1908'de İkinci Anayasa yürürlüğe girmiş ve *Şura-yı Devlet* tekrar bir parça önem kazanmıştı fakat faaliyetleri sınırlandırılmıştı. Yargıya dair olan *Muhakemat* dairesi (*section du contentieux*), baskıcı bir hükümetin yönetimi altında zayıf kaldı, faaliyeti çoğunlukla, Meclis tarafından incelenen maden imtiyazlarına dairdi.

Türkiye Cumhuriyeti'nin laik kanunları ile teokratik devlet döneminden kalma, *Şura-yı Devlet* gibi, tüm kurumlar kaldırıldı. Bununla birlikte, çok kısa sürede anlaşıldı ki Conseil d'Etat, modern demokratik bir devlette olması gereken bir kurumdu. 1924 Anayasası da 51. maddesi ile bu gerekliliği yerine getirmiştir. Daha önce kullanılmış olan Fransız modelinin önemini yeteri kadar farkında olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, aynı modeli tekrar

⁴ B. Lewis, *The Emergence of Modern Turkey* (2. bs., 1968), sf. 12.

kullanmaya karar verdi. *Şura-yı Devlet*, 667 sayılı Kanun'la Kasım 1925'te tekrar kuruldu. 1931, 1938 ve 1946'da bazı değişiklikler yapılmış fakat bunlar doğal yapısını ve örgütlenme biçimini değiştirmemiştir. *Şura-yı Devlet*, hükümete bağlı olup üçü idari fonksiyona, üçü de yargısal fonksiyona sahip altı daireye sahipti. Her bir dairede dört üye ve bir başkan bulunmaktaydı. Ayrıca bir katip ve dokuz diğer kanun sözcüsü de bulunmaktaydı. Artık daha fazla hükümete dair bir işlevi veya politik bir karakteri bulunmamaktaydı. Amacı; kanun taslakları, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve tüzükler hakkında düşüncesini bildirmek, kanunlar ve diğer düzenlemeler uyarınca kendisine verilen görevleri yerine getirmek, hükümet tarafından kendisine sunulan hususlarda görüş vermek ve idari süreçleri, işlemleri gözden geçirmektir. Bunlar, danışma ve idari işlevini oluşturmaktaydı. Ayrıca bir idari mahkeme olarak da görev yapmaktaydı. İdari işlemlerin, kanunların lafzı ve ruhu ile "kamu hizmeti" ilkeleri dikkate alınarak hukuka uygunluğunun denetlenmesi büyük önem taşımaktaydı. Model Fransız modelidir.

III. FRANSIZ CONSEIL D'ETAT'SININ SPESİFİK ETKİSİ

Fransız Conseil d'Etat'sının etkisi, ilk olarak *Meclis-i Ahkâm-ı Adliye*'nin iki kurula ayrılmasında; ikinci olarak da idari makamların denetiminin genel yargı organlarına değil özel bir mahkemeye bırakılmış olmasında gözlemlenmiştir. *Tanzimat*'tan önce rejim, "bakan-yargıç" ile karşılaştırılabilirdi, *Tanzimat*'tan sonra ise idari ve yargısal makamlar Fransız geleneğinde olduğu gibi birbirinden ayrılmıştı. *Tanzimat* reformlarını takiben, yine ihtilal zamanındaki Fransa'daki durumla karşılaştırabileceğimiz şekilde, yargı temelde muhafazakâr kalırken, idare yenilikçi bir tavır takındı. Bununla beraber 1868'de kurulmuş olan idari yargı, etkisiz ve yetkisizdi⁵. Sistem, aynı zamanda bir "polis devleti"nin gelişimini kolaylaştıran "justice-retenu / tutuk-adalet" ile karşılaştırılabilir hale gelmişti.

Örgütlenmeye gelince, Türk Conseil d'Etat'sı (*Şura-yı Devlet*) tamamen Fransız olanına benzemektedir. 1925 tarihli Kanun, iki daire ve *muhakemat* (*contentieux*) (yargı) genel kurulu şeklinde bir örgütlenme getirmişti ve 1946 reformu ile daire sayısı 6'ya çıkarılıp madde 22'de de dairelerin ve genel kurulun, bağımsız mahkemelerin yetki ve niteliklerine aynen sahip olduğu hüküm altına alınmıştı⁶.

Türkiye Millet Meclisi, zaten, yorumlama yetkisini de kullanarak, 1934 yılında, *Şura-yı Devlet* kararlarının, "*la chose jugée* (*kesin hüküm -kaziye-i*

⁵ S. S. Onar, "Des Rapports et des Ressemblances Existants Entre Les Conseil D'Etat Turc et Français", in *Le Conseil d'Etat Livre Jubilaire* (1952), sf. 555-574 aralığında, sf. 567.

⁶ Şu an 6 Ocak 1982 tarihli 2575 sayılı Kanun gereği 12 yargısal daire bulunmaktadır.

muhakeme- res judicata)” etkisine sahip olağan mahkemelerin yargı kararlarıyla aynıymış gibi var sayılacağını belirtmişti. 1946 reformları bunu bir kez daha belirtmiş oldu. Böylelikle *Şura-yı Devlet* artık gerçek bir mahkeme haline gelmişti.

1945 yılında bir “Uyuşmazlık Mahkemesi” kuruldu⁷. Ayrıntılar hususunda farklılıklar bulunsa da bu model; örgütlenme, personel ve fonksiyonları bakımından kesinlikle bir Fransız modelidir.

1925’te çekişmeli dava türü olarak üç kategori - “iptal davası”, “yorum davası” ve “tam yargı davası” - kabul edildi. 1938’de yorum fonksiyonu kaldırılıp sadece geri kalan ikisi bırakıldı. İptal gerekçeleri için de Fransız “*recours pour excès de pouvoir*” (*iptal davası*) teorisinden esinlenilmiştir. İdari kararlar; yetki, şekil, sebep (gerekçe), konu ya da “amaç” noktalarından hukuka aykırı ise iptal edilmekteydi. 1925 tarihli Kanun’un 23. maddesi kamusal yetkilerin sorumluluğunu da kabul etmiş ve Türk İdare Hukuku’nun genel ilkelerini açıklamıştır. Fransız Conseil d’Etat’sının ilkeleri ve özellikle de içtihatları takip edilmiştir.⁸

İlk başlarda, Türk Conseil d’Etat’sını etkili kılan şey, danışmanlık fonksiyonuydu. Yargısal idarenin (idari yargının) ilkelerini geliştirme hususunda önemli bir kurum haline gelmesi ise 1925’ten hemen sonrasındır. Burada, ayrıca, erken yıllarında, Fransız Conseil d’Etat’sının içtihatları fazlasıyla önem taşımaktaydı. Bu özellikle, idari sözleşmeler alanında görülmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde ve maden tekellerinde önemli kararlar vardı. Örneğin, 1935’te “İstanbul Tramvay Şirketi ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı (Nafia Vekaleti)” arasındaki davada, sözleşmenin Ticaret Kanunu’na tâbi bir ticari sözleşme olduğu; imtiyaz sözleşmelerinin ise Anglo-Amerikan hukukunun özel hukuk sözleşmelerine dair bazı teorilerine dayandığı iddia edilmiştir. *Şura-yı Devlet*, idare tarafından öne sürülen Fransız teorilerini tercih etti⁹. “*Belçika Zingal Şirketi*” davasında¹⁰ problem, orman işletmesi ile ilgiliydi. *Şura-yı Devlet*, devletleştirmeden sonra, orman işletmesine dair bir sözleşmenin, Fransız hukukuna benzer şekilde, idari bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğine karar verdi. “Emprevizyon (Öngörülemezlik) teorisi” geliştirilirken ise 1937 yılında, “*İstanbul Belediyesi v. Haliç Denizcilik Hizmetlerini İşletme Şirketi*”¹¹ davasında Mahkeme,

⁷ Şimdi 21 Ocak 1982 tarih ve 2592 sayılı Kanun ile değiştirilen 12 Haziran 1979 tarihli ve 2247 sayılı Kanun’a tabi.

⁸ Onar, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 5, sf. 570.

⁹ Onar, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 5, sf. 571.

¹⁰ Aynı eser, sf. 572.

¹¹ Aynı eser, sf. 572.

“kamu hizmeti” kavramının çok önemli olduğunu ve kararların, hizmeti kullananların yararının aksine olacak şekilde alınmayacağını kararlaştırmıştı.

İdari işlem veya kararlarda sebebin (motif) ve amacın (but) önemi, Mahkeme tarafından tekrar ifade edilmişti. Mahkeme, “görülen lüzum üzerine” kamu görevlilerin görevden alınması başta olmak üzere takdire bağlı yetkilerin kullanılmasına yol açmış oldu. İşte bu noktada, takdir yetkisinin sınırı olarak da “*l’abus de droit (hakkın kötüye kullanılması)*” teorisini uyguladı¹². Ayrıca “*détournement de pouvoir (yetki saptırması)*” teorisi de geliştirildi. Türk Conesil d’Etat’sı; takdir yetkisinin kamu yararı ya da ortak menfaate aykırı olarak kullanılmayacağına ve hakkın kötüye kullanılmasına dair olan takdir yetkisi kullanımlarını da iptal edeceğine dair yaklaşıma sahip oldu.

Fransız ve Türk mahkemelerinin ikisinin de kurulma gerekçeleri aynıydı ve gelişimleri de aynı sebep ve düşünceleri ortaya koymaktadır. Fransız Conseil d’Etat’sı, Türk Conseil d’Etat’sı için, idare hukuku alanında akademik öğreti ve araştırma için sadece bir model değil aynı zamanda bir esin kaynağıydı. Bu durum, 1961 yılında *Anayasa Mahkemesi* kurulana kadar devam etti. Bundan sonra da iki mahkeme paralel olarak, yapıcı ve yaratıcı şekilde Türk toplumunun özel gereksinimlerine daha yakından bakmaya başladı.

Bugün, en önemli Fransız etkisi hukuk metinlerinde ve mahkeme kararlarında yer almaktadır ve hepsi çeviride Fransızca kavramlar olan “*sèrvice public*” (kamu hizmeti), “*acte administratif*” (idari işlem), “*contract administratif*” (idari sözleşme), “*excès du pouvoir*” (iptal davası), “*faute de service*” (hizmet kusuru), “*risque sociale*” (sosyal risk), “*imprèvision*” (öngörülemelik), “*fait du prince*”, “*domaine public*” (kamu malları) gibi kavramları kapsamaktadır.

Türk idare hukukunun içeriği de Fransız *droit administratif*’i ile aynıdır ve fakat kamu personel idaresi, kolluk gücü, idari işlemler, eylemler ve sözleşmeler, kural koyma yetkisi, Devlet ve birimlerinin sorumluluğu, olağanüstü hal yetkileri, merkezi ve mahalli idare, “idari vesayet”, idarenin yargısal denetimi, idari yaptırımlar, kamu malları (kamulaştırma), kamu iktisadi teşebbüsleri, lisans (ruhsat) verme, vergilendirme, planlama ve doğal kaynaklar gibi konular dahil olmak üzere çok çeşitli konuları içermesi yönüyle ise Anglo-Amerikan hukukundan farklıdır. İdare hukuku; işlemler ve kararlar, eylemler ile kamu gücü (*Puissance public*) kullanılarak yapılan idari

¹² Aynı eser, sf. 573.

sözleşmeler ile ilgilenmekte, bu konuları ele almaktadır¹³. Bunlardan başka, şu anda dahi *Danıştay*'ın hâlâ Fransız doktrin ve içtihatlarına atıf yaptığı kararlarını görebilmekteyiz¹⁴.

IV. BUGÜN

Bugün, sistem Fransız modelinin idari ilke ve kurallarına dayanıyor görünse bile Türk idari sistemi, öncelikle 1982 Anayasası'nda yer alan belirli temel ilkelerle yönetilmektedir. Bununla birlikte, Fransız kısmının devam eden etkisi, idare hukukçusu bilim insanlarının çalışmalarında her zamanki gibi canlıdır¹⁵. Önce 1982 Anayasası'nın temel ilkelerine göz atmak gerekmektedir. Üçüncü kısım olan, "Cumhuriyet'in Temel Organları" kısmının ikinci bölümü, kuvvetler ayrılığına göre ikinci başlık şeklinde "Yürütme" olarak adlandırılmış. Bu başlık altında, Cumhurbaşkanı (Md. 101-108), Bakanlar Kurulu (Md. 109-116), Milli Savunma (Md. 117-118), Olağanüstü Hal Yönetim Usulleri (Md. 119-122), ve İdare (Md. 123-137) bulunmaktadır. *Danıştay*, bu kısmın üçüncü bölümünde "Yargı" başlığı altında bulunmaktadır. Yüksek Mahkemelerden ise *Anayasa Mahkemesi* (Md. 146-153), *Yargıtay* (Md. 154) ve *Danıştay*'ı (Md. 155) görmekteyiz.

Danıştay ile yakından ilgili olan üç madde ise son dönemde değişikliğe uğramıştır¹⁶. Bunlardan ilki; yargı yoluna başvuruya ilgili olarak md. 125'teki değişikliktir. İdarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. Değişiklik yapılan kısımda şu yazmaktadır: "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." Bu maddenin devamı, ikisi de yargı denetimi dışında bırakılmış olan Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisini kullanması ve Genelkurmay Başkanlığı kararları ile yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayan zamanaşımı ile ilgilidir. Ondan sonra; yargı yetkisinin, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğunu ve yürütme görevinin, kanunda gösterilmiş şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari işlem ve eylem niteliğinde yahut

¹³ S. Güran, "Administrative Law", in T. Ansay & D. Wallace (Eds) *Introduction to Turkish Law* (4. bs., Kluwer Law International 1996), 47, sf. 56.

¹⁴ Bkz. *İdari İşler Kurulu* kararı, E. 98/85, K. 98/81, KT. 11 Haziran 1998, *Danıştay Dergisi*, sy. 98, sf. 18, 21-22. sayfalarda. Burada doktrinden Maspétiol ve Odel'e; ayrıca Conseil d'Etat'nın da dört kararına atıf yapılmaktadır.

¹⁵ J.Bell, S. Boyron & S. Whittaker, 1998, *Principles of French Law*, sf. 167-201'de verilen bilgilerin çoğu, çok küçük değişikliklerle de olsa, Türk İdare Hukukuna da uygulanabilir.

¹⁶ 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun'la değiştirilmiş; 14 Ağustos 1999'da yürürlüğe girmiştir.

takdir yetkisini tamamen kaldırarak şekilde yargı kararı verilemeyeceğini hüküm altına almaktadır.

Bu madde, ayrıca, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesini de düzenlemektedir. Bununla birlikte kanun; olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilmektedir. Bundan başka idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan her türlü zararı karşılamakla yükümlü olduğu da belirtilmiştir.

Bu madde; 1971 Anayasası ile zaten sınırlanmış bulunan 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin daha da sınırlandırılmış versiyonudur. Söz konusu değişiklikler, idari kararların yerindelğine bakan ve aşırı şekilde aktif olan *Danıştay*'a bir reaksiyon olarak yapılmıştı. Yukarıda söz ettiğimiz, 1999 yılında ilk paragrafta getirilen eklemeye bu bilgiler ışığında bakılmalıdır. Bunun ayrıca, 6 Ocak 1982 tarihli 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Hakkında Kanun'un 2/2 fıkrasında yer alan idari kararların yerinelik denetimi yasağı ile desteklendiği de dikkate alınmalıdır.¹⁷

Değişikliğe uğrayan ikinci madde ise doğrudan *Danıştay* ile ilgili olan 155. maddedir. Madde, *Danıştay*'ın, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu; kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağını hüküm altına almaktadır¹⁸. Değişikliğe uğrayan paragrafta şu yazmaktadır: “*Danıştay*, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.¹⁹” Madde; devamında, *Danıştay* üyelerinin dörtte üçünün, birinci sınıf idari yargı hakim ve savcılarını

¹⁷ Aşağıda daha ayrıntılı şekilde tartışılacaktır.

¹⁸ 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesi; *Danıştay*'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı, aralarında imtiyaz sözleşmelerinden doğan davaların da zikredildiği, davaları sıralamaktadır. 21 Aralık 1999 tarihi itibarıyla, 4492 sayılı Kanunla; bu madde; 23, 42, 46 ve 48. maddeler ile 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile birlikte değiştirilmiştir. (RG: 23913).

¹⁹ Önceki hali şu şekildeydi: “*Danıştay*, davaları görmek, idari uyuşmazlıkları görmek ve çözümlenmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından (Danıştay Başsavcısı-Kanun Sözcüsü); dörtte birinin ise nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçileceğini düzenlemiştir²⁰. Maddeye göre *Danıştay Genel Kurulu*; *Danıştay Başkanını*, *Başsavcıyı* (Kanun Sözcüsü = *Commissaire du Gouvernement*), *başkanvekillerini*, *daire başkanlarını* (*sous-sections*)²¹, 4 yıllığına, kendi üyeleri arasından salt çoğunlukla ve gizli oyla seçer. Bunlar, süresi bittikten sonra yeniden seçilebilirler. *Danıştay*'ın kuruluşu ve işleyişi; idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Yeni değiştirilmiş bulunan üçüncü madde ise; başlığı “Devletleştirme” yerine “Devletleştirme ve Özelleştirme” diye değiştirilen 47. maddedir ve kendisine iki yeni paragraf eklenmiştir. Madde şu şekildedir: “Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir”. Bu düzenleme, bir Türk Anayasası’nda, özelleştirme konusunda getirilen ilk maddedir. Her ne kadar bu değişiklik *Danıştay*'ın işleviyle doğrudan ilgili değilse de kararlarına verilen reaksiyonun bir sonucudur; daha da önemlisi *Anayasa Mahkemesi*'nin son yıllarda verdiği, birtakım kamu hizmetlerinin özelleştirilme çabalarına zarar veren kararlarının sonucudur²². Türk ekonomik kalkınma modelindeki yerini sağlamlaştırmak için, özelleştirme ilkesinin Anayasa’ya dahil edilmesi gerekli görülmüştür.

Danıştay üzerinde etkiye sahip bir başka Anayasa maddesi²³ ise 115. maddedir: “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya

²⁰ 1982 Anayasası’ndan önce tüm üyeler Anayasa Mahkemesi tarafından seçilmekteydi. Belirtilmelidir ki hiçbir zaman *Ecole Nationale d'Administration*'ın (ENA'nın) muadili olmamıştır.

²¹ Her bir *Danıştay* dairesi bir başkan ve dört üye ile bir raportörden oluşmaktadır.

²² İlk özelleştirmeler 1984'te yapıldı, ancak THY'nin yer hizmetlerinin ve çimento fabrikalarının 1987'de özelleştirilmesi kararı, ilk derece idare mahkemeleri ve *Danıştay* tarafından iptal edildi. 1993 ve 1994 yıllarında, Bakanlar Kurulu'nun Kanun Hükmünde Kararnameler çıkarmaya yetkili olduğuna ilişkin iki kanun kabul edildi. Fakat bu sefer de; *Anayasa Mahkemesi* yetki kanunlarını ve bunlara dayanan kararnameleri iptal etti. Daha sonra, Ulusal Meclis (TBMM), 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nu ancak 1994 yılında başarıyla yürürlüğe koyabilmiştir.

²³ Anayasa'nın *Danıştay*'a ve idare mahkemelerine bu şekilde atıfta bulunan 104., 138-141 ve 159. gibi başka maddeleri de bulunmaktadır.

emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve *Danıştay*'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.²⁴

Danıştay'ın önemi ve iş yükü arttığı için daha düşük dereceli idare mahkemeleri kurma ihtiyacı da artmış oldu. Fransa'daki 1953 ve 1987 yılındaki gelişmelere benzer şekilde²⁵, 1982 yılında üç adet kanun kabul edilmiştir. Söz konusu üç kanun, Türk idari yargılama sisteminde köklü değişiklikler içeriyordu. Bir tanesi, 2576 sayılı Kanun'du ve ilk idare mahkemeleri dizisini, her bölge bir ya da birkaç ili kapsayacak şekilde olmak üzere bölgesel temelde kurdu. Diğer kanun olan 2577 sayılı Kanun, usulü düzenlerken, 2575 sayılı Kanun ise *Danıştay*'ı yeniden düzenledi²⁶. Bugün, 22 tane idare mahkemesi ve 33 tane de vergi mahkemesi bulunmaktadır, her iki ilk derece mahkemesi de genel yargı yetkisine sahip mahkemelerdir ve 3 üyelidirler; idare mahkemeleri ise tek hakimli de olabilirler. Bir başkan ve üç üyeden oluşan 22 Bölge İdare Mahkemesi²⁷ ve bir de *Danıştay* bulunmaktadır. *Danıştay*, sahip olduğu yargılama yetkisiyle, şu an en yüksek idari mahkemedir ve başlıca yetkisi temyiz yargılamasını yapmaktır. Ayrıca, gerektiğinde, kanunla gösterilen konularda ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. *Danıştay*'ın yargı kısmında 12 daire bulunmaktadır, bir Genel Kurul ve bir de kararları herkes için bağlayıcı olan ve içtihatları birleştirmek²⁸ görevine sahip olan İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu bulunmaktadır²⁹. Dava Daireleri Genel Kurulu, Türk idare hukukunun çok etkili ve önemli bir parçasıdır. *Danıştay* ayrıca klasik olarak bir danış(ıl)ma işlevine de sahiptir. Bugün idari yargılama sistemi; *Danıştay* (Turkish Conseil d'Etat), idare ve Bölge İdare Mahkemeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nden teşekkül

²⁴ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu der ki: "Kanuni olarak; *Danıştay* incelemesinin sadece bir görüş vermekten ibaret olduğu ve bağlayıcı olmadığı kabul edilemez. Bakanlar Kurulu'nun bir tüzük çıkarabilmesi için bunu *Danıştay* incelemesinden geçirmesi Anayasal bir zorunluluktur. 'Düşünce, görüş bildirmek' ile 'inceleme yapmak' farklı kavramlardır. Anayasa'nın 155. maddesinde de bu ayrım belirtilmiştir." 87/31, 86/45, 12 Haziran 1987, (1989), 86-69, *Danıştay Dergisi*, sf. 201-211.

²⁵ L. N. Brown & J. S. Bell, *French Administrative Law* (5. bs, 1998), sf. 51-54.

²⁶ Bu son kanun; 1964 tarihli 521 sayılı *Danıştay Kanunu*'nun yerini aldı ve kendisi de 1990 yılında 3619 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

²⁷ Bölge İdare Mahkemeleri, alt derece idari mahkemelerin tek hâkimle vermiş oldukları kararlara karşı yapılan başvuruları inceler, uyuşmazlıkları çözer ve kanunla kendisine verilen diğer görevleri yerine getirir. Bir kişi doğrudan Bölge İdare Mahkemesi'ne dava açma yoluna gidemez. (2576 sayılı Kanun'un 8. maddesi).

²⁸ İçtihatları Birleştirme Kararları, bir ay içinde Resmi Gazete'de yayımlanır ve hem *Danıştay* hem de diğer tüm idari mahkemeler için bağlayıcıdır.

²⁹ İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun toplanıp görüşebilmesi için en az 31 üyesi hazır bulunmalıdır.

etmiş olup iptal ve tam yargı davasını da içeren elverişli yargı yollarını bünyesinde barındırmaktadır³⁰.

Fransız modeli; evrensel modern kurumların, yerel gerçeklerin, ihtiyaç ve kavramların dengeli bir birleşmesine dayanan bağımsız bir Türk idare hukukunu meydana getiren *Danıştay*'ın oluşturulmasında, yapısında, içeriğinde ve özünde baskın olan modeldir. Fransız idare hukuku ve Conseil d'Etat kararları, kaynak olarak, Türk hukuk fakültelerindeki idare hukuku eğitimi ve eğitiminin bir parçası olarak bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye'nin yetiştirdiği en önemli idare hukuku ilim adamı olan rahmetli Sıddık Sami Onar'ın çalışmalarına³¹ bakıldığında; Berthelemy, Blandeaux, Bonnard, Capart, Challot, de Corail, Culmann, Duguít, Fleiner, Hauriou, Jeze, Laubadere, Langrad, Wauthier, Maurau, Simonard, Rolland, Vedel, Waline, Watrin, Wigny ve Zanobini'ye kadar geniş bir bibliyografya çalışması görülebilecektir. İdare hukuku akademisyenlerinin Fransızca bilmeleri beklenir. Bununla birlikte *Danıştay* kararları ara sıra Fransız doktrinine ve daha nadiren Fransız davalarına atıfta bulunsa da mahkemenin yıllar geçtikte daha etkin hale gelmesiyle tüm bu göndermelerin sıklığı azalmıştır³².

V. DANIŞTAY'IN ÇALIŞMASINI GÖSTEREN BAZI ÖRNEKLER

Son yıllarda *Danıştay*, *Anayasa Mahkemesi* ile birlikte, kamu yararını koruma noktasında, ilkokullarda verilen Kuran kurslarından orman arazisi üzerinde yapılmasına izin verilen üniversitelerin izin işlemlerine kadar Bakanlıkların ve yerel idarelerin işlemlerini iptal etmek suretiyle ziyadesiyle aktif hale gelmiştir. Aşağıdaki örnekler de *Danıştay*'ın bugünkü çalışmasını göstermeye yarayabilir. Bunların karşılıkları da Fransız Conseil d'Etat kararlarında kolaylıkla bulunabilir.

³⁰ Dava, Fransa'daki 'iki ay'a benzer şekilde, idari karardan itibaren 60 gün içerisinde açılmalıdır (2577 sayılı Kanun, md. 7). Bununla birlikte sistemimizde, Fransa'nın aksine, *actio popularis* bulunmamaktadır. Şahsi menfaat olmalıdır. İdare, mahkeme kararından itibaren altmış gün içinde işlem tesis etmelidir, aksi takdirde maddi ve manevi zarar meydana gelecektir. İlgili kişi, ayrıca, bunu kasten yerine getirmeyen görevli aleyhine de dava açabilir (2577 sayılı Kanun, md. 28).

³¹ S.S. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (İsmail Akgün, 1952, 1960, 1966).

³² Buna rağmen, son zamanlarda "idari vesayet" alanında bazı atıflar yapılmaktadır (bkz. yukarıdaki dipnot 14). Aynı zamanda, geri alma süresi geçmiş olsa dahi, ilgilinin hilesi ile tesis edilen idari işlemin geri alınmasıyla ilgili olarak Fransız doktrini ve hukukuna atıfta bulunan İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. 87/1, 2, 4; 87/2, 6 Temmuz 1987; RG: 19759, 19 Mart 1988.

A. Toplumsal Değerler ve İhtiyaçlar

1933'te *Danıştay*, İzmir Adliyesi'ne türban (baş örtüsü) takmış ve bunu çıkarmayı reddederek giren kadın stajyer avukatın Baro listesinden kaydını silen İzmir Barosu'nun bu kararını onaylayan Türkiye Barolar Birliği kararını hukuka uygun bulmuştu. Türkiye Barolar Birliği'nin ret kararına karşı Bakanlığa başvuru üzerine Bakanlık, Barolar Birliği'nin kararını onaylamamıştı. İlk derece idare mahkemesi, Bakanlığın lehine karar vermişti. *Danıştay* Kanun Sözcüsü ise, mevcut şartlar göz önünde bulundurulduğunda bu konunun "din özgürlüğü" başlığı altında değerlendirilemeyeceğini belirtmişti: "Hukuk kurallarıyla yönetilen laik devlet kurallarına aykırı olan stajyer avukatın davranışının, avukatlık mesleğine yaraşmadığı; avukat olmasına ve mesleği sürdürmesine engel bir hal olduğu açıktır." Ayrıca *Danıştay*, konuyu, sadece dar çerçevede bir ahlaki mesele gibi gören idare mahkemesinin bu değerlendirmesini, hukukun yanlış yorumlanması olarak gördü³³. Bu davayı Fransa'daki "İslamî başörtüsü" davası ile karşılaştırınca şunu açıkça söyleyebiliriz ki hem Fransız hem Türk Mahkemeleri, zor bir sosyal problemin hakemleri olarak hareket etmektedirler. Fakat, farklı çözümlere varmışlardır. Her iki ülkede de var olan "laiklik" ilkesi Türkiye'de daha fazla tehdit altında olduğundan *Danıştay*, Conseil d'Etat'ya göre daha tutucu bir tavır almıştır³⁴.

Bir başka davada, *Danıştay* (*Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu*), ilkokula giden çocukların yalnızca sekizinci sınıftan sonra Kuran kurslarına katılabileceğine karar vermiştir³⁵. Kuran kurslarına yönelik yapılan düzenleme değişikliğini iptal ederken *Danıştay* şunu demiştir: "Söz konusu değişiklik, beş yıllık eğitimi tamamlayanlara yöneliktir, dolayısıyla kanuna aykırı bir hüküm içermek suretiyle Sekiz Yıllık Kesintisiz Eğitim Kanunu'nu ihlal etmektedir. Bu kanunun kabul edilme nedeni, henüz pozitif bilimleri ve çağdaş eğitimi tam kavrayamamış taze zihinlere yeterli bir bilince ulaşmadan teokratik bir eğitim verilmemesi ve ayrıca Tevhid-i Tedrisat Kanunu koşullarının yerine getirilmesi gereği idi."

³³ 8.D., 92/3342; 93/2611; 5 Temmuz 1993, Bkz. E. Örucü, "Turkey: A Survey of the Public Law Framework" 5 *European Public Law* (1999), 30 at sf. 38. Ayrıca bir özet için bkz. (1991) *Euro. C.L.K.*, 2395.

³⁴ *Conseil d'Etat*'nin okullarda başörtüsü takılmasını bir kişisel hak gördüğü ve yıllarca istikrarlı bir şekilde bu düşüncesini devam ettirdiği, 1989'da karşı yöndeki düşüncesi için bkz. Brown & Bell, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 25, sf. 160. *Ministre de l'éducation nationale v. Ali* CE 20 Mayıs 1996.

³⁵ 27 Haziran 1998. *Cumhuriyet* gazetesi haberi, 21 Temmuz 1999.

Bir diğer davada ise Ankara 9. İdare Mahkemesi, Turizmi Teşvik Kanunu'nda değişiklik yapan 4302 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile getirilen; talih oyunları işletmelerinin kapatılması ve bununla ilgili yapılmış olan kira sözleşmelerinin feshine dair düzenlemenin Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan "dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğü"ne, ölçülülük ilkesine ve kazanılmış haklara aykırı olduğunu belirterek, Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla meseleyi *Anayasa Mahkemesi*'ne taşımıştır. *Anayasa Mahkemesi*, yabancı sermaye ve dövizi ülkeye getirmek amacıyla 1982 yılında talih oyunları işletmelerine izin verildiğine işaret ederek madde 1'i Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Değişikliğin gerekçesinde; talih oyunları işletmelerinin toplumda büyük ölçüde kumar alışkanlığına imkan verdiği, kayıt dışı ekonomiyi beslediği, kara para aklanmasına yardımcı olduğu, ailelerin parçalanmasına ve hatta ölümlere yol açtığı, toplumsal yapı ve değerlerimize uymadığı açıklanmıştır. Ayrıca bu işletmelerden sağlanan karların sektöre geri dönmemesi nedeniyle ülke ekonomisine katkıda bulunmadığı belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi, haklara sınırlama getirilebileceğini düzenlemiştir: "Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, kanunla sınırlanabilir.". Dolayısıyla işletmeler, kanun koyucu tarafından öngörülen amaçları gerçekleştirememesinin yanı sıra sosyal hayata ve kamu güvenliğine zarar da veriyorlardı. Verilen bir izin, yukarıda sayılan sebeplerden dolayı, daha sonraki bir tarihte aynı şekilde kamu yararı için geri de alınabilir³⁶.

B. Ekonomik Mülahazalar

Danıştay, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın BOTAŞ distribütörlerinin doğalgaz satış fiyatına gerekli araştırma yapılmadan %45 artış yapılmasına izin verilmesine dair kararını iptal ederken şöyle demiştir: "İdare, satış fiyatının alt ve üst limitlerini belirleyebilir fakat bu belirleme yetkisi "gerekli araştırmalardan" sonra "piyasa şartları" ve "kamu yararı"na uygun şekilde kullanılmalıdır."³⁷.

Bir başka davada, bir Türkiye Radyo ve Televizyonu (TRT) personelinin yıllık maaşı, TRT Yönetim Kurulu'nun önerisi üzerine Bakanlar Kurulu

³⁶ Resmi Gazete No. 23554; 15 Aralık 1998.

³⁷ 95/5447; 98/1162; 15 Mart 1998; (1999) 97 *Danıştay Dergisi*, 649-652. ^[1] ^[2] ^[3] ^[4] ^[5] ^[6] ^[7] ^[8] ^[9] ^[10] ^[11] ^[12] ^[13] ^[14] ^[15] ^[16] ^[17] ^[18] ^[19] ^[20] ^[21] ^[22] ^[23] ^[24] ^[25] ^[26] ^[27] ^[28] ^[29] ^[30] ^[31] ^[32] ^[33] ^[34] ^[35] ^[36] ^[37] ^[38] ^[39] ^[40] ^[41] ^[42] ^[43] ^[44] ^[45] ^[46] ^[47] ^[48] ^[49] ^[50] ^[51] ^[52] ^[53] ^[54] ^[55] ^[56] ^[57] ^[58] ^[59] ^[60] ^[61] ^[62] ^[63] ^[64] ^[65] ^[66] ^[67] ^[68] ^[69] ^[70] ^[71] ^[72] ^[73] ^[74] ^[75] ^[76] ^[77] ^[78] ^[79] ^[80] ^[81] ^[82] ^[83] ^[84] ^[85] ^[86] ^[87] ^[88] ^[89] ^[90] ^[91] ^[92] ^[93] ^[94] ^[95] ^[96] ^[97] ^[98] ^[99] ^[100] ^[101] ^[102] ^[103] ^[104] ^[105] ^[106] ^[107] ^[108] ^[109] ^[110] ^[111] ^[112] ^[113] ^[114] ^[115] ^[116] ^[117] ^[118] ^[119] ^[120] ^[121] ^[122] ^[123] ^[124] ^[125] ^[126] ^[127] ^[128] ^[129] ^[130] ^[131] ^[132] ^[133] ^[134] ^[135] ^[136] ^[137] ^[138] ^[139] ^[140] ^[141] ^[142] ^[143] ^[144] ^[145] ^[146] ^[147] ^[148] ^[149] ^[150] ^[151] ^[152] ^[153] ^[154] ^[155] ^[156] ^[157] ^[158] ^[159] ^[160] ^[161] ^[162] ^[163] ^[164] ^[165] ^[166] ^[167] ^[168] ^[169] ^[170] ^[171] ^[172] ^[173] ^[174] ^[175] ^[176] ^[177] ^[178] ^[179] ^[180] ^[181] ^[182] ^[183] ^[184] ^[185] ^[186] ^[187] ^[188] ^[189] ^[190] ^[191] ^[192] ^[193] ^[194] ^[195] ^[196] ^[197] ^[198] ^[199] ^[200] ^[201] ^[202] ^[203] ^[204] ^[205] ^[206] ^[207] ^[208] ^[209] ^[210] ^[211] ^[212] ^[213] ^[214] ^[215] ^[216] ^[217] ^[218] ^[219] ^[220] ^[221] ^[222] ^[223] ^[224] ^[225] ^[226] ^[227] ^[228] ^[229] ^[230] ^[231] ^[232] ^[233] ^[234] ^[235] ^[236] ^[237] ^[238] ^[239] ^[240] ^[241] ^[242] ^[243] ^[244] ^[245] ^[246] ^[247] ^[248] ^[249] ^[250] ^[251] ^[252] ^[253] ^[254] ^[255] ^[256] ^[257] ^[258] ^[259] ^[260] ^[261] ^[262] ^[263] ^[264] ^[265] ^[266] ^[267] ^[268] ^[269] ^[270] ^[271] ^[272] ^[273] ^[274] ^[275] ^[276] ^[277] ^[278] ^[279] ^[280] ^[281] ^[282] ^[283] ^[284] ^[285] ^[286] ^[287] ^[288] ^[289] ^[290] ^[291] ^[292] ^[293] ^[294] ^[295] ^[296] ^[297] ^[298] ^[299] ^[300] ^[301] ^[302] ^[303] ^[304] ^[305] ^[306] ^[307] ^[308] ^[309] ^[310] ^[311] ^[312] ^[313] ^[314] ^[315] ^[316] ^[317] ^[318] ^[319] ^[320] ^[321] ^[322] ^[323] ^[324] ^[325] ^[326] ^[327] ^[328] ^[329] ^[330] ^[331] ^[332] ^[333] ^[334] ^[335] ^[336] ^[337] ^[338] ^[339] ^[340] ^[341] ^[342] ^[343] ^[344] ^[345] ^[346] ^[347] ^[348] ^[349] ^[350] ^[351] ^[352] ^[353] ^[354] ^[355] ^[356] ^[357] ^[358] ^[359] ^[360] ^[361] ^[362] ^[363] ^[364] ^[365] ^[366] ^[367] ^[368] ^[369] ^[370] ^[371] ^[372] ^[373] ^[374] ^[375] ^[376] ^[377] ^[378] ^[379] ^[380] ^[381] ^[382] ^[383] ^[384] ^[385] ^[386] ^[387] ^[388] ^[389] ^[390] ^[391] ^[392] ^[393] ^[394] ^[395] ^[396] ^[397] ^[398] ^[399] ^[400] ^[401] ^[402] ^[403] ^[404] ^[405] ^[406] ^[407] ^[408] ^[409] ^[410] ^[411] ^[412] ^[413] ^[414] ^[415] ^[416] ^[417] ^[418] ^[419] ^[420] ^[421] ^[422] ^[423] ^[424] ^[425] ^[426] ^[427] ^[428] ^[429] ^[430] ^[431] ^[432] ^[433] ^[434] ^[435] ^[436] ^[437] ^[438] ^[439] ^[440] ^[441] ^[442] ^[443] ^[444] ^[445] ^[446] ^[447] ^[448] ^[449] ^[450] ^[451] ^[452] ^[453] ^[454] ^[455] ^[456] ^[457] ^[458] ^[459] ^[460] ^[461] ^[462] ^[463] ^[464] ^[465] ^[466] ^[467] ^[468] ^[469] ^[470] ^[471] ^[472] ^[473] ^[474] ^[475] ^[476] ^[477] ^[478] ^[479] ^[480] ^[481] ^[482] ^[483] ^[484] ^[485] ^[486] ^[487] ^[488] ^[489] ^[490] ^[491] ^[492] ^[493] ^[494] ^[495] ^[496] ^[497] ^[498] ^[499] ^[500] ^[501] ^[502] ^[503] ^[504] ^[505] ^[506] ^[507] ^[508] ^[509] ^[510] ^[511] ^[512] ^[513] ^[514] ^[515] ^[516] ^[517] ^[518] ^[519] ^[520] ^[521] ^[522] ^[523] ^[524] ^[525] ^[526] ^[527] ^[528] ^[529] ^[530] ^[531] ^[532] ^[533] ^[534] ^[535] ^[536] ^[537] ^[538] ^[539] ^[540] ^[541] ^[542] ^[543] ^[544] ^[545] ^[546] ^[547] ^[548] ^[549] ^[550] ^[551] ^[552] ^[553] ^[554] ^[555] ^[556] ^[557] ^[558] ^[559] ^[560] ^[561] ^[562] ^[563] ^[564] ^[565] ^[566] ^[567] ^[568] ^[569] ^[570] ^[571] ^[572] ^[573] ^[574] ^[575] ^[576] ^[577] ^[578] ^[579] ^[580] ^[581] ^[582] ^[583] ^[584] ^[585] ^[586] ^[587] ^[588] ^[589] ^[590] ^[591] ^[592] ^[593] ^[594] ^[595] ^[596] ^[597] ^[598] ^[599] ^[600] ^[601] ^[602] ^[603] ^[604] ^[605] ^[606] ^[607] ^[608] ^[609] ^[610] ^[611] ^[612] ^[613] ^[614] ^[615] ^[616] ^[617] ^[618] ^[619] ^[620] ^[621] ^[622] ^[623] ^[624] ^[625] ^[626] ^[627] ^[628] ^[629] ^[630] ^[631] ^[632] ^[633] ^[634] ^[635] ^[636] ^[637] ^[638] ^[639] ^[640] ^[641] ^[642] ^[643] ^[644] ^[645] ^[646] ^[647] ^[648] ^[649] ^[650] ^[651] ^[652] ^[653] ^[654] ^[655] ^[656] ^[657] ^[658] ^[659] ^[660] ^[661] ^[662] ^[663] ^[664] ^[665] ^[666] ^[667] ^[668] ^[669] ^[670] ^[671] ^[672] ^[673] ^[674] ^[675] ^[676] ^[677] ^[678] ^[679] ^[680] ^[681] ^[682] ^[683] ^[684] ^[685] ^[686] ^[687] ^[688] ^[689] ^[690] ^[691] ^[692] ^[693] ^[694] ^[695] ^[696] ^[697] ^[698] ^[699] ^[700] ^[701] ^[702] ^[703] ^[704] ^[705] ^[706] ^[707] ^[708] ^[709] ^[710] ^[711] ^[712] ^[713] ^[714] ^[715] ^[716] ^[717] ^[718] ^[719] ^[720] ^[721] ^[722] ^[723] ^[724] ^[725] ^[726] ^[727] ^[728] ^[729] ^[730] ^[731] ^[732] ^[733] ^[734] ^[735] ^[736] ^[737] ^[738] ^[739] ^[740] ^[741] ^[742] ^[743] ^[744] ^[745] ^[746] ^[747] ^[748] ^[749] ^[750] ^[751] ^[752] ^[753] ^[754] ^[755] ^[756] ^[757] ^[758] ^[759] ^[760] ^[761] ^[762] ^[763] ^[764] ^[765] ^[766] ^[767] ^[768] ^[769] ^[770] ^[771] ^[772] ^[773] ^[774] ^[775] ^[776] ^[777] ^[778] ^[779] ^[780] ^[781] ^[782] ^[783] ^[784] ^[785] ^[786] ^[787] ^[788] ^[789] ^[790] ^[791] ^[792] ^[793] ^[794] ^[795] ^[796] ^[797] ^[798] ^[799] ^[800] ^[801] ^[802] ^[803] ^[804] ^[805] ^[806] ^[807] ^[808] ^[809] ^[810] ^[811] ^[812] ^[813] ^[814] ^[815] ^[816] ^[817] ^[818] ^[819] ^[820] ^[821] ^[822] ^[823] ^[824] ^[825] ^[826] ^[827] ^[828] ^[829] ^[830] ^[831] ^[832] ^[833] ^[834] ^[835] ^[836] ^[837] ^[838] ^[839] ^[840] ^[841] ^[842] ^[843] ^[844] ^[845] ^[846] ^[847] ^[848] ^[849] ^[850] ^[851] ^[852] ^[853] ^[854] ^[855] ^[856] ^[857] ^[858] ^[859] ^[860] ^[861] ^[862] ^[863] ^[864] ^[865] ^[866] ^[867] ^[868] ^[869] ^[870] ^[871] ^[872] ^[873] ^[874] ^[875] ^[876] ^[877] ^[878] ^[879] ^[880] ^[881] ^[882] ^[883] ^[884] ^[885] ^[886] ^[887] ^[888] ^[889] ^[890] ^[891] ^[892] ^[893] ^[894] ^[895] ^[896] ^[897] ^[898] ^[899] ^[900] ^[901] ^[902] ^[903] ^[904] ^[905] ^[906] ^[907] ^[908] ^[909] ^[910] ^[911] ^[912] ^[913] ^[914] ^[915] ^[916] ^[917] ^[918] ^[919] ^[920] ^[921] ^[922] ^[923] ^[924] ^[925] ^[926] ^[927] ^[928] ^[929] ^[930] ^[931] ^[932] ^[933] ^[934] ^[935] ^[936] ^[937] ^[938] ^[939] ^[940] ^[941] ^[942] ^[943] ^[944] ^[945] ^[946] ^[947] ^[948] ^[949] ^[950] ^[951] ^[952] ^[953] ^[954] ^[955] ^[956] ^[957] ^[958] ^[959] ^[960] ^[961] ^[962] ^[963] ^[964] ^[965] ^[966] ^[967] ^[968] ^[969] ^[970] ^[971] ^[972] ^[973] ^[974] ^[975] ^[976] ^[977] ^[978] ^[979] ^[980] ^[981] ^[982] ^[983] ^[984] ^[985] ^[986] ^[987] ^[988] ^[989] ^[990] ^[991] ^[992] ^[993] ^[994] ^[995] ^[996] ^[997] ^[998] ^[999] ^[1000]

tarafından belirlenmiştir. 1990 yılı için kararlaştırılan miktar, bir önceki yıldan daha az bir miktarda kararlaştırılmıştır. Personel, dava açmış, Ankara 7. İdare Mahkemesi, personelin; belirlenen yeni miktarın ülkenin ekonomik koşullarına uygun olmadığı, Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki iddiasını uygun bulmamıştır. Bunun üzerine personel temyiz yoluna giderek *Danıştay*’a başvurmuştur. *Danıştay* 5. Dairesi, Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk kurallarına bağlı bir sosyal devlet olduğunu ifade eden Anayasa’nın 2. maddesine, devleti; ailede huzur ve refahın sağlanması ve çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutan 41. ve 55. maddelerine dayanmış; söz konu hükümlerin, çalışanların maaşlarını belirlemeye yetkili olanlara yol gösterdiğini, geçmişte Türkiye’de oluşan çok yüksek enflasyon oranları nedeniyle Bakanlar Kurulu’nun yılda iki kez ücret ve maaşlarda artış yaptığını ifade etmiştir. Bu yüzden Mahkemeye göre; maaş seviyesi en az 1989 yılındaki miktarın düzeyinde kalmalıydı. *Danıştay*’a göre, bu, yukarıda yer alan ilkeler göz önünde bulundurulmadan takdir yetkisi kullanıldığından ötürü, yetkinin kullanımında “açık bir takdir hatası”³⁸ yapıldığı anlamına gelmekteydi. İdare Mahkemesi kararı bozularak, bozma kararı ışığında yeniden karar vermek üzere geri gönderilmiştir³⁹.

Kamu hizmetinden yararlananlar için tarife fiyat listeleri idareler tarafından belirlenirken bazı unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır. *Danıştay*’a göre, bunlar; sosyal faktörler, ekonomik koşullar, enflasyon oranları, objektif ve makul kriterlerdir. Bunlar dikkate alınmadığında idare mahkemeleri idari kararı iptal etme yoluna gidecektir⁴⁰.

Çevreyi koruma hususunda *Danıştay*, *Conseil d’Etat*’ya benzer şekilde hassastır ve “çağdaş toplumun ruhu”na uymaya çalışmaktadır⁴¹. Bir davada, *Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu*, idare tarafından kendilerine tahsis edilen ormanlık alanda kampüslerini kuran üniversitelerin bu kampüslerini kapatmaları veya inşa sürecindeyse bunu durdurmaları gerektiğine karar verdi⁴². Bu dava, Orman Mühendisleri Odası tarafından, İstanbul’daki Koç Üniversitesi’ne karşı *Danıştay*’ın önüne getirilmişti ve hâlihazırda orman

³⁸ *Conseil d’Etat* tarafından ekonomik ve sosyal haklara benzer bir yaklaşımı gösteren, Brown & Bell tarafından tartışılan davalar için bkz. *adi geçen eser*, yukarıdaki dipnot 25, sf. 227-229.

³⁹ 5.D., 91/3725; 92/1960; 23 Haziran 1992. Ayrıca bir özet için bkz. (1994) *Euro. C.L.Y.*, 166.

⁴⁰ 9.D., 90/3310, 91/1788; 15 Mayıs 1991; 84-85 (1992) *Danıştay Dergisi*, 635.^[1]

⁴¹ Brown & Bell, *adi geçen eser*, yukarıdaki dipnot. 25, sf. 299.

⁴² Hürriyet, 15 Temmuz 1999.

alanı içerisinde kampüs inşa etmiş bulunan üniversitelerin buraları boşaltması için de bir emsal teşkil edecektir.

C. İnsan Hakları ve Özgürlükler

“Günün Yorumu” isimli bir televizyon programına ilişkin bir davada idare, programın “toplumun milli ve manevi değerlerine” uymadığını iddia etmiş, 3984 sayılı Kanun’un 4/b maddesi gereği de söz konusu özel tv kanalına disiplin yaptırımı uygulamıştır. 10. Daire program içeriğini ve konuşmacının; Anayasa değişikliğine ilişkin süreci, parlamentoda tartışılma yöntemine, gizli oy kullanılma sürecine ve daha sonra kişisel oyların kullanılma şeklinin medyaya sızmasına dair yapmış olduğu eleştirileri incelemiştir. Programdaki konuşma, Mahkeme tarafından, kamuoyunu bilinçlendirmek ve kamuoyunda bir fikir oluşturmak amacıyla matuf konuşma olarak değerlendirilip eleştiri ve yorum sınırları içerisinde görüşmüştür. Madde 4/b’ye ve yayıncılık ilkelerine herhangi bir aykırılık görülmemiştir. Dolayısıyla idari karar iptal edilmiştir⁴³.

Danıştay, Anayasal hak ve özgürlüklerin ötesine bakar ve düzenli olarak *Anayasa Mahkemesi*’ne yaptığı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne atıflar yapar. Örneğin bir davada, *Danıştay*, sanığın kendisini yargılayan mahkemenin yargı çevresi dışında bir bölgede yer alan cezaevine naklini düzenleyen genelgenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (madde 5 ve 6), adil yargılama ilkesine ve iddia ve savunmanın eşitliği ilkelerine aykırı olduğuna karar vermiştir⁴⁴.

Anayasa’nın; *Sayıştay* kararlarının idari mahkemeler tarafından iptal edilmeyeceğine dair 160. maddesine rağmen Ankara Bölge İdare Mahkemesi, bu maddenin AİHS’nin ihlali olduğunu ve AİHS hükümleri daha üst normlar olduklarından mahkemenin bunları anayasal hükümlerden öncelikli ve daha üstün tutmak zorunda olduğunu belirtmiş, bu nedenle de kararları denetleyeceğine karar vermiştir⁴⁵. Fransa’da olduğu gibi, yargı denetiminin devre dışı bırakılması neredeyse imkansızdır⁴⁶.

Memurların sendikal haklarıyla ilgili olaraksa *Danıştay*, Türk Anayasası’nın memurların sendika kurmasını engelleyen bir hüküm içermediğine karar vermiştir. Bu hak açıkça sağlanmış olmamasına rağmen, sırf Anayasa’da yer almayan diye bir haktan yararlanılmasını yasaklamak

⁴³ 10.D., 96/8401; 98/2672; 17 Haziran 1998; (1999) 98 *Danıştay Dergisi* 594-596.

⁴⁴ 10.D., 96/7166; 98/5511; 3 Kasım 1998; (1999) 99 *Danıştay Dergisi*, 473-478.

⁴⁵ P. Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş* (1996), sf. 286-288.

⁴⁶ İlgili davalar için bkz. Brown & Bell, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 25, sf. 171-174.

mümkün değildir; önemli olan, temel hak ve özgürlüklerin Anayasal güvence altında bulunuyor olmasıdır. Memurların sendika kurma hakları AİHS'nin 11. maddesiyle güvence altına alınmıştır, Türkiye'de de 6366 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir ve dolayısıyla iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Anayasa'nın 90. maddesine göre, bu hükümler için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz. Türk hukuku, memurların sendika kurması için izin alınması gerektiğini belirtmiyor, sendikalar ilgili idarelere gerekli belgeleri verdikleri zaman tüzel kişiliklerini kazanırlar, idare de tüzel kişilerin faaliyetlerine, genel kolluk yetkisini kullanarak müdahale edemez. Bu karar, bir grup öğretmenin "Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası" isimli bir sendika kurduğu ve ilgili belgeleri Ankara Valiliği'ne teslim ettikleri bir davada verildi. İşleri Bakanlığı, Valiliğe, memurların sendika kuramayacaklarını ve sendikal faaliyetlerde bulunamayacaklarını belirten bir genelge gönderdi ve bu genelgeye göre hareket edilmesi gerektiğini bildirdi. Davacı, düzenleyici idari işlem olan söz konusu genelgenin iptali için *Danıştay*'a başvurdu. *Danıştay*'a göre; bu tip tüzel kişiliklerinin faaliyetlerinin sınırlandırılmasına ya da sona erdirilmesine sadece yetkili mahkemeler karar verebilir, eğer idare bir kamu görevlileri sendikasının kuruluşunda veya faaliyetlerinde hukuka aykırılık olduğunu düşünüyorsa o zaman yapabileceği başvurabileceği tek yol, mahkemeye gitmektir. Bu nedenle genelgenin yetki sakatlığı nedeniyle iptal edilmesine karar verilmiştir⁴⁷.

D. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi

"Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi" de *Danıştay* için onlarca yıldır bir işgal alanı olmuştur. Bu alan, bol miktarda uyuşmazlığın ve davanın bulunduğu bir alandır. Son anayasal değişiklikten sonraki durum henüz görülmemiş olsa da⁴⁸ bu alanda birkaç gelişmeyi görebilmekteyiz. Biri *I. Daire*, diğeri *İdari İşler Kurulu* olmak üzere *Danıştay*'ın iki kararı, *Danıştay*'ın imtiyaz sözleşmelerini incelerken, "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesini inceleme"nin bir parçası olarak tarafları da araştırabileceğini içermektedir⁴⁹. Mevcut davalarda; TEDAŞ'tan elektrik enerjisi dağıtımını üzerine alan şirketin ortaklarının özel bir radyo ve televizyon kuruluşunda yüzde 10'un üzerinde hisseye sahip oldukları anlaşılmıştır. 3984 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre, bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda,

⁴⁷ 10.D., 91/1262; 92/3911; 10 Kasım 1992. Ayrıca bir özet için bkz. in (1994) *Euro. C.L.Y.* 108.

⁴⁸ Ve 2577 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 21 Aralık 1999 tarih 4492 sayılı Kanun, RG: 23913. ¹¹ ¹¹ ¹¹

⁴⁹ Anayasa'nın 155. maddesinin değişiklikle kaldırılmış bir görev. Ayrıca bkz. **aynı yer**.

“fiilen ya da kanunen tekelleşme ve kartelleşmenin ortaya çıkmasını engellemek” amacıyla (Anayasa 167. madde), yüzde 10’dan fazla hisseye sahip olmak, devletten başka bir taahhüt işini almaya engel teşkil edecektir. 1. Daire bunu hukuka aykırı bulmuşken, *İdari İşler Kurulu* hukuka uygun bulmuştur⁵⁰.

Son zamanlarda da görülmektedir ki⁵¹ *Danıştay*, üç sözleşme için yürütmenin durdurulması kararı vermiştir, bunlar; İstanbul’un Anadolu yakasında elektrik enerjisinin dağıtımı ve ticareti için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Aktaş Elektrik Şirketi arasındaki “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi”; aynı bakanlık ile TEDAŞ arasında imzalanan işletme hakkının devrine yönelik “yap-işlet-devret” sözleşmesi ve aynı Bakanlık ile TEAŞ arasında yapılan “elektrik satış sözleşmesi”. Bunları, 3095 sayılı Kanun’a aykırılık iddiasıyla, iptal ve yürütmenin durdurulması talebiyle idari mahkemelerin önüne getiren Elektrik Mühendisleri Odası olmuştur. 10. Daire’nin ret kararından sonra EMO, temyize gitti. Adli tatil sırasında, nöbetçi daire, “İmzalanan sözleşmeye konu işler üstlenilirken kamu yararı göz önünde bulundurulmamıştır.” şeklinde karar verdi. 10. Daire daha sonra davanın esası hakkında karar verecek.

Benzer bir uyuşmazlık daha 1991 yılında *Danıştay*’ın önüne geldi ve 1993 yılında bunun hakkında karar verildi. Davayı açan, İstanbul Anadolu yakasının tamamı için; elektrik üretimi, iletimi, ticareti ve dağıtımı da içeren işletme hakkının TEAŞ’tan Aktaş Elektrik Şirketi’ne 30 yıllığına devrini öngören sözleşmenin iptalini istemişti. *Danıştay*, kamu hizmeti olarak nitelendirilen bir görevin yerine getirilmesi idari sözleşme ile bir özel şirkete devredilirse bunun kamu hizmetinin, imtiyaz sözleşmesi ile hâlihazırda yerine getirildiği anlamına geldiğini belirtti. Bunun için sözleşme süresi boyunca, hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin, kanun tarafından belirlenen tarife esas alınarak tahsil edilmeli ve sözleşme uzun süreli olmalıdır. Anayasa’nın orijinal halindeki 155/2 maddesine göre *Danıştay*, diğer görevlerinin yanında, bu tip imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerin şartlarını da incelemek görevine sahiptir. Bu davadaki sözleşme böyle türde bir incelemeden geçirilmemişti ve bu yüzden iptal edildi⁵².

E. Genel Olarak İdari Sözleşmeler

⁵⁰ 1.D., 98/105; 98/295; 4 Kasım 1998; İİK, 98/178; 98/199; 15 Aralık 1998; (1999) 99 *Danıştay Dergisi* 31-37.

⁵¹ Hürriyet 4 Eylül 1999.

⁵² 10.D., 91/1, 93/1752, 29 Nisan 1993, Ayrıca bir özet için bkz. in (1994) *Euro. C.L.Y.* 2493.

Hem idari mahkemeler hem de *Anayasa Mahkemesi*, “idari sözleşmeler” teriminin tanımını genişletmek için her zaman istekli olmuşlardır. Güran, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ek olarak, idari mahkemelerin, idari sözleşmelerin kapsamını, kamu idaresinin taraf olduğu ve aksi düşünüldüğünde özel hukuk kurallarıyla yönetiliyormuş gibi görünecek tüm sözleşmeleri içine alacak şekilde genişlettiğini belirtmektedir⁵³. Örneğin, devlet ormanlarının işletilmesine dair idarenin yapmış olduğu bir sözleşme hem *Danıştay* hem de *Uyuşmazlık Mahkemesi* tarafından kamu malının işletilmesiyle ilgili olması ve idareye üstün haklar tanınması gerekçesiyle idari sözleşme olarak nitelendirildi. Bir belediyenin sahip olduğu petrol deposunun kiralanması da bir idari sözleşme olarak kabul edilmişti⁵⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesi, her ne kadar Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş olsa da Adalet Bakanlığı'nın teşkilatını güçlendirmek amacıyla Bakanlığa bağlı olarak kurulan, özel hukuk tüzel kişisi olan vakıf tarafından Bakanlık personeline lojman tahsisinin idari bir karar olarak görülmesi gerektiğine ve çıkacak uyuşmazlıkların idari mahkemelerde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Burada kullanılan kriterler vakıf yöneticilerinin üst kademe kamu personeline oluşması ile vakfın bir kamu hizmeti görmek üzere kurulmasıydı. Sonuç olarak hem yapısı hem de işlevi kamu hukuku alanına girmektedir ve lojman tahsisine yönelik sözleşme “adalet hizmeti”ne bitişik bir hizmettir⁵⁵.

F. Özelleştirme ve Dava Ehliyeti

Son zamanlarda sürekli devam eden bir özelleştirme dalgası başlamıştır. Başbakanlık Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun aldığı bazı kararlar şu özelleştirmeleri göstermektedir; Türkiye Zirai Donatım Kurumu'nun taşınmaz malları, Gerkonsan AŞ'nin hisseleri, Asil Çelik'teki Eximbank hisseleri, Türkiye Demiş Çelik İşletmeleri'nin Mannesmann Boru Sanayi tasarrufundaki hisseleri, Sümer Holding'in taşınmazları, Sümer Holding'in özelleştirilen hisselerinin BASF Aktiengesellschaft, BASF Haldels-u Export GmbH ve BASF (Schweiz) AG'ue satışı ve devri ile Sümer Holding AŞ'nin özelleştirilen taşınmazlarının 25 ayrı gerçek ve tüzel kişiye satışı ve devri⁵⁶.

Özelleştirme, birkaç yıldır *Anayasa Mahkemesi*, *Uyuşmazlık Mahkemesi* ve *Danıştay*'ı ilgilendiren bir alandır. Örneğin, *Uyuşmazlık Mahkemesi*, KHK

⁵³ Güran, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 13, sf. 66.

⁵⁴ Aynı yer.

⁵⁵ 99/1; 99/11; 3 Mayıs 1999; *Resmi Gazete* No. 23719; 8 Haziran 1999.

⁵⁶ Bunların tümü *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır, No: 23848, 16 Ekim 1999.

uyarınca, TEKEL (Tütün, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü) tarafından kısmi zamanlı olarak istihdam edilen sağlık personelinin hizmet sözleşmelerinin sona erdirilmesinden doğan davaların idari mahkemelerde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. TEKEL'in kamu yararını gözeterek, tekel niteliğinde kamu hizmeti görmek için kurulmuş, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğunu belirtmiştir. Mahkeme; uyuşmazlığın taraflarından birinin tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu konunun ise kamu hizmeti ile ilgili olduğunu, teşkilata ve düzenlemelere ilişkin kuralların özel hukuktan ziyade kamu hukuku kurallarının karakterini taşıdığını, idarenin üstün konumda olduğunu ve dolayısıyla bunların tümünün idari bir sözleşmenin göstergeleri olduğunu belirten bir *Anayasa Mahkemesi* kararına⁵⁷ atıfta bulunmuştur. Bu tanım tamamen Fransa'daki ile aynıdır. Daha sonra *Anayasa Mahkemesi*, bir sözleşmenin herhangi bir kamu hukuku ilişkisini değiştiremeyeceği veya sona erdirmeyeceği ve bu yüzden de idari mahkemelerin görevli olduğu sonucuna varmıştır. *Uyuşmazlık Mahkemesi* de ardından, 1994 tarihli 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesinin "Özelleştirilen kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personelin 'kamu personeli' olduğunu" belirtmek suretiyle özelleştirilen kuruluşlardaki personelin durumuna netlik getirildiğini ifade etmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta, hukuki ilişki bir "tip sözleşme" yoluyla kurulmuştur, özelleştirilmiş olsun yahut olmasın bir kamu iktisadi teşebbüsünde çalışan personelin sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari mahkemelerce çözülecektir demiştir⁵⁸. Böylece, Türk hukukunda, özelleştirilmiş kurumlardaki personele Fransa'da olduğu gibi kamu hukuku koruması ve güvencesi verilmiştir⁵⁹.

Ayrıca *Danıştay*, özelleştirme kararının bir sonucu olarak kamu varlığı özel sektöre devredildiğinde personelin idari mahkemelerde dava açıp açamayacağı sorusunun da cevabını vermek zorundaydı. 2577 sayılı Kanun'un 2/1/a maddesi 4001 sayılı Kanunla değiştirildiğinde ve iptal davalarında ehliyet koşulu "menfaati ihlal edilenler" iken "kişisel hakları muhtel olanlar"⁶⁰ şeklinde değiştirildiğinde bu, *Anayasa Mahkemesi* tarafından iptal edilmişti⁶¹. Yeni bir hüküm de getirilmediğinden şu anda hukukta boşluk bulunmaktadır. Sonuç olarak *Danıştay* 10. Dairesi, özelleştirilen bir kurumda çalışan personellerin, iptalini istedikleri

⁵⁷ 88/5; 88/55; 22 Aralık 1988.

⁵⁸ 99/18; 99/23; 21 Haziran 1999, *Resmi Gazete*, No: 23823, 21 Eylül 1999.

⁵⁹ Cass. Ass. Plen., 20 Aralık 1996, Rey-Herme v. Association l'alliance Française. Bkz. Brown & Bell, *adi geçen eser*, yukarıda dipnot 25, sf. 42.

⁶⁰ Çevrenin, tarihi ve kültürel değerlerin ve kamu yararı ile yakından ilgili planlama uygulamaları içeren davalar hariç.

⁶¹ 95/27; 95/47; 21 Eylül 1995.

özelleştirme kararı bakımından, söz konusu özelleştirme kararı çalışma hayatını, istihdam koşulları ve işverenin hukuki niteliğini etkilediğinden iptal davası açmakta menfaatlerinin olduğuna karar vermiştir. Personelin başvurusu kabul edilmiştir⁶². Bir başka davada, 4046 sayılı Kanun'un 18/b ve c maddeleri *Anayasa Mahkemesi* tarafından zaten daha önceden iptal edilmiş olduğundan⁶³ kanuni temeli kalmamış olan özelleştirme kararının iptalini idari mahkemelerden talep eden, özelleştirilen kuruluşlarda çalışan personelin "ehliyeti"nin var olduğu kabul edilmiştir.

G. İdarenin Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğu için *faute de service*'in (hizmet kusurunun) kullanıldığı; birinde elektrik direğinin yanında otlayan ineğin elektrik akımına kapılarak ölmesi⁶⁴, bir diğerinde ise Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından işletilen kreşe devam eden küçük bir kızın üzerine sıcak su dökülmesi⁶⁵ gibi bu şekilde birçok küçük dava bulunmaktadır. Bununla birlikte aşağıdaki birkaç örnek de *Danıştay*'ın Türk sosyal ve politik durumuna karşı duyarlı olduğunu göstermektedir.

Çok meşhur bir gazeteci, terörist bir saldırıda, arabasına bağlanmış bombanın infilak etmesi neticesinde hayatını kaybetti. Kendisi zaten tehdit altındaydı, bu yüzden mirasçıları İçişleri Bakanlığı'na karşı maddi ve manevi tazminat talepli dava açtıklarında *Danıştay*, *faute du service*'in olduğuna hükmetti. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesine göre, Devlet, terör örgütleri için açık hedef haline gelenler ve koruma isteyenler için gerekli önemleri almakla yükümlüdür. Davanın *rapporteur*'u (Tetkik Hâkimi), demokrasilerde var olan geniş siyasi yelpazede Devletin bu tür tehditleri alan her bireyi tek tek koruyabilmesinin mümkün olmadığını ve zaten söz konusu gazetecinin de koruma talebinde bulunmamış olduğu görüşündeydi. *Rapporteur*, ayrıca, her ne kadar olayda *faute de service* olmasa da kolektif ve kusursuz sorumluluk anlayışının bir sonucu olarak "sosyal risk" teorisine başvurmak suretiyle idarenin, zararları tazmin etmekle yükümlü olduğuna karar vermenin mümkün olabileceğini belirtmişti. Tazminata hak kazanılması, toplumun bir üyesi olması münasebetiyle, zararın toplumca paylaşılması ve karşılanması gerekliliğinden doğmaktadır demiştir. Ayrıca bu, Fransız Conseil d'Etat içtihatlarıyla da uyumlu olacaktı. 10. Daire, kusursuz sorumluluk kaidelerine gitmeden önce kusurun olup olmadığına bakılması

⁶² 99/2003; 98/2445; 9 Haziran 1998; (1999) 98 *Danıştay Dergisi*, 577-579.

⁶³ 97/36, 97/45, 9 Nisan 1997.

⁶⁴ 10.D., 96/4292; 98/83; 25 Şubat 1998; (1999) 97 *Danıştay Dergisi*, 675-676.

⁶⁵ 10.D., 96/4835; 98/703; 18 Şubat 1998; (1999) 97 *Danıştay Dergisi*, 670-672.

gerektiğini ifade etti. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan 1991 tarihli “Teröre Karşı Koruma Tedbirleri Yönetmeliği”, suçların aydınlatılmasına yardımcı olup açık tehlike ve tehdit altında olanlara özellikle atıf yapmıştır. Tüm bunlardan dolayı gerekli tedbirlerin alınmamasından ötürü *faute de service*’in oluştuğuna hükmetmiştir⁶⁶. “*Faute de Service*” öğretisi, Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de önemli ölçüde gelişmektedir. Bununla beraber, bu davada Fransız yaklaşımı, “risk teorisi” yönünde olurdu⁶⁷.

Yine, bir otelin aşırılık yanlısı kişilerce yakılması ve bir toplantıya katılan birkaç yazarın ölmesiyle neticelenen olaya ilişkin davada, idare, güvenliği sağlamak için gerekli tedbirleri almak hususunda ihmalkâr bulundu ve böyle davranmakla, yetersiz güvenlik önemlerinden dolayı olayın meydana gelmesine katkı sağladığı kabul edildi. Maddi ve manevi tazminata sadece, olayı yaşayan ve hayatta kalan davacı için değil, ölümünden sonra dava açan murisleri için de karar verilmişti⁶⁸.

Yine *Danıştay*’ın önüne gelen bir başka davada, Mahkeme tarafından tehlikeli olarak nitelendirilen bir bölgede görev yapan ve terörist saldırı sonucu hayatını kaybeden bir öğretmenin ailesi tarafından ileri sürülen tazminat iddiası, bu kez, Devlet’in sosyal kargaşayı, huzursuzluğu önleyememiş olması gerekçesiyle “sosyal risk” ilkesine dayanılarak verilen kararla kabul edilmişti⁶⁹.

Şimdi bahsedeceğimiz dava ise son zamanlardaki depremlerin bir sonucu olarak ortaya çıkan davalara örnek teşkil edebilecek, emsal olabilecek ilginç bir dava olmuştur. Erzurum’da görev yapan bir hâkim, deprem bölgesi olan Erzincan’a atanmış ve orada da Adalet Bakanlığı’nın lojmanında kalmaktaydı. Deprem esnasında kaldığı ev yıkılmıştı. Arabası dahil tüm eşyaları tamamen zarar görmüştü. Bakanlığın kusurlu olduğu iddiasıyla hâkim, Sivas İdare Mahkemesi’ne zararın tazmini için dava açmıştır. Mahkeme bunların öngörülemez olaylar olduğunu ve idarenin herhangi bir kusurunun bulunmadığını belirterek hâkimin talebini reddetmiştir. Temyiz üzerine, *Danıştay* 10. Dairesi, idarenin, gerekli araştırmayı yapmadan deprem bölgesinde konut almış olmasından ötürü kusurlu olduğuna hükmetmiştir. İlk derece mahkemesi kararında ısrar etmiştir. Bunun üzerine dava, uyuşmazlığın giderilmesi için Dava Daireleri Kurulu’na gelmiştir. Kararları bağlayıcı olan Daireler Kurulu, 10. Daire’nin görüşünü haklı bulmuş ve; “Adalet Bakanlığı,

⁶⁶ 10.D., 97/10292; 98/1190; 18 Mart 1998; (1999) 97 *Danıştay Dergisi* 678-683.

⁶⁷ Brown & Bell’de atıf yapılan davalar için bkz. *adı geçen eser*, yukarıdaki dipnot 25, sf. 190-193.

⁶⁸ 10.D., 96/7336; 98/2700; 18 Haziran 1998; (1999) 98 *Danıştay Dergisi* 554-556.

⁶⁹ 10.D., 96/10146; 98/2344; 28 Mayıs 1998; (1999) 98 *Danıştay Dergisi* 572-575.

büyük deprem riskine sahip bölge olan Erzincan’da söz konusu evleri alırken yapması gerekli olan araştırmaları yapmamıştır. Dolayısıyla da Bakanlık kusurludur.” demiştir. Kurul; evlerini kaybeden deprem mağdurlarının genel mahkemelerde ceza davası açabilmelerinin yanı sıra idari mahkemelerde idari dava açma yoluyla zararlarının tazmini talebinde bulunabileceklerini belirtmiştir. Bu kararın da son zamanlarda meydana gelen depremlerden kaynaklanan yeni birçok davaya emsal teşkil ederek yol göstermesi beklenmektedir⁷⁰. İstanbul Barosu sözcüsü, depremzedeleri birçok idareye karşı dava açmaları yönünde cesaretlendirmiştir.

H. Şehir ve Bölge Planlaması

Bir iptal başvurusu üzerine, şehir ve bölge planı değişikliği (imar planı ve parsellasyon planı) hakkında mahkeme tarafından kendilerinden rapor istenen bağımsız bilirkişilerce, değişikliğin; şehircilik çalışmaları ve planlama ilkelerine aykırı olduğu ayrıca öncelikle gözetilmesi gereken “kamu yararı”nın da göz önünde bulundurulmadığı değerlendirilmiştir. *Danıştay*, uzman raporlarını göz önünde bulundurarak, hem değişikliği hem de buna dayanılarak yapılan arsa tahsisi işlemlerini iptal etmiş ve bilirkişilerin değişiklikle oluşacak nüfus artışı ve trafik yoğunluğunu incelediğini ve bunun sonucu olarak da değişiklikte bir “kamu yararı” görmediğini belirtmiştir⁷¹. Şehir ve Bölge Planlarına ilişkin değişiklikler; değişiklikte “kamu yararı” olup olmadığına karar vermeden önce çevre, trafik ve araç bakımından sonuçlarını tartmak ve değişikliğin sebeplerini incelemek için yargı denetiminden geçirilmelidir⁷². Buradaki gerekçelendirmenin, muhakemenin Fransız Conseil d’Etat içtihatlarıyla olan benzerlikleri açıktır. “*Le bilan*” (yazar/zarar bilançosu denetimi, ölçülülük denetimi) ve “açık hata”ya benzer olan hususlar, Şehir ve Bölge Planlama davalarında “kamu yararı” olup olmadığına karar vermek için kullanılmaktadır.

VI. DEĞERLENDİRME

Bugün idari işlem ve eylemlerin yargısal denetime tabi tutuluyor olması, Türk idare hukukunun iyice yerleşmiş bir ilkesidir⁷³. Anayasa’nın 125.

⁷⁰ Milliyet, 19 Ağustos 1999.

⁷¹ İDD., 96/755; 98/160; 27 Mart 1998; (1999) 97 *Danıştay Dergisi* 62-65.

⁷² 97/32; 98/442; 21 Ocak 1998; (1999) 97 *Danıştay Dergisi* 359-361.

⁷³ *Anayasa Mahkemesi*’ne göre; idari işlem ve eylemlerin yargı denetiminin amacı, idareyi hukuk sınırları içerisinde tutmak; yetki aşımında bulunmamasını (ultra vires) sağlamak ve hukuka ve mevzuata aykırı davranmamasını temin etmektir. Bu da yetki, şekil, sebep, konu ve amaç eksikliği gerekçesiyle bunları iptal etmek suretiyle yapılır. 76/1; 76/78; 25 Mayıs 1976; RG. No: 15679; 16 Ağustos 1976.

maddesi de bunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın kendisi, birtakım işlemleri de yargı denetiminin dışında bırakmıştır. Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararları ve Sayıştay kararları bunun örnekleridir⁷⁴. Olağanüstü durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi de sınırlandırılabilir. Şunu belirtmek gerekir ki Fransa'da tam aksine, yürütmenin durdurulması (*sursis à exécution*) uygulaması artmaktadır⁷⁵. Bununla beraber Bölge İdare Mahkemeleri ve *Danıştay*'ın birçok kararı bu sınırlamaları nasıl etkin bir şekilde kısıtladıklarını göstermektedir⁷⁶. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki hem *Danıştay* hem de *Anayasa Mahkemesi*, Bakanlar Kurulu'nun sıkıyönetim ilanına ilişkin kararının yargı yetkilerinin dışında olduğunu belirtmiş ve bu tip kararların geçerliliğini incelemeyi reddetmiştir. Aynı kararını olağanüstü hal ilanında da uygulamaktadır⁷⁷. İdarenin bir işlem veya eylemde bulunup bulunmama; bulunma zamanı veya tesis edeceği işlemi belirleyebilme gibi seçeneklerinin olduğu durumlarda idarenin takdir yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Takdir yetkisinin kullanıldığı durumlarda yargısal inceleme; takdir yetkisinin “kamu yararı”na uygun kullanılıp kullanılmadığı ile “kamu hizmeti gerekleri” ve “eşitlik ilkesi”yle uyumlu olarak hareket edilip edilmediğini denetlemekle sınırlıdır⁷⁸.

Burada şunu hatırlamak gerekir ki *Danıştay*'ın, Anayasa'nın 125. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi gereği idari kararın “yerindeliliğini” denetlemeye ilişkin yetkileri zaten bir şekilde 1982'de durdurulmuştu. Madde 2, Anayasa'nın 125/5 maddesi ile aynı cümleyi içermektedir: “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez”.

Ayrıca madde 2 daha sonra eklenen şu ibareyi de içermektedir: “İdare mahkemesi idari kararın yerindeliliğini denetleyemez”. Böylelikle *Danıştay* idare yerine geçemeyecek ve bir davanın yerindelik denetimini yapamayacaktır. Bununla birlikte, maddede geçen “idare mahkemeleri”

⁷⁴ Bununla birlikte atıf yapılan bir dava için bkz. Bilgen, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 45, sf. 286-288.

⁷⁵ Bkz. Brown & Bell, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 25, sf. 120-121.

⁷⁶ Örnekler için bkz. Bilgen, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 45, sf. 279-288.

⁷⁷ Güran, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 13, sf. 69.

⁷⁸ İdare takdir yetkisini kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerine uygun şekilde kullanmalıdır. Bir *Rechtsstaat*'ta(hukuk devletinde) mutlak bir takdir yetkisi bulunmaz.

ifadesi nedeniyle bunun *Danıştay*'ı değil alt derece mahkemeleri kastettiği ileri sürülebilir⁷⁹. *Danıştay*'ın kendisi ise kendi durumu açısından daha genel bir yaklaşıma sahiptir⁸⁰. Fakat idari bir kararın yerindeliliğinin incelenmesinin kesin olarak sınırlanmasını takiben bu yasaklamayla ilgili ilk dava türü *Danıştay*'ın; “bir idari mahkeme, bir muamelede bulunmak hususunda takdir yetkisinin olduğu durumlarda idareyi bir karar almaya veya belirli bir yönde hareket etmeye zorlayamaz.” dediği davadır⁸¹. Sebep gösterilen davalarda da söz konusu sebebin veya nedenin varlığının yanında, bu sebebin idari işlemin yapılmasını haklı kıldığı (konu) da ispatlanmalıdır. Takdir yetkisinin sınırları; kamu yararı, kamu hizmetinin gerekleri ve eşitlik, ölçülülük, tarafsızlık ilkeleridir⁸².

Hem idari hem de yargısal yetkileri bakımından *Danıştay*, “kamu yararının sigortası” ve Türkiye idaresinin sigortası olarak kabul edilmektedir. Ne özel bireylerin ne de Devlet'in yararı Türk idare hukukunda üstün görülmektedir. Hem bireylerin ekonomik yararından hem de bir bütün olarak toplumsal haklara karşı özel hak iddiasında bulunmaktan, parti politikalarından ve/veya yasama ve yürütme organlarının ekonomik çıkarından korunması zorunlu olan şey kamu yararıdır.

Mahkeme şimdi, çok uluslu yatırım sözleşmelerden ve *Danıştay*'ı baypas etmek için kabul edilen uluslararası tahkim yoluyla genişleyerek Türkiye'de yer edinmeye çalışan çokuluslu şirketlerden ötürü de kamu yararının korunmasında bir sigorta olarak görülmektedir⁸³.

Anayasa'nın 155. madde değişikliği kamu yararı ve kamu hizmetlerini korumaya yönelik *Danıştay*'ın denetleyici işlevini kaldırmıştır. 14 Ağustos 1999'dan önce Madde 155, *Danıştay*'ın görevleri arasında “imtiyaz sözleşmelerini inceleme”yi de içeriyordu. Bu şimdi, uluslararası tahkime gidebilen imtiyaz sözleşmeleri hakkında “görüş ve düşüncelerini bildirme”ye dönüştürüldü⁸⁴. Bu durum, bazıları tarafından, *Danıştay*'ın, o dönemki adıyla

⁷⁹ C. Erkut & S. Soybay. *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar* (Filiz Kitabevi, 1990), sf. 250.

⁸⁰ Önemli davalardan seçilmiş bazıları için bkz. Bilgen, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 45, sf. 295-306.

⁸¹ Bkz. Bilgen, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 45, sf. 294-295.

⁸² Aynı yer, sf. 297-202. *Danıştay*'ca “idari belirlilik ve devamlılık” ilkesini tercih ettiğinde dahi en sık atf yapılan kriterler; “kamu yararı”, “kamu düzeni” ve “kamu hizmeti”dir.

⁸³ Yukarıda görüldüğü üzere, Anayasa madde 47 (Özelleştirme), 125 (Uluslararası Tahkim) ve 155 (*Danıştay*) ile ilgili hükümet tarafından önerilen değişiklik teklifleri son zamanlarda bu amaçla kabul edilmiştir.

⁸⁴ Aynı ifadeler bugün 4492 sayılı Kanun'la değiştirilen 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesine de konulmuş durumdadır.

Şura-yı Devlet'in, sadece görüşleri hususunda hükümeti bilgilendirdiği 1924 Anayasa'sı dönemindeki konumuna bir dönüş olarak görülmektedir. 47. ve 125. maddedeki değişikliklerle birlikte düşünüldüğünde 155. maddedeki bu 1999 yılı değişikliği, "kamu hizmeti" kavramı ve "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin" imzalanması ve yerine getirilmesi bakımından ciddi sonuçlara yol açabilir. *Danıştay*'ın söz konusu *a priori (ön)* incelemesi kaldırıldığında, sözleşme bu tür bir incelemeden geçmeden imzalanmış olacak ve bir uyuşmazlık çıktığından uygulanacak hukuk sadece sözleşme hükümleri olacaktır. Böylece *Danıştay*, çok taraflı yatırım anlaşmalarına karşı herhangi bir şey yapamayacaktır. Tahkim kararları *Yargıtay* tarafından incelenmesine rağmen bu inceleme sadece tüm şartların yerine getirilip getirilmediğini görmek için yapılan "şekli bir inceleme" olabilir⁸⁵. Daha sonra mahkeme, uluslararası tahkim kararlarının Türk hukukunda bağlayıcı güce sahip olabilmesi için "*exequatur* (tenfiz)" kararı verebilir. *Danıştay* bu dairenin dışında bırakılmıştır. Çokuluslu imtiyaz sözleşmelerini inceleyemeyecek fakat bunların "kamu yararı"na uygunlukları hakkındaki görüşlerini bildirecektir. Görüş olumsuz olsa bile herhangi zorlayıcı bir gücü olmadan, Mahkeme'nin rolü tavsiye vermiş olma düzeyinde kalacaktır. Bu gelişmeler ayrıca, *Anayasa Mahkemesi*'nin 1996 yılında verdiği ve "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak gördüğü, "yap-işlet-devret" sözleşmesinin 5. bölümüne dahil edilen "tahkim" ibaresine karşı çıktığı bir kararının olmasından ötürü de ilginçtir.

Bu değişikliği, birçokları, Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki eski kapitülasyonlarına benzeterek kaygılarını dile getirmiştir. Fakat bunlar, mevcut Hükümet'in söz konusu değişikliğin -Anayasa'ya "özelleştirme" kavramını getiren madde 47 ve "imtiyaz sözleşmeleri"nden doğan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla uluslararası tahkim ihtimaline izin veren madde 125 değişiklikleri ile beraber- Türkiye'ye yabancı yatırımcıyı çekmenin en önemli aracı olduğu hususundaki görüşünü etkilemedi.

Danıştay'ın bunları denetlemesinin kaldırılmasına dair anılan sebepler; karar verme sürecinin çok uzun olması ve hükümet ile çokuluslu şirketler arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda tarafsız davranamama ihtimalidir. Aslında bu tür uyuşmazlıklarda, ortalama karar verme süresi altı aydır. Şu

⁸⁵ Türk Telekomünikasyon AŞ ile Sincan Belediyesi'nin bulunduğu bir davada *Yargıtay* (Cour de Cassation-the Supreme Ordinary Court); tahkim kararlarının kesin olduğuna ve bunların temyiz edilemeyeceğine karar vermiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 427/6, 8 gereği temyiz başvurusu "kamu yararı" amacıyla sadece *Yargıtay* Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılabilir. 4HD., 99/3253; 99/6369; 1 Temmuz 1999, RG: 23782, 10 Ağustos 1999.

anda bu türdeki birçok sözleşme otoyol yapımına dair yatırımlar alanındadır ve *Danıştay*'ın tarafsız karar vermediğine dair bir örnek bulunmamaktadır. Bu tipteki sözleşmelere 90 günlük bir maksimum sürenin eklenmesi önerilmektedir⁸⁶. Ayrıca *Danıştay*'ın, bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini incelerken kamu yararına aykırı gördüğü herhangi bir maddenin sözleşmeden silinmesi için tavsiyede de bulunabilecektir. Hakemlerin sözleşme maddelerini uygulayacak olması kamu yararını korumak için yeterli olarak görülmektedir. Bu yüzden de son başvuru yolunun *Danıştay* mı yoksa uluslararası tahkim mi olduğunun bir önemi olmadığı ve bunun farklılık oluşturmayacağı ifade edilmektedir. Her halükârda Türkiye'de bir tahkim kararının uygulanabilmesi; tenfiz kararının olmasına bağlıdır; karar 2675 sayılı Kanun gereği, Türk mahkemelerinde tanınmış olmalıdır. Hem *Danıştay* hem de *Anayasa Mahkemesi*⁸⁷, temel hak ve özgürlükler ile Türkiye'de demokrasinin olmazsa olmazı (*sine qua non*) olarak görülen laisizmi korumaya karar vermişlerdir⁸⁸. Artık şu söylenebilir ki *Danıştay* hakların tanımlanması hususunda *Anayasa Mahkemesi*'nden öncülüğü almaktadır. Bu, 1970'ten beri Fransa'da var olan duruma benzer bir gelişmedir⁸⁹.

Yukarıda, sözü edilen kısıtlamalar ve Türkiye'de *Danıştay*'ın çokuluslu imtiyaz sözleşmelerindeki görevine engel olmaya yönelik mevcut çabalar, Fransa'da da 1962-63'te yapılan girişimlerden birini hatırlatıyor mu⁹⁰? Bu, *Danıştay* 5. Daire Başkanı⁹¹ ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi Başkanı⁹² tarafından yakın zamanda yazılmış iki ayrı makaleden dolayı daha muhtemel görünüyor. Her ikisi de Türkiye'de idari mahkemelerin karşılaştığı sorunlara değinmektedir. Bazı problemlerin uygulamadan kaynaklandığı görülmektedir; idari mahkemelerin genç üyelerine yeterli eğitimin verilmemesi⁹³ ve söz konusu mahkemelerde muazzam iş yükünün⁹⁴

⁸⁶ 2575 sayılı Kanun'u değiştiren 4992 sayılı Kanun madde 48'e şunu getirmiştir: *Danıştay*; kendisine geliş tarihinden itibaren iki ay içerisinde kanun ve tüzük tasarılarına dair araştırmasını bitirip imtiyaz sözleşmelerine dair düşüncesini bildirmek zorundadır.

⁸⁷ Bu mahkeme Fransa'dan ziyade Alman modelinden esinlenmiştir; bu yüzden kuruluş yapısı nedeniyle *Anayasa*'ya uygun olmayan kanunları iptal etmek hususunda ziyadesiyle etkindir.

⁸⁸ Bu bağlamda *Yargıtay*'ın da bu tipte bir mahkeme olduğu belirtilmelidir.

⁸⁹ Bkz. Brown & Bell, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 25, sf. 23.

⁹⁰ Bkz. Brown & Bell, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 25, sf. 57.

⁹¹ N. Alan, "İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri", (1999) 97 *Danıştay Dergisi* sf.3-28.^[11]^[SEP]

⁹² O. Yet, "İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluşunun 17. Yılında İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri", (1999) 99 *Danıştay Dergisi* sf. 3-14.^[11]^[SEP]

⁹³ Daha önce ifade edildiği üzere ENA'nın bulunmaması bundan kısmen sorumludur.

⁹⁴ İdari mahkemelerin alt kademelerinin 1982'de kurulmasından bir yıl önce *Danıştay*'da birikmiş iş yükü 52.107 dosya idi. 1997 yılında, idari mahkemelerde birikmiş dava sayısı

bulunması gibi. Bununla beraber başka bazı problemler ise idarenin; mahkemelerce verilmiş iptal kararlarının gereğini yerine getirme konusundaki isteksizliği ve bunun yerine tazminat ödemeyi tercih etmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır⁹⁵. Fransa'daki *astreinte* (yargı kararlarına uyulmaması üzerine verilen para cezası) gibi bir müessesenin yokluğundan ötürü idare mahkemeleri, kararlarının yerine getirilmesini sağlamak için gerekli araçlara sahip değildir. Zira bunun, iptal kararlarının etkinliği üzerinde temel bir etkisi bulunmaktadır⁹⁶. Birtakım kanunların yayınlanmasından önce herhangi bir istişarenin yapılmaması da ek sorunlar doğurmaktadır. Böyle bir inceleme ve yorum için kanunları *Danıştay*'a gönderme imkanı olmasına rağmen, Fransa'da her ne kadar yaygın olarak başvurulmuş bir uygulama olsa da Türkiye'de çok nadiren kullanılan bir imkan olduğundan *Danıştay*, sahip olduğu işlevi yerine getiremeyebilmektedir. Bunun da idari mahkemelerin sonraki iş yükü üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Her iki yazar da sisteme dair iyileştirmeler önermektedir.

Farklı tarihi geçmişe sahip olmaktan doğan farklı sosyal ihtiyaçların doğal sonucu olarak zaman zaman Fransa'daki örneklerden farklı alanlarda olsa da *Danıştay*'ın, Fransa'daki Conseil d'Etat'nın yaptığına çok benzer bir işlevi Türkiye'de yerine getirdiği belirtilmelidir. Fransız Conseil d'Etat'sına benzer şekilde *Danıştay*, ister bireylerin ister Devlet'in olsun, ancak meşru olan çıkarları korumaktadır, fakat her şeyden önce, parti politikası gereği veya ekonomik çıkar amacıyla yanlış planlanmış politik kararlarla mücadele etmek için gerekli olan sosyal ve politik bilinçle "kamu yararı" kriterini kullanmaktadır. *Danıştay*'ca yerine getirilen bu dengeleme faaliyetinin tüm ilgililerin çıkarları için her zaman tatmin edici sonuçlara yol açıp açmadığı şüpheli olabilir, fakat *Danıştay*'ın Türkiye'nin politik ve ekonomik gelişmesindeki rolü her zaman fazlasıyla önem arz etmiştir.

4.258 ve Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurulmuş 56.151 dosya bulunmaktaydı. 1998'de genel olarak birikmiş dosya sayısı 112.502 idi. Yıl boyunca 52.083 karar verilmişti. Bu sayıların alındığı eser için bkz. Alan, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 91, sf. 20.

⁹⁵ Verilmiş kararların idare tarafından geç uygulanması yahut uygulanmaması gibi sorunlar ve kusurlar da ayrıca iki sistem arasında paylaşılmaktadır. Bkz. Brown & Bell, *adı geçen eser*, yukarıda dipnot 25, sf. 299-302.

⁹⁶ Fransa'nın aksine, Türkiye'de ihalelerde alenilik ve eşit rekabete uyulmasını sağlamak için *Danıştay*'a "*référé précontractuel*" (sözleşme öncesi geçici tedbir kararı alma) hususunda üstün bir yetki verilmemiştir.

