

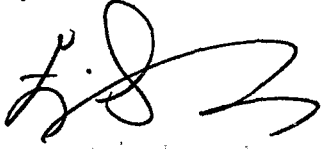
A.Ü. SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA TUTANAĞI

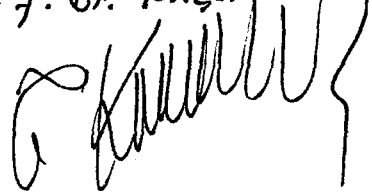
.....Kamu Hukuku..... Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi
.....İsmail Korkut..... in,Kamu Yargı Kavramının
.....Temellendirilmesi..... başlıklı tezini değerlendirmek üzere
görevlendirilen jürimiz, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında, 17/7/19.9. günü
saat10.00.....'daA.Ü. Hukuk..... Fakültesi'nde toplandı.

Tezin;

- a) 7.5.....(Yeterli)..... ile başarılı sayılmasına,
b) düzeltilmek üzere iadesine,
c) reddine,

Oybirliği/Oyçokluğu ile karar verildi.

Üye
Prof. Dr. Ergun Özbudun


Üye
Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu


Üye
Prof. Dr. Metin Günday


37279.

.T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUKİ ÇIKARIM VE ARGÜMANTASYON TEORİLERİ AÇISINDAN
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA
KAMU YARARI KAVRAMININ TEMELLENDİRİLİŞİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

Yüksek Lisans Tezi
Yakup Levent KORKUT

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

Ankara 1994



İÇİNDEKİLER

	Sayfa
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I — HUKUKTA ÇIKARIM VE PRATİK ARGÜMANTASYON.....	4
1. Kelsen'in Hukuki Çıkarım Teorisi	4
2. Hukukta Pratik Argümantasyon	15
A. Ampirik Argümantasyon.....	18
B. Yorum.....	20
C. Dogmatik Hukuk	21
D. Mahkemelerin Yarattığı Normlar (İçtihatlar, Hukukun Genel İlkeleri)	23
II — TÜRK ANAYASALARINDA VE HUKUK DOKTRİNİNDE KAMU YARARI KAVRAMI	24
1. Türk Anayasalarındaki Düzenleme.....	24
2. Anayasal Düzenlemelerin Hukuki Açısından Analizi.....	26
A. 11. ve 13. Maddelerin Uygulama Alanı.....	27
B. Özgürlüklerin Sınırlanmasının Sınırları Sorunu	31
C. Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramının Analitik ve Pratik Argümantasyondaki Yeri	36

İKİNCİ BÖLÜM

I — KAMU YARARI KAVRAMININ SOSYAL BİLİMLER AÇISINDAN ANLAMİ	44
1. Üstünlük Teorileri.....	45
A. Hobbes: Gücün Üstünlüğü.....	45
B. Hume: Üstün Tercih	46
C. Bentham: Sayısal Üstünlük.....	48
D. Çağdaş Üstünlük Teorileri.....	49
2. Ortak Yarar Teorileri.....	53
A. Rousseau'nun Genel İrade Yaklaşımı.....	53
B. Çağdaş Ortak Yarar Teorileri.....	55

	Sayfa
3. Tekçi Teoriler	65
A. Antik ve Orta Çağ Felsefesi	65
B. Hegel ve Marx.....	68
C. Çağdaş Tekçi teoriler.....	70
II — ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU	
YARARI KAVRAMI.....	71
1. Analitik İnceleme.....	71
A. Din ve Vicdan Özgürlüğü	72
B. Çiftçiyi Topraklandırma	73
C. Kamulaştırma.....	75
D. Kişi Özgürlüğü	81
E. Basın Özgürlüğü.....	84
F. Yayın Hakkı	86
G. Mülkiyet Hakkı	87
H. Değerlendirme	92
2. Pratik Argümantasyon Açısından İnceleme.....	93
A. Hukuk Dogmatiği Açısından Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi	93
B. Ampirik Argümantasyon	96
SONUÇ.....	106
KAYNAKÇA.....	110

GİRİŞ

Kamu yararı, hukukta kullanılan kavramlardan içereğinin belirlenmesi en zor olanlardan biri olmakla kalmaz, aynı zamanda, kişi hak ve özgürlüklerinin bir sınırlama nedeni olarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından büyük bir öneme sahiptir. Kavramı kullanan anayasa yargıcısı, önüne gelen her olayda, yasamanın gücü ile kişi hak ve özgürlükleri arasında tercih yapmak zorunda kalacağından, kendini büyük bir gerilim içinde hissedecektir.

Yargıcın bu gerilimden kurtulmasına yardımcı olacak en etkili araç sağlam bir analiz ve argümantasyon bilgisidir. Her hukuk probleminin çözümünde, yargıç sorunu öncelikle analitik olarak incelemek zorundadır. Zor hukuk problemlerinin çözümünde analitik bakış yeterli olmayabilir. Bu gibi durumlarda yargıcın başvuracağı iki yol vardır. Ya kendi kişisel değerlerinden hareketle hiç bir argümantasyona başvurmadan karar verecek, ya da gerekirse hukuk dışı alanlara da bakarak pratik argümantasyon teknikleri ile hukuki probleme çözüm getirecektir.

Kamu yararı gibi hukuk alanı dışında, siyaset felsefesi ve sosyal bilimler alanında oluşturulan bir kavramı hukuki çıkarım ve argümantasyon açısından ele almak, kuşkusuz kavramın bu alanlarda nasıl anlaşıldığının belirlenmesini de gerektirir. Bu nedenle, eski Yunan'dan beri kullanılan kavramın bugüne kadar sahip olduğu tüm anlamları kapsayan bir özet bakışa gerek duyulmuştur. Bu açıdan çalışma salt bir hukuk incelemesi olarak kalmayıp, disiplinlerarası bağları da oluşturmaya çalışmıştır. Kavramın Türk anayasalarındaki anlamına ve Türk hukuk doktrinde, pozitif hukuk açısından kavramla ilgili olarak

yapılan değerlendirmelere de bakmak, esas olarak Anayasa Hukuku'nun sınırları içinde kalan bir inceleme için gerekli olmuştur.

Bu nedenlerle, ilk bölümün birinci başlığında hukuki çıkarım ve argümantasyon konusundaki yaklaşımlara yer verilecektir. Türk kamu hukukunda esas olarak analitik incelemeye ağırlık verilmiş, pratik argümantasyon üzerinde yeterince durulmamıştır. Oysa, yoruma, hukukun genel ilkelerine, hukuk dogmatğine, içtihatlarla ve bilimsel görüşlere başvuru gibi pratik argümantasyon yöntemleri hukukumuzda da kullanılmaktadır. Bundan dolayı bu başlıkta, analitik bakışla pratik argümantasyon tekniklerinin nasıl birbirine eklemleneceği konusu üzerinde de durulmuştur. Birinci bölümün ikinci başlığında Türk pozitif hukukunda kavramın düzenlenişı ve doktrinde yer alan görüşlere değinilecektir. Kamu yararı kavramı, anayasalarımızda, kişı hak ve özgürlüklerinin sınırlama nedeni olduğundan bu sınırlamanın hangi alanlarda geçerli olduğu ve bir sınırlamaya tabi olup olmadığı da, gerek pozitif düzenlemeler gerekse doktrindeki görüşler çerçevesinde incelenecektir. İkinci bölümün birinci başlığında sosyal bilimlerde kamu yararının nasıl anlaşıldığına değinilecektir. Bu konuda mevcut tüm yaklaşım biçimleri üç başlık altında toplanmaya çalışılmıştır. Bu sınıflandırmanın ana eksenini birey yararı ile kamu yararının karşılıklı konumları oluşturur. İkinci bölümün son başlığında, Anayasa Mahkemesinin kamu yararını nasıl temellendirdiği sorunu, Mahkemenin kuruluşundan bu yana verdiği kararlardan konuyla ilgili örneklerin analizi yoluyla ele alınacaktır.

Tezimizin amacı, Türk Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı kavramını nasıl temellendirdiğinin ve bu temellendirmenin anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasına ne ölçüde katkıda bulunduğunun

belirlenmesidir. Bu belirlemenin pozitif hukuk açısından yapılabilmesi ise, ancak, Mahkemenin kavramı kullandığı kararlarında analitik ve pratik yöntemlere gerektiği gibi başvurup başvurmadığının ve bu denli muğlak bir kavram karşısında öznel yargılara ne ölçüde yer verdiğinin tespitiyle mümkün olacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

I — HUKUKTA ÇIKARIM VE PRATİK ARGÜMANTASYON

1. Kelsen'in Hukuki Çıkarım Teorisi

Çağımızın ünlü hukukçularından Kelsen, hukuki çıkarımların tümdengelim yoluyla elde edilen mantıki çıkarımlardan farklı olduğunu ileri sürer. Hukuki çıkarımlar ile mantıki çıkarımlar arasında benzerlikler varsa da, mantıki çıkarımlar betimleyici ifadelerin doğruluğuna, hukuki çıkarımlar ise kural koyan normların meşruluğuna ilişkin olduklarından birbirlerinden farklıdırlar.¹

Klasik mantığın ilkelerine ilişkin temel varsayımlar, ifadelerin doğruluğuna ya da yanlışlığına ilişkin varsayımlardır. Yani, mantık önermeleri doğru ve yanlış olarak nitelendirilebilir önermelerdir. Doğru ve yanlış olarak nitelendirilen bu önermeler düşünsel eylemlerin anlamlandırılmış halleridir. Oysa normlar diğer kişilerin davranışlarına yönelmiş olan anlamlandırılmış iradi eylemler olup, doğru ya da yanlış nitelendirmelerine konu olamazlar. Bu nedenle, normlara doğru ve yanlış nitelendirmelerine ilişkin klasik mantığın ilkeleri uygulanamaz.²

Kelsen, Husserl'in ortaya koyduğu "emredici anlam" (prescriptive meaning) ve "betimleyici anlam" (descriptive meaning) ayrımını iradeye yer vermemesi nedeniyle eleştirir. Husserl'e göre, normlar emredici anlama sahip değer yargılarıdır. "Askerler cesur olmalıdır" ifadesinde sadece cesur askerlerin "iyi" askerler olduğuna yönelik bir değer yargısı vardır. Bu ifadenin doğruluğu ya da yanlışlığından bahsetmemiz

¹ Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford 1991, s. 170 vd.; Hans Kelsen, "Law and Logic", *Essays in Legal and Moral Philosophy* içinde, Reidel, Boston 1973, ss. 229-53.

² Kelsen, *General Theory of...*, s. 211.

mümkün değildir. Normların doğru ve yanlışlıklarından değil, ancak meşru olup olmadıklarından söz etmemiz mümkündür. Buna karşın beyanlar doğru ve yanlış olabilen betimlemelerdir. "Askerler cesurdur" önermesi doğru ya da yanlış olmak zorunda olan, değer yargısı içermeyen bir ifadedir.³ Ancak, Kelsen, Husserl'in, emir içeren bir ifadenin aynı zamanda betimleyici olduğuna ilişkin görüşlerini eleştirerek, emir içeren ifadelerin salt iradeden kaynaklandığını ve betimleyici yönlerinin bulunmadığını ya da Dubislav'ın öngördüğü gibi betimleyici ifadelere dönüştürülemeyeceklerini iddia eder.⁴

Kelsen, bu temelden hareketle, normlara doğruluk ya da yanlışlık atfeden doğal hukuk geleneğini eleştirerek, normların böyle bir değerlendirmeye konu olamayacağını anlatır. Örneğin,

"Tüm insanlar ölümlüdür,"

"Socrates da insandır,"

"O halde, Socrates da ölümlüdür."

mantıksal çıkarımını ele alalım. Kelsen'e göre, bu mantıksal çıkarımda sonucun doğruluğu büyük ve küçük önermelerin doğruluğuna bağlıdır. Eğer büyük önerme doğru ise, küçük önerme büyük önermeden elde edildiğinden (çünkü Socrates "insan"dır), sonuç ise her iki önermenin doğru olması nedeniyle doğru olacaktır. Demek ki, bir mantıksal çıkarımda, sonucun doğruluğunu esas olarak büyük önermenin doğruluğu belirlemektedir. Büyük önermenin, yani "tüm insanlar ölümlüdür" ifadesinin doğru olup olmadığı sorunu ise mantık dışında

³ Edmund Husserl, *Logical Investigations*, Clarendon Press, London 1970, s. 82 vd.

⁴ Dubislav, emredici ifadelerin bir emreden (imperator) gerektirdiğini, bu nedenle bu tür ifadelerin "talep edici" özellikte olduklarını ve "değerlendirici" ifadelerden bu noktada ayrıldıklarını ileri sürer. Bununla birlikte, Dubislav "talep edici" ifadelerin "değerlendirici" ifadelere "dönüştürülebileceklerini" kabul eder. Bu konuda Kelsen'in geliştirdiği tartışma için Bkz. Kelsen, *General Theory of...*, ss. 203-205, 226 vd.

ve bilimsel yöntemlerle çözülecek bir sorundur.⁵

Kelsen, hukuki çıkarımlarda bu aşamaların izlenmediğini verdiği şu örnekle ortaya koymaya çalışır:

1. Bireyler taahhütlerini yerine getirirler,
2. "x", "y" ye "z"yi taahhüt etmiştir (kendi subjektif iradesi ile genel norma uygun bir açıklamada bulunmuştur).
3. "x" taahhütünü yerine getirmeli, "z"yi "y"ye teslim etmelidir.

Burada ilk önermeyi genel bir norm olarak düşünürsek, ikinci önermenin ya da bireysel normun, mantıksal çıkarımlarda olduğu gibi birinciden elde edildiğini ileri süremeyiz. İkinci önermenin meşruluğunun birinci norma bağlanması için bir iradi eyleme gerek vardır. Burada artık mantıki bir çıkarımdan değil, ikinci normun birinci norma göre temellendirilmesinden bahsetmek mümkündür. Bu iradi eylem objektif bir anlama sahip olduğu sürece varılan sonucun meşruluğundan bahsedilebilir. İradi eylemin objektif niteliğe sahip olup olmadığı ise bu konuda bir üst normun varlığına (existence) bağlıdır. Artık burada sorun, doğru olup olmama değil, meşruluktur. İradi eylemlerin objektif bir anlama sahip olması, gerek genel normun gerekse ona dayanılarak kurulan alt normların meşru olmalarını sağlar. Objektif anlama sahip olmanın koşulu ise genel normun yetkili organlarca oluşturulup oluşturulmadığına bağlıdır. Bu anlamda, genel normun doğruluğu ya da yanlışlığı değil, meşru olarak oluşturulup oluşturulmadığı önemlidir.⁶

Kelsen geliştirdiği bu ayrım temelinde hukuki çıkarımların temel özelliğini ortaya koyar: Hukuki çıkarımlar, mantıki çıkarımlarda olduğu gibi bir şeyin doğruluğunu ispatlamaya ya da birbirleriyle çelişen iki

⁵ Kelsen, General Theory of..., s. 229; Kelsen, Law and..., s.242.

⁶ Kelsen, General Theory of..., s. 233 vd.

önerme arasındaki çelişkileri çözmeye yönelik çıkarımlar değildir. Hukuki çıkarımlar, neyin meşru olduğuna yöneliktir ve bu meşruluk, temelini, üst normun varlığında (existence) bulur.⁷ Bir örnek verecek olursak, birbiriyle çelişir gözüken iki meşru (biri meşru değilse zaten çelişkiden bahsetmek mümkün değildir) hukuk normu arasında mantıki anlamda bir çelişki yoktur. Böyle bir durumda, genellikle, çelişen normlardan biri diğerinin düzenlemesine istisna getirdiğinden, farklı irade içeriklerinden söz edilir. Eğer mantıkta olduğu gibi doğruluk ölçü alınsaydı iki normdan biri diğerini dışlamak zorunda kalacaktı. Kaldı ki, her iki hukuk normunun bir üst norm karşısında meşruluklarını yitirmeleri de olasılık dahilindedir. Yani, mantıki olarak çelişik görünen normların her ikisi aynı anda meşru olabilirler ya da meşruluklarını kaybedebilirler.⁸

Kelsen, bu temel özellikten hareket ederek normların meşruluklarının temellendirilmesi sorununa geçer. Burada Kelsen'in verdiği bir örnek onun yaklaşımını anlamak açısından önemlidir: Paul okuldan eve gelir ve babasına, sıra arkadaşının kendi düşmanı olduğunu ve ondan nefret ettiğini söyler. Bunun üzerine babası Paul'e, arkadaşlarından nefret etmemesini ve onları sevmesini söyler. Paul ise, babasından bunun nedenini açıklamasını ya da Kelsen'in deyişiyle babasının iradesiyle kurduğu subjektif anlamın objektif içeriğini öğrenmek ister. Paul'ün babasının burada yapacağı tek şey bir üst norma gönderme yapmaktır ve Paul'e, İsa'nın "düşmanlarınızı sevin" sözünü aktarır. Bunun üzerine Paul, niçin İsa'nın emirlerine uymak zorunda olduğunu sorar ya da Kelsen'in bakış açısıyla, İsa'nın kendi iradesiyle kurduğu subjektif anlamın objektif içeriğini sorgular. Babası, Paul'e, Hristiyanların İsa'nın emirlerine uyması gerektiğini söyler ve bunun

⁷ Kelsen, General Theory of..., s. 213, 226 vd.

⁸ Kelsen, General Theory of..., s. 213 vd.; Kelsen, Law and..., ss. 233-35.

Hristiyan ahlakının temel normlarından biri olduğunu hatırlatır.

Kelsen'e göre, artık bu aşamadan sonra sorgulamanın devam etmesi olanağı yoktur, çünkü temel norma ulaşılmış, sorgulanacak pozitif bir norm kalmamıştır.⁹

Kelsen, bu örnekteki argümantasyon tarzının hukukta aynen geçerli olduğunu ve normlar hiyerarşisi içinde alt kuralların meşruluğunun belirlenmesinde de bu basamaklardan geçildiğini ileri sürer. Alt normun meşruluğu, ancak alt normun üst normla temellendirilmesiyle mümkündür.¹⁰

Üst norm, alt normun hangi organ tarafından ortaya konabileceği ve kapsamı konusunda belli sınırlamalar getirebilir. Alt normları yapmaya yetkili organlar genel olarak belirlenebilir. Örneğin, 1982 Anayasasının 7. maddesine göre, hukukumuzda yasaları yapmaya yetkili organ T.B.M.M.'dir. Maddenin düzenlenişinden bu yetkinin genel bir yetki olduğunu çıkarmak mümkündür. Öte yandan, üst norm ile, alt normu oluşturmaya yetkili organların iradesine içerik açısından bazı sınırlamalar getirilebilir. Bu durumda, alt normun konusu, ancak üst normun düzenlediği konu çerçevesinde kalıyorsa meşrulaştırılabilir.

Görüldüğü gibi, Kelsen, Türk Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku alanlarında da kullanılan analitik metodu önermekte, yasaların üst norma dayanılarak meşrulaştırılmasını, yetki, şekil ve esas açısından anayasaya uygun olup olmadıklarına dayandırmaktadır. Böyle bir analiz pozitif hukukta özellikle yetki ve şekil unsuru açısından zorunludur. Çünkü hukuk kurallarının geçerliliği, yetkili organlar tarafından belli usullere göre oluşturulmalarına bağlıdır. Esas açısından ise, analitik bakışın gerekli olduğu, ancak ortaya çıkacak sorunların çözülmesi açısından Kelsen'in bakışının gerekli analitik derinliğe ulaşmak için

⁹ Kelsen, General Theory of..., s. 254.

¹⁰ Kelsen, General Theory of..., ss. 254-67.

yetersiz kaldığı söylenebilir.

Kelsen'in ortaya koyduğu analitik çerçeve tutarlı olmakla birlikte belli açılardan ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalmaktadır. Üst normların soyut ifadeler içermesi durumunda önemli sorunların ortaya çıktığını aşağıda göreceğiz. Ama önce daha derin bir analitik bakışın teorisini oluşturmamız. Böyle bir analitik bakışın hareket noktası kuşkusuz Kelsen'in teorisinin eleştirisi, özellikle de onun hukuki çıkarımlar konusunda ortaya serdiği salt iradeci tutumun sorgulanmasıdır.

Kelsen ve daha genelde tüm hukuki pozitivistler niçin iradeyi temel alırlar ?¹¹ Hukuki pozitivism 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında bilim ve felseye hakim olan pozitivist anlayıştan bağımsız düşünülemez. Modern düşünce adı verilen bu anlayışın temel özellikleri deney ve belgeden başka kanıt kabul etmeme, genel kavramlara karşı şüphecilik ve tarihselciliktir. Bu akımın etkisinde kalan hukukçular, hukukun da belgelenebilir ve kanıtlanabilir bir dayanağı olması gerektiğini, o ana kadar hukuk düşüncesinde egemen olan doğal hukuk anlayışının hukukun kaynağının belirlenmesi konusunda yetersiz kaldığını ileri sürmüşlerdir. İradeci görüşün ortaya çıkışının ana nedeninin işte bu temel yaklaşım olduğu ileri sürülür. Eğer sadece dış belirtileri olan şeyler hukukun kaynağı olarak kabul edilecekse, Keyman'ın da belirttiği gibi, bu gereğe cevap veren iradi eylemlerdir. İradi eylem norm haline geldiğinde, belirlenebilir ve gözlemlenebilir bir niteliğe kavuşur.¹² Modernizmin tarihselci bakışının da bu iradeci yaklaşımda katkısı olduğu ileri sürülmüştür. Tarihin bilimselleştirilmesi

¹¹ Örf ve adet kurallarının belli bir iradeye dayanmadıkları halde norm özelliği taşıdıklarını belirtmekle birlikte (Bkz. Hans Kelsen, *What is Justice ?*, University of California Press, Berkeley 1957) Kelsen'in genel hukuk teorisinin temel dayanağı iradedir.

¹² Selehattin Keyman, "Hukuki Pozitivism", *A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, s. 27.

ancak belge temelinde mümkündür. Hukuki pozitivistizmden önce, tarihçi okul, modernizmin tarih için oluşturduğu belgeci anlayışa bağlanarak, hukuki pozitivistizmin bu konuda öncülüğünü yapmıştır. Keyman'a göre tarihselci bakışın hukuk alanındaki yansıması, hukukun, herşeyden evvel bir belge aracılığı ile kanıtlanmaya elverişli bir insan fiiline, yani kural koyanın iradesine dayandırılması şeklinde olmuştur.¹³

Hukuki pozitivistlerce savunulan iradeci bakışın diğer bir dayanağını, hukuki kesinliğe ancak yargıcın normların objektif iradesini araştırmakla yetinmesiyle ulaşılabileceği görüşü oluşturur. Yargıçların objektif iradenin araştırılmasını aşarak karar vermeleri, örneğin, hukukun içermediği ahlaki ilkelere, bilimsel görüşlere ya da subjektif değerlere gönderme yapmaları halinde, bireye devlet tarafından tanınan güvencelerin bir anlamı kalmaz. Hukuki kesinlik, nihai olarak, bireylerin devletle olan ilişkilerinin güvencesidir. Hukuki pozitivistizmi savunanlara göre, bireysel özgürlüğün en büyük güvencesi olan hukuki kesinliğin korunabilmesi için, yargıcın, yasa koyucunun açıkça öngörmediği siyasi, ahlaki ve sosyolojik unsurları temel alarak karar vermemesi gerekir.¹⁴

Kelsen'in yaklaşımı, yargıcın rolünü kuralların geçerliliklerini belirlemeye yönelik bir faaliyete indirgemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Pozitivistizme eleştirel bakanların bir kısmı, yargılama işlevinin sadece hüküm vermekten ibaret olmadığını, yargılamanın diğer bir işlevinin adil olan kararlara ulaşmak olduğunu ileri sürer. Örneğin Fuller, hukuki pozitivistizmin önde gelen temsilcilerinden Hart'a, "hukuk pratiğinde insanların iradelerinin tespitinde bile değerlendirme yapmak zorunludur, o halde niçin yargının işlevleri böyle bir teorik ayrıma tabi tutuluyor ?" sorusunu yöneltir. Fuller'e göre, hukuk ideal değil pratik bir kavramdır. Bu nedenle hukukun tanımı pratik işlevinden ayrı

¹³ Keyman, a.g.e., ss. 22-23.

¹⁴ Kelsen, General Theory of..., ss. 20-21.

düşünülemez. Hukukun pratik işlevi ise yargıçlara ve taraflara yol gösterici olmasıdır. Eğer bu pratik işlev değerlendirmeye yönelik faaliyetleri gerektiriyorsa, hukukun bu yönünü dışlamayı esas alan bir teorik ayrımın yanlışlığı ortadadır.¹⁵

Kelsen'in hukuk tanımından yola çıkan Soper, Kelsen'in hukuku tanımlarken normatifliği öne çıkararak hukuku cebire indirgeyen Hart'ı aşmaya çalıştığını, ancak ahlaki, bilimsel ve sosyolojik değerlendirmeleri dışlayarak geliştirdiği saf hukuk teorisi ile kendi yaklaşımını da aynı tanımla sınırladığını ileri sürer.¹⁶ Soper, Kelsen'in tanımının ve hukuka yaklaşımındaki sınırlayıcı tutumunun onun hukuka bakışını etkilediğini, hukukun salt cebirden oluşmadığını açıkça savunsa da yaklaşımlarının zorunlu olarak bu sonucu doğurduğu görüşündedir.¹⁷

Hukuki pozitivism'e karşı çıkan yazarlardan Dworkin ise, özellikle çözülmesi zor hukuk problemleri söz konusu olduğunda yargıçların ahlaki ve siyasi ilkelere yöneldikleri, bu durumun kültürü homojen olmayan toplumlarda daha da belirgin olduğunu ileri sürer. Dworkin'e göre, bu problemler açısından, yargıcı ahlaki ve siyasi alandan soyutlamak ve ahlaki ve siyasi değerleri yansıtan kararları hukuk dışı kabul etmek mümkün değildir. Dworkin bu görüşüyle, yargıcın değerlendirme yapmasını bir zorunluluk olarak görür. Ancak, yargıç için de bazı sınırlar getirilmesini savunur ve mahkeme kararlarına ilişkin değerlendirmelerin, hukuk dışı alanları içermesini kıstas alarak değil, bu

¹⁵ Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 1958, Cilt 71, s. 630.

¹⁶ Philip Soper, *A Theory of Law*, Harvard University Press, Cambridge 1984, ss. 29-30.

¹⁷ Kelsen'in sorduğu şu bir soruya verdiği cevabı düşünecek olursak Soper'in argümanı daha iyi anlaşılır: hukuki düzeni olan bir topluluğu haydutlar çetesinden ayıran nedir? Kelsen'e göre, haydutlar çetesinin bir hukuk düzeni kuramaması temel ayrımdır. Çete elemanlarının düzene uymasına yönelik bir temel norm öngörülemez, çünkü hukuki düzenin cebri çetenin uygulayacağı cebirden daima daha etkili olacaktır. Şöyle devam eder Kelsen: " diyelim ki çete belli bir ülke üzerinde etkili bir kontrol sağladı, artık çetenin cebri düzenine yasal bir düzen, ve bu düzen aracılığıyla kurulan topluluğa da 'devlet' olarak bakılabilir" (Bkz. Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley 1970, s. 8)

alanlara ilişkin konularda önceden geliştirilmiş "ilkeler"den hareket edilip edilmediğine bakılarak yapılmasını önerir.¹⁸

Pragmatist hukukçu Posner, pozitivizmi meşruluk problemini teorik aklı kullanarak ele aldığı ve analitik bakışın ötesine geçemediği için eleştirir. Posner hukukun insanların eylemleri ile ilgili olduğunu bu nedenle "saf aklın" kategorilerinin hukuki sorunların çözümünde yetersiz kaldığını iddia eder. Saf aklın karşısında olan pratik akıl ise kapsamı değişebilen (mutluluk, ortak iyi v.s.) bir amaca ulaşmanın en iyi araçlarını bulmaya çalışır. Hukukta zor problemlerin çözümünde teorik aklın değil, pratik aklın yardımına başvurulur. Yorum, hukukun genel ilkeleri, bilimsel bilgi, sosyolojik açıklamalar teorik aklın değil, pratik aklın araçlarıdır.¹⁹

Keyman da, açık hukuk kurallarının bulunmaması veya mevcut kuralların çelişkiyi ortadan kaldırmasının yetersiz olduğu hallerde hukuki sorunlara salt pozitif hukuk kuralları ile çözüm aramanın mümkün olmadığını, bazı hukuk dışı unsurlara yer vermenin gerekli olduğu görüşündedir. Keyman, Kelsen'in yargı yorumunu hukuk bilimi alanı dışında tutan tavrını eleştirerek, hukuk bilimcisinin kuralın çeşitli anlamlarını açıklarken dahi biçimsel ve mantıki özelliklere değil, öze ilişkin unsurlara da bakmasının zorunlu olduğunu ileri süren Gavazzi'nin görüşlerine atıfta bulunur.²⁰

Yapılan bu eleştirilere karşı hukuki pozitivizmi savunanların en önemli dayanağı hukuki kesinliğin ancak pozitivizm ile sağlanabileceğidir. Keyman'ın da belirttiği gibi, hukuki pozitivizm yargıca hukuk yaratma yetkisi tanıyan görüşleri bireysel özgürlükler bakımından

¹⁸ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977, ss. 82-84.

¹⁹ Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge 1990, ss. 71-100.

²⁰ Keyman, a.g.e., s. 51 vd.

bir tehlike sayar. Bireysel özgürlüklerin korunmasının tek yolu, yargıcın yasa koyucunun açıkça düzenlemediği siyasi, ahlaki ve sosyolojik unsurları yorum yoluyla kararına yansıtmamasıdır.²¹ Görünüşte oldukça sağlam görünen bu savunu karşısında, "acaba hukuki pozitivizmin sağladığı hukuki kesinlik ne kadar kesinliktir?" sorusuna yanıt aramamız gerekiyor.

Kelsen, mahkemelerin kesin hüküm (Res Judicata) niteliğindeki kararlarını şöyle betimliyor: "hukuku uygulayan organların, yasama ve örf tarafından önceden oluşturulmuş genel maddi bir norma *dayanmasa* dahi meşru olabilen kararlardır".²² Eğer mahkemelerin, özellikle de yüksek mahkemelerin böyle bir takdiri yetkisi varsa ve bu yetki hukuki pozitivizmin araçları ile sınırlanamıyorsa (bunun en bariz örneği anayasa mahkemeleridir), ya da diğer bir deyişle, yukarıda Kelsen'den aktardığımız örnekteki gibi bir hukuki çıkarım modeli izlenmesini kesin olarak sağlayan araçlar yoksa, pozitivizmin hukuki güvenliği tam olarak sağladığı söylenebilir mi ? Burada Kelsen'in hukuki güvenliği sağlamaya yönelik tek argümanı kesin hüküm niteliğinde karar veren organın, normları yorumlamaya "yetkili" (competent) bir organ²³ olmasıdır. Bu argüman, "her kararın mutlaka kendisini önceleyen bir kurala dayanması gerekir, mahkeme, önüne gelen olaya varolan bir genel normu uygulamasa dahi kendini yetkilendiren norma dayanmadan karar veremez"²⁴ şeklindeki Kelsen'in, "hukuk normatif olmak zorundadır" tezini desteklese dahi, hukuki güvenliğe yönelik bir iddia ortaya koymaz. Kaldı ki, böyle bir durumda, yargıcın artık "yasama" faaliyetinde

²¹ Keyman, a.g.e., s. 47.

²² Kelsen, *General Theory of...*, ss. 248-49.

²³ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York 1945, s. 397.

²⁴ Kelsen'in olaya ilişkin varolan bir genel norm (substantive norm) ve mahkemeyi oluşturan norm (adjective norm) kavramları için Bkz. Kelsen, *General Theory of Law...*, ss. 144-46.

bulunduğunu Kelsen de kabul etmektedir. Öte yandan, üst normdan objektif bir anlamın çıkarılamadığı ya da üst normdaki ifadenin birden fazla anlama geldiği durumlarda da, hukuki pozitivizm yargıca salt normatif bir kriter sağlayarak, onu hukuk dışı kriterleri kullanmaktan alıkoyamamaktadır.

Kelsen'in hukuk teorisine en büyük katkısı, hukukun daima bir normla varlık kazandığını ortaya koymasıdır. Böylece hukuk, salt ahlaki ve siyasi değerlendirmelerden, ya da salt akıla dayalı bazı postülalardan (doğal hukuk anlayışı) arındırılmış, uygulanması pratik ve tutarlı bir analitik bakış geliştirilmiştir. Ancak, Aral'ın da belirttiği gibi, Kelsen'in teorisi, Kant'ın, her türlü deneyden önce gelen ve akılda mevcut saf biçimleri temel alan transandantalizmine²⁵ dayanılarak kurulmuş "bilginin olanak ve koşullarını inceleyen" bir teori olması nedeniyle, deneysel bilgi öğelerinin değerini küçümseyen bir *apriorizme* varmış, hukuk alanındaki ampirik sorunları dikkate almamıştır.²⁶

Sonuç olarak, Kelsen'in hukuki çıkarımlar konusunda, "normsuz çıkarım olmaz" ve "alt normların meşrulukları (bireysel ya da genel) üst normlar çerçevesinde, yetki, şekil ve konu açısından incelenmelidir" görüşleriyle özetleyebileceğimiz yaklaşımı analitik açıdan yol gösterici olmakla birlikte, özellikle zor hukuk problemlerini çözmek için pratik aklın sentetik metodlarına da başvurmak gerekmektedir. Böyle bir "melez" yaklaşımın pozitivizmi dışlamaktan çok, onu yeni bir açılıma kavuşturmak için yapıldığına da burada işaret etmek gerekir. Pozitivizm

²⁵ Burada transandantalizm, "aklın bilgi edinme alanında kullandığı ve uyguladığı biçimler" olarak anlaşılmalıdır. Kant sonrası Alman felsefesi iki gruba ayrılmış, Kelsen'in fikir babalığını yapan Marburg okulu (özellikle Cohen) Kant'ın teorik aklı öne çıkaran transandantalizmine önem verirken, Heilderberg okulu, Kant'ın anlama yetisi konusundaki açıklamalarına ağırlık vermiştir. Bu anlamda Kelsen ve dolayısıyla Marburg okulunu temsil eden yeni Kantçılar sürekli olarak pratik akla önem vermemekle suçlanmışlardır (bu konuda daha fazla bilgi için Bkz. K. C. Köhnke, *The Rise of Neo-Kantianism*, Cambridge University Press, Cambridge 1991).

²⁶ Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978, s. 9 vd., 87.

sadece Kelsen'in ya da diğ er herhangi bir pozitivistin anladığı anlamda olmak zorunda değildir. Keyman'ın da belirttiğı gibi tek bir pozitivizm değildir, pozitivizmler vardır.²⁷

2. Hukukta Pratik Argümantasyon

Hukukta pratik argümantasyon araçları, normatif düzenlemelerin anlam içeriklerini belirleyen ifadelerin saptanmasına ya da bu saptamaların doğruluk ya da yanlışlıklarının test edilmelerine yönelik rasyonel metodlardır. Bu rasyonel metodlar, mutlak doğru sonuçlar vermez, ancak zor hukuk problemlerine ilişkin mahkeme kararlarının tutarlı yorumlara dayanıp dayanmadıklarının rasyonel bir zeminde tartışılmasını sağlarlar.²⁸

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında işaret ettiğı gibi,

(M)ahkemeler anayasalara içkin değ er yargılarına başvurmak zorunda kaldıkları bazı durumlarda, kanunların bu değ er yargılarına uyup uymadıklarının açık bir şekilde anlaşılmaması ya da yeterince anlaşılmaması nedenleriyle, kaçınılmaz olarak takdiri unsurlar içeren değ erlendirmelerde bulunmak zorunda kalabilirler. Bu tür değ erlendirmelerde yargıçların keyfiliğ e sapmamaları ve kararlarını rasyonel bir şekilde arg mante edebilmeleri şarttır. Eldeki mevcut metinlerin lafzından hukuki problemin çözümüne dair sonuç elde edilemiyorsa, yargı kararlarının bu belirsizliğı *pratik aklın standartlarına* göre gidermesi gerekir.²⁹

Hukukta pratik argümantasyon, genel pratik arg mantasyondan

²⁷ Keyman, a.g.e., s. 21.

²⁸ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Clarendon Press, Oxford 1989, s. 177 vd.

²⁹ BVerfGE 34, 269 (287) (Bu kararı aktaran metin için Bkz. Alexy, a.g.e., s. 25).

bazı farklılıklar gösterir ve belli sınırlar içinde kalmak zorundadır. Bu sınırların başında, üst ve alt normun objektif anlamlarının açık olarak belirlendiği durumlarda pratik argümantasyonun değil, analitik hukuksal çıkarımın kullanılmasının zorunlu olması gelir. Diğer sınırların başlıcaları, pratik argümantasyonun içeriğinin Anayasal ilke ya da kurallara ve hukuk sistemindeki diğer esaslı özelliklere ters düşmemesi ve usul hukukunun kısıtlarına uymasındır. Unutulmaması gereken en önemli nokta, ampirik gözlemlerin ya da sezgisel bakışların normatif hukukta tek başlarına bir işlevlerinin olmadığıdır.³⁰

Mahkemelerin hukuk problemlerini çözerken öncelikle analitik bakışı uygulamaları esas olmalıdır. Alexy'nin "içsel haklılaştırma" (internal justification) dediği analitik bakışın en önemli aracı, Kelsen'in teorisinde de öngörülen hukuki çıkarımdır. Hukuki çıkarımın yapısı yukarıda ele alındığından burada yeniden üzerinde durmayacağız. Hukuki çıkarımın temel özelliği her mahkeme kararının en azından bir genel kuralla temellendirilmesidir.³¹ Ancak, bu temellendirme işlemi sırasında normun içeriğinin anlaşılması için, pratik argümantasyonla doğrulanabilecek yeni alt kurallara ihtiyacımız olabilir.

Bu durumu bir örnekle incelemek açıklamalarımızı kolaylaştıracaktır. Diyelim ki, "A" "B"yi öldürdü. Burada olaya uygulanacak kural TCK'nın 448. maddesidir. Bununla birlikte failin fiilinin TCK'nın 450. maddesinde düzenlenen adam öldürme cezasını arttıran nedenler açısından da düşünülmesi gerekir. Örneğin, TCK'nın 450. maddesinin 4. bendinde düzenlenen teammüd, adam öldürme suçunun cezasını arttıran bir nedendir ve kanunda teammüdün ne olduğu tanımlanmamıştır. Bu nedenle gerek doktrinde gerekse uygulamada çeşitli teammüd tanımları yapılmıştır. Teammüdün

³⁰ Alexy, a.g.e., ss. 211-220.

³¹ Hukuki çıkarımın özellikleri yukarıda antıldığından burada üzerinde durulmamıştır.

soğukkanlılık, pusu kurmak, sabit fikir, öldürme kararı ile icra arasında geçen süre gibi esaslar temelinde çeşitli tanımları geliştirilmiştir.

Hangisini kabul edersek edelim, bu tanımların hepsinin pratik argümantasyonlar yoluyla kurulduğu açıktır. Örneğin, teammüdü, belli bir sürenin geçmesi ve sabit fikir olarak anladığımızda sürenin fizik bilimi ile, sabit fikrin ise psikoloji ile ilişkileri olduğundan, teammüd konusunda yapacağımız tanım salt genel normlara değil, ilgili bilim alanlarına da dayanmak zorundadır. Genel normlar (TCK 448, 450) aracılığı ile fakat onlardan doğrudan elde edilmeyen bu tanımlar, aslında somut olaya uygulanacak birer alt kural niteliğindedirler, ya da diğer bir deyişle, teammüdü içeren maddenin faile uygulanabilmesi ancak pratik aklın yardımıyla bulunabilecek yeni bir kurala ihtiyaç göstermektedir. Aynı durum, objektif anlamı kanunda yer almayan tüm kavramlar için söz konusudur.

Sağlam'ın Alman hukukçu Müller'in görüşlerinin özeti mahiyetindeki şu sözleri de, ampirik argümantasyonun hukukta gerekliliğini vurguladığı için bu görüşü destekler niteliktedir:

(...) norm ile ilişki içinde olabilecek her türlü *nesnel veri* normun *nesnel alanını* oluşturur. Ancak bu nesnel alan henüz "norm alanı" olarak belirlenmiş değildir. Norm alanı için bir hipotez niteliğindedir. Norm alanı, her normun nesnel alan içinden seçtiği, ayırdığı, vurguladığı, yeni bir biçim verdiği nesnel verilerdir. İşte yalnız bu nesnel veriler, norm uygulanırken, daha doğrusu belli bir somut olay üzerinde somutlaştırırken, normun kurucu unsuru haline dönüşür ve somut olayın karara bağlanmasında belirleyici rol oynar. (...) [N]orm alanına ilişkin nesnel unsurların açıklanmasında, diğer bilim dallarının da yardımcı olarak kullanılacağı ampirik yöntemlere başvurulur.³²

³² Fazıl Sağlam, *Temel hakların Sınırlanması ve Özü*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara 1982, s. 48.

TCK'nın 450. maddesinin 4. bendine "N", teammüdün tarafımızca kabul edilen tanımına "K¹", adam öldürme fiiline "A", fiili işleyene "x", fiilin "K¹" kuralı uygulanarak yapılan betimlemesine de "S_a" diyelim; "O"yu da zorunluluk ilişkisini kuran sembol (deontic operator) olarak kullanalım. O halde,

- .(1) (x) (A → ON_x) Adam öldürme fiilinin TCK 448'i gerektirmesi,
- .(2) (x) (K¹_x → A_x) TCK 450(4)'den elde edilen alt kuralın adam öldürme fiiline bağlanması,
- .(3) (x) (S_a^x → K¹_x) Yapılan betimlemenin K¹'i gerektirmesi,
- .(4) (x) ON_a Analitik ve pratik akıl yürütme ile oluşan anlam.

Bu dört aşamalı çıkarımdan da anlaşılacağı gibi hukuki çıkarımlar bazı durumlarda ancak pratik aklın araçlarıyla yapılabilmektedirler. İşte, 2. ve 3. aşamalarda başvurduğumuz K¹ kuralının meşruluğu sorununa, Alexy, normun dışsal meşruluğu (external validity) demektedir.

Artık, normun dışsal meşruluğunun hangi pratik akıl kıstaslarına dayanılarak değerlendirileceği problemine geçebiliriz. Bu kıstaslar beş başlık altında toplanabilir. Bunlar, ampirik argümantasyon, dogmatik akıl yürütme, yorum ve hukukun genel ilkeleri ve içtihatları kapsayan mahkemelerin normatif kural koyma gücüdür.³³

A. Ampirik Argümantasyon

Normların büyük bir kısmı ampirik argümantasyona konu olur. Ampirik argümanlar bireysel eylemlere ilişkin ifadelere ya da bu eylemlerin nedenlerine dair olabileceği gibi sosyal bilimlerin normatif içerikteki kurallarına da dayanabilir. Genellikle, ekonomi, sosyoloji, tıp,

³³ Alexy, a.g.e., s. 231.

dilbilim, psikoloji ve siyaset bilimine ait bilgilere gönderme yapılır.

Ampirik bilgilerin hukukta kullanılmasında karşılaşılabilecek en önemli sorun, mahkemelerin hiç bir genel norma dayanmadan salt ampirik verilerin yardımıyla karar verme yoluna gitmelerinde ortaya çıkar. Leibholz, toplumun siyasi ve sosyolojik gerçeklerine mahkemelerin iki türlü tavır alabileceklerini söyler. Bunlardan birincisi gerçekleri bir kenara bırakıp normlara bakmayı savunan kavramsal pozitivistin yaklaşımı, diğeri ise salt gerçeklikten hareketle, yorum yöntemleri ya da bilimsel bilgilere başvurularak gerçekleştirilen ve normları ikinci plana atma eğilimi taşıyan sosyolojik pozitivistdir. Yazara göre her iki yaklaşım da uç noktalarda yıkıcı sonuçlar doğurur. Leibholz, yargıcın, kuralı gerçeğe ya da gerçeği kurala feda etmeden, norm ile gerçeklik arasındaki diyalektik çelişkiyi çözmesinin en uygun yöntem olacağı görüşündedir. Bunu sağlamanın yolu ise, hukuki kavramların gerçek açısından anlaşılmasına çalışılması ya da bu kavramların içerdikleri anlamların günün koşullarına göre yorumlanması, ancak bunu yaparken, akla uygun bir biçimde yorumlandığında belli ve açık bir anlam taşıyan anayasa kuralına, değişen siyasal ya da sosyal gerçeklik adına ayrı ve tutarsız bir anlam verilmemesidir.³⁴

Alexy ise, hukuki akıl yürütmenin ampirik yöntemlere indirgenmemesi ve her ampirik bilginin ancak hukuki çıkarımlar dolayısıyla elde edilmesi koşulları sağlandığında bu tür bir tehlikenin en aza indirileceği görüşündedir. Bununla birlikte, ampirik bilgi çoğu kez kesinlikten yoksundur. Bu nedenle, rasyonel öngörüler kaçınılmazdır.³⁵

³⁴ Gerhard Leibholz, "Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek" (Çeviren: Tuncer Karamustafaoğlu), *A.Ü.H.F. Dergisi*, 1973, Cilt: 30, Sayı: 1-4, ss. 1-7.

³⁵ Alexy, a.g.e., s. 233.

B. Yorum

Pratik aklın en önemli araçlarından biri yorumdur. Hukukta bir çok yorum metodu olmakla birlikte biz burada pratik argümantasyon açısından önem taşıyan üç yorum metodu üzerinde duracağız: anlambilimsel, sistematik ve amaçsal yorum.

Anlambilimsel yorum, bir yorumun dilbilim temelinde yapılmasını ifade eder. Anlambilimsel yorumda üç ayrı argümantasyon biçimi söz konusu olabilir: normatif ifadenin ne anlama geldiği belirlenebilir, normatif ifadenin ne anlama gelmediği saptanabilir, ya da normatif ifadenin anlamının doğruluğu konusunda şüpheli kalınabilir. Son durum, salt anlambilimsel yorum metodu ile sonuç almanın olanaksız olduğuna işaret eder.

Sistematik yorumda ise, normun hukuk sistemi içindeki yeri gözönüne alınır. Sistematik yorumun amacı, yorumla varılan sonucun diğer normlar ve hukuki ilkeler ile çatışıp çatışmadığını kontrol etmektir. Bir normun yorumu, objektif anlamından kuşku duyulmayan başka bir norm ile çelişmemeli ya da yorum ile kapsamı açıkça bilinen hukuk ilkelerine aykırı sonuçlara varılmamalıdır.³⁶

Pratik argümantasyon açısından önem taşıyan bir yorum metodu da amaçsal yorumdur. Amaçsal yorumda, mahkeme hukuk kurallarına ilişkin değerlendirmesini bu kuralların amacına ve bu amaca ulaşmayı sağlayacak araçlara bakarak yapar. Burada hukuk kuralının amacından kasdedilen, kuralı oluşturanların iradesindeki amaç olmayıp, rasyonel argümantasyonlar ile elde edilecek olan kuralın objektif amacıdır. Bu amaç tespit edildikten sonra düzenlemenin o amaç için öngördüğü araçların saptanması, niteliklerinin belirlenmesi ve araçların amacı elde etmede yeterli olup olmayacakları, yorum sonucunda ortaya çıkacak

³⁶ Alexy, a.g.e., s. 234 vd.

değerlendirme açısından önem taşır. Amaçsal yorumla normların değerlendirilmesinde ya amacın meşruluğu, ya da araçların amaca ulaşmada yeterli olup olmamaları sorunu tartışılır.³⁷

C. Dogmatik Hukuk

Dogmatik hukuk, hukuki metinlerde yer alan kavramların açıklanması için ileri sürülen görüşler, farklılık kriterleri ve problem çözme tekniklerinin bir toplamıdır.³⁸ Bu görüşlerin oluşmasında en önemli faaliyetlerden birini kavramların tanımlanması oluşturur. Sözleşmenin, iptal davasının, haksız rekabetin tanımlanması bu faaliyetin hukukun çeşitli alanlarındaki örneklerindendir. Eğer yapılan tanımlar yukarıdaki örneklerdeki gibi sadece hukuk alanına ait kavramlara ilişkinse, bu tanımların değişmesi, normatif düzenlemeler değişmeden mümkün olmaz. Bu anlamda *gerçek hukuki kavramlar* adını verebileceğimiz bu kavramların tanımları normatif bir içeriğe sahiptir diyebiliriz. Bununla birlikte hukuk metinlerinde yer alan kavramların büyük bir kısmı gerçek hukuki kavramlar niteliğinde değildir. TCK'nun 491. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "bulunduğu yer" kavramı, aynı kanunun 450. maddesinin 3. bendinde yer alan "canavarca his" kavramı, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan "kamu yararı", "genel ahlak", "genel sağlık" gibi kavramlar bu ikinci gruba örnektir.³⁹

Birinci gruba giren kavramların tanımları normatif bir içerik taşıdıklarından ayrıca pratik argümantasyon aracılığı ile meşrulaştırılmalarına gerek olmamakla birlikte, aynı şey ikinci grup kavramların tanımları için söylenemez. Bu gruba giren tanımların

³⁷ Alexy, a.g.e., s. 240 vd.

³⁸ Alexy, a.g.e., s. 255.

³⁹ Alexy, a.g.e., ss. 257-59.

dogmatik hukuk niteliği kazanabilmeleri için yapılan tanımların genel kabul görmesi ve pratik argümantasyon aracılığı ile meşrulaştırılmaları gerekir.⁴⁰ Tanımın genel kabul görmesi, gerek bilimsel çalışmalarda gerekse mahkeme içtihatlarında yaygın olarak aynı tanımın kullanılmasıdır. Örneğin Türk Anayasa Hukukunda "eşitlik" kavramı, "herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması" şeklinde değil, "aynı statüde bulunanların yasalarca aynı işlemlere bağlı tutulması" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanım Türk hukuku açısından yaygın kabul gördüğü gibi, Anayasa Mahkemesi de konuyla ilişkili her kararında eşitliği, "eşit statüde bulunanların eşitliği" şeklinde anlamaktadır.

Öte yandan, bir tanımın hukuk dogmatığı niteliği kazanması için, sistemde meşru olarak kabul edilen dogmatik nitelik kazanmış diğer görüşlerle ve normlarla çelişmemesi gerekir. Bununla birlikte, anlayış tarzlarının zaman içinde değişebilmesi de mümkündür. Hukuk dogmatığında yer alan görüşlerin klasik anlamda "dogma" olarak anlaşılması yanlıştır. Normlara aykırı olmadığı sürece dogmatik görüşler zaman içinde değişebilir. Bu gibi durumlarda, çelişki, eski anlayışın terkedilmesiyle çözülür. Ancak, bir anlayışın en azından belli bir süre hukukçular ve mahkemeler tarafından tutarlı bir şekilde kabul edilmesi gerekir.⁴¹

Dogmatik hukukun en önemli özelliği benzer olaylara benzer çözümlerin uygulanmasını sağlamasıdır. Üzerinde uzlaşılan görüşler, üzerinde uzlaşılan sonuçların ön şartıdır. Böylece pratik argümantasyon alanında elde edilen "aşırı" özgürlük de sınırlanmış olur. Hukuki olmayan kavramların birbiriyle çelişen çok sayıda tanımı yapılabilir. Dogmatik hukuk tanımlardaki bu çeşitliliği ortadan kaldıracı bir role sahiptir.

⁴⁰ Alexy, a.g.e., s. 256 vd.

⁴¹ Alexy., ss. 261-66.

D. Mahkemelerin Yarattığı Normlar (İçtihatlar, Hukukun Genel İlkeleri)

İçtihatı dayalı argümantasyon, en genel tanımıyla, mahkemelerin aynı türden hukuki sorunların çözümünde önceki kararlarına başvurmasıdır. Bu nedenle, mahkemelerin karar verirken içtihatları başvurması analitik bir yöntem olmayıp, pratik argümantasyonun konusudur. Mahkemeler içtihatı dayandıklarında iki esas ilkeye göre hareket etmelidir. İçtihatları bağı karar verme her şeyden önce evrenselleştirilebilme ilkesinin bir sonucudur. Evrenselleştirilebilme ilkesi, aynı içtihatın tüm benzer olaylar için de geçerli olması demektir.⁴² İçtihatın pratik argümantasyon açısından meşruluğu ancak evrensel uygulamaya kavuşmasıyla sağlanabilir. Mahkemelerin içtihatlarından sık sık sapmamaları gerekir. Ancak içtihatlar da zaman içinde değiştirilebilirler. İçtihatların değişikliğinin pratik argümantasyon yoluyla meşru kılınabilmesinin koşulu ise, yeni içtihatın "hukuki savlamayla haklılaştırılması"dır. Savlamayla haklılaştırma Perelman'ın "Atalet İlkesi"nin bir sonucudur. Bu ilkeye göre, "bir karar, ancak yeterli nedenlerin bulunması halinde değiştirilmeli"dir.⁴³ Buradan, içtihatını değiştiren bir mahkemenin bu değişikliği argümantasyon aracılığı ile meşrulaştırmasının gerekli olduğu sonucunu çıkarabiliriz, ancak bu koşullar, diğer pratik argümantasyon koşulları gibi hukuki bir zorunluluk değildir.

Hukukta mahkemelerin normatif güçlerini ortaya koyan bir diğer pratik argümantasyon tekniği, hukukun genel ilkelerine başvurmadır. Kaboğlu'na göre, hukukun genel ilkeleri "emredici hükümlü içtihadı

⁴² C. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Clarendon Press, Oxford 1963, s. 11.

⁴³ C. Perelman ve L. Olbrechts-Tyteca, "Act and Person in Argument", *Ethics*, 1950, Cilt: 61, ss. 251-69.

normlardır".⁴⁴ Bu ilkeleri içtihatlardan farklı kılan özellik, evrensellik ve atalet ilkelerinin yanında aşkınlık özelliğine de sahip olmalarıdır. Aşkınlık özelliği, bu ilkelerin uluslararası nitelikte üstün ilkeler olduğu anlamına gelir.⁴⁵

Hukukun genel ilkelerinin en önemli özelliği, evrenselliklerinin sadece milli sınırlar ile değil, aynı zamanda dünyadaki tüm uygar ulusların iç hukuklarıyla belirlenmesidir. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesine göre, hukukun genel ilkeleri, "uygar ulusların iç hukuklarının analizi ile ortaya konan pozitif hukuk ilkeleri", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre ise "uygar uluslarca tanınmış ilkeler"dir.

II — TÜRK ANAYASALARINDA VE HUKUK DOKTRİNİNDE KAMU YARARI KAVRAMI

Bu başlık altında konu sadece anayasal düzenleme ve Türk hukuk doktrindeki görüşler açısından ele alınacaktır. Anayasa Mahkemesinin analitik ve pratik argümantasyona yönelik değerlendirmeleri ile konunun sosyal bilimler açısından nasıl ele alındığına ikinci bölümde değineceğiz.

1. Türk Anayasalarındaki Düzenleme

Kamu yararı kavramını değerlendirebilmek için öncelikle kavramın anayasal sistemdeki yerini ele almalıyız. Bu çalışmada anayasal düzenlemeler açısından bakışımızı son iki anayasa ile sınırlayacağız.

1961 Anayasasında kamu yararı kavramına, Temel Haklar ve Ödevler kısmındaki 11. maddede ve Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler

⁴⁴ İbrahim Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı: Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 8, s. 292.

⁴⁵ Kaboğlu, a.g.e., ss. 291-322.

başlığı altında mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddede, kamulaştırma ve devletleştirmeye ilişkin 38. ve 39. maddelerde ve çalışma ve sözleşme özgürlüğünü içeren 40. maddede yer verilmiştir. Temel haklar ve ödevlere ilişkin genel hükümlerde yer alan 11. madde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının koşullarını düzenlemekte ve maddenin ilk iki fıkrasında,

temel hak ve hürriyetler kamu yararının korunması devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.⁴⁶

hükmü yer almaktaydı.

Anayasanın diğer maddelerindeki düzenlemeler ise, mülkiyet hakkı ile çalışma ve sözleşme özgürlüğünün ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğine ve kamulaştırma ile devletleştirmenin yapılabilmesini kamu yararı şartına bağlayan hükümlerdir.

1961 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 36. ve iktisadi ve sosyal hayatın düzeni başlıklı 41. maddelerinde, kamu yararı kavramının yanında toplum yararı kavramına da yer verilmişti. 36. madde "mülkiyet hakkının kullanımı toplum yararına aykırı olamaz", 41. madde ise "...yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planları yapmak devletin ödevidir" hükümlerini içeriyordu.

1982 Anayasasının 13. maddesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan

⁴⁶ Bu metin, maddenin 20 Eylül 1970'deki değişiklikten sonra kabul edilen halidir. Daha önceki düzenleme,

" Temel hak ve özgürlükler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz" şeklindeydi.

maddeyi hakların özüne ilişkin kısmını değiştirerek yeniden düzenlemiştir. Maddeye göre,

Temel hak ve hürriyetler, 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, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu düzenlemenin dışında, 1982 Anayasasının "Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünün üçüncü kısmı "Kamu Yararı" başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında kıyılardan yararlanmayı düzenleyen ve "deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir" fıkrasına yer veren 43. madde; toprak mülkiyetine ve tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunmasına ilişkin 44. ve 45. maddeler ve kamulaştırma ile devletleştirmenin yapılabilmesini kamu yararı şartına bağlayan 46. ve 47. maddeler yer alır.

1982 Anayasası da mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceğine ve bu hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağına ilişkin düzenlemeye 35. maddesinde yer vermiştir.

2. Anayasal Düzenlemelerin Hukuki Açıdan Analizi

Türkiye'de Anayasa hukukçuları analitik bakışlarını İdare Hukuku alanında geliştirilen "işlem teorisi"ni kullanarak oluşturmuşlardır. Bu teoriye göre bir hukuki işlem yetki, şekil, neden, konu ve amaç

unsurlarından oluşur ve düzenlemelerin hukuka uygunluğu sorunu her düzenlemenin kendisinin dayanağı olan üst norma bu unsurlar açısından uygun olup olmadıklarına bakılarak çözülür.⁴⁷

Anayasa hukukunda yetki unsuru, bir işlemin Anayasanın yetkilendirdiği organ veya organlar tarafından yapılmasıdır. Şekil unsuru, düzenlemelerin anayasa ve meclis içtüzüğünde öngörülen usul ve şekillere uygunluğunu ifade eder. Neden unsuru, bir düzenlemenin çıkarılmasında rol oynayan etkenlerdir. Konu unsuru, bir işlemin oluşturduğu hukuki durum ya da hukuki sonucu ifade eder. Neden ve konu unsurları, genel olarak kanun koyucunun takdirine bağlıdır. Ancak, Anayasa istisnai olarak kanun koyucunun çıkaracağı kanunları belli neden ya da konu sınırlamalarına bağlı tutabilir. Amaç unsuru ise, düzenlemeden beklenen nihai sonuçtur. Bu nihai sonuç, bütün kamusal işlemlerde olduğu gibi kamu yararı olmalıdır.⁴⁸

Bu nedenle, doktrinde kamu yararı kavramı amaç unsuru açısından ele alınmış ve daha çok, kavramın belirsizliği nedeniyle amaç unsuruna dayalı analitik tahlillerin doğuracağı sakıncalar üzerinde durulmuştur. Aşağıda da, önce temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin her iki anayasal düzenlemede getirilen sınırlamaların uygulama alanına ve sınırlamanın sınırlarına ilişkin hukuki sorunlar üzerinde kısaca durduktan sonra, kamu yararı kavramı konusuna geçeceğiz.

A. 11. ve 13. Maddelerin Uygulama Alanı

1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin 11. maddenin yorumlanmasında ortaya çıkan bir

⁴⁷ İşlem teorisinin kaynağı ve ülkemizdeki tarihsel gelişimi için Bkz. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, S yayınları, 7. Bası, Ankara 1990, ss. 179-81.

⁴⁸ Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, I.Ü.H.F. Yayınları (No: 384), İstanbul 1972, ss. 77-134; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları* (3. Baskı), Ankara 1993, ss. 359-368.

sorun, bu sınırlamaların kanunla ve belli amaçlarla yapılabileceğine ilişkin hükmün tüm hakları kapsayan genel bir sınırlama olup olmadığı sorunudur.

Kamu hukukçuları arasında bu sınırlama maddesinin tüm haklar için genel sınırlama getirdiğini savunanlardan Dönmezer'e göre, Anayasa'nın özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde özel sınırlamalar getirmemiş olması, bu özgürlüklerin sınırsız olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle Anayasa'nın 11. maddesini temel hakların hepsine yönelik bir genel sınırlama maddesi olarak anlamak gerekir.⁴⁹ Akın'a göre de 11. maddenin genel sınırlama yetkisi vermediğini savunmak mümkün değildir. Yazara göre, özgürlüklerin düzenlendiği özel maddelerde de sınırlamaların varlığı gözönüne alınırsa, anayasayı yapanların 11. maddeyi genel sınırlama amacı dışında bir amaçla kabul etmeleri mümkün değildir.⁵⁰

Karşı görüşü savunanlardan Soysal, 1961 Anayasası'nın 11. maddesindeki sınırlama nedenlerinin bütün haklara uygulanabilecek nitelikte genel sınırlama nedenleri olmadığını iddia etmiştir. Yazara göre, her özgürlüğe ilişkin özel maddede sınırlama nedenlerine yer verilmemesi (örneğin, düşünce özgürlüğüne ilişkin 20. madde) ya da bu sınırlama nedenlerinin bir kısmına yer verilmesi (örneğin, mülkiyet hakkını düzenleyen 36. madde) Anayasa'nın 11. maddesindeki nedenlerin genel sınırlama nedeni olacağı anlamına gelmez. Soysal durumun gerek 1961 Anayasasının orijinal metni gerekse 1970 değişikliğinden sonraki hali açısından farklı olmadığını belirtir. Ona göre, 11. maddenin genel sınırlama hükmü içermemesi maddenin dilbilimsel yorumuna dayanmaktadır. 11. maddenin 1. fıkrasında sayılan

⁴⁹ Sulhi Dönmezer, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı", *I.Ü.H.F. Mecmuası*, Cilt: 29, Sayı: 3, ss. 776-78.

⁵⁰ İlhan Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*, (3. Baskı), İstanbul 1971, s. 152 vd.

sınırlamaların arkasından "veya" sözcüğünün gelmesi bu maddenin bir genel sınırlama hükmü taşımadığını ve sınırlandırılmayacak özgürlüklerin de bulunduğu anlamına gelir. Maddeye "veya" sözcüğü yerine "ve" sözcüğü konmadığı sürece de bu yorum geçerliliğini koruyacaktır.⁵¹

Tanör de 1961 Anayasasının 11. maddesinin bir genel sınırlama hükmü getirmediği görüşündedir. Yazar kendi görüşlerini iki ana noktada toplar. Eğer 11. maddenin genel sınırlamalar getirdiği kabul edilirse, her temel hak, hem ilgili maddesinde, hem de 11. maddede gösterilen nedenlerle sınırlanabilecektir. Böylece özel maddelerde yer alan sınırlama nedenlerinin hiç bir ayırıcı değeri kalmayacağı gibi kimi maddelerde yer alan ve "sınırlamanın başka bir nedenle yapılamayacağına yönelik "ancak" edatının sağladığı vurgular da anlamsızlaşacaktır.⁵²

Öte yandan kendi maddesinde sınırlama sözü geçmeyen haklar açısından yaratılan farklılığın bir anlamı kalmayacak, onlara da 11. maddenin genel sınırlama nedenleri uygulanabilecektir. Yazara göre, 11. maddenin bu şekilde yorumlanması, özellikle düşünce özgürlüğü açısından sakıncalı durumlar yaratacaktır. Örneğin, 11. maddenin genel sınırlama getirdiği kabul olunursa, düşünce özgürlüğü kamu yararı nedeniyle sınırlanabilecektir. Böyle bir durumda son derece müphem bir kavram olan kamu yararını belirleyecek olan yasama organı çok geniş bir takdir yetkisine sahip olacaktır.⁵³

Sağlam ise, konuya başka bir açıdan bakmıştır. Yazara göre, 1961 Anayasası'nın 11. maddesi genel bir sınırlama maddesidir, ancak bu,

⁵¹ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasamızın Anlamı*, Gerçek Yayınevi (2. Baskı), İstanbul 1974, s. 140 vd.

⁵² Bülent Tanör, "Anayasamızın Yeni 11. Maddesi", *Onar Armağanı*, s. 880 vd.

⁵³ Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası* (Doktora Tezi), Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 135.

maddenin "kümülatif" bir uygulamaya sahip olması anlamına gelmez. Bir *genel hukuk kuralının* (burada 11. madde), bu kuralın içerdği olaylar bütünü ile aynı özelliklere sahip, ancak başka ek özellikleri de bünyesinde taşıyan özel bir hukuk kuralı ile bir arada uygulanması ancak "*lex specialis derogat legi generali*" ilkesinin yok sayılması ile mümkündür.⁵⁴

Eğer bu kuralı yok saymayacaksak, özel düzenlemelerin bulunduğu hükümler, genel sınırlamayı düzenleyen 11. maddeye göre özel düzenleme sayılmalı ve özel düzenlemelerin önceliği ilkesi gereği 11. madde yerine sadece o maddelerdeki sınırlama nedenleri uygulanmalıdır. Eğer, düşünce özgürlüğünde olduğu gibi, özel maddede sınırlamaya ilişkin hiç bir hüküm bulunmuyorsa boşluğun genel norm ile doldurulacağı düşünülebilir. Ancak bu yöntem, Anayasa'nın bu maddelerdeki suskunluğunun "sınırlamaya elverişsizlik"ten kaynaklanmış olabileceğini hesaba katmaz. Gerçekten, Anayasa sadece belli özgürlükler açısından hiç bir sınırlama getirmemiştir ve düşünce, bilim, sanat özgürlüklerini kapsayan bu özgürlüklerin nitelikleri sınırlamaya elverişli değildir. Bu nedenle 11. maddenin hiç bir sınırlama hükmü getirmeyen özel maddeler açısından uygulanması savunulamaz. Sağlam, 11. maddenin "ancak" sözcüğü ile vurgulanmış yasa kayıtlarını taşıyan maddeler açısından da uygulanamayacağını ileri sürerek, burada artık bir özel ve genel ilişkisinden bahsetmenin mümkün olmadığını, çünkü "ancak" sözcüğü geçen hükümlerin zıt anlamından bu hükümlerin belirtilenler dışında bir nedenle sınırlamaya konu olamayacaklarının çıkarılabileceği görüşündedir.⁵⁵

Konu, 1982 Anayasasında, 1961 Anayasası'nın 11. maddesine karşılık gelen 13. maddesinde düzenlenmiştir. 13. maddede yer alan ve temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin olarak sayılan nedenlerin diğer özel

⁵⁴ Sağlam, a.g.e., s. 92.

⁵⁵ Sağlam, a.g.e., s. 97 vd.

maddelerde sayılanlarla birlikte uygulanabileceği anlamına gelen "ve ayrıca" sözcükleri ile konu yeni bir görünüm kazanmıştır. Buna göre, gerek Soysal'ın gerekse Sağlam'ın 1961 Anayasası için söyledikleri büyük ölçüde geçerliliklerini yitirmiştir. Bir yandan Soysal'ın üzerinde durduğu "ve" sözcüğü yeni düzenlemede yer alırken, diğer yandan Sağlamın ortaya koyduğu "*lex specialis derogat legi generali*" ilkesine dayalı yorum, Anayasa'nın "ve ayrıca" sözcükleri içermesi nedeniyle etkisini kaybetmiştir. Buna karşın, Tanör ve Sağlam tarafından ileri sürülen "ancak" sözcüğü ile vurgulanan yasa kayıtları açısından, yazarların görüşlerinin 1982 Anayasası açısından da geçerli olmamaları için bir neden yoktur. 1982 Anayasası bu sözcüğe sadece mülkiyet hakkını içeren 35. maddesinde yer vermiştir. Buna göre, "mülkiyet hakkı, *ancak* kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir". Demek ki, 1982 Anayasası açısından 13. madde hem genel bir uygulamaya sahiptir hem de "*lex specialis derogat legi generalis*" ilkesini geçersiz kılan bir ifade içermektedir. Bu durumda, "ancak" ifadesine yer veren 35. madde hariç, temel haklar ve özgürlüklerin hepsi için 13. maddedeki sınırlama nedenlerinin geçerli olduklarını söylemek mümkündür.⁵⁶

B. Özgürlüklerin Sınırlanmasının Sınırları Sorunu

Yasama organının özgürlüklerin sınırlanması konusunda sahip olduğu geniş yetkinin sınırlanmasına yönelik olarak 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde iki değişik kıstas getirilmiştir.

1961 Anayasası 11. maddesinin 2. fıkrası ile, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunlar açısından bir "öze dokunma yasağı"

⁵⁶ Sağlam'ın tezinin artık geçerli olmadığına yönelik olarak Bkz. Özbudun, a.g.e., ss. 75-79.

getirmiştir. Fıkraya göre, "kanun temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz". Temel hak ve özgürlüklerin özünden ne anlaşılması gerektiği ise Anayasa Mahkemesi ve doktrin tarafından belirlenmeye çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında "hakkın özü" konusundaki kıstasları şu şekilde belirlemiştir:

Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur.⁵⁷

Mahkeme bir diğer kararında ise daha sade bir ifade kullanmıştır:

(...) bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki, o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.⁵⁸

Sağlam'a göre Türk hukukunda ortaya atılan kıstasların en kullanışlısı Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararlarında kullandığı pratik kıstaslardır.⁵⁹ Özbudun da Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne yakın bir tanımlama getirmiştir. Yazara göre, bir hak ve özgürlüğün özü "onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak çekirdeğidir".⁶⁰ Çağlar ise, aynı kararlara atıfta bulunarak, Mahkemenin bir "kullanılabilirlik testi" geliştirdiğini ileri sürer. Eğer, hakların "kullanılabilirliği ortadan kaldırılıyorsa hakkın özüne dokunulmuştur" şeklinde anlaşılabilir olan bu kıstas da

⁵⁷ AYM, 4.1.1963, E. 1962/208, K. 1963/1 (karara atıfta bulunan eser için Bkz. Sağlam, a.g.e., s.171).

⁵⁸ AYM, 4.1.1963, E. 1963/17, K. 1964/84 (karara atıfta bulunan eser için Bkz. Sağlam, a.g.e., s. 171).

⁵⁹ Sağlam, a.g.e., s. 188.

⁶⁰ Özbudun, a.g.e., s. 81.

doğrudan Anayasa Mahkemesi kararlarından elde edilmiştir. Sonuç olarak, doktrinin hakkın özü kavramını genel olarak Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararları çerçevesinde formüle ettiğini söyleyebiliriz.⁶¹

Hakkın özü kavramı gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında gerekse doktrinde belli kıstaslara oturtulmuş olmakla birlikte 1982 Anayasasının bu kavramı terk ederek, yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramını koymuş olması, bu sefer, getirilen yeni düzenlemenin ne anlama geldiği üzerine tartışma başlatmış ve Anayasa Mahkemesi, içtihatları yoluyla kavrama açıklık getirmeye çalışmıştır. Özbudun'un da belirttiği gibi, Mahkeme, önceleri demokratik düzeni "Anayasamızca gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeni" şeklinde anlamış, ancak daha sonra görüşünü değiştirerek kavramı evrensel boyutta ve hakkın özünü de kapsar şekilde geniş bir çerçevede düşünmeye başlamıştır.⁶² Anayasa Mahkemesi'nin bu yeni görüşünü şu kararda görmek mümkündür:

Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılmaz hale getirilen kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak, istisnai olarak ve

⁶¹ Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, BFS yayınları, İstanbul 1989, s. 160.

⁶² Özbudun, a.g.e., s. 83

demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmamasıdır.⁶³

Özbudun hakkın özünü de içeren ve demokrasiyi evrensel standartları ile çerçeveleyen bu anlayışı benimserken, Teziç hiç bir tanımlama faaliyetine gidilmeden "demokratik toplum düzeninin gerekleri"nin bir postüla olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Yazar, Anayasa Mahkemesi'nin demokrasinin tanımından hareket etmek yerine, Anayasadaki bazı ilkeleri dikkate alarak demokratik toplum düzeninin gereklerini belirlemesinin daha doğru olacağını savunur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi yapacağı denetlemede, statik bir tanım yerine, hukukun genel ilkelerini ve Anayasada yer alan, bireyin amaç olarak ele alınmasına ve sosyal bir hukuk devletinde bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması, bunun için de siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmasına yönelik genel esasları (2. ve 5. maddeler) temel alarak demokratik toplum düzeninin gereklerini belirlemelidir. ⁶⁴

Turhan, esas olarak Teziç'in görüşlerini benimsemekle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne üye olan devletlerin iç hukuklarında oluşturulmuş demokrasiye ilişkin standartların da "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne dahil edilebileceği görüşündedir.⁶⁵ Çağlar ise, 1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramlaştırmasına yer veren

⁶³ AYM, 26.11.1986, E.1985/8, K.1986/27 (karara atıfta bulunan eser için Bkz. Özbudun, a.g.e., s. 83)

⁶⁴ Teziç, Anayasa..., s. 191.

⁶⁵ Mehmet Turhan, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", *Anayasa Yargısı*, 1991, Sayı: 8, ss. 401-420.

düzenlemenin normatif (İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu) ve jürisprüdansiyel (Strasbourg organları jürisprüdansı) açıdan ikili bir resepsiyon ürünü olduğuna işaret eder. Bu bağlamda, konvansiyonun "haklara getirilen sınırlamaların demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olması" na yönelik 10. maddesi ile, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin "Sözleşmenin tanıdığı bir hakka getirilen sınırlamanın amaçla orantılı" olması gerektiği ve "zorunlu" sözcüğünün "zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç" anlamına geldiğine ilişkin yorumları da Türk Anayasa hukuku açısından "kritik bir önem kazanmıştır".⁶⁶

Bakır Çağlar'ın bu görüşü, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında sunulan Türkiye Raporu'nda da vurgulanmıştır. Rapora göre, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriteri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden alınmıştır ve maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı gibi, getirilen ölçü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "bir hakka getirilen sınırlamanın güdülen meşru amaçla orantılı olması gerekir" biçimindeki ifadesine uygun düşmektedir.⁶⁷

Buraya kadar yapılan açıklamalar göstermektedir ki, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriteri, anayasal ilkelere ve normlara, hukukun genel ilkelerine, referans normlara ve hatta siyasal ve sosyal bilimlere ilişkin bazı kriterlere gönderme yapmak ihtiyacını doğurmaktadır. Yukarıdaki görüşlerin tümü açısından bunu iddia edebiliriz. Çünkü, hakkın özü, her özgürlük için korunması gereken bir çekirdek alan olduğu fikrinden hareketle, bir "içe bakış" yöntemi üzerine kurulmuştur; "demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri" ise özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin kıstasların "dışa bakarak" oluşturulduğu, teknik anlamda hakların özünü kapsayarak yorumlansın

⁶⁶ Çağlar, Anayasa..., ss. 160-61.

⁶⁷ Ergun Özbudun ve Yılmaz Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", *Anayasa Yargısı*, (7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı), 27. Nisan.1987-Lizbon, AYM Yayınları, Ankara 1988, ss.181-206.

ya da yorumlanmasın, özgürlükleri demokratik toplumların güncel ve nesnel gerçekliği çerçevesinde algılamaya yönelik bir yaklaşımın ürünüdür. Metaforik bir ifadeyle, bu ilke askerlere tek tek zırh giydirmek yerine hepsini bir zırhlı araca bindirmeyi benimsemiştir diyebiliriz.

C. Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramının Analitik ve Pratik Argümantasyondaki Yeri

Doktrindeki yaygın görüş, kamu yararının, soyut ve müphem bir kavram olması nedeniyle, hukuka uygunluk denetiminde kullanılmasının sakıncalı olduğudur. Teziç'e göre, kamu yararı kavramının içeriği açık değildir. Kavramın içeriğinin açık olmaması dünya görüşleriyle ilişkisinden ve toplumdaki sınıflara göre farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Kamu yararının belirlenmesi, belli bir zamanda siyasi iktidarı elinde tutan siyasi güçlerin tercihlerine göre olmaktadır. Bu nedenle, kamu yararının anlamı ancak "monist" rejimlerde açıkça ortaya konabilir. Çoğulcu toplumlarda ise çatışan farklı çıkarlar söz konusu olduğundan kavramın her zaman geçerli bir anlamını bulmaya imkan yoktur.⁶⁸

Teziç, bu görüşlerine dayanarak, kanunların kamu yararına olup olmadığının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesinin anayasa yargısı ile bağdaşmadığını, çünkü kanun koyucunun politik seçimlerini değerlendirmenin Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığını ileri sürer. Yazar, Anayasa Mahkemesinin gerçekleştireceği denetimin "adaleti siyasileştirmek" yerine "siyaseti hukukileştirmek" esasına dayalı bir kanunilik denetimi olması gerektiği görüşündedir.⁶⁹

Teziç, Anayasa Mahkemesi'nin zaman zaman görevini aşarak, kendi

⁶⁸ Teziç, Türkiye'de..., s. 116.

⁶⁹ Teziç, Türkiye'de..., s. 104 vd.; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları (2. Baskı), İstanbul 1991, ss. 187-92.

tercihlerini kanunların Anayasaya uygunluğunda bir ölçü olarak kullandığını ve dolayısıyla yerindelik denetimi yaptığı görüşündedir. Öte yandan, Mahkeme kimi kararlarında, kamu yararının varlığının düzenlemelerin konu unsuru bakımından da Anayasaya uygunluğunun göstergesi kabul etmekte, bir başka deyişle, konu unsuru bakımından değerlendirmeyi amaç unsuruna ilişkin değerlendirmeye bağlamaktadır. Yazar, Mahkeme'nin kamu yararı konusunda yapacağı araştırmanın sadece bir kanunun kamu yararı amacıyla mı yapıldığının araştırılmasına yönelik olması gerektiğini, düzenlemenin kamu yararına olup olmadığı tespitinin Mahkeme'nin görev alanı dışında kaldığını iddia eder.⁷⁰

Özbudun da Teziç ile aynı görüştedir. Yazar, ancak kanunun kamu yararı dışında bir amaçla yapıldığının açıkça anlaşılması durumunda amaç unsuru bakımından anayasaya aykırılığın söz konusu olabileceğini, bu durumun da bireysel ve duygusal nedenlerle veya sadece belli bir grubun çıkarı için yapılan düzenlemeleri kapsadığı görüşündedir.⁷¹

Soysal, bu kadar geniş ve belirsiz bir kıstasın "toplum"u bireyler aleyhine yüceltmenin bir aracı olabileceğine işaret eder. Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararını, özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik diğer nedenlerle aynı düzeyde görmesini eleştiren yazar, mahkemenin kavramın içeriğini takdir etme yetkisi olmadığını ileri sürer. Soysal bu konuda Teziç ve Özbudun'a benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin incelemelerinde düzenlemelerin sadece kamu yararı amacı ile mi yoksa ideolojik ya da bireysel nedenlere dayanılarak mı yapıldığını araştırması gerektiğini savunur.⁷²

Anayasa Mahkemesi'nin, konu unsuru üzerinde hiç durmaksızın, salt kendi takdirine dayanan bir kamu yararı anlayışı temelinde

⁷⁰ Teziç, Türkiye'de..., s. 115.

⁷¹ Özbudun, a.g.e., s. 360.

⁷² Mümtaz Soysal, *Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Araştırma*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara 1969, s. 96.

oluşturduğu kararları gözönüne alınırsa, anılan yazarların kamu yararı konusundaki endişelerinde haksız olmadıkları ortaya çıkar. Bu konuya aşağıda Mahkeme'nin kararlarını incelerken döneceğiz.

Yukarıda anılan görüşler Anayasa Mahkemesi'nin uygulamaları açısından isabetli olmakla birlikte, kamu yararı kavramı kişilerin yasamaya karşı korunması ihtiyacı açısından da ele alınmalı, kavramın belirsizliğinin doğuracağı sakıncalara salt yargı açısından değil, yasama açısından da bakılmalıdır. Kapani, kavramın soyutluğu üzerinde dururken, temel hakların sınırlanması açısından yasamaya verilen takdir yetkisinin genişliğine dikkat çeker. Diğer sınırlama nedenleriyle birlikte kamu yararı kavramı da "bulanık" ve "sağa sola çekilip genişletilmeye" elverişlidir. Yazar, "bu kavramlar, yasama organının hürriyetleri ölçülü olarak düzenlemesini sağlayacak yeterli kıstaslar sayılamazlar. Kamu yararının içine ne girer ne girmez, bunu kesin olarak belirlemeye imkan yoktur." diyerek, kamu yararı kavramının yasamaya da geniş bir takdir yetkisi verdiğini belirtir.⁷³

Yasamanın bu geniş takdir yetkisinin denetimi zorunluluğu Anayasa Mahkemesi'ni kamu yararı kavramına başvurmaya zorlamaktadır. Tanör, böyle bir durumda, bir çıkmazla karşı karşıya olduğumuzu savunur, ya siyasi organın takdir yetkisine karışılmayarak özgürlüklerin teminatı sarsılacak, ya da Anayasa Mahkemesi bu takdir yetkisini denetlemeye çalışarak kendi yetki alanının dışına çıkacaktır.⁷⁴

Tanör'ün tespit ettiği çıkmazın hangi hallerde bir yerindelik denetimi ya da "yargıçlar hükümeti" tehlikesi yaratacağına, anayasa yargısının doğası ve çağımızda kazandığı anlam açısından bakmadıkça karar vermemiz zordur.

Anayasa yargısı doğası itibariyle yasama sürecine müdahale eden bir

⁷³ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1981, s. 234.

⁷⁴ Tanör, a.g.e., s. 137.

niteliğe sahiptir. Bir yasayı iptal etmenin aslında bir genel kural koymak olduğunu iddia eden ve anayasa yargıçlarını "olumsuz yasayıcı" olarak gören Kelsen'in görüşlerine hak vermemek mümkün değildir.⁷⁵ Öte yandan, anayasa yargıcının başvurduğu metin olan anayasalardaki hükümlerin çoğu, içerikleri kesin olarak belirlenebilecek bir objektif anlama sahip değildirler. Bu tür hükümler yorum aracılığı ile objektif anlama kavuşturulurlar. Ancak, metinlerin birden fazla anlamı taşıyabilir olmaları gözönüne alındığında anayasaların oluşturuldukları iradeden çok, onları yorumlayan irade tarafından belirlendikleri de bir gerçektir.⁷⁶ Soruna bu açılardan bakıldığında "yasama sürecine etkide bulunan" bir mahkemeden bahsediyoruz demektir. O halde, yerindelik denetiminin anayasa yargısı açısından değerlendirilmesi bu gerçekler temelinde yapılmalıdır.

Kelsen'in de belirttiği gibi, hukuki mesruluk bir üst hukuk normuna dayanmayı zorunlu kılar. Öyleyse, hukuki olanı olmayandan ayıran başlıca kıstas üst normun metninden hareketle yapılan gerekçelendirme faaliyetidir. Eğer metinde belirsizlikler varsa, bu belirsizliklerin çözümü yukarıda ele aldığımız pratik argümantasyon araçları ile çözülmek zorundadır. Mahkemenin bu çözüme ulaşırken başvurduğu anayasa normları, ölçü normlar ve anayasal ilkeler ile ele aldığı olay arasındaki ilişkiyi doğru kurup kurmaması ve kararlarında yer verdiği analitik olmayan tekniklerin yukarıda ele aldığımız pratik argümantasyon kurallarına ve bu kurallara getirilmiş sınırlara uygun kullanılıp kullanılmadığı sorunu yerindelik denetiminin belirlenmesinde esas hareket noktası olmalıdır. Yani, yerindelik

⁷⁵ Kelsen'den aktaran, İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, İmge Yayınları, Ankara 1994, s. 146.

⁷⁶ Hukuk metinlerinin anlam içerikleri konusunda yeni bir çalışma için Bkz, Costas Douzinas, Ronnie Warrington ve Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law*, Routledge, New York 1991.

denetiminin varlığını soyut olarak belirlemektense, mahkemenin, kullandığı meşrulaştırma kriterlerine ve "siyasal olanı hukukileştirme" kapasitesine bakmak anayasa yargısının doğasına daha uygun bir yöntem olacaktır.

Bu noktada, konuyu bir de anayasa yargısının çağdaş anlamı açısından ele almak gerekir. Kaboğlu, anayasa yargısının tarihi gelişiminin üç evre içinde incelenebileceğini ileri sürer. Buna göre, anayasa yargısı ilk evrede, "anayasanın hukuku" olarak anlaşılmış ve anayasal hükümlerin metinsel incelemesi ile sınırlı tutulmuştur. İkinci evrede, siyaset biliminin verileri anayasa yargısında kullanılmaya başlanmıştır. İçinde bulunduğumuz üçüncü evrede ise, "siyasetin anayasallaşması" olarak adlandırılabiliriz, "siyasal sorunların hukuk prizmasından" geçirildiği ve siyasal sorunların hukuki sorunlara dönüştürüldüğü bir bakış açısı geliştirilmiştir.⁷⁷

Anayasa yargısının bu evrelerden geçisi kuşkusuz tesadüfi değildir. Öncelikle şu belirtilmelidir ki, yasama egemenliği artık eski anlamını yitirmiştir. Günümüzde parlamento da dahil olmak üzere hiç bir kurum egemen değildir. Çoğulcu toplumlarda, sayısal olarak düşünülebilecek bir çoğunluk anlayışının terk edilmesi gerekmiştir. Özay'a göre, sistem çoğunluğa dayansa ve yasamanın oluşumu "nisbi temsil" usulüne göre belirlense de çağımızda bu kadarı gerçek demokrasi için yeterli değildir. Bireyin çoğunluğa karşı korunması ihtiyacı çoğulcu düşüncenin temeli olmuştur. Bu bağlamda, çoğunluğu temsil eden yasamaya karşı en büyük güç olan anayasa yargısı meşruiyetini doğrudan doğruya "birey"i temsil etme işlevinden almaktadır.⁷⁸

Çoğulcu anlayışın gelişmesine bağlanabilecek bir başka önemli

⁷⁷ Kaboğlu, *Anayasa...*, ss. 157-60.

⁷⁸ İlhan Özay, "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", *Anayasa Yargısı*, 1992, Sayı: 9, ss. 67-75.

gelişme de "genel iradenin ürünü olan kanun" anlayışının terk edilerek, "siyasi süreçlerin yarattığı kanun" anlayışının hakim olmaya başlamış olmasıdır. Bu gelişme anayasa mahkemelerini siyasi ve sosyal uzlaşmazlıkları çözen bir "barışlandırma yeri" konumuna getirmiştir. Artık demokrasi sadece parlamenter demokrasi olarak tanımlanmamakta, Anayasa mahkemelerinin hukuk devleti ilkesi temelinde gerçekleştirdikleri denetimi, demokratik sistemin temel bir özelliği olarak gören "anayasal demokrasi" nosyonu giderek güç kazanmaktadır.⁷⁹

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin, başka hukuki araçlara sahip olmadığı durumlarda kamu yararı kavramına müracaat etmesi ve kavramı yorumlaması, belli alanları denetim dışı bırakması, ya da bir "asgari denetim" modeli kullanması ile karşılaştırıldığında, çoğulcu toplumun gereklerine daha uygun olacaktır. Anayasa yargısının doğası da aynı sonucu destekler niteliktedir. Anayasadaki tek sorunlu kavram kamu yararı değildir. Her sorunlu kavram için kendini asgari sınırlara çeken bir mahkeme belki hiç yerindelik denetimi eleştirisi ile karşılaşmayacak, ancak yüklendiği işlevleri de tam manasıyla yerine getiremeyecektir.

Yukarıda incelediğimiz gibi Anayasamızda kamu yararı temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama nedenlerinden biridir. Yasama organının bu nedene dayanarak özgürlüklere getirdiği sınırlamalar karşısında Anayasa Mahkemesi'nin elindeki en etkili silah sınırlamaların sınırını gösteren kuraldır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasındaki kademeli sınırlama anlayışını terk etmiş ve onun yerine tüm hakları koruyucu genel bir kural getirmiştir. Sınırlamaların demokratik toplumun gereklerine aykırı olamayacağını öngören kuralı

⁷⁹ Bakır Çağlar, Avrupa Yeni Mekanında Kurumlaşma: Hukuk ve Demokrasi, *Anayasa Yargısı*, 1992, Sayı: 9, ss.233-283.

yorumlayan Anayasa Mahkemesi, "(...)özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, *nedeni*, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir" diyerek, bir düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uyup uymadığının tespitinde, diğer unsurlar yanında sınırlamanın nedenine de bakmak gerektiği sonucuna varmıştır.

Öte yandan, Örücü'nün de belirttiği gibi, ampirik ve pragmatik bir metodla kamu yararının ne anlama geldiğinin belirlenmesi bazı Anayasa maddelerinin hayata geçirilmesi açısından zorunludur.⁸⁰ 1982

Anayasası'nın devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesinde yer alan "devletin amaç ve görevleri, (...) kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya (...) çalışmaktır" şeklindeki hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılması ancak, Mahkemenin sosyal refah iktisadının genel ilkelerini ve çoğulcu siyasi rejimlerin genel özelliklerinden biri olan toplumsal dengelerin sağlanması tekniklerini gözönüne alması ile mümkün olacaktır. Aşağı da göreceğimiz gibi, her iki konu da kamu yararı kavramı ile bağlantılıdır.

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi de kamu yararı kavramı ile ilişkilidir. Bu ilkenin Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl anlaşıldığı konusuna 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında sunulan Türkiye Raporu'nda değinilmiştir. Bu rapora göre, Anayasa Mahkemesi hukuk devletini, "(...) insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka

⁸⁰ Esin Örücü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 69.

ve Anayasa'ya uyan bir devlet" olarak tanımlamaktadır.⁸¹ Adil bir hukuk düzeni kurmak, kimi durumlarda, "hakkaniyete göre" ya da "haklı nedenler" gözönüne alınarak karar vermeyi zorunlu kılmaktadır. Örneğin, Anayasa mahkemesi eşit statüde bulunan kişiler arasında eşitsizlik yaratılmasının Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğunu çeşitli kararlarında tekrarlamakla birlikte, yaratılan eşitsizliğin haklı nedenlere dayanması halinde hukuka uygun olacağını da kabul etmiştir. Haklı nedenlerin varlığı konusunda çeşitli kıstaslara başvuran mahkeme, kamu yararını da bir değerlendirme aracı olarak kullanmaktadır.

Sonuç olarak, kamu yararının takdire dayanılarak belirlendiği ve hiç bir anayasal norma başvurulmadığı durumlarda Mahkemenin hukukilik denetiminden uzaklaştığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak, analitik çıkarımların pratik argümantasyonlarla desteklenmesi zorunluluğu olan durumlarda, sofistikasyonun gerekli olduğu zor hukuk sorunlarının çözümünde, Anayasadaki normlara, çağdaş siyaset bilimine ve iktisadi görüşlere başvurarak oluşturulacak bir kamu yararı kavramlaştırması Mahkemeye daha derin bir bakış açısı kazandıracaktır.

⁸¹ Bu tanım Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 günlü E. 1963/124, K. 1963/243 sayılı kararına dayanılarak yapılmıştır (Bkz. Özbudun - Aliefendioğlu, a.g.e., s. 192).

İKİNCİ BÖLÜM

I — KAMU YARARI KAVRAMININ SOSYAL BİLİMLER AÇISINDAN ANLAMI

Kamu yararı kavramının hukuk alanında kullanımı, kavramın sosyal teorideki anlamını (ya da anlamlarını) araştırmayı zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki yerine geçmeden önce, kavrama, sosyal teoride yüklenen anlamların ele alınması, analitik incelememize katkıda bulunacak ve bu açılımların hukuk alanında ne ölçüde kullanılabileceği konusunda yol gösterici olacaktır. Konuyu karmaşıklığından kurtarmak ve basitleştirmek için, Virginia Held'in sınıflandırmasından hareketle,⁸² kamu yararı kavramını açıklamaya ilişkin yaklaşımlar üç ana başlık altında toplanmış, buna ek olarak, çağdaş yaklaşımlar her alt başlığın sonunda verilmiştir.

Kamu yararı kavramına yönelik çeşitli yaklaşımları, üstünlük teorileri (preponderance theories), ortak yarar teorileri (common interest theories) ve tekçi teoriler (unitary theories) olarak üç grup içinde incelemek mümkündür. Üstünlük teorileri, belli bir tercihe, güce ya da sayısal çokluğa öncelik vererek kamu yararını açıklamaya çalışırlar. Ortak yarar teorileri, genel iradede hareketle, tüm insanların ortak yararına dayanan bir yönetimin tüm kararlarının kamu yararına olduğunu ileri sürer. Tekçi teoriler ise kamu yararının etik bir kavram olduğunu, kendileri toplumda bir bütünlük oluşturan ahlaki yargıların kamu yararını oluşturduğunu ileri sürerler.

⁸² Virginia Held, *The Public Interest and Individual Interest*, Basic Books, New York 1970, s. 42 vd.

1. Üstünlük Teorileri

A. Hobbes: Gücün Üstünlüğü

Hobbes tabiat hali varsayımından hareket eden düşünürlerin önde gelenlerindendir. Hobbes'a göre, insanlar çıkarlarını düşünürler ve "iyi" ya da "kötü" konusunda tüm değerlendirmelerini kendilerini temel alarak yaparlar. Arzu duyulanın ya da zevk alınanın objesi ne olursa olsun, birey, kendi adına iyi olarak kabul ettiği için arzu edilen ya da zevk alınandır. Benzer şekilde, nefret ve hoşlanmama kötü değerlendirmesinin bir sonucudur. Bu terimler, onları kullanan kişi ile ilişkisi çerçevesinde anlam kazanırlar. İyi ya da kötü üzerine objelerin kendi doğasından elde edebileceğimiz bir kural yoktur.⁸³ Bu nedenle tabiat halinde bireyler birbirleriyle çatışma içindedirler. İnsanın bu doğası herkesin kendi çıkarları için diğer kişiler ile çatışmasına ve savaş haline neden olur. Hobbes'a göre, tabiat halinden organize topluma geçilmesi, insanların, herkesin çekineceği bir gücün yaratılmasının tüm bireylerin çıkarına olacağını idrak etmeleriyle mümkündür. Hobbes bu noktada tüm insanların görüş birliğinde olduğunu varsayar. Ona göre, tüm bireyler yalnızca barışın iyi bir şey olduğu konusunda anlaşma içindedirler.⁸⁴

Toplumda barışın ve ortak savunmanın sağlanması amacı ile hareket eden bireyler, bir kişi ya da kurula kendi sahip oldukları hak ve yetkileri devrederler. Bir kez kurulduktan sonra neyin kamu yararına olduğuna neyin olmadığına, karar verme yetkisi bu egemen güç tarafından kullanılır. Üstün otoritenin içeriğini kendi belirleyeceği kamu yararı bireylerin yararlarıyla çatışabilir. Bu durumda, bireylerin çıkarları

⁸³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Washington Square Press, New York 1969, s. 31 vd.

⁸⁴ Hobbes, a.g.e., s. 83; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 493, Ankara 1992, s.194 vd.

meşruluklarını yitirmez, ancak bireylerin çoğunluğunun ihtiyaç duyulan barışın sağlanması için iradeleri ile oluşturdukları egemen gücün kararlarına uymaları kendi yararlarına olacağından bu güce itaat etmeleri gerekir. Bireysel yararlar uğruna egemen gücün zayıflamasına yol açacak her davranış, son tahlilde temel bireysel yararların dahi zarar görmesine neden olur. Varolan yönetimin ortadan kaldırılması ve yeniden tabiat haline dönülmesi sadece egemen gücün bireylerin çoğunluğunun çıkarlarına aykırı kararlar vermesi durumunda haklılaştırılabilir. Hobbes'a göre bu yerçekimi kanunu kadar kesin bir sosyal düzen kuralıdır.⁸⁵

Bununla birlikte Hobbes kamu yararını ortak yararla aynı anlamda kullanmaz. Kamu yararına olan bir karar, bir çok bireyin bireysel yararları ile çatışabilir.

B. Hume: Üstün Tercih

Hume'a göre bir eylem, politika ya da düzenlemenin kamu yararına olup olmadığına karar verebilmek için bu kararın etkilediği bireylerin tercihinin bakmak gerekir. Eğer bireylerin çoğunluğunun tercihi kararla aynı yönde ise kamu yararı var demektir.⁸⁶ Bu anlamda Hume akli argümantasyonlar yoluyla kamu yararının tespitine karşı çıkar. Ona göre, akıl bir eylemi ya da etkiyi oluşturamaz veya ortadan kaldıramaz.⁸⁷

Eylemlerimiz ve dolayısıyla tüm moral yargılarımız duyu ve sezilerimizin bir sonucudur. Moral yargılar akıldan hareketle kurulmazlar. Bir eylemin, duygunun ya da karakterin iyi ya da kötü olduğu değerlendirmesi yarattığı hoşnutsuzluk ya da rahatsızlık temelinde

⁸⁵ Hobbes, a.g.e, s. 89; Thomas Hobbes, *De Cive*, Appleton-Century-Crofts, New York 1949, s. 58; Plamenatz, *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford 1958, s. 14.

⁸⁶ David Hume, "Of the First Principle of Government", Henry Aiken, (ed.), *Hume's Moral and Political Philosophy*, Hafner, New York 1948 içinde, s. 307 vd.

⁸⁷ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Doubleday Dolphin, New York 1961, s. 414.

yapılır.⁸⁸ Bu bağlamda, iyi ya da kötü değerlendirmesi sesler, renkler, sıcak ve soğuk hakkındaki değerlendirmelerimize benzer; bu tür değerlendirmeler nesnelerin doğasında varolan niteliklere bağlı olmayıp kendi algılamalarımızla ilgilidirler.⁸⁹ Bu nedenle, duygu temelli değerlendirmeleri ancak ampirik olarak tespit edebiliriz. "Kar"ı "beyaz" yapan toplumda bu konuda oluşmuş algıdır, aynı şey belli bir eylemin doğru ya da yanlış olmasının ya da bir politikanın kamu yararına olup olmadığının belirlenmesinde de geçerlidir.

Hume'a göre hukuktaki yargılar da dahil olmak üzere tüm moral yargılar, kapsamı insanlar tarafından belirlenen ampirik ifadelere dönüştürülebilir. Bu, yargıda bulunurken, içsel olarak kendini meşrulaştıran bir kıstas olamayacağı anlamına gelir. Nihai karar bireyin *de facto* anayasasına göre verilir. Bununla birlikte birey insan soyuna ait olduğundan yaptığı seçimler diğer bireylerden farklı olmaz ve bireylerin seçimleri arasında belli benzerlikler ortaya çıkar. İster "kamuoyu" olarak ister "organize din" ya da "yönetim aygıtı" olarak anlaşılsın, bireylerin davranışlarının kontrol edilmesinin temelinde bu ortak tercihler yatar. Ancak, bireylerin çoğunluğunun ortak tercihleri ya da konumuz açısından, kamu yararının içeriği hakkındaki ortak tercih tek tek bireylerin doğal bir şekilde ve otomatik olarak ulaşabilecekleri bir sonuç değildir. Kamu yararı ancak yönetilenlerin desteğini alan bir siyasi yönetim sistemi tarafından belirlenebilir.⁹⁰

Hume'un yaklaşımı gerek bireyleri temel alan bir yöntemden hareket etmesi gerekse de kamu yararının son tahlilde siyasi yönetim tarafından belirlenmesi nedenleriyle Hobbes'un bakışı ile benzerlikler taşır. Her iki yazar arasındaki farklılık, Hume'un açıklamalarında,

⁸⁸ Hume, a.g.e., s. 425.

⁸⁹ Hume, a.g.e., s. 423.

⁹⁰ David Hume, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, Liberal Arts Press, New York 1957, s.121 vd.

yönetimin fiziksel gücü yerine psikolojik gücüne ve toplumdaki moral süreçlere verdiği ağırlıktır.

C. Bentham: Sayısal Üstünlük

Bentham, objektif faydayı kamu yararının dayanağı olarak görür. Bentham'a göre toplum, bireylerin toplamından başka bir şey değildir ya da yazarın deyimiyle, kurucusu bireyler olan fiktif bir varlıktır. Bu nedenle toplumun yararı onu oluşturan bireylerin yararlarından bağımsız değildir ve kendi başına bir "toplum yararı"⁹¹ kategorisi yoktur. Toplumun yararı onu oluşturan bireylerin yararlarının toplamına eşittir.⁹²

Bentham'a göre fayda bir nesne üzerindeki mülkiyet aracılığıyla o nesnenin sahibine sunduğu mutluluk, tatmin ve avantajlardır.⁹³ İşte, bir eylem ya da kararın toplumun yararına olduğunun belirlenmesinde, her insanın o eylem ya da kararın kendisini etkilemesi sonucu sahip olacağı haz ve acıların değeri ölçü alınmalıdır. Hazların değeri ile acıların değeri ayrı ayrı toplandıktan sonra denge hazlar lehine bozuluyorsa ve bu, toplumdaki bireylerin çoğunluğu için söylenebiliyorsa o eylem ya da karar toplum yararınadır.⁹⁴ Bentham, yasama organında, böyle bir hesaplama yapılmadan salt akli argümanlarla kanunlaştırmada bulunmanın yanlış olacağı görüşündedir.

Faydanın hesaplanmasında ölçü olarak ne kullanılacaktır? Bentham, hazzın kendi başına ölçülebilir olmadığını, bu nedenle hazzı temsil eden paranın ya da iktisadi değerlerin ölçü aracı olarak kullanılması gerektiğini ileri sürer. Bentham'ın görüşleri bu noktada

⁹¹ Bentham kamu yararı yerine toplum yararı kavramını kullanmaktadır.

⁹² Bentham, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", *The Utilitarians*, Dolphin Books, New York 1961 içinde, s.18.

⁹³ Bentham, a.g.e., s. 17.

⁹⁴ Bentham, a.g.e., ss. 37-40.

Hume'dan ayrılır. Hume'un üstün tercihi psikolojik bir anlam taşıırken Bentham'ın savunduğu objektif bir ölçü olan paradır.⁹⁵ Öte yandan, bu objektifleştirme sürecinde, Bentham'ın, tüm haz ve acıların objektif olarak belirlenebileceğini ileri sürmesi ve yaşamaya en fazla sayıda insanın en fazla mutluluğunu sağlayacak yönde kanunlaştırmada bulunmasını önermesi zorunlu olarak önceden hesaplamayı gündeme getireceğinden Hume'cu anti-rasyonalizme ters düşer.⁹⁶ Hatta bu anlamda Bentham rasyonalist bir yazar olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte Bentham, kamu yararının belirlenmesinde bireyleri temel alarak, metodolojik olarak Hobbes ve Hume ile aynı noktadan hareket eder.

D. Çağdaş Üstünlük Teorileri

20. yüzyılda üstünlük teorilerini temel alan çok sayıda sosyal bilimci vardır. Bunların arasında, A. Bergson, Paul Samuelson, Kenneth Arrow, Arthur Bentley, David Truman önde gelen yazarlardır.

Bergson ve Samuelson, Bentham'ın faydanın matematiksel hesaplanmasına yönelik görüşlerine getirilen eleştirileri aşmaya çalışmışlardır. Bu eleştiriler iki noktada toplanabilir. İlk eleştiri, her bireyin çeşitli konulara farklı ağırlıklar vermesinden dolayı, bireylerin yararlarının birbirleriyle karşılaştırılmasının olanak dışı olduğudur. Samuelson faydayı bağımsız değişken olarak alan bir refah fonksiyonu ile yapılacak hesaplamanın, bireylerin faydalarının objektif olarak karşılaştırılmasını mümkün kılacağını ileri sürer. Böylece, oluşturulacak bir refah fonksiyonu $R = F(U^1, U^2, \dots)$ şeklinde ifade edilebilir.⁹⁷ Farklı

⁹⁵ Jeremy Bentham, *Works*, William Tait, Edinburgh 1843, Cilt: IV, s. 542.

⁹⁶ Atilla Yayla, *Liberalizm*, Turhan Kitabevi, Ankara 1992, s.80 vd.; Norman P. Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*, Macmillan, London 1989, s. 119.

⁹⁷ Paul Samuelson, *Foundations of Economic Analysis*, Atheneum Press, New York 1965, s. 226 vd.; A. Bergson, "On the Concept of Social Welfare", *Quarterly Journal of Economics*,

bireyler için $(V^1, V^2, \dots)$, $(Z^1, Z^2, \dots)$ şeklinde farklı fonksiyon formları ya da farklı bağımsız değişkenler olabilir, ancak refah fonksiyonu olan R değişmez. Böyle bir sosyal refah fonksiyonundan hareket edersek, kamu yararını matematiksel olarak hesaplanabilen çoğunluğun tercihiyle eşitlemiş oluruz. Kamu yararı toplumdaki tüm bireylerin tercihini değil, demokratik bir oylama sonucunda oluşacak çoğunluğun tercihini ve temsili demokrasiler açısından, bu çoğunluğu temsil eden yasamadaki temsilcilerin tercihini yansıtır.⁹⁸ Çünkü, demokratik ülkelerdeki hükümetler oylarını azamileştirmeye gayret gösterirlerse de nüfusun tümünü kapsama gibi bir hedef yeniden seçilmek için gereksizdir.

Benthamcı fayda anlayışına yöneltilen ikinci eleştiri, Arrow'un, demokratik yöntemlerin uygulanmasıyla sosyal refah fonksiyonu kurulamayacağına ilişkin iddiasıdır. Arrow'a göre Samuelson gibi düşünen iktisatçılar bireylerin sadece iki seçenekten birini tercih edeceklerini varsayarlar; oysa, bireylerin seçeneklerinin ikiden fazla olması halinde demokratik yollarla çoğunluğun tercihi belirlenemez. Arrow'a göre, bireylerin kendi tercihlerini kendi çıkarlarını azamileştirecek bir şekilde serbestçe bir sıralamaya koyabildikleri diktatöryel olmayan bir ortamda, yapılan tercihlerin stratejik olarak değiştirilmediklerini ve sınırlandırılmadıklarını kabul edersek, çoğunluk görüşü demokratik bir şekilde belirlenemez.⁹⁹ Bu varsayımlar altında, Arrow'un teorisini aşağıdaki örnekle açıklamak mümkündür.

Bir genel seçime katılan bireylerin kendi tercih sıralamalarını yukarıdaki gibi yaptıklarını kabul edelim. Eğer meclisteki çoğunluk "x" tercihine uyan bir kanunlaştırmaya giderse B ve C seçmenlerinin "z"yi

Mayıs 1954, ss. 233-52.

⁹⁸ Bu bağlantıyı kuran eser için Bkz. Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins, New York 1957.

⁹⁹ Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, New York University Press, New York 1963, ss. 104-105.

"x"'e tercih etmeleri nedeniyle çoğunluk oluşmayacaktır. Aynı durum meclisteki çoğunluğun "z" ve "y" tercihlerine göre hareket etmesinde de geçerlidir; "z" tercihi kanunlaştığında çoğunluk "y" lehine, "y" tercih edildiğinde çoğunluk "x" lehine oluşacaktır. Arrow'a göre, yukarıdaki varsayımlar altında, demokratik yollarla yaşamada bir çoğunluğun oluşması ve kanunların kamu yararına olup olmadığının çoğunluğun tercihi temelinde haklılaştırılması mümkün değildir.¹⁰⁰

TERCİHLER	SEÇMENLER		
	A	B	C
1.	x	y	z
2.	y	z	x
3.	z	x	y

Arrow, tercihleri sıraya koyan ve toplumun ortak değerlerini yansıtan bir düzenleme ile bu sorunun aşılabileceğini, bu düzenlemenin de tercihlerin önceliklerini belirleyen bir anayasa olduğunu ileri sürer. Ona göre "anayasa, sosyal tercihlerin alanını ve yapılma usullerini gösteren kurallar bütünüdür."¹⁰¹

Kamu yararı konusunda bir başka açılım, grup teorisidir. Grup teorisi temelini Truman ve Bentley'in yaklaşımlarında bulur.¹⁰² Bentley'e göre, kamusal düzeyde, gerek iktisadi gerek siyasi alanda, bireyler tek başına değil, ait oldukları grubun çıkarları temelinde hareket ettiklerinden siyaset biliminde gruplar birer "birey" olarak kabul edilip teorik çıkarımlar bu metodolojiyle yapılmalıdır.¹⁰³ Toplum, gruplardan

¹⁰⁰ Arrow, a.g.e., s. 105 vd.

¹⁰¹ Arrow, a.g.e., s. 22 vd.

¹⁰² Arthur F. Bentley, *The Process of Government*, Principia Press, Evaston, Ill., 1949; David Truman, *The Governmental Process*, Alfred A. Knopf, New York 1951.

¹⁰³ Bentley, a.g.e., s. 208 vd.

oluşan ya da "bireyleri" gruplar olan bir bütündür. Bentley, kamu yararını ulaşılması mümkün olmayan bir hedef olarak görür, tüm toplumsal sonuçlara çıkar gruplarının faaliyetleri ile ulaşılır.¹⁰⁴ Her grup kendi gücü oranında yasama organını etkileme gücüne sahiptir. Bu nedenle, gruplar arası ilişkilerle oluşacak dengeler hakkaniyet ilkesine uygundur. Bentley, bu görüşlerinin bir sonucu olarak, en adil sonuçlara, toplumu oluşturan grupların birbirleriyle ilişkilerine müdahale edilmezse ulaşılacağını iddia eder. Bu, kamu yararı adına topluma müdahale etmenin adaletsizlikler doğuracağı anlamına gelir.

Bentley'in görüşlerinden hareket eden Truman, toplumları anlamak için grupların temel birim olarak alınmasını savunur. Truman'a göre toplum birbirleriyle çıkar çatışması içinde olan gruplardan oluşur. Anayasacılık ve bireysel özgürlükler hareketlerinin de katkısıyla bu grupların sayısı ve grupların birbirlerini etkileme ve iletişime girme olanaklarını artmıştır. Gruplar arası çatışmanın daha bölünmüş bir toplum yaratması mümkünse de grupların sürekli olarak birbirleriyle ilişki içinde olması işbirliği koşullarını doğurur. Kaldı ki, grupların birbirlerinden tamamen bağımsız olduğu da düşünülmemelidir, bireylerin aynı anda birden fazla grubun içinde olmaları mümkündür.¹⁰⁵ Truman gruplar arası uyumun kendiliğinden sağlanacağını ileri sürer; çağdaş toplumlarda gruplar kendi aralarındaki çatışmaları önleyecek dengeleri yaratırlar ve bu dengelerin oluşması kamu yararına hizmet eder.¹⁰⁶

Dahl ve Lindblom'un görüşleri Bentley ve Truman'la birlikte ele alınabilir.¹⁰⁷ Bu yazarlara göre çağdaş toplumlarda çıkar gruplarının

¹⁰⁴ Bentley, a.g.e., s. 222.

¹⁰⁵ Truman, a.g.e., s. 43, 313, 505 vd.

¹⁰⁶ Truman, a.g.e., s.99 vd.

¹⁰⁷ R. A. Dahl ve C. E. Lindblom, *Politics, Economics and Welfare*, University of Chicago Press, 2. Baskı, Chicago 1953.

faaliyetleri merkezi bir öneme sahiptir. Çünkü, her şeyden önce çağdaş demokrasilerde grupların etkisi tek tek bireylerden fazla olduğundan insanlar örgütlenme ihtiyacı içindedirler. Dahası, bireylerin ortak çıkarlarının rasyonel olarak ancak örgütlenmiş gruplar aracılığıyla savunulabilmesi, örgütlü sivil toplum anlayışını demokrasinin ayrılmaz bir unsuru yapmıştır. Bunların dışında, örgütlü gruplar toplumda iletişim ağının kurulmasına, farklı çıkarların çatışmasının önlenmesine ve müzakere ortamlarının yaratılmasını da katkıda bulunurlar. Bu açılardan bakıldığında, teknik, kültürel ve usule ilişkin altyapılar yaratılmak şartıyla, gruplar arasındaki denge demokrasinin teminatıdır ve bu dengeye müdahale edilmemelidir.¹⁰⁸

2. Ortak Yarar Teorileri

A. Rousseau'nun Genel İrade Yaklaşımı

Ortak yarar teorilerinin başında, Hobbescu otoriteye itaat anlayışına karşı çıkan Rousseau'nun genel irade yaklaşımı gelir. Rousseau'ya göre, eğer otoriteye itaat etmenin nedeni güç ise itaat ödeve dayandırılmaz ve güç ortadan kalktığında bireylerin topluma karşı hiç bir yükümlülükleri kalmaz.¹⁰⁹ Rousseau'nun bu görüşünü kamu yararı açısından ele alırsak, bir eylem ya da kararı salt o eylem ya da karardan çıkarı olanların gücü ve tercihiyle meşrulaştırmanın yeterli olmayacağı sonucu ortaya çıkar. Rousseau, gücün fiziksel olduğunu, bir yükümlülüğün doğabilmesi için etik bir boyutun var olmasının zorunlu olduğunu ileri sürer.¹¹⁰

Siyasi iktidar güce gerekli olduğu için başvurur, otoritesini ise kendi

¹⁰⁸ R. A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago 1956, s. 71 vd.

¹⁰⁹ Jean Jacques Rousseau, *The Social Contract* (ed. Charles Frankel), Hafner, New York 1947, 1. Kitap, III. Bölüm, ss. 8-10.

¹¹⁰ Rousseau, a.g.e., s. 8.

vatandaşlarının ortak iradesiyle temellendirir. Bu anlamda, siyasi iktidar kendi meşruluğunu, neyin toplum adına iyi olduğuna karar verecek olan bireylerin kollektif iradesinde bulur. Rousseaucu yaklaşımda, irademiz her zaman kendi iyiliğimize yöneliktir. İnsanlar kendileri için kötü olanı istemezler. Halk hiç bir zaman kötülüğe sapmaz, sadece yanılgıya düşer. Rousseau'ya göre, toplumun tüm üyeleri etik meşruluk temelinde kurulan bir "ortak iyi"ye yönelirler ve bu "ortak iyi"ye dayanan etik otorite genel iradedir.¹¹¹

Rousseau, meşru olan bireysel çıkarların çatışma içinde olabileceğini reddetmez. Ancak, siyasi iktidarın amacı bu çatışan çıkarlardan birini desteklemek değil, herkesin ortak sahip olduğu, toplumdaki tüm bireylerin paylaştığı çıkarlara hizmet etmek olmalıdır. Eğer toplumda farklı çıkarlar yan yana bulunabiliyorsa, bu farklılıkların ötesinde mutlaka ortak bir çıkar vardır. Eğer böyle bir ortak payda yoksa toplum da varlığını sürdüremez.¹¹² Rousseau, genel iradenin "herkesin ortak iradesi" olduğunu bu nedenle "herkesin iradesi"nden farklı olduğunu ileri sürer. Herkesin iradesi toplumdaki bireysel iradelerin toplamından başka bir şey değildir. Genel irade ise tüm iradelerin birleştiği ortak noktadır. Rousseau bu noktadan hareketle genel iradenin bölünemeyeceği sonucuna varır.¹¹³

Rousseau devletin kurulmasını sosyal sözleşme ile açıklar. Bu sözleşme ile insanlar elde edebilecekleri şeyler üzerindeki sınırsız haklarını yitirirler ve bunun karşılığında medeni özgürlüklere ve mülkiyet hakkına sahip olurlar.¹¹⁴ Tamamen fiktif nitelikte olan bu sözleşme devlete vücut verir ve toplumda yaşayanların tümünün ortak

¹¹¹ Rousseau, a.g.e., s. 17, 23.

¹¹² Rousseau, a.g.e., 2. Kitap, 1. Bölüm, s. 23.

¹¹³ Rousseau, a.g.e., 2. Kitap, 3. Bölüm, s. 26.

¹¹⁴ Güriz, a.g.e., ss. 210-11.

rızası ile yapıldığından kamu yararınadır.¹¹⁵ Sosyal sözleşme yapıldıktan sonra, onun meşruluğuna dayanılarak yapılacak yasama faaliyetlerinde çoğunluk oyu esastır. Çoğunluk oyu, genel iradeyle uyumlu olduğundan kamu yararınadır. Ancak, yasama faaliyetlerinin kamu yararına olması sosyal sözleşmedeki gibi mutlak değildir. Kanun kamu yararının kaynağı değil, işaretidir. Bu nedenle kanunlar bazı bireylerin çıkarlarını diğerlerine zorla kabul ettirdikleri bir araç haline dönüştürülmemelidir. Diğer bir deyişle, kamu yararının asıl dayanağı çoğunluk oyu olmayıp, tüm bireylerin ortak iradesidir.¹¹⁶

B. Çağdaş Ortak Yarar Teorileri

Yüzyılımızda ortak yarar yaklaşımlarının başında "Pareto optimali" teoremi gelir. Pareto tarafından ortaya atılan bu teoreme göre bir grup ya da topluluğun refahının artması için, o grubun asgari bir üyesinin refahında artış olması ve geri kalan üyelerin hiç birinin refahında bir eksilme olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle, herkesin ele alınan toplumsal durum (x durumu) kadar yeğlenebilir saydığı ve en az bir kişinin bu durumdan daha iyi bulduğu diğer bir toplumsal durum bulma olanağı yoksa, söz konusu durum Pareto anlamında optimumdur. Bu teoremi sosyal bir devlete uygularsak, toplumdaki tek bir kişinin bile refah seviyesini eksiltmeden, yapılacak her refah arttırıcı düzenleme pareto optimalini sağlayacaktır.¹¹⁷ Pareto optimali tekil bir duruma karşılık gelmez ve birden fazla olabilecek Pareto optimumları arasında seçim yapma olanağı yoktur. Öte yandan, Pareto teoremine dayanılarak elde edilecek toplumsal tercihlerde tamlik ilişkisi de olmayabilir. Bu

¹¹⁵ Rousseau, a.g.e., 4. Kitap, 2. Bölüm, s. 95

¹¹⁶ Rousseau, a.g.e., 1. Kitap, 3. Bölüm, ss. 13-15.

¹¹⁷ Talcott Parsons, *The Structure of Social Action: Marshall, Pareto, Durkheim*, Free Press, New York 1968, s. 241 vd.

nedenle toplumdaki kişilerin birbirlerinden farklı tercihlerde bulunmaları halinde bu tercihler Pareto optimali temel alınarak karşılaştırılamazlar. Bu gibi bir durumda yapılacak tek şey her durumun Pareto optimalini sağlayıp sağlamadığına ayrı ayrı bakmak ve yalnızca optimali sağlamayan durumları tespit etmektir. Pareto optimali teoremi aşağıda değineceğimiz yaklaşımları derinden etkilemiştir. Bu teorem, bireysel yararı temel almakla birlikte sosyal faydayı (Pareto anlamında kamu yararı kavramı yerine kullanılır) bireysel yararların bir toplamı olarak görmez. Bir düzenlemenin kamu yararına olup olmadığına karar vermenin, toplumun tümünde ve bireysel yararlar esas alınarak yol açacağı etkilere bakılarak mümkün olabileceğini ileri sürer. Teorem bu yönüyle genel iradede bahsetmese dahi Rousseaucu ortak yarar çizgisine yakındır.

Ancak, Pareto optimali teoremi ideal bir durumu yansıtır. Hiç kimsenin refahında eksilme olmadan bir refah artışının yaratılması hemen hemen imkansızdır. Bu nedenle, Pareto optimali teoremini destekleyecek çeşitli telafi kuralları geliştirilmiştir. Kaldor, Hicks, Scitovsky, Little ölçütleri olarak bilinen bu kurallar, toplumdaki refah artışlarının bir kesimin refahında eksilme yarattığı durumlarda bu eksilmelerin tazmin edilmeden sosyal refahın sağlanamayacağını ortaya koyarlar.¹¹⁸

Çağdaş ortak yarar yaklaşımlarının bir diğeri James M. Buchanan ve Gordon Tullock tarafından geliştirilen kamu tercihi (Public Choice) teorisidir.¹¹⁹ Buchanan ve Tullock kolektif eylemi yani toplum adına karar vermeye yetkili organların eylemlerini ortak yarar açısından incelerler. Kamu yararının bireysel çıkarlarla ilişkisini reddetmeyen

¹¹⁸ E. J. Mishan, "Welfare Economics", *Surveys of Economic Thought*, Volume I, McMillan, New York 1967, ss. 180-81.

¹¹⁹ James M. Buchanan ve Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1965.

yazarlar bireyleri hazzı ve egoist olarak kabul eden Benthamcı yaklaşımlara karşı çıkarlar. Bireyler kollektif alanda sadece kendi faydalarını maksimize etmeye çalışırlar ve Pareto optimalitesi teoreminde de görüldüğü gibi, bir kişinin kendi faydasını maksimize etmeye çalışması toplumun diğer bireylerine zarar vereceği anlamına gelmez. Hatta, bir bireyin kendi çıkarlarını maksimize etmeye çalışması toplumun tümünü olumlu etkileyebilir. Bireylerin çıkarları birbirilerinden farklı olsa da kollektif eylem aracılığı ile bu farklılıkları uzlaştırmak mümkündür.¹²⁰

Kollektif eylemin kamu yararına olabilmesi için ya bireylerin ödeyecekleri maliyetleri ortadan kaldırması ya da bireylere fayda sağlaması gerekir. Buna, kollektif eylemin negatif ve pozitif etkisi de denebilir. Başka bir deyişle, toplumdaki sosyal ve siyasi organizasyonların asli görevi bireylerin ödeyecekleri maliyetleri asgariye indirmek ve dolayısıyla elde edecekleri faydayı azamiye çıkarmak olmalıdır. Buchanan ve Tullock, bu noktaya kadar Pareto optimalite teoremi sınırları içinde kalmakla birlikte, kararların alınış biçimi konusunda teoremin geliştirilmesinden yanadırlar.¹²¹

Buchanan ve Tullock'a göre, ideal anlamda kamu yararına ancak toplumdaki tüm bireylerin oybirliği ile hareket ettiği durumlarda ulaşılabilir. Fakat oybirliği sisteminin uygulanmasının maliyeti çok yüksek olduğundan zorunlu olarak oyçokluğuna başvurulur.¹²² Böylece çağımız demokrasilerinde doğrudan demokrasi yerine temsili demokrasi modeli yaygınlık kazanmıştır. Yazarlar temsili demokrasiyi katlanılması gereken bir zorunluluk olarak görürler. Çünkü, kendi faydalarını azamileştirmeye çalışan bireyler kollektif alanda daha sorumsuz hareket

¹²⁰ Buchanan ve Tullock, a.g.e., s. 7, 25-26.

¹²¹ Buchanan ve Tullock, a.g.e., s. 7, 44, 47, 62.

¹²² Buchanan ve Tullock, a.g.e., s. 93 vd.

ederler. Örneğin onbeş kişiden oluşan bir toplumu ele alalım. Bu toplumun çoğunluğunu oluşturan sekiz kişi kararları kendi çıkarlarına göre alacaklar, toplumun geri kalan yedi üyesinden avantajlı duruma gelmeye çalışacaklardır. Bu durumda, maliyetler nedeniyle temsili demokrasiden vazgeçmek mümkün olmadığına göre, toplumda çoğunluğu oluşturmayan bireyler¹²³ korumak ve ortak yararı sağlamak için yeni mekanizmalar üretilmelidir.¹²³

Yazarlara göre bu mekanizmaların başında hükümetlerin hareket alanlarının anayasalar aracılığı ile sınırlandırılması gelir. Rasyonalist yazarlar, çift meclisli sistem, güçler ayrılığı, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ve düzenli seçimlerin, bireysel hak ve özgürlüklerin garantisi olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹²⁴ Buchanan ve Tullock'un yaklaşımında bu klasik sınırlama yöntemlerinin dışında hükümetlerin iktisadi alandaki faaliyetleri, özellikle de gelir bölüşümüne ilişkin olanların anayasalar aracılığı ile sınırlandırılması öngörülmektedir. Yazarların "Anayasal İktisat" olarak adlandırılan bu görüşlerine göre, devlet harcamaları ve yeni vergilerin konulmasına ilişkin kanunların yasama organından geçmesinin nitelikli çoğunluk kuralına bağlanması ve bütçenin denk olmasının anayasal zorunluluk haline getirilmesi getirilecek sınırlamaların başlıcalarıdır.¹²⁵

Buchanan ve Tullock'un yaklaşımlarına benzerlikler gösteren, grup teorisi içinde yer alan ve Mancur Olson öncülüğündeki bir kısım yazar,

¹²³ Leif Lewin, *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*, Oxford University Press, Oxford 1991, ss. 100-104.

¹²⁴ Örneğin, W. H. Riker, *Liberalism Against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, W. H. Freeman and Co., San Francisco 1982, ss. 234-38.

¹²⁵ James M. Buchanan, "Constitutional Restrictions on the Power of Government", *The Theory of Public Choice-II* (ed. James M. Buchanan ve Robert D. Tollison) içinde, The University of Michigan Press, Ann Arbor 1984, ss. 439-51. Ayrıca Bkz., Geoffrey Brennan ve James Buchanan, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge 1990; James M. Buchanan ve Richard E. Wagner, *Democracy in Deficit*, Academic Press, New York 1977.

soruna çağdaş demokrasilerde kollektif eylemi (collective action) icra edenler açısından bakarlar.¹²⁶ Diğer bir deyişle, nasıl Buchanan ve Tullock politikada talebin şekillenişini ve yarattığı sorunları inceliyorlarsa, bu yazarların da politika arzı ve sorunlarıyla ilgilendiği söylenebilir. Yazarların birleştiği ortak nokta, modern yasama organlarının kamu yararından çok kendi partilerinin ve temsilcilerinin yeniden seçilmeleri kaygısıyla hareket ettikleri görüşüdür. Kendi partileri ve bireysel çıkarları temelinde hareket eden milletvekilleri belli çıkar gruplarından seçim kampanyalarını mali açıdan desteklemelerini, reklam harcamalarını karşılamalarını, medya aracılığı ile seçmenleri yönlendirmelerini beklerler ve karşılık olarak da bu grupların çıkarına yasama organında faaliyette bulunurlar.¹²⁷

Yasama organındaki üyeleri desteklemek para ve zaman gerektiren bir faaliyet olduğundan, bu olanaklara sahip olmayanların böyle bir faaliyette bulunmaları oldukça zordur.¹²⁸ Ayrıca, bu tür faaliyetler organize olmayı ve iletişimi zorunlu kılar ki geniş grupların (örneğin tüketicilerin) bu olanaktan yoksun oldukları ortadadır. Dahası, geniş gruplarda bireysel katkıların grubun amaçlarına ulaşmasında çok az bir etkisi olduğundan bireyler katkıda bulunmak yerine "bedavacı" (free rider) olmayı yeğleyecek, bu da o grup için maliyet sorunları yaratacaktır.¹²⁹ Sonuçta, çağdaş demokrasilerde küçük gruplar büyük gruplara göre daha avantajlı bir konuma gelirler. Mancur Olson'a göre, geniş grupların kendi çıkarlarını korumaları hemen hemen imkansızdır,

¹²⁶ Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Cambridge 1965; Russell Hardin, *Collective Action*, Johns Hopkins University Press, London 1982; George J. Stigler, "Director's Law of Public Income Redistribution", *Bell Journal of law and Economics*, Cilt 5, No: 2, Nisan 1970, ss. 1-10.

¹²⁷ David R. Mayhew, *Congress: The Electoral Connection*, Yale University Press, New Haven 1974, ss. 5-6, 13-17; George J. Stigler, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Cilt 2, No: 3, 1971, ss. 3-13.

¹²⁸ Olson, a.g.e., ss. 46-48.

¹²⁹ Olson, a.g.e., ss. 33-34, 48-50.

bu nedenle de bir toplumdaki tüm bireylerin ortak yararından bahsetmek mümkün değildir.¹³⁰

Buchanan ve Tullock yeni mekanizmalar aracılığıyla ortak yararın sağlanabileceğini ve kollektif eylemin sorunlarının aşılabileceğini iddia ederlerken, Mancur Olson ortak yarara ulaşmanın mümkün olmadığı sonucuna varır. Ancak, A.B.D. de bu yazarın görüşlerinden hareket eden kamu hukukçuları bu engellere rağmen yargının daha etkili müdahalesi ile kamu yararının sağlanabileceği görüşündedirler.

Erwin Chemerinsky, yasama organının çıkar gruplarının etkisi altında olması gerçeğinin düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun yasama dışında bir organ tarafından denetlenmesinin gerekliliğini gösterdiğini ve sorunun ancak etkili bir anayasal denetleme ile aşılabileceğini ileri sürer.¹³¹ Jerry Mashaw, Yüksek Mahkeme'nin "özel çıkarın" korunduğu durumlarda kanunların iptali yoluna gidilmesi gerektiği görüşündedir.¹³² Martin Shapiro, yasaların yargı organı tarafından gözden geçirilirken, soruna siyasi süreçlerde sesini yeterince duyuramayan gruplar açısından da bakılmasını önerir.¹³³ Bernard Siegan özellikle iktisadi düzenlemelerin etkili bir yargı denetiminden geçirilmeleri gerektiği fikrindedir.¹³⁴ Frank Easterbrook ve Cass Sunstein özel çıkarları koruyan kanunların dar yorumlanmasını savunurlar.¹³⁵ Kısacası, tüm bu yazarlar, çıkar gruplarının yasama organındaki olumsuz etkilerini gidermek için yargı organının müdahalesinin en etkili çözüm

¹³⁰ Olson, a.g.e., s. 36.

¹³¹ Erwin Chemerinsky, "The Supreme Court 1988 Term -Foreword: The Vanishing Constitution", *Harvard Law Review*, Cilt 103, 1989, s. 43 vd.

¹³² Jerry L. Mashaw, *Constitutional Deregulation: Notes Toward a Public, Public Law*

¹³³ Martin Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge 1979, s. 204.

¹³⁴ Bernard H. Siegan, *Economic Liberties and the Constitution*, University of Chicago Press, Chicago 1980, s. 158.

¹³⁵ Frank Easterbrook, "The Supreme Court 1983 Term -Foreword: The Court and the Economic System", *Harvard Law Review*, Cilt 98, No: 4, 1984, ss. 51-54; Cass R. Sunstein, "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, Cilt 84, 1984, s. 1689.

olduğu görüşündedirler.

Kamu yararını ortak yararla özdeşleştiren diğer bir yazar Brian Barry'dir. Barry'ye göre Rousseau'nun ortaya attığı temel sorun, kendi çıkarlarımıza başkalarının çıkarlarını çiğnemeden, aksine tüm diğer bireylerin çıkarlarını da gözeterik ulaşmanın yolunun ne olduğunu bulmaktır. Rousseau'nun yaklaşımında bu koşulu sağlayacak mekanizma çoğunluk oyudur. Oy veren birey herkesin durumunu kötüleştirecek bir düzenleme lehine oy kullanmaktan kaçınacaktır, çünkü aynı düzenleme kendisini de olumsuz etkileyeceğinden tercihini düzenlemeden yana koymayacaktır.¹³⁶ Ancak, Barry'ye göre Rousseau bu sonucun gerçekleşmesini belli koşullara bağlamıştır. Sivil bir din çerçevesinde oluşan siyasi erdem, vatandaşlar arasında ekonomik eşitlik ve küçük devlet, çoğunluk oyunun kamu yararına olduğu sonucuna ulaşmanın ön şartlarıdır. Barry, çağdaş devletlerde bu koşulların gerçekleşmesini mümkün görmemektedir.¹³⁷

Öte yandan, modern toplumlarda, toplumun bazı kesimlerinin sahip oldukları özel çıkarların, bu kesimlere ait olan bireylerce, toplumun geri kalanı ile paylaşılan ortak yararlardan daha üstün görülmesi söz konusu olabilir. Bu, işbölümüne dayalı endüstriyel bir toplumda, her mesleğin ancak belli koşullar gerçekleşirse icra edilebileceği gerçeğine dayanır. Örneğin, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamalarını zorunlu kılan bir yasanın çıkarıldığını düşünelim. Gazetecilerin bakış açısından böyle bir yasanın gerçekten kamu yararına olduğu düşünülebilir. Ancak, gazetecilik mesleği açısından, haber kaynaklarının gizli tutulması mesleğin icrasına hizmet ettiğinden, gazeteciler düzenlemenin karşısında olacaktırlar. Barry'ye göre, bu örnekte Rousseau'nun görüşlerinden

¹³⁶ Brian Barry, "The Public Interest", *Political Philosophy* (ed. Anthony Quinton) içinde, Oxford University Press, New York 1991, s. 122.

¹³⁷ Barry, a.g.e., s.123.

hareketle bir çözüm geliştirmek oldukça zordur. Gazeteciler de dahil olmak üzere toplum böyle bir düzenlemenin genel güvenliği sağlaması gerekçesiyle kamu yararına olduğuna inanmakla birlikte, gazetecilerin bu düzenlemeye karşı olmaları mesleklerini sürdürebilmeleri için zorunludur.¹³⁸

Son olarak, Barry, ağımızda "halkın tercihi" ya da "halk iradesi" gibi kavramların iinin boşalmış olduğunu ileri sürer. Çağımız devletlerinde kanunların hazırlanmasında halkın tercihinden çok teknik nitelikler ön plana çıkmaktadır. Hkmetler kanun tasarılarını uzmanların ve komisyonların görüşlerinden yararlanarak çağın teknik ve iktisadi gereklerine göre oluşturmaktadırlar ki bu Rousseau'nun çizdiği erveveyi aşan bir demokrasi modelinin yerleşmesine neden olmuştur.¹³⁹

Barry, Rousseaucu oğunluk yaklaşımını eleştirmekle birlikte onun ortaya attığı ortak çıkarlara dayanan kamu yararı anlayışını terketmez. Eğer bir düzenleme kamu yararına ise bu toplumun tüm bireyleri için geçerlidir. Kimi zaman bireylerin aktüel çıkarları kamu yararına olan düzenleme ile ters düşebilir. Örneğin, hava kirliliğini önlemeye yönelik bir düzenleme fabrika sahiplerine belli bir maliyet ykleyeceğinden sanayicilerin aktüel çıkarlarına ters düşebilir. Ancak, sanayicinin kendisi de kamunun bir üyesidir ve kamunun bir yesi olması sıfatı ile o da bu düzenlemeden yararlanacak, temiz bir çevrede yaşama olanağına kavuşacaktır. O halde kamunun yeleri olma sıfatlarıyla tüm bireylerin yararına olan düzenlemeler kamu yararınadırlar. Barry'ye göre, bir düzenlemenin kamunun yararına olması için, o düzenlemenin vatandaşlara, "kamunun birer yesi olması" sıfatları temelinde kendi yararlarına kullanabilecekleri bir kapasite sunması gerekir.¹⁴⁰

¹³⁸ Barry, a.g.e., s.124.

¹³⁹ Barry, a.g.e., ss. 125-26.

¹⁴⁰ Brian Barry, *Political Argument*, Humanities Press, New York 1965, s. 190.

Bununla birlikte, gazeteciler örneğinde gördüğümüz gibi bazı düzenlemeler toplumdaki bir grubun özel çıkarlarına açıkça aykırı olabilir. Barry, bu gibi durumlarda kamu yararı ile özel çıkarlar arasında bir dengelemeye gitmenin gerekli olduğu görüşündedir.

Çağdaş yazarlardan Norman Barry ise, kamu yararını, bireylerin başka şekilde elde edemeyecekleri ve onların bireysel çıkarlarına zarar vermeyen paylaşılmış topluluk çıkarları olarak tanımlar.¹⁴¹

Barry, yukarıda özetlediğimiz Bentham'ın görüşlerini, faydanın hesaplanmasının objektif bir kıstasının bulunamayacağı, ya da başka bir deyişle, her türlü sosyal fayda hesaplamasını subjektif kalmaya mahkum olması nedeniyle eleştirir. Öte yandan, Bentham'ın, toplumu bireylerin toplamı olan fiktif bir varlık olarak gören anlayışı da Barry tarafından eleştirilir. Barry'e göre, salt bireysel çıkarlar ile bireylerin kamunun birer üyesi sıfatlarıyla sahip oldukları çıkarlar, birbirlerini dışlamasalar dahi farklıdırlar. Bu nedenle, paylaşılmış çıkarlar bireysel çıkarlardan hareketle hesaplanamazlar.¹⁴²

Barry, pluralistlerin kamu yararı anlayışını da sorgular. Bentley ve Truman çizgisinde kurulan grup teorisinin kamu yararı kavramının siyasi ve sosyal alanlara uygulanmasına kuşkuyla baktığına ve en iyi sonuçlara çıkar grupları arasındaki pazarlıklarla ulaşılabileceği şeklindeki yaklaşımına yukarıda değinmiştik. Barry, çıkar gruplarına sınırsız serbesti tanımının grup üyelerine fayda sağlamakla birlikte, bunun, her grubun üyesi olduğu topluma eşit derecede olumlu katkısı olacağı fikrine karşı çıkar.¹⁴³ Örneğin, piyasa ekonomisinin geçerli olduğu bir toplumda korumacılığın olmaması, uluslararası serbest ticareti geliştirmesi nedeniyle toplumun tüm kesimlerini olumlu etkileyebileceği halde, belli

¹⁴¹ Norman Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*, MacMillan Press, London 1989, s. 248.

¹⁴² Barry, N., a.g.e., s. 251.

¹⁴³ Barry, N., a.g.e., s. 252.

grupların çıkarları devlet müdahalesi olmadan korunamayabilir. Böyle bir toplumda, korumacılıktan yana olan grupların politik süreçlerle kendine destek bulması toplumdaki tüketicileri olumsuz etkileyecektir. Öte yandan, toplumdaki tüm grupların korumacılıktan yararlanmaları durumunda, bundan tüm grupların üyeleri olumsuz etkilenecektir.¹⁴⁴

Barry, toplumdaki bireysel çıkarlarla kamu yararının uyumlu kılınması ve paylaşılmış çıkarların korunması için iki temel yaklaşım olduğunu ileri sürer. Faydacılar tarafından savunulan ilk yaklaşıma göre, demokratik yöntemlerle ortaya çıkan çoğunluk iradesi bu hedeflere ulaşmayı sağlayabilir. Bu görüşü savunanlara göre, seçilmiş yöneticilerin sosyal refahın arttırılması yerine kendi çıkarları için çalışacakları iddiası siyasi partilerin yarışma içinde oldukları göz önüne alındığında yerinde bir eleştiri değildir.¹⁴⁵ İkinci yaklaşım ise, demokratik kurumların, grup çıkarlarının kamu yararı örtüsü altında sunulmasına neden olduğunu, gerçek anlamda paylaşılmış çıkarların seçimlere dayanan bir rejimde yeterli destek bulamayacağını ileri süren klasik liberal görüştür.¹⁴⁶

Yazar, yukarıda ele aldığımız, Buchanan, Tullock, Arrow ve Olson'un görüşleri temelinde, çoğunluk iradesinin kamu yararını yansıtmayacağını ileri sürerek bu tezi savunan faydacıların görüşlerine¹⁴⁷ karşı çıkar. Ancak, Barry, demokrasiyi değil, rasyonalist demokrasi olarak adlandırdığı, "demokrasinin belli bir anlaşılış biçimi"ni eleştirir. Rasyonalist demokrasi, siyasi deneyimlere bakmaksızın oluşturulan soyut idealler temelinde kurulan bir *a priori* siyasi modeli demokratik rejim olarak nitelendirir. Oysa, demokrasinin diğer bir algılanış şekli olan ampirik demokrasi, demokrasiyi soyut ideallerden çok anayasacılık hareketleri ve hukuk devleti temelinde oluşturulmuş demokratik

¹⁴⁴ Barry, N., a.g.e., s. 253.

¹⁴⁵ Barry, N., a.g.e., ss. 255-56.

¹⁴⁶ Barry, N., a.g.e., s. 257.

¹⁴⁷ Barry, N., a.g.e., s.260 vd.

kurumların bütünü olarak tanımlar. Barry, İngiliz demokrasisinin ampirik demokrasinin klasik bir örneği olduğunu ileri sürer.

Demokrasinin başka bir kavramlaştırılış şekli ise prosedürel demokrasidir. Prosedürel demokrasi, kamusal eylemleri meşrulaştıran kurallar toplamı olarak tanımlanabilir.¹⁴⁸ Prosedürel demokrasinin önemli unsurlarından biri prosedürel adaletin sağlanmasıdır. Barry'e göre, prosedürel adalet, mülkiyet haklarına saygılı ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına alan ve kamusal eylemlerin bu düzenlemelere uygun olmasını sağlayan adalettir.¹⁴⁹

Sonuç olarak, Barry, kamu yararının toplumda paylaşılan çıkarlar olduğunu, ancak bu çıkarların çoğunluk iradesi ile değil, prosedürel demokrasinin ve adaletin kuralları ile temellendirilmesi gerektiğine işaret eder.

3. Tekçi Teoriler

A. Antik ve Orta Çağ Felsefesi

Tekçi teorilerin tarih içinde ilk dayanağını Platon'un "ortak iyi" konusundaki görüşleri oluşturur. Platon'a göre, insani değerlere ilişkin yargılar söz konusu olduğunda bu yargılarımız ya doğru ya da yanlış olmak zorundadır. Kamu yararı konusunda yapacağımız değerlendirmeler de aynı niteliktedir. Bu nedenle bir şeyin kamu yararına olduğunu ileri sürdüğümüzde onun "doğru" ya da "iyi" olduğunu da kabul etmek zorundayız. Platon'a göre "iyi", tüm insanların ortaklaşa yöneldiği bir hedeftir. Ancak neyin iyi olduğuna karar vermek oldukça

¹⁴⁸ Barry, N., a.g.e., s.259.

¹⁴⁹ Barry, N., a.g.e., s. 144.

zordur.¹⁵⁰ Platon'da "iyi", aynı zamanda, doğanın ulaşmak istediği bir hedektir. Gorgias adlı çalışmasında Platon, "iyi"nin tüm istemlerimizin, eylemlerimizin ve sanatın hedefi olduğunu; Philebus adlı eserinde ise, tüm evrenin amacının "iyi"ye ulaşmak olduğunu söyler.¹⁵¹ Plato, doğanın bir parçası olan insanların da "iyi"yi hedeflemeleri gerektiği görüşündedir.

Platon kamu yararı kavramı yerine "topluluk yararı" ya da "devlet yararı" anlamına gelecek bir kavram kullanır.¹⁵² Platon'a göre, bir devlet için iyi olan o devletin vatandaşlarının da yararınadır. Sosyal organizasyonların amacı topluluğun birliğini sağlamlaştırmak olmalı, yasama organı belli bir sınıfın değil tüm toplumun refahını gözönüne alarak çalışmalıdır. Toplum için en iyiye ulaşmak ancak o toplumda yaşayan tüm bireylerin acı ve sevinçlerini paylaşmaları ile mümkündür. Toplum için en iyi olana karşı meşru bireysel çıkarlardan söz edilemez. Diğer bir deyişle, kamu yararına olan düzenlemelerin bireysel çıkarlara aykırı olması düşünülemez.¹⁵³

Platon gibi Aristo da sosyal organizasyonların amacının "iyi"ye ulaşmak olduğunu ileri sürer. Bu amaca, en çok, toplumda egemen olan siyasi organizasyonun (polis) ulaşmaya çalışması gerekir. Aristo'ya göre ortak çıkarları korumayan bir siyasi yapı kendisini meşrulaştıramaz.¹⁵⁴

Aristo, bir birey için "iyi" olanın toplumun tümü için de "iyi" olması gerektiğini, çünkü iyi ya da kötü şeklindeki değerlendirmelerin

¹⁵⁰ Plato, *The Republic* (506), (İngilizceye Çeviren: H.D., Lee), Penguin Books, Baltimor 1955.

¹⁵¹ Plato, Philebus (20-d, 11-d, 22-b), *The Dialogues of Plato* (İngilizceye Çeviren: B. Jowett), Random House, New York 1957; Platon, Gorgias (499-e), *Diyaloglar* (Çeviren: T. Aktürel), Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.

¹⁵² Held, a.g.e., s. 138.

¹⁵³ Plato, *The Republic...* (520).

¹⁵⁴ Aristotle, *Politics* (1252-a), *The Politics of Aristotle*, (Ed. Ernest Barker) içinde, Oxford University Press, New York 1962.

temelinin düşüncelerimizde değil doğada olduğunu iddia eder.¹⁵⁵ Aristo "iyi"yi doğada bulunan her şeyin amacı olarak tanımlar. Bu nedenle bireysel çıkarlar toplumun çıkarlarıyla çatışamazlar. Zaten asıl problem birey çıkarları ile toplum çıkarının çatışması değil, belli bir zaman ve yerde neyin en iyi olduğunun tespiti. Bu tespitin yapılmasında oybirliğinin rolü Platon tarafından vurgulanmıştır. Aristo oybirliğine Platon kadar güvenmez; ona göre sürekli birlik içinde hareket etmeye çalışan bir topluluk bir süre sonra siyasi toplum olma özelliğini kaybeder.¹⁵⁶ Topluluk içinde yaşayan grupların farklı çıkarlara sahip olabileceğini bir dereceye kadar kabul eden Aristo, bu çıkarların toplumun tümünün çıkarına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunarak Platon'a göre daha esnek bir kamu yararı anlayışına yönelir. Bununla birlikte hem Platon hem de Aristo siyasi toplumun hedefinin "iyi"ye ulaşmak olduğu ve bu "iyi"nin ötesinde bir bireysel çıkarın olamayacağını ileri sürerler.¹⁵⁷

Antik Roma'nın düşünürlerinden Çiçero'nun hukuka bakışı Platon ve Aristo'nun bakışları ile benzerlikler taşır. Çiçero'ya göre, doğru hukuk kuralı doğayla uyum içinde olan kuraldır ve evrensel bir uygulamaya sahip olmalıdır. Doğru hukuk kuralları tüm bireyler için ve her zaman uygulanabilir kurallardır. Evrensel doğruları yansıttıklarından dolayı bu kuralların yasama organı ya da halk tarafından değiştirilmeleri de mümkün değildir.¹⁵⁸ Ortaçağ hukuk felsefesi bu bakışı daha da geliştirmiştir. Aquinas'a göre, insanların doğru çıkarları evrensel uygulamaya sahip doğal hukukun normları ile uyum içindedir. Bu nedenle siyasi otoritenin görevi değerleri tanımlamak değil, bu değerleri

¹⁵⁵ Aristotle, *Nicomachean Ethics* (1094-a), (İngilizceye Çeviren: Terence Irwin), Hackett Publishing Company, Indianapolis 1985.

¹⁵⁶ John Herman Randall, *Aristotle*, Columbia University Press, New York 1962, s. 250.

¹⁵⁷ Barker, a.g.e., s. 1.

¹⁵⁸ Cicero, *Republic*, (İngilizceye Çeviren: C. W. Keynes), Harvard University Press, Cambridge 1968, III. Kitap, 33. Kısım.

bir sistem içinde düzenlemek olmalıdır. Devlet, doğru hedeflere ulaşmaya çalışan insanların sahip oldukları doğal eğilimleri yönlendiren bir rehberdir. Bir siyasi düzende doğal hukukun genel ilkeleri somutlaştırılabilir. Evrensel ilkeleri yansıtan bu somut hukuk kuralları, doğal hukuk hem toplum hem de bireyler açısından doğru olanı ortaya koyduğundan, aksi rasyonel olarak meşrulaştırılmadığı sürece bireysel çıkarlarla çatışma içinde olamazlar.¹⁵⁹ Aquinas'a göre, eğer bireysel çıkarlar ile toplum çıkarları arasında bir çatışma varsa doğru hukuk kuralının varlığından bahsedemeyiz.¹⁶⁰

B. Hegel ve Marx

Aynı çizginin 18. yüzyılda bir devamı olan Hegel kamu yararını, bireysel çıkarlarla çatışma içinde olmayan, birbirleriyle tutarlı değerler sistemi olarak tanımlar. Hegel'e göre,

Devlet ahlaki fikrin aktüel hale gelmesidir. Devlet objektifleşmiş tin (Geist, Mind) olduğundan kendini oluşturan bireylerin objektifliği kadar gerçek bir bireyselliğe ve ahlaki yaşama sahiptir. Evrenselin amacı ve içeriği saf ve basit bir bütünlüğe ulaşmak, bireyin arzusu ise evrensel bir yaşama kavuşmaktır.¹⁶¹

Bu çerçevede, bir bireyin gerçek çıkarları, ister onaylasın ister onaylamasın o bireyin kendi çıkarlarını evrensel çıkara ulaşmaya çalışan devletin çıkarları ile bütünleştirmeşi halinde korunur.¹⁶² Bireyler, salt kendi çıkarları için yaşamazlar, her bireyin amacı evrensel bir hedefe

¹⁵⁹ Thomas Aquinas, *The Summa Theologica* (II, Q-42, A2), *The Political Ideas of St. Thomas Aquinas*, (Ed. Dino Bigongiari), Hafner Publishing Company, New York 1953.

¹⁶⁰ Aquinas, a.g.e., s. 7.

¹⁶¹ G. W. F. Hegel, *Philosophy of Right*, (İngilizceye Çeviren: T. M. Knox), Clarendon Press, Oxford 1962, 257. paragraf vd.

¹⁶² Hegel, a.g.e., 270. par.

ulaşmaya çalışmaktır. Bu nedenle, Hegel'in yaklaşımında bireysel çıkarlarla devletin çıkarları arasında çatışma olamaz. Birey, devlete olan görevlerini ifa ettiği, ona hizmet ettiği, sivil topluma olan yükümlülüklerini kendi bedensel varlığını ve mülkünü koruyarak, kendi refahını geliştirerek, kendi bilincinin, hislerinin ve varlığının derinliklerini keşfederek yerine getirdiği sürece bağımlılıklarından kurtulur. Bundan dolayı bireyin çıkarları diğer bireylerin çıkarları ile iç içe geçmiştir ve devlet olmadan bu çıkarlar güvence altına alınamaz. Diğer bir deyişle, sözleşme temelinde düşünüldüğünde, devletin çıkarları olarak ifade edilebilecek kamu yararı evrensel çıkarı yansıttığı kadar, kamunun ve kamu içinde yer alan bireylerin gerçek çıkarları ile de uyum içindedir.¹⁶³

Marx, Hegel'den hareketle, gerçek çıkarların tutarlı ve bütünleştirici bir sosyal düzenle uyumlu olması gerektiğini kabul eder. Marx için bir çıkarı meşru kılan şey hedeflenen amaca uygunluktur. Modern temsili devlet, bireysel çıkar temelinde salt burjuvazinin çıkarlarını koruyan bir sistemdir. Böyle bir sistem sayesinde işçi sınıfı mülksüzleştirilmiştir. Toplumdaki çıkarların birbirleriyle çatışma içine girmeyecekleri bir sistem ancak işçi sınıfının iktidarı ele geçirmesi ile mümkündür. Tarihte önceden yaşanan tüm devrimler azınlıkların çıkarlarını meşrulaştırırken, işçi sınıfının hareketi çoğunluğun çıkarlarını savunan bir özelliğe sahiptir.¹⁶⁴

Marx ve Engels'e göre, her sınıf mücadelesinde, mücadeleyi kazanan taraf kendi çıkarlarını kamu yararı olarak sunmaya çalışır. Burjuva demokrasilerinde bireyler salt kendi çıkarlarına uygun hareket ettiklerinden kamu yararına olduğu ileri sürülen düzenlemelerin devlet

¹⁶³ Hegel, a.g.e., 261. par. vd.

¹⁶⁴ Karl Marx ve Friedrich Engels, "Manifesto of the Communist Party", *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, (ed. Lewis S. Feuer) içinde, Doubleday Anchor, New York 1959, s. 9.

tarafından bireylere kabul ettirilmesi gerekir. Bireylerle devlet arasındaki bu gerilim çatışmalara yol açar. Bireylerin diğerleri üzerinde siyasi baskı kuramayacakları bir toplum yaratılmalıdır. Böyle bir toplumda çatışmanın yerini işbirliği ve ortak çıkarların bireysel çıkarlara karşı korunması alacaktır.¹⁶⁵ Eğer sınıf çatışmaları sona ererse, buna bağlı olarak siyasi çatışmalar da gücünü kaybetmeye başlayacak, son aşamada, çıkar çatışmaları sorunu tamamen ortadan kalkacak ve devlet aygıtına artık gerek kalmayacaktır.¹⁶⁶

Marx ve Engels'in görüşleri bireysel çıkarlar ile kamu yararının farklı olamayacağına yönelik tipik bütünleşmeci iddianın devamı niteliğindedir. "Ortak iyi"nin tüm bireysel çıkarların üsünde olması ve bireysel çıkarların "ortak iyi" ile uyumlu kılınması şeklindeki Hegelci bakış yazarlarca aynen savunulmuşsa da, bunun burjuva demokrasilerinde gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı, işçi sınıfının iktidarı ele geçirmesinin gerekli koşulları sağlayacak tek yol olduğu ileri sürülmüştür.

C. Çağdaş Tekçi teoriler

Radikal bir söyleme sahip olan tekçi teorilerin çağdaş yansımaları oldukça azdır. Bu yaklaşımlardan başlıcaları C. W. Cassinelli ve Richard Flathman'ın teorileridir.

Cassinelli, kamu yararına olan bir düzenlemenin tüm bireyler için "iyi" olduğunu ileri sürer. "Kamu" kelimesi ahlaki bir değere sahiptir ve bu değer toplumdaki belli kişilerin yararına, belli kişilerin ise zararına

¹⁶⁵ Karl Marx ve Friedrich Engels, "The German Ideology", *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, (ed. Lewis S. Feuer, Doubleday Anchor) içinde, New York 1959, s. 255.

¹⁶⁶ Friedrich Engels, "The Origin of the Family, Private Property and the State", *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, (ed. Lewis S. Feuer, Doubleday Anchor) içinde, New York 1959, s. 394.

sonuçlar doğuran kişisel çıkarlarla karıştırılmamalıdır. Bu nedenle bir şeyin kamu yararına olduğunu söylemek ile toplumdaki tüm bireylerin yararına olduğunu söylemek arasında bir fark yoktur.¹⁶⁷

Richard Flathman kamu yararının normatif bir açıklamasını yapar. Ona göre, kamu yararı, "iyi" kavramının mantığı içinde geliştirilen diğer yargılara benzeyen bir değer yargısıdır. Flathman bireysel çıkarlar ile kamu yararı arasındaki ilişkiyi değerlendirirken kamu yararının bireysel çıkarların toplamı olduğunu ileri süren Bentham'ın görüşlerini eleştirir.

Flathman'a göre, kamu yararı, her şeyden önce, toplumdaki bireylerin kendi çıkarlarına aykırı olan düzenlemelere uyma konusunda kendilerini yükümlü görmelerini gerektirir. Böyle bir durum kamu yararını bireysel çıkarların toplamı olarak gören Benthamcı yaklaşıma uymaz, çünkü kamu yararından bahsettiğimizde çıkarları olan değil, fakat çıkarları zarara uğrayan bireylerden söz etmek mümkündür. İkinci olarak, Kamu yararı, ahlaki içeriğe sahip normatif ifadelerden oluşan bir kavramdır. Böyle bir normatif kavram, hiç bir normatif değeri olmayan, çoğunluğun istemi, çıkarı ya da düşüncesi gibi, bireylerin çıkarlarını temel alarak kurulan betimleyici ifadelerle açıklanamaz.¹⁶⁸

II — ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU YARARI KAVRAMI

1. Analitik İnceleme

Anayasa Mahkemesi kararlarının analitik açıdan incelenmesinde göze çarpan ilk nokta, Mahkemenin yaklaşımın doktrindeki yaygın

¹⁶⁷ C. W. Cassinelli, "The Public Interest in Political Ethics", *The Public Interest* (ed. C. Friedrich) içinde, Atherton Press, New York 1962, s. 45 vd.

¹⁶⁸ Richard E. Flathman, *The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics*, Wiley Press, New York 1966, s. 37 vd.

görüŖŖle paralellik taŖımamasıdır. Doktrin kamu yararı kavramını amaç unsuru açısından ele alırken, Mahkeme kavramı konu unsuru çerçevesinde incelemiŖ ve daha da önemlisi, normatif olarak temellendirme ihtiyacı duymaksızın salt kendi takdiri ile oluŖturduėu bir kamu yararı anlayıŖını verdiği kararlarda temel ölçü olarak kullanmıŖtır. AŖaėıda Mahkemenin bu yöndeki kararlarını ele alacağız.

A. Din ve Vicdan Özgürlüğü

Anayasa Mahkemesi, kiŖilerin dinlerinin nüfus kağıtlarına yazılmasını öngören 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesi hakkında 27.11.1979 tarihli kararında, anılan maddeyi Anayasaya aykırı bulmamıŖtır.¹⁶⁹ Mahkeme, konuyu Anayasanın 2. maddesindeki laiklik ve 19. maddesindeki din ve vicdan özgürlüğü açılarından incelemiŖse de, söz konusu düzenlemeyi, 19. maddede yer alan "Kimse ... dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz" kuralıyla çatıŖır nitelikte görmemiŖtir. Mahkemeye göre, 43. madde zorlamaya yönelik hiç bir hüküm içermemektedir. Burada, kiŖilerin, "Anayasa'nın kastettiği anlamda dini inanç ve kanaatlerinin değil, sadece dininin ne olduğunu açıklamasına yol açabilecek bir durum yaratıldığını" ileri süren Mahkeme, konuya zorlama açısından bakılamayacağı görüşündedir.

Ayrıca, kararın gerekçe kısmında, "yurttaŖın kiŖisel halinin ve onun bir öğesi olan dininin nüfus kayıtlarına doğru ve düzenli olarak yazılmasında ve yanlışlıkların hakim kararı ile düzeltilmesinde kamu yararı vardır" görüşüne dayanan Anayasa Mahkemesi, bu nedenlerle itiraz yolu baŖvurusunun reddine karar vermiŖtir.

Mahkeme, kararında, konunun Anayasada yer alan din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmediğini yeterince gerekelendirememiŖtir. Bir

¹⁶⁹ AYM, E. 1979/9, K. 1979/44, KG. 27.11.1979, RG. 13.3.1980 (Sayı: 16928).

azınlık oyunda da belirtildiği gibi, ancak kişilerin özel duygularının ve dini tercihlerinin isteme bağı olarak elde edilmesi halinde konunun din ve vicdan özgürlüğü dışında kalması mümkündür. Oysa, kanun hükmü herkesin dininin kütüğe yazılmasına yönelik olup, kişilere seçim hakkı verilmemiştir. Bununla birlikte, konumuz açısından asıl önemli olan, devletin bilgi edinmesinin kamu yararına olduğuna ilişkin kısımdır. Mahkemenin incelemesinde, konuyla ilişkili Anayasa maddeleri açısından, hatalı da olsa, bir hukuka aykırılık tespit edilmediğine göre, kanunun ilgili maddesinin kamu yararına olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Kanunlar aksi ispat edilinceye kadar kamu yararındırlar ve aksinin ispatı için kanunun üst hukuk normu olan Anayasa kurallarına aykırı olması gerekir. Kanunun Anayasaya aykırı olmadığı tespiti açık bir şekilde yapıldıktan sonra, hiç bir norma dayanılmadan yapılan bir değerlendirme ile kanunun Anayasaya uygunluğunun ortaya konulmaya çalışılması hukuki yönü olmayan ideolojik bir haklılaştırma içermektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuki değerlendirmeler üst normlara göre yapılmak zorundadır. Mahkemelerin pratik argümantasyona başvurabilmeleri için hukuki problemlerin çözümünde analitik yöntemlerin yetersiz kalması ve yapılan pratik argümantasyonun üst hukuk normlarına aykırı bir sonuç doğurmaması gerekir. Bu örnekte, Anayasa Mahkemesi, kamu yararı değerlendirmesini, gereği olmadığı halde ve bir norma dayanmaksızın, kendi takdirine dayanarak yapmıştır.

B. Çiftçiyi Topraklandırma

Anayasa Mahkemesi'nin, analitik değerlendirme sonuçlandığı halde kamu yararı kavramını konu unsuru açısından değerlendirdiği bir başka kararı, 4753 sayılı kanuna ilişkin olarak 2.6.1964 tarihinde verdiği

karardır.¹⁷⁰ İtiraz yoluyla Mahkemenin baktığı davanın konusu, 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun 25. ve 28. maddelerindeki kamulaştırma işlerinin, yargı mercilerince geri bırakılamayacağına ilişkin hükümlerin mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasanın 35. maddesine aykırı olup olmadığının tespiti sorunudur.

Mahkemeye göre, 4753 sayılı kanunun 25. ve 28. maddelerinde getirilen, "...bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü itiraz ve davaların kamulaştırmayı, Hazine adına tescil ve dağıtmayı durduramaz" hükmü Anayasaya aykırı değildir. Mahkemenin kanun maddesini Anayasaya aykırı bulmamasının nedeni ise "tedbir niteliğindeki yetkinin mutlak olarak yargı erki kavramı içinde bulunmayan bir unsur olmasıdır." Anayasa Mahkemesi, bu gerekçeyi yürütmeyi durdurma kararı veremeyeceğine ilişkin kararlarında da yakın zamanlara kadar kullanmıştır.¹⁷¹ Buna göre, mahkemelerin tedbir koyma yetkileri "dava" kavramı içinde düşünölemeyecek olan istisnai usul hükümleridir. İkincil nitelikteki bu usul hükümlerinin gerekliliğini kanun koyucu takdir eder. Bu nedenle, mahkemelerin tedbir koyma yetkisini kaldıran kanunlar hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

Mahkemenin tespiti yanlış veya doğru olabilir, ama şu kesindir ki, eğer tedbir koyma yetkisi yargı organının asli bir yetkisi değilse, anılan kanun hükmü hukuka aykırı olmayacaktır. Nitekim, bu yetkiyi asli bir yetki saymayan Mahkeme, kanunu Anayasaya aykırı bulmamıştır. Artık bu noktada dava konusu hukuki sorun çözüldüğüne göre, konuyu bir de kamu yararı açısından değerlendirmeye gerek yoktur. Oysa, Anayasa Mahkemesi "çiftçiyi topraklandırmaya yönelik toprak dağıtma hizmetinin aralıksız, düzenli ve çabuk yürütölmesinde kanun koyucu

¹⁷⁰ AYM, E.1964/13, K. 1964/43, KG. 2.6.1964, (AMKD, 1971, Sayı: 2, ss. 97-105).

¹⁷¹ Örneğin Bkz, AMKD, 1971, Sayı: 2, s. 88 vd; AMKD, 1980, Sayı: 18, s. 239. Mahkeme, bu konudaki tavrını 1993 yılında verdiği E. 1993/33, K. 1993/40-1 sayılı kararıyla değiştirmiştir.

kamu yararı görmüştür" diyerek, kanunun kamu yararı açısından Anayasaya uygunluğunu belirlemeye çalışmıştır. Analitik inceleme sonucunda, anayasal norm ve ilkelere aykırı görülmeyen bir düzenlemenin kamu yararına olacağı, kanunların kamu yararına oldukları karinesinin bir sonucudur, ayrıca bir belirlemeye gerek yoktur.

C. Kamulaştırma

Benzer bir konu, Mahkemenin 14.2.1967 tarihli kararında ele alınmıştır.¹⁷² Mahkeme, 6830 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 20. maddesinin ele alındığı bu kararda da, ihtiyati tedbirin "dava sırasında ve açılacak bir dava dolayısıyla başvurulabilen ve hükme bağlanacak hakkın yerine getirilebilmesi için, *duruma göre, pek önemli bir yol*" olduğuna işaret etmiştir. Bununla birlikte, kamu yararının gerektirdiği durumlarda mahkemelerin ihtiyati tedbir kararları veremeyeceklerinin öngörülebileceğini belirten Anayasa Mahkemesi, 6830 sayılı kanununla kamu yararı amacı güdüldüğünün açık olması nedeniyle, kanunun 20. maddesindeki, kamulaştırma işlemlerinde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği şeklindeki kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu kararında, ihtiyati tedbir kurumunun hukuki niteliğini de tam olarak ortaya koyamamıştır. "Duruma göre, pek önemli bir yol" değerlendirmesi, ihtiyati tedbir kurumunun hukuki niteliğini ortaya koymaktan uzaktır. O halde, bir önceki karardan farklı olarak burada, gerekli hukuki nitelendirmeler yeterince yapılmadan doğrudan kamu yararına dayanılarak sonuca gidilmiştir.

Mahkeme daha yakın tarihlerde verdiği bir başka kararında bu kez yürütmenin durdurulması için benzer bir hüküm vermiştir.¹⁷³ 21.6.1979

¹⁷² AYM, 1963/144, K. 1967/6, KG. 14.2.1967 (AMKD, 1968, Sayı: 5, ss. 44-52).

¹⁷³ AYM, E. 1979/2, K. 1979/31, KG. 21.6.1979, RG. 14.1.1979 (Sayı: 16869).

tarihli karara ilişkin davanın konusu, devlete ait madenlerin işletme hakkı veya arama ruhsatı sahiplerinin, geri alma, kamulaştırma ve tazminat miktarlarına karşı açacakları iptal davalarında yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğine dair, 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkındaki kanunun 16. maddesi hükmüdür.

Bu davada Mahkeme önce yürütmenin durdurulması kurumunun hukuki niteliği üzerinde durmuştur. Karara göre,

"... Danıştay'da yönetsel dava açılması ve kanun yollarına başvurulması, dava konusu yönetsel işlemlerin ya da yargı kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Bu nedenle ... karşılanması güç durumların ortaya çıkması ya da dilekçede ileri sürülenlerin dosyaya göre ciddi ve yönetsel ya da yargısal kararın iptalini haklı gösterecek nitelikte olmaları durumunda yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisinin Danıştay'a tanınmasında zorunluluk görülmüştür.

Böylesine haklı bir gereksinim sonucu olan ve iptal davasını güvence altına alan yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yargıdaki önem ve etkisi yadsınamaz. ...

Ancak, yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yargıdaki bu önemli rolü, onun yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası sayılmasını gerektirmez. Gerçekten, yürütmenin durdurulmasına ancak bir iptal davası açıldıktan sonra ve mahkemece gerekli görülen durumlarda karar verilebileceğine ve yürütmeyi durduran kararın kazanılmış hak doğurmayan, her zaman kaldırılıp değiştirilebilen bir karar niteliğinde olduğunda kuşku bulunmadığına göre, yürütmenin durdurulmasını isteme hakkının, kişinin yargı yoluna başvurma konusundaki anayasal hakkı ile ancak dolaylı bir ilişkisi vardır. *Başka bir deyişle, yürütmenin durdurulmasını isteme hakkı, yargılama yönteminin öteki müesseseleri gibi, gerekliliğini yasa koyucunun takdir edeceği, dava hakkına göre ikincil nitelikte bir haktır.*

Yürütmenin durdurulmasının ikincil bir hak olarak görülmesinin hukuki sonucu, bu hakkın kısıtlanmasının mümkün olabileceğidir.

Artık bu aşamadan sonra konulan kısıtlamanın kamu yararına olup olmadığını tespit etmeye gerek olmadığı gibi bu tespit Mahkemenin görev alanını da aşar. Çünkü, yürütmenin durdurulmasının ikincil nitelikte bir hak olduğu tespiti ile, (burada yine bu tespitin haklılığını tartışmayacağız) hukuki sorun çözümlenmiştir. Ancak Mahkeme, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, konuyu kamu yararı açısından da incelemiştir:

... bu yasa, madenlerin aranma ve işletilmesi alanında kamu yararının kişi yararına göre çok daha fazla ağırlığı bulunduğu temel düşüncesine dayanmaktadır.

... kamu yararının hak sahibi kişilerin uğrayabileceği zarara göre çok daha fazla ağırlığı bulunduğundan, davacının zararlarını önlemek için yürütmenin durdurulması anayasal açıdan savunulamaz.

Karardaki kamu yararı tanımlamasının ve anılan kanunun kamu yararına olduğuna ilişkin görüşlerin gerekli sofistikasyona sahip olmamaları bir yana, çözümlenmiş bir uyuşmazlık için kamu yararına dayalı argümanlar geliştirilmesi, hukuki destekten çok ideolojik destek verme sakıncasını da beraber taşımaktadır.

22.9.1993 tarihli bir karar yine kamulaştırmaya ilişkindir.¹⁷⁴ Bir vakfın taşınmazı, yanındaki kömür ocağının işletme ruhsatına sahip bir şirket tarafından değişik tarihlerde mal sahiplerinden alınmak istenmişse de, tarafların anlaşamaması nedeniyle şirket Enerji ve tabii kaynaklar bakanlığına başvurarak, söz konusu taşınmazın 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 46. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 5/c maddesi uyarınca şirket lehine kamulaştırılmasını istemiştir. Şirketin isteminin uygun bulunması üzerine taşınmazın kamulaştırılmasına gidilmiştir. Mal sahibi kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava

¹⁷⁴ AYM, E. 1993/8, K. 1993/31, KG. 22.9.1993, RG. 16.4.1994 (Sayı: 21907).

açarak 3213 sayılı kanunun 46. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasında bulunmuştur. İddiayı ciddi bulan alt derece mahkemesi dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne göndermiştir.

İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinden iptali istenen 3213 sayılı kanunun 46. maddesi, işletme ruhsatı safhasında işletme sahası özel mülkiyete konu gayrimenkulün, taraflarca anlaşma sağlanmaması halinde, ruhsat sahibinin talebi üzerine Bakanlıkça 2942 sayılı kanun hükümlerine göre kamulaştırılabileceğini öngörmektedir.

Anayasa mahkemesi söz konusu maddeyi Anayasanın 46. maddesine aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre,

"kamu yararı ekseninde hukuksal güç ve geçerlilik kazanan kişi ya da özel hukuk tüzelkişileri yararına kamulaştırma yapabilme olanağı *Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanmaktadır*. Bu fıkra, özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda 2942 sayılı kanunun uygulanacağı hükmünü taşıdığından" ve özel teşebbüs lehine kamulaştırmada amacın "milli servetin işletilmesi ve milli yararın artırılması olduğundan" anılan kanun hükmü Anayasanın kamulaştırmaya ilişkin 46. maddesine aykırı değildir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında bir üst hukuk normu yerine bir kanuna dayanarak diğer bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu denetlemiş ve analitik analizin birinci kuralı olan üst hukuk normuna göre denetleme ilkesini çiğnemiştir. Üyelerden Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşıoy yazısında belirttiği gibi "Anayasada uygunluk denetimi yapılırken yasayı yasayla karşılaştırma yöntemi uygulanarak sonuca varılamaz". Mahkemenin, kanunun amacının ulusal servet ve yararın artırılması olduğuna ilişkin gerekçesi ise hiç bir Anayasa normuna dayanmadığı için ideolojik içerikli, hukuki kıstaslardan uzak bir argümantasyona dayanmaktadır. Gerçekten, Anayasanın

kamulaştırmaya ilişkin 46. maddesinde özel kişiler lehine kamulaştırmaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Devletin özel kişilere maden arama ve işletme konusunda sahip olduğu yetkileri devredebileceği Anayasanın 168. maddesinde belirtilmişse de, özel kişi lehine kamulaştırmanın kamu yararına olduğu sonucuna ulaşabileceğimiz bir Anayasa normu mevcut değildir. Bu durumda, Mahkemece belirlenen kamu yararı normatif destekten yoksundur.

Kararda asıl ilginç olan yön, anılan maddenin Anayasanın 35. ve 13. maddelerine dayanılarak iptal edilmesidir. Ancak, Anayasa Mahkemesi Anayasanın 13. maddesine dayanarak geliştirdiği gerekçede yine bir Anayasal norma dayanmamış, kanunun kendisinden hareket etmiştir. Karara göre,

...itirazlı yasa kuralı, ... kamu gücü kullanılarak ve kamu yararı gerekçesiyle, özel hukuk alanındaki bireyler ya da kuruluşlar arasında taşınmaz mülkiyetinin el değiştirmesine kadar varabilecek bir yolu açık tutmaktadır. Çünkü, kamulaştırma amacının herhangi bir evrede sona ermesi ya da maden işletme ruhsatı kapsam ve konusu dışında kalması durumunda, önceki malikin taşınmazı geri alma hakkının ... gerçek kişiler ya da özel hukuk tüzelkişileri adına yapılan kamulaştırmalarda da geçerli olabileceği itirazlı kuralda öngörülmemiştir. Oysa Anayasanın 13. maddesinin ikinci fıkrasına göre, 'temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamalar öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz'. Aksi durumda, ... mülkiyet hakkının özüne dokunulmuş olur.

Kanun maddesindeki temel hukuka aykırılığı Anayasanın 46. maddesinde aramayan Anayasa Mahkemesi, eski malikin geri alma hakkının düzenlenmemiş olmasının kamu yararı amacı dışında bir kullanıma yol açacağı düşüncesinden hareketle iptal kararını gerekçelendirmeye çalışmıştır. Mahkemenin bu gerekçesinin altında yatan mantığa göre, iptal nedeni kamu yararının olmaması değil, eksik

düzenleme nedeni ile amacın aşılmasına izin verecek durumların yaratılmasıdır. Böyle bir mantığın kullanılmasında genel olarak bir sakınca yoksa da, olayda söz konusu olan, kamu yararı amacının aşılp aşılmaması değil, kanundaki özel şahıslar lehine kamulaştırmaya ilişkin düzenlemenin konu unsuru açısından Anayasanın 46. maddesine uygun olup olmadığıdır. Kamulaştırma özel mülkiyetteki bir malın devletin mülkiyetine geçirilmesi işlemidir. Anayasanın 46. maddesinde "Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, ... özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını ... kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir" demek suretiyle kamulaştırmanın bu yönü vurgulanmıştır. Yasama yetkisinin asli ve genel bir yetki olmasına, diğer bir deyişle yasama yetkisine konu unsuru bakımından bir sınır getirilmemiş olmasına rağmen, kanunların konularının Anayasa kurallarındaki sınırlara aykırı olmamaları gerekir. Kanunun ilgili maddesinde ise, özel mülkiyette olan bir malın yine özel mülkiyete geçirilmesi söz konusu olduğundan anayasal çerçevenin dışına çıkmış demektir. Üyelerden Güven Dinçer ve Sacit Adalı yazdıkları karşıoy yazısında "Mülkiyet hakkının kişi iradesine bakılmaksızın sona ermesi Anayasamızda yalnız kamu lehine tanınmış sınırlı bir yetkidir. Bu yetkinin yasa ile kişi lehine genişletilmesi Anayasanın 46. maddesindeki sınırlı yetkinin aşılması anlamındadır" diyerek bu noktanın altını çizmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi, kanunun 46. maddesini Anayasanın 35. maddesi açısından da incelemiştir. Mahkemeye göre, eski malikin geri alma hakkının olmaması, özel mülkiyet hakkının korunmasını engelleyen neden ortadan kalkınca taşınmazın geri verilmesi sonucunu doğurmayacağından mülkiyet hakkı güvencesi ortadan kalkacaktır. Kamulaştırma amacının sona ermesiyle ya da taşınmazı daha karlı görülen amaç dışı bir kullanıma açılmasıyla kamu yararı koşulu da

hukuksal varlığını yitirecektir. Anayasa Mahkemesi buradaki incelemesinde de Anayasanın 46. maddesini hesaba katmadan "kanunun eksikliği" tezinden hareket etmiştir.

Mahkemenin daha eski bir kararında da Anayasa'nın (1961) 38. maddesindeki kamulaştırmaya ilişkin kural salt kamu yararı açısından incelenmiş, anılan maddenin özel kişi lehine kamulaştırmayı içerip içermediği hiç tartışılmadan, özel kişiler yararına kamulaştırmayı öngören 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun 1. maddesi ile 5. maddesinin 3. bendi Anayasaya uygun bulunmuştur.¹⁷⁵

Bu olayda da görüldüğü gibi, yetersiz analitik inceleme Mahkemeyi kamu yararını araştırmaya itmektedir. Üst normun objektif anlamının açıkça anlaşıldığı ve hukuki sorunu çözmeye yettiği durumlarda iptal kararını kamu yararı kavramına dayanarak oluşturmak analitik açıdan yanlış sonuçlar doğurur.

D. Kişi Özgürlüğü

Mahkemenin analitik inceleme yapmadan verdiği kararlardan biri de 55 sayılı Düğünlerde Men'i İsrifat Kanunu'na ilişkindir.¹⁷⁶ 20.9.1966 tarihli bu kararda anılan kanunun 1. ve 5. maddeleri mülkiyet hakkını kayıtladığı iptal davası yoluyla ileri sürülmüştür. Anılan maddelere göre, "cihazın aleliltlak teşhiri ve açıktan naklolunması, erkek tarafından iki kattan fazla elbise hediye edilmesi, düğünde bir günden ziyade çalgı çaldırılması ve ziyafet verilmesi, ağırlık ve hediyeler verilmesi, nişan ve çevre merasimi yapılması ve köçek oynatılması" ve "sünnet için masraf ederek düğün yapılması" yasaklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanun koyucu tüm hak ve

¹⁷⁵ AYM, E. 1963/144, K. 1967/6, KG. 14.2.1967 (AMKD, 1968, Sayı: 5, ss. 44-52).

¹⁷⁶ AYM, E. 1963/156, K. 1966/34, KG. 20.9.1966, (AMKD, 1967, Sayı: 4, ss. 192-204).

özgürlükleri belli nedenlerle Anayasanın 11. maddesine (1961) dayanarak sınırlayabilir. Anılan düzenlemenin hukuka uygun olup olmadığı sorununun çözümü için, kamu yararı açısından mülkiyet hakkına ilişkin 36. ve kişi özgürlüğünü düzenleyen 14. madde (1961) çerçevesinde getirilen sınırlamaların incelenmesi gerekmektedir. Mahkeme yaptığı incelemede şu sonuçlara varmıştır:

Kanunun yasakladığı haller ve hareketler birer birer ele alındıkta, bunların ferdin ve toplumun bugün ulaştığı sosyal ve ekonomik gelişme çizgisinin çok gerisinde kaldıkları, yurdun ekonomik gücüne zarar verebilecek nitelikte olmadıkları rahatlıkla söylenebilir. ...

...

Öte yandan söz konusu kanunun, zenginlerin servetlerini düğün vesilesiyle ve çeşitli şekillerde teşhir etmelerini yasaklamak suretiyle yoksul kişilerin tedirgin edilmelerini ve rekabet duygularını önlediği ve bu suretle kamu düzenini ve genel ahlakı koruma amacına dayandığını düşünmek de, günümüzün ölçülerine göre, yerinde değildir.

Zira bugün halkımızın günlük giyim ve kuşamı, yiyip içmesi ve eğlenmesi, sahip olduğu ev, apartman, köşk, yalı, çiftlik, bağ, bahçe, arazi, hayvan ve tarım ürünleri, dükkan mağaza ve sanayi tesisleri gibi gözle görülebilir varlık belirtileri, kanunun önlediği servet gösterişi ve para sarfı ölçüleri ile mukayese edilemeyecek derecede yüksek seviyelere ulaşmış bulunmaktadır. Bunların yanında kanunun yasakladığı giderler pek masum ölçü ve oranda kalmaktadır.

...

Bu nedenlerle söz konusu 55 sayılı kanunun 1. ve 5. maddeleri hükümlerinin. Anayasanın 11. maddesi ile birlikte düşünülmesi gereken 14. maddesinin ilk fıkrasındaki ve 36. maddesindeki ilkelere aykırı olduğundan iptali gerekir.

Bu iptal kararı, kamu yararı kavramının konu unsuru yerine kullanılmasına tipik bir örnektir. Mahkeme, söz konusu maddelerdeki

"cihazın naklolunması", "iki kattan fazla elbisenin hediye olarak verilmesi", "nişan merasimi yapılması" ve "köçek oynatılması"nın yasaklanmasına ilişkin hükümleri özellikle Anayasanın 14. maddesi çerçevesinde inceleyip, bu hükümlerin konu unsuru açısından anılan Anayasa maddesine ve Anayasadaki diğer normlara uygunluğunu denetleyeceği yerde, doğrudan ampirik bazı verilere başvurarak oluşturduğu kamu yararı görüşüne dayanarak ve analitik araçları hiç kullanmadan, salt pratik argümantasyon yoluyla kanunu iptal etmiştir.

Kararda, Anayasanın 11., 14. ve 36. maddeleri kullanılarak sonuca varıldığı belirtilmekle birlikte, aslında bu maddelerin hiç biri olayda hukuki nitelikleri itibariyle kullanılmamış, anılan üst hukuk normları salt bir sosyolojik tahlile konu olmuşlardır. Sonuçta da, bu kuralların hukuki içerikleri ve kapsamaları çerçevesinde yapılması gereken hukuka uygunluk denetimi, yerini kanunun sosyolojik olarak geçerliliğini kaybetmesi gibi Anayasa çerçevesinde temellendirilemeyecek bir argümana bırakmıştır.

Bu kararla ilişkili olarak doktrinde de bazı görüşler ortaya konmuştur. Teziç'in görüşleri tezimizi destekler niteliktedir. Teziç'e göre, Anayasa Mahkemesi bu kararında kendi tercihlerini, kanunların anayasaya uygunluğunda bir ölçü olarak kullanmaktadır.¹⁷⁷ Burada Mahkemenin, sosyolojik gerçekliğe yapılan atıfların ve gözlemlerin varlığı karşısında salt "kendi tercihleri"ne dayandığı tam olarak söylenemezse de ölçü olarak kullanmaması gereken unsurları olayda kullandığı tespiti yanlış değildir. Tunaya ise, "bu kararla Anayasa Mahkemesi toplum yararının kapsamını sosyo-ekonomik açıdan saptamak gibi olumlu bir yol izlemiştir" şeklindeki görüşüyle kararı

¹⁷⁷ Teziç, Türkiye'de..., s. 116.

olumlamıştır.¹⁷⁸ Pratik argümantasyon kısmında gördüğümüz gibi, kimi iktisadi ve sosyal bakışların hukukta kullanılması kendi başına yanlış bir yöntem değildir. Ancak, bu bakışların, anlamları objektif olarak anlaşılabilen normların yerini alması, her incelemenin normlardan başlayacağına ilişkin çıkarım ilkesine aykırıdır.

E. Basın Özgürlüğü

Mahkemenin bayram günlerinde gazete çıkarma yasağına ilişkin kararını da burada ele almakta fayda vardır.¹⁷⁹ 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun'un 20. madesine göre, "günlük gazetelerin Şeker Bayramı'nın ikinci ve üçüncü günleriyle, Kurban Bayramı'nın ikinci, üçüncü ve dördüncü günlerinde intişar etmeleri memnudur".

Mahkeme, 8.2.1979 günlü kararında bu yasağı kamu yararı nedeniyle Anayasaya uygun bulmuştur. Karara göre,

Temel hak ve özgürlüklerin bir yasa ile sınırlandırılması özelde özgürlükleri kısıtlananların zararına olsa bile, genelde toplum yararına olabilir. Yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda, kamu yararının varlığı kabul edilmelidir.

...

...günün her saatinde yürütülen, çoğu kez fazla çalışma yapmayı gerektiren basın mesleğinde, yıpratıcı ve güç bir görev yapmak durumunda bulunan gazeteciler, ... bu yasaklamanın doğal sonucu olarak, geleneklerimize göre özenle kutlanan bayram günlerini evlerinde geçirmek ve dinlenme olanağı bulacaklardır.

...

¹⁷⁸ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, I.Ü.H.F. Yayınları (3. Baskı), İstanbul 1975, s. 768.

¹⁷⁹ AYM, E. 1978/54, K. 1979/9, KG. 8.2.1979, RG. 24.4.1979 (Sayı: 16618).

Günlük gazeteler, düşünce ve kanuları yayma araçlarından bir bölümünü oluşturmaktadır. Bayram günlerinde, söz konusu özgürlüğün başka yollarla kullanılması engellenmiş değildir.... Özetlenecek olursa, itiraz konusu hükümle getirilen sınırlamanın, kamu yararına dayanması nedeniyle, Anayasanın 11. maddesinin 1. fıkrasına aykırı bir yönü olmadığı gibi, bu sınırlamanın yılın ancak 5 gününü içermesi, düşünce ve kanuların bu süre içinde bayram gazetelerinde ve başka iletişim araçlarıyla açıklanabilmesi, yasaklamanın düşüncenin kendisine değil, yayım aracına ilişkin bulunması bakımlarından düşünce özgürlüğünün özüne dokunulmamakta ve böylece basın özgürlüğünü içeren 20. maddesine aykırı düşülmemektedir.

Mahkeme bu örnekte de, ilgili kanundaki düzenlemeyi Anayasanın (1961) düşünce özgürlüğüne ilişkin 20. ve basın özgürlüğüne ilişkin 22. maddeleri kapsamında bir konu değerlendirmesine tabi tutmadan, doğrudan doğruya kamu yararı çerçevesinde karar vermiştir. Bu kez, kamu yararını anayasal bir temele oturtmak isteyen Mahkeme çalışma özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın (1961) 42. maddesine dayanarak, bayram günlerinde gazete çıkarma yasağının, bütün yıl çalışmak zorunda olan gazeteciler ve basın sektörü çalışanları için bir tatil olanağı verdiği için kamu yararına bir düzenleme olduğu sonucuna varmıştır. Oysa, bir karşı oy yazısında belirtildiği gibi basın çalışanları davanın açıldığı tarihte 7467 sayılı Yıllık Ücretli İzin Kanunu'nun işçilere tanıdığı haktan yararlanmaktadırlar. Mahkemenin konu unsuru açısından bir denetim yapmadan doğrudan kamu yararına dayanarak karar vermesinin yanlışlığı bir yana, bu kararda kamu yararının dayanağını teşkil eden Anayasanın (1961) 42. maddesi açısından, kanunun anılan maddesinin iptalini engelleyen bir durum söz konusu değildir.

F. Yayın Hakkı

Anayasa Mahkemesi "Muzır Kanunu" olarak bilinen 1117 sayılı kanunda değişiklik yapan 3266 sayılı kanunun Ek 1. maddesi için de benzer bir argümantasyon geliştirmiştir.¹⁸⁰ Anılan maddeye göre 18 yaşından küçükler için muzır bulunan neşriyatı zarf ve poşet içinde satışa arz etmek isteyenler, arz ettikleri eserlerin katma değer vergisi de dahil olmak üzere toplam satış bedellerinin %25 ya da %40'lık kısımlarını Toplu Konut Fonu'na yatırmak zöbundadırlar.

Anayasa Mahkemesi bu hükmü incelerken şu görüşlere yer vermiştir:

Küçükler üzerinde zararlı etkileri, ister sahibince bizzat, ister Kurul'un bir kararıyla saptanmış olsun, basılmış eserlerin satışa sunulabilmesi için belli oranlarda parasal ödeme yükümlölüğüne tabi tutulması, bir para cezası değildir. *Bu koşul aynı alandaki ticari amaçları, Anayasanın 13., 41. ve 58. maddeleri çizgisinde tutmayı hedef alan bir disiplin türüdür.* Kamu düzenine, kamu yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı kazanç sağlama eğilim ve alışkanlıklarına karşı uyarıcı ve caydırıcı bir yaptırımdır.

Mahkeme bu davada Anayasanın (1982) 29. maddesinin 3. fıkrasında yer alan,

Sürelili yayınların çıkarılması, yayım şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esaslar kanunla düzenlenir. Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, *mali* ve teknik şartlar koyamaz.

şeklindeki hükme rağmen, kanunla getirilen yükümlölükleri, hukuki açıdan belirsiz olan "disiplin" kavramı çerçevesinde incelemiş, para

¹⁸⁰ AYM, E. 1986/12, K. 1987/4, KG. 11.2.1987, RG. 21.11.1987 (Sayı: 19641).

yatırılması koşulunu mali şartlardan saymayarak, böyle bir disiplinin, Anayasanın 41. ve 58. maddelerinde yer alan ailenin ve gençlerin korunmasına yönelik maddeler çerçevesinde kamu yararına olduğu sonucuna vararak düzenlemeyi hukuka uygun bulmuştur. Burada, öncelikle, konu denetimi yapmaktan kaçınan Mahkemenin Anayasadaki anlamı açık düzenleme karşısında hukukta yeri olmayan bir kavrama başvurduğunu görüyoruz. Bu örnekte de, analitik incelemenin gereği gibi yapılmaması yine kamu yararı kavramını ortaya çıkarmış, ayrıca Mahkeme hukukta yeri olmayan bir kavrama dayanarak kendi kamu yararı anlayışını konu unsuru açısından yapacağı denetime üstün tutmuştur.

G. Mülkiyet Hakkı

Mahkemenin, hukukta yeri olmayan kavramları kullanması nedeniyle, konu unsuru açısından yeterli inceleme yapmadığı bir başka örnek de 12.4.1990 tarihli karardır.¹⁸¹ Karara konu olan davada 3035 sayılı kanunun 19. maddesi ile getirilen, özel öğretim kurumlarının öğrenci kapasitelerinin %2'sinden aşağı düşmemek üzere ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğünü Anayasaya aykırı bulan itiraz yolu başvurusu incelenmiştir. Anılan kanun maddesini, Anayasanın eğitim ve öğrenim hakkını düzenleyen 42., çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. ve vergi ödevini düzenleyen 73. maddesine aykırı bulmayan Anayasa Mahkemesi şu görüşlere yer vermiştir:

...Özel öğretim kurumları Milli Eğitim Bakanlığı'nın gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunmaktadır. Bu kurumların devletin temel görevleri arasında yer alan, vatandaşa eğitim-öğretim verme konusundaki işlevi, ticari yanına karşın, bir kamu hizmeti

¹⁸¹ AYM, E. 1990/4, K. 1990/6, KG. 12.4.1990, RG. 17.6.1990 (Sayı: 20551).

sayılmaktadır.

Anayasanın 42. maddesi ... devletin, maddi olanaklardan yoksun başarılı öğrencilerin öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapacağı yolunda ... kurallar içermektedir.

...Ulusal savunma, sağlık ve iç güvenliğin sağlanması gibi, onlarla eş değerde ödevler olarak eğitim ve öğretim koşullarının çağdaş uygarlığın gerektirdiği düzeye ulaştırılması için etkin önlemlerin alınması, devletin erteleyemeyeceği ödevlerindendir. *Devlete ait bu denli önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesinde çok da az pay sahibi kılınan özel okulların konumunu bir çeşit "kamu hizmeti imtiyazı"na benzetmek mümkündür.* Devlet bir kamu hizmetini, bizzat kendi personeli, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmeti özel kişilere de yaptırabilir. Ancak bu durum, hizmeti yapmakla yükümlü kılınan kamu kurumunu hizmetten yararlananlara ve üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kurtarmaz. ... O halde bir yanda genel kamu yararını amaçlayan bir kamu hizmeti, öte yanda da yararını düşünen özel kişiler vardır ve işte bu yarar çatışmasını dengelemek söz konusudur.

...

Anayasanın 48. maddesinin birinci fıkrası herkesin dilediği alanda çalışma özgürlüğüne sahip olduğunu açıklamaktadır. Hiç kuşkusuz, çalışma ve sözleşme özgürlüğü de, öteki özgürlükler gibi sınırsız bir özgürlük olmayıp kamu yararı amacıyla her zaman sınırlandırılabilir. ... Bu sebeple, *"maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin" eğitim ve öğrenimini burslar ve başka yollarla kolaylaştırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevli kılınan, ancak, olanakları sınırlı bir devletin ödevini gerçekleştirmek amacına yönelik söz konusu düzenlemeyi, hukukun aşırı zorlaması diye nitelendirmek de doğru değildir.*

...

Belli oranda ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğunun hem özel okullara ve hem de buralarda öğrenim gören öğrenci ailelerine bir miktar mali yük getireceği kuşkusuzdur. Ancak, bu yükün vergi benzeri mali yükümlülük niteliğinde olduğu kabul edilemez. Çünkü, ... halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama faaliyeti önemli kamu hizmetlerindendir. ... *Özel okullarda okuyup okumama seçeneği de dikkate alınırsa özel okulların ücretsiz öğrenci*

okutma zorunluluğu vergi benzeri mali yükümlülük biçiminde nitelendirilemez.

Mahkemenin kararında üzerinde durulması gereken ilk nokta özel öğrenim kurumları işletmenin bir kamu hizmeti imtiyazı olmasının ne anlama geldiğidir. Kavramın Mahkemece anlaşılması, kamu hizmeti sayılan bir kısım hizmetlerin devlet dışında, özel kişiler tarafından yerine getirilmesi durumunda, özel kuruluşların tıpkı devlet kurumları gibi kamu hizmeti esaslarına uygun davranmasıdır. Kamu hizmetinin esasları ise şöyle özetlenebilir: Kamu hizmeti kamuya yönelik ve yararlı bir hizmettir; bu hizmetler kural olarak kamu kuruluşlarınca sağlansa da, kamu kuruluşlarının denetimi altında özel kesimce de yürütülebilir; bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, tekel konusu olması gerekmez, aynı nitelikteki hizmetler hem kamu hem de özel kesim eliyle yürütülebilir; kamu hizmetlerinin önemli bir bölümü parasız olmakla birlikte bu hizmetlerin paralı olması da mümkündür.

Yukarıda görüldüğü gibi bir kamu hizmetinin devlet tarafından yürütülmesi zorunlu değildir, gerektiğinde özel kişiler de kamu hizmetinde bulunabilirler, ancak, bir kamu hizmetinin bu şekilde yürütülmesi, ya da kararda belirtildiği gibi "kamu hizmeti imtiyazı" olabilmesi için, kamu hizmetinin yönetsel sözleşmelerle özel kişilere bırakılması gerekir. Anayasanın 42. maddesine göre, ilk ve orta dereceli özel öğrenim kurumları kurmak serbesttir. Bu anlamda özel öğrenim kurumları ile özel tiyatrolar, şehiriçi ulaşımı sağlayan firmalar v.s. gibi *genel anlamda* kamuya yararlı faaliyetlerde bulunan ve işlerini belli düzenleyici kurallar çerçevesinde devletin gözetim ve kontrolü altında yapan diğer özel kuruluşlar arasında hiç bir fark yoktur. Anayasanın öğrenim hakkını düzenleyen 42. maddesinde, özel öğrenim kuruluşlarının faaliyetlerine getirilen sınırlamalar, bu kuruluşların

faaliyetlerini Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin denetim ve gözetimi altında (42/1), devlet okulları ile ulaşılmak istenen seviyeye uygun gerçekleştirmelerini sağlamaya yönelik (42/6), kanunla getirilebilecek sınırlamalardır. Bu sınırlamaların ortak özelliği eğitim ve öğretimle ilişkili olmalarıdır. 42. maddede faaliyetin ticari niteliğine ilişkin bir sınırlama getirilmediği gibi, ilk ve orta öğrenimin devlet tekelinde olmadığı "özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar..." şeklindeki 42. maddenin 6. fıkrasındaki ifadeden çıkmaktadır. Bu durumda, Türkiye'de, ilk ve orta öğrenim açısından bir tekelin söz konusu olmadığını, bu alanda, hem devletçe yürütülen bir kamu hizmetinin, hem de piyasa koşullarına göre oluşturulabilecek bir özel ticari faaliyetin birarada yer aldığı karma bir sistemin varlığı kabul edilmelidir. Böyle karma bir sistemde ise, özel öğrenim faaliyetinde bulunmanın bir kamu hizmeti imtiyazı olması söz konusu değildir, çünkü bu faaliyetleri yapan kuruluşlar anayasal olarak zaten bir imtiyaz sözleşmesine gerek olmaksızın ticari amaçlarla hareket edebileceklerdir. Aksi halde, bir karşıoy yazısında belirtildiği gibi, genel anlamda kamuya yararlı hizmetlerin hepsine (örneğin, terziler, berberler, lokantalar, özel hastaneler, oteller, vs.) ticari olmayan faaliyetler gözüyle bakılabilir.

Sonuç olarak, "kamu hizmeti imtiyazı" ancak klasik anlamda devlet tekelinde yer alan kamu hizmetleri açısından söz konusu olan bir kurumdur. Bu nedenle, hizmetin karma niteliği gözönüne alınmadan bir değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi davada konuyla ilgisi olmayan bir kavrama başvurmuştur.

Öte yandan, Mahkemenin diğer değerlendirmeleri de Anayasal normlara dayandırılmamıştır. Mahkeme, yasamanın özel öğrenim kuruluşlarına %2 parasız öğrenim zorunluluğu getirmesini "devletin yeterli olanaklara sahip olmaması" nedeniyle hukuka aykırı görmemiş,

böyle bir düzenlemenin Anayasanın 42. maddesinin 7. fıkrasındaki, "Devlet, maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar" hükmü gereği olduğunu ileri sürmüştür. Halbuki, anılan madde sadece "burs verme ve başka yollardan" bahsetmektedir. Burada söz konusu olan "başka yollar" deyiminden, hukukun izin verdiği yolları anlamak zorundayız. Devletin maddi imkanlarının kısıtlı olması gibi sosyolojik değerlendirmeler hiç bir zaman anayasal normlara aykırılığın gerekçesi olamaz. Sosyal devlet ilkesi, anayasa hukukumuzun ilkelerinden olmakla birlikte, devletin iktisadi hayata müdahalesi 48. maddede yer alan "herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel kuruluşlar kurmak serbesttir" hükmüne ve diğer anayasal normlar ve güvencelere aykırı olamaz. Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında işaret edildiği gibi, "demokratik sosyal hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan ... sosyal, ekonomik ve mali gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemler alan ... devlet demektir". Demek ki, devletin sosyal hukuk devletine ulaşmak için her yola başvurması mümkün değildir. Bu nedenlerle "başka yollar" deyimini "her yol" olarak anlamak ya da anayasal normların çerçevesi dışında geniş yorumlamak mümkün değildir. Sosyal devlet, devletin kamu yararına müdahalelerine izin verse de, bir yargıcın belirttiği gibi, kamusal yarar demokrasinin özüne karşın gerçekleştirilemez. Oysa, Anayasa Mahkemesi sosyolojik ve iktisadi bir değerlendirme ile "başka yollar" deyimini hukuki sınırlarını aşan bir tarzda kullanmaktadır. Anılan deyim, "devletin kendi olanakları ile ve kendi öz kaynaklarını kullanarak yapacağı diğer yardımlar" şeklinde anlaşılması gerekir.

Son olarak, Mahkeme, kanunla getirilen yükümlülüğün vergi

benzeri bir mali yükümlölük olmadığı görüfündedir. Burada Mahkemenin kendi mantığı ile ters düştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü, eğer bir kamu hizmeti imtiyazı söz konusu ise, imtiyazı veren devletin hizmetin parasız verilmesine yönelik mali yükümlölükler getirmesinden normal bir şey olamaz.

Eğer kamu hizmeti imtiyazı söz konusu değilse, o halde bu düzenlemenin mali yükümlölük getirmediğı, verilen hizmetin satın alınmasının zorunlu olmamasına ya da özel öğrenimden yararlanmanın kişilerin tercihine bırakılmış olmasına dayanılarak ispatlanamaz. Aslında bu düzenlemeyle çok açık bir şekilde mali yükümlölük getirildiğı gibi, getirilen bu yükümlölük sonucu elde edilen gelirler hazineye değil, idarece tespit edilen öğrenci ailelerine aktarıldığından başka bir örneğı de olmayan bir vergi türü yaratılmıştır.

Tüm bu eksik kavramlaştırmalar, ya da kavramlaştırma hataları Anayasa Mahkemesini konu unsuru açısından yapılacak bir denetimden alıkoymuş, soruna, analitik bakış terkedilerek kamu yararına dayanılarak çözüm getirilmiştir.

H. Değerlendirme

Doktrinde yer alan ve yukarıda incelediğimiz, kamu yararının soyutluğu ve belirsizliğı nedeniyle bu kavramın analitik açıdan sadece bireysel ya da ideolojik çıkarın açıkça tespit edilebildiğı yerlerde kullanılması gerektiğı şeklindeki görüşler hatırlanacak olursa, analitik açıdan kamu yararı kavramının ancak bu konular açısından bir değerlendirme aracı olması gerektiğı sonucuna ulaşmak gerekir. Ayrıca, daha geniş kamu yararı kavramlaştırmalarının analitik hukuk incelemesinin bir parçası olmadığı da söylenebilir. Çünkü, kavram böyle bir analitik çerçeve içinde ele alınacak olursa, konu unsuru açısından

değerlendirme yapma olanağı kalmamakta, geniş olarak tanımlanan kamu yararı, konu unsuru açısından ortaya çıkan sakatlıkların üzerini örtmeye yönelik, ya da konu unsuru açısından hukuka uygun düzenlemeleri hukuka aykırı gösteren bir argümantasyonun bahanesini oluşturmaktadır. Ancak, burada belirtilmesi gereken bir başka nokta, zor hukuk problemlerinin çözümünde, analitik incelemeyi tamamlayıcı nitelikte pratik argümantasyonda bulunmak ve bu çerçevede içerde açılımlar getirmek, çağdaş siyaset bilimi, iktisat ve sosyoloji kuramlarına başvurarak kavramı kullanmak hukuk probleminin çözümüne ve Mahkemenin gerekli sofistikasyon düzeyine ulaşmasına yardımcı olabilir.

2. Pratik Argümantasyon Açısından İnceleme

A. Hukuk Dogmatikliği Açısından Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi

Kamu yararı, yukarıda yapmış olduğumuz ayırmadan hareket edersek, dogmatik hukuk açısından gerçek bir hukuk kavramı olmayıp, içeriği, siyaset bilimi ve diğer sosyal bilimlerce belirlenen bir kavramdır. Bu nedenle, kavramın tanımlanması, çeşitli farklılık kıstaslarının yaratılması ve problem çözme teknikleri geliştirilmesi hukuk dışındaki sosyal bilimlere bakışı zorunlu kılmaktadır.

Kavramın tanımlanmasında Anayasa Mahkemesinin yaklaşımını öğrenebilmek için önce Mahkemenin kendi kararlarında geliştirdiği tanımlara bakmamız gerekir. Mahkemenin çeşitli kararlarına göre, "kamu yararı kamu hizmetidir"¹⁸², "toplumsal disiplin kamu

¹⁸² AYM, E. 1990/4, K. 1990/6, KG. 12.4.1990, RG. 17.6.1990 (Sayı: 20551); E. 1964/13, K. 1964/13, KG. 2.6.1964, AMKD, 1964, Sayı: 2, ss. 150-155; E. 1979/1, K. 1979/30, KG. 21.6.1979, AMKD, 1979, Sayı: 17, ss. 216-265; E. 1976/38, K. 1976/46, KG. 12.10.1976,

yararıdır"¹⁸³, "kişi yararına göre daha fazla ağırlığı bulunan yarar kamu yararıdır"¹⁸⁴, "kamu yararı toplum yararıdır"¹⁸⁵, "kamu yararı, gerekli ve yararlı bir nitelik taşımaktır"¹⁸⁶.

Bu tanımların ortak niteliği, Mahkemenin kamu yararını, bireysel yarardan farklı toplum ya da devlet yararı olarak algılamasıdır. Yukarıda, sosyal bilimler ve siyaset felsefesi açısından kamu yararına yaklaşımları üç ana başlık altında toplamıştık. Anayasa mahkemesinin yaklaşımı bu sınıflandırma açısından acaba hangi grubun içinde yer almaktadır? Anayasa Mahkemesinin yaptığı tanımlarda, yukarıda çizdiğimiz bakışların hiç birinin sofistike bir yansımasını bulmuyoruz. Bu tanımlara bakıldığında, Mahkemenin bakışının, ne faydacılar tarafından geliştirilmiş olan ve kamu yararını bireysel yararlar toplamı olarak gören anlayışa ne de çağdaş ortak yarar teorileri tarafından savunulan ve Brian Barry'nin görüşlerinde en saf halini bulan "bireylerin kamunun birer üyesi sıfatlarıyla sahip oldukları çıkarlar" anlayışına uygun olmadığını görüyoruz. Mahkeme, kamu yararı kavramını tanımlarken, birey çıkarları ile toplum çıkarı arasında kalın bir sınır çizmekte ve kamu yararını birey yararından bağımsız olarak ele almaktadır. Kamu yararının toplum yararı olarak tanımlandığı durumlarda da, toplum çıkar grupları, belli bir bölgenin ahalisi ya da sınıflardan oluşan bir dinamik yapı olarak algılanmamakta, daha çok birbirinden farksız bireylerin bir bütünü olarak görülmektedir.

Böylece, kamu yararı kavramı soyut bir başka kavramla tanımlanmakta, her dava için, o davada incelenen düzenlemeler

AMKD, 1976, Sayı: 14, ss. 252-286.

¹⁸³ AYM, E. 1986/12, K. 1987/4, KG. 11.2.1987, RG. 21.11.1987 (Sayı: 19641).

¹⁸⁴ AYM, E. 1979/2, K. 1979/31, KG. 21.6.1979, RG. 14.1.1980 (Sayı: 16869).

¹⁸⁵ AYM, E. 1978/54, K. 1979/9, KG. 8.2.1979, RG. 24.4.1979 (Sayı: 16618); E. 1966/14, K. 1966/36, KG. 21.9.1966, AMKD, 1966, Sayı: 4, ss. 246-253; E. 1963/336, K. 1967/29, KG. 27.9.1967, AMKD, 1967, Sayı: 6, ss. 6-47.

¹⁸⁶ AYM, E. 1963/144, K. 1967/6, KG. 14.2.1967, AMKD, 1968, Sayı: 5, ss. 44-52.

çerçevesinde somutlaştırılmış bir kamu yararı kavramlaştırılmasına gidilmemektedir. Böyle bir tutum, Mahkemenin analitik bakışındaki eksikliklerin yanında bir de akıl yürütme yanlışlığına neden olmaktadır. Mantıkta *petitio principii* olarak bilinen bu yanlış akıl yürütme, kanıtlanması gereken savı kanıtlanmış kabul edip, ondan sonuçlar çıkarmadır. Anayasa Mahkemesi kamu yararı kavramının tanımından hareketle yaptığı çıkarımlarda bu yanlış akıl yürütmeye sık sık başvurmaktadır. Örneğin, "toplum yararı amacıyla bir anayasal ilkeye istisna getirilmesi kamu yararınadır" çıkarımı böyle bir yanlış akıl yürütmedir. *Petitio principii*, genellikle bir soyut kavramın başka bir soyut kavramla tanımlandıktan sonra, bu tanımın çıkarımda kullanılması halinde ortaya çıkar. Bu nedenle ya böyle tanımların çıkarımda hiç kullanılmaması ya da mümkün olduğu kadar bir somut içeriğe kavuşturularak kullanılması gerekir.

Siyaset bilimi açısından, çağdaş demokratik devletlerde, kamu yararının devlet yararı olarak tanımlanması insan haklarına ilişkin evrenselleşmiş ilkelere aykırı olacağından yukarıda "Tekçi Teoriler" olarak adlandırdığımız sınıflandırmanın daha somut bir tanım faaliyetinde esas hareket noktamız olmayacağını savunabiliriz. "Üstünlük Teorileri" den, çoğunlukçuluğu temel alan "sayısal üstünlük teorileri" açısından, "anayasal yargının varlığı karşısında yasamanın iradesi kamu yararınadır" anlayışı bugün artık tek başına savunulamaz. Demokratik süreçlere getirilen eleştiriler ve anayasa mahkemelerinin giderek sisteme daha fazla müdahale ettikleri dikkate alınırsa, bugün yasama iradesinin her şeyin üstünde olduğu görüşü eski geçerliliğini yitirmiştir. Tüm bu nedenlerle, çağımızın çoğulcu demokratik toplumlarında, "Üstünlük Teorileri" başlığı altında incelediğimiz grup teorisi çerçevesinde geliştirilmiş bakış açılarıyla, çağdaş "Ortak Yarar Teorileri"nin önem kazandıkları söylenebilir. Ancak, bu gözlemler,

pratik argümantasyon açısından sadece rehber olacak ana ilkeleri elde etmek için önem taşıyabilir. Daha derin bir bakış, ancak olay temelinde ve detaylı ampirik argümantasyonlar ile geliştirilebilir.

B. Ampirik Argümantasyon

Ampirik argümantasyon, yargı organlarının sosyal bilimlerde geliştirilen yaklaşım biçimlerini kullanmasına yönelik bir pratik argümantasyon türüdür. Günümüzde, iktisadi ilişkilerin toplum yaşamında sahip olduğu yer nedeniyle, yasama faaliyetlerinin denetiminde giderek daha fazla iktisadi konulara girilmektedir; toplumun çoğulcu yapısı, devletle bireyler ya da gruplar arası çatışmaların çözümünü gerektirdiğinden, siyaset bilimi ve diğer sosyal bilimlerde geliştirilen çatışma çözücü teknikler hukuk alanında da kullanılmaya başlanmıştır.

Burada, detaya girmeden, bu iki alanda geliştirilen "Pareto optimali" teoremi ve telafi edici yaklaşımlar ile temelinde grup teorisi yatan "oranlılık" kavramı üzerinde durup, Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı kavramı açısından bu yaklaşımları ne ölçüde kullandığına değineceğiz.

Hukukta iktisadi yaklaşımların kullanımı son yıllarda ABD'de destek gören "Anayasa ve İktisat" akımı ile yaygınlık kazanmaktadır.¹⁸⁷ Anayasa ve İktisat akımının temel hareket noktası, baskı gruplarının yasama üzerindeki etkisi, yasama organında çeşitli siyasi grupların bulunması nedeniyle çıkartılan yasaların uzlaşısı adına tutarsızlıklar

¹⁸⁷ Bu konuda gelişen literatür için Bkz. Paul Burrows ve Cento G. Veljanovski (ed.), *The Economic Approach to Law*, University of Chicago Press, Chicago 1981; Mark Kelman, *A Guide to Critical Studies*, Harvard University Press, Cambridge 1987; "Symposium: The Place of Economics in Legal Education", *Journal of Legal Education*, 1983, Cilt: 33, ss. 183-255; Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge 1990.

taşıması, meclis içi gruplar arasında iletişim kurmanın maliyetlerinin yüksek olması gibi çeşitli nedenlerle iktisadi rasyonaliteye uymayan düzenlemelerin yargı organlarınca belli iktisadi ilkeler çerçevesinde denetime tabi tutulmasıdır. Yargı organlarının bu faaliyetlerinde, genel yararı gözetici, sosyal refah ya da refah maksimizasyonu kriterlerine, yani yukarıda da ele aldığımız Pareto optimalite teoremine dayanmaları önerilmektedir.

Türk hukuk literatüründe, iktisadi bakışla hukuk arasındaki ilişki üzerine yapılan çalışmalar Turgut Tan'ın "Ekonomik Kamu Hukuku" başlıklı eseri hariç, yok denecek kadar azdır.¹⁸⁸ Tan bu kitabında, ekonomik kamu hukukunu, yargı kararlarının ekonomik kavramları hukuki kavramlara dönüştürme çabası olarak tanımlamaktadır. Konuya esas olarak idari yargı açısından bakan Tan'a göre, iktisadi alanda idarenin takdir yetkisinin denetiminde karşılaşılan en önemli sorun, böylesine teknik bir alanda yargıcın kendi değerlendirmelerini idareninki yerine koyma tehlikesinden kaynaklanmaktadır.¹⁸⁹

Yazar, iktisadi konulardaki yargılama faaliyetinin iki aşamadan oluştuğunu ileri sürer. İdarenin iktisadi konulardaki takdir yetkisinin denetimi, ilk aşamada idarenin işlemini dayandırdığı maddi ve hukuki olayların gerçekliğinin saptanması, ikinci aşamada ise bu saptamaların hukuk esaslarına ve hizmet gereklerine uygunluğunun belirlenmesi şeklinde gerçekleştirilmelidir.¹⁹⁰

İkinci aşama, yargıcın maddi ve hukuki nedenlerin işlemi gerekçelendirmeye yeterli olup olmadıklarının tespitini içerdiğinden, bu gerekçelendirmenin yapılabilmesi için bazı kavramsal çerçeveler geliştirilmiştir. "Açık değerlendirme hatası", "çelişkili gerekçe", "takdir

¹⁸⁸ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, TODAİE Yayınları No: 210, Ankara 1984.

¹⁸⁹ Tan, a.g.e., s. 212.

¹⁹⁰ Tan, a.g.e., s. 213.

yetkisinin kötüye kullanılması", "oransallık", "maliyet-yarar dengesi", "söz konusu çıkarlardan birine aşırı müdahale" Avrupa ülkelerindeki yargı organlarınca geliştirilen kavramsal çerçevelerden bazılarıdır.¹⁹¹

Türk hukukunda, Danıştay'ın, idarenin iktisadi konulardaki takdir hakkını amaç unsuru kapsamında değerlendirdiğini görmekteyiz. Tan'ın tespitlerine göre, Danıştay'ın iktisadi konularda geliştirdiği kıstaslardan biri "memleket gerçekleri" kavramıdır. Bu kıstasla, Danıştay, idari kararların toplumun o günkü iktisadi gerçeklerine uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Danıştay'ın kullandığı diğer bir kıstas "döviz tasarrufu"dur. Danıştay, kararlarında İdari kararların "döviz tasarrufu"na yönelik olup olmadıklarını araştırmaktadır. Türk idari yargısında eşitlik ilkesi ve planlama stratejilerine uygunluk da iktisadi nitelikteki idari kararların denetiminde kullanılan kıstaslar arasındadır.¹⁹²

Anayasa hukukuna gelirsek, bu konuda Anayasa Mahkemesi'ne yol gösterici anayasal kural, devletin "... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan ... ekonomik ... engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları" hazırlamasına yönelik Anayasanın 5. maddesidir. Pareto optimali, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile birlikte uygulandığında bu maddenin hayata geçirilmesinde kullanılabilir. Çünkü, Pareto optimali, iktisatta, sosyal refahın azalmasını önleyen rehber ilke olarak anlaşılmaktadır. Türk Danıştay'ı tarafından ortaya konan ilkelerin hiç biri Pareto optimalinin sağladığı kapsayıcı yaklaşımı sağlayamamaktadır. Kaldı ki, bu ilkelerin bir kısmı (örneğin döviz tasarrufu) genel bir iktisadi ilke olmaktan çok,

¹⁹¹ Tan, a.g.e., s. 215.

¹⁹² Tan, a.g.e., ss. 215-228. Danıştay'ın kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi burada verilmemiştir. Daha fazla bilgi ve örnek kararlar için yazarın kitabına başvurulabilir.

ülkenin belli bir anda girdiği iktisadi sorunları aşmak için getirilmiş geçici kıstaslardır. Bununla birlikte, Danıştay'ın kullandığı "memleket gerçekleri" kıstası, ülke ekonomisinin kendi özelliklerini dikkate alan bir yaklaşımın geliştirilmesi için kullanılabilir. Eşitlik ilkesi de, genel bir anayasal ilke olarak, zaten Anayasanın 10. maddesinde yer almaktadır.

Bu çerçeve içinde Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, Mahkemenin kamu yararını belirlerken iktisadi bakışı çok az kullandığı, kullandığı vak'alarda da iktisat bilimi ile uyumlu ilkeler geliştiremediğini görüyoruz. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, yukarıda incelediğimiz özel okullar davasında, özel okulların zorunlu parasız öğrenci okutma zorunluluğu kamu yararına görülmüştür. Oysa, parasız öğrenci okutulması yükümlülüğü iktisadi ve mali etkileri bakımından, okutulan öğrencilerin özel okula maliyeti kadar bir vergi yükü getireceği açıktır. Oluşan bu vergi yükü, esnekliklere bağlı olarak tüketici ve üretici arasında paylaşılmakta ve sosyal refah kaybı meydana gelmektedir. Pareto teoremini telafi eden yaklaşımlar çerçevesinde, bu sosyal refah kaybı tazmin edilmedikçe, yani devlet kendi kaynaklarından ödemede bulunmadıkça Pareto optimaline ulaşamaz. Kaldı ki, özel mülkiyet, oluşturduğu kimi dışsallıklar ile sosyal refahı arttırmaktadır. Bu dışsallıklar arasında, toplumda işgücü verimliliğinde artış elde edilmesi, suçluların azalması, devletin eğitime harcadığı kaynaklarda tasarruf sağlanması sayılabilir.¹⁹³ Bu durumda, özel mülkiyet aracılığı ile yaratılan hizmetin teşvik edilmesi sosyal refahı arttıracak, mali yükler getirilmesi ise sermayenin bu alandan kaçması sonucu, sosyal refahta azalmaya neden olabilecektir.¹⁹⁴

¹⁹³ Güneri Akalın, "Anayasa Mahkemesi'nin Özel Okullarda %10 ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Kararının Eleştirisi ve Düşündürdükleri", *TODAİE Dergisi*, Cilt: 26, Sayı:3, s. 58 vd.

¹⁹⁴ Bu konuda genel teorik yaklaşım için Bkz. R.H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago 1988.

Bu kararda olduđu gibi, Mahkemenin incelediđimiz kararlarının hiç birinde, kamu yararı iktisadi rasyonalite zemininde dűşünűlmemiř, bu yűnde ilkeler oluřturulmamıřtır. Mahkemenin iktisadi rasyonaliteye ilgisiz kalması, iktisadi sorunlar açısından keyfiliklere yol açabilecek ciddi bir eksikliktir.

İktisadi olmayan konularda ise Mahkemenin ampirik argűmantasyona kayıtsız kalmadıđını gűrűyoruz. Burada űzellikle, Mahkemenin Anayasanın 10. maddesinde dűzenlenen eřitlik ilkesi çerçevesinde geliřtirdiđi yaklařımda kamu yararının kullanılıř tarzı űzerinde durmamız gerekir.

Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinden hareketle kamu yararı kavramının kullanımına baktığımızda, kavramın kullanılış amacının yukarıda analitik bakışta verdiğimiz űrneklerden farklı olduğunu sűyleyebiliriz. Burada, Mahkemenin yűnelimi, amaç unsurunu konu unsuru yerine ikame etmek olmayıp, aslında Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi bakımından hukuka aykırı olan bir dűzenleme ile yaratılan eşitsizliğin, hukuken meşru kılınabilir olup olmadığının tespiti için kamu yararını bir meşrulaştırma kriteri olarak kullanmaktır.

Anayasa Mahkemesi eřitlik ilkesini "eřit statűde bulunanların eřitliđi" olarak anlamaktadır. Ařađıda gűreceđimiz gibi, Mahkeme, kararlarında eřit statűde bulunan kiřiler arasında eřitsizlik dođuran dűzenlemeleri salt bu nedenle iptal etmemekte, yaratılan eřitsizliđin haklı nedenlere dayanıp dayanmadıđını da arařtırmaktadır. Mahkeme bu tűr kararlarında, haklı nedenleri, dűzenlemenin zorunluluđuna, iřin űzelliklerine uygunluđa, Anayasal gereklere dayanmaya ve kamu yararı amacına bakarak deđerlendirmektedir.¹⁹⁵ Bu deđerlendirme artık basit bir

¹⁹⁵ A. Merih űden, *Tűrk Anayasa Hukukunda Eřitlik İlkesi*, (Basılmamıř Doktora Tezi), Ankara 1989.

amaç denetimi olmayıp, kamu yararı kavramı, yaratılan eşitsizliğin nedenleri ile ulaşılmak istenen amaç arasında bağlantı kuran bir meşrulaştırma kriterine dönüşmektedir.

Mahkeme, eşitlik ile ilgili kararlarında kamu yararına yer verdiği durumlarda, kavramın tanımını da farklılaştırmaktadır. Eşitlik ilkesi ile ilgili vak'alarda, kamu yararı eşitliği bozduğu ileri sürülen sınıflandırma ya da ayırımın anlaşılabilir, amaçla ilgili ve makul ve adil olduğunun ispatlanması anlamına gelmektedir.¹⁹⁶ Bu unsurların, analitik incelemeden çok pratik argümantasyonla ilişkili oldukları açıktır. Aşağıda Mahkemenin bu kapsamda verdiği kararlardan örnekleri ele alacağız.

Mahkeme, sosyal güvenlik kuruluşlarından olan Emekli Sandığı Kanunu ile BAĞ-KUR Kanunu'nun iştirakçilerin hastalık yardımlarını düzenleyen hükümlerinde hastalık tedavileri için bir süre öngörülmediği halde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 34. maddesinde belli süreler öngörülmüş olmasını Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme davada öncelikle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini tespit ettikten sonra, bu eşitsizliğin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını araştırmıştır. Mahkemenin kararına göre, Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri "yaşama hakkı" ile "maddi ve manevi varlığı koruma hakkı"na zarar verecek ya da bu hakları ortadan kaldıracak hükümlere yer vermemelidir. Kaldı ki, kişilere sosyal güvenlik hakkını prim kesmesine rağmen vermeyen bir sosyal güvenlik kuruluşu düşünülemez. Mali kaynakları yeterli bir kuruluşun kişilere bu hakkı tanımaması söz konusu olamaz. Bu nedenle, yaratılan eşitsizliğin anlaşılabilir bir nedenle haklılaştırılmasının mümkün olmadığı sonucuna varan Mahkeme, kamu yararı amacı taşımayan kanun

¹⁹⁶ Bülent Serim, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", *TODAIE Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, ss. 13-25.

hükmünü iptal etmiştir. Bu iptal kararının asıl dayanağını, sosyal güvenlik kavramının anlamı ve anılan kurumun mali gücünün masrafları karşılamaya yeterli olması şeklindeki pratik argümantasyon verileri ve bu verilerin Anayasanın 56. ve 65. maddeleri ile normatif olarak desteklenmesi oluşturmuştur.¹⁹⁷

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na dayanılarak mahkum edilenlere, normal mahkumlara göre şartlı salıverme kurumundan yararlanmaları için farklı süreler uygulanmasını öngören aynı kanunun geçici 4. maddesindeki düzenlemeyi, eşitsizlik yaratması ve bu eşitsizliğin haklı bir nedene dayanmaması nedenleriyle iptal etmiştir. Mahkemeye göre, şartlı salıverme, suçun ağırlığı ile ilişkili bir konu olmayıp, cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün ödüllendirilmesine yönelik bir kurumdur. Suçlunun topluma uyumunu sağlamak ceza politikasının da bir gereğidir. Şartlı salıverme kurumunun esas amacı olan suçun türüne bağlı olmaksızın suçlunun topluma kazandırılması göz önüne alındığında, Terörle Mücadele Kanunu hükümlerine göre mahkum olanlar ile normal mahkumlar arasında şartlı salıverme açısından bir farklılık yaratılması haklı bir nedene dayandırılmaz. Anayasa Mahkemesi bu kararında suçlunun topluma kazandırılmasının kamu yararına olduğu görüşüne dayanan bir argümantasyon geliştirmiştir.¹⁹⁸

Mahkemenin eşitlik ilkesine dayanarak karar verdiği bir başka örnekte ise, kooperatif yönetim kurulu üyelerinin işledikleri suçların para cezasına çevrilemeyeceğini öngören 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun Ek 2. maddesince yaratılan eşitsizlik, düzenlemenin anayasal bir ilkeye aykırı olmaması ve yasama organının bu konuda

¹⁹⁷ AYM, E. 1990/27, K. 1991/2, KG. 17.1.1991, RG. 19.8.1991 (Sayı: 20965).

¹⁹⁸ AYM, E. 1991/4, K. 1991/34, KG. 8.10.1991 (Sayı: 21079).

takdir hakkına sahip olduğu gerekçesi ile hukuka aykırı bulunmamıştır. Mahkemeye göre, cezalar konusunda yasama organının uyması gereken konular Anayasanın 38. maddesinde belirtilmiştir. Bunlar, işlendiği zaman yürürlükte bulunan bir kanunun suç saymadığı bir eylemden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemeyeceği, ceza ve güvenlik önlemlerinin ancak kanunla ile konulacağı gibi ilkeler olup cezaların paraya çevrilmesini düzenleyen bir kural Anayasada mevcut değildir.¹⁹⁹

Bu örneklerde görüldüğü gibi, Mahkeme, eşitlik ilkesi ile ilgili konularda kamu yararı kavramına bir meşrulaştırma kriteri olarak başvurmakta, eşitsizlik yaratılmışsa daha fazla araştırmaya gitmeden iptal kararı vermemekte, yaratılan eşitsizliğin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığını araştırmaktadır. Bu araştırma sonucunda, Mahkeme, yaratılan eşitsizliğin haklı nedenlere dayandığını tespit ederse düzenlemeyi hukuka uygun görmekte, haklı nedenlerin yokluğu durumunda ise iptal yoluna gitmektedir. Ancak Mahkeme bazı kararlarında, salt haklı nedenlerin varlığı ya da yokluğunu tespit ile yetinmekte, bazı kararlarında ise argümanlarını anayasal normlar ile desteklemeye özen göstermektedir. Bu açılarından ele alındığında, ister normatif destek göstererek isterse salt pratik argümanlarla hareket etsin, Mahkemenin kamu yararını konu unsuru yerine ikame etmediğini, eşitlik kavramının kapsamını belirlemeye çalıştığını söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararına dayanarak verdiği kararlardan bir kısmı nicel değerlendirmelere ilişkin olduklarından, pratik argümantasyonun sınırları içinde değerlendirilmeleri gerekir. Çünkü, bu gibi durumlarda salt kamu yararının ne olduğunun tespiti

¹⁹⁹ AYM, E. 1992/11, K. 1992/38, KG. 2.6.1992 (Sayı: 18.7.1992).

problemi çözmeye yetmemekte, niceliği de önem kazanmaktadır.

Bu konudaki en tipik örnekler, Mahkemenin kıyılar kanuna ilişkin kararlarında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme 18.9.1991 tarihinde verdiği bir kararla 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 4. maddesinin bazı bendlerini iptal etmiştir.²⁰⁰ Anılan maddeye göre, kıyı ve sahil şeridinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kanun, kıyıyı, denizin karaya değdiği noktaların birleşmesinden oluşan çizgi ile, bu çizgiden sonraki, kara yönünde su hareketlerinin oluşturduğu kumlu, çakıllık, kayalık, taşlık, sazlık, bataklık ve benzeri alanların doğal sınırı olarak tanımlamıştır. Kanunun 4. maddesi sahil şeridini ise şöyle tanımlamıştır:

- a) Uygulama imar planı yapılacak alanlarda yatay olarak en az 20 metre genişliğindeki alanı,
 - b) Uygulama imar planı bulunmayan belediye ve mücavir alan sınırları içinde veya dışındaki yerleşik alanlarda ... en az 50 metre genişliğindeki alanı,
 - c) Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışındaki iskan alanlarda çevre düzeni veya nazım imar planı bulunsun ya da bulunmasın yatay olarak en az 100 metre genişliğindeki alanı
 - ...
- ifade eder.

(b) bendinde tespit edilen alan, belediye ve mücavir alan sınırları dışında ve köy yerleşik alanı içinde, ...sahil şeridi yatay olarak en az on metreye düşürülebilir.

Anayasa Mahkemesi, sahil şeridine ilişkin bu tanımları içeren 4. maddeyi incelediği kararında, şu görüşlere yer vermiştir,

Sahil şeritlerinin denizden ve güneşten yararlanmaya elverişli ve kıyı koşullarını taşıyan bir alanı izleyen, ayrıca kişilerin sağlık, temiz hava ve dinlence gereksinimlerini karşılayacak, toplumun yararlanmasına açık kimi tesislerin yapımına ve yeterli bir sahil yolu

²⁰⁰ AYM, E. 1990/23, K. 1991/29, KG. 18.9.1991 (23.1.1992).

geçirilmesine olanak veren bir derinliği içermesi, bu yerlerin yararlanmada önceliğin kamuya verilmesinin asgari koşulunu oluşturur.

... bu koşulları içeren bir derinliğin her halde 100 metreden az olmaması gerekir, sahil şeridi olarak daha dar bir alanın belirlenmesi, bu yerlerden Anayasanın öngördüğü kamu yararına uygun bir yararlanmayı zorlaştıracaktır.

Mahkeme yukarıdaki gerekçeye dayanarak 4. maddenin (a) bendini ve son bendini iptal etmiş, (b) bendini ise, "kısmen de olsa kamu yararına uygun bir kullanıma elverişli olabileceğini gözönünde tutarak, iptali gerektirecek ölçüde Anayasaya aykırı kabul etmemiştir."

Mahkemenin sahil şeritlerinin ne tür ihtiyaçları karşılamak için kamu yararına kullanılacağını tespiti çalışması isabetlidir. Bununla birlikte, bu ihtiyaçların karşılanması için ne kadar bir alanın gerekli olduğunun belirlenmesi ancak teknik bilgilere dayanılarak saptanabilecek bir konudur. Oysa Mahkemece belirlenen 100 metre sınırının hangi kıstaslar gözönünde bulundurularak saptandığı belirsizdir. Kaldı ki, Mahkeme, koyduğu 100 metre sınırını kanunun 4. maddesinin (b) bendi için uygulamamış, 50 metrelik sınırın da kamu yararına uygun olabileceğini ileri sürerek iptali gerektirecek ölçüde bir Anayasaya aykırılık görmemiştir.

Burada Mahkemenin yapması gereken, bir niceliksel değeri saptamak değil, niteliksel değerlendirmedir. Nicelik değerlendirmesinin niteliksel değerlendirmeye uymadığı, yani yukarıda belirlenen ihtiyaçlara cevap verip vermediği sorunu ise, ancak konuyla ilgili uzmanlık dallarının görüşlerine başvurularak belirlenebilir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin kamu yararına ilişkin kararlarına baktığımızda, Mahkemenin kavramı kullanışı ve temellendirişi bakımından vardığımız sonuçları üç ana başlık altında inceleyebiliriz.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi, doktrinde de işaret edildiği gibi, analitik incelemelerinde kamu yararı kavramına başvurduğu örneklerde, amaç unsuru açısından yaptığı denetimi konu unsurunu da kapsayacak şekilde genişletmektedir. Böyle bir tutum, düzenlemelerin kapsam bakımından Anayasaya uygun olup olmadıklarının irdelenmesi yerine, kamu yararı açısından denetimi ön plana çıkarmakta, konu unsuru açısından yapılacak denetimin amaç unsuruna tabi kılınmasına neden olmaktadır. Sonuçta, kapsamı itibariyle, yukarıda gördüğümüz gibi, Anayasaya aykırı olmayan bazı düzenlemelerin hukuka aykırılığına, Anayasaya aykırı bazı düzenlemelerin de hukuka uygunluğuna karar verilebilmektedir. Hatta, Anayasa Mahkemesi, bazı örneklerde hukuki kavramların yanlış tanımlanması pahasına, amaç unsuruna dayalı denetim yapabilmek için "alan yaratma" yoluna gitmektedir. Bazı örneklerde ise, Mahkeme, sonuçlarında isabetli olsun ya da olmasın, analitik incelemeyi eksiksiz yapmakta, ancak adeta vardığı sonuçları bir kez daha teyit etmek için kamu yararı kavramına başvurmakta, hukuki sorun çözümlendiği halde kararını ideolojik olarak takviye etme ihtiyacı hissetmektedir.

Bu yaklaşım tarzının doğuracağı en büyük sakınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin kapsam bakımından denetlenmelerinde ortaya çıkar. Çünkü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin sağlanması, düzenlemelerin

kapsam bakımından Anayasaya uygun olup olmadıklarının belirlenmesi ile mümkündür. İkinci bir sakınca ise, analitik kısıtlardan kurtulan Anayasa Mahkemesi yargıçlarının, kavramı salt kendi öznel değer yargıları çerçevesinde değerlendirmeleridir.²⁰¹ Bu tutum, yasama fonksiyonuna hukuki olmayan müdahaleleri arttırabileceği gibi, siyasi organlara karşı sivil toplumun, hatta, Çağlar'ın deyimiyle giderek "bireyin" sesi olmaya başlayan Anayasa Mahkemesi'nin demokratik sistem içindeki bu kritik dengeleyici konumunu olumsuz etkileyecektir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin görevi, sivil toplumdan ve demokratik süreçlerden bağımsız görüşler üretmek değil, çoğulcu demokratik sistemin hukuki yapısını korumak, sistemin tıkanıklık noktalarında hukuki çözümler üretmek ve demokratik düzenin yeni ihtiyaçları temelinde anayasal normları dinamik bir anlayışla ele alarak hukuki altyapıyı hazırlamaktır. Tüm bu işlevler, öznel değer yargıları yerine, demokratik sistemin gereksinimlerini esas alan bir yargı faaliyeti ile hayata geçirilebilir.

İkinci olarak, yukarıda sayılan işlevleri yerine getirmeye çalışan bir mahkemenin pratik argümantasyona başvurması kaçınılmazdır. İktisadi ve sosyal hayatın giderek rasyonelleştiği modern toplumlarda, siyaset, iktisat ve diğer sosyal bilimler tarafından geliştirilen rasyonel yaklaşımların hukukta da kullanılması yoluna gidilmektedir. Kaldı ki, ilk bölümde gördüğümüz gibi, pratik argümantasyon hukukta akıl yürütmenin bir parçasıdır. Pratik argümantasyon, ancak öngörülen sınırlar ve

²⁰¹ Bu nokta hukukçuların eleştirilerine neden olmaktadır: "Doğrusunu söylemek gerekirse, Mahkemenin bazen, dava hakkında derinlemesine bir hukuki araştırma yapmadan, konuyla ilgili *genel telakki ve sezgilerine* göre bir sonuca varıp, bilahare buna münasip "gerekçe" aramış olduğu izlenimi uyanmaktadır" (Mustafa Erdoğan, *Liberal Toplum, Liberal Siyaset, Siyasal Kitabevi*, Ankara 1993).

koşullar çerçevesinde kullanıldığı takdirde daha sofistike bir hukuki düşünüş biçiminin gelişmesine katkıda bulunacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda kamu yararı kavramı açısından pratik argümantasyonu yeterince kullandığını söyleyemeyiz. Mahkeme iktisadi rasyonaliteye oldukça uzaktır. Özellikle sosyal refah iktisadında önemli bir yeri olan kamu yararının, iktisat bilimi çerçevesindeki kavramlaştırılmasının hukuki düşünceye yardımcı olacağı kuşkusuzdur. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, devletin iktisadi yaşama müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda, bu bilimsel alana hiç bakmamakta, sosyal refah kıstaslarını kullanmadan, devlet ya da belli bir kesim için diğer kesimlerden kaynak aktarılmasının kamu yararına uygunluğunu tespitte çalışmaktadır. Oysa, Anayasa'nın 5. maddesi, devlete, kişinin ve toplumun refahını sağlamak amacıyla varolan iktisadi engelleri ortadan kaldırma görevi vermiştir. Bu nedenle, iktisadi müdahale, devlet ya da toplumsal kesimlere aktarılan kaynaklarla değil, sosyal refahta yol açacağı artış ya da azalışlara bakılarak bir kamu yararı değerlendirmesine konu olmalıdır.

Mahkeme, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesini gözönüne aldığı davalarda kamu yararı kavramını, ölçülülük, makul ve adil olma çerçevesinde ele alarak pratik argümantasyona başvurmaktadır. Bu örneklerde Anayasa Mahkemesi'nin, kamu yararını konu unsuru yerine ikame etmediğini, aksine, kavramı eşitlik gibi soyut bir kavramın somutlaştırılmasına, kaba nitelendirmelerden arındırılmasına ve sofistikasyonuna hizmet edecek bir yöntem geliştirdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, niceliksel unsurların kamu yararının belirlenmesinde rol oynadığı durumlarda da rasyonel kıstaslara başvurması gerektiği halde, bu yola gitmediği

görülmüştür. Bu yaklaşım, Mahkemeyi siyasi iktidardan farksız kılmaktadır. Mahkeme, nicelikle ilgili bir konuda, kendi iradesi ile değil, konuyla ilgili teknik kıstaslara, düzenleme evrensel nitelikte ise başka ülkelerin uygulamalarına atıftlarda bulunarak karar vermelidir.

Üçüncü olarak, Anayasa Mahkemesi kamu yararı kavramını tanımlarken, çağdaş sosyal bilimler ve siyaset felsefesindeki gelişmelere bakmamaktadır. Oysa bu iki açıdan gereklidir. Bir kere, yukarıda yapmış olduğumuz ayrım temelinde, kamu yararı kavramı gerçek anlamda bir dogmatik hukuk kavramı değildir. Bu nedenle, kavramın salt hukuk sınırları içinde kalınarak tanımlanması söz konusu olamaz. Öte yandan, kamu yararı siyaset felsefesinin de konusudur. Anayasa hukuku, siyaset felsefesindeki gelişmelerle yakın ilişki içindedir. Bu gelişmelerin izlenmesi daha dinamik bir anayasanın ön şartlarından biridir.

Konu bu noktadan ele alındığında, sosyal teoride kamu yararı konusunda geliştirilen görüşlere bakma ihtiyacı doğmaktadır. Çağdaş sosyal bilimlerde çoğunluk anlayışına dayalı bir kamu yararı kavramlaştırması eleştirilmektedir. Arrow, Buchanan, Tullock, Olson, Barry gibi önde gelen yazarların bu kavramlaştırmaya yönelik eleştirel görüşlerine yukarıda yer verdik. Öte yandan, sosyal teoride, birey-toplum ve birey-devlet karşıtlığı ve toplum ya da devletin üstünlüğü temelinde kurulmuş olan kamu yararı fikrinden uzaklaşıp, kavram, ortak paydalar temelinde tanımlanmaya çalışılmaktadır. Bu görüşler, demokratik toplumlardaki gelişmelerin bir sonucudur. Çağımızın çoğulcu toplumları bireyi ve kişisel hakların güvencelerini daha fazla dikkate almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri dikkate alması, çağdaş açılımlara ulaşılmasını kolaylaştıracaktır.

KAYNAKÇA

- Akalın, Güneri , "Anayasa Mahkemesi'nin Özel Okullarda %10 ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Kararının Eleştirisi ve Düşündürdükleri", *TODAIE Dergisi*, Cilt: 26, Sayı:3, ss. 58-125.
- Akın, İlhan, *Temel Hak ve Özgürlükler*, (3. Baskı), İstanbul 1971.
- Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, Clarendon Press, Oxford 1989.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.
- Aquinas, Thomas, *The Summa Theologica* (II, Q-42, A2), *The Political Ideas of St. Thomas Aquinas*, (Ed. Dino Bigongiani), Hafner Publishing Company, New York 1953.
- Aral, Vecdi, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978.
- Aristotle, *Politics* (1252-a), *The Politics of Aristotle*, (Ed. Ernest Barker) içinde, Oxford University Press, New York 1962.
- Aristotle, *Nicomachean Ethics* (1094-a), (İngilizceye Çeviren: Terence Irwin), Hackett Publishing Company, Indianapolis 1985.
- Arrow, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, New York University Press, New York 1963.
- Barry, Brian, *Political Argument*, Humanities Press, New York 1965.
- Barry, Brian, "The Public Interest", *Political Philosophy* (ed. Anthony Quinton) içinde, Oxford University Press, New York 1991, ss. 122-150.
- Barry, Norman P., *An Introduction to Modern Political Theory*, Macmillan, London 1989.
- Barry, Norman, *An Introduction to Modern Political Theory*, MacMillan Press, London 1989.

- Bentham, Jeremy, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", *The Utilitarians* içinde Dolphin Books, New York 1961.
- Bentham, Jeremy, *Works*, Cilt: IV, William Tait, Edinburgh 1943.
- Bentley, Arthur F., *The Process of Government*, Principia Press, Evanston, Illinois, 1949.
- Bergson, A., "On the Concept of Social Welfare", *Quarterly Journal of Economics*, Mayıs 1954, ss. 233-52.
- Brennan, Geoffrey ve James Buchanan, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.
- Buchanan, James M., "Constitutional Restrictions on the Power of Government", *The Theory of Public Choice-II* (ed. James M. Buchanan ve Robert D. Tollison) içinde, University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan 1984, ss. 439-51.
- Buchanan, James M. ve Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan 1965.
- Buchanan, James M. ve Richard E. Wagner, *Democracy in Deficit*, Academic Press, New York 1977.
- Cassinelli, C. W., "The Public Interest in Political Ethics", *The Public Interest* (ed. C. Friedrich) içinde, Atherton Press, New York 1962, ss. 40-75.
- Chemerinsky, Erwin, "The Supreme Court 1988 Term -Foreword: The Vanishing Constitution", *Harvard Law Review*, Cilt 103, 1989, ss. 43-74.
- Cicero, *Republic*, (İngilizceye Çeviren: C. W. Keynes), Harvard University Press, Cambridge 1968.
- Coase, R.H., *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago 1988.

Çağlar, Bakır , *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, BFS yayınları, İstanbul 1989.

Çağlar, Bakır, "Avrupa Yeni Mekanında Kurumlaşma: Hukuk ve Demokrasi", *Anayasa Yargısı*, 1992, Sayı: 9, ss. 233-283.

Dahl, Robert A. ve C. E. Lindblom, *Politics, Economics and Welfare*, University of Chicago Press, 2. Baskı, Chicago 1953.

Dahl, Robert A., *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago 1956.

Douzinas, Costas, Ronnie Warrington ve Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law*, Routledge, New York 1991.

Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins, New York 1957.

Dönmezer, Sulhi, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı", *I.Ü.H.F. Mecmuası*, Cilt: 29, Sayı: 3, ss. 776-790.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977.

Easterbrook, Frank, "The Supreme Court 1983 Term -Foreword: The Court and the Economic System", *Harvard Law Review*, Cilt 98, No: 4, 1984, ss. 51-94.

Engels, Friedrich , "The Origin of the Family, Private Property and the State", *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, (ed. Lewis S. Feuer, Doubleday Anchor) içinde, New York 1959.

Flathman, Richard E., *The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics*, Wiley Press, New York 1966.

Fuller, Lon, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 1958, Cilt 71, ss. 630-680.

Gözübüyük, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, S yayınları, 7. Bası, Ankara 1990.

- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, A.Ü.H.F. Yayınları No: 493, Ankara 1992.
- Hardin, Russell, *Collective Action*, Johns Hopkins University Press, London 1982.
- Hegel, G. W. F. , *Philosophy of Right*, (İngilizceye Çeviren: T. M. Knox), Clarendon Press, Oxford 1962.
- Held, Virginia, *The Public Interest and Individual Interest*, Basic Books, New York 1970.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Washington Square Press, New York 1969.
- Hobbes, Thomas, *De Cive*, Appleton-Century-Crofts, New York 1949.
- Hume, David, "Of the First Principle of Government", Henry Aiken, (ed.), *Hume's Moral and Political Philosophy* içinde, Hafner, New York 1948.
- Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Doubleday Dolphin, New York 1961.
- Hume, David, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, Liberal Arts Press, New York 1957.
- Husserl, Edmund, *Logical Investigations*, Clarendon Press, London 1970.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı: Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 8, ss. 292-320.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, İmge Yayınları, Ankara 1994.
- Kapani, Münci , *Kamu Hürriyetleri*, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1981.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford 1991.
- Kelsen, Hans, "Law and Logic", *Essays in Legal and Moral Philosophy* içinde, Reidel, Boston 1973, ss. 229-53.
- Kelsen, Hans, *What is Justice ?*, University of California Press, Berkeley 1957.
- Kelsen, Hans , *The Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley 1970.

- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York 1945.
- Keyman, Selehattin , "Hukuki Pozitivizm", *A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, ss. 26-54.
- Köhnke, K. C., *The Rise of Neo-Kantianism*, Cambridge University Press, Cambridge 1991.
- Leibholz, Gerhard, "Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek" (Çeviren: Tuncer Karamustafaoğlu), *A.Ü.H.F. Dergisi*, 1973, Cilt: 30, Sayı: 1-4, ss. 1-7.
- Lewin, Leif, *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*, Oxford University Press, Oxford 1991.
- Marx, Karl ve Friedrich Engels, "Manifesto of the Communist Party", *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, (ed. Lewis S. Feuer) içinde, Doubleday Anchor, New York 1959.
- Marx, Karl ve Friedrich Engels, "The German Ideology", *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, (ed. Lewis S. Feuer, Doubleday Anchor) içinde, New York 1959.
- Mashaw, Jerry L., *Constitutional Deregulation: Notes Toward a Public Law*.
- Mayhew, David R., *Congress: The Electoral Connection*, Yale University Press, New Haven 1974.
- Mishan, E. J., "Welfare Economics", *Surveys of Economic Thought*, Volume I, McMillan, New York 1967, ss. 180-201.
- Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Cambridge 1965.
- Öden, A. Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara 1989.

- Örücü, Esin, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- Özay, İl Han , "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", *Anayasa Yargısı*, 1992, Sayı: 9, ss. 67-75.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları (3. Baskı), Ankara 1993.
- Özbudun, Ergun ve Yılmaz Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", *Anayasa Yargısı*, (7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı), 27. Nisan.1987-Lizbon, AYM Yayınları, Ankara 1988, ss. 181-206.
- Parsons, Talcott, *The Structure of Social Action: Marshall, Pareto, Durkheim*, Free Press, New York 1968.
- Perelman, C., *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Clarendon Press, Oxford 1963.
- Perelman, C. ve L. Olbrechts-Tyteca, "Act and Person in Argument", *Ethics*, 1950, Cilt: 61, ss. 251-69.
- Plamenatz, John, *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford 1958.
- Plato, *The Republic* (506), (İngilizceye Çeviren: H.D., Lee), Penguin Books, Baltimor 1955.
- Plato, Philebus (20-d, 11-d, 22-b), *The Dialogues of Plato* (İngilizceye Çeviren: B. Jowett), Random House, New York 1957.
- Platon, Gorgias (499-e), *Diyaloglar* (Çeviren: T. Aktürel), Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.
- Posner, Richard A. , *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge 1990.
- Randall, John Herman, *Aristotle*, Columbia University Press, New York 1962.
- Resmi Gazete.

- Riker, W. H., *Liberalism Against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, W. H. Freeman and Co., San Francisco 1982.
- Rousseau, Jean Jacques, *The Social Contract* (ed. Charles Frankel), Hafner, New York 1947.
- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara 1982.
- Samuelson, Paul, *Foundations of Economic Analysis*, Atheneum Press, New York 1965.
- Serim, Bülent, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", *TODAİE Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, ss. 13-25.
- Shapiro, Martin, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge 1979.
- Siegan, Bernard H., *Economic Liberties and the Constitution*, University of Chicago Press, Chicago 1980.
- Soper, Philip, *A Theory of Law*, Harvard University Press, Cambridge 1984.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi (2. Baskı), İstanbul 1974.
- Soysal, Mümtaz, *Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Araştırma*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara 1969.
- Stigler, George J., "Director's Law of Public Income Redistribution", *Bell Journal of law and Economics*, Cilt 5, No: 2, Nisan 1970, ss. 1-10.
- Stigler, George J., "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Cilt 2, No: 3, 1971, ss. 3-43.
- Sunstein, Cass R. , "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, Cilt 84, 1984, ss. 1689-1750.
- Tan, Turgut , *Ekonomik Kamu Hukuku*, TODAİE Yayınları No: 210, Ankara 1984.

Tanör, Bülent, "Anayasamızın Yeni 11. Maddesi", *Onar Armağanı*.

Tanör, Bülent , *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*

(Doktora Tezi), Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

Teziç, Erdoğan, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*,

İ.Ü.H.F. Yayınları (No: 384), İstanbul 1972.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları (2. Baskı), İstanbul 1991.

Truman, David, *The Governmental Process*, Alfred A. Knopf, New York 1951.

Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İ.Ü.H.F.

Yayınları (3. Baskı), İstanbul 1975.

Turhan, Mehmet, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin

Gerekleri", *Anayasa Yargısı*, 1991, Sayı: 8, ss. 401-420.

Yayla, Atilla, *Liberalizm*, Türhan Kitabevi, Ankara 1992.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ