

İDARİ YARGIDA ANAYASAYA UYGUNLUK SORUNU

Prof. Dr. A. Ülkü AZRAK*

İDARE HUKUKU: ANAYASANIN ETKİNLEŞMESİ

1. Alman Federal İdare Mahkemesinin -bugün hayatta ohnayan- eski Başkam **Prof. Fritz WERNER** 1959'da kaleme aldığı bir makalede idare Hukukunu, **somutlaştırılmış Anayasa Hukuku** olarak nitelemiştir (1). Bu niteleme o günden bu yana Almanya'da Anayasa ve İdare üzerine yazılan bir çok kitap ve etüde bir çeşit **aphorisme** değerini taşıdı. Her ne kadar tüm İdare Hukukunu tümdengelim (decution) yöntemiyle Anayasadan dolaysız bir biçimde çıkarma olanağı yoksa da, Anayasama kullandığı -Hukuk Devleti, İnsan Onuru vb- kavramların soyut oluşu gerçeğinin, İdarenin Anayasa ile bağlı olması zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı da açıktır. Doğru olan şudur ki, Anayasa (Hukuku) ön planda yasama eliyle ve sürekli biçimde de İdare tarafından somutlaştırılır. Bunun böyle olması, her şeyden önce "**Demokratik Hukuk Devleti İlkesi'nin** bir icabıdır. Yasama alanını sınırlandırıp, İdare alanını genişleten Fransa'nın V. **Cumhuriyet Anayasası** (1958) ise, Anayasa Hukuku ile İdare Hukuku arasında doğrudan bağ kuran bir Anayasa olarak **G. VEDEL'in** bakışıyla, İdare Hukukunun temel kaynağıdır (2). Bu gelişmenin sadece Fransa'da değil, başka yerlerde de (3) Anayasa ile İdari Yargı arasındaki geleneksel "yasa ekranı"nın (ec-

* İ.Ü. S-B.F. öğretim Üyesi

- (1) Bkz. F. VVeraer, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, ia DVBl, 1959, sh. 527 Bu niteleme aslında başka bir biçimde eski literatürde de yer almaktaydı, bkz. Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 3.B., C. 1, 1988, sh. S: "İdare aktifleşen Anayasadır!"
- (2) G. Vedel, 1- Droit administratif-, Paris, 1968. sh. 9,21 vd.; 2- Les bases constitutionnelles du droit administratif, in EDCE., No. 8, sh. 21 vd.
- (3) örneğin 1948 İtalyan Anayasasında temel hakların yasayla düzenlenmesine ilişkin bir genel hüküm bulunmadığı gibi (sadece belli temel haklara ilişkin maddelerde yasal düzenleme zorunluğu öngörülmüştür), idare alanının yasayla düzenlenmesi gereği de yalnızca idare teşkilatı bakımından öngörülmüştür (m. 97/1). Bu bağlamda

ran iegİslatif) giderek kalkması olgusuna ulaştığı görmezden gelinemez (4). Bu konuyu aşağıda daha ayrıntılı biçimde ele alacağımdan, Őimdi-lik bu probleme işaret etmekle yetiniyorum.

2. İdari yargı mercilerinin kararları, günümüzde Anayasa prob-lemelerinin idare hukuku alanında da daha önce rastlanmadık boyut-larda önem kazandığını açıkça ortaya koymaktadır. Anayasa hukuku alanında ortaya çıkan değişimin, idare hukukuna büyük ölçekte yansı- madığı savım ileri süren Alman idare hukuku bilgini **Otto MAYER'in** 1920'lerde ortaya attığı **“anayasa hukuku değişir, idare hukuku içeriği- ni korur”** biçimindeki söylemin (5) doktrinde **anayasa hukukunun karar-**

lıktan yoksun ve siyasal dalgalanmalara teslim olmuş b r hukuk alanı olduğu, idare hukukunun ise siyasal gelgitlerin etkisinden uzak ve anaya-

sa hukukundan da bağımsız olarak varlığını sürdürdüğü biçiminde yo- rumlandığına tanık olunur (6). Böyle bir yorumun doğru olmadığı ko- nusunda Alman kamu hukuku literatüründe yeterli açıklamalar yapılmıştır. Şu kadarı söylenebilir ki, **Otto MAYER'in** bu söyleminden, ana- yasa hukukunu bir **qualite negligable** olarak gördüğü ve ona idare hu- kukunun gerilerinde bir yer vermek istediği anlamını çıkarmak mümkün değildir (7),

Çekoslovakya'da 9 Ocak 1991'de yürürlüğe giren bir anayasal, norm niteliğindeki **Temel Hak ve Hürriyetler Temel Yasası'nın** 36. maddesinde, temel haklan ihlal eden idari işlemlere karşı idari dava açılmasını öngören düzenlemeye işaret edilmesi de gerekir.

- (4) İdare yargıcı ile Anayasa arasında yasa ekranı'nın bir varsayım olarak varlığını s r- d rd ğ  kanısında olan **Rene Chapus**, Anayasanın idare yargıcınca yorumlanıp doğrudan uygulandığı durumların varlığına da (Conseil d'Etat kararlarından bazı örnekler vererek) işaret etmektedir. Bkz. **Droit administratif general, C. 1, B. 6**, Paris, 1992, No. 48; “Kuşkusuz ki yasa ekranı, yasanın h k mete, dayandığı temel ilkeyi belirtmeden belli kararları alma görevini yüklediği durumlarda ortadan kalkar. Bu takdirde yasanın varlığı h k meti, anayasaya bağlılık yükümünden kurtarmaz.”
- (5) **O. Mayer**, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. B., München / Leipzig, 1924, C. 1, sh. 13.
- (6) Bkz. **Kari Joseph Partsch**, “Verfassungsprinzipien nnd Verwaltungsinstitutionen”, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 1958, sh. 8.
- (7) **O. Mayer'in** bu söylemi, kendi döneminin koşulları içinde değerlendirilmelidir. Yazarın büyük yaptının yayımlandığı tarih (1924), Almanya'da liberal hukuk dev- leti anlayışının yerleştirilmesi çabasının yoğunluk kazandığı döneme rastlar. Bu nedenledir ki yazar, anayasa iie idare hukuku arasındaki ilişkiyi hukuk devleti bađ- lamında ele almıştır. Yazarın kaleminden çıkmış olan Őu satırlar bu yaklaşımı yansı- tmaya yeter: **“Bizim İdare hukukumuzun  nkořulu Anayasa Devletidir. Bu, bizim kültür çevremizin temel ögesidir.”** (sh. 55); **“İdare hukuku açısından Anayasa Dev- leti, iç yapısı bakımından, Hukuk Devletinden başka bir Őey değildir. Hukuk Devleti iše düzenli bir idare hukukuna sahip devlettir”** (sh. 58).

Anayasanın iç hukuk düzeninde en üst norm olarak taşıdığı değerlerin kavranması yeni bir olgu olmadığına göre, O.MAYER'ın anayasa ve idare ilişkisi hakkındaki yaklaşımını doğru yorumlama için onun **H. KELSEN'in normlar hiyerarşisi kuramı** ile birlikte düşünülmesi gerekir.

3. Sızdırmaz yasa pratiği güncelliğini yitirmiştir:

a) Yasa koyucunun idare alanına ilişkin yasaları üretirken pratikte tartışma ve uyuşmazlık yaratabilecek boşluklar bırakmamak, idareye verdiği yetkileri ayrıntılı biçimde düzenlemek gibi bir eğilim taşıması olgusuna sık sık işaret edilmiştir. **“Yasa Devleti”nden (Gesetzesstaat) “Yargıçlar Devleti”ne (Richterstaat)** yönelişin belirginleştiği Alman hukuk çevresinde, biraz paradoksal bir biçimde, yasa koyucunun **sızdırmaz yasa** (wasserdichtes Gesetz = loi impermeable) pratiğini geliştirmesine yöneltilen eleştiriler ciddiye alınmayacak gibi değildir. Bu eleştiriler, Yargıçlar Devleti'ne yönelişi frenlemek isteyen yasa koyucunun, idarenin siyasal ve ekonomik alanlardaki misyonunu unutup, **demokratik mücadele kültürü'nü** (demokratischer Streitkultur) yoketme yolunda aşın bir davranışa girdiğini vurgulamaktadır (8). Yasa koyucunun, özellikle yargısal başvuru yollarının başka sistemlere göre olağanüstü denebilecek ölçüde çeşitlendirilmiş olduğu ve idare yargıcının zaman zaman idareye yönelik **direktifleri** (einstweilige Verfügung = injonction) içeren karar vermesi olanağının kabul edilmiş bulunduğu Almanya'da (9), **Yargıçlar Devleti'ne** yönelişi **sızdırmaz yasa tekniği** ile önleme çabasının başarıya ulaşmasının kuşkulu olduğu bir yana; yasaların esneklik içermeleri için doğasında (Natur der Sache) varolan bir şeydir. Bu, özgürlükleri düzenleyen yasalar için de geçerli olan bir zorunluktur.

b) Temel hak ve Özgürlüklerin Anayasaya uygun olarak yasalarla düzenlenmesi ve dolayısıyla da sınırlarının yasalarla çizilmesi ilkesi, **hukuk devleti teorisi'nin** anayasalarda yansımaları bulan parlak başarı-

(8) Bkz. **Peter Haberle**, Praktische Grundrechtseffektivität, insbesondere im Verhältnis zur Verwaltung und Rechtsprechung, in “Die Verwaltung”, C. 22, 1989, S. 4, sh. 419.

(9) Alman Avusturya ve İsviçre kamu hukukunda son derece etkili bir başvuru yolu olan “Anayasa Şikâyeti” (Verfassungsbeschwerde) yolunun yargısal denetim sistemini olağanüstü genişlettiği ve “yargıçlar devleti” olgusunun yoğunluk kazanmasına yol açtığına bu ülkelerin kamu hukuku literatüründe sık sık işaret edilmektedir, bkz. **F. VVerner**, in “Verfassungsgerichtsbarkeit In der Gegenwart” Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln / Berlin, 1962; **Peter Kottusch**, Zum Verhältnis von Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss, Zürich, 1973, 29 vd.

sı olarak görülür. Bu alanın **idarenin kanuniliği ilkesi**'nin en yoğun biçimde somutlaştığı bir alan olduğunda kuşku yoktur. Klasik teori de bu noktadan hareketle, temel haklara ilişkin idare pratiğinin yargısal denetiminde **ölçü norm** olarak başvurulacak en yakın normun **yasa** olduğu ve idari yargı denetiminin temel haklara ilişkin anayasa hükümlerine başvurmasının gereksizliği sonucuna varmaktaydı (10). Ne var ki sorun, her zaman bu denli basit bir biçimde ortaya çıkmaz. Temel hakların yasalarla düzenlenip sınırlanması yolundaki anayasa ilkesi, temel haklar konusunda sadece genel esasların değil, bunların dışında kalan hususların da ayrıntılı olarak yasada düzenlenmesi ve idareye bu hususta hiç bir serbest hareket alanının bırakılmaması biçiminde yorumlanamayacağına göre, idarenin düzenlemeleri ve somut olaylara ilişkin işlemlerinin, yasanın boşluk içerdiği bu durumlarda **anayasanın temel haklara ilişkin felsefesi, ilkeleri ve çözümlerine** uygunluğu sorunu, kaçınılmaz bir biçimde gündeme gelecektir ve gelmektedir de.

4. Temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak idare yargıcısı: yasa ekram hipotezinin zayıflaması

a) İdareye yetki veren yasalardan bazılarının temel haklarla doğrudan ilişkisi bulunmamasına rağmen, bunların idare tarafından uygulanması sürecinde alınan idari kararların temel hak ve özgürlükleri anayasaya aykırı biçimde etkilemesi olasılığı vardır. Bu konuda en sık gündeme gelen anayasa ilkesi, yargı kararlarında, B.ÇAĞLAR'm burada 1985'te sunduğu tebliğde pek yerinde olarak kullandığı deyimle **"maymuncuk gerekçe"** olarak yararlanılan **"eşitlik ilkesi"**dir (11). Bu ilke idare hukukunda tipik olarak **"kamu külfetleri (yükümlülükleri) karşısında eşitlik"** (egalite devant les charges publiques => Lastengeichheit) biçiminde yansımaları bulmuştur (12). İdare yargıcısı, örneğin idarenin

-
- (10) Karş. **G. Vedel, Droit administratif**, sh. 186, 674 vd.; **R. Chapus**, op. cit., No. 74; **Paul Bernard**, La notion d'ordre public en droit administratif, Paris, 1962, sh. 83 vd.; **Heiko Faber**, Verwaltungsrecht, **B.2**, Tübingen, 1989, S. 40; **Hartmuf Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, B. 6, München, sh. 81 vd.; **L. Duran**, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırı, İHFM, C. XXX, S. 3-4'ten ayrı bası, 1965, sh. 18.
- (11) **Bkz. Çağlar**, Anayasa Yargısında Yorum Problemi'in "Anayasa Yargısı" 2, Ankara, 1986, sh. 167. Eşitlik ilkesi Yunan Mitolojisindeki iki başlı Tanrı **Janus'a** da benzetilmiştir, bkz- **F. Luchaire**, Un Janus constitutionnek de droit a fegalitd, in RDP, 1986, sh. 1229 vd.
- (12) 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde **kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi** kamu giderlerine katılım yükümlülüğünde eşitlik biçiminde formüle edilmiş olmakla birlikte (m. 13; ".pour les ddponses d'administration une contribution

bayındırlık İşleri (travaux publics) yaptığı sırada kişilere, kusuru olmaksızın verdiği zararların “**kamu külfetleri karşısında eşitlik kuralı**”na göre tazminine hükmederken (13), idarenin operasyonlarını dayandığı yasanın (Belediye Kanunu vd.) sınırları dışındaki bir alana, yani anayasanın garantisi altında bulunan temel haklar alanına girmektedir.

Fransız idare hukuku literatüründe Conseil d’Etat’nın (CE) anayasallık bloku İçine aldığı öteki **genel hukuk ilkeleri**, kişi haklarına ilişkin olanlarla kamu hizmeti teşkilatına ve faaliyetlerine ilişkin olanlar biçiminde iki bölüm halinde İncelenmektedir (14). Birinci bölümde CE’nın içtihatlarında en sık yollama yapılan **mülkiyet hakkı, meslek özgürlüğü, idare tülünde savunma hakkı**, ikinci bölümde ise **kamu hizmetinin sürekliliği, özerklik ve idari işlemlerin geriye yürümezliği** gibi ilkeler yer almaktadır.

b) Görüldüğü gibi, idare yargıcının denetlediği norm alanı, onun, **-Fritz WERNER’in** deyimiyle- anayasa yargıcının küçük kardeşi sayılmasını haklı gösterecek bir özelliğe sahiptir (15). Bu özellik, idarenin pratiğinde kişi hak ve özgürlüklerinin yoğun biçimde konu alınmasıdır (16). Bu yüzdendir ki günlük idari uygulamalarda idare yargıcı,

commune est indispensable: elle doit etre ügalement rdpartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultis”) bu hükmün kapsamı, idarenin kişilere verdiği zararların kamu bütçelerinden ödenmesi suretiyle zararın eşit paylaşımı anlamını da kazanacak biçimde genişletilmiştir.

- (13) Fransız Devlet Şurasının bu konudaki ilk kararlarından biri idare hukuku literatüründe klasikleşmiş olan ünlü **Couiteas** kararıdır (bkz. c.e. 30.11.1923, S. 3.57, note Hauriou). Daha sonraki kararlar için bkz. **C.E.** 21.11.1947, **Soc. Boulanger**, S. 1948. 3.21. notes Mathiot; **C.E.** 27.3.1984, **Dme Gouttegata**, **RD**, 1985, sh. 137J. Ayrıca bu konunun ayrıntılı bir biçimde incelenmiş olduğu monografik bir etüd için bkz. **J. Puisoye**, Le principe d’egaliti devant charges publiques comme fondement direct de la responsabilite de la puissance publique, in. A.J.D.A., 1964, sh. 140, **C.E.**, bir çok kararında idarenin bayındırlık işlerinden doğan sorumluluğunu “kamu külfetleri karşısında eşitlik” esasına dayandırmıştır: bkz. **C.E.**, 24.7.1931, **Commune de Vic-Fezensac**, D. 1931. 3.51; **C.E.**, 16.9.1962, **EDF c. Faivre**, A.J.D.A- 1963, sh. 182-; **C.E.**, 5.11.1982, **Soc. des autoroutes dn Sud de la Frence**, **Rec.**, sh. 776. Türkiye’de de Danıştay, 16. Şubat 1962 tarihli ve E. 60/ 177, K. 62/ 108 sayılı **Budo Kararı**’nda aynı esası kabul etmiştir.
- (14) Bkz. **G. Dupuis / M.J. Guedon**, Institutions administratives Droit administratif, B. 2, Paris, 1988, sh. 104 vd.
- (15) In “Verfassungsgerichtbarkeit in der **Gegennart**”, op. cit. sh. 807-
- (16) **Ernst Friesenhahn**, in “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart”, op. cit., sh. 88: “Anayasanın öngördüğü temel hak ve Özgürlükler,... ön planda idarenin pratiğinde gündeme gelir. Bu nedenle bunların korunması, özelliikle idare yargıcının misyonuna girer.”;

kişi hak ve özgürlüklerinin gerçek ve etkili koruyucusu rolünü üstlenmiştir. Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinin idari yargı kararlarında kapladığı alana bir gözetilmesi (17), idare yargıcının anayasanın ne denli ipoteği altına girdiğini kavramak için yeterlidir. EICHENBERGER'in de işaretlediği gibi, anayasa hukuku ile idare hukuku, özellikle kişi hak ve özgürlüklerinin, **yasa koyucunun interpositionu'na** (aracı rolüne) gerek kalmaksızın, idareyi bağladığı ve onun yetkilerini dolaysız bir biçimde belirlediği ölçüde örtüşür (18).

Bununla birlikte, Türk hukuk sistemi gibi, idarenin yasalhği ilkesinin egemen olduğu hukuk sistemlerinde idari yargı mercilerinin uyumsuzluk konusu olayda uygulanması gereken yasa hükümlerinin anayasaya ve anayasa-üstü normlara (uluslararası hukuk normlarına) aykırılığı nedeniyle yasayı aşarak doğrudan doğruya yasa-üstü normları uygulaması teoride ve pratikte kabul edilmemektedir. **Yasa Ekranı Hipotezi'nin** egemen olduğu **bu** dönemde, söz konusu hipotezi **delen** tek uygulama Fransız Devlet Şûrasının 17 Şubat 1950 tarihli **Dame Lamotte** kararıdır (19). Yüksek Mahkeme, bu karara konu olan olayda,

(17) Çeşitli ülkelerde özgürlüklere ilişkin idari yargı kararlarına yollama yapan monografik etüdler için bkz.;

1- **Türkiye: Tekin Akınoğlu**, Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada **Temel** Haklar, in "AİD", **C. 16**. 1983. S. 3, sh. 32 vd.-, S. 4, sh. 123 vd.

2- **Fransa:** a) **Michel Azibert/ Martin de Boisdeffre**, Chronique gdnrale de jurisprudence administrative française, in A.J.D.A., 1986, sh. 681-686; b) **L. Philip**, La protection des droits fonda mantaiuz en France, in "JÖR, C. 38, 1989, sh. 133-134; c) **Philippae Terneyre**, Droit constitutionnel **social-Le** Conseil d'Etat et valeur **juridique des** droit sociaux, in **RFDC**, 1991, sh. 317-330.

3- **Almanya-. Alfred Dkkersbach**, Die Rechtsprechung des Bimdesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz (1979-1987), in **JÖR, C. 37, 1988, sh. 473-571.**

(18) **Eichenberger**, Die richterliche Unabhängigkeit **als** staatsrechtliches Problem, Bern, 1960, sh. **168** **Yazar** idare uyumsuzluklarının büyük bir kısmının aynı zamanda anayasa uyumsuzluğu olduğuna işaret ediyor. Şu da var ki bazı durumlarda idare hiç bir yasaya dayanmadan bir işlem yapmış olabilir. Yasal idare ilkesinin bir anayasa ilkesi niteliğini taşıdığı hukuk sistemlerinde böyle bir durumun anayasaya aykırılık oluşturduğunu söylemeğe gerek yoktur, Başka bir söyleyişle bu durumda idari işlemin yasallığının denetlenmesini sağlayacak ölçü-norm niteliğinde bir yasal hüküm bulunmadığı için, Kefsen'in işaret ettiği gibi, idari işlem dolaysız bir biçimde **anayasaya aykırı idari işlem** niteliği taşır; bkz. **H. Kelsen, Wesen** und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in "VVDStRL, S. 5, Berlin / Leipzig, 1929, sh. 41."

(19) Bkz. **C.E.**, 17 Şubat 1950, **Ministre de l'Agrioltre contre Dame Lamotte**, in **RDP** 1951. sh. 478, concl. Delvolvi- Kararın gerekçesinde tüm idari işlemlere karşı iptal davası açılabilmesinin hukukun genel ilkesi olduğu belirtilmişti; "recours qui est ouvert meme sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer conformdment aux principes ginirauz du droit le respect de la legalim..."

belli idari kararların yargı denetimine tabi olmadığı yolundaki bir yasa hükmünün, (Anayasanın Preambule'ünde garanti altına alınmış) hukukun genel ilkelerinden olan **“yargı yoluna başvurma hakkının tanınması”** ilkesine aykırılığı nedeniyle uygulamamış, açıkça **Contra legem karar** vererek davayı incelemiştir. Aynı yıl **Türk Danıştay** da yargı yolunu kapayan bir yasa hükmünü, aşağıda gösterileceği gibi, **Anayasaya Uygun Yorum** yöntemini uygulamak suretiyle başarılı bir biçimde aşmıştır (20).

Yasa Ekranı Hipotezi nin aşılması doğrultusundaki gelişme **Danıştay'** m sonraki kararlarında daha da belirginleşmiştir. **Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu** 12.2.1970 tarihli ve 70 /1 sayılı kararıyla, 1961 Anayasasından önceki dönemde yürürlüğe girmiş olan 6785 sayılı İmar Kanunu'nun bir hükmünü Anayasa'nın idari davaların zamanaşımı süresinin başlangıcını belirleyen 114. maddesine aykırı gördüğü halde itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine gitmemiş, **“Anayasa'nın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup aynı konuyu düzenleyen hükümlere**

aykırı olması halinde, konuyu yeniden düzenleyen Anayasa hükmünün uygulanması tabiidir;” demek suretiyle **anayasa-öncesi** (prconstituti-onnei) yasa normunun Anayasaya aykırı olması durumunda uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir (21). Bu karar, Türk idari yargı sisteminde bir temel hakkın (dava konusu olayda, yargı yoluna başvurma hakkının) korunması gereken durumlarda **yasa ekranının** kaldırılarak Anayasa hükmünün doğrudan uygulanmasının açık bir örneğini oluşturmaktadır. Danıştayın Anayasaya Uygun Yorum Yöntemini uygulayarak **Yasa Ekranı Hipotezini** (l'hypotese de la loi-ecran) ortadan kaldırarak daha yeni bir kararı ise yabancı literatüre geçecek derecede yankı uyandırmıştır (22). İçtihadı Birleştirme Kurulunun 7.12.1989 tarihli ve 89 / 4 sayılı bu karar, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin 8. fıkrasına göre görevden uzaklaştırılan kamu görevlilerinin bir daha kamu hizmetlerinde istihdam edilmemesine İlişkin hükmüne, Anayasanın kamu hizmetine girme hakkına ilişkin 70. maddesine aykırı bir anlam verilemeyeceğinden bu hükmün etkisinin sıkıyönetim süresiyle sınırlı olduğuna hükmetmiş ve bu gerekçeye dayanarak dava konusu

(20) Bkz. DDGK. 6.6.1950 tarihli karar, K.D., S. 50 / 53 sh. 112.

(21) Bkz. DD., S. 1, sh. 90 vd.

(22) Bkz. Wiedereinstellungsanspruch von Beamten, die auf VVeisung des Kommandeurs der Ausnahmestandsverwaltung fristlos entlassen worden waren, Anm. Ch. Rumpf, in EuGRZ, C. 17, S. 5, sh. 107 vd.

idâri kararın İptaline karar vermiştir (23). Görüldüğü gibi burada, Yüksek Mahkeme önüne getirilmiş olan uyuşmazlıkta idarenin uyguladığı kanunu aşarak doğrudan doğruya Anayasanın 70. maddesini uygulamıştır.

Conseil d'Etat da 1985'den bu yana verdiği bazı kararlarla Saydam **Ekran Teorisi** (theorie de l'écran transparent) doğrultusunda, yasaları aşarak anayasayı ve anayasanın uluslararası hukuk normlarının üstünlüğünü kabul eden 55. maddesi aracılığıyla anayasallık bloku (bloc de constitutionnalité) içine aldığı uluslararası anlaşmaları idarenin kararlarının denetlenmesinde ölçü-Donn olarak kabul etmiştir (24).

5. Bir Truva Atı; İdarenin Takdir Yetkisi:

a) İdarenin takdir yetkisi, genellikle, idare makamının bir karar üretirken sahip olduğu serbestlik olarak tanımlanır. Bu onun nasıl davranması gerektiğinin önceden hukuk normuyla belirlenmiş olmaması anlamına gelir. Bu yüzdendir ki idarenin takdir yetkisi **Truva Atı'na** benzetilmiştir (25). Bu yetkiyi çok tehlikeli ve meş'um olarak görenler de vardır (26). Bu nedendir ki idare yargıcı idarenin takdir yetkisine dayanarak ürettiği kararları, keyfiliği ve kişilerin can sıkıcı sürprizlerle karşılaşmasını önlemek için, giderek artan bir yoğunlukta denetleme eğilimi içine girmiştir. Denebilir ki idare yargıcının **judicial activism**e olarak nitelendirilen davranışının en belirgin bir hale geldiği alan budur. **Bu alan, tabiri caizse, politika ile hukukun kucaklaştığı, ya da örtüş-tüğü bir alandır.**

İdarenin takdir yetkisinin yasal sınırlar içinde kalması, kamu yararı amacına uygun bir biçimde kullanılmasa **idare ahlakıyatına (moralité administrative)** aykırı biçimde kullanılmaması ve benzeri kurallar idare hukuku ile uğraşanlarca bilinir. Ama bunların dışında bir kural daha vardır ki, özellikle anayasa hukuku ile idare hukukunun örtüş-tüğü bir alana yerleşmiştir: **takdir yetkisininin anayasal sınırlara uygun kul-**

(23) Bkz. DD. S. 78-79, sh. 50 vd.

(24) Bkz. C.e., 27 Nisan 1987, **Traversac et autres, RFDA**, 1989, sh. 153; C.E., 13 Aralık 1985, **Soc. International Saks and Import Corporation**, A.J.D.A., 1986, sh. 178; C.E. 19 Kasım 1986, **Soc. Smanor Rec.** sh. 2® vd.; CE. 17 Mayıs 1991, **Ouütin, RDP. 1991, sh. 1429**; C.E., 20 Ekim 1989, **Nicolo, Rec.**, sh. 190 vd.

(25) **Hans Haber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats**, in "Festgabe f.Z. Giacometti, 1953, sh. 59".

(26) **Max Imboden, Das Gasetz als Garantie rechtsstaatlicher Venvaltung**, 1954, sh. 14 vd.

lamını kuralı. Başta söylediğimiz gibi, idarenin takdir yetkisi, yasaların boş bıraktığı bir alanda cereyan ettiği İçin, bu alanda bir çok durumda anayasa kurallarına uygunluk problemi ile karşı karşıya kalınır. Bir idari kararın alınmasında kullanılan takdir yetkisinin idareye yasa koyucu tarafından anayasaya aykırı olarak (örneğin bir özgürlüğün sınırının belirlenmesi konusunda) verilmiş olması ve bu nedenle idari kararın anayasaya aykırılığı hallerini bir yana bırakırsak, idarenin **takdir** yetkisini anayasaya aykırı biçimde kullanması gibi bu durumla da sıkça karşılaşılır.

b) Fransız jürisprüdansında idarenin takdir yetkisinin anayasal sınırları, **Conseil d'Etat'mn** uzun yıllar süren çalışmalarıyla belirginleştirdiği hukukun genel ilkeleri kategorisiyle çizilmiştir Özellikle düşünce ve İnanç özgürlüğü, öğretim özgürlüğü (27), savunma hakkı (28) gibi temel hak ve özgürlüklerin, İdarenin takdir yetkisinin çok etkili bir sınırlam oluşturduğu **CE.** kararlarıyla ortaya konmuştur. Türkiye'de, Danıştay da bu konuda çok ilgi çekici içtihatlar geliştirmiştir. Yüksek Mahkeme'nin **kamu görevlilerinin düşünce açıklama özgürlüğü** konusundaki bir kararma göre, idarenin disiplin cezası verirken yaptığı değerlendirmelerin “düşünce açıklama özgürlüğü”nü zedelemesi idari kararın iptaline yolaçacak bir sakatlıktır (29).

Danıştay, başka bir kararında, Anayasaya göre milli güvenlik konularında görüş bildirmekle görevli ve yetkili kılınmış olan Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşüne başvurmadan takdir yetkisinin kullanılmasını (usul bakımından) Anayasaya aykırı bulmuştur (30).

İsviçre (31) ve Alman (32) jürisprüdansında bir Anayasa ilkesi olan **Oranlilik İlkesi,** idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde önemli bir ölçü niteliği taşımaktadır. **Eşitlik İlkesi** de takdir yetkisinin anayasal sınırı olarak en çok başvurulan bir ilkedir (33).

(27) Bkz. CE. 23 Kasım 1951, Soc. nouvelle d'imprimerie, d'editions et pubiicite, Rec., sh. 553.

(28) Bkz. C.E., 22 Mayıs 1946, Mailtou, Rec., sh. 146.

(29) DDK, 5.6.1970, E. 69/497, K. 70/350, DD. 2, sh. 135 vd.

(30) 12. D., 5.3.1970, E. 69/4097, K. 70/426, DD. 1, sh. 379 vd.

(31) BGE, 90 I 343.

(32) BVerwGE, 45, sh. 51, 59.

(33) BVenGE, 52, sh- 193 vd-

ANAYASAYA UYGUN YORUM: İDARE YARGIÇLIĞINDAN YEDEK ANAYASA YARGIÇLIĞINA

1) Birden fazla yoruma açık olan yasa hükümlerinin anayasallık blokuna dahil normlara uygun düşecek biçimde yorumlanması demek olan **Anayasaya Uygun Yorum (AYUY)**, sanıldığı kadar yeni bir yöntem değildir.

ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court ~ SC) **AYUY** yöntemini (İnterpretation in harmony with the constitution) ilk kez 1821 tarihinde **Cohens v. Virginia** (6 Wheat 264, 373, 444) davasında kullanmıştır. Bu davada Başyargıç **Marshall'ın** girişimiyle, District Columbia yasalarından biri, komşu eyalet Virginia'nın mahkemeleriyle bir anayasa sürtüşmesini önleyecek biçimde yorumlanarak uygulanmıştır (34). Kara-Avrupasında ise bu yorum yönteminin öncülüğünü İsviçre Federal Mahkemesi (**BGer**) yapmıştır. 1908 yılında verdiği bir kararda Yüksek Mahkeme bir yasa hükmünün, anayasanın sınırları içinde kalacak biçimde ve genel yorum kurallarına göre yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır (35). Federal Mahkeme bunu izleyen yıllarda (1960'a kadar) **AYUY** konusunda çok pasif davranmış, **judicial self restraint** kuralını oldukça sıkı bir biçimde uygulamıştır (36). Avusturya Anayasa Mahkemesi 1951'den, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ile Baviera Anayasa Mahkemesi 1952'den ve İtalyan Anayasa Mahkemesi de 1956'dan başlayarak **AYUY** yöntemlerini uygulamışlardır (37). İdare Mahkemeleri de bunları izlemiştir.

2) **AYUY**'da yapılan şey, **SAVIGNY**'den beri bilinen ve **GENY** tarafından geliştirilen yorum yöntemlerinin tek başına, ya da birlikte uygulanmasıdır (38). Bu nedenle, haklı olarak, **AYUY**'un tek başına bağımsız bir yöntem, ya da yorum ve norm somutlaştırma kriteri olmadığı vurgulanmaktadır (39). **BGer** de bu nedenle, yargıcın bir yasayı

(34) Bkz. **Charles Warren**, "The Supreme Court in United States History", C. 1., Boston, 1935, sh. 554 vd.

(35) **BGE**, 34 I 528.

(36) Bkz. **Wemer Amman**, Die Auslegung von Verwaltungsrecht durch das Bundesgericht, Zürich, 1973. sh. 78.

(37) Bkz. **Hara M Bogs**, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Heideberg / Stuttgart, 1966, sl. 15.

(38) Karş. **Arthur Mayer-Hayoz**, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich, 1951, sh. 84.

(39) Bkz. **Edouard Campietre**, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Zürich, 1978, sh. 3.

yorumlayıp uygularken onun sadece lâfzına bakılmasının mümkün ve doğru olmadığını beyan etmiştir (40).

Yorum araçları, bilindiği gibi çeşitlidir; **gramatikal. sistematik (lojik) tarihsel ve amaçsa! (teleolojik)**. Asıl güçlük, bu yorum araçları arasında herhangi bir sıralamanın kesin olarak yapılamamasından kaynaklanmaktadır. Böyle bir şeyi yapabilmek için yorumun amacının saptanması gerekir ki işte bu bağlamda **sübjektif ve objektif yorum yöntemlerinin** birbirinden farklı amaçlara yöneldiği belirtilmelidir.

RADBRUCH, sübjektif yöntemin değerine işaret ederek “yorum, önceden düşünülmüş şeyi tekrar düşündürmektedir” diyor. Yani Parlamento üyelerinin tarihsel düşünce ve iradesini araştırıp, egemen kılmak... Bu yorum yöntemi büyük kodifikasyon hareketlerinin olduğu dönemlerde mutlak bir değer taşımakla birlikte, günümüzde artık bu biçimiyle kimse tarafından savunulmamaktadır. Objektif yöntemle gelince, bu da yasa, biçime bürünmüş mantık (ratio) olarak kabul eder. Burada, yasa metni içinde yazılı olarak gerçekleştirilmiş bir soyut düzen düşüncesi egemendir ki bunun da bir varsayım olduğu açıktır. Şu halde yasa bir kaç türlü yoruma açıksa, bunlardan akim kurallarına, adalete ve kamu yararına en uygun düşeni tercih edilmelidir. Bu yöntemin de yeterli olmadığı ortadadır. Bu nedenle çağdaş yargılama pratiğinde bütün yöntemler sırasına göre kullanılmaktadır. Şöyle ki önce gramatikal ve tarihsel yorum araçlarıyla yasa koyucunun sübjektif İradesi araştırılmakta; şayet bu yöntem yasanın üst normlara uygunluğu konusunda bir sonuca varılamıyorsa, bu kez amaçsal yorum aracına başvurulur yasanın objektif bir yöntemle yorumlanmasına gidilmektedir. Sübjektif yorum yöntemi, **yargıç tarafından yasaların boşluklarının doldurulması** ya da yasaların düzeltilmesi gibi yöntemlerin uygulanmasına yardımcı olur (kıyas, içeriği belirsiz hukuk kavramlarının yorumu vb.). Sübjektif ve objektif yöntemlerin birarada kullanımı hem boşlukların doldurulması, hem de yasalara güncel ihtiyaçlara uygun bir anlam verilmesi suretiyle onların, tabiri caizse, gençleştirilmesi gibi yararlar sağlar. Bu nedenledir ki, **AYUY** bağlamında her iki yöntemden yararlanıldığı görülmektedir.

öte yandan Bavyera Yüksek İdare Mahkemesine göre, “bir norm, yasa koyucunun ona kazandırmak istediği içeriğe göre Anayasaya aykırılık nedeniyle sakat sayılabilecekse, fakat Anayasaya uygun bir yo-

(40) BGE, 101, I a 317 (320).

ruma da elverişli ise, bu içerikle geçerliğini korur” (41). Yüksek Mahkemenin kullandığı bu formül, AYUY yöntemini uygulayan tüm yüksek mahkemelerin yaklaşık olarak benimsedikleri bir formüldür (42). Burada ön plana çıkan, objektif yorum yöntemidir. AYUY’un dayandırıldığı teorik temele gelince günümüzde doktrinin üzerinde uyduğu görüş, bu temelin **normlar hiyerarşisi ve anayasanın üstünlüğü ilkeleri** olduğudur. Normlar hiyerarşisi ilkesine göre, üst basamaktaki norm alt basamaktakinin geçerlik nedeni (ratio scripta) olduğundan, somut olay nedeniyle yapılan norm kontrolünde alt normun üst norma uygunluğu varsayımından kalkılır. Anayasanın üstünlüğü ilkesi ise, alt basamaktaki normların anayasaya aykırı biçimde yorumlanması ve anayasanın sınırları dışında uygulanması yolunu kapah tuttuğu için, anayasaya uygun yorum yapılması olanağı bulunmadığı takdirde alt normun geçersizliğinin hüküm altına alınması sürecine başvurulması gerekir.

3) Anayasaya uygun yorumun pratik değeri:

AYUY’un uzun bir dönem içinde hemen bütün hukuk sistemlerinde az çok yaygın olarak uygulanan bir yorum mekanizması olması, onun pratik değerini ortaya koyan önemli fonksiyonlara sahip olması gerçeğinden kaynaklanır. Bu fonksiyonları şöyle özetleyebiliriz:

a) **AYUY** maddi anayasa kavramının ve normlar hiyerarşisi sisteminin güç kazanmasını sağlar. Böylece anayasanın normatif içeriğinin yasalar düzeyinde optimal etkinliği sağlanmış olur.

b) Her yorumda olduğu gibi **AYUY** da normun kapsam ve içeriğinde değişiklik yaratır. Anayasaya uygunluk kriteri, geniş ya da dar bir yorumu gerektirir. Yorum yoluyla norm alanı daraltılmışsa bu bir kısmi iptal niteliği taşıyabilir. Aksine norm alanım genişleten bir yorum yapılmışsa, bu da yasanın noksanının tamamlanması suretiyle yapılan bir düzeltme niteliğindedir.

c) Yasaların zaman içerisinde eskimesi ve etkinliğini yitirmesi sürecinin yarattığı ciddi sakıncalar, AYUY sayesinde bu yasalara taze kan verilmesi suretiyle ortadan kaldırılabilir. Ayrıca AYUY, yasaları

(41) **BayVenvGH (VGHE)**, 9 t 36.

(42) Örneğin **Alman Federal tdare** Mabkemesi’de buna benzer bir ifade kullanmıştır: “Yasanın Anayasaya aykırı olduğu sonucunu yaratacak bir yorum yasa koyucunun subjektif İradesine daha uygun düşecek olsa da buna bakılmaz”: bkz. **BVcrviGli**, 7, sh. 349 (351).

anayasaya yaklaştırır, ki bu, özellikle anayasa-öncesi (Prâconstituti-
onnel) yasalar bakımından çok önemli bir işlevidir.

d) AYUY, aleyhine anayasaya aykırılık iddiasıyla yargı yoluna başvurulması herhangi bir şekilde önlenmiş olan yasaların uygulaması (örneğin yasaya dayanılarak bir idari karar alınması) sürecinde, uygulamaya da sirayet edecek hukuksal, patolojinin, yani anayasaya aykırılığın önünün kesilmesinde çok önemli bir rol oynar. Bu durum özellikle 1982 Anayasasının geçici 15. maddesi nedeniyle bizde söz konusudur.

e) Anayasaya aykırılık iddiasının itiraz yoluyla anayasa mahkemesine götürülmesi olanağını kabul etmemiş olan hukuk sistemleriyle, bu başvuru yoluna sınırlamaların getirilmiş olduğu hukuk sistemlerinde de AYUY'un önemli bir fonksiyonu vardır. Birincisinin örneğine Fransız hukukunda rastlanır. Her ne kadar Fransız Anayasa Konseyi'ne anayasaya aykırılık itirazı yoluyla başvurmaya ilişkin bir yasa değişikliği gündemde bulunmaktaysa da, bu konuda hazırlanmış olan yasa tasarısı henüz Parlamentoda kabul edilmiş değildir. Yukarda sözü edilen ikinci durumun örneğine ise Türk Hukukunda rastlanır. Gerçekten 1982 Anayasası'nın 152. maddesinde anayasaya aykırılık itirazı, iki bakımdan sınırlanmıştır: 1) Anayasa Mahkemesi'nin daha önce reddine karar verdiği anayasaya aykırılık iddiası 10 yıl süresince itiraz yoluyla tekrar Anayasa Mahkemesi önüne getirilemez hemen İşaretleyelim ki bu düzenleme Hukuk Devletinin en önemli ilkelerinden biri den biri olan, yasaların anayasaya uygunluğu ilkesini ciddi bir biçimde zedelemektedir, çünkü olay mahkemelerinden aynı yasanın aynı hükmüne karşı anayasa mahkemesine itiraz yoluyla gelen başvuruların ilişkin olduğu anayasaya aykırılık durumu, başka bağlamlarda ve başka nedenlere bağlı olarak tekrar ortaya çıkabilir ve değişik hukuki gerekçelere dayanabilir (43); bu nedendir ki Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önceki dönemde bir çok kararda çok doğru ve yerinde olarak "bir iptal davasının veya anayasaya aykırılık itirazının evvelce reddedilmiş olmasının, aynı kuralların başka bir dava veya itiraz üzerine yeniden incelenmesine engel olmadığı**nı vurgulamıştır (red kararlarında kesin hükmün nisbi bağlayıcılığı kuralı)

(43) Karş., **Roger Latouoerie**, Conseil d'Etat'run Yargılama Yöntemleri üzerine Bir Deneme (çeviren: Yıldızhan Yayla), İstanbul, 1982, sh. 147: "... yargıç, verilerde belirleyicilik yönünden oldukça geniş ve yoğun bir değişim meydana geldiğinde, içtihadını yalnızca değiştirmek yetkisine sahip değil, aynı zamanda ve çoğu halde, onu değiştirmekle ödevli de olmaktadır."

(44) ama ne yazık ki 1982 Anayasası'nın 152. maddesinin son fıkrasına 10 yıllık bir süre içinde Önceki red kararına aykırı bir hüküm tesis edilmesine engel olan bir hüküm eklenmiş bulunmaktadır, 2) 1982 Anayasasının 152. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişiden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar, Bu süre için de karar verilmezse **mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.**

1982 Anayasasının içerdiği bu iki sınırlama, olay mahkemesinin bu gibi durumların söz konusu olduğu bir çok halde AYUY yöntemine başvurması zorunluğunu yaratır.

4) İdare Yargıcının Anayasaya Uygun Yorum Pratiği:

a) AYUY'un Anayasa Yargısından doğmuş ve anayasa yargıcının pratiği ile geliştirilmiş olması, onun Anayasa Yargısına özgü ve hatta Anayasa Mahkemesinin tekeli altındaki bir mekanizma olduğunu düşündürebilirse de, gerçekte durum farklıdır, AYUY'un tanımı öylesine genellik taşımaktadır ki, bunun yargı işinin doğasında varolan bir fonksiyon olduğu ileri sürülmüştür. Hatta idare hukuku söz konusu olduğunda, sadece idare yargıcının değil, günlük idare pratiği içinde yasaların uygulayıcısı durumunda olan aktif idare makamlarının da AYUY işlevinin bulunduğu yadsınamaz.

AYUY'un idari yargı için ne denli önem taşıyan bir işlev olduğunu anlamak için çeşitli ülkelerin idare hukuku alanındaki jürisprüdansına bir göz atılması yeter. Kuşkusuz bu konudaki en eski ve yaygın uygulama ABD Yüksek Mahkemesi (SC) idarenin kararlarının da son inceleme mercii olarak bunların ABD Anayasası'na uygunluğu sorunuyla da meşgul olma fırsatını yeterince bulmaktadır. Yüksek Mahkeme, bir yasanın Anayasaya aykırılığının saptanması gibi sivri taşlı yollarda yürüme pratiği yerine, kendisine yönelebilecek hücum hattını daraltabilmek için AYUY'a öncelik vermektedir. Bu uygulama teknik olarak, soyut norm denetimi de yapan öteki ülkelerin Anayasa Mahkemeleri, ya da Yüksek Mahkemelerindekinden daha kapsamlı ve daha canlıdır. Çünkü AYUY pratiği esas itibarıyla bir somut norm denetimi mekanizmasıdır. SC'un AYUY pratiğinde ne kadar etkin olduğunu gösterebilmek için sadece bir örnek vermek istiyorum: SC, Kent v. Dulks davasında, idarenin kişilere ülke güvenliğinin korunması gerekçesiyle pasa-

(44) Bkz. 28.6.1966, E. 65 / 42- 6630, RG, 28.6.1967; 6.3.1973, E 72 / 56- K 73/11, RG. 9.11.1973.

port vermektten kaçınabileceği yolunda hüküm içeren bir yasanın, ilgilinin **ideolojik bakımdan uyumlu olmaması** halini Öngörmüş olamayacağı düşüncesini benimsemiş ve "ABD Anayasası'nın **kişilerin seyahat özgürlüğüne** ilişkin (5. Amendement) hükümlerine aykırı bir yorum yapılamıyacağını vurgulayarak Dulles idare makamının pasaport vermeme kararını iptal etmiştir (45) öteki ülkelerin idare mahkemelerinin **AYUY** pratiğinin burada ayrıntılı bir biçimde incelenmesi bu çalışmanın sınırlarını çok genişletebileceğinden, burada sadece bu alanda çok zengin bir jürisprüdans yaratmış olan İsviçre Federal Mahkemesi İle Almanya Federal İdare Mahkemesinin bu konudaki karar derlemelerine yollamada bulunmakla yetiniyorum,

Danıştayın Anayasaya Uygun Yorum Pratiği;

Danıştay'ın **AYUY** pratiği zannedildiğinden daha Önceki yıllara dayanmaktadır, Gerçekten Danıştay **AYUY** tekniğini ilk kez 1950 yılında verdiği bir kararda kullanmıştır, 8.7.1948 tarihli ve 5250 sayılı yasanın "**yetersizlikleri nedeniyle emekliye ayrılacak memurların emekliye sevk kararları aleyhine idari ve adli yargı mercilerinde dava uçamayacakları**" yolundaki hükmü uygulayan idarenin işlemine karşı açılmış olan iptal davasında "**idari tasarrufların kazai murakebeye tabi tutulması, hukuka bağlı Devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmi esas, hiyerarşi itibariyle mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden Anayasanın 51. maddesi ile müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı kanunun Danıştay'a müracaat edilemeyeceği hakkındaki hükmü idari tasarrufun takdir unsuruna**

taallük eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde mânâlandırmak, gerek nazari ve gerek mevzu hukukunun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen, davanın iptidaen adem-i mesmuiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz" demek suretiyle, **AYUY** tekniğini, Anayasa Yargısının ülkemizde henüz bulunmadığı bir dönemde ilk kez uygulamak suretiyle, idare hukuku ile anayasa hukukunun kucaklaştığı bir alanda idari yargının Türkiye'deki gelişme süreci bakımından kilometre taşı sayılabilecek bir karar vermiştir (46).

Danıştay'ın AYUY' tekniğini kullandığı ikinci karar, 1961 Anayasasının çalışmaya ve çalışanların hakkında ilişkin hükümlerinin ışığı altın-

(45) Bkz. **Otto Kirschbheüner**, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten, in JÖR, C. 11, 1962, sh. 103.

(46) **DDK**, 6.6.1950, K. 50/ 1067, KD. S. 50-53, sh. 112.

da, 788 sayılı Memurin Kanunu* nun 3. maddesinin ve 7244 sayılı Kanunun 5. maddesinin anayasaya uygun biçimde yorumlanması suretiyle, sözleşmeli personel statüsündeki davacıya fazla mesai ücreti Ödenmemesine ilişkin idarenin kararını iptal etmiştir (47). Burada ilginç olan nokta İlgi E mevzuata fazla mesaiye ilişkin bir hüküm konmuş olmasına karşın, Danıştay'ın Anayasanın **angaryayı yasaklayan** hükmüne dayanarak, **yasama boşluğunu (l'inertie parlementaire)** doldurmuş olmasıdır.

Danıştay, **AYUY** yoluyla **yasama boşluğu doldurma yöntemini** 1970 tarihli bir kararında daha kullanmıştır. Danıştay'ın kararında yer alan mantık, tipik bir **AYUY** pratiğinin yansıtmaktadır: “Kanunun bir durum için öngördüğü hukuki sonucu, buna çok benzeyen başka bir durum için öngörmemiş olmasını, bu durumda olanları sosyal güvenlik hakkından mahrum kılıcı bir sonuç yaratacak biçimde yorumlamak Anayasanın konuya İlişkin 48. maddesine aykırı düşeceğinden hükmün eksik kalan kısmının yorum yoluyla tamamlanması gerekir” (48).

Danıştay, 1989 tarihli bir kararında da, bazı hafif disiplin cezalarına karşı idareye başvuru yolunu öngören yasa hükmünün, Anayasanın yargı yolunun açık olması gereğini öngören 125. maddesine aykırı bir biçimde yorumlanması suretiyle yargı yolunun kapatılmayacağına hükmetmiştir (49).

Danıştay'ın, yabancı hukuk literatüründe de yankılar uyandırmış olan, daha önce değindiğimiz, **1402'likler kararı** olarak anılan kararına göre (50), **1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2. maddesi gereğince Sıkıyönetim Komutanlarının isteği üzerine görevden uzaklaştırılan kamu personelinin bir daha kamu hizmetine alınmaması hakkındaki düzenleme ancak sıkıyönetim dönemi için geçerli olabilir. Sıkıyönetim rejimi için Öngörülmuş usullerle alman kamu hizmetinden uzaklaştırma kararının, sıkıyönetimin kalkmasından sonraki dönemi de kapsar nitelikte görülmesi, yurttaşların kamu hizmetinin gerektirdiği niteliklerden tamamen ayrı nedenlerle Ömür boyu kamu hizmeti dışında bırakılması anlamına geleceğinden, böyle bir yorum Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı düşer.** Yüksek Mahkeme bu mantıkla yasanın 2. maddesini **AYUY** tekniği ile yorumlamış ve somut olayda uygulamamıştır. Bu karar Danıştay'ın

(47) 5. D., 26.1. 1970, K. 70/219, DD., S. 1, sh. 190 vd.

(48) 12. D., 9.6.1970, K.70/ 1271, DD, S. 2, sh. 320 vd.

(49) **IDDGK**, 17.11.1989, K.89/ 162, DD. S. 78-79, sh. 106.

(50) **DİBK**, 7.12.1989, K. 89/4, DD. S. 78-79, sh. 50 vd.

tarihinde İlk kez **yasanın açık lafzına aykırı (contra leğeni) yorum** yöntemi'ni kullanmış olması nedeniyle de çok ilginç bir karardır. Aslında **contra kgeni yorum yöntemi**'nin kabul edilip edilemeyeceğı sorunu, yabancı hukuk literatüründe uzun boylu tartışılmış ve **temel hak ve özgürlüklerin korunmasının başka türlü mümkün olmadığı durum-**larda bu yola başvurulabileceğı konusunda görüş birliğı doğmuştur.

SONUÇ YERİNE

Yukarda açıklamaya çalıştığım hususlar şu bir kaç önemli sonucu ortaya koymaktadır zannediyorum:

1. İdare hukuku ile anayasa hukukunun, örtüştüğü ve kucaklaştığı alanlarda, idare yargıcı ister istemez, anayasa yargıcı pozisyonuna girmektedir.

2. Özellikle kişi hak ve özgürlükleri konusunda, idare yargıcı ile anayasa arasında bir yasa perdesi bulunduğuna ilişkin klasik hipotezin etkisi giderek artan bir ölçüde kaybolmaktadır. Bu bağlamda, eşitlik ilkesine yapılan yollamalar da en geniş alanı kapsamaktadır.

3. Anayasaya uygun yorum, özellikle Türkiye'de, bazı yasalara karşı Anayasa Mahkemesine başvurma yolunun kapatılmış olduğundan ve bazı durumlarda da, kapatılmış olmamakla birlikte yargılama usulüne ilişkin bazı sınırlamalara tabi tutulmuş olduğundan, daha da gün-celleşmiştir.

4. **Anayasaya Uygun Yorum Pratiğı**, bu yöntemin kabul edildiğı hukuk düzenlerinde daha ziyade, anayasanın yürürlüğe girmesinden önce kabul edilmiş olan (preconstitutionnelle) yasalar bakımından söz konusu olmaktadır. Buna karşılık anayasa-sonrası yasalar bakımından bu pratiğın alanının nisbi olarak daha dar olduğu gözlenmektedir.

Kısaltmalar

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
A.J.D.A.	: Actualite Juridique-Droit Administratif
AYUY	: Anayasaya Uygun Yorum
BayVerwGH	: Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Bavyera Yüksek İdare Mahkemesi)

BGE	: İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi Kararları Dergisi
BGer	: İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi
BVenvGE	: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Alman Federal İdare Mahkemesi Kararlar Dergisi)
C.E.	: Conseil d'Etat (Fransız Devlet Şûrası)
D	: Recueil Dalloz
DD	: Danıştay Dergisi
DDK	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DDGK	: Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu
DİBK	: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu
Dis.	: Doktora tezi (Almanca)
DVerwBI	: Deutsches Verwaltungsblatt
EDCE	: Etudes et documents (revue du Conseil d'Etat)
EuGRZ	: Europäische Grundrechte Zeitschrift
İDDGK	: Danıştay İdari Daireler Genel Kurulu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JÖR	: Jahrbuch des öffentlichen Rechts
KD	: Kararlar Dergisi
RDP	: Revue du droit public et del Science politique
Rec.	: Recueil des decisions du Conseil d'Etat (Fransız Devlet Şûrası Kararlar Dergisi)
RFDA	: Revue française de droit administratif
RFDC	: Revue française de droit constitutionnel