

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

“ÜSTÜN KAMU YARARI”
YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ANLAM,
KAPSAM VE UYGULAMASI

Beyza GÖZ
2501171553

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İSTANBUL – 2022

ÖZ

“ÜSTÜN KAMU YARARI”

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ANLAM, KAPSAM VE UYGULAMASI

Beyza GÖZ

Çalışma kapsamında, yarışan veya çatışan kamu yararları arasında değerlendirme yapmayı sağlayan bir kavram olarak yargı kararlarında yer verilen üstün kamu yararının anlam, kapsam ve uygulaması ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, üstün kamu yararının belirlenmesi ve tespitine ilişkin yaklaşımı göstermesi amacıyla yargı kararlarının gerekçelerinden hareketle bir gruplandırma yapılarak ortaya konan tablo; mevzuat ve konunun teorik boyutları bakımından doktrin görüşlerinden yararlanılarak ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: kamu yararı, üstün kamu yararı, baskın kamu yararı, yararların yarışması veya çatışması

ABSTRACT
“OVERRIDING PUBLIC INTEREST”
MEANING, SCOPE, AND IMPLEMENTATION WITHIN THE LIGHT OF
JUDICIAL DECISIONS
Beyza GÖZ

The meaning, scope, and implementation of the overriding public interest included in the judicial decisions as a concept that enables to evaluate between competing or conflicting public interests have been addressed within the scope of the study. In this context, the table exhibited by making a grouping based on the justifications of the judicial decisions in order to show the approach regarding the determination and detection of the overriding public interest has been discussed by utilizing doctrinal views in terms of legislation and theoretical dimensions of the subject.

Keywords: public interest, overriding public interest, predominant public interest, competition, or conflict of benefits

ÖNSÖZ

Birden fazla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda, son yıllarda yargı kararlarında “üstün kamu yararı” kavramına giderek daha sık rastlanmaktadır. Bu tez, bilhassa Danıştay kararlarında öne çıkan bu kavramın neyi ifade ettiğini ve soyut bir kavramın yargısal uygulama aracılığıyla nasıl şekillendiğini anlama çabasından doğmuştur.

Çalışmada, yargı kararlarının gerekçelerinden hareketle, üstün kamu yararının tespitinde hangi kriterlerin takip edildiği, bu kriterlerin nasıl geliştirildiği ve bu kriterlerin uygulamadaki tutarlılığı incelenmiştir. Bu yaklaşım, çalışmada benimsenen yöntemi de etkilemiştir. Bu kapsamda, tez planlarında sıklıkla tercih edilen, önce kavramsal ve teorik çerçevenin çizilip ardından yargı kararlarının incelendiği klasik yaklaşımdan farklı olarak, daha işlevsel olacağı düşüncesiyle, çalışmaya üstün kamu yararına ilişkin yargı kararlarının analiziyle başlanmıştır.

Çalışma sürecinde yapılan incelemeler, yargı yerlerinin “üstün kamu yararı” kavramıyla farklı nitelikte durumlara işaret ettiğini göstermiştir. Bu tespitten hareketle tezde, bu farklılıkları daha anlaşılır ve izlenebilir kılmaya yönelik bir kavramsallaştırma denemesine yer verilmiştir. Bu kavramsallaştırma teklifi ve nihayetinde tezin kendisi ile amaçlanan, bu konuda son sözü söylemekten ziyade, üstün kamu yararı kavramının gelecekteki gelişimine ve bundan sonra hazırlanacak çalışmalara katkı sunabilecek bir tartışma zemini oluşturmaktır.

Bu çalışma, hazırlanma sürecinde yardım ve desteklerini esirgemeyen kıymetli Hocalarım sayesinde tamamlanabilmiştir.

Önce öğrencisi, ardından asistanı olarak yanında yetişme şerefine nail olduğum kıymetli Hocam Prof. Dr. Aydın GÜLAN’a, tez danışmanlığımı kabul ederek çalışma süreci boyunca beni istikamette tutan, düşünce zeminimi ve ufkumu genişleten müşfik yaklaşımı için şükranlarımı sunarım. Üzerimdeki emeği ve bu çalışmanın sınırlarını

aşarak akademik hayatımın tamamına yayılan etkisi nedeniyle kendisine duyduğum minnettarlığı kelimelerle ifade edebilmem mümkün değil.

Yalnızca idare hukuku alanındaki bilgi ve tecrübesiyle değil, aynı zamanda akademik hayattaki duruşuyla da rol model aldığım değerli Hocam Prof. Dr. Melikşah YASİN'e, kıymetli görüş ve eleştirileriyle tezin olgunlaşmasına sunduğu katkılar için müteşekkirim.

Bu süreçte, adeta ikinci bir tez danışmanı gibi yanımda olan, tez yazımının özellikle zorlayıcı ve tıkanma yaşadığım dönemlerinde, çoğu zaman dile getirmeme gerek kalmaksızın durumu sezerek beni cesaretlendiren değerli Hocam Doç. Dr. Cenk ŞAHİN'e ilgisi ve desteği için büyük bir teşekkür borçluyum.

Ayrıca, aynı kürsüyü paylaştığım asistan arkadaşlarıma, akademik hayatta birbirini gözeterek de var olmanın mümkün olduğunu gösteren, her ihtiyaç anında yükümü hafifletmeye hazır yaklaşımları için teşekkür ederim.

Son olarak, hayatım boyunca sundukları koşulsuz destek, sabır ve anlayış için başta kıymetli annem ve babam olmak üzere tüm aileme teşekkür ederim. Bu çalışmanın tamamlanabilmesi, onların varlığı ve görünmeyen ancak her aşamada hissedilen emekleri sayesinde mümkün olmuştur.

Beyza GÖZ
Beyazıt, İstanbul

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI YERLERİNİN ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMINA YAKLAŞIMI

I. DANIŞTAY'IN ÜSTÜN KAMU YARARINA YAKLAŞIMI	3
A. GEREKÇELERİNDEN HAREKETLE DANIŞTAY KARARLARINI GRUPLANDIRMA ÇABASI.....	3
1. Danıştay'ın Üstün Kamu Yararının Belirlenmesinde Somut Olay Karşısında Kriter Koyması Yaklaşımı	3
a. Öncelikli veya Acil İhtiyaç Kriterinden Hareketle Gerekçelendirilen Danıştay Kararları	3
b. Gerekçesinde Faaliyetin Niteliği ve Özelliği Vurgulanan Danıştay Kararları	9
2. Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları	17
3. Üstün Kamu Yararını Kanunun Belirlediği Durumlarda Danıştay'ın Yaklaşımı	25
a. Yasallık Sebebi ve Şartlarının Kanunda Öngörülmesinin Hukuki Sonuçları	27
b. Kanunda Öngörülen Sebep ve Şartların Gerçekleşip Gerçekleşmediğinin İspatı Meselesi.....	29

c. İdari Yargı Yerinin Kanun Koyucunun İradesine Uygun Biçimde Aradığı Kriterler	32
(1) Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı	32
(2) Alternatiflerin Değerlendirilmesi	36
(3) Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi.....	40
4. Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Üstün Kamu Yararı Kavramına Değinen Az Sayıda Danıştay Kararının Anlam ve Kapsamı	48
B. DANIŞTAY’IN YAKLAŞIMINA ETKİLİ BİR UNSUR OLMASI AÇISINDAN “BİLİRKİŞİLİK MÜESSESESİ”NİN ROLÜ	52
C. DANIŞTAY’IN ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMINA YÜKLEDİĞİ ANLAMLAR.....	63
1. Bilanço İlkesinin Karşılığı Olarak Üstün Kamu Yararı	63
2. Yarışma veya Çatışma Sonucunda Öncelik Verilen Kamu Yararının Nitelenmesi Olarak Üstün Kamu Yararı	64
II. ANAYASA MAHKEMESİNİN ÜSTÜN KAMU YARARINA YAKLAŞIMI	65

İKİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE ÜSTÜN KAMU YARARINA İLİŞKİN TEMEL MESELELER

I. GENEL OLARAK YARIŞAN YARARLAR MESELESİ VE ÜSTÜN KAMU YARARININ TESPİTİ.....	81
A. YARARLARIN YARIŞMASINA GENEL BİR BAKIŞ	81
B. YARIŞAN YARARLARIN FARKLI GÖRÜNÜMLERİ	82
1. Bireysel Yararların Yarışması: Üstün Nitelikte Özel Yarar	82
2. Kamu Yararı ile Bireysel Yararın Yarışması: Kamu Yararının Üstünlüğü	83

3. Kamu Yararlarının Yarışması: Üstün Kamu Yararı.....	84
II. ÜSTÜN KAMU YARARININ KAVRAMSAL BOYUTU.....	85
A. KAMU YARARI KAVRAMI VE ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMININ DOĞUŞU	85
B. DOKTRİNİN ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMINA BAKIŞI.....	88
III. KAVRAMIN TÜRK İDARE HUKUKUNDA ÜSTLENDİĞİ İŞLEVLER VE ÜSTÜN KAMU YARARININ BELİRLEYİCİLERİ	91
A. ÜSTÜN KAMU YARARININ TÜRK İDARE HUKUKUNDAKİ İŞLEVLERİ	91
1. Kamu Mallarından En İyi Yararlanmayı Sağlama İşlevi.....	91
2. İdari Tasarrufların Hukuka Uygunluk Denetiminde Üstlendiği İşlev	94
B. ÜSTÜN KAMU YARARININ BELİRLEYİCİLERİ	102

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ÜSTÜN KAMU YARARINA YÖNELİK BİR KAVRAMSALLAŞTIRMA DENEMESİ

I. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ PERSPEKTİFİYLE ÜSTÜN KAMU YARARININ BELİRLENMESİNDE GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN BİR MEKANİZMA OLARAK BİLANÇO İLKESİ	106
A. GENEL HATLARIYLA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ÜSTÜN KAMU YARARI İLE BAĞLANTISI	106
B. CONSEIL D'ETAT'NIN YARGILAMA YÖNTEMİ OLARAK GELİŞTİRDİĞİ BİLANÇO İLKESİNİN YARIŞAN KAMU YARARLARI MESELESİNE UYGULANMASI	108
II. KAVRAMSAL AYRIŞMANIN GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE	110
III. KAMU YARARLARININ YARIŞMASINDA KADEMELİ ÇÖZÜM .	111
A. BİRLİKTE KAMU YARARI.....	111

B. BASKIN KAMU YARARI.....	115
C. ÖNCELİKLİ KAMU YARARI	117
D. (DAR ANLAMDA) ÜSTÜN KAMU YARARI	118
SONUÇ.....	124
KAYNAKÇA	132



KISALTMALAR LİSTESİ

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AJDA	: L'Actualité Juridique Droit Administratif
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
Der	: Derleyen
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E.	: Esas Numarası
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
İİİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜOFD	: İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi
in	: İçinde
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜFED	: Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi
T.	: Tarih
TİD	: Türk İdare Dergisi
TODAİE	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
vb.	: Ve benzeri

Y. : Yıl



GİRİŞ

Günümüzde kamu yararı ile bireysel yararlar arasında çıkan uyuşmazlıklardan ziyade iki kamu yararının karşı karşıya geldiği durumları çözüme kavuşturmak çok daha zor olmaktadır¹. Bu kapsamdaki uyuşmazlıklar bakımından yargı kararlarında yer verilen üstün kamu yararı kavramı, birden fazla kamu yararı arasında değerlendirme yapabilmek amacıyla Danıştay tarafından geliştirilen yargılama metodunun bir sonucu olarak İdare Hukuku gündemine taşınmıştır. Ayrıca idarelerarası mal devri usulünde de bir yargısal faaliyet kapsamında olmasa dahi yargı yerinin idari açıdan yaklaşımını gösteren kararları açısından üstün kamu yararı kavramı üzerinde durulmaktadır. Birden fazla kamu yararı arasından yapılan tercihin sonucu olan üstün kamu yararının, tutarlı ve istikrar kazanan bir gelişimi takip etmesi için kriterlere dayandırılarak tayin edilmesi gerekmektedir. Çalışmanın hareket noktasını, birden fazla kamu yararının yarıştığı/çatıştığı hallerde Danıştay'ın üstün kamu yararını olay bazında belirlerken genelleştirilebilecek nitelikte herhangi bir kriterle dayanıp dayanmadığı, eğer kriterler üzerinden hareket ediliyorsa bunların hangileri olduğu sorusu oluşturmaktadır. Çalışmada üstün kamu yararının belirlenme serüvenini tespit edebilmek ve bu bulgular üzerinden teorik çıkarımlar yapmak amacıyla klasik tasnifin dışına çıkılarak öncelikle yargı kararlarıyla gündeme gelen tablo ortaya konmuştur.

Çalışmanın birinci bölümünde yarışan/çatışan kamu yararları arasında değerlendirme yapan Danıştay kararları, üstün kamu yararının belirlenmesindeki yaklaşımı tebarüz ettirecek şekilde gerekçelerinden hareketle gruplandırılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, kanunun üstün kamu yararının belirlenmesine ilişkin öngördüğü sebep ve şartlara dayanarak tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluk denetimine veri oluşturabilecek değerlendirmeleri bakımından ilgili kanun hükümlerini denetleyen Anayasa Mahkemesi kararları incelenmiştir².

¹ Aydın Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, İstanbul, Lamure, 2008, s. 75.

² Üstün kamu yararı kavramına yer veren Yargıtay kararları incelendiğinde, kavramın birden fazla kamu yararının yarıştığı durumlar için değil, kamu yararı ile bireysel yararın karşı karşıya geldiği hallerde kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu durumda “üstün kamu yararı” değil, “kamu yararının üstünlüğü” söz konusu olduğundan kavrama yer veren Yargıtay kararları tez çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmış

İkinci bölümde, öncelikle genel olarak yarışan yararlar meselesine değinilerek üstün kamu yararının kapsamı belirlenmiş ardından daha iyi bir perspektif sunulabilmesi için kamu yararı ve üstün kamu yararı kavramı kısaca açıklanarak doktrinin kavrama bakışı ele alınmıştır. Ardından üstün kamu yararının Türk İdare Hukukundaki işlevleri ve üstün kamu yararının belirleyicileri birinci bölümde ele aldığımız kararlarla temellendirilerek açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde ise, yarışan/çatışan kamu yararlarının çözümünde geliştirilen bir yargılama yöntemi olarak bilanço ilkesi ve daha geniş anlamıyla ölçülülük ilkesinin üstün kamu yararının tespitinde kullanılabilirliği değerlendirilmiştir. Son olarak, Danıştay kararlarından hareketle yapılan soyutlama doğrultusunda, yarışan/çatışan kamu yararlarını çözüme kavuştururken takip edilmesi önerilen kademeli sistem; konuya ilişkin bir kavramsallaştırma denemesi yapılarak, örnek olay uygulamasıyla temellendirilmeye çalışılmıştır.

ve bu bölümde incelemeye alınmamıştır. Bkz. çalışmanın “Kamu Yararı ile Bireysel Yararın Yarışması: Kamu Yararının Üstünlüğü” başlığı altındaki açıklamalar.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI YERLERİNİN ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMINA YAKLAŞIMI

I. DANIŞTAY’IN ÜSTÜN KAMU YARARINA YAKLAŞIMI

A. GEREKÇELERİNDEN HAREKETLE DANIŞTAY KARARLARINI GRUPLANDIRMA ÇABASI

Danıştay’ın birden fazla kamu yararının yarıştığı veya çatıştığı uyumsuzluklara ilişkin kararları incelendiğinde kararların dört grup halinde ele alınabileceği tespit edilmiştir. Mahkemenin karar gerekçelerinden hareketle yaptığımız bu ayrımın isabetini aşağıda Danıştay kararları kapsamında ele almaya çalışacağız.

1. Danıştay’ın Üstün Kamu Yararının Belirlenmesinde Somut Olay Karşısında Kriter Koyması Yaklaşımı

a. Öncelikli veya Acil İhtiyaç Kriterinden Hareketle Gerekçelendirilen Danıştay Kararları

Danıştay, bir kısım kararlarında, yarışan/çatışan kamu yararları arasında üstün kamu yararının belirlenebilmesi için “ihtiyaç” kriterini kullanmıştır. Bu kriterin kullanıldığı örnek bir karar olarak; Ankara’daki diplomatik temsilcilikler için ikinci bir yer doğması ihtiyacı üzerine, Dışişleri Bakanlığının Maliye Bakanlığından Gölbaşı ilçesinde yer tahsis talep etmesi üzerine anılan bölgede rekreasyon alanından çıkarılan parselde yer tahsisi yapılarak hazırlatılan nazım ve uygulama imar planlarının iptali istemiyle açılan dava verilebilir. İlk derece mahkemesi, rekreasyon alanının diplomatik siteye çevrilmesiyle birlikte yeşil alan ihtiyacını karşılayan alanın ortadan kaldırılmasının şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına aykırı olduğundan bahisle dava konusu plan değişikliğinin iptaline karar vermiştir. Danıştay ise, mevcut diplomatik sitenin yetersiz kalması ve ortaya çıkan ihtiyaç doğrultusunda hareket edildiğini belirttikten sonra dava konusu plan değişikliklerinin “somut ve önemli bir ihtiyacın giderilmesi amacıyla” tesis edildiğini vurgulayarak işlemin iptali yolunda verilen ilk derece mahkemesi kararını bu gerekçeyle bozmuştur:

*“Dışışleri Bakanlığının talebi doğrultusunda yapılan imar planı değişiklikliklerinin³ temel gerekçesinin, genelde Güney Afrika ülkeleri temsilcilikleri için yer ihtiyacının karşılanmaya çalışılması olduğu, Oran semtinde mevcut olan diplomatik sitenin artık yetersiz kalması nedeniyle ve ortaya çıkan ihtiyaç doğrultusunda uyumsuzluk konusu plan değişikliklerinin yapıldığı görülmüştür. Bu itibarla dava konusu alanda rekreasyon alanı yerine uluslararası ihtiyaç bağlamında ihtiyaç duyulan **somut ve önemli bir ihtiyacın giderilmesi amacıyla** dava konusu işlem **kapsamındaki kullanımların getirilmesinde üstün kamu yararının bulunduğu kabulü gerekmektedir. Diğer taraftan, imar planı değişiklikleri ile belirlenen işlevin, dış ülkelerin temsilciliklerine yer belirleme gibi yine bir kamu hizmetini yerine getireceği** de ortadadır.”⁴*

İhtiyaç kriteri üzerinden gerekçe oluşturulan bir başka karar ise, ticaret merkezlerinin yoğun olduğu bölgedeki otopark ihtiyacını karşılamak amacıyla belediyeye ait pazar yerlerini otopark alanı olarak düzenleyen imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davadır⁵. Mahkeme, birer kamu hizmeti olan pazar yeri kurulması ve işletilmesi faaliyeti ile “yine kent için önemli bir kamu hizmetinin karşılanması amacıyla” otopark alanı olarak belirlenen alanda yürütülecek faaliyet arasında “üstün kamu yararı açısından karşılaştırma yapmak gerektiği”ni ifade etmiştir.

Uyumsuzluğun esası, söz konusu taşınmaz üzerindeki imar planı fonksiyonunun iki farklı kamu hizmetinden birine özgülenmesi işleminin hukuka uygunluğunu değerlendirmeye yöneliktir. Mahkemenin bu değerlendirmeyi yaparken sunduğu gerekçe, birden fazla kamu hizmeti arasında gündeme gelebilecek “üstün kamu yararı” tartışmalarına yön verebilecektir. Bu bağlamda karar gerekçesini incelediğimizde mahkemenin “acil ihtiyaç” hususuna ağırlık verdiğini görmekteyiz. Nitekim mahkeme, ticari ve resmî kurumların bulunduğu taşınmazı da kapsayan bölgede herhangi bir otopark alanının bulunmadığı dolayısıyla kent için “acil bir ihtiyaç” olduğunu belirterek, dava konusu imar planı değişikliğini iptal eden idare mahkemesi kararını bozmuştur.

Danıştay’ın ihtiyaç kriterine değindiği başka bir dava ise TCDD’ye ait demiryolu faaliyetine ayrılan taşınmazların sosyal donatı alanı ve yol kullanımına ayrılması üzerine açılmıştır. Mahkeme tarafından söz konusu imar planı

³ Bu ve çalışmanın tamamında yer verdiğimiz aynen alıntılarda bulunan yazım yanlışları ve tapaj hataları, orijinal metin olduğu gibi korunarak düzeltilmeden metne dahil edilmiştir.

⁴ Danıştay 6.D., E. 2016/4638, K. 2017/5528, T. 10.7.2017, Lexpera. (Çalışma boyunca aynen alıntılarda yer alan kalın vurgular, aksi belirtilmedikçe tarafımızdan eklenmiştir.)

⁵ Danıştay 6.D., E. 1996/4212, K. 1997/3762, T. 18.9.1997, Kazancı.

değişikliklerine ilişkin, “imar planlarının yapılması sürecinde, tekel niteliğinde hizmet sunan ve bu hizmeti kamu yararı gözeterek üretmek durumunda olan davacı Kuruluşun, gördüğü kamu hizmetinin önemi ve özelliklerine dönük ihtiyaçlarının dikkate alınması gerektiği” belirtilmiştir⁶.

Doğrudan ihtiyaç kavramına değinmese de mahkemenin, şehrin en büyük problemlerinden biri olarak nitelediği trafik sorununa getirdiği çözüm ve fayda üzerinde durarak üstün kamu yararı değerlendirmesi yaptığı yeni tarihli başka bir kararın bu başlık altında incelenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Henüz ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlanmış olan dava, “mahalle parkı civarındaki kaldırımların ‘martı’ adı verilen elektrikli bisikletlerin işgalinden arındırılması için mahalde denetim yapılması ve işgale son verilmesi” istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkindir. Davacı, söz konusu elektrikli bisikletlerin kaldırım direkleri ya da park korkuluklarına sabitlenerek bırakılmasının; kaldırımında yürüme, çocuk ya da pazar arabasıyla geçme imkânını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle iptalini istemektedir. Davalı Belediye Başkanlığı savunmasında; martı olarak adlandırılan elektrikli scooterların kullanımının niteliği gereği kullanıcının kendisinin belirlediği bir noktada bırakmak suretiyle sonlandırıldığı, Martı Firmasının kullanımları için 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun⁷ 52. maddesi uyarınca işgaliye harcı ödediği, yoğunluk oluşmaması için zabıta ekiplerinin gerekli uyarıları yaptığı ve martı sayısının sınırlandırıldığı, kullanıcılar tarafından meydana gelecek zararlardan Martı Firmasının sorumlu olduğunu, yaya geçişini engelleyen kullanımlar için firmanın ikaz edildiğini belirterek işlemin hukuka ve hakkaniyete uygun olduğunu ileri sürmektedir.

İstanbul 13. İdare Mahkemesi ise; “davalı idare tarafından verilen izin doğrultusunda Martı firması tarafından sunulan ulaşım hizmeti sebebiyle kullanıcıların bisikletleri hatalı olarak park etmesinden kaynaklanan mağduriyet yaşayan kişilerin zararının mı yoksa Martı firması tarafından vatandaşlara sunulan ulaşım hizmetinden yararlanan ilçe sakinlerinin, **toplum (kamu) yararının mı üstün tutulacağı**nın saptanması gerektiği”ni belirterek yarışan/çatışan yararlar arasında

⁶ Danıştay 6.D., E. 2006/5520, K. 2007/4165, T. 2.7.2007, Lexpera. Karar, çalışmanın “Gerekçesinde Faaliyetin Niteliği ve Özelliği Vurgulanan Danıştay Kararları” başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

⁷ RG., T. 29.5.1981, S. 17354.

değerlendirme yapacağına işaret etmektedir. Mahkeme, idari işlemlerin mutlaka kamu yararı amacını taşıyacak şekilde tesis edilmesi gerektiğini belirterek maksat unsuru yönünden yaptığı irdeleme sonucu, Martı Firması tarafından sunulan hizmetin getirdiği ulaşım imkânı ve trafik yönünden getirdiği faydalar dikkate alınarak davayı reddetmiştir:

“...kamu yararı kavramının genel bir ifadeyle; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade ettiği, bu durumda davaya konu işgallerin sonlandırılmasının istenildiği ulaşım hizmetinin, şehrin en büyük problemlerinden biri olan trafik sorunu da göz önünde bulundurulduğunda, ulaşım imkanlarının kolaylaştırılması, bireysel, hızlı ve kolay ulaşımın daha etkin ve verimli kullanılmasıyla özel araçla trafiğe çıkışların azalmasına bağlı olarak trafik yoğunluğunun azalmasına katkı sağlayabileceği, kullanıcılara daha kolay ve ucuz bir ulaşım imkanı sağladığı hususları dikkate alındığında, davacı tarafından bu yönde ileri sürülen iddialar yerinde görülmemiştir.”⁸

Mahkeme, elektrikli bisiklet hizmetinden faydalanan kullanıcıların yararını, açıkça toplum (kamu) yararı olarak nitelemiş; kaldırım kullanımı engellenenleri ise “kişilerin zararı” olarak belirtmekle yetinmiştir. Oysaki kaldırımı kullanmak suretiyle kamu malından yararlanan kimselerin bu yararlanmasında da kamu yararı bulunmaktadır. Mahkeme, hem kararda tercih ettiği ifadelerle hem sonrasında kamu yararının bireysel ve özel çıkarlardan üstün olduğunu belirtmesiyle adeta; kaldırımların kullanılması yoluyla yararlanmayı bireysel bir yarar gibi aksettirmektedir. Bu kararın yukarıda ihtiyaç kriterine yer verdiğini belirttiğimiz kararlardan farkı ise, mahkemenin, İdarenin açık bir iradesine dayanmaksızın kamusal (acil) ihtiyacı ya da sorunu kendisi belirleyip kriter getirerek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasıdır. İdarenin bir kamu hizmetini yerine getirirken esas amacı, toplumsal ihtiyacın tatminini sağlamak olduğundan bu kapsamdaki kararlarında idari yargı yerlerinin ihtiyaç kriteri üzerinden açıklamalarda bulunması makuldür. Fakat bu kararda, özel hukuk kişisi tarafından yürütülen ticari faaliyetin kamusal bir sorunun çözümüne sunduğu katkı, üstün kamu yararının belirlenmesinde temel referans noktası olarak ele alınarak kriter genişletilmiş; bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen kamu hizmeti olmasını da aramaksızın, ulaşım ihtiyacının karşılanmasındaki katkısı yeterli görülmüştür.

⁸ İstanbul 13. İdare Mahkemesi, E. 2021/840, K. 2021/1470, T. 30.9.2021. (Karar yayınlanmamıştır.)

İhtiyaç kriteri başlığında değerlendirilmesi gereken bir başka konu ise, yargısal karar niteliğinde olmamakla birlikte, bir mahkemenin idari bir konuya ilişkin kararı olmasına rağmen Danıştay 1. Dairenin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun⁹ 30. maddesi uyarınca çözüme kavuşturduğu idarelerarası mal devri kararlarıdır. Danıştay 1. Daire, bu kapsamdaki kararlarında üstün kamu yararı kavramına yönelik İdarenin işlemlerinin yargısal denetimini yapmamakta ve fakat uyuşmazlık konusu taşınmaza hangi İdarenin daha fazla ihtiyacı olduğunu tespit ederek çözüm bulmakta, bu vesileyle üstün kamu yararını kendisi belirlemekte nasıl kriterler kullandığını göstermiş olmaktadır. Bir yargısal denetim değildir ancak bir yargı yerinin “kararı” olması sebebiyle ele alış ve değerlendirmeyi göstermesi bakımından konu kapsamında incelenmektedir. Bu bağlamda üstün kamu yararı bakımından dikkat edilmesi gereken husus, gerçekten iki İdarenin de söz konusu taşınmaza ihtiyaç duymasıdır. Aksi durumda zaten kamu yararlarının yarışmasından söz edilemez.

Danıştay 1. Dairenin bu kapsamda almış olduğu kararlardan birinde, Bozkurt Belediyesine ait taşınmazın bir kısmında Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü lehine irtifak hakkı tesis edilmesine dair uyuşmazlık hakkında; yapılan çalışmalarda yerleşim yerleri ve diğer teknik kriterlerden ötürü hat güzergahında değişiklik yapılamayacağı, fiilen de taşınmazın üzerinde elektrik direği bulunduğu, bu nedenle enerji ihtiyacının karşılanması amacıyla taşınmazın irtifak hakkı tesis edilen kısmına Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğünün **“daha güncel ve ivedi bir ihtiyacı olduğu”** kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte Bozkurt Belediyesinin Başkent Dağıtım A.Ş. ile yaptığı bağlantı anlaşmasının ise finansal nedenlerle uygulanıp uygulanmayacağının belirsiz olduğu belirtilmiştir¹⁰.

Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğünün enerji iletim hattı için TCDD mülkiyetinde bulunan bir taşınmazın devri ve bir kısmında da irtifak hakkı tesis edilmesi talebi üzerine çıkan başka bir uyuşmazlıkta ise, direk yeri ve iletim hattı için devri istenen kısımların karşılayacağı enerji ihtiyacının TCDD Genel Müdürlüğünün

⁹ RG., T. 8.11.1983., S. 18215.

¹⁰ Danıştay 1. D., E. 2020/1416, K. 2020/1377, T. 22.10.2020, Lexpera.

İZBAN projesi kapsamında **ulaşım hizmetlerinin devamı için de gerekli olduğu** belirtilerek devir ve irtifak hakkı tesisi talebi kabul edilmiştir¹¹.

TCDD Genel Müdürlüğü ile Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü arasında çıkan başka bir uyuşmazlıkta ise 1. Daire tarafından; TCDD'nin devrini talep ettiği taşınmazın İzmir Acil İçmesuyu İsale Hattı üzerinde bulunduğu ve söz konusu hattın yüksek basınçlı olması nedeniyle üzerinde yapılaşmaya gidilmesinin can ve mal güvenliği bakımından tehlike oluşturacağı, TCDD'nin taşınmaz ihtiyacının ise tren yoluyla ulaşımdan ziyade depo ihtiyacının karşılanmasına yönelik olduğu, TCDD'nin devir istemine konu taşınmazdan yararlanabilmesi için can ve mal güvenliğini tehdit edecek yapılaşmaya gidilmeksizin tarafların kendi arasında anlaşma yapabileceği belirtilerek devir isteminin reddine karar verilmiştir¹².

Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğünün enerji iletim hattı için lehine irtifak hakkı tesisi edilmesini talep ettiği taşınmaz hakkında Germencik Kaymakamlığı, taşınmazın Millî Eğitim Bakanlığına tahsis edildiği, taşınmaza günümüzde ve gelecekte ihtiyaç olduğu, yapılacak enerji iletim hattının taşınmazın büyük bir bölümünü kullanılamaz hale getireceği gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Danıştay 1. Dairesi ise, gelecekteki muhtemel ihtiyaç karşısında, enerji iletim hattı için taşınmaz üzerinde irtifak hakkı talep eden Müdürlüğün ihtiyacının **daha güncel ve ivedi olduğunu** belirterek taşınmaz üzerinde daimî irtifak hakkı tesisine karar vermiştir:

“...taşınmazın Milli Eğitim Bakanlığı tarafından fiilen kullanılmadığı, söz konusu taşınmazın eğitim alanı olarak ayrıldığına dair kesinleşmiş uygulama ve nazım imar planlarının da bulunmadığı, muhtemel ihtiyaca binaen Hazine hissesinin Bakanlık lehine tahsisinin yapıldığı, oysa yatırım programı kapsamındaki Enerji İletim Hattının tamamlanması ve bölgenin enerji ihtiyacının karşılanması amacıyla taşınmazın irtifak hakkı tesisi istenilen kısmına TEİAŞ Genel Müdürlüğünün daha güncel ve ivedi ihtiyacı olduğu anlaşılmıştır.”¹³

Kararlardan anlaşıldığı üzere, Danıştay ihtiyaç kriterini kullanarak acil ve ivedi gördüğü ihtiyacın giderilmesine ilişkin kamusal faaliyette üstün kamu yararı bulunduğunu öne sürerek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktadır.

¹¹ Danıştay 1. D., E. 2017/1446, K. 2017/1874, T. 25.10.2017, Lexpera.

¹² Danıştay 1. D., E. 2020/317, K. 2020/627, T. 17.6.2020, Lexpera.

¹³ Danıştay 1. D., E. 2019/2066, K. 2020/97, T. 30.1.2020, Lexpera.

b. Gerekçesinde Faaliyetin Niteliği ve Özelliği Vurgulanan Danıştay Kararları

Danıştay, bir kısım kararlarında, kamu yararlarının yarışması/çatışması meselesini çözüme kavuşturmak için “faaliyetin niteliği ve özelliği”nden hareketle karar gerekçesini oluşturmaktadır. Danıştay’ın bu kapsamdaki kararlarında en yoğun karşılaştığımız faaliyet sağlık hizmetlerine ilişkin olanlardır. Gerçekten, Danıştay, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin niteliğine ve faaliyetin gerektirdiği özelliklere vurgu yaparak bu alanda yürütülen faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıklarda istikrar kazanmış biçimde üstün kamu yararı olduğunu kabul etmektedir.

Bu hususa örnek teşkil eden bir kararda, Danıştay; özel sağlık tesisi alanında kalan taşınmazda yapılan emsal artışına yönelik plan değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada, hastane alanı olarak ayrılan yerde yürütülecek hizmetin niteliği gereği yakın çevrede bulunan konut binalarından farklı emsal verilmesinde mevzuata aykırı ve kamu yararı ilkesi ile çelişen bir yön bulunmadığı¹⁴, uyuşmazlık konusu imar planı değişikliklerinde üstün kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle aksi yöndeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Kararda, Danıştay 6. Dairenin sağlık hizmetinin üstün kamu yararı taşıdığı yönünde istikrar kazandığını belirttiği tutumuna yapılan atıf önem arz etmektedir:

“Ülkemizin çözüm bekleyen temel sorunlarından biri olan sağlık hizmetlerinin etkin ve yaygın biçimde sunumunun önemi karşısında bu hizmetin yürütülmesine yönelik tasarrufların da "üstün kamu yararı" taşıdığı, Dairemizin süregelen kararlarından. Temel kamu hizmetlerinden olan sağlık hizmetlerinin yerine getirileceği yapıların yüksekliği için konut yapılarıyla aynı kriterlerin esas alınması sağlık hizmetlerinin

¹⁴ Danıştay, ilk derece mahkemesinin dava konusu plan değişikliğinin yapı yoğunluğunu artırması ve ulaşım ek külfet getirmesi dolayısıyla şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı olduğu gerekçesini şu argümanla karşılamıştır: “Resmi binalara emsal verilirken konut olarak kullanılan binalar gibi değerlendirilmediği ve öncelikle ihtiyacın dikkate alındığı bilinmektedir. Nitekim, İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 26.2.2004 günlü, E:2002/936, K:2004/213 sayılı kararıyla onanan Aydın 2. İdare Mahkemesinin 8.5.2002 günlü, E:2002/133, K:2002/133 sayılı ısrar kararına esas alınan kimi yapılara yükseklikleri açısından öncelik verilebileceği, kamu yararı içeren kamu yapılarının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği; yine Dairemizin 7.4.2004 günlü, E:2002/5720, K:2004/2001 sayılı kararıyla onanan idare mahkemesi kararında hükme esas alınan nitelikte bulunan bilirkişi raporunda da, faaliyet alanlarına, hizmet birimlerine, yatak kapasitelerine, teknolojik donanımlara, hizmet verilen uzmanlık dalına göre çağın gerektirdiği özel sağlık tesisi kurumları için yapılan imar planı değişikliğinde kamu yararı bulunduğu, burada emsal artırımı ile nüfus artışı olmayacağı, sadece yapıda bir yoğunluğun artacağı, bu nedenle yörede yeni sosyal donatım alanlarına gerek bulunmadığı hususları vurgulanmıştır.” Bkz. Danıştay 6.D., E. 2016/12022, K. 2018/10424, T. 19.12.2018, Kazancı.

sunumunu sınırlayacak ve anılan hizmetin üstün kamu yararı taşıdığı öngörüsüyle çelişecektir.”¹⁵

Danıştay’ın sağlık kamu hizmetinin yürütülmesine niçin üstün kamu yararı atfettiği sorusu açık bir biçimde gerekçede belirtilmese de yukarıda alıntı yaptığımız kısımda altı çizili ifadelerin Danıştay’ın kanaatini gerekçelendirmede bir argüman olarak ileri sürüldüğü söylenebilir. Bununla birlikte, kararda, hastane alanı olarak ayrılan uyumsuzluk konusu parselde yürütülecek hizmetin niteliği gereği üstün kamu yararı bulunması nedeniyle farklı yapılaşma koşulu getirilmesinde hukuka aykırılık tespit edilmemesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay’ın hizmetin niteliğine yaptığı vurgu, planlamanın genel standartlarının dışına çıkılabilmesi bakımından bir öncelik tanıdığının göstergesi olarak kabul edilebilecektir.

Danıştay’ın sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde gördüğü üstün kamu yararı nedeniyle yapılaşma koşullarında istisna getirilebileceğine dair bir başka kararında ise, 1383 m² alana sahip konut alanı olan taşınmazın özel sağlık tesisi alanına dönüştürüldüğü ancak Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğe ekli Ek-1/c 'de yer alan tabloya göre 2300 m² olan sağlık merkezi asgari alanı büyüklüğünün sağlanamadığından bahisle imar mevzuatına uyarlık görülmediğinden idare mahkemesince iptaline karar verilmiştir. Danıştay, ilgili Yönetmelikte öngörülen standardı sağlayamamış olsa da “...bölge halkına sağlık alanında hizmet sunumunda bulunulması öngörülen ‘hastane’ yapımına tümünden engel olmak, söz konusu eksiklik nedeniyle sağlık hizmetlerinin sunumunu sınırlayacak ve anılan hizmetin üstün kamu yararı taşıdığı öngörüsüyle çelişecektir.” diyerek idare mahkemesi kararında isabet görmemiştir¹⁶.

Danıştay’ın aynı konuya ilişkin başka bir kararında, “...sağlık alanlarına ilişkin plan değişikliklerinin diğer plan değişikliklerinden farklı olarak, ‘üstün kamu yararı’

¹⁵ Danıştay 6.D., E. 2016/12022, K. 2018/10424, T. 19.12.2018, Kazancı. Danıştay’ın aynı yöndeki kararları için bkz. Danıştay 6. D. E. 2012/2741, K. 2015/3088, T. 14.5.2015, Lexpera; Danıştay 6. D., E. 2012/415, K. 2015/942, T. 19.2.2015, Lexpera; Danıştay 6. D., E. 2013/1015, K. 2014/2428, T. 28.3.2014, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 2013/6249, K. 2014/1139, T. 18.2.2014, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 2008/6609, K. 2010/4451, T. 05.05.2010, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 2008/5413, K. 2010/3261, T. 05.04.2010, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 2007/8867, K. 2009/5992, T. 22.5.2009, Lexpera. (Çalışma boyunca aynen alıntılarda yer alan altı çizili vurgular, aksi belirtilmedikçe tarafımızdan eklenmiştir.)

¹⁶ Danıştay 6.D., E. 2012/6042, K. 2016/1566, T. 7.4.2016, Lexpera.

çerçevesinde değerlendirilmekte...’’¹⁷ ifadesinden de anlaşılacağı üzere sağlık kamu hizmetinin söz konusu olduğu plan değişikliklerinin yargısal denetiminde “üstün kamu yararı” kavramı “ayırt edici bir unsur” olarak kullanılmaktadır. Danıştay’ın, sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin plan değişikliklerine özgü bu yaklaşımında, söz konusu faaliyetin bir “kamu hizmeti” olmasının etkisi, bir başka kararda yer alan şu ifadelerde ortaya konmaktadır:

*“Diğer taraftan, işlevin bir kamu hizmetinin yerine getirileceği "Hastane Alanı" olarak tanımlanması nedeniyle bu işlevin yerine getirileceği yapılarda yüksekliğin konut yapılarıyla aynı kriterlerin esas alınması suretiyle değerlendirilmesi sağlık hizmetlerinin sunumunu sınırlayacak ve anılan hizmetin üstün kamu yararı taşıdığı öngörüsüyle çelişecektir.”*¹⁸

Bununla birlikte, Danıştay’ın sağlık hizmetlerine ilişkin faaliyetlere üstün kamu yararı atfetme yaklaşımı teknik olarak sadece bir kamu hizmeti olarak görülmesi halini ifade eden sağlık kamu hizmetine özgülenmiş değildir. Nitekim kamu yararına çalışan dernek statüsünde olan Türk Diyabet Cemiyeti’nin Mersin şubesinde, iki bina birleştirilerek bitişik nizam bir yapılaşmanın oluşması sonucu hastaların rahatça taşınabilmesi amacıyla iki yapı arasında koridor inşa edilmesi için yapılan plan değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi, “...inşaat alanının artırılması suretiyle filli duruma yasallık kazandırıldığı, inşaat alanının artırılması suretiyle çevredeki blok nizam yapılaşma düzeninin dışına çıkıldığı, çekme mesafelerinin ihlal edildiği, plan değişikliğiyle ek yapı yoğunluğunun getirildiği...” gerekçesiyle şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına uygun bulmadığı işlemin iptaline karar vermiştir. Danıştay ise, kararını gerekçelendirmeden önce Anayasa’nın¹⁹ 56. maddesine atıf yaptıktan sonra, “Kamu yararına çalışan derneğin bir şubesi olan ve sağlık hizmeti sunan Türkiye Diyabet Cemiyeti Mersin Şubesi’ne ait yapının şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı açısından çevredeki yapılardan yapı nizamı, inşaat alanı, çekme mesafeleri vb. unsurlar yönünden farklı değerlendirilmesi zorunludur.” ifadesine yer verdikten sonra, üstün kamu yararı taşıyan sağlık hizmetinin etkin bir biçimde sunulmasını sağlamak amacıyla yapılan

¹⁷ Danıştay 6.D., E. 2013/6249, K. 2014/1139, T. 18.2.2014, Lexpera.

¹⁸ Danıştay 6.D., E. 2008/6609, K. 2010/4451, T. 05.05.2010, Lexpera.

¹⁹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG., T. 9.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

plan değişikliğinin şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırılık taşımadığı gerekçesiyle idare mahkemesi kararını bozmuştur²⁰.

“Sağlık hizmeti”nin yürütülmesinde üstün kamu yararı bulunduğuna ilişkin kararlar imar planlarının yargısal denetimiyle ilgili olanlarla sınırlı değildir. Danıştay’ın, sağlık alanında bulunan personel ihtiyacının karşılanması ve istihdamın sağlanmasına dair kararlarında da üstün kamu yararı kavramına başvurduğu görülmektedir.

Örneğin Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği’nde yapılan bir değişikliğin iptali istemiyle açılan davada uyuşmazlık konusu değişikliğin sağlık hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde sunulması biçimindeki üstün kamu yararını sağlayacak ölçütlere aykırı olması nedeniyle iptaline karar vermiştir²¹.

Danıştay’ın, sağlık ‘kamu’ hizmetlerinin yürütülmesinde “üstün kamu yararı” bulunduğunu kararlarında açık ve istikrarlı bir biçimde dile getirmesi şu soruyu gündeme getirebilir: Acaba sağlık kamu hizmetinin yanı sıra yürütülmesinde üstün kamu yararı olduğu kabul edilen başka kamu hizmetleri de var mıdır? Başka deyişle, kamu hizmetinin toplumun ortak ihtiyaçlarının giderilmesi amacının gerçekleştirilmesi yoluyla ortaya çıkan “kamu yararı”ndan farklı olarak; kamu hizmetleri içerisinde diğerlerine nazaran, sağladığı kamu yararının “üstün” olduğu kabul edilenler söz konusu olabilir mi?

Bu konuya ışık tutan bir örnek olarak Danıştay’ın demiryolu faaliyetine ilişkin kararları verilebilir. Nitekim Danıştay bu kararlarında, “tek el bir kamu hizmeti” olmasına vurgu yaparak demiryolu faaliyetinde üstün kamu yararı olduğunu belirtmiştir.

İmar planında demiryolu alanı fonksiyonuna ayrılan TCDD’ye ait taşınmazların imar planı değişikliğiyle demiryolu faaliyeti dışında sosyal donatı alanı ve yol kullanımına ayrılması üzerine açılan davada Danıştay, davacı Kuruluş tarafından tek el niteliğinde yürütülen demiryolu ulaşımı hizmetinin üstün kamu yararı taşıdığını belirterek, uyuşmazlık konusu kullanım kararlarını hukuka uygun bulan ilk derece

²⁰ Danıştay 6.D., E. 2004/5140, K. 2004/6795, T. 21.10.2004, Kazancı.

²¹ DİDDK., E. 2009/1676, K. 2013/1464, T. 17.04.2013, Lexpera.

mahkemesi kararını bozmuştur. Mahkeme tarafından faaliyetin niteliğine atıf yapılarak “*imar planlarının yapılması sürecinde, tekel niteliğinde hizmet sunan ve bu hizmeti kamu yararı gözeterek üretmek durumunda olan davacı Kuruluşun, gördüğü kamu hizmetinin önemi ve özelliklerine dönük ihtiyaçlarının dikkate alınması gerektiği*” belirtilmiştir. Danıştay, TCDD tarafından uyuşmazlık konusu taşınmazların amaç ve faaliyet konusu dışına çıkarılmamasının talep edilmesine rağmen, imar planını hazırlayan İdarelerce mezkûr taşınmazların ağırlıklı olarak sosyal donatı alanlarına ayrılmasını, “*kamu yararı yönünden denklik kurulmaya çalışılması*” olarak görmüştür. Kararda yer alan aşağıdaki paragraf mahkemenin yaklaşımını ortaya koymak bakımından önem arz etmektedir:

“Uyuşmazlığa konu olayda, tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olan demiryolu ulaştırmasını kamu yararını dikkate alarak yürütmekle yükümlü kılınan davacı Kuruluş tarafından, bu kamu hizmeti için mevcutta mülkiyetinde bulunan uyuşmazlık konusu taşınmazlara ait kullanım kararlarının imar planı kararlarıyla Kuruluşun amaç ve faaliyet konusu dışına çıkarılmamasının talep edildiği, ancak davalı idarelerce taşınmazların ağırlıklı olarak donatı alanlarına ayrılması suretiyle kamu yararı yönünden denklik kurulmaya çalışıldığı görülmektedir.

Demiryolu ulaşımının yolcu ve yük taşımacılığında kent içi, kentler arası ve ülkeler arası boyutuyla kitle halinde ve yüksek taşıma kapasitesi ile öne çıkan özelliği karşısında, davacı Kuruluş tarafından tekel niteliğinde sunulan bu hizmetin üstün kamu yararı taşıması karşısında, uyuşmazlık konu edilen taşınmazın davacı Kuruluşun amaç ve hedefleri dışında kullanılması sonucu doğuran imar planlarında gerçekleştirilen dava konusu değişikliklerde hukuka uyarlık görülmediğinden işlemlerin iptali gerekirken davanın reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında isabet görülmemiştir.”²²

Danıştay’ın yukarıda görüldüğü üzere “*kamu yararı yönünden denklik kurulmaya çalışılması*” olarak değerlendirdiği uyuşmazlığı “üstün kamu yararı” perspektifiyle çözüme kavuşturduğu yaklaşımını sonraki tarihli kararlarında da koruduğu tespit edilmiştir²³.

Danıştay’ın söz konusu kararlarında, yarışan kamu yararları arasında değerlendirmede bulunurken demiryolu ulaşımının “tekelli kamu hizmeti” olmasına

²² Danıştay 6.D., E. 2006/5520, K. 2007/4165, T. 2.7.2007, Lexpera.

²³ Danıştay 6.D. E. 2007/2067, K. 2009/4469, T. 21.4.2009, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 2010/279, K. 2014/397, T. 27.1.2014, Kazancı; Danıştay 6.D., E. 2015/1016, K. 2019/2738, T. 16.4.2019, Kazancı.

yaptığı vurgu²⁴ dikkat çekmekle birlikte tekelsiz kamu hizmetleri karşısında önceliğe sahip olduğuna ilişkin açık bir ifadesi yer almamaktadır.

Tıpkı sağlık hizmetine ilişkin kararlarında olduğu gibi niteliği dolayısıyla yürütülmesinde üstün kamu yararı olduğu addedilen faaliyetlerden bir diğeri de “eğitim hizmeti”dir. Bu kapsamda yer alan kararları daha sınırlı olmakla birlikte belirli bir faaliyete yapılan vurgu dolayısıyla bu başlık altında inceleme ihtiyacı hissediyoruz.

Örnek vermek gerekirse, kısmen orman kısmen tarım alanında kalan uyumsuzluk konusu parsellerin üniversite alanı olarak belirlenmesine ilişkin metropoliten nazım imar planının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, konuyu esas olarak şehircilik ilkeleri ve planlama esasları perspektifinden inceledikten sonra, *“yüksek öğretime ve topluma yapacağı katkılarla kamu yararının en belirginleştiği kullanımlardan biri olan üniversite alanı oluşturulmasına yönelik dava konusu planda şehircilik planlama ilkelerine aykırılık görülmediği gibi getirdiği işlevde de üstün kamu yararı bulunduğu”* neticesine varmıştır²⁵. Mahkeme, kararında açıkça ilgili taşınmazın yükseköğretim hizmetine özgülenmek suretiyle getirilen işlevin üstün kamu yararı taşıdığını belirterek ibreyi “eğitim kamu hizmeti” yönüne çevirmiştir. Fakat kararda dikkat edilmesi gereken husus, eğitim kamu hizmeti yürütülmesinin tek başına yeterli olmadığı bununla birlikte planın şehircilik ilkeleri ve planlama esasları bakımında da hukuka uygunluğunun mahkemece irdelendiğidir. Ne var ki, planın şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı bulunması ihtimalinde mahkeme tarafından üstün kamu yararı değerlendirmesine girilip girilmeyeceğine ilişkin kararın yazımından bir veri elde edilememektedir.

Yakın tarihli başka bir kararda ise, park alanı olarak davacı Belediyeye terki yapılan davaya konu taşınmaz, imar planı değişikliğiyle Anadolu Öğretmen Lisesi kullanımına ayrılmıştır. Daha sonra Anadolu Öğretmen Lisesi mevcudunun artması nedeniyle dava konusu taşınmazın bulunduğu binadan taşınılması üzerine, dava

²⁴ Çalışma kapsamında demiryolu ulaşımına ilişkin incelenen kararlar, faaliyetin tekel niteliğinde yürütüldüğü döneme ilişkin olup; 1/5/2013 tarih ve 28634 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten sonra Danıştay’ın demiryolu sektörüne ilişkin üstün kamu yararı kavramına yer verdiği bir kararına rastlanmamıştır.

²⁵ Danıştay 6.D., E. 1998/2072, K. 1999/6209, T. 7.12.1999, Lexpera.

konusu taşınmazın bulunduğu alanın koruma amaçlı imar planında kaldığı belirtilerek, Kent Müzesi olarak kullanılmak üzere davacı Belediye tarafından iadesi istenmiştir. Davalı Kaymakamlık ise, taşınmaza ihtiyacı olduğu gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Bu ret işlemi üzerine açılan davada ilk derece mahkemesi, tapuya başka amaçla kullanılamayacağına ilişkin şerh düşülerek terk edilen taşınmazın şerhe uygun şekilde iadesi gerektiğinden işlemi iptal etmiştir. Danıştay ise, dava konusu taşınmazın Milli Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim ve Rehberlik Hizmetleri Genel Müdürlüğünün onayı ile özel eğitim merkezi olarak faaliyet yürüttüğünü belirterek, *”...söz konusu yerin kent müzesi olarak kullanılmak üzere davacı Belediyeye iade edilmesinin özel eğitime muhtaç öğrencilerin mağduriyetlerine yol açacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, eğitim merkezi ve kent müzesi arasındaki kamu yararı çatışmasında üstün kamu yararının eğitim merkezi lehine olacağı sonuç ve kanaatine varılmaktadır.”* demek suretiyle aksi yöndeki idare mahkemesi kararını bozmuştur²⁶.

Danıştay, kavşak projesi kapsamında okul alanında yer alan taşınmazın bir kısmında yol kullanım kararı getiren plan değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada ise, doğrudan eğitim kamu hizmetinin niteliğine vurgu yapmak suretiyle karar vermemiş; plan değişikliğini, sosyal ve teknik altyapı alanları kapsamında yer alan iki işlev arasında, birinin diğerine üstün kamu yararı doğrultusunda İdare tarafından tercih edilmesi olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte Danıştay, kavşak projesi bakımından, davanın taraflarının iddiaları da dikkate alınarak ulaşım alanında ihtisas yapmış bir kişinin de aralarında bulunduğu bir bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle; kavşak için alternatif bir alan bulunup bulunmadığı ve eğer alternatif yoksa yol kenarındaki okullar nedeniyle trafik güvenliğinin sağlanıp sağlanamayacağı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir²⁷. Diğer kararlarından farklı olarak bu kararda okul kullanım kararının tamamen kaldırılmamış olması, sadece okul alanında küçülmeye gidilmiş olması karar gerekçesini etkilemiş olabilir. Kaldı ki Danıştay, davacının *“...bu merkezde zihinsel öğrenme yetersizliği olan çocuklar için özbakım, temel yaşam kursları ile hizmet verildiği, imar planı değişikliği*

²⁶ Danıştay 6.D. E. 2019/8048, K. 2019/11783, T. 20.11.2019, Kazancı.

²⁷ Danıştay 6.D., E. 2015/10655, K. 2016/656, T. 17.2.2016, Lexpera.

nedeni ile binanın yıkılmak zorunda kalacağı... ” yönündeki iddiasını da dikkate alarak hem alternatiflerin değerlendirilmesini hem de yol kenarındaki okullar bakımından projenin trafik güvenliği yönüyle incelenmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla açıkça bir vurgu yapılmamış olsa da eğitim hizmetinin özelliğinden kaynaklanan hususların dikkate alınması gerektiği değerlendirilmiştir.

Danıştay’ın önüne gelmiş başka bir uyuşmazlıkta ise, fiilen ilkokul binası olarak kullanılan taşınmaz, ek inşaat ruhsatının iptal edilmesiyle ruhsatsız hale gelmiş ve taşınmazın yıkılmasına karar verilmiştir. Yıkım kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, aşağıdaki gerekçeyle söz konusu işlemi hukuka uygun bulmuştur:

“Her ne kadar davacı şirket tarafından, imar planı kararlarına uygun olarak yürürlükteki mevzuat uyarınca aldığı 31/03/2006 günlü, 200 sayılı yapı ruhsatına uygun bir şekilde inşaatına başlanmış ve ek inşaat o tarihte yürürlükte olan imar planına ve verilen ruhsata uygun olarak tamamlanmış ise de, yukarıda yer verilen süreç dikkate alındığında, yargı kararlarına rağmen ruhsata aykırı yapılan yapıların yıkımlarının gerçekleştirilmediği, her yeni imar planı değişikliğinde ‘fiili durum dışında başka inşaat yapmamak kaydıyla’ ve ‘mevcut durumun korunması’ şeklindeki plan notları ile ruhsatsız yapılaşmaların korunduğu ve yargı kararlarının da uygulanmadığı anlaşıldığından davacının iyi niyetinden söz etmeye hukuken olanak bulunmamaktadır.”²⁸

Gerekçede görüldüğü üzere mahkemenin çoğunluğu üstün kamu yararı değerlendirmesinde bulunmamıştır. Bununla birlikte kararda yer alan bir karşı oy yazısı çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu karşı oy yazısında “eğitim kamu hizmeti”nin yürütüldüğü okul binasının muhafazasında üstün kamu yararı bulunması sebebiyle uyuşmazlık konusu yıkım kararının iptali yönünde hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararının onanması gerektiği belirtilmiştir:

“Olayda, davacı şirket tarafından, imar planı kararlarına uygun olarak yürürlükteki mevzuat uyarınca aldığı 31/03/2006 günlü, 200 sayılı yapı ruhsatına uygun bir şekilde inşaatına başlandığı, ek inşaatın o tarihte yürürlükte olan imar planına ve verilen ruhsata uygun olarak tamamlandığı ve eğitim faaliyeti devam etmekteyken dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Temel kamu hizmetlerinden biri olan eğitim hizmetinin yürütüldüğü okul binasının, günümüz ihtiyaçlarına uygun olarak genişletilmesi amacıyla, daha önce konut kullanımı için ayrılan kimi parsellerin özel eğitim alanı olarak ayrılmasında mevzuata ve şehirclik ilkelerine aykırılık görülmemiş olup, yürürlükteki mevzuat hükümleri uyarınca alınan 31/03/2006 günlü, 200 sayılı yapı ruhsatına uygun bir şekilde tamamlanan okul binasında üstün kamu yararı bulunduğundan eğitim faaliyeti başlamış ve devam etmekte olan yapıya ilişkin olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamakta

²⁸ DİDDK, E. 2011/766, K. 2014/370, T. 18.2.2014, Lexpera.

olup mahkeme kararının yıkıma dair işlemin iptaline yönelik kısmının, bu gerekçeyle onanması gerektiği oyuyla çoğunluk kararına karşıyım.”²⁹

Karşı oy yazısında “eğitim hizmeti”nin “temel kamu hizmetlerinden biri” olarak değerlendirilmesi, uyuşmazlık konusu taşınmazda eğitim faaliyetinin halihazırda başlamış ve devam ediyor olmasının ayrıca belirtilmesi “üstün kamu yararı” ve “kamu hizmeti” arasındaki bağlantıyı ortaya koymaktadır.

Yukarıda yer verdiğimiz kararlardaki gibi sistematik hale getirilebilecek nitelikte olmasa da faaliyetin niteliğine yapılan vurgu ile üstün kamu yararı değerlendirmesi yapıldığını düşündüğümüz münferit bir karar, Danıştay 6. Dairenin E. 2016/4638, K. 2017/5528, T. 10.7.2017 künyeli kararıdır³⁰. Rekreasyon alanı kullanımından çıkarılarak diplomatik site alanı olarak belirlenen taşınmaza ilişkin plan değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay; plan değişikliğinin dış ülke temsilciliklerine yer belirleme yönündeki kamu hizmetini yerine getireceğini, dava konusu taşınmazın mevcut diplomatik siteye yakın bir mevkide bulunduğunu, bu bakımdan ulaşımın da kolay olduğu, üst ölçekli planlara aykırılığı bulunmayan değişikliğin “yürütülecek hizmetin niteliği gereği” şehirleşme sürecine ve kamu yararına aykırı olmadığı gerekçesiyle aksi yöndeki idare mahkemesi kararını bozmuştur.

2. Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları

İdari karar alıcılar çoğu zaman birden fazla kamu yararı arasında tercih yapmak zorunda kalmaktadır. İdarenin görevi ve önceliği, bu kamu yararlarını bağdaştırmak olmalı; bunun mümkün olmadığı hallerde İdare, kamu yararları arasından üstün sayılanı belirleyerek hareket etmelidir³¹. İdare, kamu yararlarını bağdaştıramadığı ve bu nedenle tercih yapmak durumunda kaldığı hallerde yaptığı seçimlerini makul ve hatta mümkünse rasyonel olandan yana kullanılmalıdır. Bu başlık altında, Danıştay’ın,

²⁹ DİDDK, E. 2011/766, K. 2014/370, T. 18.2.2014, Lexpera.

³⁰ Söz konusu karar, çalışmanın “Öncelikli veya Acil İhtiyaç Kriterinden Hareketle Gerekçelendirilen Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

³¹ Cenk Y. Şahin, İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s. 115-116.

İdarenin makul tercihlerine öncelik ve geçerlilik vererek izlediği yargısal denetimini³² ve bu kapsamdaki kararlarında üstün kamu yararı kavramını kullanımını inceleyeceğiz.

İdarenin birden fazla kamu yararı arasında tercih yapmak zorunda kaldığı hallerin en tipik örneğini şehir planlamasına ilişkin kararları oluşturur. Bu kapsamda, onaylanmış imar planları üzerinde yapılan fonksiyon değişiklikleri de İdarenin tercihinin dolayısıyla üstün saydığı “*kamu yararının dönüşümünü*”³³ göstermek bakımından önemli bir yer tutar.

Bu kapsamdaki bir kararın konu olduğu davada Danıştay; yarışan kamu yararları arasında yapılacak tercihin, alternatifler değerlendirilmeden yapılmasını eksik inceleme olarak nitelemiş ve Fındık Satış Kooperatifleri Birliği Genel Müdürlüğü'ne ait tesisi ikiye bölen yol kullanım kararı getiren imar planı değişikliğinin şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına uygun olup olmadığına yeni bir bilirkişi incelemesi sonucu karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir:

*“Dosyanın incelenmesinden, idare mahkemesince seçilen bilirkişi tarafından, düzenlenen raporda, planla öngörülen yolun yapılması durumunda, davacıya ait tesisin ikiye bölüneceği, ancak yol yapımında üstün kamu yararı olduğu belirtilmiş, buna karşın, yolun yapılması yanında tesisin işlevini sürdürmesinde kamu yararı bulunduğu hususu göz ardı edilerek Fındık Satış Kooperatifleri Birliği Genel Müdürlüğü'ne ait tesisin ikiye bölünmesi durumunda, yatırım faaliyetinin engellenip engellenmeyeceği, yolun alternatifinin bulunup bulunmadığı, tesisin bu bağlamda mevcut haliyle korunup korunamayacağı hususlarında ise bir inceleme yapılmamıştır.”*³⁴

Danıştay başka bir kararda ise, uyuşmazlık konusu yol güzergahının davacıya ait üzüm bağlarından geçtiği projede revizyon yapılarak yolun mezarlık içinden geçen Hazineye ait eski köy yoluna kaydırıldığı ancak bu güzergahın tercih edilmesi halinde mezarlığın tahrip olacağı dikkate alınarak tekrar eski projeye dönülmesi üzerine açılan davada, ilk derece mahkemesi kararına esas alınan bilirkişi raporunda “*bilirkişilerin*

³² Danıştay'ın benimsediği bu yaklaşımın Anglosakson hukuk geleneğindeki makul olma standardı ile benzeştiği söylenebilir. Makul olma standardı için bkz. Sırrı Düğer, **Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi**, Ankara, Yetkin, 2019, s. 164-168. Ölçülülük ilkesiyle bir karşılaştırması için bkz. Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 206-208.

³³ “*Keza imar planı değişikliklerinin temelinde de kamu yararının yön değiştirmesi söz konusudur.*” Bkz. Eren Solmaz, **Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 18.

³⁴ Danıştay 6.D., E. 2007/1265, K. 2009/521, T. 21.01.2009, Lexpera.

görevleri arasında olmamasına karşın bilirkişilerce işin esasına girilerek maliyet analizi yapılmış olması, kamu yararı kararı verecek merci olunmamasına rağmen bu hususta görüş beyan edilmesi, idarenin takdir hakkını ortadan kaldıracak şekilde kesin yargılarda bulunulması ve çakışan menfaatler arasında mezarlıktan yol geçirilmesinin uygun olacağının ifade edilmiş olması”³⁵nı vurgulayarak raporun hükme esas alınamayacak nitelikte olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte Danıştay, eksik inceleme sebebiyle kararı bozmasına rağmen üstün kamu yararı yönünden de irdeleme yaparak, şehircilik ilkeleri ve planlama esasları bakımından doğal ve tarihi öğelerin bulunduğu alanlarda koruma-kullanma dengesine dikkat edilmesi gerektiğini, köy halkının mezarlık olarak kullandığı alandan yol geçirilmesi halinde tahrip olacağını belirterek ilk derece mahkemesi kararının bu gerekçeyle de bozulması gerektiğine hükmetmiştir:

“...doğal ve tarihi değerlerin önemli potansiyel oluşturduğu doğal koruma alanlarının kısmen ve/veya tamamen tahrip edilmesinin, geriye dönüşü olmayan etki olarak değerlendirilmesi gerektiği açık olup köy sakinlerinin mezarlık olarak kullandıkları alanın yol geçirilmesi nedeni ile tahrip olacağı kuşkusuzdur. Bu durumda davacının yararı ile kamu yararının karşılaştırılmasında ‘üstün kamu yararı’ yönünden irdeleme yapıldığında, yol standartları ve trafik güvenliği açısından güzergah değişikliklerinin herhangi bir sakınca doğurmadığı ve değişikliğin yapılabileceğinin ortaya çıkmış olması karşısında, mezarlığın korunmasının ‘üstün kamu yararı’ bakımından daha uygun olduğundan davanın reddi gerekirken aksi yöndeki mahkeme kararında bu yönüyle de hukuki isabet bulunmamaktadır.”³⁶

Karardan anlaşıldığı üzere Danıştay, İdare alternatifler arasından şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına uygun olan seçeneği tercih ettiği için plan değişikliğinin

³⁵ Danıştay’ın işin esasına girildiğini belirttiği bilirkişi raporunun ilgili kısmı: “...Projenin bir aşamasında güzergahın değiştirilip aynı standartlar uygulanarak başka bir güzergahın belirlenmiş olması nedeniyle, dava konusu yol projesi kısmında yol standartları ve trafik güvenliği açısından güzergah değişikliklerinin herhangi bir sakınca doğurmadığı ve değişikliğin yapılabileceği; ... nolu parselden geçen güzergahın üzümlü bağ vasfındaki tarım arazilerinden geçmesi ve nispeten uzun olması nedeniyle kamulaştırma maliyetinin dolayısıyla yol yapım masraflarının diğer güzergaha göre daha fazla olacağı; bu nedenle ... nolu parselden geçen güzergahın kamu yararına uygun olmadığı, kişisel menfaate doğrudan alternatif olması durumunda kamu yararı ve hizmet gereğinin üstünlüğünün olduğu; ancak kamu yararı ve hizmet gereği yapılan işlemlerde, çeşitli alternatiflerin olması durumunda kişisel menfaatlere en az zarar verecek olan durumun seçilmesi gerektiği ve bu nedenle seçilecek güzergahın . nolu parselden (mezarlık) geçen güzergah olması gerektiği; yol güzergahının ... nolu parselden geçmesiyle mezarlık alanında oluşacak tahribatı en aza indirebilmek için, bu güzergahın mezarlık dış sınırına doğru, (... nolu parsel müdahale etmeyecek şekilde) kaydırılabileceği; sonuç olarak; dava konusu yol projesinin davacının sahip olduğu . parsel üzerinden geçen güzergahın karayolu mühendisliği teorisi ve pratiği açısından uygun olmadığı ...” Danıştay 10.D., E. 2013/4804, K. 2017/2081, T. 17.04.2017, Lexpera.

³⁶ Danıştay 10.D., E. 2013/4804, K. 2017/2081, T. 17.04.2017, Lexpera.

hukuka uygun sayılması gerektiğini düşünmektedir. Bu karar üzerine Danıştay'ın, İdarenin mümkün seçenekler arasından en rasyonel olanı tercih etmesini aradığı çıkarımında bulunmak hatalı bir yaklaşım olabilir. Nitekim Danıştay, şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına uygun oldukça İdarenin seçenekler arasından “makul” olanı tercih etmesini de üstün kamu yararı bakımından takdir yetkisi kapsamında saymakta ve diğer tercihlere zorlanamayacağını kabul etmektedir.

Nitekim, Samsun ili Bafra ilçesinde yaşanan trafik sorununun giderilmesi amacıyla davacılara ait taşınmazın “konut alanı” fonksiyonunun “bölge otopark alanı” olarak değiştirilmesine ilişkin belediye meclis kararının iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, bilirkişi raporunun yönlendirmesiyle, bölgedeki trafik sorununun imar planında yeterli ve gerekli nitelikte yol planlaması yapılmadan otopark yapılmak suretiyle çözülemeyeceği gerekçesiyle dava konusu imar planı ve değişikliğini iptal etmiştir. Danıştay ise, bölge otopark alanı olarak planlanan yerin büyük ölçüde yapılaştığını dikkate alarak otopark yerine yolların genişletilmesi yoluyla trafik sorununa çözüm getirmenin, hem noktasal değil bütüncül bir müdahale gerektirdiği için teknik bakımdan zor olduğu ve “*üstün kamu yararı ilkesi*” ile bağdaşmayacağını hem de kamuya büyük külfet getireceğini belirterek plan değişikliğinin iptali yönündeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur³⁷.

Karardan anlaşıldığı üzere, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, İdarenin karşılamaya çalıştığı kamusal ihtiyaca -örneğin söz konusu kararda trafik sorununun giderilmesi- yönelik yaptığı seçimin makul olması, Danıştay tarafından isabetli bir şekilde yeterli sayılmaktadır. Danıştay, şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına uygunluğu, makul olmanın ölçütü ve dolayısıyla üstün kamu yararının belirlenmesinde eşik işlevi gören bir araç olarak kullanmakta; bilirkişi ya da idari yargı yeri tarafından, İdareyi külfete sokacak alternatif belirtme ve bu alternatife zorlamayı kabul etmemektedir. Muhtemel ki, bir adım ilerisini yerindelik denetimi anlamına geleceği değerlendirilmektedir. Ancak kamusal ihtiyacın giderilmesine ilişkin daha rasyonel olduğu iddia edilen alternatifin teknik ve maddi zorluklarını dikkate alarak, esasında makul olan tercihte üstün kamu yararı bulunduğunu belirtmektedir. Bu yaklaşım, Danıştay'ı, üstün kamu

³⁷ Danıştay 6.D., E. 2015/8272, K. 2018/427, T. 22.01.2018, Lexpera.

yararının belirleyicisi değil fakat denetleyicisi yapmakta ve İdarenin tercihi makul ise ona öncelik veren, müdahale etmeyen bir tutumu benimsediğini göstermektedir.

Danıştay'ın üstün kamu yararı değerlendirmesi yaptığı benzer yaklaşımdaki daha eski tarihli kararlarından biri, 1971 yılından beri fabrika olarak faaliyet gösteren taşınmazın park ve rekreasyon alanına ayrılmasına ilişkin imar planının söz konusu parsel yönünden iptali istemine yöneliktir. İlk derece mahkemesi kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporunda, fabrikanın gösterdiği faaliyetin ekonomik boyutuna değinilmiş fakat yine de uyumsuzluk konusu parsel ile ilişkin park ve rekreasyon alanı kullanımı getirilmesi “*kamu yararı doğrultusunda*” sayılmıştır:

“...mevzi imar planı önerisinde olduğu gibi konut alanı türünde bu işleve ayrılmasının bölgenin özelliğiyle ve plan bütünlüğü açısından uygun olmadığı saptandıktan sonra, bölgede kentsel servis alanı önerisi getirildiğinden bahisle benzer bir kullanımın bu parsel içinde düşünülebileceği, bu yöntemle bir geçiş süreci oluşturularak sanayiinin dönüşümünün sağlanabileceği, yüksek ekonomik değere sahip ve yıllardır üretimde bulunan fabrikanın yokmuş gibi kabul edilemeyeceği, kamulaştırma bedelinin yüksekliği dikkate alındığında fabrikanın ekonomik ömrünü tamamlamasının beklenmesi gerektiği, bu nedenle de anılan taşınmazın park ve rekreasyon kullanımından daha çok kentsel servis alanı kullanımına daha uygun olacağı, bu hususun gözetilmemesinin şehircilik ilkelerine aykırılık oluşturduğu belirtildikten sonra raporun imar mevzuatı ve kamu yararı alt başlığını taşıyan kısmında daha önceki saptanmalarla çelişki oluşturan biçimde davalı idarenin park ve rekreasyon alanı önerisiyle kamu yararı doğrultusunda işlem yaptığı vurgulanmış bulunmaktadır.”³⁸

İlk derece mahkemesi tarafından yukarıda yer verilen bilirkişi raporuna dayanılarak, “*revizyon imar planıyla ülke ekonomisi açısından kamu yararı içeren ve 1971 yılından beri faaliyet gösteren bir tesisin onaylı imar planınca yok kabul edilerek yeşil alan olarak gösterilmesinin doğru olmadığı, 44160 m² yüzölçümündeki bir alanda yer alan fabrikanın ve arsanın yüksek değeri ve kamulaştırma bedelinin fazlalığı gözönüne alındığında planlama bütünlüğünün oluşturulamayacağı*” gerekçe gösterilerek uyumsuzluk konusu revizyon nazım imar planının davacıya ait parsel yönünden iptaline hükmedilmiştir.

İlk derece mahkemesinin iptal gerekçesinde hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını zorlayıcı bir biçimde, “*(uyumsuzluk konusu parsel) 1000 metre uzaklıktaki kentsel servis alanının bu taşınmaz için uygun görülmemesi nedeninin anlaşılamadığı*”, “*oysa planlamada yer alan kentsel servis alanı uygulamasının bu parselde de*

³⁸ Danıştay 6.D., E. 1996/5362, K. 1997/3020, T. 17.6.1997, Lexpera.

yönlendirilmesiyle sanayiden dönüşümün daha kolay olacağı”, “bölgenin tümünün yapılaşmadan arındırılmasının ve ağaçlandırılacak alan olarak planlanmasının daha rasyonel olacağı” ifadelerine yer verilmiştir.

Söz konusu uyumsuzluğu temyiz mercii olarak inceleyen Danıştay ise, dava konusu parselin kentin yeşil alan ihtiyacını karşılayacak nitelikte park ve rekreasyon alanına ayrılmasında üstün kamu yararı bulunduğunu belirtmiş³⁹; bilirkişi raporunun yönlendirmesiyle, bu kullanımdan ziyade kentsel servis alanı kullanımının daha rasyonel olacağını belirten ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararını bozmuştur:

“...plan bütünlüğü ve planın kapsadığı tüm alan, ... sağlıklı ve düzenli bir çevre oluşturulması çabası açısından birlikte ele alınarak değerlendirildiğinde, belirtilen bu işlev ve kullanımlarla uyumlu ve tutarlı olan park ve rekreasyon alanı kullanımında üstün kamu yararı bulunduğu, bu üstün kamu yararını anılan fabrikanın ekonomik değeri, kamulaştırma bedelinin yüksek oluşu gibi olguların ortadan kaldıramayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

İmar planlarının temel amaçlarından biri, kamu yararının korunması ve bu amacın gerçekleştirilmesi doğrultusunda toplumun genel kullanımına açık kentin rekreasyon alanlarına olan ihtiyacını giderebilecek nitelikte yeşil alan türünde alanların üretilmesi olduğuna göre, kamu yararının en belirginleştiği kullanımlardan biri olduğunda duraksama bulunmayan park ve rekreasyon alanı oluşturulmasına yönelik dava konusu revizyon imar planında hukuka aykırılık bulunmadığından aksi yönde verilen kararda isabet bulunmamaktadır.⁴⁰”

Şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarının üstün kamu yararının belirlenmesinde eşik işlevi gördüğü bir başka kararda ise, mazbut vakfa ait akar niteliğinde taşınmazın yeşil alana ayrılmasına ilişkin Tarihi Yarımada Koruma Amaçlı Nazım İmar Planına yapılan itirazın reddi üzerine, davacının, taşınmaza akar niteliği olan bir kullanım kararı getirilmesi gerektiği iddiasıyla açılan davada Danıştay; vakfa özgü planlama yapılamayacağını, dava konusu plan notları incelendiğinde alınan kararın hukuka ve

³⁹ Danıştay, park ve rekreasyon alanı kullanımının kamu yararı doğrultusunda getirildiğini belirten ancak kentsel servis alanının taşınmazı da kapsayacak şekilde uygulanmaması nedeniyle planlama tekniğine aykırı kararlar verildiği yönünde görüş bildiren bilirkişi raporunun çelişkili olduğunu ifade etmiştir: “...anılan taşınmazın park ve rekreasyon kullanımından daha çok kentsel servis alanı kullanımına daha uygun olacağı, bu hususun gözetilmemesinin şehircilik ilkelerine aykırılık oluşturduğu belirtildikten sonra raporun imar mevzuatı ve kamu yararı alt başlığını taşıyan kısmında daha önceki saptanmalarla çelişki oluşturan biçimde davalı idarenin park ve rekreasyon alanı önerisiyle kamu yararı doğrultusunda işlem yaptığı vurgulanmış bulunmaktadır.” Bkz. Danıştay 6.D., E. 1996/5362, K. 1997/3020, T. 17.6.1997, Lexpera. Bu husus, şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına uygunluğun üstün kamu yararının belirlenmesinde eşik işlevi gördüğü yaklaşımını doğrular niteliktedir.

⁴⁰ Danıştay 6.D., E. 1996/5362, K. 1997/3020, T. 17.6.1997, Lexpera.

şehircilik ilkeleri ile planlama esaslarına uygun olduğunu belirterek, Tarihi Yarımada'daki özgün tarihi dokuyu korumaya ve tarihi eserlerin görünürlüğünü artırmaya yönelik kararda üstün kamu yararı olduğunu belirterek aynı yöndeki idare mahkemesi kararını onamıştır⁴¹.

Danıştay'ın üstün kamu yararı değerlendirmesi yaptığı imar planı değişikliğine ilişkin uyumsuzlukların bir kısmını, sosyal ve teknik alt yapı alanlarının kendi içerisinde getirilen kullanım kararlarına ilişkin değişiklikler oluşturmaktadır.

Bu kararlardan birinde, ilk derece mahkemesi, taşınmazın park ve spor alanı fonksiyonundan çıkarılarak yola dönüştürülmesine ilişkin plan değişikliğinde şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırılık bulunmasa da Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin⁴² 27. maddesi gereğince azalan alanlar için eşdeğer alan ayrılmadığından bahisle plan değişikliğinin imar mevzuatına aykırı olduğunu belirterek işlemin iptaline karar vermiştir. Temyiz incelemesi yapan Danıştay ise, dava konusu plan değişikliğini, *“sosyal ve teknik altyapı tanımı kapsamındaki iki işlevden birisinin diğerine üstün kamu yararı görüşü doğrultusunda seçimi”* olarak değerlendirmiş ve eşdeğer alan ayrılmasına gerek olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁴³.

Benzer yönde başka bir kararı ise Danıştay 6. Dairenin E. 2015/10655, K. 2016/656, T. 17.2.2016 künyeli kararıdır⁴⁴. Danıştay, eşdeğer alan ayrılmadığı için yukarıdaki kararda yer alan aynı gerekçeyle işlemi imar mevzuatına aykırı bulan idare mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay, plan değişikliğinin, *“sosyal ve teknik altyapı tanımı kapsamındaki iki işlevden birisinin diğerine üstün kamu yararı görüşü doğrultusunda seçimi”* olarak değerlendirdiğini bu kararda da belirtmiş; ancak idare mahkemesinin dava konusu plan değişikliğini şehircilik ilkeleri ve planlama esasları bakımından incelememesi nedeniyle, davanın taraflarının iddiaları dikkate alınarak

⁴¹ Danıştay 6.D., E. 2015/9857, K. 2016/3783, T. 7.6.2016, Lexpera. Aynı yönde bkz. Danıştay 6.D., E. 2015/10987, K. 2016/80, T. 21.1.2016, Kazancı; Danıştay 6.D., E. 2016/3875, K. 2018/2596, T. 26.3.2018, Lexpera.

⁴² RG., T. 2.11.1985, S. 18916 (1. Mükerrer). (14.06.2014 tarih ve 29030 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinin 38. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.)

⁴³ Danıştay 6.D., E. 2015/4188, K. 2016/1070, T. 10.3.2016, Lexpera.

⁴⁴ Söz konusu karar, çalışmanın “Gerekçesinde Faaliyetin Niteliği ve Özelliği Vurgulanan Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

ulaşım alanında ihtisas yapmış bir kişinin de aralarında bulunduğu bir bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle, kavşak için alternatif bir alan bulunup bulunmadığı eğer alternatif yoksa yol kenarındaki okullar nedeniyle trafik güvenliğinin sağlanıp sağlanamayacağı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir.

Davacının çocuk bahçesi olarak İdareye terk ettiği taşınmazın sağlık ocağı alanı olarak belirlenmesi üzerine plan değişikliğine ilişkin açtığı başka bir davada da ilk derece mahkemesi ve Danıştay, yukarıda incelenen kararlarla aynı doğrultuda hůküm tesis etmiřtir⁴⁵. Bu kararı farklı kılan husus ise, ilk derece mahkemesinin şehircilik ilkeleri ve planlama esasları yönünden değerlendirme yapmamasına rağmen Danıştay'ın bu yönde bilirkişi incelemesi yapılması gerekliliğine değinmemiş olmasıdır. Bu yaklaşımın, davacının; plan değişikliğinin, terk iradesine aykırı olarak gerçekteştiğini ileri sürmesi nedeniyle iptali isteminde bulunmasından kaynaklandığı söylenebilir. Böylece, iki sosyal altyapı arasında gerçekteşen plan değişikliğinin eşdeğer alan ayrılmasını gerektirmeyeceği gerekçesiyle uyumuşmazlık çözümlenmiş olmakta; ayrıca üstün kamu yararı değerlendirmesi yapmaya gerek görülmeyerek yeni getirilen kullanımda üstün kamu yararı olduğu kabul edilmektedir.

Danıştay'ın bu başlık altında incelediğimiz plan değişikliğine ilişkin kararları bakımından en yoğun denetimi yaptığını düşündüğümüz kararı ise, yaklaşık yirmi beş yıl önce onaylanan imar planıyla çocuk yuvası alanına ayrılan davacı kooperatife ait site içinde bulunan taşınmazın, *"bu yerde yetişen ağaçların da büyümesi ile site içinde koruluk niteliğinde bir yeşil alan haline geldiği ve aktif olarak yeşil alan olarak kullanıldığı, site dışında bir yol ile bağlantısı olmayan ve teknik alt yapısı da bulunmayan bu yere plan amacı doğrultusunda inşaat yapılmasının yetişmiş ağaçların yok olmasına neden olacağı, zaman içinde değişen koşulların bu yerde çocuk yuvası yapılması gereğini ortadan kaldırdığı gerekçesiyle"* yeşil alan olarak belirlenmesi plan değişikliği talebinin davalı İdarece reddine ilişkindir. İdare mahkemesi dava konusu taşınmazın çevresinde çocuk yuvası alanı için eşdeğer alan olarak değerlendirilebilecek bir alan bulunmadığı ve yeşil alan olarak ayrılmasının plan bütünlüğünü bozacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay ise, her iki

⁴⁵ Danıştay 6.D., E. 1995/5161, K. 1996/1464, T. 25.3.1996, Kazancı.

kullanımın da sosyal altyapı alanı olmasından bahisle davacının talebinin sosyal altyapı alanının kaldırılmasına yönelik olmadığını belirttikten sonra hangi kullanımda üstün kamu yararı olduğunun belirlenmesi amacıyla; davacının iddialarının araştırılarak şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı doğrultusunda bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle yeniden karar verilmesi gerektiğinden davanın reddi yönündeki idare mahkemesi kararını bozmuştur⁴⁶.

Karardan anlaşıldığı üzere, Danıştay, İdarenin plan değişikliği bakımından ret yönünde olumsuz kararı bulunmasına rağmen davacının iddialarının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

3. Üstün Kamu Yararını Kanunun Belirlediği Durumlarda Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay'ın üstün kamu yararı kavramına ilişkin kararları incelendiğinde, bir kısım kararlarında, üstün kamu yararını belirleyen yasallık sebebi ve şartlarının doğrudan kanun koyucu tarafından kanun ile belirlendiği görülmektedir. Bu kapsamdaki düzenlemeler; kıyılar, ormanlar, meralar, tarımsal araziler gibi Anayasa tarafından koruma altına alınan özellikli alanlarda kendini göstermektedir. Gerçekten, kanun koyucu, Anayasa'nın özel koruma öngördüğü bu alanların oldukları gibi muhafaza edilmelerinden daha üstün bir kamu yararının gündeme geldiği durumları düzenleyerek esasında Devlete yüklenen koruma ödevinin de gereğini yerine getirmiş olmakta ve fakat "bağdaşabilir" kullanım biçimlerine üstün kamu yararı kavramı kapsamında imkân tanımaktadır.

Başka bir anlatımla, bir önceki başlıkta incelediğimiz, kanunla belirlenmemiş olan ve idari yargı yerinin somut olay karşısında ürettiği kriterler üzerinden tespit etmeye çalıştığı üstün kamu yararının yanı sıra; yasallık sebebi ve şartlarını kanundan alan ve kanunun öngördüğü çerçeve içerisinde tespit edilmesi gereken üstün kamu yararı örnekleri de bulunmaktadır. Danıştay'ın kanuna dayanılarak belirlenen üstün kamu yararı bakımından gerçekleştirdiği yargısal denetimi incelemeye geçmeden önce, yasallık sebebi ve şartı olarak neyi ifade ettiğimizi, tüketmeden fakat örnekleme yoluyla açıklama ihtiyacı hissediyoruz.

⁴⁶ Danıştay 6.D., E. 2008/4052, K. 2010/3288, T. 5.4.2010, Lexpera.

“Yasallık sebebi” olarak belirttiğimiz husus; yukarıda zikrettiğimiz Anayasa’nın Devlete koruma ödevi verdiği orman, mera, tarımsal arazi vb. alanların kendi kullanım amaçları yanında, farklı bir amaç için tahsis edilmek üzere, kanun koyucu tarafından sınırlı sayıda belirtilen birtakım kamusal faaliyet, yatırım ya da ihtiyaçları ifade etmektedir. Bu kapsamdaki örneklerden biri, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun⁴⁷ 8. maddesinde, sınırlı sayıda sayılan muhtelif turizm yatırımları bakımından, 6831 sayılı Orman Kanunu’na⁴⁸ göre orman sayılan yerlerin Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilmesini düzenleyen hükümdür. Bu madde hükmü uyarınca örneğin, termal turizme yönelik jeotermal kaynağı bulunan bir ormanlık alan turizm amaçlı kullanılmak üzere Bakanlığa tahsis edilebilecektir⁴⁹. Görüldüğü üzere, “termal turizm faaliyetinin gerçekleştirilecek olması”, anayasal koruma altında bulunan orman alanının başka bir amaca özgülenmesinin “yasallık sebebi”ni oluşturmaktadır. Benzer şekilde, 2634 sayılı Kanun’un 8. maddesinin devam eden bentlerinde; sağlık turizmi, kış turizmi, eko-turizm gibi başka yasallık sebepleri de sınırlı olarak sayılmıştır.

Yasallık sebeplerine başka bir örnek, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun⁵⁰ *"Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı"* başlıklı 13. maddesinden verilebilir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında, *"Mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri tarımsal üretim amacı dışında kullanılamaz."* hükmü getirildikten sonra; savunmaya yönelik stratejik ihtiyaçlar, doğal afet sonrası ortaya çıkan geçici yerleşim ihtiyacı, petrol ve doğal gaz arama ve işletme faaliyetleri gibi birtakım kamusal ihtiyaç ve yatırımlar tarımsal amaç dışında kullanım için geçerli sebepler olarak sınırlı sayıda sayılmıştır. Dolayısıyla Anayasa’nın 45. maddesiyle, tahsis amacı dışında kullanımı ve tahribinin önlenmesi ödevi yüklenen tarımsal arazilere ilişkin, 5403 sayılı Kanun’un 13. maddesinde

⁴⁷ RG., T. 16.3.1982, S. 17635.

⁴⁸ RG., T. 8.9.1956, S. 9402.

⁴⁹ **2634 sayılı Kanun, Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı Madde 8 – A.:** Hazine mülkiyetinde yeterli alan bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerlerden; (...) b) Termal turizmne yönelik jeotermal kaynakları bulunan, (...) yerler de Tarım ve Orman Bakanlığınca, bu fıkra da belirtilen usulle Bakanlığa tahsis edilir.

⁵⁰ RG. T. 19.7.2005, S. 25880.

düzenlenen kamusal ihtiyaç ve yatırımlar; üstün kamu yararı bulunması gerekçesiyle tahsis değişikliği yapılabilmesi için kanunda yasallık sebepleri olarak düzenlenmiştir.

“Yasallık şartı” olarak belirttiğimiz husus ise, üstün kamu yararının belirlenmesinde kanun koyucunun bulunmasını aradığı koşulları ifade eder. Dolayısıyla, kanunda öngörülen sebebin varlığı, üstün kamu yararının belirlenmesinde tek başına yeterli değildir; aynı zamanda kanunda yer alan şartların da sağlanması gerekir. Kanun koyucu kimi zaman “kamu yararı ve zaruret olması halinde”⁵¹ gibi esnek kavramlar yoluyla şartlar öngörmüş; kimi zaman ise “alternatif alan bulunmaması”⁵² ya da “kanunda belirlenen oranda alanın tahsisine izin verilmesi”⁵³ gibi ispatlanması daha mümkün şartlar koştur.

a. Yasallık Sebebi ve Şartlarının Kanunda Öngörülmesinin Hukuki Sonuçları

Bir önceki başlıkta örnekleme yoluyla ele aldığımız yasallık sebeplerinin sınırlı sayıda sayılması dolayısıyla mefhum-u muhalifinden; kanunda sayılanlar dışındaki herhangi bir kamusal ihtiyaç ya da yatırım karşısında, anayasal koruma altında bulunan orman, mera vb. alanların kendi tahsis amaçları kapsamında kullanılmasında üstün kamu yararı olduğunun kanun koyucu tarafından güvence altına alındığı ve vurgulanmış olduğu kabul edilmelidir. Bu kabulün bir diğer hukuki sonucu ise, bu kapsamda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, kamu yararları arasındaki değerlendirme doğrudan kanunla belirlendiği için; mahkeme, ayrıca yarar-zarar tartımı yapmayacak sadece kanunda belirlenen koşullara uyulup uyulmadığını denetleyecektir. Bir başka anlatımla, bu durumda kamu yararları arasındaki muhtemel bir yarışma veya çatışma,

⁵¹ **6831 sayılı Orman Kanunu m.17/3:** Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, hava ayrıştırma, altyapı, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesislerinin; baraj, gölet, sokak hayvanları bakımevi ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim, adli hizmet ve spor tesisleri ile ceza infaz kurumlarının ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında **kamu yararı ve zaruret olması halinde**, gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabilinde Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. (...)

⁵² **5403 sayılı Kanun, Tarımsal arazilerin amaç dışı kullanımı, m.13:** Mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri tarımsal üretim amacı dışında kullanılamaz. Ancak, **alternatif alan bulunmaması** ve Kurulun uygun görmesi **şartıyla**; (...) İçin bu arazilerin amaç dışı kullanım taleplerine, toprak koruma projelerine uyulması kaydı ile Bakanlık tarafından izin verilebilir. (...)

⁵³ **2634 sayılı Kanun, Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı Madde 8 – A.:** (...) Bu Kanuna göre tahsis edilecek orman sayılan yerlerde; a) Turizme tahsis edilecek alan, il genelindeki toplam orman sayılan yerlerin binde 5’ini geçemez. (...)

kanun koyucu tarafından öncesinde kanuni düzenleme yapılarak tercih edilmek suretiyle çözülmüş olmaktadır⁵⁴.

Bu hususu doğrulayan örnek bir kararda, harman yeri vasıflı parselin tahsis amacının değiştirilmesine yönelik talebin reddi üzerine açılan davada Danıştay, *“...mevzuat hükümleri uyarınca mera, yaylak ve kışlakların tahsis amacının değiştirilmesine ilişkin Kanun maddesine tabi olan taşımazın, tahsis amacının değiştirilmesinin 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinde tek tek sayılan sebeplerle sınırlı olduğu, dava konusu olayda bu şartların hiçbirinin mevcut olmadığı...”* gerekçesiyle davayı reddeden mahkeme kararını onamıştır⁵⁵.

Bu konuda ikinci bir örnek kararda ise, mera vasıflı taşınmazın bir kısmının köy yerleşim yeri planı yapılması için tahsis amacının değiştirilmesine ilişkin il mera komisyonu kararı, ilk derece mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Danıştay ise, İdarece kurulan teknik komisyon tarafından “iyi vasıflı mera” olarak tespit edilen taşınmazın, 4342 sayılı Kanun’un 14. maddesinin 4. fıkrası⁵⁶ uyarınca, aynı Kanun’un 14. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde belirtilen amaç çerçevesinde köy yerleşim alanı olarak belirlenmek üzere iyi vasıflı meranın tahsis amacıyla değişiklik yapılamayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁵⁷.

Dolayısıyla, kanun koyucu, mera vasıflı taşınmazlar arasında da bir ayrım yaparak durumu ve sınıfı “çok iyi” veya “iyi” olarak belirlenen meraların sadece yine tahdidi olarak sayılmış bazı faaliyetler karşısında tahsis amacının değiştirilebileceğini düzenleyerek, istisna dışında tutulan faaliyetler karşısında üstün kamu yararının, söz konusu taşınmazların mera vasıflı olarak tahsisinin muhafaza edilmesinde olduğu şeklinde iradesini ortaya koymuştur. Bu sebeple Danıştay, sadece kanunda belirlenen sebebin var olup olmadığını denetlemiştir.

⁵⁴ Kanunda öngörülen sebep ve şartlara dayanılarak tesis edilen işlemler bakımından ise Danıştay, yarar-zarar analizi ile kamu yararları arasında değerlendirme yapmaktadır. Bu yaklaşımı, bu başlığı müteakip “Kanunda Öngörülen Sebep ve Şartların Gerçekleşip Gerçekleşmediğinin İspatı Meselesi” başlığında inceleyeceğiz.

⁵⁵ Danıştay 17.D., E. 2015/7044, K. 2016/3070, T. 20.04.2016, Lexpera.

⁵⁶ **4342 sayılı Kanun m. 14/4:** (Değişik dördüncü fıkra: 26/3/2008-5751/3 md.) Durumu ve sınıfı çok iyi veya iyi olan mera, yaylak ve kışlaklarda birinci fıkranın (a), (f), (g), (ğ) ve (h) bentleri hariç, tahsis amacı değişikliği yapılamaz.

⁵⁷ Danıştay 17.D., E. 2015/7879, K. 2016/3555, T. 12.05.2016, Lexpera.

Üstün kamu yararının belirlenmesine ilişkin yasallık sebeplerinin sınırlı sayıda sayılmasının bir diğer hukuki sonucu, İdarenin ve idari yargı merciin kanunda öngörülenler dışında sebep ihdas edemeyecek olmasıdır. Bu hususu doğrulayan örnek bir karar, mera alanlarının tahsisine ilişkindir. Kaynak suyu dolum tesisleri ve su deposu olarak kullanılan tesislerle ilgili yapı kullanım izninin iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, Tapu Sicil Müdürlüğünden alınan yazıyla bir kısmının harman yeri bir kısmının ise mera olarak kamu orta mallarına kayıtlı olduğu anlaşılan söz konusu taşınmazların, 4342 sayılı Mera Kanunu⁵⁸ ile mera ve harman yeri vasfına sahip taşınmazların korunduğu ve bu alanlarda inşaat yapma yasağının bulunduğu; kullanım amacı yönünden üstün kamu yararı bulunması nedeniyle, açıkça kanuna aykırı olan dava konusu işlemin her zaman geri alınabileceği, bu durumun, hak ve nesafet kuralları ile idari istikrar ilkesini zedelemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay 6. Dairesi ise, ilk derece mahkemesi kararını olduğu gibi onamıştır⁵⁹.

Şartlar konusunun ise ayrıca değerlendirilmesi gerekir. İdarenin elbette kanunda öngörülen şartları yerine getirmesi gerekir fakat idari yargı mercii kamu yararları arasında değerlendirme yaparken kanunda öngörülmeyen başka şartların varlığını arayabilir mi? Kanunda öngörülmeyen şartların kamu yararlarının değerlendirilmesinde dikkate alınıp idari tasarrufun iptali sonucunu doğurabilir mi? Cevaplanması daha zor bir soru olarak, idari yargı mercii kanunda esnek kavramlarla ifade edilen şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini nasıl tespit edecektir? Bu sorulara, bir sonraki başlıkta ele alacağımız kararlar ekseninde yanıt arayacağız.

b. Kanunda Öngörülen Sebep ve Şartların Gerçekleşip Gerçekleşmediğinin İspatı Meselesi

Bu başlık altında, Danıştay'ın, İdarece belirlenen üstün kamu yararının yasallık sebebi ve şartlarının kanuna dayandığı hallerde gerçekleştirdiği yargısal denetimde nasıl bir tutum sergilediğini örnek yargı kararları çerçevesinde inceleyeceğiz.

⁵⁸ RG., T. 28.2.1998, S. 23272.

⁵⁹ Danıştay 6.D., E. 2014/4170, K. 2017/2708, T. 17.4.2017, Lexpera.

İlk olarak, Danıştay'ın bu kapsamdaki uyuşmazlıklarda, dava konusu idari tasarrufun yargısal denetiminde takip ettiği “yargısal yöntem”e işaret ettiği kararlarını ele alacağız. Gerçekten, Danıştay'ın, İdarenin kanunda öngörülen sebebe dayanarak tesis ettiği işlemin yasada tarif edilen üstün kamu yararını taşıyıp taşımadığını ve dolayısıyla hukuka uygun olup olmadığını test etmek için söz konusu sebebin ve şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini, yarışan/çatışan kamu yararları arasında değerlendirme yaparak çözdüğünü açıkça gösteren kararları mevcuttur.

Maden üretim faaliyetlerinde bulunabilmek için mera vasıflı parselin tahsis amacının değiştirilmesi talebinin reddi üzerine açılan bir davada Danıştay'ın karar gerekçesi, bu kapsamdaki uyuşmazlıklarda takip ettiği yargısal yöntemi göstermesi bakımından önemlidir. Söz konusu kararda Danıştay öncelikle, madencilik faaliyetinin yürütülmesi ve meraların korunması sonucu oluşan iki kamu yararını açıklamış ardından üstün kamu yararı kavramını kullanmadan bu iki kamu yararının devamı için ikisi arasında bir dengenin korunması gerekliliğine işaret etmiştir:

“Geçmişten günümüze kadar bireysel ve toplumsal yaşam alanlarında kullanılması nedeniyle yaşamımızı kolaylaştıran madenlerin ve buna ilişkin madencilik faaliyetlerinin önemi büyüktür. Canlı birer organizma olan bireyler olarak, sağlıklı bir yaşam sürdürebilmemiz için doğal çevreye, hayvansal ürünlere ve doğal hayvancılık faaliyetlerine ihtiyaç duymamız nedeniyle zarar görmemiş, tahribe uğramamış mera alanlarının da varlığını koruması gerekir. Yaşamımız için önem arz eden madencilik faaliyetlerinin çevresel ve kamusal etkilerinin olacağı açıktır. Bu nedenle, bireysel ve toplumsal ekonomiye de getiri sağlayan madencilik ve hayvancılık faaliyetlerinin devamı için ikisi arasındaki dengenin korunması gerekir.”⁶⁰

Kararın devamında ise Danıştay, işaret edilen bu dengenin korunmasında takip edilmesi gereken yöntemi, bilirkişi incelemesine başvurulması olarak belirlemiş ve ilk derece mahkemesinin bilirkişiye gitmeden, “4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin 2. bendinde tahsis amacı değişikliği için Valiliğe takdir yetkisi verildiği ve valiliğin bu yetkiyi kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı kullandığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi...” yönünde verdiği kararını bozmuştur:

“Madencilik faaliyetlerinde bulunulabilmesi için meranın tahsis amacının değiştirilmesine ilişkin uyuşmazlıkta; ilgili meranın, davacı şirketin madencilik faaliyeti için başka bir seçeneği olmayan zaruri bir alan olup olmadığının, davacı şirketin maden hukuku bakımından talepte bulunup bulunamayacağının, mera vasfındaki

⁶⁰ Danıştay 10.D. E. 2016/5835, K. 2016/3878, T. 26.10.2016, Lexpera.

taşınmazın tahsis amacı değişikliğini gerektiren koşulların var olup olmadığının, söz konusu alanın tahsis amacı değişikliği olması durumunda madencilik faaliyetleri sonucunda meranın eski haline getirilebilmesinin mümkün olup olmadığının, davacı şirket ile davalı idare tarafından ileri sürülen iddiaların ve konuyla ilgili yasal düzenlemelerin bir bütün içinde değerlendirilmesi ve ileri sürülen hukuka aykırılık iddialarının gerekirse bu ekseninde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle karşılanarak hüküm kurulması gerektiği açıktır. Bilirkişi incelemesinin esasını oluşturacak çerçevenin ve bu kapsamda yargılamanın sınırlarının belirlenmesinin, yargılamayı yapan mahkemeye ait olduğu da kabul edilmelidir."⁶¹

Benzer şekilde başka bir kararda da madencilik faaliyetinin yürütülmesiyle elde edilecek faydanın mı yoksa taşınmazın mera vasfının muhafaza edilmesindeki faydanın mı kamu yararına daha uygun olduğu hususunun kararda tartışılmadığı gerekçesiyle, eksik inceleme ve araştırmaya dayalı bilirkişi raporuyla hükmedilen ilk derece mahkemesi kararı Danıştay tarafından bozulmuştur:

*"Öte yandan, raporda dava konusu alandaki kalker cevherleşmesinin ne düzeyde olduğuna ilişkin (madencilik faaliyetinin yürütülmesi için ekonomik bir değer içerip içermediği açısından) bir değerlendirme yapılmadığı, madenin çıkartılmasının bölge ve ülke ekonomisine katkısı ile taşınmazın mera olarak korunması halinde sağlanacak faydanın karşılaştırılmadığı ve hangisinin kamu yararı açısından daha uygun olacağının belirtilmediği, madencilik faaliyetinin çevreye ve hayvancılığa olası etkilerinin tartışılmadığı, dava konusu alanın en yakın yerleşim yerine olan uzaklığının ölçülmediği, bu sebeple faaliyetin yerleşim yerlerine olumsuz bir etkisinin olup olmayacağının tespit edilmediği görülmekle, raporun hükme esas alınabilecek yeterlilikte olmadığı sonucuna varılmıştır."*⁶²

Dolayısıyla, her ne kadar 4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinde madencilik faaliyetinde bulunabilmek için Kanun kapsamındaki taşınmazların tahsis amacının değiştirilebileceği düzenlenmişse de⁶³ tahsis değişikliği bakımından, Kanun'un öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği idari yargı yeri tarafından takdir yetkisi kapsamında değerlendirilecektir. Nitekim 4342 sayılı Kanun'un mera alanlarında madencilik faaliyeti yapılmasına izin veren 14. maddesi, söz konusu faaliyetin zaruri olmasını aramakta ve maddenin 2. fıkrasında "*Bu madde*

⁶¹ Danıştay 10.D. E. 2016/5835, K. 2016/3878, T. 26.10.2016, Lexpera.

⁶² Danıştay 8.D., E. 2017/590, K. 2021/2561, T. 28.04.2021, Lexpera.

⁶³ **4342 sayılı Kanun m. 14/1-a:** Tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanunda gösterilenden başka şekilde yararlanılamaz. Ancak, bu Kanuna veya daha önceki kanunlara göre mera, yaylak ve kışlak olarak tahsis edilmiş olan veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazilerden; a) Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının talebi üzerine, 3213 sayılı Maden Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu ile 3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu hükümlerine göre, arama faaliyetleri sonunda rezervi belirlenen maden ve petrol faaliyeti ile jeotermal kaynak ve doğal mineralli sular için zaruri olan, (...) Yerlerin, ilgili müdürlüğün talebi, komisyonun ve defterdarlığın uygun görüşü üzerine, valilikçe tahsis amacı değiştirilebilir ve söz konusu yerlerin tescilleri Hazine adına, vakıf meralarının tescilleri ise vakıf adına yaptırılır.

kapsamında başvuruda bulunan kamu kurumları ile işletmeciler, faaliyetlerini çevreye ve kalan mera alanlarına zarar vermeyecek şekilde yürütmek ve kendilerine tahsis edilen yerleri tahsis süresi bitiminde eski vasfına getirmekle yükümlüdürler.” diyerek çevreye zarar vermeme yükümlülüğünü getirmektedir. Bu nedenle Danıştay, İdarenin söz konusu alanda madencilik faaliyeti yürütebileceğine ilişkin tahsis değişikliği kararını üstün kamu yararı bakımından tek başına yeterli görmemekte; işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken, Kanun’da aranan “zaruret hali”nin varlığını ve “çevreye (giderilemeyecek) zarar vermeme yükümlülüğü”nün yerine getirilebilirliğini kamu yararlarının değerlendirilmesinde dikkate alacağını belirtmektedir. Başka bir deyişle, Danıştay, bu kapsamdaki uyuşmazlıklarda kamu yararları arasında yaptığı değerlendirmeyi, Kanun’un kendisine çizdiği çerçeve içerisinde uygulamaktadır.

c. İdari Yargı Yerinin Kanun Koyucunun İradesine Uygun Biçimde Aradığı Kriterler

(1) Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı

Üstün kamu yararının belirlenmesinde kanunun yasallık sebebi olarak saydığı hallerin çoğu, bir kamusal ihtiyacın karşılanması ya da sonuçları itibarıyla kamuya yarar sağlayacağı düşünülen yatırımların desteklenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemelerde kimi zaman doğrudan faaliyet ya da yatırımın türü zikredilmekte, kimi zaman ihtiyacın kendisinden bahsedilmekte kimi zaman ise tür belirtilmeden ilgili Bakanlık tarafından kamu yararı kararı alınması şart koşulmaktadır.

Danıştay’ın uyuşmazlık konusu kamusal ihtiyaç ya da zaruret haline ilişkin aradığı kriterleri açık bir biçimde ortaya koyduğu yeni tarihli bir kararı bulunmaktadır. Söz konusu dava, nazım imar planı çalışmaları yapılması amacıyla uyuşmazlık konusu alanın 5403 sayılı Kanun m. 13/d uyarınca tarım dışı amaçla kullanılabilmesi için İçişleri Bakanlığı tarafından onaylanan kamu yararı kararının iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay hukuki değerlendirme aşamasına geçmeden önce Anayasa’nın 45. ve 5403 sayılı Kanun’un ilgili maddelerine ve daha önemlisi gerekçelerine yer vermiştir. Sonrasında, kamu yararı kararında aranacak kriterle ilişkin önemli olan şu tespitte bulunmuştur:

“Kamu Yararı kavramı, Anayasa ve kanunlarda net ifadelerle tanımlanmamış olmasına karşın Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarında tanımlanmış bulunmaktadır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve gerekçelerinin bir arada incelenmesinden, Kanun Koyucunun, 5403 Sayılı Kanun uygulamalarında öngördüğü Kamu Yararı; gerekli ve zorunlu olmadıkça ve kanundaki şartlar gerçekleşmedikçe, tarım arazilerinin tarım dışı amaçla kullanılmamasını ifade eder.”⁶⁴

Danıştay, 5403 sayılı Kanun’un ilgili maddesinin iptali talebine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına atıf yaparak, bu karardan hareketle; tarım arazilerinin tarım dışı amaçla kullanılabilmesi için aranan kamu yararının niteliklerini, “önemli bir ekonomik veya toplumsal ihtiyaca cevap verme” ve “kamu yararı yönünden zorunluluk taşıma” olarak belirtmiştir.

Kararda Antalya Büyükşehir Belediye Başkanlığının, kamu yararı kararı alınması talebi için İçişleri Bakanlığına yazdığı başvuruda gerekçe olarak; *“kent merkezinde etrafı tamamen planlı olan Kırcami Bölgesinin, ihtiyaç duyulan büyük alan kullanımı gerektiren fonksiyonların elde edilebilmesi ve kent makroformu içerisinde tariflenen ana ulaşım bağlantılarının oluşturulabilmesi için alternatifi olmayan bir bölge olduğunun, 1/50.000 ölçekli Stratejik Fiziki Plan Revizyonu çalışmaları kapsamında yapılan detaylı analizlerde Muratpaşa ilçesinin %60 oranında doyuma ulaştığı ve 2030 yılı projeksiyon nüfusuna bakıldığında ilçede yeni imarlı sahalara ihtiyaç duyulduğunun, yıllardır süren planlama çalışmaları sebebiyle yöre halkında bu yönde bir beklenti oluştuğu, tarımsal faaliyetlerin durduğu ve arazi fiyatlarının oldukça yükseldiği”*ni ileri sürdüğü görülmektedir. Danıştay ise, bölgenin tarımsal üretim dışında bir amaçla kullanılmasını zorunlu hale getiren kamusal ihtiyacın somut verilerle ortaya konamadığından bahisle davanın reddi yönündeki idare mahkemesi kararını bozmuştur:

“Bölgenin, tarımsal üretim dışında bir amaçla kullanılmasını zorunlu hale getiren hususların neler olduğunun, diğer bir ifadeyle verimli tarım arazilerinin, tarım dışı amaçla kullanılmasını zorunlu kılan kamusal ihtiyacın ne olduğu ve bu ihtiyacı karşılayacak alanın ne miktarda olduğunun somut bir biçimde ortaya konulmadığı; bu durumun, alınan bilirkişi raporuna ve yukarıda incelenen dava konusu işlemi takip eden imar planı revizyonlarına yansıdığı, anılan gerekçeyle de dava konusu işlemin yukarıda detaylı şekilde açıklanan 5403 Sayılı Kanun uygulamalarında öngördüğü Kamu Yararı kararının taşınması gereken, halihazırda somut verilerle ortaya konulabilen bir ihtiyaç için ve ülkenin mevcuttaki genel ihtiyaçları ile gelecek nesillerin ihtiyaçları da gözetilerek tesis edilmesi gerekliliğiyle bağdaşmadığı anlaşılmaktadır.”⁶⁵

⁶⁴ Danıştay 10.D., E. 2017/1105, K. 2019/831, T. 23.1.2019, Kazancı.

⁶⁵ Danıştay 10.D., E. 2017/1105, K. 2019/831, T. 23.1.2019, Kazancı.

Danıştay kamusal ihtiyacın somut verilerle ortaya konması gerektiği hususunu irdelediği bir başka kararında ise; özel hukuk kişisi olan firmanın yağ entegre tesisi kurmak amacıyla Hayrabolu Organize Sanayi Bölgesi içinde yer tahsisi talebinin karşılanamaması üzerine, Tekirdağ ili, Hayrabolu ilçesinde bulunan parsellerin, Hayrabolu Organize Sanayi Bölgesine ilave edilmesi amacıyla tarım dışı amaçla kullanımının uygun bulunduğu dair Tarım ve Orman Bakanlığı oluru hukuka uygun bulmuş ve söz konusu işlemin iptali yönündeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁶⁶.

İlk derece mahkemesi, mutlak tarım arazisinin niteliği dikkate alındığında özel bir alana ihtiyacı bulunmayan ticari işletme niteliğindeki yağ entegre tesisinin dava konusu alan üzerinde kurulmasında kamu yararından ziyade bireysel yarar bulunduğu ve bu hususun Anayasa'nın 45. maddesine de aykırılık oluşturacağı gerekçeleriyle işlemin iptaline karar vermiştir.

Temyiz mercii olarak Danıştay, ilk derece mahkemesinin “talep edilen mutlak tarım arazisi niteliğindeki alanın yağ entegre tesisi için tahsisinin kamu yararından ziyade bireysel yarar taşıdığı” gerekçesini; Tekirdağ Valiliği, Bilim Sanayi ve Teknoloji İl Müdürlüğü'nün kamu yararı kararında yer alan gerekçeler ışığında değerlendirmiştir. Danıştay, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca, kamu yararı kararı ile tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına karar verilebilmesi için yatırımın, “*kamu yararının zorunlu kıldığı ve başka yerlerde de yapılması mümkün olmayan türden yatırım ve faaliyetlerden oluşması gerektiği*” ve “*devlete yüklenilen tarım arazilerinin korunması ödevi ile sosyal veya ekonomik bazı zorunlu ihtiyaçlar arasında makul bir denge kurulması ve tarım arazisinin amaç dışı kullanımının sosyal veya ekonomik açıdan daha fazla kamusal yarar sağlayacağının ortaya konulması gerektiği*”ni belirterek, üstün kamu yararı bakımından, yarışan yararlar arasında değerlendirme yapılırken dikkate alınacak Kanun'un öngördüğü koşullara işaret etmiştir. Bu bağlamda Danıştay, Müdürlüğün aldığı kamu yararı kararında belirtilen aşağıdaki gerekçeleri, Kanun'da öngörülen koşulların gerçekleşmesi bakımından yeterli görmüştür:

⁶⁶ Danıştay 10.D., E. 2016/416, K. 2020/4579, T. 05.11.2020, Lexpera.

“...söz konusu alanın mevcut OSB bitişiğinde olması neticesinde arıtma ve altyapı maliyetlerinin azalacağı, münferit ve dağınık sanayi alanlarının oluşumunun engelleneceği, yatırım ve istihdamın artacağı, yörede üretilen ürünlerin yakında işlenmesi neticesinde fiyat avantajı sağlanarak tarımsal üretimin destekleneceği, komisyon incelemesindeki değerlendirmeler doğrultusunda yapılacak yatırımın insan, toplum ve çevre ilişkisinde dengeyi bozucu nitelikte olmadığı, ilçe ekonomisine katkı sağlayacağı...”⁶⁷

Bu bağlamdaki kararlara başka bir örnek olarak, Danıştay, ormanlık alanda hidroelektrik santrali (HES) kurulması için davacı şirkete verilen iznin iptali istemiyle açılan davada, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 17. maddesine⁶⁸ atıf yaparak, ilk derece mahkemesi kararının aksine⁶⁹, “ülkemizin içinde bulunduğu enerji açığı”nı zaruret hali olarak değerlendirmiş ve İdarenin kamu yararı doğrultusunda takdir yetkisi kapsamında hareket ettiğini belirtmiştir. Projenin çevreye vereceği zararlar bakımından ise, ilk derece mahkemesi ile aynı yönde, HES projesinin tam olarak hazırlanmamış bir proje ile çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) sürecine tabi tutulmadan yapılmasının teknik, idari ve bilimsel açıdan kabul edilemeyeceğini, İdarenin eksikleri tamamlayarak yeniden işlem tesis edebileceği gerekçesiyle iptal kararını onamıştır⁷⁰.

6831 sayılı Kanun’un 17. maddesinin 3. fıkrasında, madde hükmünde zikredilen faaliyet alanlarında ormanlık alanın tahsisine izin verilmesi, “kamu yararı ve zaruret olması hali”ne bağlanmıştır. Dolayısıyla, Danıştay Dairesinin de belirttiği üzere bilirkişi raporundaki teknik eksiklikler sonradan da tamamlanabileceği için üstün

⁶⁷ Danıştay 10.D., E. 2016/416, K. 2020/4579, T. 05.11.2020, Lexpera.

⁶⁸ **6831 sayılı Orman Kanunu m.17/3:** (...)Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, hava ayırıştırma, altyapı, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesislerinin; baraj, gölet, sokak hayvanları bakımevi ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim, adli hizmet ve spor tesisleri ile ceza infaz kurumlarının ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde, gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabilinde Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir.(...)

⁶⁹ İlk derece mahkemesinin tahsis işleminin zaruri olmadığına ilişkin gerekçesi: “...Havzasının öncelikli olarak bir ekolojik koruma bölgesi olduğu ve yapılması planlanan Düzenli HES projesinin havzanın özelliklerini bozacağı, dünya biyosfer rezerv alanı olarak belirlenmiş, bitki ve hayvan çeşitliliği açısından zengin ve kendine özgü (endemik) türlerin bulunduğu bir alana yapılacak müdahalelerin doğal yaşama ciddi bir tehdit oluşturacağı, **bu haliyle ormanlık alanın tahsis edilmesi işleminde, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 17/3. maddesi uyarınca ortada bir zaruret olmadığı, işlemde kamu yararının ve üstün kamu yararının bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.**” Bkz. Danıştay 8. D., E. 2014/7006, K. 2015/1108, T. 23.2.2015, Lexpera.

⁷⁰ Danıştay 8.D., E. 2014/7006, K. 2015/1108, T. 23.2.2015, Lexpera. Karar, çalışmanın “Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi” ve “Danıştay’ın Yaklaşımına Etkili Bir Unsur Olması Açısından ‘Bilirkişilik Müessesesi’nin Rolü” başlıklarında daha detaylı ele alınacaktır.

kamu yararı değerlendirmesi bakımından can alıcı nokta, Kanun’da şart koşulan “kamu yararı ve zaruret olması hali”nin somut olayda bulunup bulunmadığına ilişkin idari yargı yerinin yaklaşımıdır. Danıştay, teknik eksiklikleri kamu yararı ve zaruret halinin yokluğu olarak değerlendirmemiş; İdarenin işlemi tesis ederken dayandığı maddi sebebi (ülkemizin içinde bulunduğu enerji açığı), bu kapsamda yeterli görmüştür.

(2) Alternatiflerin Değerlendirilmesi

Danıştay, birden fazla kamu yararının yarışması/çatışmasının söz konusu olduğu uyuşmazlıklara ilişkin kararlarının bir kısmında, İdarenin işlemi tesis ederken diğer kamu yararına daha az zarar verecek/koruyacak şekilde alternatifleri araştırıp değerlendirerek tasarrufta bulunup bulunmadığını irdelemektedir. Bunun en tipik örneğini, bir kamu hizmeti ya da kamuya faydası olduğu düşünölen yatırım hayata geçirilirken İdarenin “yer seçimi”ne ilişkin tercihleri oluşturmaktadır. Kimi durumlarda yarışan/çatışan kamu yararlarının hayata geçirilmesine ilişkin alternatif üretmek, yürütölecek faaliyetin özelliğinden ötürü mümkün olmamaktadır. Bu durumda alternatif olup olmadığı değerlendirilmeden fayda ve zararların değerlendirildiğı ikinci aşamaya geçilir. Örneğın orman alanında bulunan bir maden rezervinin çıkarılması için alternatif bir yer seçimi aranması düşünölemez. Kimi hallerde ise faaliyet için tercih edilen yer olmazsa olmaz değıldir ve faaliyet için alternatif yer seçimi değerlendirilerek diğer kamu yararının da korunması sağlanır. Ölçölölük ilkesinin bir izdüşümü olan bu yaklaşım, mevzuat hükümlerinde de yerini bulmuştur. Gerçekten, 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun⁷¹ ÇED sürecini tanımlayan hükmü projenin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkileri belirlenirken, seçölen yer ve teknolojiye ilişkin alternatiflerin değerlendirilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bunun haricinde bazı özel kanunlarda da ancak alternatif alan bulunmaması halinde İdarenin tasarrufta bulunmasına imkân veren düzenlemeler vardır. Örneğın, 3621 sayılı Kıyı Kanunu’nun⁷² 6. maddesinde⁷³ alternatif alan bulunmaması durumunda

⁷¹ RG., T. 9.8.1983, S. 18132.

⁷² RG., T. 17.4.1990, S. 20495.

⁷³ **3621 sayılı Kanun, Kıyının Korunması, Yapı Yasağı, Kıyı ve Denizde Yapılacak Yapılar, Madde 6** – Kıyı, herkesin eşitlik ve serbestlikle yararlanmasına açık olup, buralarda hiçbir yapı yapılamaz; duvar, çit, parmaklık, telörgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamaz. Kıyılarda, kıyıyı değıştirecek boyutta kazı yapılamaz; kum, çakıl vesaire alınamaz veya çekilemez. Kıyılara moloz, toprak, curuf, çöp

kıyıda imar planı kararıyla endüstri bölgeleri kurulabileceği düzenlenmiştir. Başka bir örnek olarak, 5403 sayılı Kanun'un alternatif alan bulunmaması halinde tarım arazilerinin tarımsal üretim amacı dışında kullanımını düzenleyen 13. ve 14. maddeleri verilebilir. Dolayısıyla daha önce zikrettiğimiz gibi kimi durumlarda “yasallık şartı” olarak kanunda öngörülen “alternatiflerin değerlendirilmesi” meselesi, yarışan/çatışan kamu yararları arasında değerlendirme yaparken Danıştay kararlarının gerekçelerinde yer bulmuştur.

Bu duruma örnek olarak, “Camili Biyosfer Rezervi” alanında kurulması planlanan HES projesine ilişkin imar planlarına karşı açılan dava verilebilir. Danıştay, söz konusu HES projesi bakımından yer seçimi ve teknolojik alternatiflere dair yeterli araştırmanın yapılmamasına da karar gerekçesinde yer vererek dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararını onamıştır:

“Bu durumda, yapımı planlanan santrale ilişkin olarak yapılan incelemelerin yeterli miktarda ve ayrıntılı düzeyde olmadığı, yer seçimi ve teknolojik alternatiflere dair incelemelerin tam ve doğru olarak yapılmadığı, çevreye olabilecek etkilerinin tam ve doğru olarak açıklanmadığı, erezyon bölgesi olan bir alanda yapılacak olan yapım ve işletim faaliyetinin çevre üzerindeki olumsuz etkileri, doğal çevrenin korunmaması nedeniyle işleminde kamu yararı da olmadığı göz önünde bulundurulduğunda dava konusu işlemin iptalinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”⁷⁴

Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarının geneline bakıldığında alternatif araştırmasının hiç yapılmaması gibi belirgin bir eksiklikten ziyade araştırmanın tam ve doğru bir şekilde yapılmamasından kaynaklı eksikliklere ilişkin gerekçelerin daha fazla vurgulandığı tespit edilmiştir. Danıştay, İdare tarafından alternatif alan araştırması yapılmasını tek başına yeterli görmemekte aynı zamanda bu araştırmanın tam ve doğru şekilde yapıp yapılmadığını da incelemektedir. Dolayısıyla, Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımı, kanunda öngörülen koşulları üstün kamu yararı bakımından nasıl değerlendirdiğini tespit etmek için önem arz etmektedir.

Bu hususa örnek bir uyuşmazlıkta, 5403 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca dava konusu alanın spor kompleksi yapılmak üzere tarım dışı amaçla kullanılmasını uygun bulan Bakanlık işleminin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, ilk derece

gibi kirlетici etkisi olan atık ve artıklar dökülemez. (...) Kıyıda imar planı kararı ile; (...) alternatif alan bulunmaması durumunda 9/1/2002 tarihli ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanununa göre kurulan, işletilen ve mevcut en iyi teknikleri kullanan endüstri bölgeleri, (...) Yapılabilir.

⁷⁴ Danıştay 6.D., E. 2011/4773, K. 2014/7690, T. 26.11.2014, Lexpera.

mahkemesinin işlemin iptali yönünde tesis ettiği kararı bozmuştur. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi, üstün kamu yararının yasayla tarif edildiği hallerde, kanunda öngörülen koşulların hem İdarenin karar alma sürecinde nasıl ele alınması gerektiğine hem idari yargı yerinin uyuşmazlığı çözüme kavuştururken yapacağı yargısal denetimin yoğunluğuna ilişkin önemli bir yaklaşım getirmektedir. Mahkeme, tarım arazilerinin amaç dışı kullanımlarının “istisna hüküm” niteliğinde olduğunu belirterek 5403 sayılı Kanun’da öngörülen koşulların “sıkı bir denetime tabi tutulması gerektiği”ni ifade etmiştir:

*"...tarımsal niteliği oldukça yüksek olan tarım arazisinin amaç dışı kullanımı konusunda mevzuatta öngörülen istisna hükümlerinin çok sıkı bir denetim sonucunda yerine getirilmesi durumunda onay verilebileceği, alternatif alan araştırmasının çok geniş çaplı yapılması ve tarım dışı alan bulunamaması durumunda ise tarımsal potansiyeli daha düşük alanlardan karşılanması konularında çok dikkatli davranılması suretiyle anayasal hak olan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının ihlal edilmemesi gerektiği, bunun yanında düzenlenecek etüd raporunun objektif kriterler ışığında ve alternatif alanların, teknik, ekolojik, ekonomik kriterler ile tarım dışı amaçla arazi kullanım talebini yapanın yazılı görüşü dikkate alınarak kurul tarafından alternatif olup olamayacağı değerlendirilerek karara bağlanması suretiyle **mevzuat hükümlerine uygun ve sıkı bir denetim çerçevesinde yukarıda zikredilen istisna hükümlerinin yerine getirilmesi suretiyle tarım arazilerinin tarım dışı amaçla kullanılmasına izin verilebileceği**, buna karşın bu hususların yeteri kadar gözetilmeden hazırlanan etüd raporu dikkate alınarak ve alternatif alan araştırmasında oldukça dar bir alan gözetilerek, yeterli inceleme ve araştırma yapılmadan sunulan bilgi ve belgelere istinaden verilen onay işleminde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı..."⁷⁵*

İlk derece mahkemesi yukarıda alıntıladığımız gerekçe ile Bakanlık işlemini iptal ederken, Danıştay; alternatif alanlar bakımından ayrıntılı bir araştırmanın yapılması konusunda idare mahkemesiyle aynı kanaatte olmakla birlikte, bu alanlara ilişkin bilirkişiye gidilerek hüküm kurulması gerektiğinden eksik inceleme sebebiyle kararı bozmuştur. Danıştay’ın, alternatif alan araştırmasına ilişkin bilirkişi incelemesinden beklediği kriterler mahkemenin kanunda öngörülen koşulların İdare tarafından biçimsel olarak gerçekleştirilmesini kabul etmeyip yoğun bir denetime tabi tuttuğunun güzel bir örneğidir. Danıştay, söz konusu uyuşmazlıkta alternatif alan araştırmasından beklediği incelemeleri şöyle sıralamıştır:

"...dava konusu işlemin dayanağını oluşturan 5403 sayılı Kanun'un temel amacının toprağın korunması olduğu ve bu Kanun'un 13. maddesi kapsamında verilen tarım dışı kullanım izinlerinin de öncelikle, arazilerin tarımsal niteliği ve bu araziye kıyasla tarımsal niteliği daha düşük olan başka alternatif alanların bulunup bulunmaması açısından değerlendirilmesi gerektiği dikkate alındığında Mahkemece; öncelikle,

⁷⁵ Danıştay 10.D., E. 2014/5057, K. 2019/1511, T. 26.2.2019, Kazancı.

taşınmazla ilişkin nazım ve uygulama imar planları ve ilgili bulunan diğer eksik bilgi ve belgeler dosyaya toplanarak; planlanan yatırım için öncelikle ne kadar büyüklükte bir alana ihtiyaç olduğu, taşınmazların ilgili süreçte tarımsal niteliği korunacak alanlar arasında olup olmadığı, tarımsal bütünlüğe etkisi ve bölgede anılan yatırıma elverişli alternatif alan bulunup bulunmadığı hususlarının somut verilerle ortaya konulmasını teminen mahallinde, alternatif olarak işaret edilen alanlarda ve varsa yeni alternatif alanlarda keşif icrasıyla üniversitelerin ilgili bölümlerinden ve en az ikisi ziraat konusunda uzman olmak üzere öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyeti marifetiyle bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle, Kanunun 13. maddesinin lafzı ve gerekçesine uygun surette açıklama içeren bir rapor alınarak karar verilmesi gerekmekte iken, böyle bir inceleme yapılmadığı anlaşılmıştır.”⁷⁶

Danıştay’ın, bu kapsamda incelediği davalardan biri de 10. Dairenin E. 2016/416, K. 2020/4579, T. 05.11.2020 künyeli kararıdır⁷⁷. İlk derece mahkemesinin iptal gerekçelerinden biri, İdare tarafından alternatif alan araştırmasının yeterince yapılmamasıdır. İdare mahkemesi, yalnızca firmanın talep ettiği Hayrabolu Organize Sanayi Bölgesine (OBS) bitişik dava konusu alan üzerinden araştırma yapıldığını ancak bölgedeki diğer OSB’ler içinde veya dışında tarımsal üretim yapabilme özelliğini kaybetmiş alan araştırması yapılmadığını vurgulamıştır.

Temyiz incelemesi yapan Danıştay ise, 5403 sayılı Kanun’un 13. maddesi ve anılan Kanun’a dayanılarak çıkartılan "Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Arazi Toplulaştırılmasına İlişkin Tüzük"ün ilgili maddelerine yer verdikten sonra üstün kamu yararının belirlenmesi bakımından önem arz eden şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, 5403 sayılı Kanun ile ülkemiz açısından kıt bir kaynak olan tarım arazilerinin verimli, dengeli ve ekonomik olarak değerlendirilmesi amaçlanarak, tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı için birden çok koşulun bir arada bulunmasının öngörüldüğü, bu bağlamda; mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazilerinin tarımsal üretim amacı dışında kullanılamayacağı, ancak alternatif alan bulunmaması ve sayma suretiyle belirtilen şartların bulunması durumunda; Toprak Koruma Kurulunun uygun görüşü üzerine, Tarım ve Orman Bakanlığınca veya Valiliklerce izin verileceği, belirtilen izin alındıktan sonra imar planı veya imar planı değişikliği yapılarak tarım arazilerinin değişik amaçlarla tahsis edilebileceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, kural olarak mer’i mevzuat hükümleri uyarınca korunması gereken alanların OSB kurulması amacıyla yer seçim incelemesine alınmasının mümkün olmadığı, ancak daha üstün bir kamu yararının gerektirmesi halinde ve üstün kamu yararına

⁷⁶ Danıştay 10.D., E. 2014/5057, K. 2019/1511, T. 26.2.2019, Kazancı.

⁷⁷ Söz konusu karar, çalışmanın “Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı” başlığında incelenmiştir.

ilişkin faaliyetin yürütülebileceği alternatif bir alan bulunmaması halinde korunması gereken tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına izin verilebileceği anlaşılmaktadır.”⁷⁸

Yukarıda alıntıladığımız paragraf ile Kanun’da belirlenen koşullar çerçevesinde kamu yararları arasında değerlendirme yapacağına işaret eden Danıştay, karar gerekçesinin tarım dışına çıkarılmak istenen dava konusu alana ilişkin alternatiflerin değerlendirilip değerlendirilmediğini incelediği kısımda, OSB Yer Seçim Komisyonunca hazırlanan raporu incelemiştir. Bu inceleme sonucunda Danıştay, dava konusu alanın alternatifinin bulunmadığının tespit edildiği ve davacı tarafından bu durumun aksinin kanıtlanamadığını belirtmiştir.

Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin, Hayrabolu OSB dışında alternatif alan araştırması yapılmadığı yönündeki gerekçesi; OSB Yer Seçim Komisyonu raporunda, dava konusu işlemin Hayrabolu OSB’de yer olmaması nedeniyle “ilave alan çalışması” neticesinde tesis edilmesinden ötürü, tahsis edilecek alanın, mevcut OSB ile yönetsel, altyapısal ve fiziki olarak bütünlük arz etmesi gerektiği belirtildiğinden kabul görmemiştir. Alternatif alan araştırması bakımından, ilk derece mahkemesince hazırlatılan bilirkişi raporunda, talep edilen alanın bölgedeki diğer OSB’lerden karşılanabileceği görüşü Danıştay tarafından, söz konusu OSB’lerin sadece doluluk oranlarına bakılarak karar verildiği; faaliyet alanları, altyapısal ve teknik özelliklerinin yağ entegre tesisi işletmesi bakımından uygun olup olmadığının araştırılmaması sebebiyle, davalı İdarenin tespitlerini kusurlandırıcı ve hükme esas alınabilir nitelikte görülmemiştir.

(3) Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi

İdarenin gerçekleştirmek istediği kamusal ihtiyaç ya da yatırımların taşıdığı ekonomik kamu yararı karşısında yarışan/çatışan kamu yararı çoğu zaman çevrenin korunması yönündeki kamu yararı olmaktadır. İdarenin bu kapsamda gerçekleştirmek istediği faaliyetler bakımından tabi olduğu, Türkiye’nin taraf olduğu Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve 2872 sayılı Çevre Kanunu da bu bağlamda sürdürülebilir

⁷⁸ Danıştay 10.D., E. 2016/416, K. 2020/4579, T. 05.11.2020, Lexpera.

çevre ve sürdürülebilir kalkınma arasında bir denge arayışına işaret etmektedir⁷⁹. Danıştay, terazinin bir kefesinde ekonomik kamu yararı bir kefesinde çevrenin korunması biçiminde ortaya çıkan kamu yararının söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, bu anlayışı sürdürecektir bir biçimde kamu yararları arasında değerlendirme yapmaktadır. Bu değerlendirmeyi yaparken de söz konusu kamusal ihtiyaç ya da yatırımın çevrede yol açacağı zararın niteliği ve derecesinden hareket etmektedir. Danıştay, muhtemel zararların hesaplanmasını ve bunun sonucunda kamu yararları arasında değerlendirme yapmayı, 2872 sayılı Çevre Kanunu ve ona dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuat çerçevesinde öngörülen koşullar ışığında bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle çözümlenmesini kabul etmektedir.

Bu kapsamda örnek bir kararda, Erzurum ili Tortum ilçesi Katıklı Çayı üzerinde yapılacak HES projesi kapsamında verilen ÇED gerekli değildir kararının iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, “Devlete ait kaynakların üretime dahil edilmesi suretiyle ülkenin kendi elektrik enerjisinin üretilmesinde üstün kamu yararı bulunduğu”nu belirterek davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise üstün kamu yararı kavramına yer vermeden, dava dosyasına sunulan bilirkişi raporlarının birbiriyle çeliştiğini, mevzuat uyarınca bilirkişi heyetinde bir çevre mühendisinin de olması gerekirken bulunmadığını tespit ederek, eksik inceleme nedeniyle yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi için mahkeme kararını bozmuştur⁸⁰.

Başka bir HES projesine ilişkin kararında Danıştay, ilk derece mahkemesinin “enerji açısından, ülkemizin önemli ölçüde dışa bağımlı olduğu gözönüne alındığında, HES tesislerinin önemli bir yenilenebilir enerji seçeneği olarak öne çıkmakta olduğu

⁷⁹ **2872 sayılı Kanun, Amaç: Madde 1** – (Değişik: 26/4/2006-5491/1 md.) Bu Kanunun amacı, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, **sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda** korunmasını sağlamaktır.

Tanımlar: Madde 2 – (Değişik: 26/4/2006-5491/2 md.) Bu Kanunda geçen terimlerden; **Çevre:** Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulundukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamı, **Çevre korunması:** Çevresel değerlerin ve ekolojik dengenin tahribini, bozulmasını ve yok olmasını önlemeye, mevcut bozulmaları gidermeye, çevreyi iyileştirmeye ve geliştirmeye, çevre kirliliğini önlemeye yönelik çalışmaların bütünü, (...) **Sürdürülebilir çevre:** Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini, **Sürdürülebilir kalkınma:** Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi, (...) ifade eder.

⁸⁰ Danıştay 14.D., E. 2011/16648, K. 2012/3551, T. 16.05.2012, Lexpera.

ve üstün kamu yararı dikkate alındığında, öncelikli olarak değerlendirilmesi gereken bir enerji kaynağı olduğu, ancak, bütün bu çalışmalar sırasında, yöre halkının ve çevrenin söz konusu faaliyetten etkilenmemesi için tüm tedbirlerin alınması gerektiği kanaatine varıldığı ve bu rapor esas alınmak suretiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği” yönündeki kararını, bilirkişi raporunda ÇED raporuna dair olumsuz iki hususa eksik inceleme sonucu varılması sebebiyle bozmuştur⁸¹.

HES projelerine ilişkin Danıştay’ın yukarıda yer verdiğimiz iki kararında da ilk derece mahkemeleri üstün kamu yararı değerlendirmesi yapmış fakat eksik inceleme sebebiyle bozma kararı verildiği için Danıştay’ın kavrama ilişkin yaklaşımına dair net bir çıkarım yapmak mümkün olmamıştır. Fakat yine de söz konusu kararlarda yer alan ilk derece mahkemesi yaklaşımlarını ekonomik kamu yararı penceresinden değerlendirmek önem arz etmektedir. İlk kararda yenilenebilir enerji kaynaklarının üretiminin doğrudan ekonomik getirisi ve etkisi üzerinden hüküm kurulmuş; ikinci kararda ise, projenin ekonomik değeri ile birlikte yöre halkı ve çevrenin de korunması bakımından gözetilmesi gereken bir dengeye işaret edilmiştir. Dolayısıyla üstün kamu yararının, sadece, finansal açıdan kamuya faydalı olacak tasarruflara özgü bir kavram olmadığı; bir başka deyişle, karşılaştıran yararlar arasında her zaman ekonomik getirisi yüksek olana öncelik tanınacağı gibi standart bir formülün söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

Nitekim, 2005 yılında UNESCO tarafından Türkiye’nin ilk ve tek dünya biyosfer rezervi ilan edilen “Camili Biyosfer Rezerv” alanını da kapsayan bölgede HES kurulabilmesi için nazım ve uygulama imar planı yapılmasına ilişkin Artvin İl Özel İdaresi Genel Meclisinin kararına karşı açılan iptal davasında Danıştay, söz konusu projenin her ne kadar mevzuat uyarınca ÇED raporu alınması gerekenlerden olmasa da çevreye olan etkilerinin “kamu yararı” açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu husus ÇED raporu alınması yönünden muafiyet tanınan projeler bakımından çevreye etkileri dolayısıyla üstün kamu yararı değerlendirmesi yapılabileceğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir.

⁸¹ Danıştay 14.D., E. 2013/8304, K. 2015/3733, T. 7.5.2015, Lexpera.

Mahkeme kararının devamında, yararlanıcılar açısından bakıldığında elektrik üretiminden kamunun yararlanacağını fakat bu üretimin gerçekleştirilmesi için yapılacak çalışmaların vadinin ekosistemine vereceği zararlar değerlendirildiğinde “sosyal manada toplumsal maliyetin çok fazla olacağı” ifade edilerek üstün kamu yararının vadinin korunmasında olduğuna hükmedilmiştir:

“... elektrik üretilmesinde genel olarak kamu yararı olduğu kabul edilebilir ise de, vadede somut proje ile elektriğin üretilerek olmasının sosyal hayata, o vadinin ekosistemine, canlı yaşamına vereceği onarımı mümkün olmayan zararlar nedeni ile gözetilmesi gereken üstün kamu yararı, söz konusu vadinin korunmasıdır. Zira elektrik başka şekilde de üretilir ama UNESCO tarafından Türkiye'nin ilk ve tek 'dünya biyosfer rezervi' ilan edilen bu vadinin korunmasının daha önemli olduğu kuşkusuzdur.

Yapılmak istenen proje ile biyolojik çeşitliliğin zarar görmesi ve türlerin yok olması sonucu doğal dengenin bozulmasının kaçınılmaz olduğu doğal dengenin bozulmasıyla birlikte insan yaşamının tehlikeye düşebileceği, ayrıca biyoçeşitliliğin yok olmasının, dolaylı olarak büyük ekonomik kayıplara da neden olacağı açıktır. O halde biyoçeşitliliğin korunmasında belirgin bir kamu yararı olduğu göze çarpmaktadır.

Bu durumda, yapımı planlanan santrale ilişkin olarak yapılan incelemelerin yeterli miktarda ve ayrıntılı düzeyde olmadığı, yer seçimi ve teknolojik alternatiflere dair incelemelerin tam ve doğru olarak yapılmadığı, çevreye olabilecek etkilerinin tam ve doğru olarak açıklanmadığı, erezyon bölgesi olan bir alanda yapılacak olan yapım ve işletim faaliyetinin çevre üzerindeki olumsuz etkileri, doğal çevrenin korunmaması nedeniyle işlemden kamu yararı da olmadığı göz önünde bulundurulduğunda dava konusu işlemin iptalinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”⁸²

“Camili Biyosfer Rezerv” alanında HES kurulması için ormanlık alanın elektrik üretim şirketine tahsisine ilişkin Çevre ve Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Kadastro ve Mülkiyet Dairesi Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan bir başka davada ise Danıştay, uyuşmazlık konusu faaliyetin yürütülmesinde bulunan zaruret halinin üstün kamu yararı olarak kabul edilmesi için yeterli olmadığı, faaliyetin hayata geçmesiyle birlikte tahsis edilecek ormanlık alanda çevreye verilecek zararın tespit edilerek bu kapsamda alınması gereken tedbirlerin belirlenmesi sonucu karar alınması gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir:

“Olayda; davalı idarece, ülkemizin içinde bulunduğu enerji açığı dikkate alınarak, projenin uygulanmasında kamu yararı ve zaruret bulunduğu sonucuna varılarak takdir yetkisi kapsamında işlem tesis edilmiş ise de; yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu doğrultusunda; projede uygulanan Tennant metodunun düzenli HES projesinin üzerine kurulacağı dereler için uygun bir metot olup olmadığı belirlenerek ve HES projesinin ekolojik dengeye olabilecek etkilerinin tespiti için fiziksel, kimyasal ve biyolojik bütünlüğün havza bazında inceleneceği geniş kapsamlı bir çalışma yapıldıktan

⁸² Danıştay 6.D., E. 2011/4773, K. 2014/7690, T. 26.11.2014, Lexpera.

sonra bölgenin ekolojik dengesini ve çok özel olan çevresini koruyacak tedbirleri de belirleyerek, yeniden işlem tesis edilebileceği tabidir."⁸³

Bir başka yenilenebilir enerji kaynağı olan rüzgar enerjisine ilişkin kararda ise, Gelibolu Güneyli Rüzgar Enerji Santrali (RES) Projesinin, Orman ve Su İşleri Bakanlığının Genelgesi uyarınca, rüzgar enerji santrallerinin ve RES ölçüm direği müracaatlarının değerlendirmeye alınmayacağı ve kapasite artışına izin verilmeyeceği alanlarda yer aldığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine Genelge'nin iptali istemiyle açılan davada, mahkemenin, işlemin yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğuna hükmederek karar vermesine rağmen; Danıştay Savcısının işlemin sebep unsurunu değerlendirdiği kısmı çalışmamız bakımından önem taşımaktadır:

"Dava konusu RES projesinde; rüzgar kaynaklarının kullanımı ve işletilmesi sonucunu doğuracak olan dava konusu RES üretim tesislerinin kurulmasında üstün kamu yararı bulunulduğu, enerji ihtiyacının yerli başka kaynaklardan sağlanmasının mümkün olmaması açısından vazgeçilmezlik ve kesin zorunluluk şartlarının oluştuğu ve anılan faaliyetin alınacak önleyici ve telafi edici tedbirlerle muhtemel olumsuz etkisinin en aza indirilebileceği hususunun mevcut bulunduğu anlaşılmakta olup; ekonomik gelişmeyi ve kalkınmayı engellemeyecek şekilde doğa koruma stratejileri geliştirmekle görevli olan davalı idarece bu hususlar gözetilerek düzenleme yapılması gerekirken, dava konusu bölgede" mürakat etmiş ve lisans almış projeler de değerlendirmeye alınmayacaktır" şeklinde düzenleme yapılmasında ve bu düzenlemeye göre davacı şirketin RES başvurusunun değerlendirmeye alınmamasına ilişkin davalı idare işleminde anılan kamu hizmetinin gereklerine ve hukuka uyarlık görülmemiştir."⁸⁴

Yukarıda yer verdiğimiz kararlarda da görüldüğü üzere, Danıştay, uyuşmazlığa konu olan projelerin çevreye hiçbir şekilde zarar vermemesini değil, ortaya çıkabilecek zararın ilgili mevzuat ve bilimsel esaslara göre kabul edilebilir düzeyde olmasını aramaktadır.

Nitekim İzmir ili Bornova ilçesi sınırları içinde 3213 sayılı Maden Kanunu⁸⁵ kapsamında verilen ruhsatlara istinaden çalışan taşocağı işletmelerinin ruhsatlarının iptali üzerine yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine açılan davada Danıştay, davacılar tarafından öne sürülen zararın bilimsel verilerle kesin olarak ortaya konulamaması gerekçesiyle, işlemin iptali yönünde hüküm tesis eden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur:

⁸³ Danıştay 8. D., E. 2014/7006, K. 2015/1108, T. 23.2.2015, Lexpera.

⁸⁴ Danıştay 10. D., E. 2016/117, K. 2016/168, T. 15.1.2016, Lexpera.

⁸⁵ RG. T. 15.6.1985, S. 18785.

“Ülke ekonomisi için artı değer yaratan, yapılan ihracatla döviz girdisi sağlayan ve pek çok kişiye iş olanağı açan bu tür işletmelerin kapatılması için çevre ve insan sağlığına zarar verdiğinin kesin olarak saptanmış olması gerekir. Oysa, olayda, konunun uzmanlarınca hazırlanan raporda, çevre ve insan sağlığına olumsuz etkileri alınacak önlemlerle giderilebilecek düzeyde olduğu belirtildiğinden, uyumsuzluğa konu maden sahalarına ilişkin ruhsatların, kamu yararı dengesi gözetilmeksizin, idarenin denetim yetkisinin yok sayılarak, olabilecek risk varsayımından hareketle iptali yoluna gidilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁸⁶

Enerji üretimine ilişkin kararlar dışında yine büyük kamusal yatırımlardan biri olarak İzmir ili Aliğa ilçesi Nemrut Körfezi’nde yapılması planlanan liman projesine ilişkin karar örnek verilebilir. Söz konusu liman projesine ilişkin imar planı ve revizyonunun iptali istemiyle açılan davada, bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporun dava konusu alanı kıyı yatırımları açısından irdeleyen kısmında, *“Mutlaka yapılaşmaya açılması gerekmeyen kıyı çok değerli doğal özellikler göstermekte, plaj, falez, ada gibi bir daha üretilmesi olanaklı olmayan öğeleri kapsamaktadır. Karşılaştırmalı üstünlükler (comparative advantage) açısından bu özelliklerin yok edilmesini gerektirecek bir üstün kamu yararından söz edilmesi mümkün değildir.”* ifadelerine yer verilmiştir⁸⁷. Raporda ayrıca “ekolojik ayak izi” kavramına da değinilerek liman projesinin çok değerli kara ve su alanlarını yok etmesinin kamu yararı ve planlama ilkeleri açısından eleştirilmesi ve gerekli önlemlerin alınmasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Danıştay 6. Dairesinin gerekçesine esas aldığı bu rapor üzerine mahkeme, çok değerli bir kıyı parçasını yok edeceğini belirterek plan değişikliğini kamu yararına uygun bulmamıştır. İptali istenen işlemin kamu yararı bakımından irdelendiği kısımda Danıştay tarafından, bilirkişi raporunun yönlendirmesiyle, kıyının doğal özelliğini yitirmesine yol açacak şekilde liman projesinin hayata geçirilmesiyle elde edilecek kamu yararına öncelik tanınması halinde, doğal güzelliklerin ikame edilemez özelliğine yapılan vurgu ile birlikte geri dönülemez sonuçlara yol açacağı göz önünde bulundurularak iptaline karar verilmiştir.

Danıştay’ın, zaman boyutuyla kararları değerlendirildiğinde konuya yaklaşımının tutarlı olduğunu tespit etmek bakımından, doğrudan üstün kamu yararı kavramına yer vermeyen, siyanür liçi yöntemiyle altın madeni çıkarılmasına izin veren

⁸⁶ Danıştay 8.D. E. 1999/1889, K. 2001/1289, T. 28.3.2011, Kazancı.

⁸⁷ Danıştay 6.D., E. 2010/12365, K. 2014/1613, T. 4.3.2014, Lexpera. Söz konusu kararı temyiz incelemesi sonucu aynı gerekçeyle onayan Danıştay kararı için bkz. DİDDK, E. 2014/2448, K. 2016/731, T. 9.3.2016, Lexpera.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı işlemi hakkında verdiği kararın incelenmesi gerekmektedir. İlk derece mahkemesi, altın madeni işletmeciliği ile birlikte projenin getirdiği toplam vergi miktarı ve devlet hakkı ödemelerine, üretilecek altının ihracatıyla ülkeye girecek döviz girdisine ve projenin yatırım maliyetine değinerek, “(şirketin) insan ve çevre sağlığı hususlarında 18.10.1994 tarihli taahhütnamede öngörülen koşullara uyacağına ve gerek işletme gerekse işletme sonrası dönemleri kapsayan izleme ve denetim sorumluluklarının merkezi ve yerel otoritelerce yerine getirileceğine olan güvene bağlı kalarak davaya konu işlemin toplum sağlığı, doğal bitki örtüsü, tarihi ve kültürel zenginlikler, zeytinlik ve diğer tarım ürünleri üzerinde kamu yararı ve mevcut yasal düzenlemeler açısından bir sakınca yaratmayacağı sonucuna varıldığından davaya konu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine” karar vermiştir. Yüksek mahkeme ise, siyanür liçi yöntemiyle altın madeni işletmeciliğinin çevre ve insan sağlığı açısından ÇED ve bilirkişi raporlarıyla ortaya koyulan olumsuz etkileri göz önünde bulundurarak işlemin iptaline karar vermiştir:

“Çevre, doğal ve yapay unsurları içinde barındıran ve her türlü insan faaliyetinin yer aldığı belirli dengelerle varlığını sürdürmektedir. Sistemi oluşturan denge unsurlarının yitirilmesi halinde çevrede meydana gelecek bozulmaların canlılar üzerinde yıkıcı etkilere yol açacağı ve çevre kirliliğini oluşturacağı tabiidir. Canlı yaşamın en önemlisi olan insan yaşamının sağlıklı, dengeli, bozulmamış bir çevrede sürdürülmesi esastır. İnsan yaşamının korunması bir öncelik olduğuna göre, insanın doğal yaşam temellerinin korunması ve geliştirilmesi gerekmekte ve çevrenin korunması insan yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olmaktadır. Bu durumda yukarıdaki saptamalardan hareketle davaya konu altın madeni işletme yönteminin yarattığı sakıncaların doğrudan ve dolaylı olarak insan yaşamı ile ilgili olması karşısında, belirtilen Anayasa ve yasa hükümleri de dikkate alınarak davaya konu idari işlemin yargısal denetiminde öncelikle kamu yararı ve bu kavramdaki önceliklerin irdelenmesi gerekmektedir.

İşletmecinin iyi niyeti, önlemlerin titizce denetlenmesi gibi kavramlara bağlı kalınarak, yapılacak faaliyet sonucunda elde edilecek ekonomik değerin, doğada ve doğrudan veya dolaylı olarak insan yaşamı üzerindeki risk faktörünün gerçekleşmesi halinde meydana getireceği tahribatın karşılaştırılması halinde kamu yararının öncelikle insan yaşamı lehine değerlendirilmesi doğaldır. Siyanür liçi yöntemi ile altın madeni işletilmesinde işletmeciye ve yapılacak olan denetime duyulan güvene bağlı olarak risk olasılığının azalacağından söz etmek mümkün değildir.

Yukarıdaki teknik ve hukuki belirlemeler karşısında, insanın yaşama hakkını ve devletin de çevre sağlığını koruma, çevre kirlenmesini önleme, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlama ödevlerini dikkate aldığımızda, Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) ve bilirkişi raporlarında da öngörülen olası risk faktörleriyle çalışan ve bu riskin gerçekleşmesi halinde doğrudan veya çevrenin bozulması ile dolaylı olarak insan yaşamını etkileyeceği kesin olan siyanür liçi yöntemi ile altın madeni

işletilmesine izin verilmesi yolundaki davaya konu işlemde kamu yararına uygunluk bulunmamaktadır.”⁸⁸

Sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma arasında denge kurmaya çalıştığını düşündüğümüz Danıştay’ın yukarıda ele aldığımız kararları incelendiğinde şu sonuçlara varılabilir:

- Danıştay’ın “çevrenin korunması” ya da “ekonomik kamu yararını sağlayacak faaliyetin hayata geçirilmesi” hususları bakımından yarışan yararlardan birini diğerine öncelediği ve üstün kamu yararını her koşulda aynı kamu yararı yönünde belirlediği şeklinde indirgemeci bir yaklaşıma sahip olmadığı görülmektedir⁸⁹. Aksine her uyumsuzlukta somut olay değerlendirmesi yaparak, üstün kamu yararını, kimi kararlarında çevrenin korunması kimi kararlarında da söz konusu kamusal faaliyet ya da yatırımın hayata geçirilmesi yönünde belirlediğini söylemek mümkündür.
- Yarışan iki yarar arasında denge kurulmaya çalışılırken çevrede oluşacak zararın niteliği ve derecesi önemli bir parametreyi oluşturmaktadır. Fakat tek başına “zarar”ın varlığı, üstün kamu yararı ibresinin “çevrenin korunması” yönüne çevrilmesinde yeterli sayılmamaktadır. Danıştay aynı zamanda bu zararın; “katlanılamaz”, “geri dönülemez”, “telafi edilemez”, “rehabilitate edilemez” bir hal almasını aramaktadır. Aksi takdirde telafi edilebilir nitelikteki zararlar bakımından gerekli önlemler alınarak kamusal faaliyet ya da yatırımın hayata geçirilebileceğine karar vermektedir. Bir başka deyişle Danıştay, faaliyet hayata geçirilirken çevreye verilecek zarar bakımından “risk değerlendirmesi” yapmakta ve söz konusu riskin çevre ve insan sağlığını telafi edilemez şekilde olumsuz etkileyeceğinin bilimsel verilerle ispat edilmesini aramaktadır. Risk değerlendirmesinin tam ve doğru şekilde yapılması, gelecekte oluşması muhtemel zararı telafi etmek bakımından İdareye yüklenen görevler ve bunların yine idari denetim mekanizmalarıyla kontrol edilmesi bakımından önem

⁸⁸ Danıştay 6.D. E. 1996/5274, K. 1997/2310, T. 13.5.1997, Kazancı.

⁸⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Özge Aksoylu, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması: Danıştay ve Conseil d’Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **GSÜHFD**, 2011/2, s. 149-150.

taşımaktadır. Üstün kamu yararı belirlenirken ileriye dönük sonuçlar da dikkate alındığı için bu husus ayrıca önem arz etmektedir.

- Yarışan yararlar arasında denge kurulurken “faaliyet boyutunun getirdiği zorunluluk” hususunun da mahkeme tarafından göz ardı edilmemesi dikkat çekmektedir. Yargılama sonunda üstün kamu yararının çevrenin korunmasını gerektirdiği hallerde de, İdarenin alternatif yer arayışı ile aynı faaliyeti hayata geçirmesinin önünde engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada mahkeme tarafından yapılan değerlendirme, planlanan kamusal faaliyet ya da yatırımın hala kamu yararı niteliği taşıdığı ve hayata geçmesiyle birlikte toplumun ortak bir ihtiyacını tatmin edeceği hususunu değiştirmemektedir. Aksi durum, idari yargı merciin yerindelik denetimi yasağını aştığının bir göstergesi olacaktır.

4. Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Üstün Kamu Yararı Kavramına Değinen Az Sayıda Danıştay Kararının Anlam ve Kapsamı

Genel olarak özelleştirme uygulamalarına ilişkin yargı kararlarında, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un⁹⁰ amaç maddesine⁹¹ uygunluk üzerinden yargısal denetim yapılmakta⁹²; bu yargı kararlarının bir kısmında ise uyuşmazlık konusu özelleştirme uygulaması kamu yararına uygunluk açısından denetlenmektedir⁹³. Danıştay’ın özelleştirmeye ilişkin kararlarının oldukça az sayıda bir kısmında ise Kanun’un amaç maddesine uygunluk bakımından yaptığı denetimde üstün kamu yararı kavramına değinildiği tespit edilmiştir.

Nitekim PETKİM’in özelleştirilmesine ilişkin süreçte bu husus pek çok uyuşmazlığa konu olmuş, bu uyuşmazlıklarda da üstün kamu yararı kavramı rol oynamıştır. PETKİM’in %51 oranındaki kamu hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesine ve satışın blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin kararın iptali istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulması talebinin reddi üzerine DİDDK, PETKİM’in, geniş ürün çeşitliliğine sahip ve talebin sürekli artış gösterdiği bir alan

⁹⁰ RG., T. 27.11.1994, S. 22124.

⁹¹ İlgili Kanun’un 1. maddesinde özelleştirme uygulamalarının amacını düzenleyen kısmı şöyledir: “*Bu Kanunun amacı; (...) ekonomide verimlilik artışı, kamu giderlerinde azalma sağlamak, Hazineye ait taşınmazları değerlendirmek suretiyle kamuya gelir elde etmek gerekçelerinden birisi ile özelleştirilmelerine ilişkin esasları düzenlemektir.*”

⁹² Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 406.

⁹³ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 411.

olan petrokimya sektöründe, 22 fabrikaya sahip ve 2000’li yıllarda başlatılan kapasite artırımı ve modernizasyon projelerinin gerçekleştirilmesiyle üretim kapasitesini artırarak kar eden bir kuruluş haline geldiğini dolayısıyla kamu hisselerinin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığını belirterek⁹⁴ yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁹⁵. Kararda yer alan karşı oy yazısında ise, liberal ekonomik politikalar çerçevesinde İdarenin ekonomik tercihini yansıtan uyuşmazlık konusu özelleştirmede takdir yetkisi bakımından açık bir değerlendirme hatası bulunmaması sebebiyle çoğunluk görüşünün yerindelik alanına ilişkin olması nedeniyle idari yargı denetimin dışında kaldığını ileri sürmüştür^{96, 97}.

Söz konusu uyuşmazlığı ilk derece mahkemesi olarak esastan inceleyen Danıştay 13. Dairesi ise, üstün kamu yararı kavramına yer vermemiş⁹⁸ fakat gerekçesini 4046 sayılı Kanun’un amaç maddesine uygunluğuna dayandırarak; petrokimya sektörünün yoğun rekabetin bulunduğu ve sürekli olarak teknolojik gelişmelere yatırım yaparak ucuz hammadde ve düşük maliyetlerle üretim yapılması gereken bir alan olması, kamusal özelliği dolayısıyla hızlı karar alamamasının getirdiği dezavantaj ve bu unsurları sağlayamayan dünya üzerindeki pek çok tesisin de kapandığı dikkate alınarak küresel rekabete ayak uydurabilmek için PETKİM’in blok

⁹⁴ “Bu durumda, 4046 Sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli artışı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kar eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM’in % 51 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”, DİDDK, E. 2007/939, T. 27.12.2007, Kazancı.

⁹⁵ DİDDK, E. 2007/939, T. 27.12.2007, Kazancı.

⁹⁶ “Anılan anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, bir kamu iktisadi devlet teşekkülünün, yapılan yatırımlarla kara geçmesi halinde kamu mülkiyetinin korunması gerektiği, belirtilen halde **üstün kamu yararı olduğu sonucuna varmaya olanak görülmemektedir.** (...) PETKİM’in de, yeni teknoloji ve yatırım ihtiyaçları saptanıp, petrokimya sektörünün genel değerlendirmesi yapılarak, **izlenen liberal ekonomik politikalar çerçevesinde özelleştirilmesine karar verildiği; idarenin 4046 Sayılı Yasa çerçevesinde ekonomik tercihini yansıtan özelleştirme kararını aldığı, maddi olguların nitelendirilmesinde ve takdir hakkının kullanımında açık değerlendirme hatası bulunmadığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.**”, DİDDK, E. 2007/939, T. 27.12.2007, Kazancı.

⁹⁷ Karşı oyda değinilen, “açık değerlendirme hatası”, “takdir yetkisi” ve “yerindelik denetimi” kavramları konumuz ile ilişkisi bakımından çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıca incelenecektir.

⁹⁸ Davalı idare savunmasında, “PETKİM’in özelleştirilmesi ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalmaya sebebiyet vereceğinden kamu yararına ve 4046 sayılı Kanunun amacına uygun olduğu, (...), başta Anayasa olmak üzere mevzuatımızda özelleştirmeye ilişkin düzenlemelerin hiçbir yerinde, kâr eden kuruluşların özelleştirilemeyeceği veya böyle bir özelleştirmenin üstün kamu yararına aykırı olacağı yönünde herhangi bir hüküm bulunmadığı, PETKİM’in karşı karşıya kaldığı hammadde sıkıntısının aşılabilmesi, hammadde ihtiyacının karşılanmasıyla süreklilik ve güvenilirlik sağlanması için, acilen özelleştirmesi gerektiği,”ni ileri sürerek üstün kamu yararı kavramına yer vermiştir. Danıştay 13.D., E. 2007/5180, K. 2008/2188, T. 11.2.2008, Lexpera.

satış yoluyla özelleştirilmesinin “*özelleştirme ilkeleri, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak amacına uygun olduğu*”na karar verilmiştir⁹⁹.

Davacı tarafından, Türkiye’nin en yüksek kredibiliteye sahip yedi firmasından biri olan PETKİM’in özelleştirilmesinin sadece gelir elde etmek amacını taşıdığı, 4046 sayılı Kanun’un düzenlediği amaca aykırı olduğu ve kamu yararı bulunmadığı ileri sürülerek yapılan temyiz başvurusu üzerine DİDDK bu sefer temyiz mercii olarak, Kanun ile öngörülen amacın somut olay bakımından gerçekleştiği sonucuna varan Daire kararını dosyada bulunan bilgi ve belgeler karşısında isabetli bularak onamıştır¹⁰⁰.

Kararda, üstün kamu yararı bakımından esas dikkat çeken husus karşı oy yazısında yer almaktadır. Karşı oy yazısında, özelleştirme uygulamalarına ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıması ve siyasal iktidarların ekonomik tercihlerini yansıtmaları söz konusu olsa da hukuka uygunluk denetimi kapsamında idari işlemin beş unsuru yönünden inceleme yapılması gerektiği, maksat unsuru özelinde ise İdarenin işlem tesis ederken birden fazla kamu yararının çatıştığı durumlarda üstün kamu yararını dikkate alması gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹. Sonrasında, özelleştirme kapsamına alındığı süreçten bugüne kapasite artırımı ve modernizasyon projeleri sayesinde ürün çeşitliliğini ve pazar payını artıran PETKİM’in özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı ifade edilmiştir¹⁰².

⁹⁹ Danıştay 13.D., E. 2007/5180, K. 2008/2188, T. 11.2.2008, Lexpera.

¹⁰⁰ DİDDK, E. 2008/770, K. 2008/2337, T. 25.12.2008, Lexpera.

¹⁰¹ “Özelleştirme uygulamaları idari işlemler yoluyla gerçekleştirildiğinden, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetime tabi tutulmaları gerekmektedir. Özelleştirme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu, yerindelik denetimini içermediği hususunun gözardı edilmesi hukuken mümkün değilse de özelleştirmeye ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıdığı, siyasi iktidarların tercihlerini yansıttığı, dolayısıyla yargısal denetiminin daha ziyade işlemin yetki ve şekil unsurları üzerinde yapılabileceği de hukuken kabul edilemez. Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde özelleştirme işlemlerinin yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının yanı sıra maksat yönünden de hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunludur. Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasızdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda ‘üstün kamu yararını’ dikkate almalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar gözönüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, Yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.”, DİDDK, E. 2008/770, K. 2008/2337, T. 25.12.2008, Lexpera.

¹⁰² DİDDK, E. 2008/770, K. 2008/2337, T. 25.12.2008, Lexpera.

Bir başka örnek, TEKEL'in blok satış yoluyla özelleştirilmesinin, Rekabet Kurumunun ilgili mesleki daire görüşünde sakıncalı bulunmasına rağmen Rekabet Kurulunun söz konusu özelleştirmeye onay vermesine ilişkin kararının iptali istemiyle açılan davadır. DİDDK, ilk derece mahkemesi olarak dosyayı inceleyen 13. Dairenin, TEKEL'in ürün pazarındaki durumunu değerlendirerek özelleştirme sonrası hakim durum yaratılmasının söz konusu olmadığını belirtip; davacının, Rekabet Kurumunun ilgili mesleki daire görüşünde söz konusu özelleştirmenin sakıncalı bulunmasına rağmen onay verildiği iddiasını da, mesleki daire görüşüyle birlikte Özelleştirme İdaresi Başkanlığı görüşü de göz önünde bulundurularak karar oluşturulacağından bahisle yerinde görmeyerek davanın reddedilmesi yönündeki kararını onamıştır¹⁰³.

Ne Danıştay 13. Daire ne de DİDDK kararında üstün kamu yararı değerlendirmesine yer verilmesine rağmen DİDDK kararındaki karşı oy yazısında, PETKİM'in özelleştirilmesine karşı açılan davadaki karşı oy yazısında olduğu gibi, idarenin işlem tesis ederken üstün kamu yararını dikkate alması gerektiği belirtilmiş ve çoğunluk görüşünden farklı bir bakış açısıyla, 292 Milyon ABD Doları tutarındaki özelleştirme bedelinin TEKEL'in piyasadaki konumu, mevcut malvarlığı, gelir ve stok değeri karşısında düşük bir bedel olduğu gerekçesiyle uyuşmazlık konusu özelleştirmede kamu yararı bulunmadığı hatta kamu zararına yol açacağı ifade edilmiştir¹⁰⁴.

Özelleştirme uygulamalarına ilişkin pek çok uyuşmazlık bulunmaktayken, üstün kamu yararı kavramının kullanıldığı kararlar çok daha sınırlıdır. Zaman boyutuyla değerlendirildiğinde Danıştay'ın, özelleştirme uygulamalarının yargısal denetiminde üstün kamu yararı kavramına başvurmasına ancak azınlık görüşlerinde rastlandığı görülmektedir. Uyuşmazlığı 4046 sayılı Kanun'un amaç maddesine

¹⁰³ DİDDK, E. 2006/3505, K. 2010/565, T. 8.4.2010, Lexpera.

¹⁰⁴ Karşı oy görüşündeki bu yaklaşım, tıpkı PETKİM kararında olduğu gibi, 4046 sayılı Kanun'un amaç maddesi çerçevesinde temellendirilmiştir: *"Bu durumda, 4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; alkollü içkilere olan talebin ve ihracat olanaklarının sürekli arttığı ülkemizde, piyasadaki mevcut konumu, sahip olduğu fabrikalar ve pazarlama ağı, 2003 yılı itibariyle gerçekleşen hasılatı, stok değeri, duran varlıklarının değeri itibarıyla ulusal ekonomide etkin bir rol oynadığı kuşkusuz olan ve zarar ettiği yolunda da bir tespit bulunmayan şirketin özelleştirilmesinde kamu yararı bulunmadığı gibi, tüm varlıklarının değerine kıyasla 292 Milyon ABD doları gibi düşük bir bedelle özelleştirilmesi nedeniyle kamu zararı oluşacağı sonucuna varılmıştır."*, DİDDK, E. 2006/3505, K. 2010/565, T. 8.4.2010, Lexpera.

uygunluk bakımından değerlendiren çoğunluk görüşlerinde de kamu yararları arasında bir değerlendirme yapmaktan ziyade, İdarenin almış olduğu kararın unsurlarını değerlendirmeye ve sebep unsurunun ispatlanmasına yönelik bir yaklaşım¹⁰⁵ olduğu söylenebilir¹⁰⁶.

B. DANIŞTAY’IN YAKLAŞIMINA ETKİLİ BİR UNSUR OLMASI AÇISINDAN “BİLİRKİŞİLİK MÜESSESESİ”NİN ROLÜ

İdari yargı yerlerinin önüne gelen imar planı ve uygulamalarının yargısal denetimi, enerji, kent ve çevre hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar gibi pek çok davada konunun teknik bilgiyi gerektirmesi dolayısıyla bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır¹⁰⁷. Bu kapsamdaki uyuşmazlıkların bir kısmında ise kamu yararlarının yarışması veya çatışması sorunu gündeme gelmektedir. Dolayısıyla çalışmamız kapsamında, söz konusu uyuşmazlıklarda, bilirkişi müessesesinin mahkemenin kurduğu hüküm üzerindeki etkisi ve üstün kamu yararı bakımından işlevi ile birlikte kavrama sunduğu katkının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Birden fazla kamu yararının yarışması veya çatışması halinden de önce kamu yararının ispatı meselesi başlı başına çetrefil bir konudur. Yasin, kamu yararının denetiminde yararlanılacak ispat vasıtalarının uyuşmazlığın niteliğine göre mahkeme tarafından belirlenmesi gerektiğine işaret etmektedir¹⁰⁸. Üstün kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda ise, İdare birden fazla kamu yararı arasında bir tercihte bulunmakta, yargı da bu tercihi takdir yetkisinin denetimi kapsamında incelemekte ve kamu yararları arasında bir değerlendirme yapmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla burada kamu yararı olduğundan şüphe duyulmayan en az iki kamu yararı olması sebebiyle idari yargı yerinin yapması gereken, İdarenin tercihinin göre üstün kamu yararı dikkate alınarak, başka deyişle dengeleme unsuru gözetilerek tercihin ölçülü/makul olup

¹⁰⁵ Tan, idarenin ekonomik alanda tesis ettiği işlemlerin yargısal denetiminde, Danıştay’ın İdare yerine kendi değerlendirmelerini getirmesinin aksine İdarenin değerlendirmelerini ispatlamaya yönelik bir tutum sergilediğini belirtmektedir. Bkz. Turgut Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, *AİD*, C. 8, S. 2, 1975, s. 41.

¹⁰⁶ Aksoylu, yukarıda yer verdiğimiz DİDDK, E. 2008/770, K. 2008/2337, T. 25.12.2008 künyeli kararında üstün kamu yararına yer verilen karşı oy yazısına atıf yaparak yerindelik denetimi yapıldığını söylemektedir. Bkz. Aksoylu, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması: Danıştay ve Conseil d’Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, s. 141 ve dipnot 5.

¹⁰⁷ Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 110.

¹⁰⁸ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 84.

olmadığını tespit etmektir. Dolayısıyla “*kamu yararının ispatı meselesinde kamu yararı, takdir yetkisi, yerindelik denetimi gibi kavramların belirsizliği ve tespitinin güçlüğü*¹⁰⁹” aynı şekilde üstün kamu yararının ispatı bakımından da geçerlidir.

Kimi uyuşmazlıklarda öncelikle somut olayın şartlarının ispatı meselesi çözümlenmekte, ardından kamu yararları arasında değerlendirme yapılmaktadır. Bu duruma örnek olarak, Maltepe-Dragos-Kartal-Pendik sahil yolu ve rıhtım düzenlemelerine ilişkin nazım imar planının ve Dragos sahil şeridinde başlatılan deniz doldurma ve anroşman inşaatına ilişkin karar ve faaliyetin iptali istemiyle açılan dava gösterilebilir. Söz konusu davada ilk derece mahkemesi, dava konusu imar planının kıyıya ilişkin tüm değerleri ortadan kaldırmasıyla kamu yararı gütmeyeceği yönünde görüş bildiren bilirkişi raporunu esas alarak planın iptaline karar vermiş; temyiz mercii olarak dosya önüne gelen Danıştay ise, dava konusu işlemlerde kamu yararı bulunduğunu açıklayarak, üstün kamu yararı göz ardı edilerek düzenlenmiş bilirkişi raporunu esas alan ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur:

“...yöreye ilgili olarak 1970 yılından beri yapılan planlarda ulaşım sıkıntısının çözümü için Anadolu yakasında trafik yükünün kıyıya kaydırılmasının hedeflendiği, İstanbul Ulaşım Master Planı doğrultusunda, Devlet Planlama Teşkilatının uygun görüşü alındıktan ve ilgili tüm kamu kuruluşlarının projeye ve uygulamaya itirazlarının bulunmadığının anlaşılmasından sonra dava konusu nazım imar planının hazırlanarak yürürlüğe konulduğu ve Maltepe - Dragos - Kartal - Pendik sahil yolu ve kıyı düzenleme çalışmalarına başlanıldığı, bu çalışmaların ana amaçlarının; E-5 şehirlerarası karayolu trafiğinde şehir trafiği ile şehirlerarası trafik buluşmasının yarattığı kargaşadan kaynaklanan can ve mal tehlikelerini ve trafik yoğunluğunun yarattığı sorunları hafifletmek için denizden kazanılmış dolgu zeminlerde şehir içi trafiğine ve yoğunluğuna uygun çözüm getirecek alternatif yollar açılmak suretiyle trafik yükünün kıyıya kaydırılarak azaltılması, sahil şeridinin halka açık gezinti, spor ve plaj sahaları haline getirilerek yoğun şekilde kullanıma açılması, kirlenmesi yoğunlaşan Marmara Denizi'nin kurtarılması ve bu denize akan lağım, fabrika ve sanayi artıkları toplayıp en az zararlı olacak bir bölgeye nakledilecek ana kolektör inşaatı yapılarak İstanbul'un kanalizasyon sorununa köklü çözümler getirilmesi, yani kısaca amacın kamu yararının gerçekleştirilmesi olduğu anlaşıldığından idare Mahkemesince, belirtilen konulardaki üstün kamu yararı gözardı edilerek düzenlenmiş olan bilirkişi raporuna dayanılarak verilen kararda isabet görülmemiştir.”¹¹⁰

Mahkeme, kararın devamında, daha önce dosyaya sunulmuş olan, kıyı dolgusu inşaatının ve bu dolgunun dayanağı olan imar planlarının kamu yararı ilkesi ile hazırlandığı ve uygulamaya başlandığını gösterir İTÜ İnşaat Fakültesi Çevre

¹⁰⁹ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 82.

¹¹⁰ Danıştay 6.D., E. 1991/2720, K. 1992/398, T. 30.1.1992, Lexpera.

Mühendisliği bölümünce düzenlenen rapor da dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla kimi durumlarda bir adım geri çekilerek yarışan veya çatışan kamu yararlarının somut olaydaki şartlarının ispatı meselesi öncelikle değerlendirilmekte, ardından söz konusu kamu yararları arasında değerlendirme yapabilmek için de yine bilirkişi incelemesi yoluna başvurulmaktadır.

Bu bağlamda bir ispat vasıtası olarak bilirkişi incelemesi ise, bilimsel verilerle konunun teknik ve objektif boyutunu ortaya koyduğu için üstün kamu yararının tespiti bakımından İdarenin takdir yetkisinin denetlenmesinde adeta *birçok sübjektif değerlendirmenin ortak noktasının tespiti suretiyle objektif olarak değerlendirilebilecek ortak noktaların tespiti anlamına gelecek şekilde “sübjektifliklerin içindeki objektif anlayışı”¹¹¹* sağlayan bir destek mekanizması işlevi görmektedir. Danıştay’ın üstün kamu yararının tespit edilmesi gereken kimi uyuşmazlıklarda, bilirkişi incelemesi yaptırılmamasını bir bozma sebebi sayması; kamu yararları arasında değerlendirme yaparken, yargıcın karşılaştığı özel ve teknik bilgi eksikliğini gidermek amacıyla bilirkişiye başvurması gerekliliğinin kanıtıdır.

Örnek vermek gerekirse, mermer madeni sahasında yer alan ormanlık alanın madencilik faaliyetlerinde kullanımı için izin verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada Danıştay, bilirkişi incelemesi gerçekleştirmeden verilmiş olan ve somut hiçbir gerekçeye dayanmayan ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay’ın bozma gerekçesinde yer alan ifadeler, üstün kamu yararının tespiti için bilirkişiye gitme zorunluluğu bakımından, mahkemenin bakış açısını yansıtmaktadır:

“Uyuşmazlıkta her ne kadar Orman Bölge Müdürlüğünün olumlu görüşü mevcut ise de, davaya konu işlemin tesisinde nazara alınan gerekçeler ile savunmalarda ileri sürülen hususlar çerçevesinde, davacı şirketin orman işletme izni talep ettiği sahanın kamu binaları ile kamusal ve yerleşik alanlara uzaklığı, yapılacak madencilik faaliyetlerinin çevre ve görüntü kirliliğine neden olup olmayacağı, talep edilen sahanın nitelikli ekosistem içinde kalıp kalmadığı, ormana ve çevreye zararının dokunup dokunmayacağı, ormanlık sahada izne konu edilen kamu yararı ile ormanın muhafazasındaki kamu yararının karşılaştırılması suretiyle izin verilmesinde üstün kamu yararı bulunup bulunmadığı, yapılacak tesis veya altyapı tesislerinin orman dışında yapılmasının mümkün olup olmadığına dair zaruret halinin varlığına ilişkin somut tespitlerin bulunup bulunmadığı konularında kesin bir sonuca varılarak karar verilmesi gerektiği açık olup,

¹¹¹ İfade, Prof. Dr. Aydın Gülan tarafından, 2016-2017 Akademik Yılı Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta Okumaları esnasında kullanılmıştır.

bu hususların tespiti de, konunun uzmanı bilirkişilerden oluşan bilirkişi heyetine mahallinde keşif ve inceleme yaptırılması ile olanaklıdır.”¹¹²

Danıştay 6. Dairesinin E. 2008/4052, K. 2010/3288, T. 5.4.2010 künyeli kararında¹¹³ da Danıştay, imar planında çocuk yuvası fonksiyonuna ayrılan fakat plan amacı doğrultusunda yapılaşmaya gidilmeyen, üstelik üzerinde yetişen ağaçların büyümesiyle fiilen yeşil alan olarak kullanılan dava konusu taşınmaza ilişkin plan değişikliği istemini; sosyal altyapı alanının kaldırılması talebi olarak değerlendiren ilk derece mahkemesi kararını, *“işlemin şehircilik ve planlama ilkeleri ile kamu yararına uygunluğunun değerlendirilmesi ve üstün kamu yararının hangi kullanımda olduğunun belirlenmesi amacıyla”* bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle yeniden karar verilmesi için bozmuştur.

Yukarıdaki kararlardan anlaşılacağı üzere Danıştay, üstün kamu yararının belirlenmesi bakımından bilirkişi incelemesinden faydalanmaktadır. Esas mesele bilirkişinin inceleme yaptığı konuda yetkisinin sınırlarının belirlenmesi, idari yargı yeri hatta İdare yerine geçecek bir biçimde rapor hazırlamamasının sağlanmasıdır. Ne var ki, şehircilik gibi çok boyutlu yaklaşımların söz konusu olduğu imar davalarında bu sınırın belirlenmesi kolay olmamaktadır. En başta mahkemeler, bilirkişiye, uyuşmazlık konusunun şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı bakımından uygun olup olmadığı gibi genel sorular yönelterek sınırın çizilmesini zorlaştırmaktadır. Bir bakıma konunun doğası gereği bu minvalde bir yaklaşımın belirlenmesi zorunluluk gibi görünebilir. Fakat Gülan’ın da belirttiği üzere, bilirkişiye teknik bilgisi dışında yorum yapamayacağı netlikte sorular sorulduğunda, bilirkişi bir ön kanaate sahip olsa bile kendi görüşünü teknik soruların cevapları dışında temellendiremeyeceği için rapor, teknik yönden dava malzemesini toplayan bir araç işlevini sürdürecektir¹¹⁴. Bu sayede idari yargı yeri, kamu yararları arasında değerlendirme yapabilecek dava malzemesini toplamış olacak ve dosyada bulunan bilgi ve belgeler ışığında üstün kamu yararını tespit edebilecektir.

¹¹² Danıştay 8.D., E. 2016/4904, K. 2017/8276, T. 22.11.2017, Lexpera.

¹¹³ Söz konusu karar, çalışmanın “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

¹¹⁴ Aydın Gülan, İstanbul Üniversitesi 2017-2018 Akademik Yılı İdari Yargılama Hukuku Ders Notları, (Yayınlanmamıştır), s. 286.

Örneğin, Danıştay 10. Dairesinin, E. 2013/4804, K. 2017/2081, T. 17.04.2017 künyeli kararında¹¹⁵ Danıştay, yol güzergahı değişikliği; yol standartları ve trafik güvenliği bakımından değerlendirildikten sonra görevleri arasında yer almamasına rağmen bilirkişi tarafından işin esasına girilerek “maliyet analizi” yapıldığı, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde açıklamalar yapıldığı, üstelik teknik yönden bazı hususlarda gerekli incelemenin yapılmadığı gerekçesiyle¹¹⁶ bilirkişi raporunu hükme esas alacak mahiyette görmeyerek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay’ın söz konusu kararında ortaya koyduğu yaklaşım, üstün kamu yararının tespitinde, bilirkişi raporunun yeri ve rolünü göstermesi bakımından önemlidir. Özetle, bilirkişi, kamu yararları arasında değerlendirme yapmaya yarayacak teknik dava malzemesini toplayacak fakat bu değerlendirmeye ilişkin herhangi bir analizde bulunmayacaktır.

Danıştay 6. Dairesinin E. 1996/5362, K. 1997/3020, T. 17.6.1997 künyeli daha eski bir kararında¹¹⁷ ise, yukarıda zikredilen karardaki bilirkişi raporuna benzer şekilde maliyet analizi yapılarak plan kullanım kararlarının hangisinin tercih edilmesinin daha uygun olacağına ilişkin görüş bildirilen bilirkişi raporu Danıştay tarafından çelişkili bulunmuştur:

“...dava konusu parselin davacının mevzi imar planı önerisinde olduğu gibi konut alanı türünde bu işleve ayrılmasının bölgenin özelliğiyle ve plan bütünlüğü açısından uygun olmadığı saptandıktan sonra, bölgede kentsel servis alanı önerisi getirildiğinden bahisle benzer bir kullanımın bu parsel içinde düşünülebileceği, bu yöntemle bir geçiş süreci oluşturularak sanayiinin dönüşümünün sağlanabileceği, yüksek ekonomik değere sahip ve yıllardır üretimde bulunan fabrikanın yokmuş gibi kabul edilemeyeceği, kamulaştırma bedelinin yüksekliği dikkate alındığında fabrikanın ekonomik ömrünü tamamlamasının beklenmesi gerektiği, bu nedenle de anılan taşınmazın park ve rekreasyon kullanımından daha çok kentsel servis alanı kullanımına daha uygun olacağı, bu hususun gözetilmemesinin şehircilik ilkelerine aykırılık oluşturduğu belirtildikten sonra raporun imar mevzuatı ve kamu yararı alt başlığını taşıyan kısmında daha önceki

¹¹⁵ Söz konusu karar, çalışmanın “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

¹¹⁶ “...bilirkişilerden asıl istenen husus olan konuda; yol standartları ve trafik güvenliği açısından güzergah değişikliklerinin herhangi bir sakınca doğurmadığı ve değişikliğin yapılabileceği ifade edildikten sonra bilirkişilerin görevleri arasında olmamasına karşın bilirkişilerce işin esasına girilerek maliyet analizi yapılmış olması, kamu yararı kararı verecek merci olunmamasına rağmen bu hususta görüş beyan edilmesi, idarenin takdir hakkını ortadan kaldıracak şekilde kesin yargılarda bulunulması ve çakışan menfaatler arasında mezarlıktan yol geçirilmesinin uygun olacağının ifade edilmiş olması ile görevleri arasında olmasına rağmen güzergahlara ilişkin mesafeler arasında fark olduğu ifade edilmiş fakat herhangi bir ölçüm yapılmadığı, ...”, Danıştay 6. D., E. 1996/5362, K. 1997/3020, T. 17.6.1997, Lexpera.

¹¹⁷ Söz konusu karar, çalışmanın “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

saptanmalarla çelişki oluşturan biçimde davalı idarenin park ve rekreasyon alanı önerisiyle kamu yararı doğrultusunda işlem yaptığı vurgulanmış bulunmaktadır.”

Danıştay, bilirkişi raporunda yetkinin aşıldığına ilişkin bir değerlendirme yapmamış; taşınmazın hem park ve rekreasyon alanından çok kentsel servis alanı kullanımının daha uygun olacağı belirtilip hem de park ve rekreasyon olarak kullanımında kamu yararı olduğunun ifade edilmiş olmasını çelişki olarak değerlendirmiştir¹¹⁸. Belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığın kendisi birden fazla kamu yararının yarışmasından doğduğu için her iki kullanım kararında da kamu yararı bulunduğu belirtilmesi çelişki olarak değerlendirilmemelidir. Bunun haricinde, Danıştay, yukarıda yer verilen yeni tarihli kararındaki kadar açıkça ifade etmese de “...bilirkişi incelemesi yaptırılan uyuşmazlıklarda mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmesi durumunda, yukarıda belirtilen kriterler de dikkate alınarak raporun hukuki ve teknik açıdan ayrıca bir analizinin yapılması ve buna göre bir sonuca ulaşılması gerekir.” diyerek bilirkişi raporunda yer verilen görüşe bağlı kalmadan hüküm kurmuştur. Sonuç olarak, plan bütünlüğü ve planın kapsadığı alanda getirilen kullanım kararları ile uyumlu ve tutarlı olan park ve rekreasyon alanı fonksiyonundaki üstün kamu yararının, fabrikanın ekonomik değeri ve kamulaştırma bedelinin yüksek oluşu gibi gerekçelerle ortadan kaldırılamayacağı belirtilerek bu yönde kullanım kararı getiren işlemi iptal eden mahkeme kararını bozmuştur.

25 metre genişliğindeki yol güzergahının değiştirilerek ağaçlandırılmış alana kaydırılmasına ilişkin imar planı değişikliği iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesinde ise şu görüşlere yer verilmiştir:

*“...yolun; güzergâhın farklı kesimlerinde farklı genişliklerde öngörülmüş olduğu, güzergâh boyunca eş genişliğe sahip olmadığı, bölge içinde hangi kademedede bir yol olduğunun plan kararlarında açık olarak ifade edilmediği, dava konusu plan değişikliğiyle geometrisinin tamamı ile düzeltilmediği, ağaçlandırma çalışması yapılmış olan alan üzerine kaydırılmış olduğu, plan kararlarının alınmasında, ağaçlandırılmış alanların korunmasının üstün kamu yararı aksini tarifetmedikçe tartışmasız bir şehircilik ilkesi ve planlama esası olduğu ve dava konusu plan değişikliğinde **bu türden kamu yararının zorunlu kıldığı bir durum bulunmadığı dikkate alındığında**; dava konusu 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliğinin 25 metre genişlikteki yol kararının*

¹¹⁸ Teknik bilgi gerektiren konularda da farklı yaklaşımların bulunabileceği, bilimsel gerekçelere dayandırılmak koşuluyla bu durumun hem raporun daha etkin bir şekilde denetlenmesini sağladığı hem de gerektiğinde mahkemenin ek inceleme yapmasına imkân tanıdığı yönündeki açıklama için bkz. Yasin, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, s. 117-118.

kaydırılmasına ilişkin kısmının şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına, plan tekniğine ve kamu yararına uygun olmadığı şeklinde tespit ve görüşlere yer verilmiştir."¹¹⁹

Bilirkişi, şehircilik ilkeleri ve planlama esasları bakımından ağaçlandırılmış alanların korunması gerekliliğini ve bu hususun ancak üstün kamu yararı bulunması halinde tolere edilebileceğini belirtebilirse de hukuki bir değerlendirmeyi gerektirmesi dolayısıyla *"bu türden kamu yararının zorunlu kıldığı bir durum bulunmadığı"* şeklinde hangi kullanımda üstün kamu yararı olduğuna dair fikir beyan etmemelidir. Bilirkişi, plan hiyerarşisi, yol standartları ve trafik güvenliği bakımından inceleme yapmalı; mahkeme ise, bu inceleme sonucu ortaya konan verilerden hareketle ağaçlandırılmış alana yol kullanım kararı getirilmesinin İdare tarafından üstün kamu yararı gözetilerek tesis edilip edilmediğine karar vermelidir.

Bir başka örnekte ise, sağlık koruma bandı alanının ve imar uygulaması tamamlanmış adanın yapılaşması dikkate alınarak 7 metrelik yolun iptaline ilişkin uygulama imar planının iptali istemiyle açılan davada, uyuşmazlık konusu uygulama imar planında yıllar içerisinde defaatle değişikliğe gidilmesine karşın eşgüdümlü olarak nazım imar planı üzerinde değişikliğe gidilmediği, nazım imar planı ile son uygulama imar planı durumunun birbirinden farklı olduğunun bilirkişi raporuyla anlaşılması üzerine Danıştay, nazım imar planında 7 metrelik yolun öngörülüp öngörülmediği, eğer öngörülmediyse iptal edilmeden önce yolun çevreye getirdiği kolaylıklar, erişim niteliği yönlerinden varlığında üstün kamu yararı bulunup bulunmadığının, yol yerine getirilen sağlık koruma bandı fonksiyonunun şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına uygunluğu bakımından ek bilirkişi raporu ya da yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerektiği için; işlemi iptal eden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur¹²⁰. Bu örnekte de görüldüğü üzere, mahkeme, üstün kamu yararı değerlendirmesi yapabilmek için teknik bilgi eksikliğini bilirkişi incelemesi ile giderecek sonrasında ise veriye dayalı bilgi ile üstün kamu yararı bakımından değerlendirmede bulunacaktır.

Bu bağlamda teknik bilgilerin tamamlanmasıyla meselenin aydınlığa kavuşturularak üstün kamu yararının tespit edilebilmesi bakımından olumlu bir örnek

¹¹⁹ Danıştay 6.D. E. 2015/557, K. 2015/691, T. 11.2.2015, Lexpera.

¹²⁰ Danıştay 6.D., E. 2007/9516, K. 2009/12995, T. 28.12.2009, Lexpera.

olarak, Danıştay 8. Dairesinin E. 2014/7006, K. 2015/1108, T. 23.2.2015 künyeli kararı¹²¹ verilebilir. Kararda HES kurulması için ormanlık alanın tahsisine izin verilmesine ilişkin işlem ilk derece mahkemesi tarafından iptal edilmiş, Danıştay ise bilirkişi raporu doğrultusunda, “*projede uygulanan Tennant metodunun düzenli HES projesinin üzerine kurulacağı dereler için uygun bir metot olup olmadığı belirlenerek ve HES projesinin ekolojik dengeye olabilecek etkilerinin tespiti için fiziksel, kimyasal ve biyolojik bütünlüğün havza bazında inceleneceği geniş kapsamlı bir çalışma yapıldıktan sonra bölgenin ekolojik dengesini ve çok özel olan çevresini koruyacak tedbirleri de belirleyerek, yeniden işlem tesis edilebileceği*” gerekçesiyle iptal kararını onamıştır. Oysa ilk derece mahkemesi, aynı bilirkişi raporu doğrultusunda, ormanlık alanın tahsisinde mevzuatta öngörüldüğü gibi bir zaruret hali olmadığı yönünde değerlendirme yapmış ve kamu yararı ve üstün kamu yararının bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar vermiş idi. Dolayısıyla bilirkişi raporu, yargıcın talep ettiği özel ve teknik bilgiyi tam ve doğru biçimde içerse bile esas olarak, söz konusu raporun mahkeme tarafından gerçekleştirilecek hukuki analizi, üstün kamu yararının tespitinde önemli rol oynamaktadır.

Yarışan kamu yararları arasındaki uyumsuzluğun teknik bilgi eksikliği giderilerek çözüme kavuşturulması gerektiğine ilişkin başka bir örnek, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun¹²² 2/B maddesi uyarınca hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan bir taşınmazın, eylemli orman alanı olduğundan bahisle Orman Genel Müdürlüğüne tahsis işleminin iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, davacının uyumsuzluk konusu taşınmazı füzuli şağil sıfatıyla kullandığı, taşınmazın kamu yararı gereğince Orman Genel Müdürlüğüne tahsis edildiği ve bu konuda İdarenin tasarruf yetkisinin yargı kararıyla engellenemeyeceği, yaklaşık 7.500 m²'lik taşınmazın davacı yerine Orman Genel Müdürlüğüne tahsis edilmesinde üstün kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Temyiz mercii olarak dosya önüne gelen Danıştay ise, 6831 sayılı Kanun'un 2/B ve 11. maddesine atıf yaparak, taşınmazın tarım arazisi olarak kullanıldığı iddiasına karşılık alanın fiilen orman niteliğinde olup olmadığının

¹²¹ Söz konusu karar, çalışmanın “Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı” ve “Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi” başlıkları altında ele alınmıştır.

¹²² R.G., T. 8.9.1956, S. 9402.

bilirkişi incelemesi suretiyle açıklığa kavuşturulup karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle idare mahkemesi kararını bozmuştur¹²³.

Görüldüğü üzere, Danıştay isabetli bir şekilde, ilk derece mahkemesinin üstün kamu yararına ilişkin taşınmazın büyüklüğü gibi sübjektif nitelikteki argümanları yerine, Kanun çerçevesinde belirlenen teknik bilgi eksikliğinin bilirkişi marifetiyle giderilip uyuşmazlığın çözülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bir başka örnek, işlem tarihinde yürürlükteki haliyle Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen Kocaeli Gölcük Yazlık Termal Turizm Merkezi'nin orman alanında olduğu, ormanların turizm amaçlı yatırımlara tahsisinin ancak üstün kamu yararı bulunması ve zorunluluk halinde mümkün olabileceği, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü raporları ile Yazlık beldesi sınırlarındaki ılıca suyunun yetersiz olduğunun belirlendiği iddialarıyla turizm merkezi ilanı işleminin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek açılan davadır¹²⁴.

Dosyayı ilk derece mahkemesi sıfatıyla inceleyen Danıştay, bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle;

- *“Uyuşmazlık konusu alandaki jeotermal kaynakların, gerçekleştirilecek turizm yatırımları için kullanıma elverişli ve yeterli nitelikte olup olmadığı”*
- *“Uyuşmazlık konusu alanın orman sayılan yer kapsamında olup olmadığının, turizm amaçlı kullanıma dönük olarak Turizm Merkezi ilan edilmesi şartlarını taşıyıp taşımadığı; Turizm Merkezi ilanına esas alanın il genelindeki toplam orman sayılan yerlerin binde 5'ini geçip geçmediği”*

hususlarının araştırılmasını talep etmiştir. Bilirkişi raporunda uyuşmazlık konusu turizm merkezi alanı; jeotermal kaynaklar ve orman varlığı bağlamında ayrı ayrı irdelenmiş; bu inceleme ışığında turizm merkezi alanı kararı değerlendirilmiş ve alanda bulunan tescilli tarihi yapılar bakımından da tarih uzmanının görüşlerine yer verilmiştir.

¹²³ Danıştay 8.D., E. 2012/9975, K. 2018/533, T. 5.2.2018, Lexpera.

¹²⁴ Danıştay 6.D., E. 2007/9547, K. 2010/8438, T. 27.09.2010, Lexpera.

Bilirkişi raporunda, jeotermal kaynak ile ilgili olarak; jeotermal turizm yapılabilmesi için kaynağın kapasitesi ve sürdürülebilirliğine ilişkin araştırma yapılmadığı, kimyasal analizler sonucunda jeotermal akışkanın zengin mineral içermediği ve mineralce fakir su olarak tanımlandığı belirtilerek bölgede yapılan çalışmaların söz konusu alanın jeotermal alan olarak tanımlanması için yeterli olmadığı görüşüne yer verilmiştir.

Raporun devamında, orman varlığı bakımından “*Turizm Merkezi ilanına esas alanın il genelindeki toplam orman sayılan yerlerin binde 5'ini geçip geçmediği*” sorusuna yönelik şöyle tespitlerde bulunulmuştur:

“Kurulumuzun görüşüne göre aşmamaktadır. Buna karşılık daha önceki tartışmada jeotermal kaynağın burada bir turizm merkezini destekleyemeyeceği ifade edilmişti. Bu durumda 2634 sayılı Yasanın 4957 sayılı Yasayla değişik 3. maddesinde tanımlanan Turizm Merkezi kavramı ile bu kavramın Yasanın diğer maddelerinde düzenleniş biçimi de gözönünde tutularak, 15.05.2004 günlü 25463 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişme Bölgeleri ile Turizm Merkezlerinin Belirlenmesine ve İlanına İlişkin Yönetmelik’te öngörülen koşullara ve kamu yararına uygun bulunmadığı görüşüne varılmaktadır. Salt orman varlığının bir Turizm Merkezi için yeterli olamayacağı da açıktır.”¹²⁵

Raporun turizm merkezi kararını ayrıca irdelediği kısımda ise şu açıklamalara yer verilmiştir:

*“Bakanlar Kurulunun 04.06.2007 tarih ve 2007/12286 sayılı kararıyla ilan edilen ‘Kocaeli Gölcük Yazlık Termal Turizm Merkezi’ bağlamında 19.12.2008 tarihli Kültür ve Turizm Bakanlığı kararı ile onaylanan Kocaeli Gölcük Yazlık Termal Turizm Merkezi 1/25000 ölçekli Çevre Düzeni Planını jeotermal kaynağın kapasitesi ile orman alanları açısından değerlendirmiştir. Bu değerlendirme sonucunda **dava konusu Turizm Merkezinin hem mevzuata hem de kamu yararına uygun olmadığı, fizibilitesi olmayan jeotermal turizm tesisleri yaratmaya yöneldiği görülmektedir.***

(...)

*Kurulumuz yörede bu kapasiteyi besleyecek bir jeotermal kaynak olmadığı görüşünden yola çıkmış, bu kapasiteyi yaratacak ve sürdürebilecek koşulların bulunmadığını görmüştür. **Daha önce de değinildiği gibi turizm merkezi ilanı zorlama bir karara dayanmaktadır.** Konu, yöredeki üç yerleşmenin her birisi için (Hisareyn, Yazlık ve Yeniköy) bir Sağlık ve Turizm Tesisi Alanı ayrılmasına indirgenmiş, kapasitesi sınırlı (günümüze kadar Tono ve Havuz dışında bir yapı ya da tesis yapılmamıştır), taşınması mümkün olmayan bir kaynak temel alınarak Devlet Ormanını kapsayan bir turizm merkezi ilan edilmiştir.”¹²⁶*

Bilirkişi raporunda jeotermal kaynakların turizm tesisi için yeterli nitelikte olup olmadığı ve alanın il genelindeki orman varlığına oranın kanuni yüzdeyi aşıp aşmadığı

¹²⁵ Danıştay 6.D., E. 2007/9547, K. 2010/8438, T. 27.09.2010, Lexpera.

¹²⁶ Danıştay 6.D., E. 2007/9547, K. 2010/8438, T. 27.09.2010, Lexpera.

bakımından teknik incelemeler yapılmakla birlikte; yukarıda alıntıladığımız paragraflarda vurguladığımız kısımlar, mahkemenin görev alanında bulunan ve hukuki tahlil boyutuna varan ifadelerdir.

Nihayetinde raporun bilimsel kurallara göre objektif ve teknik nitelikte hazırlanıp hazırlanmadığına kanaat getirecek mercii mahkemedir. Nitekim Danıştay söz konusu kararda, bilirkişi raporunun hükme esas alınabilecek, bilimsel esaslara göre düzenlenmiş teknik bir rapor özelliği taşıdığını belirterek, *“uyuşmazlık konusu alandaki jeotermal kaynağın kapasitesinin ve ilan edilen Turizm Merkezine göre konumunun bu kaynağa dayalı bir Termal Turizm Merkezini desteklemesinin olanaklı bulunmaması nedenleriyle”* dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Yukarıda örnek olarak gösterilen kararlar ışığında, yarışan veya çatışan yararlar arasında değerlendirme yapılırken bilirkişinin rolü ve işlevi bakımından şu sonuçlara varılabilir:

- İdari yargı yerinin bir yargılama yöntemi olarak bilanço ilkesi/fayda-maliyet analizini sağlıklı bir şekilde gerçekleştirebilmesi için karar alacağı konuda gündeme gelebilecek olumlu-olumsuz çıktıların bilgisine sahip olması gerekir. Bilirkişi, bu çıktıların özel ve teknik bilgi boyutuna ilişkin kısmını inceleyerek dava malzemesinin toplanmasında sunduğu katkıyla yargıca yardım etmiş olur¹²⁷.
- Bilirkişi raporunda bir kamu yararına ilişkin bilimsel olarak ortaya konan olumsuzluk/zarar, tek başına üstün kamu yararının belirlenmesi için yeterli değildir. Nitekim mevzuatta telafi edilmesi koşuluyla belirli bir aşamaya kadar doğacak zararlar kabul edilebilir olabilir ve bu muhtemel zararın önlenmesi için farklı idari denetim mekanizmaları öngörülmüş olabilir. Yahut bilirkişi, görevi alanına görmeyen konularda görüş beyan ederek yönlendirmede bulunmuş olabilir. Nihayetinde idari yargı mercii tüm bu hususlara bütüncül yaklaşıp bilirkişi raporunun ancak aydınlatılması gereken

¹²⁷ Aşçıoğlu, bilgisine başvuru alanına ilişkin olgular bakımından kesin saptamalarda bulunsa da bilirkişinin, yargıcın vereceği hükmün oluşmasına *yardım eden kişi* konumunda olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Çetin Aşçıoğlu, “Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları”, **Bilirkişilik Sempozyumu**, 9-10 Kasım 2001, Ankara, Şen Matbaa, 2001, s. 29.

konulara ilişkin alınarak ve sonuç olarak hukuki analizini yaparak raporun hükme esas alınacak nitelikte olup olmadığına karar vermeli, bunun sonucunda üstün kamu yararı değerlendirmesi yapmalıdır.

- Hükme esas alınan bilirkişi raporları, objektif ve nesnel yaklaşımla meydana gelen bilimsel bir bakış açısını oluşturduğu için kamu yararının kendisinden kaynaklanan sübjektifliği, ortak noktaların aranması suretiyle objektifleştirici bir etkiye sahiptir. Bu sayede gittikçe teknik bir alanda karar verecek olan idari yargı mercii, kararını, veriye dayalı bilgi üzerinden tesis edeceği için yerindelik denetiminin sınırını aşmamış olur.
- Bilirkişi raporlarıyla gündeme gelen değerlendirme için son bir parantez açılması gerekirse bilimsel esaslara dayalı olması gerekir ama bunların asla değişmez ve yanlışılanamaz olmadığı ve bilimsel farklı boyutları da bulunabildiği değerlendirilmelidir. Üstün kamu yararının sıklıkla gündeme geldiği çevre uyumsuzluklarında da ortaya koyulan görüşlerin zamana ve gelişen teknolojiye göre değişebileceği kabul edilmelidir¹²⁸.

C. DANIŞTAY’IN ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMINA YÜKLEDİĞİ ANLAMLAR

1. Bilanço İlkesinin Karşılığı Olarak Üstün Kamu Yararı

Danıştay tarafından üstün kamu yararına verilen anlamlardan biri, kavramın, yarışan veya çatışan kamu yararları arasında değerlendirme yapılması amacıyla bir yargılama yöntemi olarak başvurulmuş fayda maliyet analizi/bilanço ilkesi yerine kullanılmasıdır.

Danıştay’ın üstün kamu yararı kavramına bilanço ilkesinin karşılığı olarak yüklediği anlam, özellikle imar planlarının yargısal denetiminde kendisini

¹²⁸ Özay, insülin maddesinin belirli bir doz ve şekilde kullanımının oldukça yararlı olduğu, farklı şekilde kullanımlarının ise ölüme yol açabileceği örneğini vererek siyanür liçinin bizzat tehlikeli bir madde olarak nitelendirilmesini ve ne zaman tehlikeli olup ne zaman olmayacağını araştırılmamasını eleştirmektedir. Bkz. İl Han Özay, “Kent ve Çevre Davalarında Kamu Yararı Kavramı ve Uygulanmayan Mahkeme Kararları”, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 14. Ayrıca, çevresel bir zararın doğması bakımından bilimsel belirsizliğin olduğu durumlarda muhtemel zararın önlenmesi ya da azaltılması amacıyla önlem almayı gerektiren ihtiyat ilkesi için bkz. Ahmet M. Güneş, **Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012, s. 114.

göstermektedir. Danıştay'ın bu yaklaşımı, kararlarında üstün kamu yararı kavramına yer verdiği ilk dönemden günümüze kadar devam eden süreçte; mahkeme tarafından imar planlarının yargısal denetiminde dikkate alınan şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı gibi temel ölçü normlarla birlikte ele alınması gerektiği şu kalıp ifadeyle kullanılagelmıştır:

“Ayrıca, imar planlarının yargısal denetimi sırasında şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı kriterlerinin yanı sıra özelliği itibariyle imar planının bütünlüğü, genel yapısı, kapsadığı alanın nitelikleri ve çevrenin korunması gibi olgular nedeniyle ‘üstün kamu yararı’ ilkesinin de gözetilmesi zorunludur.”¹²⁹

Danıştay, imar planlarının yargısal denetiminde “üstün kamu yararı ilkesi”nin de göz önünde bulundurulacağını belirten yukarıdaki ifadesinde, ilkenin uygulanabileceği davalar ile uygulanması gereken davalar arasında bir ayrım yapmamaktadır. İlk bakışta, ilkenin tüm imar uygulamalarına ilişkin uyumsuzluklarda kullanılabileceği izlenimini uyandıran bu açıklamanın, kamu yararı ve bireysel yararların yarıştığı/çatıştığı durumları kapsamadığı düşünülebilirse de kanaatimizce bu durum, Danıştay'ın, “üstün kamu yararı ilkesi”ni, bilanço ilkesinin karşılığı olarak kullanmasından kaynaklanmaktadır. Üstün kamu yararına verilen bu anlam, farklı nitelikte yarışan yararlar arasında bir karmaşaya sebep olmaktadır. Bilanço ilkesinin, kamu yararlarının kendi içerisinde yarıştığı durumlarda uygulanabileceği gibi elbette kamu yararıyla bireysel yararın yarıştığı durumlarda kullanılması da mümkündür. Fakat bu iki farklı yarışmanın başka kavramlarla ifade edilmesi ve üstün kamu yararının, kamu yararlarının kendi arasında yarıştığı haller için kullanılması hem kavramsal karışıklığın önlenmesi bakımından gerekli olup hem üstün kamu yararı kavramının teknik bir anlam kazanması açısından önem arz etmektedir.

2. Yarışma veya Çatışma Sonucunda Öncelik Verilen Kamu Yararının Nitelenmesi Olarak Üstün Kamu Yararı

Üstün kamu yararı kavramına Danıştay tarafından verilen ikinci anlam, yarışan veya çatışan kamu yararları arasında yapılan değerlendirme sonucu mahkemenin

¹²⁹ Örnek kararlar için bkz.: Danıştay 6.D., E. 1996/5362, K. 1997/3020, T. 17.6.1997, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 1997/6678, K. 1998/6744, T. 23.12.1998, Kazancı; Danıştay 6.D., E. 1998/2072, K. 1999/6209, T. 7.12.1999, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 2003/2971, K. 2005/1161, T. 23.2.2005, Kazancı; Danıştay 6.D., E. 2007/8058, K. 2009/12254, T. 18.12.2009, Kazancı, Danıştay 6.D. E. 2013/1015, K. 2014/2428, T. 28.3.2014, Kazancı.

öncelik verilmesi gereken kamu yararını isimlendirmesiyle gündeme gelmektedir. Danıştay kararlarında yer alan, “gözetilmesi gereken üstün kamu yararı, söz konusu vadinin korunmasıdır.¹³⁰”, “taşınmazın otopark alanı olarak belirlenmesinde üstün kamu yararı bulunduğu sonucuna varılmaktadır.¹³¹”, “Golf ve Spor Tesisleri Alanı kullanımında üstün kamu yararı bulunmadığı¹³²”, “maden işletmesi konusunda üstün kamu yararının varlığı nedeniyle¹³³”, “üstün kamu yararının mobil ve yüzer elektrik santralleri tesis etmekle mi yoksa çevre ve toplum sağlığını koruyucu hükümler içeren söz konusu Yönetmeliklerin eksiksiz uygulanması ile mi sağlanabileceğinin¹³⁴” ifadelerinde kavramın kullanımı niteleme anlamını içermektedir.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN ÜSTÜN KAMU YARARINA YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi bakımından yarışan/çatışan yararlar meselesi, Anayasa tarafından koruma altına alınan meralar, tarımsal araziler, ormanlar vb. alanların kullanımı ve tahsis amacının değiştirilmesine ilişkin kanun hükümlerinin Anayasa’ya uygunluğunun denetlendiği kararlarda kendisini göstermektedir. Söz konusu kanun hükümlerine dayanılarak İdare tarafından üstün kamu yararı bağlamında tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluk denetimini “Üstün Kamu Yararını Kanunun Belirlediği Durumlarda Danıştay’ın Yaklaşımı” başlığı altında ele almıştık. Şimdi, Danıştay’ın kanun koyucunun iradesine uygun biçimde aradığı kriterlerin, bir başka anlatımla kanunda öngörülen yasallık sebebi ve şartlarının Anayasa’ya uygun olup olmadığını irdeleyen kararları ele alacağız.

Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’da korunan alanların tahsis amaçlarının değiştirilmesine ilişkin anlayışını gösteren ve sonraki kararlarında da referans gösterilen kararı, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, “*Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzelkişilere, Tarım Orman ve*

¹³⁰ Danıştay 6.D., E. 2011/4773, K. 2014/7690, T. 26.11.2014, Lexpera.

¹³¹ Danıştay 6.D., E. 1996/4212, K. 1997/3762, T. 18.9.1997, Kazancı.

¹³² Danıştay 6.D., E. 2003/2971, K. 2005/1161, T. 23.2.2005, Kazancı.

¹³³ Danıştay 6.D., E. 1997/7130, K. 1999/3313, T. 16.6.1999, Lexpera.

¹³⁴ Danıştay 10.D., E. 2000/5957, K. 2002/505, T. 27.2.2002, Lexpera.

Köyİşleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir.” şeklindeki birinci tümcesinin iptaline ilişkindir. Söz konusu kanun hükmü Danıştay tarafından, İstanbul ili Sarıyer ilçesinde bulunan Mavromoloz Devlet Ormanı içinde bulunan alana üniversite kurulması amacıyla bedelli izin verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava üzerine somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 169. maddesinde ormanların kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağını düzenleyen hükmüne değindikten sonra, 6831 sayılı Kanun’un 17. maddesinin kamu yararı kavramının hangi durumları kapsadığına ilişkin çerçevenin çizilmemesi nedeniyle İdareye çok geniş takdir yetkisi verildiği gerekçesiyle, Anayasa’nın 7. ve 169. maddelerine aykırı bularak söz konusu hükmün oybirliğiyle iptaline karar vermiştir. Mahkemenin Anayasa’nın 169. maddesinde yer alan “kamu yararı” kavramının kanun koyucu tarafından nasıl sınırlandırılması gerektiğini yorumladığı şu paragraf önem arz etmektedir:

“Orman Kanunu'nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk tümcesi uyarınca, Anayasa ile korunan ve yasaklanan alanlar, kapsam dışı bırakılmaksızın ve kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarla ilgili herhangi bir çerçeve çizilmeksizin, turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis yapılması için Orman Bakanlığı'nca gerçek ve tüzelkişilere bedeli karşılığı izin verilebilmektedir. Bu durumda, orman arazilerinin bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığı yeterli görülürken, ancak bu kavramın sınırlarının belirlenmemesi ve çerçevesinin çizilmemesi nedeniyle idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. Anayasa'nın 169. maddesinde öngörülen ‘kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz’ tümcesine dayanılarak kamu yararının bulunduğu gerekçesiyle gerçek ve tüzel kişilere bina ve tesisler yapmak üzere orman arazileri tahsis edilemez. Devlet ormanlarının gerçek ve tüzelkişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir.”¹³⁵

Karardan anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi, ormanların tahsis amacı dışı kullanımını; orman arazileri üzerinde gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olan faaliyetler ve orman arazileri üzerinde gerçekleştirilmesinde zorunluluk bulunan faaliyetler olarak ikiye ayırmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bu iki hali oluşturan durumların kanun koyucu tarafından düzenlenerek kamu yararı gerekçesiyle orman arazilerinin tahsis amacı dışı kullanımının sınırlarının belirlenmesi, bir başka deyişle kamu yararının somutlaştırılması gerektiğini aramaktadır.

¹³⁵ AYM, E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002, RG. 8.11.2003/25283, AYM Kararlar Bilgi Bankası.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin A fıkrasının (1) numaralı bendi ile (b) alt bendinin, C ve D fıkralarının, Anayasa'nın 7. ve 169. maddelerine aykırılığını incelediği 2007 tarihli kararında, yukarıda incelediğimiz E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002 künyeli kararına atıf yaparak; Kanun'un 8. maddesinin A fıkrasının orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edilmesine ilişkin genel bir çerçeve çizdiği kabul edilmekle birlikte, kaçınılmazlık ve zorunluluk hallerine dair kriter getirmemesi nedeniyle Anayasa'nın 169. maddesine aykırı bularak oyçokluğuyla iptaline karar vermiştir:

"...hangi taşınmazların ve orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edileceği ile ilgili genel bir çerçeve çizilmekle beraber, ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte Yasada yer verilmemiştir.

Bu bağlamda, turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamazsa da, Anayasa'nın 169. maddesinde ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem ve uzun dönemdeki yaşamsal kamu yararı karşısında, bu tahsislerin hangi hallerde zorunlu sayılacağına da belirlenmesi Anayasanın yasa koyucuya yüklediği bir görev olarak kabul edilmelidir.

*Bu açıklamalar çerçevesinde, ormanların korunmasına ilişkin Anayasanın 169. maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi nedeniyle itiraz konusu yasa kuralları Anayasanın 169. maddesine aykırıdır; iptali gerekir."*¹³⁶

Kanun'un 8. maddesinin C ve D fıkraları yönünden ise Mahkeme, Anayasa'nın 169. maddesinde kanun koyucuya ormanların korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmak ve tedbirleri almak şeklinde yüklenen görev ve sorumluluğa aykırı biçimde, İdareye bu konuda genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verilmesini Anayasa'nın 7. maddesine aykırı bularak oyçokluğuyla iptaline karar vermiştir.

Çalışma konumuz bakımından karşı oy gerekçelerinde ileri sürülen argümanlar da önem taşımaktadır. Karşı oy gerekçesinde, turizm olgusunun Anayasa'da yer alan diğer maddelerle bütüncül bir şekilde değerlendirilmeden sadece ormanlara ilişkin 169. maddenin lafzen yorumlanmasıyla esasında Anayasa koyucunun öngörmediği bir sonuca varıldığı, 169. maddenin "Başlangıç", 5., 17., 23., 43., 56., 63. ve 166.

¹³⁶ AYM, E. 2006/169, K. 2007/55, T. 7.5.2007, RG. 24.11.2007/26710, Kazancı.

maddeleri ile birlikte yorumlanması gerektiği belirtilerek, “*Anayasa’nın insana, çevreye, ormana ‘birbirine nazaran’ üstün öncelikler tanımadığı, aksine her üçünün de dengeli ve uyumlu biçimde ele alınmış olduğu*” ifade edilmiştir. Ardından, ormanların tamamen insanlardan tecridi ile değil, kamuya açık turizm tesisleriyle en az zarar vererek üstün kamu yararının gerçekleşeceği; aksi durumun hem Anayasa’nın ruhuna ve yukarıda zikredilen maddelerine aykırılık teşkil edeceği hem de ormanların hukuk dışı eylemlerden bu yolla korunamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın 169. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz ... ormanlar kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.*” hükmünün de bu perspektifle yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Karşı oy gerekçesindeki esas vurucu nokta, çoğunluğun gerekçesine esas aldığı E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002 künyeli Anayasa Mahkemesi kararının; turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarının tahsisine ilişkin kuralın denetimine ilişkin olması nedeniyle, bu dava konusundan farklı olduğu ve gerekçeye esas alınamayacağının ifade edilmesidir. Karşı oy görüşü, atıf yapılan kararın aksine bu dava konusunun orman arazilerinin turizme tahsisine ilişkin çok sıkı yasal koşullara ve kamusal denetime tabi olduğunu, hatta 2634 sayılı Kanun’da öngörülenler dışında, korunan alanların kendi özel kanunlarında da ayrıca tahdit ve kayıtlamalar olduğunu belirterek kamu yararının somutlaştırıldığı gerekçesiyle dava konusu kuralın Anayasa’ya uygun olduğunu savunmaktadır. Bunun haricinde karşı oy gerekçesinde önemli başka bir nokta, turizm faaliyetinin ekonomik getirisi ve ülkeye kattığı değerler üzerinde durularak ormanların muhafazasıyla aynı derecede kamu yararı içerdiği ve yapılacak yorumda bu hususun da dikkate alınması gerektiğini belirtmesidir. Son olarak, çoğunluk görüşünün atıf yaptığı Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesinde yer alan kamu yararı ve zorunluluk kriterine ilişkin yapılan yorum oldukça dikkat çekicidir:

“Anayasa Mahkemesi’nin işaret edilen kararındaki ‘kamu yararı’ ve ‘zorunluluk’ kriterlerinin, ormanların turizme tahsisinde de gözetilmesi Anayasa’nın bütününe ve işaret edilen maddelerinin ruhuna uygun düşmeyecek bir yorum biçimidir. Bu yorum ile mefhumun muhalifinden çıkacak olan, bugüne kadar rastlanılmamış ‘zorunlu olmayan kamu yararı’ ölçütü, yasakoyucu önüne her konuda kamu menfaatini tarttıran bir ölçü dışı takdir yetkisi getirmiş olacaktır ki, bunun da kabulü mümkün değildir.”

Esasında çoğunluk görüşü, orman arazilerinin turizm faaliyetine tahsisini mutlak surette Anayasa'ya aykırı bulmamakta sadece dava konusu kuralla getirilen düzenlemede 169. maddenin gerektirdiği korumayı sağlayıcı hukuki güvencelere yer verilmediğini savunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 2002 tarihli iptal kararı üzerine 6831 sayılı Orman Kanunu'nun yeniden düzenlenen 17. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla tekrar Mahkeme önüne gelmiştir. Başvuru dilekçesinde, yukarıda yer verdiğimiz E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002 künyeli karardaki iptal gerekçelerine uyulmadığı, söz konusu kararda kanunla öngörülmesi aranan koşulların tahsise izin verilecek durumların tek tek sayılması anlamına gelmediği; kararda kastedilenin, gerçekleştirilmesi istenen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı ve bu faaliyetin ormanların olduğu gibi muhafaza edilmelerinden daha büyük kamu yararı taşıması gibi koşulları içermesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, başvuru dilekçesinde referans gösterilen kararda yer alan zaruret hali ile, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi mümkün olmayan faaliyetlerin kastedildiğini kabul etmekle birlikte iptali istenen kuralda düzenlenen hallerin bu koşulu sağladığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir:

“Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerin, talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkanı bulunup bulunmadığı hususu gözetilmek suretiyle belirlenmesi gerekir.

İptali istenen 6831 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlet ormanları üzerinde yapılabilecek bina ve tesislerin hangi kamu hizmetlerine ilişkin olması gerektiği tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş, söz konusu bina ve tesislerin yapılabilmesi için kamu yararı ile zaruret halinin birlikte gerçekleşmesi gerektiği vurgulanmıştır. İptali istenen 17. maddenin dördüncü fıkrasında ise üçüncü fıkrada belirtilen bina ve tesislerin hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar veya hususi ormanlarda yapılmak istenmesi halinde üçüncü fıkra ile bağlantılı izin halleri ve koşulları düzenlemiştir. İptali istenen hükümlerde belirtilen zaruret halini, talep edilen faaliyetin

orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkanı bulunmaması durumu olarak anlamak gerekir.”¹³⁷

Karar, oyçokluğuyla alınmış olup karşı oy görüşleri; “kamusal faaliyet veya yatırımın koruma altındaki alanda gerçekleştirilmesinin zaruri olması” ve “gerçekleştirilecek kamusal faaliyet veya yatırımdan beklenen kamu yararı” bakımından önemli yaklaşımları içermektedir. Karşı oy yazılarından biri, daha önceki kuralı iptal eden E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002 künyeli karardaki iptal gerekçesinin, devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine imkân tanıyan kuralların hemen hemen her hizmette bulunduğu ileri sürülebilecek “kamu yararı” ve “zaruret” kavramlarına dayandırılmasını değil; ormanların olduğu gibi muhafaza edilmesiyle öngörülen kamu yararından daha üstün bir kamu yararının varlığını ve bu üstün kamu yararının gerçekleştirilebilmesi için de devlet ormanlarının kullanımının kaçınılmaz olmasını kastettiğini savunmaktadır.

Aynı kararda yer alan başka bir karşı oy yazısında ise, dava konusu kuralın İdarenin kanun koyucunun çizdiği sınırlar çerçevesinde tesis edeceği işlemler bakımından etkisine değinerek, “*anayasal orman kavramının kaçınılmaz gerekleri*” bağlamında; “ormanların kullanımına imkân sağlayan kamu yararı ölçütü”nün ve “üstün kamu yararı olduğu düşünülen hizmete ilişkin ilkeler”in kanunda somutlaştırılması gerektiğini savunmuştur:

“Bu bakımdan ormanların kullanılmasında ölçüt olan kamu yararının belirgin ve somut öğelerinin, yönetimlerin uygulamalarına bırakılmadan ve nesnelliği sağlamak için yasalarda açıklıkla gösterilmesi gerekir. Çünkü her yönetsel uğraşta davaya konu edilen kuraldaki gibi ‘kamu yararı’ ve ‘zaruret’ koşulları bulunabilir veya gereçlendirilebilir. ‘Nedenleri saklı işlemler’ ayrıştırmasının göstergeleri olan bu kavramların, anayasal orman kavramının kaçınılmaz gerekleri karşısında içerikli bir bütünlüğe ulaşmaları yaşamsal önemdedir. Burada öne çıkacak olgu, ormanların bulundukları coğrafya gözetilerek sağladıkları yararlardan daha üst bir yararı gerçekleştireceği varsayılan hizmete ilişkin ilkelerin belirlenmesi ve idari işlem akışının yöneme bağlanmasıdır. Bunlar yanında, ormandan daha üstün kamu yararını gerektiren etkinliğin gerçekleştirilmesindeki zorunluluğun değil, ormanda yapılmasındaki kaçınılmaz zorunluluğun göstergelerinin açıklanmış olmasıdır.

Bu durumda, soyut nitelikteki ‘kamu yararı ve zorunluluk’ kavramlarını somutlaştırmayan kuralda belirginlik ve kamusal yararının tartışılmaz gerçekleştirilmesine yönelik ilkelerden yoksunluk nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devletine uyarlık yoktur.”

¹³⁷ AYM, E. 2004/67, K. 2007/83, T. 22.11.2007, RG. 19.1.2008/26761, Kazancı.

Aynı karşı oy yazısının devamında, daha önceki kuralı iptal eden Anayasa Mahkemesi kararında sayılan öncelikli kamu hizmetlerinin sayılması ve “gibi” edatıyla sınırlandırılması¹³⁸ hususuna değinildikten sonra, bu yöntemin, sayılan öncelikli kamu hizmetlerinin çoğaltılabileceği anlamına gelmediği, eğer ekleme yapılacaksa aynı işlevleri taşıyan bir kamu hizmeti olması gerektiği; iptali istenen kuralda ise ulaşım, haberleşme, baraj, gölet, mezarlık, sağlık, eğitim ve spor gibi geniş kapsamlı başka hizmetlere de yer verilerek söz konusu hizmetlerin orman alanında gerçekleştirilmesine ilişkin kaçınılmazlığın ortaya konulamadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 153. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8. maddesini, E. 2006/169, K. 2007/55, T. 7.5.2007 künyeli kararıyla iptal etmesi üzerine kanun koyucu tarafından yapılan yeni düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı iddiasının incelendiği kararın¹³⁹ da değerlendirilmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme bu kararda, daha önceki kuralı iptal eden E. 2006/169, K. 2007/55, T. 7.5.2007 künyeli kararına işaret ederek kamu yararı ve zaruret bulunması halinde turizm yatırımları için orman arazileri üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesinin Anayasa’ya aykırı olmadığını vurgulamış, ardından dava konusu kuralların getirdiği güvenceleri değerlendirmiştir. Mahkeme, dava konusu kuralla getirilen koşullarla birlikte ormanların korunması bakımından yeterli tedbire yer verildiği ve kanun koyucu bakımından koruma-kullanma dengesinin gözetildiğini belirtmiştir. Mahkemenin aşağıda alıntıladığımız paragrafı, Anayasa’da korunan alanların kamu yararı ve zaruret bulunması koşuluyla kullanımı ile tahsisine izin veren ve bu kriterler bakımından anayasal denetimi sağlayan Mahkemenin yaklaşımını göstermesi bakımından önem taşımaktadır:

“Anayasa’ya uygunluk denetiminde, yasakoyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır. İncelenen yasama belgeleri, yasakoyucunun, 2634 sayılı Yasanın 8. maddesinin (A) fıkrasının (1) nolu bendinin (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentlerinde sayılan turizm

¹³⁸ Zikredilen Anayasa Mahkemesi kararının yukarıda kararın kendisine yer verdiğimiz kısımda da değindiğimiz ilgili kısmı şöyledir: “Devlet ormanlarının gerçek ve tüzelkişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olması gerekir.” Bkz. AYM, E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002, RG. 8.11.2003/25283, AYM Kararlar Bilgi Bankası.

¹³⁹ AYM, E. 2008/51, K. 2011/46, T. 10.3.2011, RG. 14.5.2011/27934, Kazancı.

etkinliklerinin ormandan yararlanmaksızın amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilemeyeceği sonucuna vardığını göstermektedir. Gerçekten de, turizmin, deniz, doğa, tarih ve otantik kültür unsurlarını gerektirdiği bilinen bir husustur. Bu nedenle, turizmin istihdam yaratabilmesi, gelir artışına yol açabilmesi ve kendisinden beklenen diğer sosyal ve siyasal yararları ortaya çıkarabilmesi bakımından orman arazilerinin turizm yatırımları için tahsis edilmesine ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Aksi halde, turizmden beklenen kamu yararının gerçekleşmeyeceğinin değerlendirilmiş olduğu ve bu çerçevede tahsisin zorunlu görüldüğü anlaşılmaktadır.

Dava konusu kurallarla, turizmi koruma ve gelişim bölgelerinde hazineye ait yeterli alanın bulunmaması, belli miktar sınırlamalarının gözetilmesi, sadece yasada öngörülen turizm türleri için orman arazilerinin tahsis edilebilmesi gibi kriterler getirildiğinden, kamu yararı anlayışıyla hareket edilerek zorunluluk ve kaçınılmazlık ölçütlerinin karşılandığı sonucuna varılmıştır.”¹⁴⁰

Kararda toplamda yedi karşı oy yazısı bulunmakla birlikte, şu üç husus üzerinde durulmuştur. Birincisi, dava konusu kuralın alt bentleri ile irtifak hakkı tesis edilmesine izin veren hükümlerin kamu yararına dayanmaktan ziyade turizm faaliyetini cazip kılan orman alanlarının tahsisıyla turizmin gelir getirici özelliği dolayısıyla kullanıma açılmak istendiğinin ileri sürülmesidir. Bu bağlamda dile getirilen bir başka husus ise, söz konusu alanların turizme tahsis edilmesiyle herkesin kullanımına açık bir yararlanma değil belli birey veya gruplara yönelik yararlanma imkânı sunmasıdır. Bu kapsamda ikinci bir husus, turizmin teşvikinde kamu yararı bulunsa da söz konusu yatırımların orman ekosistemi içerisinde gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olan, bir başka anlatımla orman dışında gerçekleştirilmesi imkânsız olan faaliyetler olmadığıdır. Bu konuda bir karşı oy yazısında örnek olarak, dava konusu kuralın (g) alt bendinde düzenlenen golf turizminin mutlaka orman ekosistemi içerisinde yapılmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Karşı oy yazılarının bir kısmında yer alan üçüncü bir husus ise, tahsis edilen alanda yürütülecek hizmetin sadece kamu yararı taşıması değil ormanların muhafazasıyla elde edilen alandan daha büyük bir kamu yararı sağlaması halinde 169. maddeye aykırı olmayacağıdır. Özetle, karşı oy yazılarında, mahkemenin konuya ilişkin yukarıda yer verdiğimiz 17.12.2002, 7.5.2007 ve 22.11.2007 tarihli kararlarına atıf yapılarak “kamu yararı” ve “zaruret hali” ölçütlerinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 6831 sayılı Orman Kanunu’na göre orman sayılan yerlerdeki ruhsat ve izin alanlarında ilgili mevzuat uyarınca izin almak ve bedellerini

¹⁴⁰ AYM, E. 2008/51, K. 2011/46, T. 10.3.2011, RG. 14.5.2011/27934, Kazancı.

ödemek kaydıyla petrol arama ve işletme faaliyetlerine izin veren 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun 10. maddesinin 5. fıkrasının¹⁴¹ anayasal denetimini yaptığı kararında¹⁴² ise, petrolün insan eliyle üretilemeyen doğal ve sınırlık bir kaynak olduğunu, bulundukları alanda çıkarılmalarının teknik bir zorunluluktan kaynaklandığını vurgulayarak, petrol üretiminde bulunan kamu yararı ve zorunluluk halinin gerçekleştiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme ikinci olarak, petrol arama ve işletme faaliyetlerinin ancak kendi özel mevzuatında yer alan koşullar ve sınırlar çerçevesinde yürütülebileceğini bir başka anlatımla doğrudan orman alanları üzerinde faaliyette bulunulamayacağını vurgulamıştır. Dolayısıyla, *“...kanun koyucu tarafından, çatışan iki kamu yararı arasında petrol faaliyetlerine izin verilmesinin üstün kamu yararı olarak tercih edilmesi durumunda, yapılacak faaliyetlerin ormanların korunmasına ve geliştirilmesine uygun bir çerçeve içerisinde gerçekleştirilmesinin amaçlandığı”* ifade edilerek dava konusu kuralın Anayasa'nın 56 ve 169. maddelerine aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Çalışma konumuz bakımından önem taşıyan karşı oy yazısında ise, *“Petrol gibi önemli ve stratejik bir kaynağın milli ekonomiye kazandırılmasındaki kamusal yarara karşı ormanların korunmasının da hem Anayasa'nın emri hem de aynı derecede üstün bir kamu yararının konusu olduğu gözetildiğinde, ormanda petrol arama ve işletme faaliyetlerinin her iki üstün yarar arasında makul bir denge kuracak şekilde gerçekleştirilmesi gerekeceği”* hususu belirtildikten sonra, petrol rezervlerinin stratejik önemi ve hassasiyetinden ötürü orman alanlarının sağlık, turizm vb. faaliyetler için tahsis edildiği durumlardan daha ayrıntılı ve özel önlemlerin alınması gerektiği, dava konusu kuralda atıf yapılan mevzuatın bu kapsamda önlemleri barındırmadığı dolayısıyla 169. maddenin öngördüğü korumanın sağlanmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.

Kamu yararı ölçütü bakımından getirdiği açıklamalar dolayısıyla önem taşıyan bir başka Anayasa Mahkemesi kararı¹⁴³ ise, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi

¹⁴¹ Karar tarihinde dava konusu edilen 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun 10. maddesinin 5. fıkrası: “31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerlerdeki ruhsat ve izin alanlarında, ilgili mevzuata göre izin almak ve bedelleri ödemek suretiyle petrol arama ve işletme faaliyetleri yapılabilir.”

¹⁴² AYM, E. 2013/96, K. 2014/118, T. 3.7.2014, RG. 21.5.2015/29362.

¹⁴³ AYM, E. 2014/147, K. 2015/25, T. 5.3.2015, RG. 3.4.2015/29315, Lexpera.

Kullanımı Kanunu'nun 13. maddesinin (d) bendi¹⁴⁴ ile 14. maddesinin (b) bendinde¹⁴⁵ tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı için kamu yararı kararı alınmasını öngören düzenlemelerin Anayasa'nın 44 ve 45. maddelerine aykırı olup olmadığına ilişkindir. Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 44 ve 45. maddeleri ile Devlete, tarımsal arazi ve meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevinin verildiğini, 5403 sayılı Kanun'un amacını belirleyen 1 ve 2. maddelerinden, Kanun'un çıkarılış amaçlarından birinin de Devlete yüklenen bu görevin bir gereği olduğu belirtilmiştir. Ardından, bu ödevin mutlak bir yasaklamayı getirmediği, sosyal ve ekonomik bazı ihtiyaçların tarımsal arazi ve meraların başka amaçlarla kullanımını zorunlu hale getirebildiğine değinilmiştir. Yüksek Mahkeme, bir alanın tarım arazisi veya mera vasfının kaldırılması için, olduğu haliyle kullanılmasına devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hallerde amaç dışı kullanıma izin verilebileceği fakat bunun için "iki kamusal yarar arasında makul bir denge kurulması" ve "amaç dışı kullanımın sosyal ve ekonomik açıdan daha fazla kamusal yarar sağlayacağı"nın ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır. Kararın devamında esas tartışma konusu olan "kamu yararı kararı alınacak plan ve projeler" in kapsamı değerlendirilmiştir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, tarımsal arazilerin amaç dışı kullanımına izin veren diğer bentlerde sayılan yatırım ve faaliyetlerin de dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini belirttikten sonra, *"...anılan plan ve yatırımların, kamu yararının zorunlu kıldığı ve başka yerlerde de yapılması mümkün olmayan türden yatırım veya faaliyetlerden oluşması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, kamu yararının zorunlu kıldığı ve başka alanlarda da yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda*

¹⁴⁴ 5403 sayılı Kanun'un itiraz konusu "Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı" başlıklı 13. maddesinin ilgili kısmı: "Mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri tarımsal üretim amacı dışında kullanılamaz. Ancak, alternatif alan bulunmaması ve Kurulun uygun görmesi şartıyla; (...) **d) Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış plân ve yatırımlar**, (...) için bu arazilerin amaç dışı kullanım taleplerine, toprak koruma projelerine uyulması kaydı ile Bakanlık tarafından izin verilebilir. (...)"

¹⁴⁵ 5403 sayılı Kanun'un itiraz konusu "Tarımsal potansiyeli yüksek büyük ovaların belirlenmesi ve korunması" başlıklı 14. maddesinin ilgili kısmı: "Tarımsal üretim potansiyeli yüksek, erozyon, kirlenme, amaç dışı veya yanlış kullanımlar gibi çeşitli nedenlerle toprak kaybı ve arazi bozulmalarının hızlı geliştiği ovalar; kurul veya kurulların görüşü alınarak, Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile büyük ova koruma alanı olarak belirlenir. (...) Büyük ovalarda bulunan tarım arazileri hiçbir surette amacı dışında kullanılamaz. Ancak alternatif alan bulunmaması, kurul veya kurullarca uygun görüş bildirilmesi şartıyla; (...) **b) Bakanlık ve talebin ilgili olduğu Bakanlıkça ortaklaşa kamu yararı kararı alınmış faaliyetler**, İçin tarım dışı kullanımlara Bakanlıkça izin verilebilir. (...)"

‘Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış plân ve yatırımlar’ın mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazilerinde yapılmasına imkân tanınmasında Anayasa’ya aykırı bir yön bulunma(dığına)” karar vermiştir.

Mahkeme her ne kadar, kamu yararı kararı alınacak faaliyetlerin kapsamı bakımından aynı maddede diğer bentlerde sayılan yatırım ve faaliyetlerin göz önünde bulundurulacağını belirtse de karar gerekçesinde bu bentlere ilişkin ayrıca bir değerlendirme ya da yoruma yer vermemiştir. Kaldı ki, itiraz konusu kuralın maddede yer alan diğer bentlerden bağımsız olarak incelenmesi ihtiyacı da bulunmaktadır. Nitekim diğer bentlerde öngörülen faaliyet ve yatırımların kamu yararı ve zaruret halini sağlaması, itiraz konusu kural bakımından da söz konusu ölçütleri içerdiğini garanti edemez. Üstelik diğer bentlerde oldukça somutlaştırılmış yatırım ve faaliyetler öngörülmesine rağmen itiraz konusu kural kamu yararının belirlenmesi bakımından İdareye geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır¹⁴⁶. Söz konusu bu geniş takdir yetkisinin Anayasa’nın 44 ve 45. maddeleriyle Devlete yüklenen koruma ödevini sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmemiştir.

Mahkeme kararın devamında Kanun’da öngörülen koşullara değinerek tarım arazilerinin amaç dışı kullanımının engellenmesi bakımından yeterli güvence getirildiğine kanaat getirmiştir. Bu kapsamda, kamu yararı kararının herhangi bir makam tarafından değil Bakanlık tarafından alınacak olması, söz konusu yatırım ve faaliyet için alternatif alanların araştırılması zorunluluğu öngörmesi, Toprak Koruma Kurulu’nun uygun görüşünün alınacak olması, ayrıca bu koşulların oluşup oluşmadığını denetlemek üzere tarım konusunda yetkili otorite olan Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı veya yetkilendireceği valiliğin iznine bağlanması; önemli bir

¹⁴⁶ Bu husus kararda yer alan karşı oy yazısında da eleştirilmiştir: “Anılan fıkranın diğer bentlerinde yer verilen istisnaların tamamının belirli sektörlerle ve konularla sınırlı ve özel olarak sayılan ihtiyaçlar, faaliyetler ve yatırımlar olmasına karşılık, itiraz konusu bentte genel olarak Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış bütün plan ve yatırımlar için tarım arazilerinin amaç dışı kullanılabileceği belirtmek suretiyle istisna hükmünün kapsamı çok genişletilmekte ve diğer bentlerdeki sınırlı sayıya anlamsız ve etkisiz kılınmaktadır. Başka bir ifadeyle, belirtilen hükme göre Bakanlıkların kamu yararı kararı ile her ihtiyaç, faaliyet, plan ve yatırım için tarım arazileri amaç dışı kullanılabilecektir.” Bkz. AYM, E. 2014/147, K. 2015/25, T. 5.3.2015, RG. 3.4.2015/29315, Lexpera.

sosyal ve ekonomik ihtiyaca karşılık gelmeyen yatırım ve planlar ile tarımsal arazilerin amaç dışı kullanımını engelleyeceği kabul edilmiştir.

Diğer kararlardan farklı olarak kanunda öngörülen koşulların idari yargı yerlerince denetimine ilişkin yer verilen şu paragraf önem taşımaktadır:

“Diğer taraftan, bu kapsamda alınacak kararlar ve tesis edilecek işlemlere karşı yargı yolu açık olup kuralın uygulandığı somut durumlarda maddede belirtilen tarım arazilerinde gerçekleştirilmesine izin verilen plan veya yatırımın kamu yararı yönünden zorunlu nitelik taşıyıp taşımadığı hususu idari yargı yerlerince denetlenebilecek ve bu nitelikte olmayan plan veya yatırımlara dayanılarak verilen izinler iptal edilebilecektir.”¹⁴⁷

Sonuç olarak Mahkeme, 5403 sayılı Kanun’un dava konusu kurallarını¹⁴⁸ Anayasa’ya aykırı görmeyerek iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin benzer gerekçelerle hüküm tesis ettiği başka bir kararı¹⁴⁹ ise, 4342 sayılı Mera Kanunu’nda mera, yaylak ve kışlakların tahsis amacının değiştirilmesine ilişkin istisnalara “*Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen*” yerlerin de eklenmesine yönelik (1) bendinin iptali istemine ilişkindir. Yüksek Mahkeme, bir önceki kararda olduğu gibi; mera, yaylak ve kışlakların korunmasının Anayasa’nın 45. maddesiyle Devlete bir ödev olarak verildiğini, ancak sosyal ve ekonomik ihtiyaçların gerektirdiği daha fazla kamusal yararın söz konusu olduğu hallerde tahsis amacının değiştirilebileceğini belirtmiştir. Ardından 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun¹⁵⁰ 73. maddesinde belediyelere tanınan kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilme yetkisinin Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının Devlete yüklediği ödev kapsamında olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, itiraz konusu kuralın, belediyeye verilen kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilme yetkisine ilişkin 5393 sayılı Kanun’un 73. maddesinde belirtilen amaçlarla sınırlı olduğu, madde gerekçesinde alternatif alan bulunmaması halinde tahsis amacının değiştirilebileceğinin belirtildiği, 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara

¹⁴⁷ AYM, E. 2014/147, K. 2015/25, T. 5.3.2015, RG. 3.4.2015/29315, Lexpera.

¹⁴⁸ Mahkeme, 5403 sayılı Kanun’un 13 ve 14. maddelerinin itiraz konusu ilgili bentlerinde sadece kamu yararı kararını alacak Bakanlıkların sayısı bakımından bir fark olduğunu belirterek, Kanun’un 13. maddesinin (d) bendi için açıklanan gerekçelerin 14. maddenin (b) bendi açısından da aynen geçerli olduğuna karar vermiştir.

¹⁴⁹ AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, T. 14.5.2015, RG. 11.6.2015/29383, Lexpera.

¹⁵⁰ RG., T. 13.7.2005, S. 25874.

ihtiyaç duyulsa bile ancak Kanun'da öngörülen usul işletilerek tahsis amacının değiştirilebileceği ve bu yönde alınan kararların da idari yargı denetimine açık olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 45 ve 56. maddelerinde düzenlenen ve *"çatışan iki ödev arasında makul bir dengenin de gözetildiği"*ne karar vererek iptal istemini reddetmiştir.

Karşı oy gerekçelerinde ise genel olarak, karar tarihinde yürürlükteki haliyle Bakanlar Kuruluna ait kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan etme yetkisinin çok geniş bir alanı kapsadığı dolayısıyla bu kapsamda meraların kullanım amaçlarının değiştirilmesine yönelik getirilen istisnanın İdareye çok geniş bir takdir yetkisi tanıdığı, Kanun gerekçesinde yer alan alternatif alan bulunmaması halinde tahsis amacının değiştirilebileceği şartının bağlayıcı olmadığı, başka hiçbir sınırlamaya yer verilmediği, maddede yer alan diğer bentlerin meraya müdahalenin zorunluğu olduğu durumları kapsadığı ve bu hususun "zaruri olan", "gerekli olan", "ihtiyaç duyulan" gibi ifadelerle vurgulandığı gerekçesiyle Anayasa'nın 45. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, Kanal İstanbul olarak bilinen Avrupa Yakası Proje Alanı içinde yer alan mera, yaylak ve kışlak gibi orta malların 4342 sayılı Mera Kanunu'nun öngördüğü usul işletilmeden Hazine adına tescil edilmesini öngören kuralın Anayasa'ya uygunluğunu incelediği karar¹⁵¹ da üstün kamu yararı kavramına ilişkin değerlendirme içermektedir. Yüksek Mahkeme, tahsis amacı değişikliğinin nedenini anlayabilmek için söz konusu projede Çevre ve Şehircilik Bakanlığının yetkilendirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararını incelemiş ve kararda yer alan *"olası afet riskini bertaraf etmek için ruhsatsız, iskânsız ve afet riski altındaki yapıların tasfiye edilerek yeni yerleşim alanı olarak kullanılması amacıyla ilan edildiği"* hususuna değinerek kamu yararına aykırı olmadığı sonucuna varmıştır:

Sonuç olarak Mahkeme, Anayasa'nın 45. maddesi kapsamındaki alanların korunmasına ilişkin kamu yararı ile Anayasa'nın 56. maddesiyle devlete yüklenen bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına yönelik kamu yararı arasında makul dengenin sağlandığına kanaat getirmiştir:

¹⁵¹ AYM, E. 2016/133, K. 2017/155, T. 15.11.2017, RG. 11.1.2018/30298, Kazancı.

“Anayasa’nın 45. maddesinin koruması altında bulunan mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımına sebebiyet verildiği açıktır. Diğer taraftan afet risklerine karşı önlem almak ve bireylerin can ve mal güvenliğini ön planda tutarak sağlıklı bir çevrede yaşamalarını temin etmek de Anayasa’nın 56. maddesiyle devlete yüklenen bir ödevdir. Bu açıdan bakıldığında bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşamalarına yönelik üstün bir kamu yararına dayandığı anlaşılan kuralda Anayasa’ya aykırılık bulunmamaktadır.”¹⁵²

Oyçokluğuyla alınan kararda karşı oy yazısında, salt ekonomik kazanç elde etmek amacıyla taşınmazların mera vasfının kaldırılamayacağı belirtildikten sonra, kanalın geçeceği yerler ile proje alanında kalan diğer yerler arasında ayrıma gidilebileceği ileri sürülmüştür:

“Kanalın geçeceği yerlerin, bölgenin topoğrafik özellikleri dikkate alınarak, yani Marmara Denizi ile Karadeniz arasında kalan toprakların deniz seviyesine göre en alçak yerlerinden ve mevcut göl ve dereler dikkate alınarak belirlenmesi teknik ve ekonomik bir zorunluluk teşkil ettiğinden, bu kapsamda kalan yerlerde mera, yaylak ve kışlak gibi arazilerin vasfının değiştirilmesinde Anayasaya aykırılık bulunmadığı söylenebilir.

Öte yandan, kanalın geçeceği yerler ve güzergahla ilgisi bulunmamakla birlikte geniş proje alanında kalan tüm mera, yaylak ve kışlakları kapsayacak şekilde, hangi üstün kamu yararına dayandığı ortaya konmadan, bu konuda gelecekteki kullanım şeklinin genel esasları ve ilkeleri yasa ile belirlenmeden, yani Anayasa’nın 45. ve 56. maddeleri arasında makul bir denge kurulmadan, genel ve belirsiz bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Geniş bir bölgedeki tüm mera, kışlak ve yaylakların Anayasa’nın 45. maddesindeki güvencelerin kapsamı dışına çıkartılmasını öngören kural, Anayasa’nın 45. maddesine aykırıdır.”¹⁵³

Anayasa Mahkemesi tarafından, 5659 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Kanunu’nun¹⁵⁴ Ek 1. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının¹⁵⁵ Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla incelenen başka bir kararda iptal talebinin reddine karar verilmiştir. Mahkemenin karar gerekçesi, kanun koyucu tarafından getirilen istisnanın kamu yararı taşınması gerektiğine ilişkin kriterin sınırı bakımından önem arz etmektedir:

“Dava konusu kuralda; Bakanlığın uygun görüş vermesi şartıyla kurala ekli krokide sınırları belirlenmiş arazinin hayvanat bahçesi, tema park, rekreasyon alanları ile buralara gelecek ziyaretçilerin günübirlik ihtiyaçlarını karşılayacak yapıların yapılması amaçlarıyla sınırlı olarak tahsisine izin verilmiştir. Anılan amaçlar gözetildiğinde kuralla kamu yararı dışında özel bir amaç güdüldüğü söylenemez. Buna karşılık söz konusu

¹⁵² AYM, E. 2016/133, K. 2017/155, T. 15.11.2017, RG. 11.1.2018/30298, Kazancı.

¹⁵³ AYM, E. 2016/133, K. 2017/155, T. 15.11.2017, RG. 11.1.2018/30298, Kazancı.

¹⁵⁴ RG., T. 1.4.1950, S. 7472.

¹⁵⁵ “Dava konusu kural, Kanun’un ekinde koordinatları belirlenmiş olan Atatürk Orman Çiftliği arazisinin Bakanlığın uygun görüş vermiş olması ve Bakanlık ile Atatürk Orman Çiftliği tüzel kişiliğine herhangi bir külfet veya yükümlülük getirilmemesi kaydıyla, hayvanat bahçesi, tema park, rekreasyon alanları ile buralara gelecek ziyaretçilerin günübirlik ihtiyaçlarını karşılayacak yapıların yapılması amaçlarıyla sınırlı olarak Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü ile Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı arasında yapılacak bir protokol ile Ankara Büyükşehir Belediyesine tahsisini düzenlemektedir.” Bkz. AYM, E. 2018/106, K. 2019/80, T. 16.10.2019, RG. 3.12.2019/30967, Lexpera.

alanın tarım arazisi olarak muhafazası yerine sosyal gereksinimi karşılamaya yönelik amaçlara tahsis edilmesinin kamu yararına daha fazla hizmet edip etmediği, bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde bulunduğundan bu husus yerindelik kapsamında olup anayasal denetimin konusu dışında kalmaktadır.”¹⁵⁶

Anayasa Mahkemesi kararları zaman boyutuyla incelendiğinde E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002 künyeli iptal kararının gerekçelerinin sonraki tarihli kararlarında etkili olduğu ve tartışmanın bu kararda ortaya koyulan kriterlerin dava konusu hükümler bakımından yorumlanması üzerinden ilerlediği görülmektedir.

Bu çerçevede, Anayasa tarafından koruma altına alınan alanlar ile yarışan kamu yararlarının değerlendirilmesi meselesinde Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen ilk kriter, kamusal faaliyet ya da yatırımın söz konusu alanda gerçekleştirilmesinin zaruri olması gerektiğidir. Bu kriter bakımından tartışmalı olan husus, zaruret halinin kapsamına ilişkindir. Bu zaruret hali, sadece, kamusal faaliyet ya da yatırımın, petrol arama faaliyetleri yahut maden çıkarılması örneklerinde olduğu gibi, ilgili alanda gerçekleştirilmesinin “kaçınılmaz” olduğu halleri mi kapsamaktadır? Yoksa, çeşitli turizm faaliyetlerinde olduğu gibi korunan alanın kullanımının kaçınılmaz olmasa da zorunlu olduğu haller de bu kriterin kapsamında mıdır? Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verdiğimiz kararları incelendiğinde, kaçınılmaz haller ile birlikte zorunluluk hallerinin de kriteri sağladığını kabul ettiği görülmektedir. Hatta, tahsis amacının değiştirilme sebebi olarak İdareye geniş takdir yetkisi tanıyan kamu yararı kararı alınması istisnasını dahi Anayasa’ya aykırı görmeyerek bu kriteri oldukça geniş yorumlama eğilimindedir.

Anayasa Mahkemesinin yarışan kamu yararları meselesinde üzerinde durduğu ikinci kriter, kamusal faaliyet ya da yatırımın kamu yararı taşımasıdır. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları kamu yararının varlığının yeterli olduğu yönündedir. Ancak azınlıkta kalan bir görüş ise, kamusal faaliyet ya da yatırımdan beklenen kamu yararının söz konusu alanın korunmasıyla elde edilen kamu yararından daha üstün bir kamu yararına tekabül etmesi gerektiği doğrultusundadır. Esasında kanun koyucu getirdiği istisna ile kural karşısında üstün kamu yararını belirlemiş olmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin getirilen istisnanın sadece kamu

¹⁵⁶ AYM, E. 2018/106, K. 2019/80, T. 16.10.2019, RG. 3.12.2019/30967, Lexpera.

yararı taşımasını aramasının isabetli olduğu söylenebilir. Aksi takdirde Mahkeme kanunun Anayasa'ya uygunluk denetiminin sınırını aşarak hangi faaliyette daha üstün kamu yararı olduğu araştırmasına girişmiş olacaktır.

Üçüncü kriter, söz konusu alanlara ilişkin Anayasa tarafından Devlete ödev olarak verilen korumayı sağlayacak hukuki güvencelerin bulunup bulunmadığıdır. Bu kriter bakımından dikkat çeken husus, Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu tarafından rutin olarak belirlenen birtakım koşulları (alternatif alan araştırması, yetkili idari otoriteden uygun görüş alınması vb.) ve alınacak kararın idari yargı denetimine açık olmasını anayasal korumanın sağlanması bakımından gerekli ve yeterli tedbirler olarak görmesidir. Hatta yukarıda ele aldığımız bir kararında madde metninde yer almayan alternatif alan araştırması koşulunun madde gerekçesinde yer almasını dahi yeterli görmüştür. Yine yukarıda yer verdiğimiz bir başka kararında ise, orman alanlarında petrol arama ve işletme faaliyetlerine izin veren kanunun konu özelinde gerekli önlemleri düzenlemediği hususu karşı oy gerekçesinde öne sürülmüştür. Özetle Anayasa Mahkemesinin bir kriter olarak kanuni düzenlemeyle hukuki güvenceler getirilmesini aradığı fakat bu güvencelerin içeriğine, yeterliliğine ve isabetine ilişkin çok sıkı bir denetim yapmadığı söylenebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE ÜSTÜN KAMU YARARINA İLİŞKİN TEMEL MESELELER

I. GENEL OLARAK YARIŞAN YARARLAR MESELESİ VE ÜSTÜN KAMU YARARININ TESPİTİ

A. YARARLARIN YARIŞMASINA GENEL BİR BAKIŞ

Hukuk düzeninde birbirine paralel yararlar olabileceği gibi çoğu zaman birbirine zıt yararların çatışmasından söz edilir¹⁵⁷. Söz konusu yarışma ya da çatışmanın öznesini ise bireysel yarar ve kamu yararı oluşturmaktadır. Kaneti, kanunda çatışma haline bir çözüm getirilmişse gerçek anlamda bir çatışmadan söz edilemeyeceğini fakat kanunda belirleme yapılmamışsa bu durumun boşluk kabul edilerek yargıç tarafından yarışan yararlar arasında bir tartım yapıp birinin diğerine üstün tutularak sonuca varılacağını belirtmiştir¹⁵⁸. Bu bakış açısı, yarışan yararlar meselesinin odak noktasını oluşturmaktadır.

Hukuka açıkça aykırılık oluşturmayan birden fazla değer çatışması halinde, önce kanun koyucu sonrasında ise yargıç, niteliği ve doğuracağı özelliği de dikkate alarak, ihtimaller arasından seçimde bulunarak *korunması gereken üstün yararı* belirlemiş olacak ve bu sonuç doğrudan ya da dolaylı olarak kamuya yararlı olacaktır¹⁵⁹.

Bu çatışma halinin nasıl çözüme kavuşturulacağı problemi, çatışma öznelerinin kendi aralarında oluşturdukları kombinasyonlara göre, özel hukukun ve kamu hukukunun gündemini meşgul etmektedir. Yarışma/çatışma halinin sebep olduğu uyuşmazlığın bertaraf edilmesinde her iki hukuk disiplininin kendine özgü çözüm yöntemleri olabileceği gibi ortak arayışlar ve yaklaşımlar da söz konusu olabilir. Ama

¹⁵⁷ Manfred Rehbinder, “Menfaatler Takdirinin Prensipleri”, Çev. Turgut Kalpsüz, *AÜHFD*, C. 26, S. 3, 1969, s. 271.

¹⁵⁸ Selim Kaneti, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 9, Sayı: 34-35, 1979, s. 10-11.

¹⁵⁹ Cem Ayaydın, *1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 78.

en önemlisi, yarışan yararların kendi aralarında oluşturduğu farklı görünüm, üstün kamu yararı niteliğinde olmayan yarışma/çatışma hallerini ortaya koyarak kavramın kapsamının belirlenmesine yardımcı olacaktır. Bir sonraki başlıkta yarışan yararların farklı görünümlerine kısaca değinerek bunu gerçekleştirmeyi amaçlıyoruz.

B. YARIŞAN YARARLARIN FARKLI GÖRÜNÜMLERİ

1. Bireysel Yararların Yarışması: Üstün Nitelikte Özel Yarar

Yarışan yararlar meselesinde ilk ihtimal iki bireysel yararın¹⁶⁰ birbiriyle yarışması halidir. Yarışan yararların özel hukuk alanında doğması halinde genel kural, “iradelerin serbestliği” ve “menfaatlerin eşitliği” ilkeleri nedeniyle çatışan değerler arasında birinin diğerine göre ön plana alınmamasıdır. Bu sayede, yarışan yararlardan birine üstünlük tanınmayarak dolaylı olarak kamu yararı sağlanmış olacaktır¹⁶¹.

Genel kural bu olmakla birlikte istisnai hallerde ise, korunmasında *üstün yarar* bulunan tarafa öncelik tanınması gerekir¹⁶². Üstün nitelikte özel yarar olarak adlandırılan bu durum, eş değer kişilik haklarının yarışması sonucu oluşur. Nitekim hiçbir hukuk düzeninde malvarlıksal değerlerin kişilik değerlerine üstünlüğünden bahsedilemez¹⁶³.

Üstün nitelikte özel yarar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun¹⁶⁴ 24. maddesinde¹⁶⁵ birden fazla bireysel yararın çatıştığı halde bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddede üstün nitelikte özel yararın içeriğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.

¹⁶⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda özel yarar ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁶¹ Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, s. 81.

¹⁶² Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, s. 82-83.

¹⁶³ Seda Kara Kılıçarslan, **Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 52.

¹⁶⁴ RG., T. 8.12.2001, S. 24607.

¹⁶⁵ **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 24**: Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. /Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, **daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar** ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Örnek verilecek olursa, ameliyat esnasında narkozun etkisinde bulunan hastanın üstün yararı bulunması halinde, hastaya önceden öngörülme­yen yeni bir müdahalenin yapılması mümkün olacaktır¹⁶⁶.

2. Kamu Yararı ile Bireysel Yararın Yarışması: Kamu Yararının Üstünlüğü

Yararların yarışması meselesinde ikinci ihtimal, kamu yararı ile bireysel yararın yarışması durumudur. Üstün nitelikte özel yararın aksine bu kapsamdaki çatışma halleri, kavramsal olarak üstün kamu yararı ile karışabilmektedir. Esasında bu kavramsal karmaşanın bir sebebi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde bu çatışmanın “üstün nitelikte kamusal yarar” olarak düzenlenmiş olmasıdır. Söz konusu maddenin referansı­yla, bir kişilik hakkına karşılık gelen bireysel yarar ile kamu yararının çatıştığı durumlarda üstün kamu yararı ifadesi kullanılmaktadır. Esasında bu madde kapsamındaki çatışma halinde üstün nitelikte kamusal yarar ile, “genele yönelik çıkarın kişisel çıkara oranla öncelikli olması¹⁶⁷” kastedilmektedir. **Dolayısıyla “üstün kamu yararı”nın değil; “kamu yararının üstünlüğü” söz konusudur.** Ne var ki, Yargıtay, 4721 sayılı Kanun’un 24. maddesi kapsamında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde üstün nitelikte kamusal yarar kavramını kullanmıştır¹⁶⁸. Bir suçlunun mahkûm edilmesi, salgın hastalıklarda aşı zorunluluğu getirilmesi, halkı bilgilendirme amacı taşıyan haber niteliğindeki internet ortamında yayınlanan yazılar bu hallere örnektir¹⁶⁹.

Kamu yararı ile bireysel yararların yarışması 4721 sayılı Kanun’un 24. maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar ile sınırlı değildir. Kamu yararının kişisel haklar

¹⁶⁶ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 231.

¹⁶⁷ Seda Kara Kılıçarslan, **Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 95.

¹⁶⁸ Örneğin basın özgürlüğüyle kişilik haklarının yarıştığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay, AİHM’in özel hayata yapılan müdahalenin ortaya çıkacak kamu yararından daha ağır basacak kadar ciddi olmadığı durumlarda basın özgürlüğünün korunması gerektiği yönündeki içtihadına atıf yaptıktan sonra karar gerekçesinde kavrama yer vererek hüküm kurmuştur: “...davaya konu haberin güncel ve toplumun her kesiminin ilgisini çeken, **üstün nitelikte kamusal yarar** taşıyan bir konuya dair olması gözetilerek basının haber verme hakkı toplumun da haber alma hakkı kapsamında kaldığının kabulüyle istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, davalıların tazminat ile sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” Bkz. Yargıtay 4.HD., E. 2015/4288, K. 2016/7373, T. 2.6.2016, Kazancı.

¹⁶⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, s. 234-235.

dışındaki bireysel yararlar ile yarıştığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu konuya ilişkin en tipik örnek kamulaştırma'dır. Kamulaştırma ile elde edilen fayda, bireyin mülkiyet hakkı karşısında üstün sayıldığından temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahale meşru sayılmaktadır. Bu kapsamda başka bir örnek ise acele kamulaştırma yapılması için alınacak acelelik kararının koşulları arasında “üstün kamu yararı”nın da sayılmasıdır:

“Anılan madde hükmü ile acele kamulaştırmada olağan kamulaştırmaya oranla özel koşulların varlığı aranmış ve üç durumda acele kamulaştırma yolu ile taşınmaza el konulmasına olanak tanınmıştır. Bu koşullardan ikisi 3634 Sayılı Kanun'un uygulanmasında yurt savunması ihtiyacı veya özel kanunlarda öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olması halleri şeklinde açıkça sayılmak suretiyle üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasının gerçekleştirilmesi amacıyla acele kamulaştırma yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.”¹⁷⁰

Oysaki, acele kamulaştırmada çoğunlukla iki kamu yararı yarışmamakta, taşınmazın acele kamulaştırılması kamu yararı ile ilgililerin mülkiyet hakkı yarışmaktadır. Dolayısıyla üstün kamu yararı ifadesi isabetli bir kullanım değildir¹⁷¹.

Kamu yararı ile bireysel yarar arasında denge kurulurken kimi zaman nicelik ölçütüne başvurularak sayıca üstün olanın menfaati tercih edilecek ya da nitelik ölçütü kullanılacaktır. Örneğin insan hayatına verilen değer karşısında, trafikte cankurtaran araçlarına yol verilmesi gerekliliği, menfaatin uygarlık açısından değerinden kaynaklanmaktadır¹⁷².

3. Kamu Yararlarının Yarışması: Üstün Kamu Yararı

Yarışan yararlar meselesinde üçüncü hal, kamu yararlarının kendi arasında yarışmasıdır. Yarışan/çatışan yararlardan biri tercih edilerek üstün kamu yararı belirlenmiş olacaktır. Çalışmanın esas konusunu bu üçüncü durumdaki, birden fazla kamu yararının yarışması oluşturmaktadır. Bu husus zaten tezimizin konusu olarak irdelenmektedir.

¹⁷⁰ DİDDK, E. 2019/2399, K. 2019/4534, T. 17.10.2019, Kazancı.

¹⁷¹ Cenk Şahin, **Acele Kamulaştırma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 115-116. Şahin, acelelik kararına ilişkin olarak üstün kamu yararı yerine baskın kamu yararı teriminin tercih edilebileceğini belirtmektedir.

¹⁷² Turan Yıldırım, “İdari İşlemler”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 510.

II. ÜSTÜN KAMU YARARININ KAVRAMSAL BOYUTU

A. KAMU YARARI KAVRAMI VE ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMININ DOĞUŞU

Kamu yararı *çok işlevli*¹⁷³, *çok disiplinli*¹⁷⁴, *çok geniş, öznel ve bulanık*¹⁷⁵ bir kavramdır. Bu özellikleri dolayısıyla, kavrama ilişkin bir konsensüs oluşamamakta¹⁷⁶ hem kanun koyucu hem yargı organları kamu yararını tanımlamaktan kaçınmaktadır¹⁷⁷. Kabul görmüş bir tanımının olmaması, her somut olay karşısında içeriğinin yeniden belirlenerek kavramın esneklik kazanmasını sağlamaktadır¹⁷⁸.

Kamu yararı kavramının birçok disiplinle temas halinde olmasının bir sonucu olarak; *toplum yararı*, *ortak iyilik*, *toplumsal refah/esenlik*, *genel yarar* gibi aynı anlama gelebilecek¹⁷⁹ birçok farklı kullanım doğmakta ve kavram karmaşasına sebep olmaktadır. Bu kavramlar arasından özellikle kamu yararı ve toplum yararı arasında anlamlı bir fark olup olmadığı çokça tartışılmıştır¹⁸⁰. Akıllıoğlu, bu kavramların ortak yanının bireysel çıkardan farklı, üstün veya dışında bir yararı ifade ettiğini; esas anlamlı ayrımın kamu yararı ile bireysel yarar arasında olduğunu belirtmektedir¹⁸¹. Çalışma konumuz bakımından da kamu yararının toplum yararından ziyade bireysel yararlarla olan ilişkisi daha belirleyicidir¹⁸².

Kamu yararı kavramının olgulara, olaylara, zamana ve yere göre içinin doldurulması ona siyasi ve ideolojik bir anlam kazandırmaktadır¹⁸³. İdare Hukuku

¹⁷³ Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *AİD*, C. 24, S. 2, 1991, s. 3.

¹⁷⁴ Halit Uyanık, *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 6.

¹⁷⁵ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 25.

¹⁷⁶ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 25.

¹⁷⁷ Uyanık, *Ekonomik Kamu Yararı*, s. 7.

¹⁷⁸ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 3.

¹⁷⁹ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 7.

¹⁸⁰ Toplum yararı ve kamu yararı kavramlarının farklı anlamlara sahip olduğunu savunan görüşler için bkz. Ruşen Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, *Bedia Akarsu Armağanı*, Haz. Betül Çotuksöken, Doğan Özlem, İstanbul, İnkılâp, 2000, s. 216; Ümit Doğanay, “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, *Mimarlık Dergisi*, Y. 12, S. 7, 1974, s. 5-6.

¹⁸¹ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 3.

¹⁸² Üstün kamu yararının kapsamının belirlenmesi bakımından kamu yararı ve bireysel yarar arasındaki ilişkiyi, çalışmanın “Kamu Yararı ile Bireysel Yararın Yarışması: Kamu Yararının Üstünlüğü” başlığında incelemiştik.

¹⁸³ Cem Ayaydın, *1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi*, s. 137.

bakımından ele alındığında ise, kamu yararı kavramı, İdarenin faaliyetleri, araçları, malları ve üstün yetkilerinin varlık gerekçesi¹⁸⁴ olarak teknik bir anlam kazanmaktadır.

Bu teknik anlamı içerisinde, çalışma konumuz bakımından, kamu yararı kavramını sıklıkla kullanan yargı organlarının kavrama yüklediği işlevler önem arz etmektedir. Fransız idari yargısının geliştirdiği ve kamu yararlarının yarışmasında da kullanılan bilanço yönteminin kökeninin kamu yararı araştırmasına dayanması¹⁸⁵ çalışma konumuz bakımından kurulabilecek ilk ve doğrudan bağlantılardan biridir. Bu bağlamda, İdarenin tercihini değerlendirme aracı olarak kullanılan kamu yararı¹⁸⁶ işlevi de, hukukilik ve yerindelik denetimi arasındaki sınırın oluşturulması bakımından üstün kamu yararı değerlendirmesinde dikkate alınacaktır.

Çalışma konumuza ilişkin uyumsuzlukların çoğunu oluşturması bakımından, kamu yararı kavramının şehir planlamasındaki anlamı ve işlevine de değinmek gerekir. İmar planları, kamu yararı doğrultusunda mülkiyet kullanımına sınırlamalar getiren¹⁸⁷ idari işlemlerdir. Hukuk ve planlamanın kesişim noktası olan kamu yararı¹⁸⁸, sadece mülkiyet hakkının sınırını oluşturması bakımından değil İdareye görev olarak verilen sağlıklı kentleşmenin sağlanması yönüyle de hukukla temas etmektedir.

Kamu yararının siyasi ve ideolojik yönü nedeniyle kentsel ve çevresel değerlerin korunması bakımından karşılığını belirlemek, şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarının içeriğini doldurmaktan çok daha zordur¹⁸⁹. Bunun yanı sıra, zamana göre değişebilen yapısı nedeniyle uzun ve kısa vadede kamu yararına uygun olan kararlar farklılaşabilmektedir¹⁹⁰. Kamu yararına ilişkin bu dönüşüm ve değişiklikler imar planlarına yansımakta kimi zaman da başka bir kamu yararıyla çatışma hali yaratmaktadır. Bu bakımdan imar planlarına ilişkin getirilen kullanım kararları ve bu

¹⁸⁴ Aydın Gülan, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, s. 24.

¹⁸⁵ Gülan, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, s. 27.

¹⁸⁶ Gülan, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, s. 28.

¹⁸⁷ İlhan Tekeli, “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, **Planlama Dergisi**, S. 2, 1988, s. 10.

¹⁸⁸ Eylem Bal, “İdari Yargının Üç Temel Bileşeni Olarak; Kamu Yararı, Planlama Esasları ve Şehircilik İlkeleri”, **Planlama Dergisi**, 2006/3, s. 30.

¹⁸⁹ Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, s. 222.

¹⁹⁰ Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, s. 223.

kararlardaki değişimler çalışma konumuzu oluşturan kararların çoğunun temelini oluşturmaktadır.

Çalışma konumuzu oluşturan üstün kamu yararı kavramı ise, birden fazla kamu yararının yarışması/çatışması meselesinin çözümünde Danıştay içtihatlarıyla gündeme gelmiş bir mefhumdur. Kavrama Türk İdare Hukukunda ilk olarak Danıştay'ın 1990'lı yıllarda bakmış olduğu çevre ve imar hukukuna ilişkin davalarda rastlanmaktadır. Kavramın idari yargı yerleri tarafından gün geçtikçe çeşitli konulara ilişkin davalarda kullanılması kavramın uygulama alanını da genişletmiştir. Nihayetinde bugün üstün kamu yararı kavramı, birden fazla kamu yararının yarışması/çatışması hallerine karşılık gelen geniş bir kullanım alanına kavuşmuştur. Dolayısıyla kamu yararlarının yarışma/çatışma halleri daha çok çevre ve şehircilik hukuku uyuşmazlıklarında ortaya çıktığı için bu alanlara özgülenmiş bir kavram olduğu düşünülse de bu konularla sınırlı olmadığı kabul edilmelidir.

Üstün kamu yararı kavramının kamu yararından bağımsız bir terim olarak kullanımı, Danıştay kararlarında da açıkça görülmektedir:

*“Ayrıca, imar planlarının yargısal denetimi sırasında şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve **kamu yararı kriterlerinin yanı sıra** özelliği itibarıyla imar planının bütünlüğü, genel yapısı, kapsadığı alanın nitelikleri ve çevrenin korunması gibi olgular nedeniyle ‘**üstün kamu yararı**’ ilkesinin de gözetilmesi zorunludur.”*¹⁹¹

Kavramın bir ihtiyacın karşılığı olarak Danıştay kararlarında kullanılmaya başlamasıyla birlikte bugünkü teknik anlamını kazanması mümkün olmuştur. Fakat karşılık geldiği ihtiyaç, bir başka deyişle, yarışan kamu yararları meselesi; eskiden beri var olan fakat yargının çekingen davranması sebebiyle denetlenemeyen yapısı dolayısıyla üstün kamu yararı kavramının kendisinden daha eski bir geçmişe sahiptir. Bir başka anlatımla, idari yargı yerlerinin kamu yararlarının yarışması/çatışması uyuşmazlıklarının yargılama yöntemine ilişkin anlayışının değişmesiyle birlikte üstün kamu yararı kavramı yargı kararlarında yer almaya başlamıştır. Kavramın Danıştay

¹⁹¹ Danıştay 6.D., E. 2007/8058, K. 2009/12254, T. 18.12.2009, Kazancı.

kararlarında kimi zaman bilanço ilkesinin karşılığı olarak kullanılması da bu hususu doğrulamaktadır¹⁹².

B. DOKTRİNİN ÜSTÜN KAMU YARARI KAVRAMINA BAKIŞI

Üstün kamu yararı kavramının anlam, kapsam ve içeriği içtihatlarla gelişmiş olsa da geldiği ve ileride geleceği nokta açısından hukukçular ve/veya şehir planlamacıları, mimarların görüşlerinden oluşan multidisipliner bir doktrinden bahsedilebilir. Bu doktrinin bakışı yol gösterici olacaktır. Kavrama ilişkin ayrıntılı incelemelerin sayısı fazla olmasa da yargı kararlarında zikredilmiş olması sebebiyle, spesifik alanlarda hazırlanan birtakım eserler ve kamu yararına ilişkin ya da kamu yararına değinen bazı çalışmalarda üstün kamu yararına dair açıklamalara da yer verilmiştir.

Doktrinin kavrama ilişkin en temel uzlaşısı, üstün kamu yararının; yarışan/çatışan kamu yararlarının çözümünde bir ölçüt olarak kullanılmasıdır. Geray, üstün kamu yararını, “*birçok alternatif kullanımda ortaya çıkabilecek farklı kamu yararlarının karşılaştırılması ve üstün olan seçenek doğrultusunda karar verilmesi, yararların göreceli olarak karşılaştırılması yaklaşımı*”¹⁹³ olarak tanımlamıştır. Kaya, yarışan yararlar bakımından kamu yararının sadece bireysel yararlar ile değil kimi zaman bir başka kamu yararı ile de çatışabileceğini belirterek, “*şeffaf ve kontrol edilebilir şekilde bir değerlendirme ve dengeleme yapılması*” gerektiğine işaret etmektedir. Bu dengeleme sonucunda çatışan kamu yararlarından diğerine tercih edilecek olan üstün kamu yararıdır¹⁹⁴. Benzer yönde Gençay, üstün kamu yararını, kamu yararlarının karşılaştırılarak birinin tercih edilmesi sonucu kazanılan nitelik¹⁹⁵ olarak tanımlamıştır. Uyanık, “*çatışan yararlarda nitelik dengesi*”nin yargı kararlarında üstün kamu yararı olarak kullanıldığını belirtmiştir¹⁹⁶. Tolunay/Korkmaz ise, kamu yararı taşıyan iki faaliyet arasında üstün kamu yararını tespit edebilmek için

¹⁹² Bu husus, çalışmanın “Danıştay’ın Üstün Kamu Yararı Kavramına Yüklelediği Anlamlar” kısmının alt başlığı olan “Bilanço İlkesinin Karşılığı Olarak Üstün Kamu Yararı” başlığında değerlendirilmiştir.

¹⁹³ Uçkun Geray, “Belek’te Golf Alanları ve Turizm Tesisleri İçin Tahsis Edilen Alanlar Konusunda Bir Değerlendirme ve Üstün Kamu Yararı”, (Çevrimiçi), <https://www.forestconomics.org/yayin/belekgeray.pdf>, 13.12.2021.

¹⁹⁴ Cemil Kaya, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 51-52.

¹⁹⁵ Gökçe Gençay, “Ormancılıkta Kamu Yararı”, **İÜOFD**, C. 60, S. 1, 2010, s. 40.

¹⁹⁶ Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı**, s. 12, dipnot 27.

hangisinde “*daha büyük/daha çok kamu yararı*” olduğunun belirlenmesi gerektiğini¹⁹⁷ ifade ederek bir hiyerarşiye işaret etmektedir.

Aksoylu, üstün kamu yararını, karşılaştıran farklı kamu yararlarının çözümü için idari yargının geliştirdiği bir yargılama yöntemi¹⁹⁸ olarak tanımlamaktadır. Gözler, kavramı açıkça zikretmeden bilanço ilkesiyle birlikte çatışan iki kamu yararından hangisine öncelik verileceğinin takdir edildiğini belirtmiştir¹⁹⁹. Yazar, çevrenin korunması kamu yararının diğer kamu yararıyla yarıştığı uyuşmazlıklarda Danıştay’ın bilanço ilkesini uygularken, çevreyi, “*en üstün kamusal değer*” olarak kabul ettiğini belirtmekte ve eleştirmektedir²⁰⁰. Danıştay kararlarını ele aldığımız bölümde, üstün kamu yararının, çevrenin korunması ilkesine özgülenemeyeceğini ve idari yargı yerlerinin iki yönde de kararları olduğunu ifade etmiştik. Ne var ki, üstün kamu yararını çevre hukukuna özgü bir kavram olarak nitelendiren bir görüş²⁰¹ de bulunmaktadır. Mengi/Duru, günümüzde çevrenin korunması ve geliştirilmesinde üstün kamu yararı olduğunun tartışmasız olduğunu ileri sürmektedir²⁰². Kavrama ilişkin Mengi tarafından kaleme alınan bir sözlük maddesinde de, idari karar alıcıların üstün kamu yararını ekonomik kazanç ve menfaatlerde; yargı yerlerinin ise, çevrenin korunmasında gördüğünü²⁰³ belirtmiştir.

Karahanoğulları’na göre ise, üstün kamu yararı, kamu yararı dışında İdareye verilen özel amaçların çatışmasında bir çözüm olarak kullanılmaktadır²⁰⁴. Yazar, kavramı, işlemin amaç unsuru içerisinde incelemiştir. Danıştay’ın kavrama yer verdiği kararları dikkate alındığında uyuşmazlığın çoğunlukla usul, sebep ve konu unsurları

¹⁹⁷ Ahmet Tolunay, Mehmet Korkmaz, “Ormancılıkta Kamu Yararı ve Üstün Kamu Yararı Üzerine Analizler”, **SDÜFED**, C. 8, S. 1, 2004, s. 51.

¹⁹⁸ Aksoylu, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması: Danıştay ve Conseil d’Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, s. 142, 144.

¹⁹⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, Gürsel Kaplan’ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Bursa, Ekin, 2019, s. 1091.

²⁰⁰ Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 1092.

²⁰¹ Aksi yönde görüş için bkz. Aksoylu, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması: Danıştay ve Conseil d’Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, s. 146; Selin Ovalıoğlu, “Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı”, **Memleket Siyaset Yönetim**, C. 10, S. 24, Temmuz 2015, s. 133.

²⁰² Ayşegül Mengi, Bülent Duru, “Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Kamu Yatırımları İçin Arazi Edinimi ve Kamulaştırma Sempozyumu - Uluslararası Katılımlı**, 14-18 Haziran 2010, Ankara, s. 4.

²⁰³ Ayşegül Mengi, “Kamu Yararı ve Üstün Kamu Yararı”, **Kentsel Planlama Ansiklopedik Sözlük**, Der. Melih Ersoy, İstanbul, Ninova Yayıncılık, 2012, s. 173.

²⁰⁴ Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı bir İnceleme)**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 509.

ile sıkı bir bağlantısı olduğu görülmektedir. Yarışan kamu yararlarını, işlemin amaç unsurunu oluşturan kamu yararından ziyade, kamusal faaliyetin neticesinde elde edilecek doğrudan kamu yararı ya da desteklenen yatırımdan beklenen dolaylı kamu yararı olarak görmek gerekir. Bu kamu yararlarının karşısında yarışan kamu yararı da çoğu zaman Anayasa tarafından kendilerine bu özellik atfedilmiş ormanlar, tarım arazileri, kıyılar vb. alanların korunması olmaktadır.

Üstün kamu yararı ele alınırken, kavramın imar planlarının yargısal denetiminde kullanıldığı hususuna da değinilmektedir²⁰⁵. Şahin, imar planlarının yapım aşaması bakımından konuyu ele alarak, yetkili İdare ve plancıların yarışan kamu yararlarını öncelikle bağdaştırması, mümkün değilse üstün olanı tercih ederek karar almaları gerektiğini belirtmiştir²⁰⁶. Üstün kamu yararına ilişkin bu açıklama, kavramın sadece yargı aşamasında gündeme gelmediğini ondan öncesinde İdarelerin de işlem tesis ederken gündemlerine almaları gereken bir husus olduğunu ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra, diğer tanımlardan farklı olarak, üstün olanın tercih edilmesinden önce yarışan kamu yararlarının bağdaştırılması gerekliliğine de işaret edilmiştir.

Genel olarak bakıldığında, doktrindeki görüşler, yargı kararlarında geçen “üstün kamu yararı” kavramını açıklamak ve ona bir işlev kazandırmak çevresinde toplanmıştır. Fakat ister İdare ister yargı mercii olsun üstün kamu yararının “nasıl” belirleneceğine veya tespit edileceğine ilişkin kriter geliştirilmemiştir. Gülan, üstün kamu yararının belirlenebilmesi için “*tutarlı ve kriterlere tabi kılınmış bir çözüm ihtiyacı*²⁰⁷”na dikkat çekmektedir.

Üstün kamu yararı kavramına, iki kamu yararından birinin tercih edilmesi gerektiği zamanlarda birinin diğerine tercihi zorunlu olsa da “üstün” sıfatı eklenerek kamu yararları arasında derece farkı oluşturulmasını eleştiren bir görüş de bulunmaktadır²⁰⁸.

²⁰⁵ Kaya, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı**, s. 52-53;

²⁰⁶ Şahin, **İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma**, s. 115-116.

²⁰⁷ Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, s. 75.

²⁰⁸ N. Münci Çakmak, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 485.

III. KAVRAMIN TÜRK İDARE HUKUKUNDA ÜSTLENDİĞİ İŞLEVLER VE ÜSTÜN KAMU YARARININ BELİRLEYİCİLERİ

A. ÜSTÜN KAMU YARARININ TÜRK İDARE HUKUKUNDAKİ İŞLEVLERİ

1. Kamu Mallarından En İyi Yararlanmayı Sağlama İşlevi

Üstün kamu yararına ilişkin uyumsuzlıkların büyük bir çoğunluğu kamu mallarının tahsisine ilişkin problemlerden doğmaktadır. Kimi zaman bir taşınmazın hangi kamu hizmetine zgleneceği kimi zaman taşınmazın olduğu gibi korunması mı yoksa bir kamusal faaliyet ya da yatırıma tahsis edilmesi mi gerektiği tartışma konusu olmaktadır. İlk duruma örnek olarak, İdareler özellikle şehir planlamasında bir taşınmazın sağlık ocağı mı yoksa ocuk parkı mı, ilkokul mu yoksa yeşil alan mı olması gerektiği gibi kamu hizmetlerine ilişkin geniş bir yelpaze ile karşılaşmaktadır. İkinci durumdaki örneklerde ise; kıyıları, ormanlar gibi doğal varlıkların korunmasıyla sağlanan kamu yararı ile bu alanların tahsis edilmesiyle yrtlecek faaliyetlerin ekonomik getirisi ile kazanç sağlayacak İdarenin mali yararı yarışmaktadır.

Ekonomik ve sosyal ihtiyaçların baskısıyla, kamu malları teorisine ilişkin klasik ilkelerin yanı sıra “kamu malından en iyi yararlanma ilkesi” de hukuki rejime dahil olmuřtur²⁰⁹. Kamu yararına ilişkin anlayışın değişmesiyle birlikte bu kavrama dayanan tahsis ve kamu malından yararlanma yaklaşımları da değişime uğramıştır. Bu kapsamda, en iyi yararlanma bakımından, kamu mallarının sadece korunarak değil aynı zamanda ekonomiye kazandırılarak kendilerinden istifade edilmeleri anlayışı geliřmiřtir²¹⁰.

Kamu yararı anlayışındaki bu değişim yarışan kamu yararları arasında tercih edilecek üstün kamu yararını da etkileyecektir. Nihayetinde, belirlenen üstün kamu yararı da kamu malından en iyi yararlanmayı sağlamış olacaktır. Bir başka anlatımla, üstün kamu yararının en iyi yararlanmayı sağlama işlevi olduğu gibi en iyi

²⁰⁹ Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 157-158.

²¹⁰ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, s. 112-113.

yararlanmaya ilişkin anlayışlar da üstün kamu yararının belirlenme kriterlerine yansiyacaktır.

Bu anlayış değişikliğinin üstün kamu yararı bakımından en görünür olduğu haller kanun koyucunun üstün kamu yararına ilişkin sebepleri saymak suretiyle düzenlediği alanlardır. Örneğin orman alanlarının ve kıyıların turizm faaliyetlerine tahsis edilebilmesi, meraların maden ve petrol arama faaliyetleri için tahsis amacının değiştirilmesi gibi. Sadece ekonomik ihtiyaçlar değil aynı zamanda sosyal ihtiyaçlar da tahsis değişikliklerine konu olmaktadır. Örneğin doğal afet alanlarında yerleşim yerleri için ihtiyaç duyulan mera vasıflı taşınmazların tahsis amacı mevzuat uyarınca değiştirilebilmektedir.

Bu sosyal ve ekonomik ihtiyaçların sonucu olarak getirilen istisna hükümlerine ilişkin anayasa yargısı tarafından gerçekleştirilen denetimi birinci bölümde incelemiştik. Anayasa Mahkemesinin genel yaklaşımı, yerindelik denetimi yapmamak adına ihtiyaçların içeriğini değil getirilen istisnanın yeterli hukuki güvenceleri ve tedbirleri düzenleyip düzenlemediğine odaklanmak şeklindedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin E. 2006/169, K. 2007/55, T. 7.5.2007 künyeli kararında²¹¹, ormanların turizm faaliyetlerine tahsis edilebilmesini öngören kuralı, ormanları koruyucu yeterli tedbirlerin alınmadığı sebebiyle iptal etmiş; fakat turizm yatırımlarının desteklenmesinde görülen kamu yararına ilişkin değerlendirmede bulunmamıştır. Hatta iptal kararı üzerine yeniden düzenlenen kuralın Anayasa Mahkemesi önüne taşınması üzerine E. 2008/51, K. 2011/46, T. 10.3.2011 künyeli kararında²¹² çoğunluk, getirilen hukuki güvenceleri yeterli görüp iptal talebini reddederken; karşı oy yazılarında ise, orman alanlarının gelir getirici özellikleri nedeniyle turizm faaliyetlerine tahsis edildiği, bu tahsis değişikliği ile toplumun geneline değil sadece belirli grup ve kişilere yararlanma sağlandığı için Anayasa'ya aykırı olduğu savunulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin örnek verdiğimiz bu kararları ve ilgili başlıkta incelediğimiz diğer kararlarıyla ortaya çıkan sonuç; kanun koyucunun, üstün kamu

²¹¹ Söz konusu karar, çalışmanın “Anayasa Mahkemesinin Üstün Kamu Yararına Yaklaşımı” başlığı altında incelenmiştir.

²¹² Söz konusu karar, çalışmanın “Anayasa Mahkemesinin Üstün Kamu Yararına Yaklaşımı” başlığı altında incelenmiştir.

yararının belirlenmesinde en iyi yararlanmayı sağlamak bakımından, “önceleri üzerlerinde sadece koruma ve gözetme yetkisinin bulunduğu ve ekonomik hayatın dışında oldukları kabul edilen kamu malları, zaman içinde, işletme anlayışının bir sonucu olarak, aynı zamanda ihmal edilmemesi gereken bir finans kaynağı olarak²¹³” görüldüğü yaklaşımını benimsemesidir.

Üstün kamu yararının kamu mallarından en iyi yararlanmayı sağlama işlevinde İdarenin ve idari yargı yerlerinin daha etkin rol oynadığı kısım ise, imar planında kamusal fonksiyona ayrılan parsellerin hangi kamu hizmetine özgüleneceği ve sonrasında yapılan fonksiyon değişiklikleri konusunda ortaya çıkmaktadır. Yetkili İdarelerin bir parselin hangi işleve ayrılacağı konusunda alternatifler arasındaki “tercihi” takdir alanına ilişkindir. Bu alternatiflerin içerdiği kamu yararı, İdareleri birden fazla kamu yararı arasından birini seçerek karar almaya zorlamaktadır. İdare bu konuda kullandığı takdir yetkisiyle hem üstün kamu yararını hem en iyi yararlanmayı belirlemiş olmaktadır. Bu tercihi yaparken öne süreceği sebep ve gerekçeler ise en iyi yararlanmanın kriterlerini oluşturacaktır.

İdarenin yaptığı seçim sonucu tesis edilen işlemin yargısal denetiminde ise Danıştay, birinci bölümde ele aldığımız üzere kimi zaman kendisi somut olay karşısında kriter üreterek kimi zaman -çoğunlukla- makul gördüğü idari karara öncelik ve geçerlilik vererek en iyi yararlanmayı belirlemiş ya da tasdik etmiş olmaktadır. Örneğin, belediyeye ait pazar yerlerini otopark alanı olarak düzenleyen imar planı değişikliğine karşı açılan davada Danıştay 6. Dairesi E. 1996/4212, K. 1997/3762, T. 18.9.1997 künyeli kararında²¹⁴, taşınmazın bulunduğu bölgede otopark alanı bulunmaması dolayısıyla getirilen yeni işlevin acil bir ihtiyacı karşıladığı gerekçesiyle işlemi iptal eden idare mahkemesi kararını bozmuştur. Karardan anlaşıldığı üzere, ihtiyaç kriteri doğrultusunda taşınmazın otopark alanı olarak kullanılması “en iyi yararlanma” olarak belirlenmiştir.

²¹³ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, s. 155.

²¹⁴ Söz konusu karar, çalışmanın “Öncelikli veya Acil İhtiyaç Kriterinden Hareketle Gerekçelendirilen Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

2. İdari Tasarrufların Hukuka Uygunluk Denetiminde Üstlendiği İşlev

İdare sayısız ve çeşitli pek çok ihtiyacı farklı faaliyetlerle yürütmekle yükümlü olduğundan, kimi hallerde, hukuki muamelelerinin sebebi, konusu, ne zaman veya nerede icra edileceği hususunda İdareye bir serbesti tanınır. İdare bu serbest alan içerisindeki alternatiflerden birini tercih ederek takdir yetkisini kullanmış olur²¹⁵. Fakat İdare bu hareket serbestliğini, keyfi değil işin gereğini yerine getirmek için²¹⁶ hukuk kuralları içinde²¹⁷ kullanmak zorundadır. Ne var ki, hukukla sınırlanmış takdir yetkisinin yargısal denetiminde, bu yetkinin İdareye kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla verildiği de unutulmamalıdır²¹⁸.

Kamu yararlarının yarışması meselesinde de İdare, takdir sahası içerisinde alternatiflerden birini tercih ederek tasarrufta bulunmakta, bu tasarruf sonucu tesis ettiği işlemin yargı önüne taşınmasıyla da yargısal denetim gerçekleştirilmektedir. Fakat idari yargı yerleri, kamu yararları arasında yapılan seçimin hukuka uygunluğunu denetleme konusunda ilk başta çekingen davranmıştır. Bu çekingenliğin sebebini; İdare Hukukunda klasik bir problem olan İdarenin takdir yetkisini denetimin sınırı²¹⁹, takdir yetkisi denetimi ve yerindelik denetimi ayrımının çetrefil olması²²⁰, takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilmesi yasağı oluşturmaktadır.

Danıştay'ın yarışan kamu yararları meselesini çözüme kavuşturduğu kararlarında takdir yetkisinin denetimine ilişkin yaklaşımını, zaman boyutuyla irdeleyebilmek için ünlü Gökova kararının incelenmesi gerekmektedir. Kemerköy Termik Santrali kurulması amacıyla tesis edilen işlemin, turizm açısından önem taşıyan ve doğal güzellikleriyle tanınan Gökova bölgesinin ekolojik açıdan zarar göreceği ve bölgenin ekonomik değerinin dikkate alınmadığı gerekçesiyle iptali istenen davada Danıştay, İdarenin yer seçimi konusunda takdir yetkisi bulunduğunu, maddi olguların nitelendirilmesi ve takdir yetkisinin kullanımında açık bir hata

²¹⁵ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 420.

²¹⁶ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, Ankara, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 85.

²¹⁷ İl Han Özay, **Günüşiğinde Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 456.

²¹⁸ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, s. 430-431.

²¹⁹ Kaya, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, s. 176.

²²⁰ Ali Ülkü Azrak, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", **İHİD**, C. 6, S. 1-3, 1985, s. 27; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Tıpkı 2. Basım, İstanbul, Beta, 2010, s. 194.

saptanmadığını, takdir yetkisini kısıtlayacak ya da kaldıracak biçimde yargı kararı verilmesinin mümkün olmadığını belirterek davayı reddetmiştir²²¹.

Akıllıoğlu, Gökova kararı üzerine kaleme aldığı inceleme yazısında, iptal istemine konu olan hususun yer seçimine ilişkin olduğunu vurgulayarak, mahkemenin termik santralin yasaklanmasını değil fakat seçildiği yerde yapılmaması gerektiği sonucuna varabileceğini, kararın bu yönüyle isabetli olmadığının söylenebileceğini belirtmiştir²²².

Daha önce değindiğimiz gibi²²³ Çevre Kanunu veya konuya ilişkin kimi özel kanunlar, faaliyete ilişkin seçilen yer ve teknolojiye dair alternatiflerin değerlendirilmesi yükümlülüğü getirmektedir. Bu bağlamda, idari yargı yerleri de İdarenin gereği gibi alternatif araştırması yapıp yapmadığını incelemektedir. Örneğin, E. 2011/4773, K. 2014/7690, T. 26.11.2014 künyeli kararında²²⁴ Danıştay 6. Dairesi, biyosfer rezerv alanında kurulması planlanan HES projesine ilişkin “*yer seçimi ve teknolojik alternatiflere dair incelemelerin tam ve doğru olarak yapılmadığı*” gerekçesiyle işlemin iptali yönünde karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır. Tarım arazisi üzerinde spor kompleksi yapılmasına izin veren işlemin konu olduğu Danıştay 10. Dairesinin E. 2016/416, K. 2020/4579, T. 05.11.2020 künyeli kararında²²⁵ da İdarenin alternatif alanları araştırıp araştırmadığı sıkı bir denetime tabi tutulmuştur. Dolayısıyla, günümüzde Danıştay’ın yer seçimi konusunda açık değerlendirme hatası kriterini uygulamaktan vazgeçtiği ve daha yoğun bir denetim yaptığı söylenebilecektir.

Akıllıoğlu’nun Gökova kararına ilişkin inceleme yazısında yer alan şu paragraf üstün kamu yararının tespitinde Danıştay’ın rolünün zaman boyutuyla değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir:

“...kararda davacıların öne sürdükleri ‘Tarım, denizcilik, spor ve dinlenme ve orman varlıklarının oluşturduğu potansiyel’ hesaplanabilmiş, bir karşı yatırım programı olarak merkezi yönetim yatırımı karşısına konabilecek bir itiraz oluşturmamaktadır. Davacılar bu türden bir gerekçeye dayanabilselerdi yargı yerinin bu defa bir yargılama değil, bir

²²¹ Danıştay 10.D., E. 1985/2739, K. 1986/1451, T. 24.6.1986, **AİD**, C. 19, S. 3, Eylül 1986, s. 150-157.

²²² Tekin Akıllıoğlu, “Gökova Kararı Üzerine Gözlemler”, **AİD**, C. 19, S. 3, Eylül 1986, s. 158.

²²³ Çalışmanın, “Alternatiflerin Değerlendirilmesi” başlığı altındaki değerlendirmelerimiz.

²²⁴ Söz konusu karar, çalışmanın “Alternatiflerin Değerlendirilmesi” başlığı altında incelenmiştir.

²²⁵ Söz konusu karar, çalışmanın “Alternatiflerin Değerlendirilmesi” başlığı altında incelenmiştir.

çeşit iki değer kümesi arasında 'seçim yapma'sından söz edilebilecekti. Bu türden seçim yapma, Conseil d'Etat'nın 28 Mayıs 1971 tarihli 'Ville Nouvelle Est' kararından bu yana Fransız Hukukunda 'Bilanço ilkesi' olarak anılmakta ve yönetime karışma veya yerindelik denetimi sayılmamaktadır.

Kanımızca Gökova kararının ortaya çıkardığı önemli sonuçlardan biri, özellikle çevre sorunlarında ve ekonomik işlemlerin denetiminde yargıcın yeni denetim formülleri yaratma zorunluluğudur. Aksi halde, yerindelik denetimi kavramı yargıyı işlevsizlikle karşı karşıya bırakmaktadır.²²⁶

Çalışmanın Danıştay kararlarını ele aldığımız bölümde yer verdiğimiz örnek olay uygulamaları göstermektedir ki idari yargı yerleri kamu yararları arasında değerlendirme yapmaktan kaçınmamakta ve sonraki kararlarında Sayın Akıllıoğlu'nun eksikliğine işaret ettiği bir yargılama formülü geliştirmiş gözükmektedir.

Danıştay'ın üstün kamu yararının tespiti meselesinde geliştirdiği yargılama formülünün farklı yoğunluk dereceleri içerdiğini ve bu kademeleri belirlemede çalışmanın birinci bölümünde Danıştay'ın gerekçelerinden hareketle yaptığımız ayrımın temel teşkil edebileceği kanaatindeyiz.

Danıştay'ın somut olay karşısında kriter üreterek yargılama faaliyeti yaptığı kararlarında, tıpkı bir idari karar alıcı gibi hareket ettiğini ve yoğun bir denetim gerçekleştirdiğini söyleyebiliriz. Örneğin Danıştay 6. Dairesi, E. 2019/8048, K. 2019/11783, T. 20.11.2019 künyeli kararında²²⁷; taşınmaza duyulan ihtiyaç, faaliyetin niteliği ve özelliğinden hareket ederek, özel eğitim merkezi ile kent müzesi arasındaki kamu yararı çatışmasında üstün kamu yararının eğitim merkezi lehine olacağına karar vermiştir. Bir başka örnekte ise, Danıştay 6. Dairesi E. 2006/5520, K. 2007/4165, T. 2.7.2007 künyeli kararında²²⁸ TCDD'ye ait taşınmazların sosyal donatı alanı ve yol kullanımına ayrılmasına sebep olan imar planlarının iptali istemiyle açılan davada, "...tekel niteliğinde hizmet sunan ve bu hizmeti kamu yararı gözeterek üretmek durumunda olan davacı Kuruluşun, gördüğü kamu hizmetinin önemi ve özelliklerine dönük ihtiyaçlarının dikkate alınması gerektiği" belirtilerek davayı reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur.

²²⁶ Akıllıoğlu, "Gökova Kararı Üzerine Gözlemler", s. 161.

²²⁷ Söz konusu karar, çalışmanın, "Gerekçesinde Faaliyetin Niteliği ve Özelliği Vurgulanan Danıştay Kararları" başlığı altında incelenmiştir.

²²⁸ Söz konusu karar, çalışmanın "Öncelikli veya Acil İhtiyaç Kriterinden Hareketle Gerekçelendirilen Danıştay Kararları" başlığı altında incelenmiştir.

Danıştay'ın kriter üreterek üstün kamu yararını belirlediği yargılama faaliyetinin yerindelik denetimi sınırı ile ilişkini kurabilmek bakımından “takdir yetkisi” ve “takdir isabeti” ayrımı²²⁹ yol gösterici olabilir. İdarenin takdir yetkisi kapsamında tesis ettiği işlemlerin hukuka uygun olup olmadıkları yargısal denetime tabidir. Fakat bu takdir yetkisinin “*ihtiyaca aykırı şekilde kullanılışı*” ise “*takdir isabetsizliği*” anlamına gelmekte ve yargısal denetim dışında kalmaktadır²³⁰. Örneğin, İdare hizmet yürüttüğü alanda yol, park, plaj ya da köprü yapmaya yetkili fakat elindeki bütçeyle park yapmaya karar vermişse artık bu bütçeyle neden köprü ya da plaj yapmadığı sorulamayacaktır. Fakat mevcut alternatifler arasında seçim yapıldıktan sonra o seçimin gerçekleştirilmesi sürecindeki tüm tasarruflar hukuka uygunluk denetimine konu olacaktır²³¹.

Bu ayrım üzerinden düşünüldüğünde, Danıştay'ın kriter üreterek hangi kamu yararının üstün olduğuna karar vermesi takdir isabetine ilişkin bir değerlendirme sayılıp yerindelik denetimi yaptığı iddia edilebilir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus örneğin taşınmazın kent müzesi mi yoksa özel eğitim merkezi olarak mı kullanılması gerektiği örneğinde İdarenin henüz hayata geçirilmemiş alternatifler arasından yaptığı bir tercihten farklı olarak taşınmazın halihazırda özel eğitim merkezi olarak kullanılması dolayısıyla kamu yararları arasında çatışma çıkmasıdır. İdarenin alternatifler arasından yapacağı seçime karışılmamakla birlikte artık o seçimi yaptıktan sonra karşı karşıya geldiği kamu yararları arasındaki durumun yargısal denetime tabi olması gerekir. Aksi halde, takdir yetkisinin hukuka uygunluğunun denetimi çok zorlaşacaktır.

Bununla birlikte, Danıştay'ın ürettiği kriterlere dikkat edildiğinde “ihtiyaç” ve “faaliyetin niteliği ve özelliği” hususunun üzerinde durulması; alınan karar sonucu bir idari faaliyetin yasaklanmadığı sadece başka bir idari faaliyete öncelik verildiği, yukarıda ifade ettiğimiz gibi takdir yetkisinin varlık gerekçesinin kamu yararını sağlamak olduğu öne sürülerek meşruiyet kazanabilir. Bu noktada göz önünde

²²⁹ Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, s. 88-89.

²³⁰ Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, s. 88-89. Benzer yönde Karatepe de yerindeliği “ihtiyaca uygunluk” olarak tanımlamıştır. Bkz. Şükrü Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, **TİD**, Y. 63, S. 392, Eylül 1991, s. 83.

²³¹ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 84.

bulundurulması gereken başka bir husus ise Danıştay'ın bu kriterleri kullanarak karar verdiği davaların bir kısmının iki İdare arasında gerçekleşmesi²³², davanın taraflarının İdare ve birey olduğu durumlarda da çoğunlukla İdare lehine sonuçlanmasıdır²³³.

Üstün kamu yararına ilişkin kararları bakımından ikinci ayırımımız olan “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları”nda ise; somut olay karşısında kriter ürettiği kararlar kadar yoğun olmasa da mahkemenin Gökova kararında olduğu gibi açık değerlendirme hatası denetimiyle de yetinmediği görülmektedir.

Bu bağlamda, Danıştay'ın yaptığı denetimin niteliğini belirleyebilmek bakımından Fransız idari yargısının takdir yetkisinin denetiminde geliştirmiş olduğu üç dereceli yargılama yöntemi²³⁴ yol gösterici olacaktır.

Takdir yetkisi kapsamında tesis edilen işlemlerde İdarenin açık, belirgin, hemen fark edilebilen bir hatasının olup olmadığı incelenerek iptal sebebi sayılan²³⁵ denetim, *asgari denetim (contrôle minimum)* olarak ifade edilmektedir²³⁶. Üstün kamu yararı bakımından ise, ikinci ve üçüncü derecedeki denetimler önem arz etmektedir. İkinci derecedeki *normal denetimde (contrôle normal)*, idarenin maddi olgular karşısında yaptığı hukuki tahlilin isabeti irdelenerek bir yarar-zarar dengesi gözetip gözetmediği irdelenmektedir²³⁷. Üçüncü derecedeki azami denetimde (*contrôle maximum*) ise, idari

²³² Örneğin; Danıştay 6.D., E. 2016/4638, K. 2017/5528, T. 10.7.2017, Lexpera; Danıştay 6.D., E. 1996/4212, K. 1997/3762, T. 18.9.1997, Kazancı; Danıştay 6.D., E. 2006/5520, K. 2007/4165, T. 2.7.2007, Lexpera.; Danıştay 6.D. E. 2019/8048, K. 2019/11783, T. 20.11.2019, Kazancı.

²³³ Örneğin, İstanbul 13. İdare Mahkemesi, E. 2021/840, K. 2021/1470, T. 30.9.2021. (Karar yayınlanmamıştır.); Danıştay 6.D., E. 2016/12022, K. 2018/10424, T. 19.12.2018, Kazancı.

²³⁴ Genel olarak bkz. Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996, s. 109 vd.; Muammer Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı**, Ankara, Danıştay Matbaası, 1991, s. 149-156; Ahmet Özer, “Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi”, **TİD**, Y. 64, S. 394, Mart 1992, s. 11-13.

²³⁵ Nuri Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, (Ankara 10-11-12 Haziran 1982), Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, 1982, s. 54.

²³⁶ Bu konuda bkz. Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 149-152; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 109-110.

²³⁷ Michel Guibal, “De la proportionnalité”, in **AJDA**, 1978, s. 485’ten nakleden Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 110.

kararın ortaya koyduğu tüm fayda ve sakıncalar dikkate alınarak tam anlamıyla yarar-zarar tartımı yapılarak işlemin ölçülü olup olmadığı incelenir²³⁸.

Danıştay'ın somut olay karşısında kriter koyduğu kararlarında üçüncü derecedeki azami denetim; İdarenin makul tercihlerine öncelik ve geçerlilik veren kararlarında ise, ikinci derecedeki normal denetimi uyguladığı söylenebilir. Gerçekten, İdarenin makul tercihlerini hukuka aykırı görmemeye yönelik kararlarında Danıştay, İdarenin iki kamu yararı arasından yaptığı tercihi bilirkişi incelemesi suretiyle denetlemekte fakat doğrudan kendisi tercihte bulunmamaktadır. Yapılan bilirkişi incelemesiyle alınan karar şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı değilse, yarar-zarar dengesinin dikkate alındığını ve işlemin ölçülü olduğunu kabul etmektedir. Birinci bölümde de değindiğimiz üzere, özellikle sosyal ve teknik alt yapı alanlarının kendi içerisinde getirilen kullanım kararları değişikliklerini, *“sosyal ve teknik altyapı tanımı kapsamındaki iki işlevden birisinin diğerine üstün kamu yararı görüşü doğrultusunda seçimi”* olarak nitelendirdiğini kararlarında vurgulamaktadır.

Üçüncü ayırımımız olan, kanunun üstün kamu yararının belirlenmesinde yasallık sebebi ve şartlarını düzenlediği hallerde verdiği kararlarında Danıştay'ın, kanun koyucunun belirlediği kriterler çerçevesinde bir denetim yaptığını birinci bölümde ortaya koymuştuk.

Kanun koyucunun belirlediği kriterlerin bazıları İdareye takdir yetkisi tanımak adına belirsiz ifadelerle düzenlenmiştir. Danıştay bu belirsiz kavramların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken takdir yetkisinin denetimi bakımından yaşayacağı zorluğu²³⁹, kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan anlamıyla aşmaya çalışabilir. Bu husus özellikle kamusal faaliyet ya da yatırımın zaruri olup olmadığı meselesinde gündeme gelmektedir.

Örneğin Danıştay 10. Dairesi E. 2017/1105, K. 2019/831, T. 23.1.2019 künyeli kararında²⁴⁰, kamu yararı kararı alınarak tarım arazisi vasfı değiştirilen taşınmazda yürütülecek faaliyete duyulan ihtiyacın somut verilerle ortaya konmadığı için işlemin

²³⁸ Guibal, “De la proportionnalité”, s. 485’ten nakleden Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 110.

²³⁹ Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 47.

²⁴⁰ Söz konusu karar, çalışmanın “Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı” başlığı altında incelenmiştir.

hukuka aykırı olduğuna karar verirken; Anayasa Mahkemesinin, tarım arazilerinin tarım dışı amaçla kullanılabilmesi için kamu yararı kararında aradığı kriterleri referans göstermiş ve “2030 yılı projeksiyon nüfusuna bakıldığında ilçede yeni imarlı sahalara ihtiyaç duyulduğunun, yıllardır süren planlama çalışmaları sebebiyle yöre halkında bu yönde bir beklenti oluştuğu” yönündeki gerekçeyi ihtiyacın somutlaşması olarak kabul etmemiştir.

Danıştay 10. Dairesi kamusal ihtiyacın somut verilerle ortaya konması gerektiği hususunu irdilediği E. 2016/416, K. 2020/4579, T. 05.11.2020 künyeli kararında²⁴¹ ise; “devlete yüklenilen tarım arazilerinin korunması ödevi ile sosyal veya ekonomik bazı zorunlu ihtiyaçlar arasında makul bir denge kurulması ve tarım arazisinin amaç dışı kullanımının sosyal veya ekonomik açıdan daha fazla kamusal yarar sağlayacağına ortaya konulması gerektiği”ni belirterek, dava konusu parsellerin Hayrabolu Organize Sanayi Bölgesine ilave edilmesi amacıyla tarım dışı amaçla kullanımına ilişkin Tekirdağ Valiliği, Bilim Sanayi ve Teknoloji İl Müdürlüğünün kamu yararı kararında yer alan gerekçeleri ihtiyacın somut olarak ortaya konması bakımından yeterli görmüştür:

“...söz konusu alanın mevcut OSB bitişiğinde olması neticesinde arıtma ve altyapı maliyetlerinin azalacağı, münferit ve dağınık sanayi alanlarının oluşumunun engelleneceği, yatırım ve istihdamın artacağı, yörede üretilen ürünlerin yakında işlenmesi neticesinde fiyat avantajı sağlanarak tarımsal üretimin destekleneceği, komisyon incelemesindeki değerlendirmeler doğrultusunda yapılacak yatırımın insan, toplum ve çevre ilişkisinde dengeyi bozucu nitelikte olmadığı, ilçe ekonomisine katkı sağlayacağı...”

Danıştay 8. Dairenin E. 2014/7006, K. 2015/1108, T. 23.2.2015 künyeli kararında²⁴² ise, ilk derece mahkemesi, orman alanında kurulacak hidroelektrik santralin ekolojik dengeyi bozacağı gerekçesiyle 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17/3. maddesi uyarınca ortada bir zaruret olmadığından bahisle işlemi iptal ederken; Danıştay, “davalı idarece, ülkemizin içinde bulunduğu enerji açığı dikkate alınarak, projenin uygulanmasında kamu yararı ve zaruret bulunduğu sonucuna varılarak

²⁴¹ Söz konusu karar, çalışmanın “Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı” başlığı altında incelenmiştir.

²⁴² Söz konusu karar, çalışmanın “Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı” başlığı altında incelenmiştir.

takdir yetkisi kapsamında işlem” tesis edildiğine hükmetmiştir. İdare mahkemesi tarafından yapılan yoğun denetim Danıştay tarafından yerinde görülmemiştir.

Üçüncü ayırmda ele aldığımız alternatiflerin değerlendirilmesi kriterinde ise, Danıştay’ın bu araştırmanın biçimsel olarak gerçekleştirilmesini değil; tam ve eksiksiz bir biçimde yapılmasını beklediğini ve bu konuda sıkı bir denetim yaptığını daha önce ifade etmiştik.

Üçüncü ayırmda ele aldığımız son kriter ise, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma arasında denge kurmak için idari kararın tüm yarar ve zararlarının bilirkişi incelemesi yoluyla ortaya konarak elde edilen risk analiziydi. Danıştay bu aşamada tam anlamıyla bir yarar-zarar tartımı yaptığı için azami denetim gerçekleştirdiği ileri sürülebilirse de özellikle ÇED sürecine ilişkin ayrıntılı mevzuat düzenlemeleri ve risk analizinin bilirkişi incelemesi suretiyle bilimsel esaslara dayanılarak hesaplanması yerindelik denetimi sınırının aşılmasını engellemektedir.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, Danıştay’ın üçüncü ayırmadaki kararlarında özellikle alternatif alan araştırması gibi usul unsuru yönünden hukuka aykırı görülen işlemlerin ya da çevreye verilecek zarar telafi edilebilir olmakla birlikte kanunda öngörülen gerekli tedbirlerin alınmaması sebebiyle iptal edilen işlemlerin İdare tarafından yeniden tesis edilebileceği dikkate alındığında, mahkeme kararı için, İdarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verildiği ileri sürülemeyecektir.

Danıştay’ın, yer seçimine ilişkin kararın, alternatif alanların araştırılmasından bağımsız olarak, taşıdığı özellikler gereği -örneğin UNESCO tarafından biyosfer rezervi alanı ilan edilmesi- hukuka uygun olmadığını yahut yapılan risk analizi sonucu çevreye ve insan sağlığına verilecek zararın daha sonra telafi edilemeyeceğini belirten kararlarında ise azami bir denetim gerçekleştirdiği söylenebilir. Fakat yine de mahkeme tarafından verilen kararın takdir yetkisini kaldırdığı söylenmemelidir. Aksi yöndeki bir kabul, söz konusu idari işlemlerin etkili bir yargısal denetime tabi tutulamaması sonucunu doğuracaktır.

Anayasa Mahkemesi kararlarını incelediğimiz bölümde değindiğimiz üzere, kanun koyucu gittikçe İdareye daha geniş takdir yetkisi veren istisnalara yer

vermektedir. Bu yaklaşımın yansıması ise, idari yargı denetiminin de genişlemesi²⁴³ olarak geri dönmektedir. Kaldı ki, daha önce değindiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi, istisna getiren kanun hükümlerini incelerken, yeterli korumanın sağlanıp sağlanmadığını denetlerken, maddeye dayanılarak tesis edilecek işlemlerin idari yargı denetimine tabi olduğuna kararlarında yer vermektedir. Bir bakıma, kanun koyucu tarafından tanınan geniş takdir yetkisinin -örneğin bir tarım arazisinin tahsis amacı dışında kullanılabilmesi için kamu yararı kararı alınmasını düzenleyen hüküm- hukuka aykırı kullanımını önlemek için, idari yargı denetimi, emniyet supabı olarak görülmektedir. Dolayısıyla bu kapsamda gerçekleştirilen denetimin, klasik takdir yetkisi-yerindelik denetimi ayrımıyla açıklanamasa bile yarışan kamu yararları meselesine getirdiği çözüm yadsınamayacaktır.

B. ÜSTÜN KAMU YARARININ BELİRLEYİCİLERİ

Yarışan/çatışan kamu yararlarının çözümü meselesinde irdelenmesi gereken konulardan biri üstün kamu yararının kim ve/veya kimler tarafından belirlendiğidir. Bu durum kavramın içeriğini doldurmak bakımından önem taşımakta fakat daha önemlisi uyumsuzluğa konu olan işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde yargı yerlerinin yerindelik denetimi sınırını aşıp aşmadığı sorusunun açıklığa kavuşturulması gerekliliğidir.

İlk başta söylenmesi gereken üstün kamu yararının belirleyicilerinin yasama, yürütme ve yargı üçgeninde ele alınması gerektiği ve bu soruya tek bir organla sınırlı olarak cevap verilemeyeceğidir. Kavramın çözüm için bir yargılama yöntemi olarak kullanıldığı ya da bir yargılama yöntemi olan bilanço ilkesiyle anılması üstün kamu yararı belirlemesinin yargı yeri tarafından yapıldığı yanılgısına düşürmektedir. Oysaki üstün kamu yararının esas yapıcısı çoğunlukla İdare, kanunun sebebe yer verdiği istisnalar bakımından ise bir kısma kadar kanun koyucudur.

Bu kapsamda yasama organının rolünü belirleyebilmek bakımından çalışmanın birinci bölümünde yaptığımız ayırım yol gösterici olacaktır. Kanunda üstün kamu

²⁴³ “İdareye geniş takdir yetkisi tanınmış olması, uygulamada idareye hareket alanı sağlayamamakta; aksine idare mahkemesi hâkimine geniş takdir yetkisi tanımakta: bazen idarenin elini kolunun bağlandığı eleştirisine yol açmaktadır.” Bkz. Turan Yıldırım, “Madde 2 - İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” in Turan Yıldırım, Gül Fiş Üstün, **Açıklamalı – Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Çoğaltılmış Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 56.

yararının belirlenmesinde doğrudan yasallık sebeplerine yer veren düzenlemeler bakımından üstün kamu yararının esas belirleyicisinin kanun koyucu olduğu söylenebilir. Nitekim sadece kanun koyucunun getirdiği istisnalar kapsamında işlem tesis edilebilecek diğer tüm durumlarda üstün kamu yararı bir yarışma ya da çatışma hali doğmadan Anayasa tarafından korunan alanlar lehine olacaktır. Fakat bu halde bile üstün kamu yararının tek belirleyicisinin kanun koyucu olduğu söylenemez. Çünkü kanunda belirtilen istisna hükümlerde İdareye takdir yetkisi tanınmakta ve harekete geçme iradesi İdarede bulunmaktadır. Örneğin zaruret halinde orman alanlarının turizme tahsis edilmesine imkân sağlayan hüküm, orman alanlarının muhafazasında mı yoksa turizm yatırımının gerçekleştirilmesinde mi üstün kamu yararı olduğu tartışmasını gündeme getirmektedir. Aksi halde bir kamu hizmeti niteliği taşımayan ve kamu yararı niteliği de açıkça düzenlenmemiş bir özel hukuk faaliyetinin Anayasa tarafından korunan alanlarda gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması gerekir²⁴⁴. Kaldı ki, Anayasa tarafından koruma altına alınan alanlarda kamu hizmeti gerçekleştirilecek bile olsa bunun Anayasaya aykırı olmaması için gerekli korumayı sağlayacak önlemlerin alınması gerekliliği bakidir. Başka bir bakış açısıyla, kanun koyucunun istisna getirerek üstün kamu yararını belirlediği sebebin gerçekleşmesi halinde artık kamu yararları arasından ayrıca bir üstünlük tartışmasına girilmeyeceği söylenebilir. Fakat her iki durumda da sebebin olduğu hallerde İdarenin harekete geçme aşamasındaki irade serbestisi İdarenin de üstün kamu yararının belirlenmesinde etkin rol oynadığını göstermektedir.

Birinci kısımda incelediğimiz üzere kanunda gösterilen istisnalar “zaruri olması halinde”, “lüzum görülmesi halinde” vb. ifadelerle kayıtlanmıştır. Dolayısıyla burada sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında İdare karar alacak ve tesis ettiği işlem neticesinde de yargı devreye girerek sebebin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecektir. Bu noktada sebep unsuru dışında kanunda ayrıca getirilen koşullar bakımından da inceleme yapılacağı için kimi durumlarda sebep gerçekleşse bile yargı işlemi iptal edebilecektir. Görüldüğü üzere üstün kamu yararının belirlenmesinde sebep ve şartların kanun koyucu tarafından düzenlendiği hallerde bile

²⁴⁴ Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, s. 238.

üç organın da katkısı bulunmaktadır. Fakat burada yargı bakımından bir parantez açmak gerekir. Ayrımın bu halinde yargı en az role sahip olmalıdır. Çünkü sadece kanunda belirlenen sebep ve koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecektir. Fakat bu durumda bile idari yargı yerlerinin kamusal ihtiyacın ve zaruret halinin somut olarak ispat edilmesi gerektiğini araması, alternatif yer seçiminin tam ve doğru bir biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemesi, risk analizi neticesinde karar alması etkin bir denetim yaptığını göstermektedir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, İdarenin takdir yetkisi genişledikçe idari yargı yerinin denetiminin sınırı da genişleyecektir. İdare ise ancak kanun koyucunun kendisine çizdiği sınırlar çerçevesinde hareket edebilecek fakat bu hareket serbestisi içinde üstün kamu yararını oluşturacak irade yine kendisine ait olacaktır.

Bu konuda değinilmesi gereken bir başka husus ise Anayasa Mahkemesi kararlarını ele aldığımız bölümde değindiğimiz üzere kanun koyucunun getirdiği istisnaların gittikçe spesifik olmaktan uzaklaşarak İdareye çok geniş bir takdir yetkisi bıraktığı durumlardır. Bu hallerde, kanun koyucunun üstün kamu yararının belirlenmesine ilişkin rolü azalmakta İdarenin rolü ise artmaktadır. Bir başka anlatımla, kamu yararı kararı alınması gibi istisnalarla üstün kamu yararının belirleyici olma rolü yasama bakımından daraltılmış İdare bakımından genişletilmiş olmaktadır.

Danıştay'ın somut olay karşısında kriter üreterek yarışma/çatışmayı çözdüğü hallerde, sebep ve şartların kanunda belirlendiği ayırıma göre daha etkin bir rolü olduğu söylenebilir. Hatta yargı organlarının üstün kamu yararının belirlenmesinde en aktif rol aldığı bölüm olduğu söylenebilir.

İdarenin makul tercihlerine öncelik ve geçerlilik veren kararlarında ise, üstün kamu yararının belirlenmesinde, İdarenin aktif belirleyici; idari yargı yerlerinin de belirlenmiş olanların denetimi rolünü üstlendiği söylenebilir. Bu kararlarında İdare daha önce de değindiğimiz üzere, İdarenin aldığı kararı sadece şehircilik ilkeleri ve planlama esasları yönünden inceleyerek aykırı olmaması halinde üstün kamu yararının gözetildiğine karar vermektedir.

Üstün kamu yararının “karar vericileri” bakımından “belirleme” ve “tespit etme” fiilleri arasında bir ayırım yapılarak konu açıklığa kavuşturulabilir. Belirleme

eylemi iradeyi kullanmaya yetkili organların hareketini temsil eder. Örneğin kanun koyucu ormanların turizm yatırımlarına tahsisinde üstün kamu yararı görerek, iradesiyle bu konuda düzenleme yapabilmektedir. İdare de kendisine tanınmış takdir sahası içinde istediği yer ve zamanda harekete geçerek kamu yararları arasında bir tercih yapmış olmaktadır. Yargı ise, kendisi dışında oluşan iradelerin ürünü olan bir muamelede geliştirdiği yargısal yönetimin enstrümanlarını kullanarak üstün kamu yararının gözetilip gözetilmediğini “tespit” edecektir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ÜSTÜN KAMU YARARINA YÖNELİK BİR KAVRAMSALLAŞTIRMA DENEMESİ

I. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ PERSPEKTİFİYLE ÜSTÜN KAMU YARARININ BELİRLENMESİNDE GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN BİR MEKANİZMA OLARAK BİLANÇO İLKESİ

A. GENEL HATLARIYLA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ÜSTÜN KAMU YARARI İLE BAĞLANTISI

Üstün kamu yararı, birden fazla kamu yararının yarışması/çatışması problemini çözmek amacıyla söz konusu kamu yararları arasında yapılan dengeleme faaliyetinin neticesidir. Dolayısıyla üstün kamu yararının belirlenmesinde merkezde yer alan bu “dengeleme” faaliyetinin hangi yöntemle gerçekleştirildiğinin incelenmesi gerekmektedir.

Sorunun kaynağını yarışma ve/veya çatışma oluşturduğu için hukukun söz konusu hallere getirdiği çözümler bu bakımdan yol gösterici olabilir. Bu hususta, Alexy, “kural” ve “ilke”den oluşan hukuk normları arasındaki ayrımın; “*kuralların çatışması (the conflict of rules)*” ve “*ilkelerin yarışması (competing principles)*” durumunda en belirgin hale geldiğini ve söz konusu çatışmanın çözüm şeklinin onları ayırdığını belirtmiştir²⁴⁵. Hukuk kurallarının çatışması *lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleriyle sona erdirilirken²⁴⁶; ilkelerin çatışması ise, dengeleme yoluyla bir ilkenin diğerine ağır basması ile çözüme kavuşturulur²⁴⁷. Yapılan dengeleme sonucu bir ilkenin ağır basması ne diğer ilkenin geçersiz olduğu ne de ağır basan ilkenin istisna teşkil ettiği anlamına gelir. Farklı koşullar söz konusu olduğunda ağır basan ilkeler yer değiştirebilir. Bu durumda hangi ilkenin öncelikli olduğunu somut olayın özellikleri belirleyecektir. Bir başka anlatımla, kuralların çatışması, hükümlerin

²⁴⁵ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Çev. Julian Rivers, New York, Oxford University Press, 2010, s. 48-49.

²⁴⁶ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Güncellenmiş 17. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Temmuz 2020, s. 387.

²⁴⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 50.

geçerlilik (validity) düzeyinde vuku bulurken; ilkelerin yarışması ise “ölçüm” boyutuyla ele alınır²⁴⁸. Temel hak ve özgürlükleri de ilke olarak ele alan Alexy, ölçülülük prensibinin ilkelerin doğasından kaynaklandığını dolayısıyla ilkelerin yarıştığı hallerde yapılacak “ölçüm”ün; prensibin, *elverişlilik (suitability)*, *gereklilik (necessity)* ve orantılılık (*proportionality in the narrow sense*) olmak üzere üç alt görünümüyle çözüme kavuşturulacağını belirtmektedir²⁴⁹.

Bu noktada bir parantez açarak ölçülülük ilkesinin İdare Hukukundaki yerine de değinmek gerekir. Ölçülülük ilkesi, Türk İdare Hukukunun gündemine anayasa yargısı vasıtasıyla girmiştir²⁵⁰. İdare Hukukunda ölçülülük ilkesine sıklıkla, temel hak ve özgürlüklere en yoğun müdahalenin gerçekleştiği kolluk alanında tesis edilen işlemlerin daha sıkı bir denetimini sağlamak için başvurulmaktadır²⁵¹. Bunun dışında, İdare Hukukunda, İdarenin takdir yetkisinin denetimi, kamulaştırma, cebri icra ve kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde ölçülülük ilkesinin kullanıldığı görülmektedir²⁵².

Türk yargı kararlarında, üstün kamu yararı değerlendirmesi yapılırken açıkça ölçülülük ilkesinin zikredildiği bir karara rastlanmamıştır. Bununla birlikte bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında, ölçülülük ilkesinde değerlendirilen bir unsur olan *zorlayıcı toplumsal ihtiyaç (pressing social need)* kavramının karşılığı olarak üstün kamu yararı ifadesi kullanılmıştır²⁵³. Bu kullanım, çalışmamız kapsamında incelediğimiz üstün kamu yararı kavramına tekabül etmese de ölçülülük ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıklarda kullanılan *zorlayıcı toplumsal ihtiyaç* ifadesinin karşılığı olarak kullanılması dikkat çekmektedir.

Anayasa yargısının yarışan ilkelerin/temel hak ve özgürlüklerin çözümü için geliştirdiği ölçülülük ilkesine kamu yararlarının yarışması/çatışması meselesini çözmek için de bir yöntem olarak başvurulabileceği söylenebilir. Nitekim, üstün kamu yararının belirlenmesinde daha önce de vurguladığımız dengeleme faaliyeti, yarışan

²⁴⁸ Alexy, A *Theory of Constitutional Rights*, s. 50.

²⁴⁹ Alexy, A *Theory of Constitutional Rights*, s. 66-67.

²⁵⁰ Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 33.

²⁵¹ Özay, *Günüşğinde Yönetim*, s. 742.

²⁵² Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 35.

²⁵³ Örneğin, AYM, Başvuru No: 2013/6693, k. 16.4.2015, RG., T. 13.7.2015, S. 29415.

kamu yararlarından hangisine öncelik verileceğine ilişkin bir ölçümü ifade etmektedir. Bu yönüyle, kamu yararları arasındaki dengeleme faaliyetinde, tüm unsurlarıyla olmasa da ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuruna²⁵⁴ paralel bir yöntem takip edildiği söylenebilir. Bu bağlantıyı, bir sonraki başlıkta bilanço ilkesi ve ölçülülük ilkesi ilişkisine değinirken ele alacağız.

B. CONSEIL D'ETAT'NIN YARGILAMA YÖNTEMİ OLARAK GELİŞTİRDİĞİ BİLANÇO İLKESİNİN YARIŞAN KAMU YARARLARI MESELESİNE UYGULANMASI

Üstün kamu yararının belirlenmesi amacıyla yapılan “dengeleme” faaliyeti bakımından, Conseil d'Etat tarafından bir yargılama yöntemi olarak geliştirilmiş bilanço ilkesinin incelenmesi önem arz etmektedir. Conseil d'Etat tarafından İdarenin takdir yetkisi çerçevesinde tesis etmiş olduğu işlemlerin daha etkin bir şekilde denetlenebilmesi için “bilanço ilkesi” ve “ölçülülük ilkesi” gündeme gelmiştir. Fransız idari yargı kararlarında; işlemin sebep, konu ve maksat unsurları kapsamında maddi olguların gerçekleşip gerçekleşmediği, açıkça zikredilmese de, bu ilkeler uyarınca araştırılarak denetlenmiştir. İdarenin takdir yetkisinin denetlenmesine ilişkin takip edilen bu yargısal denetim kimi yazarlarca ölçülülük ilkesinin bir görünümü olarak değerlendirilmiştir²⁵⁵. “*Fayda-zarar analizi*” olarak nitelendirilebilecek²⁵⁶ bu denetimde, İdarenin tesis ettiği işlem bakımından günümüzde ya da gelecekte gerçekleşecek yararlar ve zararlar arasında kurulan denge neticesinde her iki taraf eşit olur ya da yarar kısmı ağır gelirse alınan kararın ölçülü olduğu kabul edilecektir²⁵⁷.

Belirli alanlarda bilanço ilkesini kullanması, Fransız idari yargısının, ölçülülük ilkesini tüm boyutlarıyla benimsediği ve uyguladığı şeklinde kabul edilmemekte²⁵⁸ ancak bilanço ilkesinin ölçülülüğün alt ilkesi olan “orantılılık” unsuruna

²⁵⁴ Orantılılık unsurunun, kamu yararları arasında değerlendirme yapılırken kullanılma elverişliliğini göstermesi bakımından Örücü'nün orantılılığa ilişkin yorumuna yer vermek istiyoruz: “*İdare kendi işlem ve eylemlerinin diğer alternatifler karşısında savunmasını yapma yükümü altındadır. Bu nedenle de İngiliz hukukunun ‘makullük’ ilkesinden daha sıkı bir denetim anlamına gelir.*” Bkz. Esin Örücü, “Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri”, **İHİD**, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 248.

²⁵⁵ Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 103.

²⁵⁶ Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 109.

²⁵⁷ Guibal, “De la proportionnalité”, s. 479-480'den nakleden Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 108.

²⁵⁸ Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 160.

“benzediği”²⁵⁹ dile getirilmektedir. Bununla birlikte bilanço ilkesinin ölçülülük ilkesiyle tam anlamıyla örtüştüğünü savunanlar olduğu gibi, ölçülülük ilkesinin azami denetime karşılık geldiği ve tam olarak bağdaşmadığını öne sürenler ve son olarak ikinci derecedeki normal denetimden farklı bir denetim biçimi olduğunu savunanlar bulunmaktadır²⁶⁰.

Üstün kamu yararının belirlenmesinde gündeme gelebilecek orantılılık ilkesiyle İdare Hukukunda kolluk faaliyetlerinde geçerli olan ölçülülük ilkesinin arasındaki farkın ortaya konması gerekir. En başta, kamu yararları arasında yapılacak yarar-zarar tartımının tüm unsurlarıyla ölçülülük ilkesine karşılık gelmediğini söylemek gerekir.

Bununla birlikte, kolluk faaliyetlerindeki ölçülülük ilkesinin; işlemin sebep, konu ve amaç unsurlarıyla tam bir uyuma karşılık gelen sıkı bir denetim içermesi²⁶¹ ve yerindelik denetimi ile olan ilişkisi²⁶² dolayısıyla kamu yararlarının yarışması meselesinde gündeme gelebilecek orantılılık ilkesiyle tam olarak örtüşmediği kabul edilmelidir.

Bilanço ilkesinin ilk defa uygulandığı 1971 tarihli “Ville nouvelle Est” kararı hem Conseil d’Etat’nın sonraki kararları bakımından hem doktrinin ilkeyi tanımlaması aşamasında referans olarak gösterilmiştir²⁶³. Söz konusu karardaki uyuşmazlık, üniversite kampüsü yapımı için yeni inşa edilen binaların da olduğu geniş bir alanın kamulaştırılmasına karar verilmesiyle doğmuştur²⁶⁴. Conseil d’Etat, uyuşmazlık konusu alan kamulaştırılarak yapılacak proje ile elde edilecek kamu yararı karşısında topluma getirilen “sosyal ve mali yük” arasında fayda-zarar analizi yaparak “*idarenin*

²⁵⁹ Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 181; Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, s. 160.

²⁶⁰ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 222.

²⁶¹ Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, s. 208-209.

²⁶² “‘Ölçülülük’ de yine, yerindelikle doğrudan orantılı ve ona bağlı olarak takınılacak tavrın sadece varılmak istenen sonuca ulaştırmaya yetecek kadarının geçerli olması anlamını taşır.” Bkz. Özyay, *Günüşğinde Yönetim*, s. 743.

²⁶³ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku*, s. 111.

²⁶⁴ Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi: “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul, Beta, 2015, s. 144.

yetersiz incelemeler sonucunda akıl-dışı kararlar almasının önlenmesi amacı” çerçevesinde karar almıştır²⁶⁵.

Gülan, Conseil d’Etat’nın kamu yararı kavramını kullanma biçimiyle kavrama yüklediği işlevler arasında, özellikle “Ville nouvelle Est” kararıyla gündeme gelen bilanço ilkesindeki yerine de değinmekte; bu yöntemle kamu yararları arasında yapılan tartımla hukuka uygunluk denetimi yapıldığını belirtmektedir²⁶⁶. Gözler, ölçülülük ilkesi veya bilanço ilkesiyle yarar-zarar tartımı yapılmasını, İdarenin takdir yetkisinin denetlenemeyeceği kuralının bir istisnası olarak görmekte, bu sebeple, söz konusu ilkeler kullanılırken yargıcın hukukilik denetimi içerisinde kalmaya özen göstererek istisnanın dar yorumlanması gerektiğini aksi takdirde yerindelik denetimi olarak değerlendirileceğini belirtmektedir²⁶⁷.

Bilanço ilkesi, ilk olarak kamulaştırma davalarında ortaya çıksa da; imar planları, elektrik hatları, korunmuş işçilerin işten çıkarılmasına izin verilmesi gibi farklı alanlarda da uygulanmıştır²⁶⁸. Sağlıklı kentleşme ve çevre hukuku da dahil olmak üzere, kamu yararlarının yarıştığı uyuşmazlıklarda bilanço ilkesinin uygulama alanı genişlemiştir²⁶⁹.

II. KAVRAMSAL AYRIŞMANIN GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE

Üstün kamu yararının tespitinde, bilanço ilkesi ve daha genel görünümüyle ölçülülük ilkesinin önemine bir önceki başlıkta değindik. Bu bağlantının kurulması, kavramın temas ettiği teorik esasların açıklanmasından daha öte bir anlamı içermektedir. Üstün kamu yararının belirlenmesinde ortaya çıkan “dengeleme” faaliyeti, ölçülülüğün doğasına uygun bir şekilde, hem yarışma içerisindeki tüm unsurların göz önünde bulundurulmasını sağlamakta hem genel kanının aksine her koşulda birinin tercih edilerek diğer kamu yararının tamamen yok sayıldığı hususunu bertaraf etmektedir. Gerçekten, çalışmanın birinci bölümünde ele aldığımız somut olay örneklerinden oluşan Danıştay kararlarından kavrama ilişkin bir soyutlama

²⁶⁵ Guy Braibant, “concl. Sous C.E., “Ville nouvelle Est” (28.5.1971), in. **AJDA**, 1971, s. 467’den nakleden Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 111-112.

²⁶⁶ Gülan, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, s. 27.

²⁶⁷ Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 1087, 1090.

²⁶⁸ Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 1089.

²⁶⁹ Aksoylu, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması: Danıştay ve Conseil d’Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, s. 148.

yapıldığında, öncelikle işlemi tesis eden İdarenin sonrasında ise idari yargı yerlerinin vermiş olduğu kararlar üst bir başlık olarak üstün kamu yararı olarak ifade ettiğimiz kamu yararlarının yarışması meselesinde kademeli bir çözümün mümkün olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla bu kademeli çözümü ortaya koyabilmek için Danıştay'ın üstün kamu yararı olarak nitelendirdiği tüm bu çözümlemelerin müdahalenin ağırlık derecesine göre isimlendirilerek tebarüz ettirilmesi gerekmektedir.

Böyle bir kavramsal ayrışmaya gitmekle halihazırda kamu yararının kendisinden kaynaklanan terminolojik karmaşaya bir yenisini eklemek veya bu ayrımın mutlak doğru ve olmazsa olmaz olduğunu iddia etmek değil esasında hem kanun koyucu hem İdare hem de yargının bir başka deyişle üstün kamu yararının belirlenmesinde rol alanların ölçülülük prensipleri çerçevesinde yarışan kamu yararları arasından günün sonunda birini tercih etmek zorunda kalsa bile bunu öncelikle (a) kamu yararlarını bağdaştırarak; (b) mümkün değilse diğer kamu yararına en az zarar gelecek şekilde; (c) bu da mümkün değilse sadece bir kamu yararının yaşamasına imkân verecek tercihte bulunarak yapma çabasını görünür kılmak amacını taşımaktayız. Bu ayrım üstün kamu yararı kavramının varlık gerekçesi ve yargı kararlarıyla gittikçe gelişen ve gelişecek içeriği üzerinde düşünme teklifi içermektedir.

Kanun koyucu ve İdare, karar almadan önce kademeli olarak ilerleyen bu tartımı ne kadar olması gerektiği gibi gerçekleştirirse yargı bu dengelemede daha az müdahaleci bir rol oynayacaktır. Yargı bu tartımı ne kadar olması gerektiği gibi yaparsa karar alıcıların sonraki tasarruflarını olumlu yönde etkileyecek ve daha az iptal kararıyla karşılaşılacaktır.

Bu sebeple, teklif ettiğimiz kavramsal ayrışmanın örnek olay uygulamasıyla kullanıma elverişliliğini göstermek amacıyla bir sonraki başlıkta kavramların kısaca anlamına ve o kavram içerisinde değerlendirilebilecek yargı kararlarına yer vereceğiz.

III. KAMU YARARLARININ YARIŞMASINDA KADEMELİ ÇÖZÜM

A. BİRLİKTE KAMU YARARI

Yarışan kamu yararları arasında dengeleme yaparken, mümkün olması halinde en ideal çözüm, gündeme gelen kamu yararlarının her birini gerçekleştirmeye yönelik karar almaktır. Bir başka anlatımla, “birlikte kamu yararı” olarak ifade ettiğimiz bu ilk

kademede, birlikte yaşayabilecek kamu yararlarının mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranmaktadır. Esasında bu yaklaşım, “yarışan” ya da “çatışan” yararların yanı sıra “karşılaşan” kamu yararları olabileceği ihtimalini gündeme getirmektedir. Bunun, birden fazla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumda çoğunlukla, aralarından birini tercih edip ona üstün kamu yararı sıfatını atfetme pratiği/alışkanlığı dolayısıyla gölgede kalan ve yargı kararlarında yansımalarına sık rastlayamadığımız bir çözüm olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu kademeye ilişkin az sayıda karar örneklerine, vermiş olduğu kararların yargısal nitelikte olmamasının da etkisiyle, Danıştay 1. Dairenin idareler arası mal devri konusunda incelediği uyuşmazlıklarda rastlamaktayız. Bu kararlar arasında “birlikte kamu yararı” örneklerine en uygun olanları ise, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesisi talebine ilişkin olanlardır. Örneğin, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün; “Kırşehir İçme Suyu Proje Yayım İş” için Karayolları Genel Müdürlüğüne ait toplam on sekiz taşınmazdan sekizi üzerinde irtifak hakkı kurulmasını, on taşınmazın ise mülkiyetinin devredilmesini talep ettiği başvuru, söz konusu taşınmazların bir kısmının yol alanında kaldığı bir kısmının ise ocak sahası olarak kullanıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine Danıştay’a yapılan başvuruda 1. Daire, taşınmazlara Karayolları Genel Müdürlüğünün ihtiyacı olduğunu ancak devir talebinde bulunan İdare ile mülkiyet sahibi İdare arasında bir protokol hazırlanarak mutabakata varılabileceği gerekçesiyle Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün talebini reddetmiştir:

“DSİ Genel Müdürlüğü 12. Bölge Müdürlüğünün 6.5.2016 tarih ve 309806 sayılı yazısına ekli listedeki taşınmazlardan 223 parsel sayılı taşınmazın, hali hazırda Karayolları Genel Müdürlüğünce ocak sahası olarak kullanıldığı, diğer taşınmazların ise yol olarak tescilli bulunduğu dikkate alındığında, Karayolları Genel Müdürlüğünün söz konusu taşınmazlara ihtiyacının açık olduğu, kaldı ki, Kırşehir İçme Suyu Projesi kapsamında irtifak hakkı ve devri istenen ilgili taşınmazlara ilişkin mülkiyet sahibi Karayolları Genel Müdürlüğü ile yapılacak protokol kapsamında idareler arasında mutabakat sağlanarak bu Projenin gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu anlaşılmıştır.”²⁷⁰

Danıştay 1. Dairenin benzer yönde hüküm tesis ettiği E. 2020/317, K. 2020/627, T. 17.6.2020 künyeli kararında²⁷¹ ise, DSİ Genel Müdürlüğüne ait İzmir Acil

²⁷⁰ Danıştay 1.D., E. 2016/1340, K. 2016/1011, T. 15.6.2016, Lexpera.

²⁷¹ Söz konusu karar, çalışmanın “Öncelikli veya Acil İhtiyaç Kriterinden Hareketle Gerekçelendirilen Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

İçmesuyu İsale Hattı borularının geçtiği taşınmazın depo olarak kullanılmak üzere TCDD'ye devredilmesi talebi, *“yeraltından geçen isale hattının yüksek basınçlı olması nedeniyle alan üzerinde muhtemel bir yapılaşmanın can ve mal güvenliği açısından tehlike oluşturacağı”* gerekçesiyle DSİ Genel Müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine 2942 sayılı Kanun'un 30. maddesi kapsamında yapılan başvuru üzerine Danıştay 1. Dairesi tarafından, söz konusu taşınmazdan taraflar arasında yapılacak protokol ve izin kapsamında yararlanılabileceği gerekçesiyle devir istemi reddedilmiştir:

“Kaldı ki, devir istemiyle ilgili olarak Dairemizce yapılan toplantıda, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün söz konusu taşınmazlar üzerinde can ve mal güvenliğini tehdit edecek yapılaşmaya gitmeksizin taraflar arasında yapılacak protokol ve verilecek izin kapsamında DSİ Genel Müdürlüğüne ait taşınmazlardan yararlanabilmesi imkanı bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.”

Başka bir kararda ise, Köy tüzel kişiliğine ait taşınmazın, hidroelektrik santrali üretim tesisi yapılmak amacıyla, EPDK'nın talebiyle Maliye Bakanlığına devredilmesi yönündeki talep, *“taşınmazın içinden geçen yolun, orman köyü niteliğindeki Köyün orman ile bağlantısını sağlayan tek yol olduğu, taşınmaza Köy halkının daha fazla ihtiyacının bulunduğu”* gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine Danıştay'a yapılan başvuruda, EPDK'nın söz konusu taşınmaza ilişkin aldığı kamulaştırma kararında kullanım amacı cebri boru ve ulaşım yolu olarak belirlendiği için Köy halkının ormana ulaşmasını engellemeyeceği gerekçesiyle Hazineye devredilmesine karar verilmiştir²⁷². Dolayısıyla kararın gerekçesi, taşınmazın mülkiyeti devredilse dahi her iki İdarenin de ihtiyaçlarının aynı anda karşılanabileceğini göstermektedir.

Danıştay 1. Dairesinin aldığı kararların niteliği dolayısıyla diğer idari yargı yerlerinden daha fazla alana ve imkâna sahip olmasına rağmen irtifak hakkı kapsamındaki kullanımlar hariç ya hep ya hiç mantığıyla ilerlediği, muhtemelen bu açıdan aktif bir rol almak istemediği görülmektedir. Oysaki Danıştay 1. Dairesi almış olduğu kararların idari niteliği dolayısıyla üstün kamu yararı değerlendirmesi bakımından diğer idari yargı yerlerinden daha geniş bir hareket alanına sahip olmasına rağmen bu yaklaşımı sergilemediği görülmektedir.

²⁷² Danıştay 1.D., E. 2014/1337, K. 2014/1761, T. 4.12.2014, Lexpera.

Danıştay 6. Dairesinin E. 1998/2072, K. 1999/6209, T. 7.12.1999 künyeli kararında²⁷³, kısmen orman kısmen tarım alanında kalan taşınmazın üniversite alanı olarak belirlendiği imar planının iptali istemiyle açılan davada Danıştay Savcısının görüşleri “birlikte kamu yararı” bakımından önem taşımaktadır:

“Dosyadaki bilgi ve belgelerle bilirkişi raporunun birlikte değerlendirilmesinden; bölgenin kaçak yapılaşma ve gecekondulaşma tehdidi altında bulunduğu, bütün bunların su havzalarına ve ormana verecekleri sınırsız zarar ve yağma dikkate alındığında, burada yapılacak bir üniversitenin bölgeyi bu tür oluşumlardan kurtaracağı, çevreyi ve ormanı koruyacağı, ilave ağaçlandırmalarla yeşil alan örtüsünü geliştireceği, vereceği eğitim hizmeti ile de yüksek öğretime ve topluma yarar sağlayacağı sonucuna ulaşıldığından ... Üniversitesi yerleşim alanını belirleyen dava konusu planda şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına aykırılık görülmemiştir.”

Danıştay Savcısı, uyumsuzluk konusu taşınmaz üzerinde faaliyete geçecek üniversite ile birlikte su havzalarına ve orman alanına zarar vermekten ziyade getirilen kullanımın bu alanlara verilecek zararı önleyici bir etkisi olacağı üzerinde durmuştur. Bu kapsamda, müdahilin savunmasında ileri sürdüğü “Bir bölgenin planda belirtilen fonksiyonunu sağlayacak işlemler gerçekleştirilmeden sadece plan üzerinde fonksiyon verilerek korunmasının mümkün olmadığı” argümanı da dikkat çekmektedir.

“Birlikte kamu yararı” bakımından incelenilecek bir başka karar Danıştay 6. Dairenin E. 2016/4638, K. 2017/5528, T. 10.7.2017 künyeli kararıdır²⁷⁴. İlk derece mahkemesi, rekreasyon alanının diplomatik siteye çevrilmesiyle birlikte yeşil alan ihtiyacını karşılayan alanın ortadan kaldırılmasını şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına aykırı görerek plan değişikliğini iptal etmiş; Danıştay ise, sosyal donatı alanlarının diplomatik site içerisinde karşılanacağını, site yapılırken azalan yeşil alana karşılık olarak ise eşdeğer alan ayrıldığını belirterek idare mahkemesi kararını bozmuştur:

“Ancak diplomatik site olarak değerlendirilecek alanda yaşayacak nüfusun kullanımı amacıyla tüm sosyal donatı alanı ihtiyaçlarının kendi içinde karşılandığı, bu noktada ‘kaçıllara memur konutları’ haricinde dini tesis alanı, spor tesis alanları, rekreasyon alanı, park ve ağaçlandırılacak alanların belirlendiği de anlaşılmaktadır. Bu itibarla İmar Kanunu, mülga Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğe ve Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliğine aykırı bir durumun söz konusu olmadığı, öte yandan alanın tamamı rekreasyon alanı iken, plan değişiklikleri kapsamında azalan

²⁷³ Söz konusu karar, çalışmanın “Gerekçesinde Faaliyetin Niteliği ve Özelliği Vurgulanan Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

²⁷⁴ Söz konusu karar, çalışmanın “Öncelikli veya Acil İhtiyaç Kriterinden Hareketle Gerekçelendirilen Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

rekreasyon alanı kullanımına karşılık eşdeğer alan olan, bir kısmı özel Çevre Koruma Alanında kalan 2561 ve 2557 parsel sayılı taşınmazların rekreasyon alanı kullanımına ayrıldığı görülmektedir.”

Kararda, diplomatik sitenin stratejik önemi ve özel koruma gerektirmesi dolayısıyla, planın önceki haline nazaran, söz konusu sosyal donatı alanlarından yararlanacaklar bakımından toplumun geneline yönelik değil diplomatik siteyi kullanacaklara yönelik kullanım getirmesi üzerinde durulmamıştır. Fakat yine de rekreasyon alanı olarak belirlenen alanın güncel ihtiyaç karşısında revize edilerek mümkün mertebe birlikte kullanımını sağlamak ve yargı yerinin bu hususa yaptığı vurgu önem arz etmektedir.

“Birlikte kamu yararı” örnekleri bakımından aynı taşınmaz üzerinde kamu yararları arasında bir tercih yapmak zorunda kalmadan her iki İdarenin de ortak kullanımına karar verilmesiyle çatışmanın çözüldüğü bir örneğe rastlayamamış olsak da üçüncü bir yaklaşımın değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

B. BASKIN KAMU YARARI

Yarışan/çatışan kamu yararları arasında dengeleme yaparken ikinci kademe, birlikte sürdürülebilecek fakat birinin diğer kamu yararına göre daha baskın olması gereken kamu yararıdır. Kamu yararları arasındaki bu tartımda, somut olayın özelliği gereği her iki kamu yararının eşit koşullarda sürdürülebilmesine imkân yoktur. Ancak aralarından biri baskın olmasına rağmen diğer kamu yararı da mümkün olduğu ölçüde yaşatılmaya çalışılmaktadır. Esasında bu çabanın arka planında baskın olmayan kamu yararının temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi gereği en az sınırlamayı sağlayacak bir yöntemin takip edilmesi zorunluluğudur.

Bu kapsamda incelenebilecek örnek bir karar, akar niteliğindeki vakıf taşınmazının yapılaşma koşullarına kısıtlama getirilmesine ilişkindir. Dava, Vakıflar Genel Müdürlüğü adına kayıtlı dava konusu taşınmazın planda yer alan kütle çizimlerinin söz konusu taşınmazın akar niteliğini olumsuz yönde etkilediği ve sınırlarının genişletilmesi gerektiği gerekçesiyle 1/1000 ölçekli Fatih Koruma Amaçlı Uygulama İmar Planının ilgili parsel yönünden iptali istemiyle açılmıştır. İlk derece mahkemesi, dava konusu taşınmazın imar planında gösterilen kütle sınırları ile yapı alanında önemli derecede kısıtlandığını vurgulamış, getirilen kısıtlamanın plan

tekniklerine uygun olduğu ancak uygulama imar planlarında bir yapının taşınmaz içindeki konumu ve büyüklüğünün sınırlandırılacağı hallerde, bu sınırlamanın plan üzerinde ölçülendirilmesi gerekmesine rağmen dava konusu planda kütle çizgisinin ölçüsüz olarak belirtildiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Temyiz başvurusu üzerine dosyayı inceleyen Danıştay ise, taşınmazın konut fonksiyonu olarak belirlenmesiyle akar niteliğini koruduğu, yapılaşma koşullarına getirilen kısıtlamanın ise tarihi yarımadanın özgün dokusunun korunması adına getirilen diğer kısıtlamalar gibi üstün kamu yararı taşıdığını belirterek iptal kararı veren idare mahkemesi kararını bozmuştur:

*“Plan notlarının ‘V-A-7. Yeni Yapılaşmalarda Genel Hükümler’ başlığında ‘Planda kütle ile çizilen parsellerde plandan ölçü alınarak uygulama yapılacaktır.’ denmektedir. Tarihi yarımadanın özgün dokusunun bulunduğu alanlarda ada içinde kütle sınırını belirlemek koruma ilkeleri açısından doğru bir yaklaşımdır. Nitekim taşınmazın bulunduğu bölge sık bir tarihi dokuyu barındırmaktadır. Plandaki kütle çizimleri incelendiğinde taşınmazın bulunduğu ada içinde yapıların kütlelerinin bir bütünlük içinde ele alındığı, taşınmazın mevcut halde parsel arka sınırına ada içindeki yapılara göre daha fazla yaklaşmış olduğu, kütle belirlenirken komşu parselin inşaat sınırının devam ettirildiği görülmektedir. **Dava konusu plan ile parselle getirilen konut fonksiyonu taşınmazın akar niteliğini devam ettirmesine imkan veren bir fonksiyondur. Yapılaşma hakkının kısıtlanması Tarihi Yarımadanın özgün dokusunun korunması adına getirilen birçok kısıtlama gibi daha üstün bir kamu yararı taşımaktadır.***

*Ayrıca, İdare Mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporunda, komşu parsellerdeki yapıların da güneş ve hava almasını engellemeyecek biçimde kütle düzeninin ele alınmasının plan ilkelerine uygun bir düzenleme olduğu, **yan bahçe yaklaşma sınırının parsel kenarına 3 metre mesafeye kadar getirilmesinin taşınmazın akar niteliğine uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği, tarihi yarımada koruma amaçlı nazım imar planı çalışmasında geleneksel konut alanı dokularının öne çıkarılmasını sağlayıcı irtifa-gabari kısıtlaması getiren, görsel bütünlüğü olumsuz etkileyen yapıların temizlenmesini sağlayıcı plan kararları ve ilkeleri oluşturulmaya çalışıldığı yönünde tespit ve değerlendirmelerin Tarihi Yarımada’nın özgün dokusuna, alanın nitelik ve özelliklerine uygun olduğu sonucuna varılmıştır.**”²⁷⁵*

Karardan anlaşıldığı üzere, Tarihi Yarımadanın özgün dokusunun korunması adına yapılan planlama ile vakıf taşınmazlarının akar niteliğinin korunması yönündeki kamu yararı çatışmış ve bu çatışma sonucu çıkan ihtilafta Tarihi Yarımadanın özelliklerine uygun biçimde planlama yapılması baskın kabul edilerek bu amaçla getirilen kısıtlamaların üstün kamu yararı taşıdığı ifade edilmiştir. Fakat bu

²⁷⁵ Danıştay 6.D., E. 2015/4834, K. 2016/84, T. 21.1.2016, Lexpera.

kısıtlamalara rağmen, kararda da değerlendirildiği üzere, vakıf taşınmazının daha kısıtlı bir alanda da olsa akar niteliğini devam ettirmesi sağlanmıştır.

C. ÖNCELİKLİ KAMU YARARI

Yarışan/çatışan kamu yararları arasında üçüncü kademe, bunların arasından birine öncelik verilmesi fakat diğer kamu yararının gerekleri de gözetilerek birtakım hukuki güvencelerin belirlendiği ve konuya özgü önlemlerin alındığı halidir. Öncelikli kamu yararı olarak tabir ettiğimiz bu derecede, birine öncelik verilmesi sebebiyle diğer kamu yararına verilen zararın telafi edilmesi biçiminde kurgulanan yararlanma, ölçülülüğün önemli bir yansımasını oluşturmaktadır.

Öncelikli kamu yararının en belirgin örnekleri, çevrenin korunması kamu yararı ile bir kamusal faaliyet ya da yatırımdan elde edilecek kamu yararının yarıştığı durumlarda görülmektedir. Örneğin, Danıştay 8. Dairesinin E. 1999/1889, K. 2001/1289, T. 28.3.2011 künyeli kararında²⁷⁶ gürültü ve hava kirliliği açısından çevre ve insan sağlığına zarar verdiği gerekçesiyle taşocağı işletmelerinin ruhsatlarının iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde hazırlanan raporda yer alan şu cümleler öncelikli kamu yararı bakımından önem taşımaktadır:

“...yapılan faaliyetlerin çevre, insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin (toz, gürültü, taş fırlatma ve titreşim) alınan önlemlerle asgari düzeye indirildiği, ancak sürekliliğin sağlanabilmesinin kontrol ve denetimlerin periyodik olarak uzman ve yetkili kişilerce yapılmasına bağlı olduğu, 3213 sayılı Maden Yasasınca maden ruhsatlarının verilmesi ve iptal edilmesi hakkının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bırakıldığı, aynı Yasanın 7. maddesi gereğince IR-959 sayılı ruhsatlı sahası dışında kalan sahalarda faaliyetini sürdürülebilmesi için belediyeden izin almasının gerekli olduğu, ocağın bu hali ile kapatılmasının can güvenliği ve görüntü kirliliği açısından daha büyük olumsuzluklara neden olacağı, bu nedenle yerleşim bölgelerinde bulunan bu gibi taşocaklarının hazırlanacak rehabilitasyon projelerine uygun olarak üretimlerini sürdürmeleri, üretim sona erdiğinde rehabilitasyon projelerini uygulayarak arkalarında görüntü ve emniyet açısından olumsuzluk bırakmamaları yönünde görüş belirtilmiştir.”

Kararda yer alan bilirkişi raporundan anlaşıldığı üzere, faaliyetin devam edeceği ve sonlandırılacağı süreç içerisinde çevre ve insan sağlığı üzerindeki etkileri kontrol altına alınarak maden işletme faaliyetine öncelik verilmiştir. Bu öncelik, yarışan diğer

²⁷⁶ Söz konusu karar, çalışmanın “Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi” başlığı altında incelenmiştir.

kamu yararının tamamen gözden çıkarıldığı anlamına gelmemekte aksine ona yönelik önlemler alınmaktadır. Bu yaklaşım kamu yararları arasında dengeleme yapılırken isabetli bir biçimde yarışma/çatışma halindeki tüm kamu yararlarının dikkate alınarak karar verildiğini göstermektedir.

Öncelikli kamu yararında diğer kamu yararının da gözetildiğini gösteren bir başka örnek, Danıştay 8. Dairenin E. 2014/7006, K. 2015/1108, T. 23.2.2015 künyeli kararıdır²⁷⁷. Söz konusu kararda, HES kurulması için orman alanının tahsis edilmesi işlemi, projenin çevreye vereceği zarar tespit edilmeden ve bu tespite göre gerekli tedbirler belirlenmeden alınan tahsis kararını iptal etmiştir. Kararda belirtilen bu hususlara riayet edildikten sonra yeniden işlem tesis edilebileceğinin ifade edilmesi de bu gibi özellikli alanlarda enerji yatırımlarına öncelik verilebileceğine işaret etmektedir:

“Olayda; davalı idarece, ülkemizin içinde bulunduğu enerji açığı dikkate alınarak, projenin uygulanmasında kamu yararı ve zaruret bulunduğu sonucuna varılarak takdir yetkisi kapsamında işlem tesis edilmiş ise de; yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu doğrultusunda; projede uygulanan Tennant metodunun düzenli HES projesinin üzerine kurulacağı dereler için uygun bir metot olup olmadığı belirlenerek ve HES projesinin ekolojik dengeye olabilecek etkilerinin tespiti için fiziksel, kimyasal ve biyolojik bütünlüğün havza bazında inceleneceği geniş kapsamlı bir çalışma yapıldıktan sonra bölgenin ekolojik dengesini ve çok özel olan çevresini koruyacak tedbirleri de belirleyerek, yeniden işlem tesis edilebileceği tabidir.”

Kararlardan anlaşıldığı ve daha önce ele aldığımız üzere, yarışan kamu yararları arasından birine ilişkin güvence ve tedbirler alarak diğerine öncelik verilmesi, kanun koyucu tarafından belirlenip; uygulaması, İdare tarafından gerçekleştirilmekte; yargının yaptığı değerlendirmede ise İdarenin bu hususlara riayet edip etmediği incelenmektedir.

D. (DAR ANLAMDA) ÜSTÜN KAMU YARARI

Yarışan/çatışan kamu yararları arasında dengeleme yapılırken son kademe, birlikte yaşayamayacak sadece bir tanesinin seçilmesi gereken kamu yararıdır. Üstün kamu yararı kavramı, yarışan/çatışan kamu yararlarının tümünü ifade eden bir biçimde kullanıldığı için dar anlamda üstün kamu yararı olarak nitelendirdiğimiz bu kademe;

²⁷⁷ Söz konusu karar, çalışmanın “Kamusal İhtiyacın ya da Zaruret Halinin İspatı” ve “Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi” başlıkları altında incelenmiştir.

yarışan yararlar meselesinde en klasik bakış açısını yansıtmaktadır. Bu yaklaşımın diğer kademelerle ortak yönü, ölçülülük ilkesinin bir izdüşümü olarak, sadece bir kamu yararı gerçekleştirilebiliyor olsa bile buna karar verilmeden önce yarışan tüm kamu yararlarının dikkate alınarak bu sonuca varılmasıdır.

Bu kapsamdaki örneklerine en sık rastladığımız uyumsuzluklar, İdarenin şehir planlamasına ilişkin tercihlerini oluşturan kararlarına ilişkindir. Bir taşınmazın sağlık ocağı mı yoksa çocuk parkı mı, ilkokul mu yeşil alan mı, bilgi evi mi öğrenci yurdu mu, kent müzesi mi otopark mı olacağına elbette İdare karar verecektir. Dolayısıyla kamu yararları arasında ilk tartım İdare tarafından gerçekleştirilecektir. Kamu yararları arasındaki dengelemede aralarından sadece birinin tercih edildiği bu yaklaşıma özellikle imar planı değişikliklerinin uyumsuzluğa konu olduğu kararlarda rastlanır. İdarenin, imar planı değişiklikleri açısından, önceki ve sonraki tercihleri arasındaki dönüşümün bariz olması; kamu yararlarından birinin seçilerek yaşatılması diğerinin ise en azından ilgili parsel yahut kararın alındığı zaman bakımından rafa kaldırıldığını net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Danıştay'ın, imar planında fonksiyon değişikliği getiren idari kararların yargısal denetiminde, İdarenin makul tercihlerine öncelik ve geçerlilik tanıdığı bir yaklaşım benimsediğine çalışmanın birinci bölümünde değinmiştik. Bu kapsamdaki kararları dar anlamda üstün kamu yararının tipik örneklerini oluşturmaktadır. Örneğin; konut alanında bölge otopark alanı işlevi getirilmesi²⁷⁸, park ve spor alanı olarak belirlenen parselde yol kullanım kararı getirilmesi²⁷⁹, çocuk bahçesi fonksiyonunun sağlık ocağı işlevine dönüştürülmesi²⁸⁰ yönündeki idari işlemlerin tümünde kamu yararları arasında bir seçim yaparak sadece birinin gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır.

Zamanla birlikte ihtiyaçlar da değişebileceğinden kimi durumlarda İdarenin önceki seçimine artık ihtiyaç kalmamış olabilir. Kimi durumlarda ise ihtiyaç

²⁷⁸ Danıştay 6. D., E. 2015/8272, K. 2018/427, T. 22.01.2018, Lexpera. Bkz. Çalışmanın, “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları” başlığı altında incelediğimiz karar.

²⁷⁹ Danıştay 6.D., E. 2015/4188, K. 2016/1070, T. 10.3.2016, Lexpera. Bkz. Çalışmanın, “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları” başlığı altında incelediğimiz karar.

²⁸⁰ Danıştay 6.D., E. 1995/5161, K. 1996/1464, T. 25.3.1996, Kazancı. Bkz. Çalışmanın, “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları” başlığı altında incelediğimiz karar.

güncelliğini korumasına rağmen her iki kamu yararını sürdürmek maddi ve teknik bakımdan imkânsız olabilir. Örneğin aynı parsel üzerinde hem ilkokul alanı hem ulaşım yolu kararı getirmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda mecburen yarışan/çatışan yararlardan sadece biri tercih edilerek dar anlamda üstün kamu yararı gerçekleştirilmiş olacaktır. Fakat aynı parsel ya da taşınmaz üzerinde bağdaşabilir yararlanmalara birlikte yer verilmesi imkânı varsa, bir başka anlatımla, birlikte kamu yararı gerçekleştirilebiliyorsa; bu yaklaşıma öncelik vermek, ölçülülük ilkesine daha uygun olacaktır. Dolayısıyla spektrumun iki ucunda yer alan “birlikte kamu yararı” ve “dar anlamda üstün kamu yararı” kademeleri, teknik ve fiili imkânsızlık bulunmaması durumunda sadece bir yaklaşım farkını ifade etmektedir. Bu sebeple, “dar anlamda üstün kamu yararı” ile “birlikte kamu yararı” arasında nedensellik bulunduğunu söyleyebiliriz. İdare ve yargı yerleri birlikte kullanımlara yer vermedikçe dar anlamda üstün kamu yararı örnekleri çoğalacaktır.

Dar anlamda üstün kamu yararı örneklerine rastladığımız ikinci durum ise, yarışan/çatışan kamu yararlarından birinin özelliği gereği mutlak anlamda korunması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Bu konuya örnek olarak, Fırtına Deresi Vadisi üzerinde yapılması planlanan Çamlıhemşin Regülatörü ve HES projesine ilişkin karar²⁸¹ incelenebilir. Olayda, davacı şirket ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında Çamlıhemşin Regülatörü ve Hidroelektrik Santralinin kurulması ile işletilmesi ve üretilen elektrik enerjisinin TEDAŞ AŞ’ne satışına ilişkin imtiyaz sözleşmesi imzalanmış; sözleşme gereği Elektrik Satış Anlaşması imzalanması için davalı İdareye yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine söz konusu dava açılmıştır. Uyuşmazlığı inceleyen Danıştay 10. Dairesinin kararında yer alan bilgilerin, öncelikli kamu yararı ile dar anlamda üstün kamu yararı arasındaki kademeyi göstermesi bakımından adım adım incelenmesi gerekmektedir. Kararda öncelikle ÇED süreci kapsamında bilgisine başvurulmuş ve Fırtına Deresi Vadisi üzerinde HES kurulmasını uygun bulmayan Çevre Bakanlığına bağlı Çevre Koruma Genel Müdürlüğü ve Tarım ve Köyişleri Bakanlığı değerlendirmelerine yer verilmiştir:

²⁸¹ Danıştay 10.D., E. 2001/2628, K. 2003/5289, T. 22.12.2003, Kazancı. Söz konusu projeye ilişkin davacı şirketin imtiyaz sözleşmesinin bazı maddelerinde değişiklik talebinin zımnen reddi üzerine açılan davada, aynı gerekçeyle aynı yönde verilen karar için bkz. Danıştay 10.D., E. 2001/598, K. 2004/5220, T. 28.5.2004, Lexpera.

“...Çevre Koruma Genel Müdürlüğüne; Fırtına Havzasının canlı ve cansız doğal kaynaklar ile kültürel değerler açısından doğal tahribata maruz kalmamış en hassas ve nadir ekosistemlerden olduğu, ormanlar; sahip olduğu özellikler ve çeşitlilik dolayısıyla ılıman iklim kuşağı yağmur ormanları niteliği taşıdığı , Ülkemizin taraf olduğu Bern Sözleşmesine göre koruma altında olup Avrupa Konseyi'nce özel önem verilen Su Samuru'nu barındırdığı, Fırtına Deresi' nin sucul ekosistem olarak özellik arz ettiği, endemik balık türlerini içerdiği, Dünya'da İsveç ve İskoçya dışında Deniz Alası adlı balığın yalnızca ülkemizde bu havzada görüldüğü, aynı zamanda 27.12.1996 tarihinde taraf olduğumuz Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi gereğince Fırtına Vadisinde biyolojik çeşitliliğin sağlanmasının taahhüt edildiği, Kültür Bakanlığı Trabzon Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu M Müdürlüğüne 1. ve 3. derece doğal sit alanı ilan edilen Fırtına Vadisinden ağaç kesimi, bina inşaatı, yol açılması uygulamalarının durdurulmasına yönelik karar verildiği belirtilmek suretiyle Fırtına Deresi üzerinde ikinci bir hidroelektrik santralinin yapılmasının uygun bulunmadığı bildirilmiştir.

Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca yapılan değerlendirme ile de, Fırtına deresinin yok olması sınırına gelen endemik türler arasında bulunan Deniz Alabalığı'nın üreme ve yaşama alanı olduğu, uluslararası alanda korunan türler arasında bulunduğu, bu dere üzerinde ikinci bir hidroelektrik santralinin kurulmasının uygun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. ...”

Ardından, aynı havzada kurulması planlanan Dilek-Güroluk HES yapım ve işletim faaliyeti için verilen ÇED olumlu kararının üstün kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle iptal edildiği ve bu iptal kararının uyuşmazlık konusu taşınmazların I., II. ve III. Derece doğal sit alanında kalmaları nedeniyle enerji santrali yapımına olanak bulunmadığından bahisle onandığına ilişkin yargı kararlarına yer verilmiştir. Kararın devamında ise, Dilek-Güroluk HES projesine ilişkin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurullarınca alınan kararlara yer verilmiştir. Trabzon Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu ilk etapta, Fırtına Deresi Vadisinin sit alanı olarak tespit edildiği ancak söz konusu projenin “(alanın) doğal sit karakterine zarar vermemesi nedeniyle ilgili ekolojik, jeolojik ve endemik flora ve faunaların korunmasına yönelik raporların desteğinde hazırlanacak projelerin Kurulda onaylanmasından sonra yapılabileceğine” karar vermiştir. Aynı Kurul’un sonraki tarihli bir başka kararında, bölgede öngörülen HES projesinin; Fırtına Deresinde yaşayan denizalası balığının popülasyonunun, bölgenin flora ve faunasının, topoğrafik özelliklerinin korunması için tüm önlemlerin alınması ve ÇED sürecinde ilgili kurumların onayının alınması şartıyla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. İleri tarihli bir başka kararda ise, daha önceden incelenerek yapılabileceğine karar verilen Dilek-Güroluk HES projesinin ancak koruma amaçlı imar planı yapılmasından sonra incelenebileceği ve bölgedeki tüm çalışmaların durdurulması gerektiği kararlaştırılmıştır.

Dilek - Güroluk HES projesinin hukuki dayanağını oluşturan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ilke kararının iptali istemiyle açılan davada ise, *“Ülke çıkarları açısından yapılmasında zorunluluk olduğu İlgili Bakanlıkça belirlenmek koşuluyla I. II. ve III. derece doğal sit alanlarında korumaya yönelik 1/25.000. ölçekli çevre düzeni planı ve/veya 1/5000 ölçekli nazım plan kapsamında plan yapılamadığı hallerde yapılacak tespit çerçevesinde ilgili koruma kurulunca uygun görüleceği şekliyle çevreye zarar vermeyecek enerji santralleri yapılabileceği”*ni öngören ilke kararının I., II. ve III. derece doğal sit tanımına aykırı olduğu gibi bu alanların koruma koşulları göz ardı edilerek doğal yapısının bozulmasına yol açabileceği gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Çamlıhemşin HES projesine ilişkin uyuşmazlıkta yukarıda yer verilen tüm bu bilgiler ışığında Danıştay, Fırtına Deresi Vadisinde HES projesi gerçekleştirmenin mümkün olmadığı dolayısıyla elektrik üretimi yapılamayacağından davalı İdarenin Elektrik Satış Anlaşmasını imzalamayı reddetmesini hukuka aykırı bulmamıştır.

Kararda yer verilen Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu kararları ve yargı kararları, öncelikli kamu yararı ile dar anlamda üstün kamu yararı arasındaki gelgitleri gösterir mahiyettedir. İdarenin gerekli önlemlerin alınarak çevreye zarar vermeyecek elektrik santrallerinin yapılması yönünde aldığı -öncelikli kamu yararı kapsamında değerlendirilebilecek- kararı, idari yargı yerinin doğal sit alanına ilişkin hukuki tavsifi sonucu dar anlamda üstün kamu yararına dönüşmüştür.

Dar anlamda üstün kamu yararına örnek bir başka karar ise, Danıştay 6. Dairesinin E. 2011/4773, K. 2014/7690, T. 26.11.2014 künyeli kararıdır²⁸². UNESCO tarafından Türkiye’nin ilk ve tek dünya biyosfer rezervi ilan edilen “Camili Biyosfer Rezerv” alanını da kapsayan bölgede HES kurulabilmesi için nazım ve uygulama imar planı yapılmasına ilişkin Artvin İl Özel İdaresi Genel Meclisinin kararına karşı açılan iptal davasında Danıştay, vadinin ekosistemine verilecek telafisi mümkün olmayan zararlara vurgu yaparak elektrik enerjisinin başka şekilde de üretilbileceğini belirterek üstün kamu yararının vadinin korunmasında olduğuna karar vermiştir:

²⁸² Söz konusu karar, çalışmanın “Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi” başlığı altında incelenmiştir.

“... elektrik üretilmesinde genel olarak kamu yararı olduğu kabul edilebilir ise de, vadede somut proje ile elektriğin üretilecek olmasının sosyal hayata, o vadinin ekosistemine, canlı yaşamına vereceği onarımı mümkün olmayan zararlar nedeni ile gözetilmesi gereken üstün kamu yararı, söz konusu vadinin korunmasıdır. Zira elektrik başka şekilde de üretilbilir ama UNESCO tarafından Türkiye'nin ilk ve tek 'dünya biyosfer rezervi' ilan edilen bu vadinin korunmasının daha önemli olduğu kuşkusuzdur.”

Dar anlamda üstün kamu yararı örneği olabilecek bir başka uyumsuzluk ise Danıştay 6. Dairenin E. 2010/12365, K. 2014/1613, T. 4.3.2014 künyeli kararıdır²⁸³. İzmir ili Aliaga ilçesi Nemrut Körfezi'nde yapılması planlanan liman projesine ilişkin söz konusu davada, “Mutlaka yapılaşmaya açılması gerekmeyen kıyı çok değerli doğal özellikler göstermekte, plaj, falez, ada gibi bir daha üretilmesi olanaklı olmayan öğeleri kapsamaktadır. Karşılaştırmalı üstünlükler (comparative advantage) açısından bu özelliklerin yok edilmesini gerektirecek bir üstün kamu yararından söz edilmesi mümkün değildir.” görüşü yer alan bilirkişi raporu hükme esas alınarak dava konusu imar planının iptaline karar verilmiştir. Dolayısıyla Danıştay, suni olarak üretiminin mümkün olmadığı doğal güzelliklerin korunmasında üstün kamu yararı bulunduğunu belirterek yarışan/çatışan kamu yararlarından sadece birisini seçip diğer kamu yararının uyumsuzluk konusu alan bakımından gerçekleştirilemeyeceğine karar vermiş olmaktadır.

²⁸³ Söz konusu karar, çalışmanın “Sürdürülebilir Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Arasında Denge Arayışı: Risk Analizi” başlığı altında incelenmiştir.

SONUÇ

Çalışmamızda, birden fazla kamu yararının yarıştığı ya da çatıştığı hallerde uyuşmazlığın çözümünde yer verilen üstün kamu yararı kavramının Türk yargı kararları tarafından ortaya konan anlamı, kapsamı, işlevi ve en önemlisi üstün kamu yararının belirlenmesine yönelik getirilen kriterleri esas alarak bu hususları teorik bir çerçevede ele almaya çalıştık.

Belirtmek gerekir ki, yargı organlarından önce birden fazla kamu yararı arasında karar vermek zorunda kalan, işlemin yapıcısı konumundaki İdaredir. Bu durumla karşı karşıya kalan İdare, mümkünse önceliği yarışan/çatışan kamu yararlarını bağdaştırmaya vermelidir. Bunun mümkün olmaması halinde İdare, mecburen bir tercihte bulunacaktır. İdarenin tercihi doğrultusunda tesis ettiği idari kararın yargısal denetiminde ise idari yargı yerleri, üstün kamu yararı kavramını kullanarak yarışan/çatışan kamu yararları arasında bir değerlendirme yapmaktadır. İdari yargı yerlerinin, üstün kamu yararı kavramını kullanarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturduğu bu halde; takip edilen yargılama yönteminin tutarlı olup olmadığını ortaya koyacak en iyi metodun, yargı kararlarının gerekçelerinin tasnife tabi tutulması olduğunu düşünüyoruz.

Bu doğrultuda yapılan ayrımında, Danıştay'ın üstün kamu yararına ilişkin kararlarının dört temel gruptan oluştuğu saptanmıştır. Birinci grubu, Danıştay'ın somut olay karşısında kriter koyarak, yarışan kamu yararlarını değerlendirdiği kararları oluşturmaktadır. Karar gerekçeleri incelendiğinde Danıştay'ın “öncelikli veya acil ihtiyaç” ile “faaliyetin niteliği ve özelliği” kriterlerini kullanarak değerlendirmede bulunduğu tespit edilmiştir. “Öncelikli veya acil ihtiyaç” kriterinde sadece Danıştay'ın yargısal nitelikte kararlarına değil; hangi İdarenin daha fazla ihtiyacı olduğunu tespit ederken kriteri kullandığı idari nitelikteki idareler arası mal devri kararlarına da kıstasın içeriğini oluşturmak bakımından zenginlik sağladığı için yer verilmiştir.

Kamu yararlarının değerlendirmesinde kullandığı tespit edilen ikinci kriter ise, “faaliyetin niteliği ve özelliği”dir. Danıştay bu kriteri kullanarak bazı hizmetlerin üstün kamu yararı taşıdığına karar vermektedir. Özellikle sağlık ve demiryolu ulaşımı

faaliyeti bakımından yıllardır süregelen içtihadı istikrar kazanmıştır. Benzer şekilde, eğitim hizmetinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda da bu kriteri kullanmaktadır. Danıştay’ın kriteri kullandığı kararları incelendiğinde görülmektedir ki, bir hizmetin “üstün kamu yararı” taşıması; “kamu hizmeti” olmasından ziyade yürütülen faaliyetin niteliği ve özelliğine atfedilen önem sebebiyledir. Sağlık hizmetine ilişkin kararlarında faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesini aramadığı açıkça görülmektedir. Benzer yaklaşımı eğitim hizmetine ilişkin kararlarında da sürdürdüğü söylenebilir. Örneğin, Danıştay, özel eğitim merkezi ve kent müzesi arasındaki kamu yararı çatışmasında üstün kamu yararının eğitim merkezi lehine olacağını belirtirken, faaliyetin kamu hizmeti olmasından ziyade eğitim faaliyetinin kendisine atfedilen bir durum söz konusudur. Kriteri sıklıkla kullandığı ve “tek el kamu hizmeti” olmasına yaptığı vurgu bakımından demiryolu ulaşımı faaliyetine ilişkin kararlar için de benzer bir sonuca ulaşılabilir. Nitekim demiryolu faaliyetinin tek el kamu hizmeti olarak yürütülmesi siyasi bir tercih olup yasa koyucunun iradesiyle demiryolu sektörünün serbestleştirilmesine karar verilebilir. Fakat her hâlükârda demiryolu ulaşımının stratejik önemi ve ekonomik etkisi dikkate alındığında, tek el kamu hizmeti olarak yürütülmediği ihtimalde dahi faaliyetin üstün kamu yararı taşıdığı söylenebilecektir.

Danıştay’ın kamu yararlarının yarışması meselesini somut olay karşısında kriter koyarak çözdüğü duruma ilişkin ulaşılan diğer bir sonuç ise, idari yargı yerinin bu yaklaşımda tıpkı bir idari karar alıcı gibi hareket ederek üstün kamu yararının belirlenmesinde aktif bir rol oynadığıdır.

Danıştay’ın yargısal nitelikteki kararları üzerinden yaptığımız ayrımda ikinci gruba, “Makul Olması Koşuluyla İdarenin Tercihlerine Öncelik ve Geçerlilik Veren Danıştay Kararları” oluşturmaktadır. Danıştay’ın bu grupta yer alan kararları çoğunlukla imar planlarının yargısal denetimine ilişkindir. Mahkeme, dava konusu işlemin üstün kamu yararı gözetilerek ölçülü bir şekilde tesis edilip edilmediğini anlamak için bilirkişi incelemesine başvurmuştur. Eğer şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı değilse, tesis edilen işlemi “makul” kabul etmekte ve İdarenin tercih etmediği “daha iyi” seçenekleri değerlendirmeye almamaktadır.

Bu bağlamda Danıştay’ın, üstün kamu yararının belirlenmesinde İdarenin en iyi sonuç veren seçeneği tercih etmesini beklemediği görülmektedir. Başka bir

anlatımla, “şehircilik ilkeleri ve planlama esasları”nı bir eşik olarak kullanmakta ve eğer bu eşik aşılyorsa işlemi hukuka aykırı görmemektedir. Birinci gruptaki kararları ile kıyaslandığında görölmektedir ki, Danıştay muhtemel olarak yerindelik denetimi sınırını aşmaya çekinerek yarar-zarar tartımı yapmaktan kaçınmakta ve İdarenin üstün kamu yararı olarak belirlediği seçimi hukuka uygun bulmaktadır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, kriter koyarak tesis ettiği kararlarındaki “aktif” rol, bu kararlar bakımından yerini “denetleyici” bir role bırakmaktadır.

Birinci ve ikinci grupta yer alan kararlarının kıyaslanmasıyla elde edilecek bir başka sonuç ise, Danıştay’ın her zaman, İdarenin makul tercihlerine öncelik ve geçerlilik tanıdığı kararlarındaki gibi kendine koyduğu “sınır”ın yerindelik denetimi ihtimalinden kaçındığı tarafında durmadığı; kendi koyduğu kriterlerle gerekçe oluşturduğu kararlar bakımından kimi zaman sınırın zorlandığı, hatta diğer tarafına geçtiği de görölmektedir.

Üçüncü grupta ise, üstün kamu yararını belirlemede sebep ve şartların doğrudan kanun koyucu tarafından kanun ile belirlendiği hallerde Danıştay’ın gerçekleştirdiği yargısal denetime ilişkin kararlar yer almaktadır. Kanun koyucu Anayasa tarafından koruma altına alınan orman, kıyı, tarımsal arazi vb. alanların olduğu gibi muhafaza edilmelerini tehlikeye düşürmeden daha üstün kamu yararı taşıdığını düşündüğü durumları kanunda düzenleyerek İdarenin bu konuda belirleyeceği üstün kamu yararının sebebini ve şartlarını belirlemiş olmaktadır.

Üstün kamu yararının kanundan kaynaklanan sebep ve şartlarının kanunla düzenlenmesinin iki önemli hukuki sonucu bulunmaktadır. Birincisi, Anayasa tarafından korunmasında kamu yararı görölen alanların ancak kanunda sayılan sınırlı hallerde başka bir faaliyete tahsisine imkân tanınmaktadır. Dolayısıyla kanunda sınırlı olarak sayılanlar haricinde İdarenin gerçekleştirmek istediği her kamusal faaliyet ya da yatırım bakımından tahsisin olduğu gibi korunması üstün kamu yararı niteliğindedir. İkinci sonuç ise, İdare ve idari yargı yerleri tarafından kanunda öngörölenler dışında sebep ihdas edilemeyecek olmasıdır.

Üçüncü grubu oluşturan kararlar bakımından üstün kamu yararı değerlendirmesi açısından önem teşkil eden bir diğer mesele ise İdareye belirsiz

kavramlarla tanınan takdir yetkisinin Danıştay tarafından nasıl bir denetime tabi tutulacağıdır. Bu kapsamda Danıştay'ın kanun koyucunun iradesine uygun olarak aradığı üç kriter tespit ettik. Danıştay kanunda öngörülen sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edebilmek için kamusal ihtiyaç ve zaruret halinin somut olarak ortaya konmasını aramaktadır. Eğer İdare ihtiyacını somut olarak ortaya koyabilmişse kanunda öngörülen şartların yerine getirilip getirilmediğini denetlemektedir.

Bu kapsamda ikinci bir kriter olarak kanun hükümlerinde sıklıkla, gerçekleştirilecek kamusal faaliyet ya da yatırım için İdare tarafından teknoloji ve yer seçimine ilişkin alternatiflerin araştırılması yükümlülüğü getirilmektedir. Danıştay, İdarenin bu yükümlülüğü biçimsel olarak yerine getirmesini kabul etmemekte alternatiflerin tam ve doğru şekilde araştırılarak başka seçenek yoksa tahsis değişikliğini hukuka uygun bulmaktadır.

Üçüncü ve son kriter ise Danıştay'ın yoğun bir biçimde yarışan kamu yararları arasında yarar-zarar tartımı yapabileceği risk analizi kısmıdır. Danıştay'ın bu başlık altında incelenen kararlarında, çevre sağlığına etkileri dolayısıyla Çevre Kanunu'na tabi olduklarından gerçekleştirilmesi planlanan kamusal faaliyet ya da yatırımın “ekonomik getirisi” ile “çevre ve insan sağlığı üzerindeki etkileri”; sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri arasında bir dengeleme yapılarak karşılaştırılmaktadır. Danıştay, faaliyetin çevreye verebileceği zararın bilirkişi incelemesi suretiyle tespit edilmesini aramakta aksi durumu bozma sebebi saymaktadır. Çevreye verilebilecek zarar telafi edilemez nitelikte ise Danıştay ilgili projenin hayata geçirilmesini hukuka aykırı bulmaktadır. Eğer çevreye verilebilecek zarar telafi edilebilir nitelikteyse kanunda gerekli önlemlerin alınmasına ilişkin öngörülen prosedürün tamamlanıp tamamlanmadığını inceleyerek karar vermektedir.

Danıştay'ın üçüncü grupta yer alan kararları bakımından çıkarılabilecek bir diğer sonuç şudur: Bu halde üstün kamu yararının sebep ve şartları doğrudan kanunla belirlendiği için öncelikle İdarenin, ilk iki grupta yer alan kararlara konu olan idari işlemlere nazaran üstün kamu yararını belirlemek bakımından tasarruf yetkisi daha fazla kayıtlanmış durumdadır. Ancak bu noktada bir parantez açmak gerekir. Kanun koyucu üstün kamu yararının dayanağı kanuni sebepleri gittikçe daha belirsiz

kavramlarla ve İdareye daha geniş takdir yetkisi tanıyarak düzenlemektedir. Bu durumun en tipik örneğini, Anayasa tarafından koruma altına alınan alanlarda tahsis amacı dışında yararlanmalara imkân tanıyan sebeplere “kamu yararı kararı” alınması hükmünün kanuna eklenmesi oluşturmaktadır. İdareye geniş takdir yetkisi tanıyan kanuni sebeplere dayanarak belirlenen üstün kamu yararının yargısal denetiminde, idari yargı yerleri kritik bir rolü haizdir. İdari yargı yerleri, kanuni sebeplerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini incelerken ilgili hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan anlamından yararlanarak bir değerlendirme yapabilir.

Üçüncü grupta yer alan kararlar irdelendiğinde çıkarılabilecek diğer bir sonuç, üstün kamu yararının kanuna dayanarak belirlendiği hallerde ilk iki gruptaki uyuşmazlık konusu idari kararların “belirleyicileri”nden farklı olarak yasama organının devreye girmesidir. İdare, kanun koyucu tarafından belirlenen sınırlı sayıdaki sebepler dışında üstün kamu yararı belirlemesi yapamayacaktır. Bir nevi, kanun koyucu, sebep olarak yer vermediği her ihtiyaç/faaliyet/yatırım bakımından muhtemel yarışma ve çatışmaları önceden çözüme kavuşturmuş olmaktadır. Üstün kamu yararının kanuna dayanılarak belirlendiği hallerde İdarenin gücü ise, kendisine tanınan takdir sahası çerçevesinde hukuk kuralları içinde yer ve zaman bakımından “harekete geçme” serbestisine sahip olmasıdır. Bu kapsamda yer alan idari kararların yargısal denetiminde, idari yargı yerlerinin kanunda yer alan sebep ve şartlar çerçevesinde değerlendirme yapacak olması hem kamu yararları arasında yapılacak yarar-zarar tartımını objektifleştirmekte hem üstün kamu yararı bakımından tutarlı içtihatların oluşturulması imkânına zemin hazırlamaktadır.

Gerekçelerinden hareketle oluşturduğumuz son grupta ise, özelleştirme uygulamalarına ilişkin üstün kamu yararı kavramına değinen az sayıda Danıştay kararı yer almaktadır. Bu kapsamda, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un amaç maddesine uygunluk üzerinden yargısal denetim yapılırken kavrama yer veren kararlar incelenmiştir. Danıştay’ın söz konusu kararlarında kamu yararları arasında değerlendirme yapmaktan ziyade İdarenin ekonomik alanda almış olduğu kararın unsurları ve özellikle sebep unsurunun ispatına yönelik bir inceleme yaptığı düşünülmektedir.

İdari yargı yerlerinin üstün kamu yararının tespitinde neredeyse her dosyada bilirkişi incelemesine başvurusu ve Danıştay'ın da söz konusu davalarda bilirkişi incelemesi yaptırılmamasını/eksik yapılmasını bir bozma sebebi sayması nedeniyle çalışma konumuz bakımından bilirkişinin rolünü ayrıca ele aldık. Bu hususu incelediğimiz başlık altında yer verdiğimiz kararlar göstermektedir ki, idari yargı yerleri kamu yararları arasında değerlendirme yapmadan önce yararları ve daha önemlisi zararları tespit edebilmek için bilirkişi incelemesine başvurmakta ve bilirkişi raporuyla elde ettiği verilerin hukuki analizini yaparak üstün kamu yararına ilişkin bir sonuca varmaktadır. Bu usulün takip edilmediği kararlar ise Danıştay tarafından bozulmaktadır. Üstün kamu yararının tespitinde bilirkişi incelemesine verilen bu önem, yargısal denetimin bilimsel esaslar ışığındaki verilerden hareketle objektif ve tutarlı içtihatların oluşmasına imkân tanımaktadır. Bu noktada, bilimsel görüşlerin yanlışlanabilirliği ya da zaman içerisindeki değişimi ve dönüşümü bakımından bir esneklik payı bırakılmalıdır. Bu hususta en kritik görev, bilirkişi raporunu sorularıyla yönlendirecek ve hazırlanan raporun hukuki analizini yapacak olan idari yargıca düşmektedir.

Üstün kamu yararını kanunun belirlediği hallerde ilgili kanun maddelerinin anayasal denetimi de kavramın gelişimi için büyük öneme sahiptir. Anayasa Mahkemesi kararları zaman boyutuyla incelendiğinde E. 2000/75, K. 2002/200, T. 17.12.2002 künyeli iptal kararının gerekçelerinin sonraki tarihli kararlarında etkili olduğu ve tartışmanın bu kararda ortaya koyulan kriterlerin dava konusu hükümler bakımından yorumlanması üzerinden ilerlediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin ilk kriteri, Anayasa tarafından koruma altına alınan alanların tahsis değişikliğine sebep olacak kamusal faaliyet ya da yatırımın zaruret koşulunu sağlaması gerektiğidir. İkinci kriter, kamusal faaliyet ya da yatırımın kamu yararı taşımasıdır. Bu kapsamda, herhangi bir kamu yararının varlığının mı yoksa koruma altındaki alanların olduğu gibi muhafaza edilmelerinden daha büyük bir kamu yararının bulunmasının mı gerekli olduğu tartışılmıştır. Çoğunluk görüşü, kamu yararının varlığını yeterli görmektedir. Üçüncü kriter ise, Devlete ödev olarak yüklenen koruma yükümlülüğünün kanunda öngörülen hukuki güvenceler ile yerine getirilmesidir. Kanunda öngörülen hukuki güvencelerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin

ortaya koyduğu yaklaşım şu bakımdan önem taşımaktadır: Hukuki güvencelerin Anayasa tarafından öngörülen korumayı sağlayıp sağlamadığı meselesi, istisnanın tahsisle bağdaşabilirliğini ve tahsisi tehlikeye düşürüp düşürmediğini de denetleme imkânı sunmaktadır. Fakat Anayasa Mahkemesinin kararları incelendiğinde hukuki güvencelerin isabetine ve yeterliliğine ilişkin tatmin edici değerlendirmelerin yapılmadığı görülmektedir.

Danıştay'ın karar gerekçelerinden çıkardığımız önemli bir sonuç ise, üstün kamu yararının tespiti meselesinde geliştirdiği yargılama formülünün farklı yoğunluk dereceleri içerdiğiidir. Çalışmanın birinci bölümünde Danıştay'ın gerekçelerinden hareketle yaptığımız ayrımın, bu argümanı temellendirmede esas olabileceği kanaatindeyiz. Bu sayede, üstün kamu yararı kavramının, idari tasarrufların hukuka uygunluk denetiminde üstlendiği işlev de ortaya konmuş olacaktır.

Bu farklı yoğunluktaki denetimlerin, Fransız idari yargısının takdir yetkisinin denetiminde geliştirmiş olduğu üç dereceli yargılama yöntemi ile bağdaştırılarak ele alınabileceği düşüncesiyle şu değerlendirmelere varmaktayız:

Danıştay'ın somut olay karşısında kriter koyduğu kararlarında daha önce ifade ettiğimiz üzere tıpkı bir İdare gibi hareket ederek yarar-zarar tartımı yaptığı ve bu suretle üçüncü derecedeki azami denetimi gerçekleştirdiği söylenebilir.

Makul olması koşuluyla İdarenin tercihlerine öncelik ve geçerlilik veren Danıştay kararlarında ise, ikinci derecedeki normal denetimi uyguladığı söylenebilir. Danıştay'ın bu grupta yer alan kararlarında, dava konusu işlemin bilirkişi raporuyla şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı olmadığı tespit edilirse, İdarenin yarar-zarar dengesini dikkate aldığı ve işlemin ölçülü olduğu kabul edilmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde de değindiğimiz üzere, Danıştay, özellikle sosyal ve teknik alt yapı alanlarının kendi içerisinde getirilen kullanım kararları değişikliklerini, *“sosyal ve teknik altyapı tanımı kapsamındaki iki işlevden birisinin diğerine üstün kamu yararı görüşü doğrultusunda seçimi”* olarak nitelendirdiğini kararlarında vurgulamaktadır.

Danıştay'ın üstün kamu yararını kanunun belirlediği hallerde takip ettiği yargısal denetime ilişkin yukarıda değindiğimiz sonuçlar ışığında, bu kapsamda yapmış olduğu yargısal denetimin ikinci derecedeki normal denetime karşılık geldiği söylenebilir.

Üstün kamu yararının Türk İdare Hukukunda tespit edebildiğimiz ikinci işlevi ise, kamu malından en iyi yararlanmayı sağlamasıdır. Özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarıyla gündeme gelen boyutu, kamu malından yararlanma anlayışlarında ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar bakımından gerçekleşen değişikliğin üstün kamu yararı tercihlerine de yansımalarıdır.

Çalışma kapsamında, Danıştay'ın kararlarından soyutlama yaparak ulaştığımız bir diğer önemli sonuç ise, her biri üstün kamu yararı olarak ifade edilen fakat yarışma/çatışmanın çözümlenmesi aşamasında farklı yoğunlukta müdahalelere uğrayan birden fazla üstün kamu yararı hallerinin bulunduğu tespit edilmesidir. Söz konusu üstün kamu yararı halleri en az müdahaleden en çok müdahaleye olacak şekilde “birlikte kamu yararı”, “baskın kamu yararı”, “öncelikli kamu yararı” ve son olarak “(dar anlamda) üstün kamu yararı” şeklinde bir kademelenmeye tabi tutularak bir kavramsal ayrıştırmaya gidilmiştir. Yarışan kamu yararlarının mümkünse bağdaştırılması, her iki kamu yararını da sürdürebilecek şekilde farklı yoğunlukta kullanımlara imkân getirilmesi eğer bu da mümkün değilse son çare olarak aralarından birinin tercih edilmesi şeklindeki bu kavramsal ayrışma, somut olay örnekleriyle temellendirilmeye çalışılmıştır. Söz konusu kavramsallaştırma denemesinin yarışan, çatışan, karşılaşan kamu yararları arasında değerlendirme yapılırken idari karar alıcılar ve yargı yerleri bakımından bir yelpaze sunması ümit edilmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Danıştay yarışan veya çatışan kamu yararları arasında değerlendirme yapmaktan çoğu zaman kaçınmamakta ve isabetli veya isabetsiz, yeterli veya yetersiz olsun bir yargılama formülü geliştirmiş gözükmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin: “Gökova Kararı Üzerine Gözlemler”, **AİD**, C. 19, S. 3, Eylül 1986, s. 157-161.
- Akıllıoğlu, Tekin: “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **AİD**, C. 24, S. 2, 1991, s. 3-15.
- Aksoylu, Özge: “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması: Danıştay ve Conseil d’Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **GSÜHFD**, 2011/2, s. 139-253.
- Alan, Nuri: “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, (Ankara 10-11-12 Haziran 1982), Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, 1982, s. 31-61.
- Alexy, Robert: **A Theory of Constitutional Rights**, Çev. Julian Rivers, New York, Oxford University Press, 2010.
- Arat Özkaya, Nilay: **Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi: “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul, Beta, 2015.
- Aşçıoğlu, Çetin: “Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları”, **Bilirkişilik Sempozyumu**, 9-10 Kasım 2001, Ankara, Şen Matbaa, 2001.
- Ayaydın, Cem: **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Azrak, Ali Ülkü: “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, **İHİD**, C. 6, S. 1-3, 1985, s. 17-28.

- Bal, Eylem: “İdari Yargının Üç Temel Bileşeni Olarak; Kamu Yararı, Planlama Esasları ve Şehircilik İlkeleri”, **Planlama Dergisi**, 2006/3, s. 27-33.
- Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukukuna Giriş I**, Ankara, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Çakmak, N. Münci: **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Ankara, Seçkin, 2013.
- Doğanay, Ümit: “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, **Mimarlık Dergisi**, Y. 12, S. 7, 1974, s. 5-6.
- Duran, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Düğer, Sırrı: **Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi**, Ankara, Yetkin, 2019.
- Erkut, Celal: **Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996.
- Gençay, Gökçe: “Ormancılıkta Kamu Yararı”, **İÜOFD**, C. 60, S. 1, 2010, s. 38-49.
- Gülan, Aydın: “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, s. 23-33.
- Gülan, Aydın: İstanbul Üniversitesi 2017-2018 Akademik Yılı İdari Yargılama Hukuku Ders Notları, (Yayınlanmamıştır).
- Gülan, Aydın: **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, İstanbul, Alfa, 1999.
- Gülan, Aydın: **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında**

- Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, İstanbul, Lamure, 2008.
- Güneş, Ahmet M.: **Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012.
- Gözler, Kemal: **Hukuka Giriş**, Güncellenmiş 17. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Temmuz 2020.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku Cilt I**, Gürsel Kaplan'ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Bursa, Ekin, 2019.
- Kaneti, Selim: “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 34-35, 1979, s. 7-19.
- Kara Kılıçarslan, Seda: **Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Karatepe, Şükrü: “İdarenin Takdir Yetkisi”, **TİD**, Y. 63, S. 392, Eylül 1991, s. 63-119.
- Kaya, Cemil: **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Kaya, Cemil: **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Keleş, Ruşen: “Kamu Yararı Üzerine”, **Bedia Akarsu Armağanı**, Haz. Betül Çotuksöken, Doğan Özlem, İstanbul, İnkılâp, 2000, s. 215-230.
- Mengi, Ayşegül/
- Duru, Bülent: “Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Kamu Yatırımları İçin Arazi Edinimi ve Kamulaştırma Sempozyumu -**

- Uluslararası Katılımlı**, 14-18 Haziran 2010, Ankara, s. 1-13.
- Mengi, Ayşegül: “Kamu Yararı ve Üstün Kamu Yararı”, **Kentsel Planlama Ansiklopedik Sözlük**, Der. Melih Ersoy, İstanbul, Ninova Yayıncılık, 2012, s. 173-174.
- Metin, Yüksel: **Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002.
- Oğurlu, Yücel: **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Oğuzman, Kemal/
Seliçi, Özer/
Oktay-Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Okay Tekinsoy, Özge: **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Ovalıoğlu, Selin: “Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı”, **Memleket Siyaset Yönetim**, C. 10, S. 24, Temmuz 2015, s. 124-146.
- Oytan, Muammer: “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı**, Ankara, Danıştay Matbaası, 1991, s. 149-158.
- Örücü, Esin: “Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri”, **İHİD**, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 243-254.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

- Özay, İl Han: Kent ve Çevre Davalarında Kamu Yararı Kavramı ve Uygulanmayan Mahkeme Kararları”, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Özer, Ahmet: “Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi”, **TİD**, Y. 64, S. 394, Mart 1992, s. 1-19.
- Rehbinder, Manfred: “Menfaatler Takdirinin Prensipleri”, Çev. Turgut Kalpsüz, **AÜHFD**, C. 26, S. 3, 1969, s. 271-287.
- Solmaz, Eren: **Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Şahin, Cenk: **Acele Kamulaştırma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Şahin, Cenk Y.: İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.
- Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Tan, Turgut: “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, **AİD**, C. 8, S. 2, 1975.
- Tekeli, İlhan: “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, **Planlama Dergisi**, S. 2, 1988, s. 6-13.
- Tolunay, Ahmet/
- Korkmaz, Mehmet: “Ormancılıkta Kamu Yararı ve Üstün Kamu Yararı Üzerine Analizler”, **SDÜFED**, C. 8, S. 1, 2004, s. 47-58.
- Uyanık, Halit: **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Yasin, Melikşah: **İdari Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

- Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, Tıpkı 2. Basım, İstanbul, Beta, 2010.
- Yıldırım, Turan: “İdari İşlemler”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 407-526.
- Yıldırım, Turan: “Madde 2 - İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” in Turan Yıldırım, Gül Fiş Üstün, **Açıklamalı – Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Çoğaltılmış Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Elektronik Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, (Çevrimiçi), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Çevrimiçi), <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>.

Lexpera, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr>.

Geray, Uçkun: “Belek’te Golf Alanları ve Turizm Tesisleri İçin Tahsis Edilen Alanlar Konusunda Bir Değerlendirme ve Üstün Kamu Yararı”, (Çevrimiçi), <https://www.forestoeconomics.org/yayin/belekgeray.pdf>, 13.12.2021.