

Aşağıdaki metin **Kemal Gözler, İdare Hukuku, Bursa, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2009, s.329-341**'den alınmıştır. Aşağıdaki metin PDF formatında olup kitabın bire bir aynısıdır. Adı geçen kitabın içindekiler kısmına ve tanıtım amacıyla konulmuş bazı bölümlerine ulaşmak için burasını tıklayınız.

Aynı metin adı geçen kitabın aynı yerde ve aynı yayınevinden **2003 yılında** yayınlanmış birinci baskısının ikinci cildinin 287-302'üncü sayfaları arasında da vardır.

Aşağıdaki metinden (s.336-337) görüleceği üzere Türkiye'de temel hak ve hürriyetlerin Anayasamızın 13'üncü maddesi uyarınca ancak kanunla sınırlanabileceği, oysa Türban takılmasını yasaklayan bir kanunun olmadığı, hatta bunu yasaklayan bir yönetmelik hükmünün dahi bulunmadığı, hukukumuzda Türban takılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığı, dolayısıyla Türkiye'de takılmasının serbest olduğu savunulmaktadır.

Bu sayfanın adresi: www.idare.gen.tr/turban.htm

Türkiye'de Başörtüsü ve Lâiklik Meselesi

Türkiye'de kamu kurumlarında ve özellikle üniversitelerde başörtüsü takılmasının lâiklik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği tartışılmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, bu tartışmayı yapanların birçoğu³⁷⁴, üniversite personelinin başörtüsü takmasıyla öğrencilerin başörtüsü takması arasında ayırım yapmamakta, bazıları başörtüsünün personel-öğrenci ayrımı yapmaksızın lâiklik ilkesine mutlak bir şekilde aykırı olduğunu veya uygun olduğunu savunmaktadır. Yukarıda açıkladığımız gibi kamu hizmetlerinde lâiklik ilkesini personel ve hizmetten yararlanan kullanıcılar bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

a) Personel Bakımından.- Kanımızca kamu kurumlarında kamu görevlilerinin ve özelde üniversitelerde öğretim elemanlarının başörtüsü takması, eğer başörtüsü bir dinsel inanışın dışı yansıtılması anlamına geliyorsa, kamu hizmetinde lâiklik ilkesine aykırıdır. Çünkü kamu hizmeti personeli bakımından lâiklik ilkesinin mutlak bir anlamı vardır. Personelin kesin bir tarafsızlık yükümlülüğü vardır. Bu hususları yukarıda açıkladığımız için bu noktaya tekrar değinmiyoruz.

Türkiye'de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa 12 Mayıs 1982 tarih ve 2670 sayılı kanunla eklenen “kıyafet mecburiyeti” başlıklı “ek madde 19” “devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kıyafet ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler” demektedir. Bakanlar Kurulu da memurların kıyafetini 16 Temmuz 1982 tarih ve 8/5105 sayılı kararıyla yürürlüğe koyduğu Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik³⁷⁵ ile düzenlemiştir. Bu yönetmeliğin 5'inci

374. Bunlardan İl Han Özyay'ı istisna tutmak gerekir. Yazar, türban sorununu personel ve öğrenciler için ayrı ayrı incelemektedir (Özyay, *op. cit.*, 1994, s.114-115).

375. *Resmî Gazete*, 15 Ekim 1982, Sayı 17849.

maddesinin a bendine göre, bayan memurların “görev mahallinde başı daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış” olacağı öngörülmüştür. Kanımızca bu düzenlemede hukuka aykırı bir yan yoktur. Bu düzenlemeye uymayan memurlara idare, uygun disiplin cezaları verebilir.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 27 Haziran 2000 tarih ve E.1998/5912, K.2000/4951 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, bir Tıp Fakültesinde santral memuresi olarak çalışan bir kişi, kılık kıyafet kurallarına uymayarak görevine başörtülü olarak gelmiş ve bunun üzerine bu memure Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11/b-1 maddesi hükmü uyarınca “ideolojik, siyasi, yıkıcı, bölücü amaçlarla eylemlerde bulunmak veya bu eylemleri desteklemek suretiyle kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak” suçunu işlediği gerekçesiyle kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmıştır. Bu cezaya karşı açılan iptal davasını Danıştay Sekizinci Dairesi reddetmiş ve bu memura verilen cezanın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir³⁷⁶. Söz konusu memurenin Bakanlar Kurulu tarafından 16 Temmuz 1982 tarih ve 8/5105 sayılı kararla yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin 6/a maddesini ihlâl ettiği tartışmasızdır. Bu nedenle bu memureye disiplin cezası verilmesi hukuka uygundur. Ancak, bu memurenin başörtüsü takmak şeklindeki fiilinin Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11/b-1 maddesi hükmünde öngörülen “ideolojik, siyasi, yıkıcı, bölücü amaçlarla eylemlerde bulunmak veya bu eylemleri desteklemek suretiyle kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak” suçu kapsamında değerlendirmek kanımızca güçtür.

b) Personelin Yakınları Bakımından.- Yukarıda açıkladığımız gibi kamu personelinin başörtüsü takması yasaklanabilir. Peki ama, personelin yakınlarının, örneğin eşinin, annesinin, kızının baş örtüsü yasaklanabilir mi? Bu soruya kanımızca olumsuz yanıt vermek gerekir. Kamu görevinden çalışan kişi, kamu personelinin yakını değil kendisidir; mutlak tarafsızlık yükümlülüğünde olan kişi de personelin yakını değil; personelin kendisidir. Keza kamu personelinin yakını kamu hizmeti ifa etmediğine göre, hizmetin gereklerinin personelin yakınının başı açık olmasını gerektirmesi mantık bakımından mümkün değildir. Kaldı ki, sadece personelden değil, personelin yakınına da birtakım yükümlülükler altında bırakmak modern hukuk anlayışıyla çelişki içindedir.

Ne var ki, bu konuda Türkiye’de tereddüt uyandıran uygulamaların olduğu duyulmaktadır. Özellikle subay ve astsubayların eşlerinin başörtülü olup olmadığı araştırıldığı, eşi başörtü takan subay ve astsubayların ayrımcılı-

376. Danıştay Sekizinci Dairesi, 27 Haziran 2000 Tarih ve E.1998/5912; K.2000/4951 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 104, s.415-418.

ğa tâbi tutulduğu, hatta bunların Yüksek Askerî Şura kararıyla ordudan ihraç edildiği yolunda söylentiler vardır. Keza orduevlerine subay ve astsubayların başörtülü eşlerinin alınmadığı yolunda haberler çıkmaktadır. Nitekim benzer bir konuda ilginç bir Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararı da vardır. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesinin 4 Ekim 2000 tarih ve E.2000/263, K.2000/621 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, bir emekli astsubay eşi için kimlik kartı müracaatında bulunmuş ve bu amaçla eşinin başörtülü fotoğrafını vermiştir. İdare de fotoğrafın başörtülü olması nedeniyle astsubayın eşine kimlik kartı verilmesini reddetmiştir. Bu işleme karşı açılan davada Askerî Yüksek İdare Mahkemesi başvuruyu reddetmiş, astsubayın eşine kimlik verilmemesinin hukuka uygun olduğuna karar vermiş ve gerekçe olarak şöyle demiştir:

“Dava dosyasında mevcut belge ve bilgilerin tetkikinden davacının eşinin mevzuat hükümlerine uygun bulunmayan fotoğraf vermesi nedeniyle kimlik kartı talebinin reddedildiği anlaşılacakla tesis edilen işlemde hukuka ve mevzuata aykırı bir yön bulunmadığı kabulü gerekmiştir”³⁷⁷.

Kanımızca yukarıdaki uygulamalar ve keza Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararı yukarıda açıkladığımız gerekçeyle isabetsizdir. Kamu hizmeti gereklerinin kamu personelinin eşinin başının açık olmasını nasıl gerektireceğini anlamak mümkün değildir.

c) Öğrenciler Bakımından.- Üniversite öğrencileri, kamu hizmetinin personeli değil, “kullanıcısı (*usager*)”dır. Yukarıda açıkladığımız gibi kullanıcılar, hak ve yükümlülükleri bakımından personele benzetilemez. Lâiklik ilkesi kullanıcıları mutlak olarak bağlamaz. Dolayısıyla sırf lâiklik ilkesi nedeniyle üniversite öğrencilerinin başörtüsü takması yasaklanamaz. Bununla birlikte *eğitim hizmetinin gerekleri* doğrultusunda öğrencilerin kıyafetleri de düzenlenebilir. Örneğin sınavlara giren öğrencilerin kimlik kontrolünün sağlıklı bir şekilde yapılması için, saçlarının olmasa da yüzlerinin tamamıyla açık olması istenebilir. Başörtüsüyle çenesini ve ağzını kapatan kız öğrenciden kimlik kontrolü yapılabilmesi amacıyla başörtüsünü ağzını ve burnunu kapatan kısmını açması istenebilir. Ancak ilgili öğrenci bunu yaptıktan sonra, kimlik kontrolü amacına ulaştığına, yani hizmetin gereği yerine geldiğine göre, öğrenci tekrar arzu ettiği şekilde yüzünü kapatabilir. Keza üniversitelerin beden eğitimi ve spor bölümlerinde öğrencilerden uygulamalı derslerde, yapılması gereken bedensel faaliyetin yapılması esnasında giyilmesi gereken elbiseyi giymesi ve bu arada faaliyet gerektiriyorsa başörtüsü takmaması istenebilir. Keza tıp fakültesi öğrencilerinin dersanelerde olmasa da laboratuvarlarda ve hastanede belirli bir şekilde giyinmesi, hatta hizmet gerektiriyorsa saçını, sakalını, tırnakların belirli şekilde kesmesi dahi istenebi-

377. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, 4 Ekim 2000 Tarih ve E.2000/263, K.2000/621 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 15, s.680.

lır. Ama tüm bu durumlarda güdülen amaç, *lâiklik ilkesinin değil, hizmetin gereklerinin sağlanmasıdır*. Bunların dışında üniversite öğrencilerinin başörtüsü takmalarında kanımızca kamu hizmetinde lâiklik ilkesine aykırı bir yan yoktur ve öğrencilerin başörtülerinin yasaklanması ve takanlara disiplin cezası verilmesi hukuka aykırı olur.

Ne var ki, Türkiye’de idarî pratik ve yargı içtihatları bu yönde gelişmemiştir. Üniversitelerde kız öğrencilerin başörtüsü takması yasaklanmış, takanlar üniversitelere sokulmamış, her nasılsa girenlere birtakım disiplin cezaları verilmiştir. Bu disiplin cezalarına karşı açılan davalarda Danıştay üniversitelerde başörtüsü takılmasının lâiklik ilkesine aykırı olduğuna, başörtüsünün yasaklanabileceğine ve dolayısıyla başörtüsü takan öğrencilere verilen disiplin cezalarının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Bu konuda iki de Anayasa Mahkemesi kararı vardır. Gerek Danıştay kararlarını, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarını aşağıda inceleyeceğiz. Ancak hemen belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın bu konuda verdiği kararlar isabetsizdir. Bir kere bu kararlarda personel ile öğrenciler arasında ayırım yapılmamakta ve kamu hizmetinden yararlanan “kullanıcı (*usager*)” statüsünde bulunan öğrencilerde personelin yükümlülüklerine tâbi tutulmaktadır. Diğer yandan gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse Danıştay kararlarında hukukî değil, tamamıyla ideolojik argümanlar kullanılmakta; hiçbir şekilde başörtüsü sorununa “hizmetin gerekleri” kavramı açısından yaklaşılmamaktadır.

Türban Konusunda Uygulama ve İçtihat.- 1982 yılında türban konusunda herhangi bir kanunî düzenleme yokken Yükseköğretim Kurulu 20 Aralık 1982 tarihli bir “genelge” ile derslere başörtülü girilmesini yasaklamıştır. Bu genelgenin uygulanması sonucunda bir kız öğrenciye verilen disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davayı Danıştay Sekizinci Dairesi 23 Şubat 1984 tarih ve E.1983/207, K.1984/430 sayılı *Akbulut* kararıyla reddetmiş ve şöyle demiştir:

“Yeterli eğitim görmemiş bazı kızlarımız hiçbir özel düşünce olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında başlarını örtmektedirler. Ancak bu konuda kendi toplumsal çevrelerinin baskısına ve gelenek ve göreneklerine boyun eğmeyecek ölçüde eğitim gören bazı kızlarımız ve kadınlarımızın sırf lâik Cumhuriyet ilkelerine karşı çıkarak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttüğüleri bilinmektedir.

Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak, kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir.

Davacı yükseköğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir.

Aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır.

Bu kurallar herkesçe bilinen ve benimsenen Cumhuriyetin kurallarıdır. Bu kuralları öğretmek ve benimsetmekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez.

Bu nedenle Yüksek öğrenim görmek üzere okula geldiği sırada dahi başörtüsünü çıkarmamakta direnecek ölçüde lâik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacının okula alınmamasında yasalara aykırılık olmadığından davanın reddine... 23.2.1984 gününde oybirliği ile karar verildi”³⁷⁸.

Görüldüğü gibi Danıştayın bu kararında kullanılan bir hukukî argüman yoktur. Kararda birtakim sosyolojik gözlemler yapılmaktadır ki, bunların doğruluğu da tartışmalıdır. Danıştay, “yeterli eğitim görmemiş bazı kızlarımız”ın “içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında” başörtüsü taktıkları; ancak “eğitim gören bazı kızlarımız”ın ise başörtü takmaları konusundaki “kendi toplumsal çevrelerinin baskısına ve gelenek ve göreneklerine boyun eğmeyecek”leri varsaymakta; bu varsayıma rağmen başörtüsü takan eğitim görmüş kızlarımızın ise, “lâik Cumhuriyet ilkelerine karşı” çıkmak amacıyla başörtü taktıkları sonucuna ulaşmaktadır. Danıştay Sekizinci Dairesinin bu varsayımlarının doğruluğu fevkalâde tartışmalıdır. Ancak doğru olsa bile değişen bir şey olmaz. Çünkü sosyolojik gözlemlerden hukukî sonuçlar çıkarılamaz. Zira tasvirî öncüllerden normatif sonuçlar istihraç edilmesi “Hume kanunu”na aykırıdır³⁷⁹.

1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7’nci maddesine (h) bendi olarak eklenen hükümlerle³⁸⁰, türbanı yasaklamak amacıyla, “yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak” kınama cezasını gerektiren davranış olarak kabul edilmiştir. Söz konusu yönetmelik hükmünün iptali için açılan davayı Danıştay Sekizinci Dairesi 27 Haziran 1988 tarih ve E.1987/178, K.1988/512 sayı-

378. Danıştay Sekizinci Dairesi, 23 Şubat 1984 Tarih ve E.1983/207, K.1984/330 Sayılı *Akbulut Kararı*, *Danıştay Dergisi*, Sayı 56-57, s.317-318 (Nakleden: Özay, *op. cit.*, s.92). Danıştayın tamamen aynı gerekçelerin kullanıldığı aynı yönde başka kararları da vardır. Örnekler: Danıştay Sekizinci Dairesi, 13 Aralık 1984 Tarih ve E.1984/636, K.1984/1574 Sayılı Karar (Nakleden: Karahanoğulları, *op. cit.*, s.212-213); Danıştay Sekizinci Dairesi, 20 Aralık 1983, E.1982/142, K.1983/2788 Sayılı Karar (Aktaranlar: Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 1996, s.113; Karahanoğulları, *op. cit.*, s.213-214). Danıştay Sekizinci Dairesi, 27 Haziran 1988 Tarih ve E.1987/178, K.1988/512 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*); Danıştay Sekizinci Dairesi, 7 Temmuz 1989 Tarih ve E.1988/1173, K.1989/652 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 78-79, s.413 (Nakleden: Karahanoğulları, *op. cit.*, s.213).

379. “Hume kanunu” hakkında bkz. David Hume, *Traté sur la nature humaine*, 1777’ye atfen Christophe Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.176. Bu konuda Türkçede bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, s.17.

380. *Resmî Gazete*, 8 Ocak 1987, Sayı 19335.

lı kararıyla reddetmiştir. Danıştay Sekizinci Dairesi, 23 Şubat 1984 tarih ve E.1983/207, K.1984/430 sayılı *Akbulut* kararındaki gerekçeyi aynen tekrarlayarak şöyle demiştir:

“Yeterli öğretim görmemiş bazı kızlarımızın hiç bir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerine uyarak veya onların etkisi altında kalarak başlarını örtmektedir. Ancak bu konuda kendi toplumsal çevrelerine uyma zorunluluğu duymayacak veya onların etkisi altında kalmayacak ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın sırf laik Cumhuriyet ilkelerine karşı çıkar dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile çoğu zaman aynı biçimde başlarını örttükları bilinmektedir.

Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir.

Aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır.

Bu kurallar herkesce bilinen ve benimsenen cumhuriyetin kurallarıdır. Bu kuralları öğretmek ve benimsemekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez.

Açıklanan nedenle davanın reddine ve yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 27.06.1988 gününde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla karar verildi”³⁸¹.

1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7’nci maddesine (h) bendi olarak eklenen hükme karşı açılmış daha pek çok dava vardır ve Danıştay Sekizinci Dairesi bu davaları hep aynı gerekçeyle reddetmiştir³⁸².

Anayasa Mahkemesi Kararı.- Anayasa Mahkemesinin önüne türban sorunu 10 Aralık 1988 tarih ve 3511 sayılı Kanunla gelmiştir. Bu kanun 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa şu “ek 16’ncı madde”yi ekliyordu:

“Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir”.

Bu hükme karşı açılan dava da Anayasa Mahkemesi “türban kararı” diye bilinen 7 Mart 1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararında “*dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir*” şeklindeki hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve şöyle demiştir:

381. Danıştay Sekizinci Dairesi, 27 Haziran 1988 Tarih ve E.1987/178, K.1988/512 Sayılı Karar (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

382. Örneğin Danıştay Sekizinci Dairesi, 7 Temmuz 1989 Tarih ve E.1988/1173, K.1989/652 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 78-79, s.413 (Nakleden: Karahanoğulları, *op. cit.*, s.213).

“Lâik devlette kutsal din duyguları... hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşünceler ile değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır... İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gerekçelere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inançları nedeniyle geçerlilik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur”³⁸³.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, kız öğrencilerin türban takmalarını, kamu hizmetinde lâiklik ilkesi bakımından tartışmamıştır. O nedenle Anayasa Mahkemesinin bu kararı kanımızca, kamu hizmetinde lâiklik ilkesi bakımından bir öneme sahip değildir. Anayasa Mahkemesi, ayrıca “yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerin”den bahsetmektedir. Bununla yüksek öğretim kurumlarındaki personeli mi, yoksa öğrencileri mi kastettiği de belli değildir.

Anayasa Mahkemesi bu kararı üzerine yasama organı 25 Ekim 1990 tarih ve 3670 sayılı Kanunla 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa “*yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir*” diyen ek 17’nci maddeyi eklemiştir. Bu hüküm aleyhine de Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 9 Nisan 1991 tarih ve E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararıyla bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁸⁴. Anayasa Mahkemesi bu kararın gerekçesinde “dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması” durumunun, kılık kıyafet serbestisi dışında olduğunu da belirtmiştir³⁸⁵.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi değil, hüküm fıkrası bağlayıcıdır³⁸⁶. O nedenle, Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesinin bir hukukî sonuç doğurması mümkün değildir. O hâlde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 25 Ekim 1990 tarih ve 3670 sayılı Kanunla eklenen ek 17’nci maddesinin bugün de yürürlükte olduğunu söyleyebiliriz. Bu maddeye göre ise “*yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir*”. Dolayısıyla yükseköğretim kurumlarında kıyafet hürriyeti yürürlükteki kanunlarla sınırlıdır. Kıyafet konusunda sınırlamalar getiren kanunlar bilebildiğimiz kadarıyla şunlardan ibarettir:

383. Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 Tarih ve E.1989/1, K.1989/12 Sayılı *Türban Kararı*, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 25, s.148.

384. Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/36, K.1991/8 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.285.

385. Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/36, K.1991/8 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.305.

386. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.927-931.

(1) 28 Kasım 1925 Tarih ve 671 Sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun.- Üç maddeden oluşan bu kanunun ikinci maddesi yürürlük, üçüncü maddesi yürütme maddesidir. Birinci maddesinde ise şöyle denmektedir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi azaları ile idarei umumiye ve hususiye ve mahalliyeye ve bilumum müessesata mansup memurin ve müstahdemin Türk milletinin iktisa etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetindedir. Türkiye halkının da umumî serpuşu şapka olup buna münafi itiyadın devamını hükümet menedir”.

Görüldüğü gibi bu Kanunda kadınların başörtüsü takmasına veya başlarının açık olmasına ilişkin bir hüküm yoktur.

(2) 3 Kanunuevvel 1934 tarih ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun, “herhangi bir din ve mezhebe mensup olurlarsa olsunlar ruhanilerin mabed ve ayinler haricinde ruhani kisve taşımaları”nı yasaklamaktadır. Bu Kanunda da başörtüsünü yasaklayan bir hüküm yoktur.

(3) 14 Temmuz 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa “kıyafet mecburiyeti” başlıklı ek 19’uncu maddesi³⁸⁷ “devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler” demektedir. Bakanlar Kurulu da memurların kıyafetini 16 Temmuz 1982 tarih ve 8/5105 sayılı kararıyla yürürlüğe koyduğu Kamu Kurum ve kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik³⁸⁸ ile düzenlemiştir. Bu yönetmeliğin 5’inci maddesinin a bendine göre, bayan memurların “görev mahallinde başı daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış” olacağı öngörülmüştür. Ancak bu hüküm haliyle öğrencilere değil, bayan memurlara yöneliktir.

Bu üç kanunda üniversitelerdeki kız öğrencilerin türban takmasını yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Bunların dışında kanunlarımızda türban takılmasını yasaklayan bir hüküm olduğunu bilmiyoruz. Eğer bir kanun varsa veya çıkarılırsa, [bu kanunun Anayasa uygunluğu sorunu mahfuz kalmak şartıyla] üniversitelerde kız öğrencilerin türban takması yasaklanabilir. Yok eğer böyle bir kanun yoksa, ki kanımızca yoktur, Türkiye’de üniversitelerde kız öğrencilerin türban takması, YÖK’ün veya üniversitelerin çıkaracakları yönetmeliklerle yasaklanamaz. Zira türban takma, Anayasamızın 12’nci maddesinin ilk fıkrasının kapsamı dahilinde bir temel hak ve hürriyettir. Dolayısıyla bu temel hak ve hürriyet ancak Anayasamızın 13’üncü maddesinde öngörülen sistem dahilinde sınırlanabilir. Bunun için ise her şeyden önce kanun gerekir. Zira sistemimizde, bir temel hak ve hürriyet, kanun hükmünde kararnameyle, tüzükle, yönetmelikle, bir idarî işlemle sınırlandırılmaz.

387. Bu madde 12 Mayıs 1982 Tarih ve 2670 sayılı Kanunla eklenmiştir.

388. Resmî Gazete, 15 Ekim 1982, Sayı 17849.

Anayasamızın yüksek öğretim kurumlarını düzenlediği 130'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, yüksek öğretim kurumlarında “disiplin ve ceza işleri” kanunla düzenlenmesi gerekir³⁸⁹. Bu konuda çıkarılmış olan kanun ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunudur. Bu Kanunun 65'inci maddesinin a/9 bendinde öğrencilerin disiplin işlerinin Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesini öngörmüştür. Söz konusu yönetmelik ise, Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğidir. Bu Yönetmelikte ise, türban takılmasını yasaklayan bir yönetmelik maddesi de yoktur. Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinde türbanı yasaklayan bir hüküm bulunmadığı gibi, kılık kıyafete ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır. Anayasanın 130'uncu maddesi uyarınca 2547 sayılı Kanunun 65'inci maddesine göre üniversitelerde disiplin yönetmeliği yapma yetkisi üniversite rektörlüklerine değil, münhasıran Yükseköğretim Kuruluna aittir. Dolayısıyla üniversite rektörlükleri türban takılmasını disiplin cezasına bağlayıcı düzenleyici işlemler (bunların adı yönetmelik olmasa bile) yoktur. Türkiye’de üniversitelerde başörtüsü takılmasını sadece Yükseköğretim Kurulu Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğine ekleyeceği bir hükümle yasaklayabilir. Ancak bu yasak da Anayasamıza aykırı olur. Çünkü giyim kuşam Anayasamızın güvencesi altında bir hürriyettir ve bu hürriyetin sınırlandırılabilmesi için kanun tarafından bu sınırlamanın öngörülmüş olması gerekir. Mevzuatımızda ise üniversitelerde giyim kuşamı sınırlandıran bir kanun hükmü yoktur. Tersine 25 Ekim 1990 tarih ve 3670 sayılı Kanunla 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen ek 17'nci madde “yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir” demektedir.

Sonuç olarak kanımızca, Türkiye’de 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa ve Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğine göre, üniversitelerde kız öğrencilerin türban takması serbesttir.

Ancak buna rağmen uygulama bu yolda değildir. Üniversite Rektörlükleri şu ya da bu şekilde, değişik adlar altında, çoğunlukla fakülte binasının giriş kapısına astıkları bir “duyuru” ile üniversiteye başörtüsüyle girilmesini genel olarak yasaklamaktadırlar. Bu yasaklama işlemi, yetki unsuru bakımından sakattır; çünkü bu konuda yetkili makam, 2547 sayılı Kanunun 65'inci maddesine (a/9) göre Yükseköğretim Kuruludur. Pratikte söz konusu bu yasak çoğunlukla görevlilerin kapıda durup başörtülü öğrencileri binanın içine girmelerine engel olmaları şeklinde uygulanmaktadır. Bu uygulama, tamamıyla hukuka aykırıdır. Öğrencilerin eğitim hürriyetini ortadan kaldırır niteliktedir. Binanın içine her nasılsa girmiş öğrenciler de bazen binanın dışına şu ya da bu şekilde, çoğunlukla da öğrenciyle tartışılarak dışarı çıkarılmaktadır. Dışarı çıkmakta direnen öğrencilere de disiplin cezası verilmekte-

389. Karahanoğulları, *op. cit.*, s.212.

dir. Ancak verilen disiplin cezalarında da çoğunlukla hukuka aykırıdır. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinde başörtü takılmasını fiiline disiplin cezası bağlayan bir hüküm yoktur. Bu durumda öğrencilere genellikle Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinin 7'nci maddesinin a bendinde öngörülen “öğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” veya aynı maddenin e bendinde öngörülen “ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması, konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak” disiplin suçlarından kınama cezası verilmektedir.

Başörtüsü takmak fiilini, Yönetmeliğin 7/a maddesinde öngörülen “öğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranış” olarak tavsif etmek oldukça zordur. Diğer yandan başörtüsü takmanın “ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması, konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak” disiplin suçunun kapsamı dahilinde değerlendirmek için çok geniş bir hayal gücüne sahip olmak gerekir.

Ne var ki, başörtüsü takan öğrencilere Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinin 7/a (“öğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranış”) veya 7/e (“ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması, konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak”) disiplin suçlarından verilen kınama cezalarına karşı açılan iptal davalarını Danıştay reddetmekte; üniversitelerde başörtüsü takan öğrencilere Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinin 7'nci maddesinin a veya e bentlerine göre kınama disiplin cezası verilebileceğine karar vermektedir.

Örneğin Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu 17 Haziran 1994 tarih ve E.1993/161, K.1994/327 sayılı kararına konu teşkil eden olayda türban takan bir öğrenciye Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7'nci maddesinin a ve e bentleri uyarınca “kınama” cezası verilmiştir. Bu cezaya karşı açılan davanın temyiz incelemesinde Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, türban takan öğrencinin davasını reddetmiş ve bu öğrenciye Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7'nci maddesinin a ve e bentleri uyarınca “kınama” cezası verilmesinin hukuka uygun olduğuna karar vermiş ve şöyle demiştir:

“Yükseköğretim öğrencisi, Atatürk inkılapları ve ilkelerini benimsemiş ve bu ilkeler doğrultusunda davranan kişi olmalıdır. Dolayısıyla Atatürk İnkılap ve ilkeleri dışında davranışlarda bulunan öğrencinin, yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gereklerini tam olarak yerine getirdiğinden söz etmenin imkanı bulunmamaktadır. Başka deyişle, çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık kıyafet giyen, başörtüsü takan öğrencinin, Atatürk inkılap ve ilkelerine aykırı davrandığı böylelikle yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı açık bulunmaktadır.

Bu itibarla, derslere başörtüsü ile giren davacıya, kınama cezası verilmesinde dayanak alınan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeli-

ğinin 7. maddesinin (a) bendinde yer alan düzenleme, davacı fiiline denk düşmektedir. Ayrıca, öğretim elemanlarınca, birden fazla uyarılmış olmasına rağmen, ısrarla başörtüsü takmaya devam eden davacının, okuldaki çalışma düzenini de bozduğu belirlenmekle, verilen cezanın, anılan 7 nci maddenin (e) bendine de uygunluk taşıdığı sonucuna varılmaktadır³⁹⁰.

Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun yukarıdaki kararında kullandığı mantık yanlıştır: Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun bu kararda “başörtüsü takma” fiilinin Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7’nci maddesinin a bendinde öngörülen “*öğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranış*” olarak tavsif edilebileceğini aşağıdaki şekilde bir çıkarımla ispatlamaktadır:

Büyük Önerme: Yükseköğretim öğrencisi, Atatürk inkılapları ve ilkelerini benimsemiş ve bu ilkeler doğrultusunda davranan kişi olmalıdır.

Küçük Önerme: Başörtüsü takan öğrenci, Atatürk inkılap ve ilkelerine aykırı davranır.

Sonuç: O hâlde, başörtüsü takan öğrenci, yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsar.

Yukarıdaki büyük önerme de, küçük önerme de yanlıştır. Büyük önerme yanlıştır; çünkü, üniversite öğrencisinin, vatandaşı olduğu devletin kurucusunun fikir ve ilkeleri doğrultusunda davranan kişi olması gerektiği, demokratik bir hukuk devletinde iddia edilemez. Vatandaşların ve bu arada üniversite öğrencilerinin belirli bir kişinin fikir ve ilkelerine bağlı olması sadece ve sadece totaliter sistemlerde istenir. Yukarıda ki, küçük önerme de yanlıştır; çünkü, başörtüsü takmanın, Atatürk inkılap ve ilkelerine aykırı olup olmadığı fevkalâde tartışmalıdır. Atatürk’ün kadınların başörtüsü takmasını yasaklayan bir inkılabı veya ilkesi bilebildiğimiz kadarıyla yoktur. Yukarıdaki çıkarımda “sonuç” da yanlıştır. Çünkü büyük veya küçük önerme yanlış ise, sonuçta haliyle yanlıştır.

Yukarıdaki çıkarım, mantık bakımından sadece yanlış değil, aynı zamanda demokratiklik bakımından fevkalâde tehlikelidir. Bir devlette, bu devleti kuran liderin görüş ve düşüncelerini benimsemeyen kişilerin yüksek öğrenim görmeye hakları var mı, yok mu? Giderek bir devlette, bu devleti kuran liderin görüş ve düşüncelerini benimsemeyen kişilerin sunulan kamu hizmetlerinden yararlanma hakkı var mı, yok mu? Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun yukarıdaki kararına imza atan çoğunluk üyelerinin ve doktrinde bu kararı destekleyen kişilerin kendilerine bu soruları sormaları gerekir.

* * *

Danıştay yukarıdaki kararlarında ve başka kararlarında sorunu, personel-öğrenci ayrımı yaparak tartışmadığı gibi, türban sorununa kamu hizmeti-

390. Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 17 Haziran 1994 Tarih ve E.1993/61 K.1994/327 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 90, s.144 (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

nin gerekleri açısından da yaklaşmamıştır. Beden eğitimi bölümünde veya tıp fakültesinde başörtüsü takmak, belki oradaki kamu hizmeti faaliyetinin gerekleriyle uyum içinde olmayabilir. Bu takdirde öğrencilerin başörtüsü takmaları yasaklanabilir. Yukarıda Fransa’da ve başka Avrupa ülkelerinde gördüğümüz gibi başörtüsü sorununa mahkemeler kamu hizmetlerinin gerekleri açısından yaklaşmışlardır. Türk Danıştay’ı ise, bu tür bir tartışma ihtiyacını duymamış, soruna tamamıyla ideolojik bir şekilde yaklaşmıştır. Yukarıda alıntılanan kararlarda kullanılan argümanlar hukukî argümanlar değildir: Danıştay “başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak, kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir” demiştir. Danıştayın bu önermesi normatif bir önerme değil, tasvirî bir önermedir. Bir mahkeme kararında değil, bir sosyoloji incelemesinde, tarih incelemesinde, bir siyaset bilimi çalışmasında yer alabilir. Bunun hukukla bir alakası yoktur. Yine Danıştayın “davacı yükseköğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir” demesini de anlamak mümkün değil. Davacı bunları bilse ne olur? Bilmese ne olur?

* * *

18 Mart 2008 tarihli gazetelerde çıkan bir haberden³⁹¹ devrin YÖK Başkanının 15 Eylül 2000 tarih ve B.30.O.HKM.06.01.001-3699/20644 sayılı “hizmete özel” bir yazı göndererek üniversiteye türbanlı olarak gelen öğrencilerin Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin 10/b maddesi uyarınca cezalandırılmasını istediği anlaşılmaktadır. Oysa adı geçen Yönetmeliğin 10/b maddesi “yükseköğretim kurumlarının ideolojik ve siyasi amaçlarla huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak veya boykot, işgal, engelleme, personelin işini yavaşlatma gibi eylemlere katılmak, bu amaçlara yönelik eylemleri tahrik etmek” fiilini cezalandırmaktadır. Türbanla üniversiteye girmenin bu fiil kapsamında tavsif edilip edilemeyeceği hususu başlı başına tartışmaya açıktır. Bu arada ayrıca belirtelim ki, aynı haberden, YÖK Başkanı Hüseyin Özcan’ın Şubat veya Mart 2008’de, Kemal Gürüz imzalı yukarıdaki yazıyı yürürlükten kaldırarak Rektörlere türbanlı öğrencilerin üniversitelere alınması yolunda yazı yazdığı ancak bu yazının Danıştay Sekizinci Dairesi tarafından, söz konusu konuda YÖK Genel Kurulunun düzenleme yapmaya yetkili olduğu, YÖK Başkanının tek başına karar alamayacağı gerekçesiyle iptal edildiği anlaşılmaktadır. Eğer bu gerekçe doğruysa, haliyle, aynı gerekçenin, 2000 yılında Kemal Gürüz’ün yazısı için de geçerli olması gerekir.

* * *

Yukarıda açıklandığı gibi Türkiye’de Türbanı yasaklayan bir kanun hükmü ve hatta bir yönetmelik hükmü yoktur. Dolayısıyla Türban yasak değildir. Ancak her ne ilahi hikmetse türbanın yasak olduğu varsayıлып, türbana

391. Zaman, 18 Mart 2008, <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=666031>

serbestlik tanımak için Türkiye’de 9 Şubat 2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunla Anayasa değişikliği yapılmıştır. Söz konusu Kanunla 1982 Anayasasının eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10’uncu maddesinin sorn fıkrasının “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir. Ancak 5735 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesinin 5 Haziran 2008 tarihli ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Yine aynı kanunla Anayasanın 42’nci maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir: “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.” Bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin Anayasa Mahkemesi’nin 5 Haziran 2008 tarih ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı Kararıyla iptal edilmiştir.

Bu kararın anayasa hukuku bakımından yarattığı sorunlara burada değinmek konumuz dışında kalır. Ancak şunu belirtelim ki, Türbana serbestlik vermek için anayasa değişikliği yapılmasının nasıl doğurduğu bir hukukî sonuç yoksa, bu anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin türban bakımından doğuracağı bir hukukî sonuç da olamaz.

Liberal bir hukuk sisteminde kanunla yasaklanmamış fiiller serbesttir. Türkiye’de türban takılmasını yasaklayan bir kanun yoktur. İş böyleyken türbana izin vermek için anayasa değişikliği kanunu çıkarılmasının bir anlamı yoktur. Söz konusu anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin de doğuracağı bir sonuç yoktur. Çünkü bir fiile izin veren kanunun iptal edilmesi, o fiilin yasak olması sonucunu doğuramaz. Liberal bir hukuk mantığından, serbestlik asıl, yasak ise istisnadır. Serbestliğin değil, yasağın kanunla öngörülmesi gerekir. Yasağı öngören kanun olmadıkça insan fiilleri serbesttir. Türkiye’de türban ile ilgili bütün çevrelerin anlamadığı şey budur. Türbana izin vermek için değil, yasaklamak için kanuna ihtiyaç vardır. Bunun anlaşılmasında Türkiye’de pek çok kişinin liberal hukuk mantığını kavramadığını göstermektedir. Belki bunu hususu anlamamalarını sebebi, bu kişilerin kafalarında yasağın asıl, özgürlüğün istisna olduğu bir diktatörlük sisteminin bulunmasındandır.

F. KAMU HİZMETLERİNİN BEDAVALIĞI / ÜCRETLİLİĞİ SORUNU

Bibliyografya.- Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.619-623; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.912; Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.458-459; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.II, s.744; Meschériakoff, *op. cit.*, s.192-200; Carbajo, *op. cit.*, s.52; Karahanoğulları, *op. cit.*, s.226-245.

Öncelikle belirtelim ki, kamu hizmetlerinin “bedavallığı (meccaniliği, *gratuité*)” yukarıda gördüğümüz devamlılık, değişebilirlik, eşitlik, tarafsızlık, lâiklik gibi bir “genel ilke”, bir “kamu hizmeti kanunu” değildir. Dolayı-

ıyla “kamu hizmetlerinin bedavalığı ilkesi” diye bir ilke yoktur³⁹². Bedavalık ilkesi, ancak Anayasa ve kanunlar tarafından öngörülmesi durumunda öngörüldüğü kamu hizmetleri için geçerli olabilecek istisnâ bir ilkedir³⁹³. Örneğin Anayasamızın 42’nci maddesinin 5’inci fıkrasına göre “ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır”.

Eğer bir hizmetin bedavalığı, Anayasa veya kanunla öngörülmüş ise, idarenin kullanıcılardan, şu ya da bu adla para alması hukuka aykırıdır. Örneğin ülkemizde ilk, orta ve liselerde kayıt dönemlerinde öğrenci velilerinden “bağış” adı altında cebri nitelikte para toplandığı yolunda yaygın şikayetler olmaktadır. Bu tür “zorunlu bağışlar”, kanunla öngörülen bedavalık ilkesinin ihlâli niteliğindedir.

Kamu hizmetlerinin bedavalığı/ücretliliği konusunda sınaî ve ticarî kamu hizmetleri ile idarî kamu hizmeti arasında ayırım yapmak gerekmektedir.

1. Sınaî ve Ticarî Kamu Hizmetlerinde Bedavalık/Ücretlilik Sorunu

Sınaî ve ticarî kamu hizmetleri bedava değil, ücretlidir³⁹⁴. Bu konuda bir herhangi bir tartışma da yoktur.

2. İdarî Kamu Hizmetlerinde Bedavalık/Ücretlilik Sorunu

Bedavalık ile ilgili asıl sorun idarî kamu hizmetleri bakımından ortaya çıkar. Şüphesiz Anayasa veya kanunlar bir idarî kamu hizmetinin bedava veya ücretli olduğunu belirtebilirler. Bu takdirde ortaya bir sorun çıkmaz. O hizmet ücretli veya bedavadır. Ama Anayasa veya kanunla bir idarî kamu hizmetinin bedavalığı veya ücretliliği konusunda bir hüküm yoksa, acaba idare idarî kamu hizmetini ücrete bağlayabilir mi? Bu soruya çeşitli ayrımlar yaparak cevap vermek gerekmektedir:

a) *İhtiyarî İdarî Kamu Hizmetlerinde.* - İdarî kamu hizmetini kurup kurmamak kamu tüzel kişisinin ihtiyarına (isteğine, seçimine) kalmış ise, yani ihtiyarî bir idarî kamu hizmeti söz konusuysa, idare, bu idarî kamu hizmetini bir “ödenti (*redevance*)”ye bağlayabilir. Bu “ödenti” verdiği hizmetin maliyetini geçemez. Örneğin idare kablolu TV hizmeti için ödenti alabilir³⁹⁵. İdarenin, ihtiyarî kamu hizmetlerini ödentiye bağlayabilmesi için

392. Türk doktrininde bazı yazarların yaptığı açıklamalar sanki böyle bir genel ilke varmış gibi bir izlenim doğurmaktadır. Örneğin Günday, *op. cit.*, s.288; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.778; Özey, *op. cit.*, s.240.

393. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.912; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.619-620.

394. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.620; Carbajo, *op. cit.*, s.52;

395. Conseil d’État, 10 Kasım 1993, *Commune de Mirabeau-sur-Bèze*, RDCE, 314 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.621).

kanunla yetkilendirilmiş olmasına gerek yoktur³⁹⁶. Ancak bu konuda bir hizmet, Anayasayla veya kanunla “ödenti”ye bağlanmış da olabilir³⁹⁷. Örneğin 1982 Türk Anayasasınının 130’uncu maddesinden yüksek öğretimin ücretli olacağı sonucu çıkmaktadır. Zira maddede yüksek öğretimde “alınacak harçlar”ın kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. Keza 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 43’üncü maddesine göre “yükseköğretim, harca tâbi”dir. Burada belirtelim ki, eğer bir hizmetin karşılığı olan “ödenti” anayasa veya kanunla belirlenmiş ise, o hizmeti yürüten kamu tüzel kişisinin hizmeti verdiği kişilerden o ödenti dışında başka adlarla hizmetin bedeli olarak para alması hukuka aykırıdır. Örneğin önceki yıllarda oldukça yaygın olan bir uygulamaya göre, birçok üniversitemizde kayıt sırasında öğrencilerden kayıt harcı dışında “dosya ücreti”³⁹⁸ adı altında para alınıyordu. Bu uygulamada hukuka aykırıdır. Keza aynı şekilde kullanıcıların hizmetten yararlanmak için öngörülen ödentinin dışında kuruma “bağış” yapmak zorunda bırakılması da hukuka aykırıdır.

Danıştay Sekizinci Dairesi, 5 Mayıs 1997 tarih ve E.1995/4420, K.1997/1490 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir üniversitesinin fen bilimleri enstitüsü yüksek lisans öğrencilerinin yazılı sınavlara girebilmesi için “sınav gideri” adı altında belli bir miktar para yatırmalarına, bu parayı yatırmayanların yazılı sınavlara alınmalarına, onun yerine sözlü sınava tâbi tutulmalarına karar vermiştir. İzmir İkinci İdare Mahkemesi, 29 Mart 1995 gün ve 444 sayılı kararıyla idarenin bu işlemini, eşitlik ilkesine aykırı görerek iptal ederken “yazılı sınava alınmanın bağış koşuluna bağlanmasına yasal olanak olmadığına” karar vermiş ve bu karar Danıştay Sekizinci Dairesi tarafından onanmıştır³⁹⁹.

Türk Anayasa Mahkemesi ihtiyarî idarî kamu hizmetleri alanında verdiği kararlarda bu hizmetlerin kâr amacı gütmeksizin paralı hâle getirilebileceğini kabul etmektedir⁴⁰⁰. 16 Haziran 1973 tarih ve 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununun 38’inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “yüksek öğretim paralıdır” hükmünün iptali istemiyle açılan bir davayı Anayasa Mahkemesi 16 Mart 1974 tarih ve E.1973/32, K.1974/11 sayılı kararıyla reddetmiş ve şöyle demiştir:

396. Conseil d’État, Section, 30 Haziran 1939, *Ville de Granville*, RDCE, 1939, s.441 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.621).

397. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.621.

398. Alınan bu ücretle öğrencinin evraklarının içinde saklanması için bir dosya alınmaktadır. Bu dosya idarenin kendi kırtasiyesi malzemesi niteliğinde olması gerekir. Böyle olmayıp dışarıdan bir dosya satın alınsa bile, bu dosyanın maliyeti birkaç 30-40 kuruş iken iken, öğrenciden alınan “dosya ücreti” 30-40 TL’dir.

399. Danıştay Sekizinci Dairesi, 5 Mayıs 1997 Tarih ve E.1995/4420, K.1997/1490 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 94, s.539 (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

400. Karahanoğulları, op. cit., s.232.

“Yüksek öğretimin parasız olacağı yolunda bir kural ne [1961 Anayasasının] 50. Maddede, ne de Anayasanın başka bir maddesinde yer almış değildir... Bu nedenle yüksek öğretim paralı da parasız da olabilecektir ve paralı da parasız da olması Anayasaya aykırı düşmeyecektir”⁴⁰¹.

b) *Mecburî İdarî Kamu Hizmetleri*.- Eğer idarî kamu hizmetini kurmak ve yürütmek zorunluluğu kanunla öngörülmüş ise, bu hizmetler be-dava olmak zorundadır⁴⁰². İdare bu tür mecburî idarî kamu hizmetlerini normal bir şekilde kullanan kişilerden ücret, ödenti, harç veya bir başka isim altında bir para talep edemez⁴⁰³. Bu tür hizmetlerin önemli bir kısmından (örneğin kolluk) zaten bireysel olarak değil, kolektif olarak yararlanır. O nedenle bu tür hizmetlerin ücretlendirilmesi zaten mümkün değildir⁴⁰⁴. Ancak bazı zorunlu idarî kamu hizmetlerinden kullanıcılar doğrudan doğruya ve bireysel olarak yararlanır (örneğin ambulans hizmetleri); bazılarında ise (örneğin itfaiye⁴⁰⁵) hem kolektif, hem de bireysel yararlanma söz konusudur. İşte mecburî idarî kamu hizmetlerinden bireysel yararlanma söz konusu olduğunda, hizmetten normal bir şekilde yapılan yararlanma değil, ama “aşırı ve özel bir yararlanma (*usage privatif et anormal*)”⁴⁰⁶ söz konusu olduğunda ve kamu yararına değil, kullanıcı kişinin özel çıkarına yönelik olarak “ek masraflar (*frais supplémentaires*)” yapılmış ise, idare bunlar için ücret talep edebilir⁴⁰⁷. Örneğin Fransız Danıştayı sinema salonlarını özel olarak korumak ve gözetlemek için verdiği hizmetin, genel güvenliğin normal ihtiyaçlarını aşan kısmı için ücret talep edebileceğine karar vermiştir⁴⁰⁸. Buna karşılık, Fransız Danıştayı ambulans hizmetinden para alınmasını hukuka aykırı görmüştür: zira, yaralının hastaneye taşınması da kurtarma kamu hizmetinin doğal bir uzantısıdır⁴⁰⁹. Aynı şekilde Fransız Danıştayı kullanıcının özel yararına değil, kamu yararına yapılan bir hizmetten dolayı da kullanıcıdan bedel istemeyeceğine karar vermiştir⁴¹⁰. Örneğin Danıştay genel sağlık amacıyla

401. Anayasa Mahkemesi, 16 Mart 1974 Tarih ve E.1973/32, K.1974/11 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 12, s.111-141. (Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Karahanoğulları, *op. cit.*, s.322-235).

402. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.621.

403. *Ibid.*

404. Meschériakoff, *op. cit.*, s.199.

405. Yanan evin söndürülmesinde ev sahibinin bireysel yararlanması, ama mahalleli bakımından ise kolektif yararlanma söz konusudur. Çünkü yangın söndürülmezse yangın kendi evlerine de sıçrayabilir.

406. Meschériakoff, *op. cit.*, s.199.

407. Meschériakoff, *op. cit.*, s.199; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.621;

408. Conseil d'État, 29 Aralık 1949, *Société Ciné Lorrain*, RDCE, 1949, s.584 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.622).

409. Conseil d'État, 5 Aralık 1984, *Ville de Versaille*, RDCE, 1984, s.399 (Nakleden: De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.912; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.622).

410. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.622.

yapılan zorunlu hayvan muayenesi için ödenti ihdas eden kararnameyi hukuka aykırı görerek iptal etmiştir⁴¹¹.

Spor müsabakalarında güvenliğin sağlanması faaliyetinde kamu yararı olduğu kadar, bu müsabakayı tertip eden ve ondan para kazanan kişilerin özel çıkarı da vardır. O nedenle idarenin bu kişilerden sağladığı ek hizmetin bedelini talep edebilmesi gerekir. Keza sportif faaliyetler nedeniyle verilen arama ve kurtarma hizmetleri için de aranılan ve kurtarılan kişiden hizmetin bedelinin talep edilebilmesi gerekir. Söz konusu kişi zorunlu veya normal bir faaliyet dolayısıyla değil, kendi zevkine (özel yarar) birtakım riskli işlere girişmişse, bundan kaynaklanan külfete kendisi katlanmalıdır. Örneğin dağıcılık sporunu yapan kişilerin kaybolmaları veya mahsur kalmaları durumunda jandarmanın yaptığı faaliyetlerin bedelini bu kişilerden isteyebilmesi gerekir. Nitekim Fransa’da 1985’ten beri kanunla bazı spor faaliyetleri nedeniyle meydana gelen kazalar dolayısıyla verilen arama ve kurtarma çalışmalarının bedelinin ilgili kişi tarafından ödenmesi öngörülmüştür (CGCT, m. L2321-2, 7°)⁴¹².

3. Hizmet Bedeli Olarak Alınan Paranın Hukukî Niteliği Sorunu: “Vergi” mi, “Fiyat” mı?

Yukarıda görüldüğu gibi birçok kamu hizmeti bedava değildir; karşılığı vardır. Peki ama kamu hizmetlerinin karşılığı olarak ödenen paranın hukukî niteliği nedir? Acaba bu para, bir “*vergi, resim veya harç ve benzeri malî yükümlülük*” müdür; yoksa bir “*fiyat*” mıdır? Ama önce şu soruyu soralım: Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak ödenen paranın hukukî niteliğinin tespiti sorunu neden bu kadar önemlidir?

Bir kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan paranın “*vergi, resim veya harç ve benzeri malî yükümlülük*” olması ile “*fiyat*” olması arasında, bunların yol açtığı hukukî sonuçlar bakımından önemli farklılıklar vardır. Şöyle ki: (1) Kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan para, “*vergi, resim veya harç ve benzeri malî yükümlülük*” niteliğinde ise, bu para kamu hukukuna tâbi olur. Bunun konulması, kaldırılması, değiştirilmesi, miktarının belirlenmesi için kanun gerekir (Anayasa, m.73). Yani, bu durumda hizmetin karşılığı, tarafların rızasıyla değil, tek-tarafli olarak belirlenir. Bu paranın miktarının verilen hizmetin maliyetini geçmemesi ve ödeyenlerin malî gücüne göre (Anayasa, m.73/1) belirlenmesi gerekir. Bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda idarî yargı (vergi mahkemeleri) görevlidir. (2) Kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan para, “*fiyat (prix)*” niteliğinde ise, bu para özel hukuka tâbi olur. Fiyat, verilen hizmetin maliyetinden yüksek olur. Yani maliyete bir de “*kâr payı*” eklenir. Fiyat, hizmeti veren kamu tüzel kişisi veya onun denetimi

411. Conseil d’État, 10 Aralık 1982, *Chambre syndicale des centres agréés de produit de basse-cour*, RDCE, 1982, 414 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.622).

412. Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.620.

altında kamu hizmetini işleten özel hukuk tüzel kişisi ile hizmeti kullanan kişi arasında sözleşme yoluyla belirlenir. Fiyattan kaynaklanan uyuşmazlıklar adlî yargıda karara bağlanır.

Bir kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan paranın hukukî niteliği konusunda ileri sürülmüş çeşitli görüşler vardır: Ragıp Sarıca'ya göre kamu hizmetinin karşılığında alınan para bir “resim” ve “harç”tan başka bir şey değildir⁴¹³. Giritli, Bilgen ve Akgüner'e göre de kamu hizmetleri “karşılığında alınan paralar, bir ücret (karşılık) olmayıp, harç ve resim niteliğindedir”⁴¹⁴. İl Han Özay'a göre ise bu para “dolaylı bir vergi” olarak nitelendirilebilir⁴¹⁵. Vergi olarak kabul edildiğinde ise, kamu hizmetinin karşılığı olarak ödenen para kamu hizmetinin maliyetinden daha yüksek olarak saptanmaz. Keza bu para vergi olarak kabul edilirse, Anayasamızın 73'üncü maddesine göre hizmetin maliyetine göre de değil, hizmetten yararlananların malî gücüne göre tespit edilmesi gerekir. Keza eğer kamu hizmeti bedeli vergi niteliğindeyse, aynı madde nedeniyle, bu bedel ancak kanunla ihdas edilebilir ve kanunla miktarı tespit edilebilir.

Hemen belirtelim ki, kamu hizmetinin karşılığının “vergi” olarak kabul edilmesi sınaî ve ticarî kamu hizmetlerinin mahiyetiyle bağdaşmaz. Sınaî ve ticarî kamu hizmetleri zaten mahiyeti gereği bir özel teşebbüs gibi işletilir. Yukarıda gördüğümüz gibi, kâr amacı gütmeyen kamu hizmetlerinin sınaî ve ticarî kamu hizmetleri olarak kabul edilemezler⁴¹⁶. Örneğin bedava olan⁴¹⁷, veya zararına çalışan veya maliyet fiyatına hizmet sunan⁴¹⁸ kamu hizmetleri, kâr amacı gütmedikleri için sınaî ve ticarî kamu hizmeti değil, idarî kamu hizmeti olarak kabul edilirler⁴¹⁹.

Kanımızca, hizmetin karşılığı olarak alınan paranın niteliği ve miktarı konusunda idarî kamu hizmetleri ile sınaî ve ticarî kamu hizmetleri arasında ayırım yapmak uygun olur:

413. Ragıp Sarıca, *İdare Hukuku*, Teksir, İstanbul, 1970, s.36'dan nakleden Özay, *op. cit.*, s.241.

414. Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.778.

415. Özay, *op. cit.*, s.240. Bilindiği gibi “dolaylı vergi” mal ve hizmet alımlarından satış fiyatının belli bir oranı üzerinden alınan KDV gibi vergilerdir. Kamu hizmetinin karşılığı olarak ödenen paranın içinde dolaylı vergi bulunabilir (örneğin telefon faturasında KDV bulunmaktadır). Biz kamu hizmetinin karşılığında ödenen paranın kendisinin niteliğini araştırıyoruz. Bu para ise haliyle bir dolaylı vergi değildir.

416. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.917.

417. Conseil d'État, 26 Temmuz 1930, *Benoit*, RDCE, 1930, s.840 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.598; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.917).

418. Conseil d'État, 30 Haziran 1950, *Société Merrienne*, RDCE, 1950, s.480 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.598; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.917).

419. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.917.

a) *İdarî Kamu Hizmetlerinin Karşılığı Olarak Alınan Paranın Hukukî Niteliği*: “*Vergi, Resim, Harç veya Benzeri Malî Yükümlülük*” tür.- İdarî kamu hizmetlerinde sunulan hizmetin karşılığı olarak alınan paranın hizmetin maliyetini geçmemesi gerekir. Zira idarî kamu hizmetleri ticarî değil, kamusal usûllerle yürütüldüğüne göre kâr amacı güdemezler. Hizmetin maliyetini geçmemek şartıyla, idarî kamu hizmetlerinin karşılığı olarak alınan paranın bir “vergi, harç, resim, harç veya benzeri malî yükümlülük (şerefîye, ödenti, aidat, kesinti, prim, vs.)” olarak nitelendirilmesine karşı hukukî bir engel yoktur. Öncelikle belirtelim ki, savunma, güvenlik gibi bölünemez nitelikteki idarî kamu hizmetlerinin karşılığı olarak bunların kullanıcılarından bir bedel alınması mümkün değildir; zira, bunlardan bireysel ve doğrudan doğruya yararlanma söz konusu değildir. Bu tür hizmetler ancak vergiler yoluyla finanse edilir. Adalet hizmetleri gibi bazı hizmetlerde de hizmetten yararlananlardan alınan para “harç” niteliğindedir. İmar hizmetleri gibi bazı idarî kamu hizmetlerinden yararlanan kişilerden de alınan para “şerefîye” niteliğindedir. Bazı idarî kamu hizmetleri karşılığında ise parafiskal gelirler alınmaktadır. Örneğin meslek kuruluşlarına üyelerin ödedikleri aidatlar, sosyal güvenlik kuruluşlarına sigortalıların ödedikleri prim ve kesenekler parafiskal gelir niteliğindedir.

Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Kasım 1998 tarih ve E.1996/5007, K.1998/5873 sayılı kararıyla Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Genel Müdürlüğü 24 Ocak 1996 tarihli bir genelgeyle, birinci grup kreş ve gündüz bakımevlerinde bakılan her çocuk için alınacak aylık ücreti 3.500.000 lira; ikinci grup kreş ve gündüz bakımevleri için 2.000.000 lira ve üçüncü grup kreş ve gündüz bakımevleri için ise ücretsiz olarak belirlemiştir. Danıştay Onuncu Dairesi bu genelgeyi kâr amacı güttüğü gerekçesiyle iptal etmiş ve şöyle demiştir:

“Davalı idarenin kuruluş yasasında yer alan amaç ve görevlerine ilişkin hükümler dikkate alındığında, esasen korunmaya ve bakıma muhtaç çocukların bakımı gerçekleştirmek ve gerekli teşkilâtı kurmanın aslı görevi olduğu açıktır. Dolayısıyla davalı kurumun bakımını yaptığı çocuklardan aldığı ücretin tespitinde objektif kriterlerden hareket etmesi gerekmekte olup, *aslî görevi olan bir konuda kâr amacı gütmek suretiyle ücret tespiti yoluna gitmesi* yasal amacına aykırı düşmektedir”⁴²⁰.

Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Genel Müdürlüğüne bağlı birinci ve ikinci grup kreş ve gündüz bakımevlerinin sunduğu kamu hizmetinin idarî nitelikte bir kamu hizmeti olduğu kabul edilirse, Danıştayın yukarıdaki kararının doğru olduğunu söyleyebiliriz.

420. Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Kasım 1998 Tarih ve E.1996/5007, K.1998/5873 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 100, s.466.

b) Sınâî ve Ticarî Kamu Hizmetlerinin Karşılığı Olarak Alınan Paranın Hukukî Niteliği: “Fiyat”tır. - Sınâî ve ticarî kamu hizmetleri özel usûllerle işletildiğine ve kâr amacı güdebildiğine göre, sınâî ve ticarî kamu hizmetlerinin karşılığı olarak alınan ücretin içinde maliyete ilaveten bir kâr payının da olması mümkündür. Bilindiği gibi maliyete kâr payının ilâve edilmesiyle bulunan ücrete ise “fiyat (*prix*)” denmektedir⁴²¹. Dolayısıyla sınâî ve ticarî kamu hizmetlerinin karşılığında alınan paranın “vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülük” değil, “fiyat” niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz.

Türk pozitif hukukuna baktığımızda, sınâî ve ticarî kamu hizmetlerinin bedelinin “fiyat” niteliğinde olduğunu gösteren kanun hükümleri vardır. Örneğin 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Kanunu verilen hizmetin bedeli olarak alınacak ücrete, maliyetin % 10’undan az olmayacak bir oranda kâr payı ilâve edilmesini öngörmüştür⁴²².

İçtihat.- Uyuşmazlık Mahkemesi 17 Haziran 1996 tarih ve E.1996/33, K.1996/76 sayılı kararıyla, hizmet karşılığının, “maliyet+kâr esasına dayalı olarak tarifeyle” saptandığına karar vermiştir⁴²³.

Danıştay Onuncu Dairesi de 26 Aralık 1989 tarih ve E.1989/96, K.1989/2636 sayılı kararıyla THY’nin iç hat uçak bilet fiyatlarına yapılan zamma karşı açılan bir davada, THY’nin “233 sayılı KHK’nin öngördüğü biçimde ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak *verimlilik ilkesi* doğrultusunda yürütebilme amacını gerçekleştirebilecek şekilde *fiyat tespiti*” yapabileceğine karar vermiştir⁴²⁴.

Anayasa Mahkemesi de 18 Şubat 1985 tarih ve E.1984/9, K.1985/4 sayılı kararıyla “karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası”nın, “su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir *fiyat*” niteliğinde olduğuna ve bu geçiş parasının “belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri malî yükümlülüklerden” sayılamayacağına karar vermiştir⁴²⁵. Kararda sayılan kamu hizmetlerinin (karayolları, köprüler, su, elektrik, havagazı, demiryolları, ha-

421. Meschériakoff, *op. cit.*, s.203.

422. Örneğin Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.562’den alınmıştır.

423. Uyuşmazlık Mahkemesi, 17 Haziran 1996 Tarih ve E.1996/33, K.1996/76 Sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 8 Temmuz 1996, Sayı 22690, s.8 (Nakleden: Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.562). Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi, 6 Aralık 1999 Tarih ve E.1999/48, K.1999/47 Sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 9 Mart 2000, Sayı 23988, s.166 (Nakleden: Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.563).

424. Danıştay Onuncu Dairesi, 26 Aralık 1989, E.1989/96, K.1989/2636 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 78-79, 1990, s.515.

425. Anayasa Mahkemesi, 18 Şubat 1985 Tarih ve E.1984/9, K.1985/4 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 21, s.33-85.

vayolları, ve özellikle hastane hizmetleri) hepsinin sınaî ve ticarî kamu hizmeti niteliğinde hizmetler olduğu şüphelidir. Örneğin hastane hizmetlerinin sınaî ve ticarî kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi oldukça güçtür; çünkü bu hizmet çoğunlukla genel idare esaslarına göre yürütülür. Sınaî ve ticarî kamu hizmeti olmayan bir hizmet karşılığında alınan ücretin de “fiyat” niteliğinde olduğunu, yani “kâr” içerebileceğini söylemek yanlıştır. Bu nedenle yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararı bu yönüyle tartışmaya açıktır.

Kamu Hizmetlerinin Karşılığı Olan Paranın İstenmesi Şartları. - Bir kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan paranın istenmesi ve tahsilinin usûl ve şartları nelerdir? Bu soruya verilecek cevap, kamu hizmetlerinin karşılığı olarak alınan paranın hukukî niteliğine göre değişir.

a) Kamu Hizmetlerinin Karşılığı Olan Para Vergi, Resim, Harç Veya Benzeri Malî Yükümlülük Niteliğindeyse: Kanunla Öngörülmüş Olması Şarttır. İdare, idarenin kişilerden kamu hizmetlerinin karşılığı olarak vergi, resim, harç veya benzeri malî yükümlülük niteliğinde para talep edebilmesi için kendisine bu konuda kanunla yetki verilmiş olması ve kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Zira Anayasamızın 73’üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre “vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır”. Dolayısıyla idarenin kamu hizmetlerinin karşılığı olarak vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükleri ancak kanunun öngördüğü şartlar dahilinde alabilir. Bu hususun incelenmesi vergi hukukunun alanına girer.

b) Vergi, Resim, Harç ve Benzeri Malî Yükümlülükler Dışında: Kanun Şart Değildir; Hizmetin Yapılmış Olması Gerekir. - İdarenin kamu hizmetlerinin karşılığı olarak kişilerden, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler dışında, “fiyat” niteliğinde değişik adlarla (ücret vs.) para talep edebilmesi için, bunun kanunla öngörülmüş olmasına gerek yoktur. İdare, kişilere sunduğu yukarıda gördüğümüz türde hizmetlerin karşılığı için kişilerden para talep edebilir. Ancak bunun için, haliyle, bilfiil bir hizmetin para istenen kişiye sunulmuş olması gerekir. İdare hizmet sunmadığı kişiden para da isteyemez.

Danıştay pek çok kararıyla kanunla öngörülmüş vergi, harç, resim, şerhiye, katılma payı vs. dışında, belediye idarelerine ilişkin olarak idare tarafından sunulmuş bir hizmetin bulunmaması durumunda idarenin bir ücret talep edemeyeceğine karar vermiştir:

Örneğin Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 17 Mart 1990 tarih ve E.1988/2757, K.1990/1079 sayılı *servis araçları* ismini verebileceğimiz kararına konu teşkil eden olayda İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi, 24.12.1987 tarih ve 355 sayılı kararıyla “fabrika, okul benzeri her türlü servis otolarından koltuk sefer başına 10 lira alınmasına” karar vermiştir. Da-

nıştay Dokuzuncu Dairesi, servis araçları için belediyenin bir hizmet sunmadığını gözlemledikten sonra, sunulmayan hizmet için ücret talep etmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiş ve şöyle demiştir:

“Bir kamu hizmetinden dolayı harç alınabilmesi, bu hizmetin kanunla harç konusu edilmesi ve bu hususla ilgili düzenlemelerin de kanunda yer alması Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrası hükmü gereğidir.

Belediye hizmetlerinden hangilerinin harç konusu olduğu, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda tek tek sayılmak suretiyle gösterilmiştir.

Servis araçları ve bunların çalışmalarını harç konusu eden bir hüküm, 2464 sayılı Kanunda yer almamış olduğu gibi, bu hususta başka bir kanunda da yasal düzenlemede bulunulmamıştır.

Ancak belediyelerin 2464 sayılı Kanunun 3239 sayılı Kanunla değişik 97. maddesine göre ücret alma yetkileri mevcuttur. Bu ise, harç ve katılma payı dışında ilgililerin isteğine bağlı olarak yerine getirilmiş bir hizmetin bulunması durumunda mümkündür.

Bu durumda ise; *servis araçlarının çalışmaları ile ilgili olarak ücret istenebilmesi, bu hususta Belediyece yerine getirilmiş bir hizmetin bulunması halinde mümkün olur.*

Olayda ise, bu araçların çalışmaları ile ilgili olarak belediyece yerine getirilmiş bir hizmet bulunmadığı cihetle bu hususta bir ücretin talep edilmesi mümkün değildir”⁴²⁶.

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 22 Kasım 1990 tarih ve E.1989/4733, K.1990/3635 sayılı “*Sakız Adası feribotu kararı*” ismi verebileceğimiz kararına konu teşkil eden olayda Çeşme Belediye Meclisi, 13.02.1987 gün ve 1987/3 sayılı kararı ile Sakız Adasına sefer yapan feribot için 13.02.1987-20.11.1988 dönemine ilişkin olarak “katı atık alınma hizmet ücreti” tahakkuk ettirilmiştir. Bu tahakkukun terkin edilmesi için açılan davada İzmir Vergi Mahkemesi, 11 Mayıs 1989 tarih ve 1989/184 sayılı kararıyla belediyenin söz konusu feribota katı atık alma hizmeti vermediğini tespit ettikten sonra davayı kabul etmiş ve

“2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 97 nci maddesinde Belediyelerinin bu kanunda harç ve katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edilecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkili olduklarının ve belediyeye tekel olarak verilmiş işlerin kendi özel hükümlerine tabi olacağına hükme bağlandığı, yasa hükmüne göre belediyelerin ücret alabilmesi için ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecek bir hizmette bulunmasının gerekeceği, eğer hizmet yoksa ücret te istenemeyeceği, ara kararı ile

426. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 17 Mart 1990 Tarih ve E.1988/2757, K.1990/1079 Sayılı *Servis Araçları Kararı (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası)*. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin şu kararı da tamamıyla aynı gerekçeyle aynı yöndedir: Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 24 Mart 1992 Tarih ve E.1991/2290, K.1992/946 Sayılı Karar (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

getirilen belgelerin incelenmesinden, *davacı şirkete ait feribotun sadece iskeleyle yanaştığı, feribota ait katı atıkların alınması hususunda hiçbir istem ve yapılan hizmetin bulunmadığı, bu nedenle ücret istenmesinin de yerinde olmadığı*"na

karar vermiş ve bu karar Danıştay Dokuzuncu Dairesi tarafından aynen onanmıştır⁴²⁷.

Danıştay Dokuzuncu Dairesi 18 Mart 1999 tarih ve E.1998/1285, K.1999/1232 sayılı kararına konu teşkil eden olayda Konya Büyükşehir Belediyesi tarafından işletilen otobüs garajına girip çıkmadan garaj kapısından yolcu indirip bindirerek yolcu taşıyan bir belde belediyesine ait otobüs için garaj ücreti tahakkuk ettirilmiştir. Bu tahakkukun terkinin istemiyle açılan davada Konya Vergi Mahkemesi, 16 Aralık 1997 tarih ve 1997/834 sayılı kararıyla belde belediyesi otobüsünün Büyükşehir Belediyesine ait garaj hizmetlerinden faydalanmadığını ve dolayısıyla bunun için ücret istenemeyeceğine, çünkü, "ücret" in "niteliği gereği ceza olmayıp ancak bir hizmet ifası karşılığında alınabileceği" ne karar vermiş ve bu karar Danıştay Dokuzuncu Dairesi tarafından onanmıştır.

c) İsteğe Bağlı Belediye Hizmetleri Karşılığı Olarak Para İstenebilmesinin Şartları: Hizmet Sunulmuş Olmalı ve Sunulan Hizmet Belediyenin Aslı (Mecburî) Görevlerinden Olmamalı. - 26 Mayıs 1981 tarih ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 4 Aralık 1985 tarih ve 3229 sayılı Kanunla değişik "ücrete tabi işler" başlıklı 97'nci maddesi şöyle demektedir:

"Belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve *ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için* belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre *ücret almaya* yetkilidir".

Görüldüğü gibi, bu madde uyarınca belediyeler sundukları isteğe bağlı hizmetler için ücret alabileceklerdir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin birçok Danıştay kararı vardır. Bu kararlar ışığında şunları söyleyebiliriz:

Öncelikle Danıştay belediye tarafından bir hizmette bulunulmaması durumunda belediyenin bir ücret talep edemeyeceğine karar vermektedir. Örneğin Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 17 Mart 1990 tarih ve E.1988/2757, K.1990/1079 sayılı kararıyla servis araçlarından ücret alınamayacağına çünkü, bu araçlara yönelik belediyelerin bir hizmette bulunmadığına karar vermiştir⁴²⁸. Keza Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 22 Kasım 1990 tarih ve

427. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 22 Kasım 1990 Tarih ve E.1989/4733, K.1990/3635 Sayılı *Sakız Adası Feribotu Kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)*.

428. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 17 Mart 1990 Tarih ve E.1988/2757, K.1990/1079 Sayılı *Servis Araçları Kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)*. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin şu kararı da tamamıyla aynı gerekçeyle aynı yöndedir: Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 24 Mart 1992 Tarih ve E.1991/2290, K.1992/946 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

E.1989/4733, K.1990/3635 sayılı kararıyla bir belediyenin “katı atık alma hizmeti” sunmadığı bir feribottan “katı atık alma ücreti” isteyemeyeceğine karar vermiştir⁴²⁹. Keza Danıştay Dokuzuncu Dairesi 18 Mart 1999 tarih ve E.1998/1285, K.1999/1232 sayılı kararıyla büyükşehir belediye tarafından işletilen garaja girip çıkmadan garaj kapısından yolcu indirip bindirerek taşıyan belde belediyesine ait araç için garaj ücreti istenemeyeceğine, çünkü, büyükşehir belediyesi tarafından bu araca ilişkin verilen bir garaj hizmeti bulunmadığına karar vermiştir⁴³⁰.

Belediyenin sunduğu bir hizmet olmakla birlikte bu hizmet, *zorunlu kamu hizmetlerinden*, diğer bir ifadeyle “*belediyenin aslî görevleri*”nden ise belediye yine ücret isteyemeyecek; ancak söz konusu ücret isteğe bağlı bir hizmet ise belediye ücret isteyebilecektir.

Örneğin Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 22 Kasım 1990 tarih ve E.1989/486, K.1990/3680 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir belediye turistik konaklama tesisi işleten bir kişi adına çöp toplama ücreti tarh etmiştir. Tarhiyatın terkinini istemiyle açılan davada Antalya Vergi Mahkemesi 28.11.1988 gün ve 1988/744 sayılı kararıyla

“Belediyelerin mecburi hizmetleri dışındaki isteğe bağlı hizmet karşılığı alınacak ücretler için tarife düzenleyebileceği, çöplerin toplanması ve taşınmasının belediyenin *zorunlu görevleri* arasında olduğu, kişi ve kuruluşların isteğine bağlı olmaksızın çöplerin toplanmasının belediyenin asli görevi içinde bulunduğu, bu nedenle yasal dayanaktan yoksun tarhiyatın terkinini icap edeceği”ne

karar vermiş ve bu karar Danıştay Dokuzuncu Dairesi tarafından aynen onanmıştır⁴³¹.

Yine Danıştay Dokuzuncu Dairesi 2 Nisan 1991 tarih ve E.1989/5038, K.1991/1194 sayılı *İzmir Kültürpark* kararıyla İzmir Büyükşehir Belediyesinin halkın hizmetine sunduğu Kültürparkın aydınlatılması hizmetinin isteğe bağlı olarak ifa edilen hizmetlerden olmadığına ve bu hizmetten dolayı park içinde gazino, çay bahçesi işleten yükümlülerden “park aydınlatma gideri” olarak ücret istenemeyeceğine karar vermiştir⁴³².

429. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 22 Kasım 1990 Tarih ve E.1989/4733, K.1990/3635 Sayılı *Sakız Adası Feribotu Kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)*.

430. Keza Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 18 Mart 1999 Tarih ve E.1998/1285, K.1999/1232 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

431. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 22 Kasım 1990 Tarih ve E.1989/486, K.1990/3680 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 82-83, s.736 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

432. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 2 Nisan 1991 Tarih ve E.1989/5038, K.1991/1194 sayılı *İzmir Kültürpark Kararı, Danıştay Dergisi*, Sayı 82-83, s.741 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

Danıştay Dokuzuncu Dairesi 13 Nisan 1993 tarih ve E.1993/335, K.1993/1595 sayılı kararıyla ekmek imalinde sağlığa uygunluk ve gramaj denetimi hizmetleri belediyenin aslî görevleri olduğundan bu tür hizmetler için belediyelerin ücret istenemeyeceğine karar vermiştir⁴³³.

Danıştay Dokuzuncu Dairesi 26 Mayıs 1998 tarih ve E.1997/3873, K.1998/2158 sayılı kararıyla belediye sınırları içinde satılan etlerin kontrolünün belediyenin aslî görevi içinde bulunduğu ve dolayısıyla et kontrol ücreti istenemeyeceğine karar vermiştir⁴³⁴.

Danıştay Dokuzuncu Dairesi 2 Şubat 1999 tarih ve E.1998/307, K.1999/321 sayılı kararıyla işyerlerinin ruhsatsız faaliyet gösterdiğine dair yapılan denetimlerin, belediyelerin aslî ve zorunlu kamusal görevlerinden olduğuna, dolayısıyla bu görevin yerine getirilmesinden dolayı belediyenin denetlediği işyerlerinden ücret isteyemeyeceğine karar vermiştir⁴³⁵.

Copyright

(c) Kemal Gözler. Bu sayfaya izin almadan link verilebilir. Bu sayfa izin almaksızın kopyalanabilir. Kaynağı belirtilmek şartıyla kağıt olarak çoğaltılabilir. Ancak, bu web sayfası, önceden izin almaksızın başka internet sitelerine metin olarak konulamaz. İzin için kgozler[at]hotmail.com adresine başvurunuz. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 3 Mart 2004 tarih ve 4630 sayılı kanunla değişik 71 ve 72'nci maddeleri, bir fikir ve sanat eserini herhangi bir yöntemle çoğaltanları, dağıtanları, satanları, elinde bulunduranları, paraya çevrilmeksizin, 2 (iki) yıldan 4 (dört) yıla kadar hapis cezası veya 50.000 TL'den 150.000 TL'ye kadar ağır para cezasıyla veya zararın ağırlığı dikkate alınarak bunların her ikisiyle birden cezalandırmaktadır.

Alıntılar (İktibas) Konusunda Açıklamalar

Bu çalışmadan yapılacak alıntılarda (iktibaslarda) 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesinde öngörülen şu şartlara uyulmalıdır: (1) İktibas, bir eserin “*bazı cümle ve fıkralarının*” bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). (2) İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak amacıyla yapılmalıdır (m.35/3). (3) İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5) [Bilimsel yazma kurallarına göre, aynen iktibasların tırnak içinde verilmesi ve iktibasın üç satırdan uzun olması durumunda iktibas edilen satırların girintili paragraf olarak dizilmesi gerekmektedir]. (4) İktibas ister aynen, ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). (5) İktibas edilen kısmın alındığı yer belirtilmelidir (m.35/5).

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 3 Mart 2004 tarih ve 4630 sayılı kanunla değişik 71'inci maddesinin 4'üncü fıkrası, 35'inci maddeye aykırı olarak “kaynak göstermeyen veya

433. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 13 Nisan 1993 Tarih ve E.1993/335, K.1993/1595 Sayılı Karar (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

434. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 26 Mayıs 1998 Tarih ve E.1997/3873, K.1998/2158 Sayılı Karar, (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

435. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 2 Şubat 1999 Tarih ve E.1998/307, K.1999/321 Sayılı Karar, (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak” göstererek iktibas yapan kişileri, 2 (iki) yıldan 4 (dört) yıla kadar hapis cezası veya 50.000 TL'den 150.000 TL'ye kadar ağır para cezasıyla veya zararın ağırlığı dikkate alınarak bunların her ikisiyle birden cezalandırmaktadır.

Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 18 Şubat 1981 tarih ve E.1980/1, K.1981/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kararına göre, “iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserinin adı belirtilse bile eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine dayanarak Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebilir”.

Yukarıdaki şartlara uygun olarak alıntı yapılırken bu çalışmaya şu şekilde atıf yapılması önerilir: Kemal Gözler, “Türkiye’de Başörtüsü ve Lâiklik Meselesi”, Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2009, s.329-341’den alınmış parça, < www.idare.gen.tr/turban.pdf >.