

İDARE HUKUKU DERS NOTLARI

Öncelikle idare nedir? Sorusuyla işe başlamak gerekiyor! Bir güç ya da kudret olduğu kesin ya da böyle bir izlenim veriyor ilk duyulduğunda... "Okul idaresi bu sene bazı dersleri alamayacağımı açıkladı"...; "site yönetimi sabahları belirli bir saate kadar evde tamirat yapılmasını yasaklamış" ve saire...

Bir güç ya da kudret izlenimi ister istemez "devlet" ile idarenin aynı şey olup olmadığı sorusunu akla getiriyor. Devlet de bir güç ve kudret anlamına geldiğine göre acaba ikisi aynı şey midir?

Devlet nedir?

Birçok tanım vermek mümkün olabilir, soyut birtakım tanımlar verebiliriz: Bana göre devlet şudur ya da falanca düşünür devleti şöyle tanımlamıştır gibi...

Kişiden kişiye değişebilir bu tanımlar.

Ancak en basit ve gerçekçi bir yaklaşımla bir defa şunu söylemek lazım ki insanlar toplu halde yaşamak gereksinimi içerisindedirler. Bir defa, yaşamak için gerekli besinlerin elde edilmesi işbölümünü şart kılar! Ayrıca bazı insanların diğerleri olmadan yaşamlarını devam ettirmeleri pek mümkün değil, yaşlılar, yetişkin olmayanlar ya da hastalar gibi...Bir de aynı zamanda doğadan ya da diğer insanlardan kaynaklanan tehlikelerden korunabilmek için de birlikte hareket etmeleri gerekir.

İbn-i Haldun; mukaddime adlı eserinde, ilkel gereksinimlerin yani gıda ve korunmanın yardımlaşma ile sağlanacağını bu nedenle de insanların topluluk halinde yaşamak durumunda olduklarını belirtmiştir.

Tabii insanlar birlikte yaşama halindeyken aynı zamanda bencil de olurlar. Biri diğerinin malına göz dikebilir mesela! Bu nedenle her topluluğun başında bir otoriteye gereksinim vardır. Bu otorite ailede aile reisidir. Ancak ailelerden oluşan çok daha geniş bir toplulukta daha üst bir otoriteye ihtiyaç duyulur.

Toplum içerisinde bencil duygular ve bunların yol açtığı kargaşanın önüne geçebilmek için düzeni sağlayacak, belirli yasaklar koyacak ve bunların uygulanmasını sağlamak için gerektiğinde zor kullanabilecek bir hükümdara ya da hükümete ihtiyaç olacaktır.

Bu hükümdar başta dini lider, kabile reisi ve saire olmuştur...Ancak burada şu sorun ortaya çıkmıştır: Bu hükümdardan sonra ne olacak? Yerine kim gelecek? Nasıl gelecek? Meşruiyeti nasıl sağlanacak? Ve saire...

Bu sorunlar uzun bir süre çözülememiş...Ancak önünde sonunda siyasal iktidara kimin nasıl geleceği, iktidarı nasıl kullanacağı, iktidarın gücünün sınırları ve saire önceden belirli birtakım kurallara bağlanmıştır. İşte bu noktada siyasal iktidarın "kurumsallaşması" sözkonusu olmuştur.

Kurumsallaşmış olan siyasal iktidara "devlet" denir. Devlet bir kuruluştur, ülke, millet ve bağımsız bir örgütten oluşur.

Tabii bu tarihsel gelişime ilişkin yaklaşımdan ziyade bizi ilgilendiren "pozitif hukuk" bakımından devletin ne olduğunun belirlenmesidir. Anayasa'da bu sorunun cevabını bulmak mümkün: "Anayasanın 6. maddesi".

A.Y.

MADDE 6. Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.

"Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, **yetkili organları eliyle** kullanır."

Peki bu yetkili organlar nelerdir?

Bu sorunun cevabını da Anayasada bulmak mümkündür:

VII. Yasama yetkisi

MADDE 7. Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.

VIII. Yürütme yetkisi ve görevi

MADDE 8. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

IX. Yargı yetkisi

MADDE 9. Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.

→ Demek ki devlet; “yasama”, “yürütme” ve “yargı”dan oluşmaktadır.

Pekiye bireyin hayatında devlet nedir?

Sınav salonlarında geçirilen endişeli saatler; hastane koridorlarında acı içinde bir türlü gelmeyen doktoru beklemek, belirli bir yaşa gelince asker üniforması giydirilip zorla birşeylerin bize yaptırılması, yazıp çizdiklerimiz yüzünden birilerinin bizi cezaevine tıkmaları, biber gazı, jop, tazyikli su ve saire...

Bize bunları yaşatan yasama mıdır?

Bir yanda karar alıcılar, diğer yanda ise bunları uygulayanlar vardır. Bizimle doğrudan doğruya ilişkide olanlar işte bu uygulayıcılardır. Yasamanın, yürütmenin ve yargının aldığı kararlar uygulanmadıkları müddetçe bizi etkilemezler. İşte bunları uygulayan "idare" dediğimiz mekanizma yani devlet içerisindeki birtakım kuruluşlardır.

Pekiye idare dediğimiz bu mekanizma “yasama”, “yürütme” ve “yargı” erkleri içerisinde nerededir?

Anayasa'da idare, yürütme ile ilgili bölüm içerisinde düzenlenmiştir. Demek ki idare, yürütmenin içerisinde yer almaktadır. Pekiye cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu da idareye dahil midir?

Anayasadan hareketle bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir:

1-Anayasa'da idare başlığı altında idari yargı yolu düzenlenmiş ve cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin idari yargının denetimine tabi olmadığı belirtilmiştir. Demek ki bir defa "idari yargı" ile ilgili bölümde Anayasa, cumhurbaşkanından bahsettiğine göre cumhurbaşkanının idarenin içinde olduğunu üstü örtülü biçimde kabul etmiştir. (Ayrıca cumhurbaşkanının tek başına yapmadığı işlemler "İDARİ" yargı denetimine tabi olacaktır).

2-Yine idare başlığı altında başbakanlık ve bakanlıkların yönetmelik çıkarma yetkisinden bahsedildiğine göre bunlar da idarenin içindedirler.

SONUÇ: Cumhurbaşkanı, başbakanlık ve bakanlıklar idarenin içindedir.

Tabii idare içerisinde aynı zamanda başka kuruluşlar da var. Mesela üniversiteler de idarenin içinde, devlet hastaneleri, emniyet genel müdürlüğü, v.s. birçok kuruluş var!

Ancak soyut olarak bu kuruluşların varlığı da bizi etkilemiyor. Bizi etkileyen aslında yine bizim gibi insanlardır. Bu mekanizma içerisinde yer alan, çalışan insanlardır.

Mesela biz bir okulda okurken üzerimizde otorite ya da güç olarak doğrudan doğruya yasama, yürütme ya da yargıyı mı hissederiz? Gerçekte karşımıza birtakım insanlar çıkar ve biz idare adı altında bu kişilerle muhatap oluruz. Örneğin, sınavda bu kişiler bizim oturduğumuz yeri değiştirebilir ya da sınavın başlangıcından itibaren belli bir süre sınavı bitirip dışarı çıkmamıza izin vermeyebilirler; yani hak ve özgürlüklerimizi kısıtlayabilirler.

Başka bir anlatımla bizim güç ya da otorite olarak karşımıza çıkanlar aslında kuralları uygulayan insanlardır!

Pekiye biz bu insanlarla neden eşit değiliz? Çünkü onlar devlet dediğimiz soyut varlığın sahip olduğu egemenliği kullanırlar.

Anayasada buna ilişkin düzenlemeyi de bulmak mümkündür:

MADDE 128. Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Şu halde idare dediğimiz aslında, gerçekçi bir bakış açısıyla, idare mekanizması içerisinde yer alan kuruluşlarda çalışan bizim gibi insanlardan başkası değildir.

Peki bu insanların keyfi biçimde uygulamalarda bulunmalarından bizleri kim koruyacak?

Mesela bir öğretim üyesinin keyfi biçimde öğrencileri sınıfta bırakması ve mezun olmalarını engellemesi ihtimalinden onları kim koruyacaktır?

ANAYASA MADDE 2:

MADDE 2. Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Formül: HUKUK DEVLETİ---->Devlet (=yasama, yürütme, yargı)

Demek ki: 1-Hukuka uyan yasama

2-Hukuka uyan yürütme

3-Hukuka uygun yargı

İdare de yürütmenin içinde yer aldığına göre "HUKUKA UYGUN İDARE"

Burada bir soru akla geliyor: Sırf bu kural var diye yasama, yürütme ve yargı fiilen hukuka uygun davranacak mıdır? Davranmazlarsa ne olur? Yaptırım nedir?

Mesela herhangi bir siyasal parti millet beni oyuyla iktidara getirmiş diyor, milletin iradesi herşeyden üstündür o zaman ben istediğim herşeyi yaparım diyor diyelim ki! Kanun yapmak için yeterli sayıda milletvekili var ise istediği kanunu yapabilir mi? Mesela artık bundan sonra işkencenin serbest olmasını hükme bağlayan bir kanun çıkarabilir mi?

İşte bu noktada hukuk devleti-kanun devleti farkı ortaya çıkıyor.

Hukuk devleti ile kanun devleti birbirinden oldukça farklıdır.

Yürütme ve idare için de aynı şeyleri ileri sürebiliriz: Hükümet yasamanın içinden çıktığına göre yani mecliste en fazla sandalyeye sahip olan parti aynı zamanda hükümet olacağına göre yürütmenin de keyfi uygulamalarda bulunabilmesi mümkündür. Tabii bu aynı zamanda idare için de geçerlidir.

Peki yasama, yürütme ve onun içerisindeki idarenin keyfi uygulamalarına karşı bizi kim koruyacaktır?

İşte yargı burada devreye girecektir. Danıştay, "idarenin" karşısındaki tek güvencenin, etkin bir yargı denetimi olduğunu vurgulamıştır:

"...İdarenin, kişilerle olan ilişkilerinde sahip olduğu kamu gücü ve kudretini yanına alarak hareket etme üstünlük ve ayrıcalığı karşısında, kişilerin sahip olduğu tek güvence 'etkin bir yargısal denetimin varlığı' dır..." (DANIŞTAY,5. D.E. 2005/5354; www.kazanci.com).

Yargı yasama, yürütmeyi ve idareyi denetleyecek ve hukuka aykırı davrandığında yaptırımlandıracaktır. Peki bu nasıl sağlanabilir?

Bir defa yargının denetimde bulunabilmesi için yasama ve yürütmeden emir ve talimat almaması gerekir. Yani bu iki erkin boyunduruğu altına girmemesi, kısacası bağımsız olması şarttır. Bağımsız olması aynı zamanda tarafsız olabilmesi sonucunu da doğuracaktır. Çünkü tarafsız olabilmek ancak bağımsız olmakla mümkün olabilir.

Diğer yandan yargının da başına buyruk davranmaması gerekir! Bu da tehlikelidir ve "yargıçlar hükümeti" adı verilen bir rejimi doğurabilir.

Şu halde:

1-Siyasal iktidarı ve yasamayı denetleyecek ve bağımsız olacak bir yargı şarttır.

2-Siyasal iktidarın meclisteki çoğunluğunu kullanarak istediği kanunu çıkarıp yargıyı saf dışı bırakmasını engellemek zorunludur. (Çünkü yargı, kanuna göre karar vermek durumundadır).

3-Yargının da keyfi biçimde karar almasını engellemek gerekir.

Bunun için tüm erkleri bağlayacak kurallar koymak gerekir. İşte anayasa ve anayasaya uymayan bir kanun çıkarıldığında bunu iptal edecek bir anayasa yargısı burada devreye girmektedir.

Anayasada neler olmalı?

a) Kurallar: Yasama, yürütme ve idareyi yargı denetimine tabi tutacak kurallar olmalıdır:

MADDE 11. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

MADDE 8. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

MADDE 129. Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.

MADDE 8. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

MADDE 9. Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.

MADDE 138. Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Temel hak ve hürriyetler----> Anayasa 2. kısım

13. madde önemli:

II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13.

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Danıştay'a göre: "...Hukuk devletinin en önemli niteliği kamu gücü karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır..." (D.8. D.E. 1998/397;www.kazanci.com).

Ve tabii, anayasanın 90.maddesinin son fıkrası önemlidir...

Bu fıkra göre: Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

b) Yaptırımlar: Yasama --->Md 148

Yürütme ve idare---->md.125, 138/son, 137, 125

Anayasanın 125. maddesinin 1.fıkrası önemli:

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."

Peki açık mı hakikaten?

Hakimler ve savcılar yüksek kurulu----> Anayasa md. 159: "Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz."

Demek ki bazı işlemlere karşı kapalı! Bu durum idari yargının bağımsızlığını etkiliyor!

Aynı zamanda anayasa yargısının bağımsızlığını da etkileyen bir düzenleme var:

Anayasa mahkemesi üyelerinin seçimi AY. md. 146----> TBMM + Cumhurbaşkanı

"KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ"

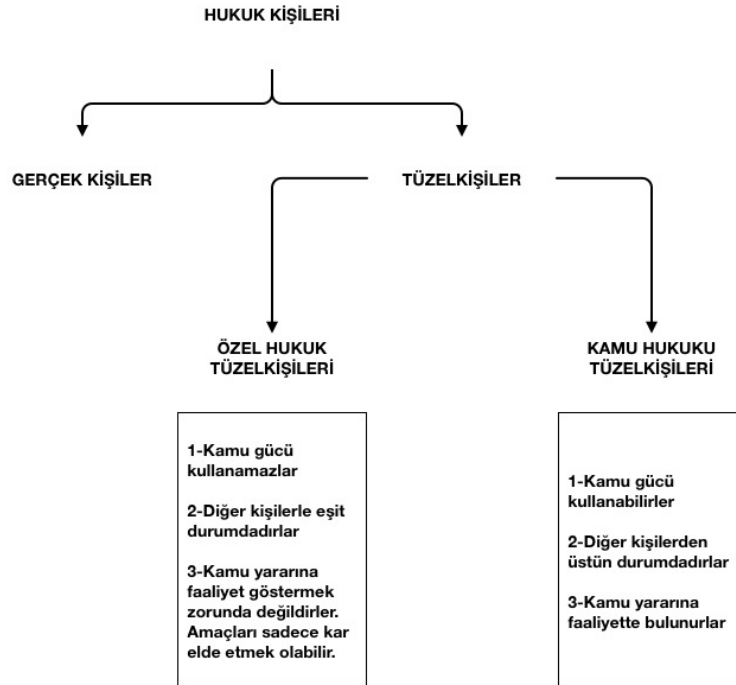
Hukukta "kişi" dediğimizde akla "gerçek" kişiler ve "tüzel kişiler gelir. Gerçek kişiler hak ve borçlara sahip olabilen insanlardır.

Tüzel kişiler ise hukuk düzeninin kendilerine hak ve borç sahibi olabilme yetkisi tanıdığı insan topluluklarıdır. Hukuk düzeni bu insan topluluklarını kendilerini oluşturan insanlardan yani gerçek kişilerden ayrı bir varlık olarak kabul etmektedir. Bu varlığın kendine ait bir iradesi vardır ve yetkili organları bu iradeyi kullanarak hak ve borç altına girebilir.

Tüzel kişilerin belirli bir bölümü özel hukuka tabidir. Bunlar da özel hukukta gerçek kişiler ile eşit biçimde hak ve borç altına girebilirler, sözleşmeler yapabilirler v.s. Ancak hukuk düzeni, tüzel kişilerin belirli bir bölümüne gerçek kişilerden ve diğer tüzel kişilerden farklı bir nitelik tanımıştır. Bazı tüzel kişilere diğer tüzel kişilere ve gerçek kişilere nazaran üstünlük tanınmıştır. İşte bu üstünlüğün kökeninde "kamu yararına" belirli faaliyetlerde bulunma görevi ve yetkisi bulunmaktadır. Yani bu tüzel kişiler kamunun yararına birtakım faaliyetlerde bulunabilmek için diğer kişilerin iradeleri hilafına hareket edebilme, iradesini gerekirse zor kullanarak kabul ettirme üstünlüğüne sahiptirler. Kısacası "kamu gücü" kullanma yetkisine sahiptirler. Ancak her zaman bu "kamu gücünü" kullanmak mecburiyetinde de değildirler.

Bahsettiğimiz bu üstün hak ve yetkilere (ama aynı zamanda belki diğerlerinden daha fazla yükümlülüğe de) sahip tüzel kişiler "kamu tüzelkişileridir".

Kamu tüzel kişileri "kamu gücü" kullanma yetkisine sahiptirler. Bu gücü kullanabilmek için bazı "ayrıcalıklardan" yararlanırlar. Hukuk düzeni, kamu tüzelkişilerine özel hukuk kişilerinden (gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri) daha üstün olmalarını sağlayacak birtakım ayrıcalıklar tanımıştır. Bu ayrıcalıklardan biraz aşağıda bahsedilecektir.



- Kamu tüzelkişileri "Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinden" oluşur. Yani "devlet" de bir kamu tüzelkişisidir.

Peki bu nereden anlıyoruz?

Anayasanın çeşitli maddelerinde (29, 128, 161, 82...) "Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin" ifadesi yer almaktadır. Bu ifadede devletin de bir kamu tüzel kişisi olduğu anlaşılmaktadır.

KAMU TÜZELKİŞİLİĞİ NASIL KURULUR?

Anayasaya göre: "Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur."

Şu halde bir defa yasamanın yapacağı bir kanunla kurulması gereklidir. Ya da yasamanın bu konuda yetki vermesi halinde (ki bu yetkinin açık olması zorunlu yani üstü örtülü biçimde yetki verilmesi sözkonusu olamaz) yürütme tarafından kurulması mümkündür.

Burada birkaç sonuca ulaşmak mümkün:

1-Bir defa anayasa da bir "kanun" olduğuna göre anayasa ile de kamu tüzelkişisi kurulması mümkündür. Zaten bazı kamu tüzelkişileri anayasa ile kurulmuştur. Örn. Üniversiteler, belediyeler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları...

2-Kanun hükmünde kararname ile de kamu tüzelkişiliği kurulabilir. Örn. Kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT'ler) kanun hükmünde kararnameye dayanılarak idare tarafından kurulur.

3-Bir kanun ya da kanun hükmünde kararname ile açıkça yetki verilmesi halinde bir idari işlemle de kurulabilir. Mesela bir bakanlığın kararı ile de kurulabilir: Köy tüzel kişiliği 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2. maddesine göre Bayındırlık ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarının görüşü üzerine içişleri bakanlığının onayı ile kurulur.

Burada şu soru akla geliyor: Neden kanunla ya da kanunun açıkça yetki vermesi ile?

Bunun nedeni kamu tüzelkişilerinin diğer hukuk kişilerine nazaran üstün durumda bulunmaları ve onların iradeleri hilafına hareket edebilmeleridir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi kamu gücü kullanabilen ve bu güç nedeniyle diğer kişilerin hak ve hürriyetlerine müdahale edebilen kamu tüzelkişilerinin keyfi biçimde hareket etmelerini önleyebilecek bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Bu da halkın seçtiği yasama ve yasamanın hukuka aykırı kanun yapması halinde de anayasa yargısıdır. Bir kanunla yetki verilmeden kamu tüzelkişisi kurma yetkisi tanınsaydı, idarenin keyfi biçimde bir kamu tüzelkişisi kurması ve ona hukuka aykırı işlem ve eylemlerde bulunmasını sağlayacak yetkiler vermesi tehlikesi ortaya çıkardı.

Anayasanın "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmü de aynı sonuca varmayı gerektirir: Kuruluş kanunla olacak + görevler (yetkiler) kanunla düzenlenecek! Böylece idarenin hukuka aykırı biçimde kamu gücü kullanması tehlikesine karşı güvence sağlanmış olacaktır.

KAMU TÜZELKİŞİLİĞİNİN BELİRLENMESİ

Bir tüzel kişinin niteliği nasıl tesbit edilir? Bir tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu tüzelkişisi mi olduğunu nasıl tesbit edebiliriz?

Bu başlık altında bu konudan bahsedeceğiz.

1-Anayasa veya bir kanun sözkonusu tüzelkişinin kamu tüzelkişisi olduğunu açıkça hükme bağlamışsa mesele yoktur. Bu halde ortada tartışmasız bir kamu tüzelkişisi var demektir.

Örnek: 4628 sayılı kanun:

Madde 4 – **Kamu tüzel kişiliğini haiz**, idari ve mali özerkliğe sahip ve bu Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuştur"

Görüldüğü gibi kanun, açıkça kamu tüzel kişiliğini haiz ifadesini kullanmıştır. Şu halde ortada tartışmasız bir kamu tüzelkişisi vardır.

Ancak bazen bir kanun "kamu" nitelemesinde bulunmaz. Örneğin sadece "tüzel kişiliği haiz" ifadesi kanunda vardır ama "kamu" terimi yoktur. Yani bir tüzel kişilik kanunla kurulur ama bu tüzel kişiliğin kamu tüzel kişisi olup olmadığı açıkça belirtilmez.

Bazen de bir özel hukuk tüzel kişiliği kurulmuştur kanunla ama esasında bu özel hukuk tüzel kişiliği "kamu gücü" kullanma yetkileriyle donatılmıştır. Yani ortada aslında "gizli" bir kamu tüzel kişisi bulunması olasılığı vardır.

Bu durumlarda ortada bir kamu hukuku tüzel kişisi olup olmadığını nasıl anlayabiliriz?

İki şart birlikte aranacaktır!:

1-Bu tüzel kişi "kanunla" ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak "idari işlemle" kurulmuş ise bu tüzel kişi bir kamu tüzel kişisi olabilir.

2-Sözkonusu tüzel kişi kamu gücü kullanma yetkisine sahip biçimde düzenlenmiş ise ortada bir kamu tüzel kişisi olabilir. Tabii burada tüzel kişi ile ilgili düzenlemeye bakmak gerekecektir. Yani kanun ya da kanuna dayanan idari işlem "kamu gücü" kullanma yetkisini bu tüzel kişiye tanımış mı?

ÖNEMLİ: İlk şartın gerçekleşmesi tek başına yeterli değildir. Bir "özel hukuk tüzel kişisi" de kanunla kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak idari işlemle kurulmuş olabilir. Danıştay 13. Dairesi kanunla kurulmuş olmakla birlikte "Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı"nın kamu tüzel kişisi olmadığına karar vermiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"...(A)nılan vakfın, **Kanun ile kurulmuş olmasına rağmen** açıkça Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre faaliyetlerini yürütmekte olan özel hukuk tüzel kişisi olduğu, kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir yapı arz etmediği, nitekim, **vakfa tanınan ayrıcalıkların Bakanlar Kurulu kararı uyarınca vergi muafiyetinden yararlanan diğer vakıflarından bir farklılık taşımadığı**, vakfın kamu kaynağı kullanmadığı ve Türk Medeni Kanunu uyarınca faaliyet gösteren diğer vakıflardan farklı olarak ayrı bir kamu denetimine tabi olmadığı anlaşılmaktadır..."¹

• Kamu gücü ayrıcalıkları:

a) **Tek yanlı işlemler yapabilme yetkisi:** Özel hukukta bir hukuksal işlemin yapılabilmesi için kural olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekir. Örneğin bir satım sözleşmesi yapılabilmesi için alıcı ve satıcının iradelerinin uyuşması zorunludur. Özel hukuk alanında iradeler eşittir. Oysa kamu tüzel kişileri bir başka tüzel ya da gerçek kişinin rızası hilafına da işlem yapmak yetkisine sahiptirler. Yani karşı tarafın rızası bir işlemin yapılmasında belirleyici değildir. Aslolan idarenin iradesidir. İşte bu üstünlük bir kamu gücü ayrıcalığıdır. Örneğin idare bir çalışanını (kamu görevlisini) bir şehirden başka bir şehri naklen atayabilir. Kamu görevlisinin iradesinin bu atama işleminde belirleyici etkisi yoktur. Kamu görevlisinin iradesi o şehre gitmek yönünde olmasa bile bu atama kararını kabul etmek durumundadır. Aksi halde sonuçlarına katlanacaktır.

*Tek yanlılık=Bu işlemlerin hukuki sonuç doğurabilmesi için karşı tarafın "kabul" etmesine gerek olmamasıdır.²

*Tek yanlılık: Bazı müelliflere göre icrailik ile tek yanlılık aynı anlama gelir.³ İCRAİLİK=TEK YANLILIK MIDIR? (İleride, idari işlemler bölümünde bu konudan bahsedilecek olmakla birlikte burada şunu belirtmekle yetinelim ki bazı idari işlemler tek yanlı olmalarına rağmen icrai olmayabilirler. Örneğin hazırlık işlemleri, yani icrai nitelikteki bir işlemten önce yapılan ve bu işlemi hazırlayıcı olan işlemler, icrai değildir).

İCRAİLİK: İdari işlemin yapıldığı andan itibaren etkili olma kudretine sahip olmasını ifade eder. Bu mutlaka idari işlem uygulanacak anlamına gelmeyebilir, idare uygulamakan vazgeçebilir, işlemi geri alabilir vs. Ama önemli olan idari işlemin yapıldığı andan itibaren

¹ 13. DAİREE. 2013/811K. 2013/2659T. 25.10.2013; www.kazanci.com.

² Gözler, a.g.e.,s.261

³ Gözler.a.g.e.,s.265,266; Günday, a.g.e.,s.112

uygulanabilme kudretine sahip olmasıdır. Karşı tarafın rızası olmasa da bu etkili olabilme kudreti vardır.

Danıştay'a göre "kamu gücünün" başka bir işlemin yapılmasına gerek kalmadan üçüncü kişiler üzerinde doğrudan hukuki sonuç doğurduğu işlemler icrai niteliktedir.⁴

*Tek yanlılık: İdari işlemin sadece bir iradenin sonucu olması demek değildir. Önemli olan iradelerin yönüdür. Başka bir anlatımla idarenin işlemi birden çok iradenin sonucu olabilir (örn. belediye encümeni kararı gibi) ama aslında bu sadece taraf olarak idarenin işlemidir ve karşı tarafta da bu işleminden etkilenecek ilgili ya da ilgililer vardır. Yani birden çok irade işlemin oluşumunda rol oynasa da aslında ortaya çıkan sadece idare tarafının yani tek bir tarafın işlemidir.⁵

İcrailik, idari işlemin "kamu yararı amacı"na yönelik olması ve "kamu gücüne dayanmasından" kaynaklanmaktadır.⁶ Tek taraflı-icrai işlem yapma yetkisi kamu hizmetlerini yürütebilmesi için idareye tanınan en önemli ayrıcalıktır.⁷ Tekrar vurgulayalım ki, tüm tek yanlı idari işlemler "icrai" değildir⁸.

b) Re'sen icra yetkisi: Re'sen icra ne demektir? İdarenin kendi aldığı kararı kendisinin uygulayabilmesi demektir.

İdari işlemin Re'sen (kendiliğinden) icrası demek idarenin kendi aldığı kararı yani yaptığı işlemi kendisinin uygulaması demektir.

Özel hukukta re'sen icra yoktur: İhkak-ı hak yani kendi hakkını kendi alma yasaktır. Özel hukukta kişiler haklarını almak için mahkemeye ya da icra dairelerine başvurmak zorundadırlar. İdare ise kural olarak re'sen icra yetkisine sahiptir. Yani özel hukuk kişileri gibi idarenin aldığı kararı mahkeme ya da icra dairesi aracılığıyla uygulatmak mecburiyeti kural olarak yoktur.

İcrailik ile re'sen icra arasında şu fark vardır: İcrailik kararın (işlemin) oluşmasına ilişkin iken re'sen icra kararın (işlemin) uygulanmasına ilişkindir. Bir işlem idare tarafından yapıldığında "uygulanabilir"dir yani hukuk dünyasında değişiklik meydana getirme gücüne sahip olarak ortaya çıkmıştır ancak bu işlemin uygulanması (maddi aleme aktarılması, işlemin hukuk dünyasında meydana getirdiği değişikliğin maddi alemde gerçekleşmesi)⁹ ayrı bir konudur.

Not: Bazen idarenin yaptığı işlemin maddi aleme aktarılması için birşey yapılması gerekmez.¹⁰ Bu kendiliğinden olur. Adeta işlem yapılmakla maddi aleme de aktarılmış olur. Belki burada işlemin yapılması ile maddi aleme aktarılmasının iç içe geçtiği söylenebilir. İdarece birşeye "izin" verilmesi böyledir. İzin işlemi yapıldığı anda sonuçları maddi aleme kendiliğinden yansımaktadır.

Hukuk Devleti ilkesi ve bunun uzantısı olarak Anayasada öngörülen kanuni idare ilkesi uyarınca idare, kendi yaptığı işlemi kural olarak kendisi uygulama yetkisine sahip değildir. İdarenin yaptığı işlemi kendisinin uygulayabilmesi için kanunun buna izin vermesi gerekir.¹¹ Burada öğretinin görüşlerinde farklılık vardır. Gözler, idarenin kural olarak re'sen icra yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, ancak kanun bunun aksini

⁴ "...Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir..."; D.5.D.E. 1995/4416; www.kazanci.com.tr.

⁵ Gözler, a.g.e., s.261

⁶ Gözler, a.g.e., s.266

⁷ Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.I, s.373, Turhan, Ankara, 2001.

⁸ Günday, a.g.e., s.112; Gözübüyük; Tan, a.g.e.s.373

⁹ Günday, a.g.e., s.113

¹⁰ Günday, a.g.e., s.113

¹¹ Günday, a.g.e., s.113

öngörmüşse (mesela idarenin belirli bir işlemini uygulayabilmek için icra dairesine başvurması öngörülmüşse) idare kendi işlemini kendisi uygulayamaz.¹² Biz hukuk devleti ilkesi gereği re'sen icra konusunda idareye kanunla izin verilmiş olması gerektiğini düşünüyoruz.

c) Hukuka uygunluk karinesinden yararlanma

İdari İşlemler Hukuka uygun kabul edilirler. Ancak mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil etmedikleri için idari işlemlerin hukuka aykırı oldukları ileri sürülebilir.¹³ Yani bir idari işlem mahkeme kararı ile iptal edilinceye kadar hukuka uygun olduğu varsayılır ve uygulanır. Hatta dava açılmış olması da tek başına işlemin uygulanmasını durduramaz. İşlemin durdurulabilmesi ancak idari yargı yeri tarafından "yürütmenin durdurulması" kararı verilmesi halinde mümkündür. Bu kararın verilmesi de kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

Kural bu olmakla beraber, istisnaen, kanun bir idari işleme karşı yapılan başvurunun o işlemin yürütülmesini durduracağını öngörmüş olabilir.¹⁴ Örneğin, vergi uyuşmazlıkları bakımından İYUK böyle bir istisna hükmü getirmiştir:

İdari Yargılama Usulü Kanunu

Madde 27(...)

4. Vergi mahkemelerinde, **vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması**, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün **tahsil işlemlerini durdurur**.

Görüldüğü gibi İdari Yargılama Usulü Kanununa göre vergi mahkemelerinde dava açılması tek başına işlemin yürütülmesini durdurucu etkiye sahiptir. Bu durumda ayrıca yürütmeyi durdurma kararı verilmesine gerek kalmamaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu

Madde 27 – 1. **Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.**

2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/57 md.) Danıştay veya idari mahkemeler, **idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda**, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek **yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler**. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

Sonuç: Hukuka Uygunluk Karinesinin istisnaları

1. İdari yargı yerinin yürütmeyi durdurma kararı vermesi
2. Kanunun belirli bir başvuruya idari işlemin yürütülmesini durdurma etkisi tanınması

d) Kamu tüzelkişisinin malları ve personeli farklı bir rejime tabidir!

Malları: Kamu tüzelkişilerinin malları özel kişilerin mallarına nazaran hukuk düzenince daha fazla korunur. Mesela kamu tüzelkişilerinin malları haczedilemez, kamulaştırılamaz, zamanaşımı ile kazanılamaz. (Neden? Çünkü bu mallar kamu yararı amacıyla kullanılacaktır, üniversite binası olacaktır, sağlık kuruluşu olacaktır v.s. kamuya bir hizmet verilecektir bu mallar üzerinde)

Personel: Kamu tüzelkişilerinin personeli kamu görevlisi sayılır. Yani hukuk düzeni tarafından bu personel diğer kişilere nazaran daha fazla korunur. Mesela bir kamu görevlisinin görevi sırasında işlediği suçlardan dolayı kovuşturulması için kural olarak idare

¹² Gözler,0,a.g.e.,s.268

¹³ Günday,a.g.e.,s.114

¹⁴ Gözler,a.g.e.,s.270

tarafından izin verilmesi gerekir. İzin verilmedikçe kamu görevlisi yargılamaz. (Neden? Kamu hizmeti veren görevlilerin sürekli haklarında dava açılması korkusu ile o kamu hizmetini veremeyecekleri ya da gereği gibi yürütemeyecekleri düşüncesi-Oysa Avrupa hukuk sistemleri bundan artık büyük ölçüde vazgeçmiş durumda)

Ancak diğer yandan kamu görevlileri diğer gerçek kişilere nazaran daha fazla sorumluluk altına da girmektedirler. Örneğin sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen bazı suçlar bulunmaktadır.

e) Kamu tüzelkişilerinin alacakları ve borçları özel kişilerinkinden farklı bir rejime tabidir.

Alacaklar: Kamu tüzelkişilerinin alacakları hakkında amme alacaklarının tahsili usulü hakkında kanun uygulanır. Yani idare alacağını kendisi tahsil edebilir. Araya başka bir makamın girmesi gerekmez.

Borçlar: Kamu tüzelkişilerinin borçları da diğer kişilerin borçlarından farklıdır. Bu borçlar için ilgili kamu tüzelkişisinin mallarını haczetmek mümkün değildir, iflası istenemez...

f) Zorunlu üyelik ve aidat: Kamu tüzelkişilerinin diğer kişileri zorunlu olarak kendilerine üye yapmaları ve onlardan aidat almaları mümkündür. Bunun en bilinen örnekleri kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Örneğin hukuk fakültesini bitiren ve stajını tamamlayan bir kişi "baro"ya üye olmadan avukatlık yapamaz. Aynı zamanda baroya aidat ödemekle yükümlüdür.

g) Vergi muafiyeti: Kamu tüzelkişilerine bazı kanunlarda vergi muafiyeti tanınmıştır. Bu özellik de ortada bir kamu tüzelkişisi olup olmadığını değerlendirirken dikkate alınabilir.

• Kamu gücü yükümlülükleri

Kamu tüzelkişileri; sahip oldukları kamu gücü ayrıcalıkları karşısında özel hukuk kişilerinden farklı olarak birtakım yükümlülüklerle de uymak zorundadırlar. Bunun kökeninde yine kamu yararına faaliyet görme esası yer almaktadır. Aynı zamanda kamu tüzelkişilerinin faaliyetleri için harcadıkları para da kamu kasasından gelmektedir. Başka bir anlatımla "halkın" ödediği vergilerden toplanan parayı keyfi biçimde harcayamazlar. Bu nedenle de bazı yükümlülüklerle uymak zorundadırlar:

1- Kamu tüzelkişileri "kamu yararı" dışında bir amaçla faaliyette bulunamazlar. Özel kişiler ise kanunların yasaklamadığı her türlü amacı gerçekleştirmek için faaliyette bulunabilirler.

2-Özel hukuk tüzelkişileri personel istihdamı bakımından da daha serbesttirler. Yani istedikleri kişiyi çalıştırabilirler. Oysa kamu tüzelkişileri sınav düzenlemek ve layık olanı işe almak zorundadırlar. Bunun nedeni halka hizmet edecek kişilerin belirli niteliklere sahip olması gerektiği düşüncesidir.

3- Kamu tüzelkişilerinin özel hukuktaki gibi sözleşme serbestileri yoktur: Kamu tüzelkişileri dilediği gibi sözleşme yapamaz; sözleşmenin diğer tarafını belirleyebilmek için ihale açmaları zorunludur. Böylece işi en iyi ve ucuza yapacak özel kişi seçilecektir. İşin iyi yapılması kamu yararına; işin ucuza yapılması ise halkın parasının israf edilmemesi demektir.

Sonuç olarak, bazen kanunlar özel hukuk tüzelkişilerine de kamu gücü ayrıcalıkları ya da yükümlülükleri tanıyabilecekleri için kanunda açıkça "kamu" nitelendirmesi yoksa, bir tüzelkişinin "kesin olarak" bir "kamu tüzel kişisi" olduğu sonucuna varılamaz. Sadece "olabileceği" belirtilebilir.

Öğretide Günday, aynı zamanda tüzel kişinin faaliyet alanında bir tekel olarak düzenlenmiş olmasının da bu kişinin bir kamu tüzelkişisi olduğunu gösterebileceğini belirtmektedir.¹⁵ Bu kıstas da diğerleri ile birlikte dikkate alınabilir.

¹⁵ Günday, a.g.e., s.79.

İDARENİN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ (Hiyerarşi ve İdari vesayet)

İDARENİN BÜTÜNLÜĞÜ

Anayasanın kabul ettiği üniter devlet anlayışının bir sonucu olarak idarenin bütünlüğü ilkesi öngörülmüştür. Türkiye Cumhuriyeti idari teşkilatı devlet ve diğer kamu tüzelkişilerden oluşan parçalı bir yapıya sahiptir. Bu parçalı yapı içerisinde yer alan kamu tüzelkişilerinin birbirleri ile bağlantılı olmaları üniter devlet anlayışı bakımından zorunludur.¹⁶

Diğer bir neden de idarenin sunduğu kamu hizmetlerinin "AKSAMASI"nın önüne geçmektir. Gerçekten de idarenin bütünlüğü sağlanamazsa hizmetler gereği gibi yürütülemez.

Danıştay: "...hizmet ve görevlerini yaparken, üst'ü durumundaki bakana karşı sorumlu olan davacının, ... ili dışına çıkışlarında, bakandan izin alması, kamu hizmetinin bir bütünlük içinde, aksamadan yürütülmesi bakımından gerekli olduğu gibi..."(8. DAİRE,E. 1995/3706).

AY. m.123/1----> "İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür".

İdarenin bütünlüğünü sağlamak için nasıl bir mekanizmaya ihtiyaç vardır? Bir defa kamu tüzel kişilerinin:

1- "İçinde" bütünlüğü sağlamak gerekir. Bu sayede kamu tüzelkişisi içinde yer alan birimler ve görevliler bağımsız hareket etmemiş olurlar.

2- Diğer yandan kamu tüzelkişileri "arasında" da bir bağ kurulmalı ve onların da başlarına buyruk hareket etmelerinin önüne geçilmelidir.

İşte birinci durumda "hiyerarşi", ikinci halde ise "idari vesayet" mekanizmaları devreye girer. Kolaylık olsun diye biri iç-bütünleyici (hiyerarşi) diğeri dış-bütünleyici (idari vesayet) iki mekanizma vardır diyebiliriz.¹⁷

A-HİYERARŞİ:

Bir kamu tüzelkişisi "İÇİNDEKİ" astlık-üstlük ilişkisini ifade etmektedir. Yani o teşkilat içinde çalışanların sıra ile bir üstüne ve en sonunda da en üst yetkiliye bağlı olması anlamına gelir. Bu sayede kamu tüzelkişiliği içinde bütünlük sağlanmış olur.

Hiyerarşi kamu tüzel kişiliği "içindeki" ilişkiyi ifade ettiğine göre devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin içinde hiyerarşi vardır. Yani yerinden yönetim teşkilatı içindeki yerel idarelerin ve hizmet yerinden yönetim idarelerinin de içinde hiyerarşi vardır. Örneğin belediyenin de üniversitenin de içinde hiyerarşi asıldır.

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin "5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu ile ilgili iptal kararında şu cümle yer almaktadır: "...Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kamu tüzelkişiliği kurulabilmesi mümkün olmakla birlikte, kamu tüzel kişisi olarak kurulan idari bir kurumun "idarenin bütünlüğü ilkesi" gereğince idarenin bünyesinde ve idari teşkilat yapısı içinde yer alması gerekmektedir..." (AYM.E.2006/140,K.2008/185,K.G.25.12.2008; www.kazanci.com). Yüksek Mahkeme, bu kanunla kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu'nun TBMM'ye bağlı olarak düzenlenmesini Anayasaya aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre merkezi idare ve yerinden yönetim kuruluşları içerisinde yer alması gereken bir kurumun "yasama"ya bağlanması, idari teşkilatın dışında tutulması Anayasaya göre mümkün değildir. Yüksek Mahkeme bu kararda organik bir yaklaşımda bulunmuştur.

¹⁷ "...İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kullanılmaktadır..."; AYM E.2005/32, K.2007/3;www.kazanci.com.tr.

Her kamu tüzelkişisi içinde "en üst" hiyerarşik amir vardır. Mesela belediyede belediye başkanı, üniversitede rektör en üst hiyerarşik air durumundadır.

Soru: Merkezi idare içindeki en yüksek hiyerarşik amir kimdir? Merkezi idare "bakanlıklar" şeklinde örgütlenmiştir. Her bakan ilgili bakanlığın en üst yetkilisidir. Tabii bakanlıklar arasında da idarenin bütünlüğü ilkesinin uygulanması zorunludur. Yani hiçbir bakanlık kendi başına buyruk hareket edememelidir. Bu da bakanlıkların kurul halinde çalışmalarını gerektirir. Bu sayede bakanlıklar arası bütünlük sağlanmış olur. Bakanlar kurulu, bakanlıkların üstündedir. Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlama görevi başbakana attır.

AY.md.112/2,3:

"Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur.

Başbakan, bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlüdür."

Bu cümlelerden ve anayasanın 109. maddesine göre bakanların atanması ve görevden alınmalarında sahip olduğu yetkilerden hareketle esasında başbakanın bakanların üstü olduğu sonucu çıkarılabilir. Bu konuda idare hukuku öğretisinde birlik olduğu söylenemez. Bazı yazarlar başbakanın en üst hiyerarşik amir olduğunu kabul etmemektedirler.

HİYERARŞİ YETKİSİNİN KAPSAMI:

Bu yetkinin kapsamı "kişiler" ve "işlemler" üzerinde hiyerarşi yetkileri olarak ayrımlanabilir.

a)Kişiler üzerinde:

1-Kamu görevliliğine ilişkin işlemler yapma yetkisi: Üst, astın atanması, sicili, terfi etmesi v.b. konularda işlemler yapabilir.

2-Disiplin yetkisi: Üst, asta disiplin cezası verebilir.

3-İç düzene ilişkin kararlar vermek ve tedbirler almak:Üst, görev yaptığı kuruluş içinde düzenin sağlanmasına yönelik tedbirler alabilir, işbölümü yapabilir, yönlendirmede bulunabilir v.s.

4-Emir verme yetkisi: Üst, astlarına emir verebilir. Ast üstün verdiği emre itaat etmek durumundadır. Astın bu emre karşı dava açma hakkı yoktur.

EMİR VERME YETKİSİNİN SINIRI: A.Y. madde 137:

"Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz."

Soru: AY 129/6'nın aşağıdaki hükmü ışığında 137. maddenin anlamı nedir?

"Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır."

Bu hükmün, kanunsuz emre ilişkin düzenlemenin idare edilenler için sağladığı teminatı azalttığı kabul edilebilir. Çünkü suç teşkil eden emri uygulayan kamu görevlisinin yargılanabilmesi için "izin" gerekecektir.

b)İşlemler üzerinde: Üst, astın yaptığı işlemleri "kaldırmak", "değiştirmek", "düzeltmek", "uygulanmasını ertelemek ya da durdurmak", "sonradan onaylamak" gibi yetkilere sahiptir. Üst bu yetkilerini ilgili işlemi hukuka aykırı bulması edeniyle yapabileceği gibi "yerinde" olmadığına karar vermesi nedeniyle de yapabilir.

ÖNEMLİ:"İKAME YASAĞI": Üst astın yerine geçerek onun adına karar alamaz! Ancak ona emir vererek onu belirli bir yönde karar almaya zorlayabilir. Kanunla öngörülmüşse disiplin yetkisini kullanarak da zorlayabilir.

Üstün ast yerine geçerek karar alması halinde o işlem sakat olur ve idari yargı yeri tarafından iptal edilir.

Tabii kanun eğer üstün ast yerine geçerek karar alabilmesini öngörürse bu kural uygulanamaz hale gelir. Bu durumda üst, ast yerine karar alabilir.

HİYERARŞİ YETKİSİNİN ÖNEMLİ ÖZELLİĞİ: Hiyerarşi yetkisinin olması için kanun tarafından öngörülmüş olması gerekmez. Ortada bir kamu tüzelkişiliği varsa onun içinde hiyerarşi vardır. Hiyerarşi hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir.

Bazı kişiler hiyerarşik yetkiye tabi değildirler:

1-Hakimler----> AY. md.138 gereği hakimler görevlerinde "bağımsızdırlar"

"MADDE 138. Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."

Tabii HSYK...bu konuda soru işareti!

2-Merkezi idare içindeki teknik uzmanların uzmanlıkları ile ilgili işlem ve eylemleri üzerinde hiyerarşik yetki kullanılması mümkün değildir. Örneğin bir kamu kuruluşunda çalışan teknik uzmana üstü tarafından teknik bir konudaki raporunu belirli bir yönde yazması emredilemez.

3-Üniversite öğretim üyelerinin öğretim ve bilimsel araştırma konularında emir verilemez.

B-İDARİ VESAYET

Devletin üniter yapısının diğer bir gereği de kamu tüzelkişilerinin başlarına buyruk hareket etmelerinin önlenmesi, bu kamu tüzelkişilerinin birbirlerine ve merkezi idareye yani devlet tüzelkişiliğine bağlanması, denetim altında tutulmasıdır.

Nereden çıkıyor bu yetki?

A.Y. md. 127/5:

"Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir."

Dikkat edilirse bu cümlede sadece mekezdten yönetimin mahalli idareler (yerel yönetimler=İl özel idaresi, belediye ve köy) üzerinde idari vesayet yetkisinden bahsedilmiştir. Pekiyi hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idari vesayet nereden çıkıyor? Bu noktada anayasanın idarenin bütünlüğü ilkesine ilişkin hükmü devreye girmektedir. Bütünlüğün sağlanabilmesi için hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisinin sözkonusu olabileceği kabul edilmek gerekir.

İdari vesayetin uygulanmasında iki kamu tüzelkişisi vardır:

İdari vesayet yetkisine sahip kamu tüzelkişisi(=denetleyen) ve idari vesayet yetkisine tabi olan kamu tüzelkişisi(=denetlenen).

Anayasa; idari vesayet için "kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde" ifadesini kullandığına göre idari vesayet ancak kanunla öngörülebilir.

Özet cümle: İdari vesayet ancak kanunla öngörülmüşse vardır ve kanunda öngörüldüğü kadar vardır.

Yani: 1-İdari vesayet **istisnai** bir yetkidir.¹⁸ Eğer kanunda açıkça devlet ya da başka bir kamu tüzelkişisine diğer bir kamu tüzelkişisi üzerinde idari vesayet yetkisi tanınmış değilse, idari vesayet yetkisi yoktur!

2-İdari vesayet yetkisi ancak kanunun açıkça belirttiği durumları kapsar. Genişletilmesi mümkün değildir. Yani "dar yorumlanır". Mesela kanun sadece idari vesayet yetkisine sahip kamu tüzelkişisi idari vesayete tabi kuruluşun işlemini "tekrar görüşülmek üzere geri gönderir" hükmünü getirmişse sadece geri gönderebilir, iptal edemez ya da düzeltemez v.s.

İdari vesayet yetkilerini de kişiler ve işlemler üzerinde olmak üzere ayırmalandırmak mümkündür.¹⁹

1-Kişiler üzerinde: "GEÇİCİ OLARAK GÖREVDEN UZAKLAŞTIRMA"

--->Mahalli idare organlarının geçici olarak görevden uzaklaştırılmaları: A.Y.md.127/4; "...görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanı, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilir."

Ancak bu istisnai durum dışında anayasaya göre kural olarak mahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kazanmaları ve kaybetmeleriyle ilgili uyuşmazlıkları yargı çözer (md.127/4).

---->Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının geçici olarak görevden uzaklaştırılmaları: Bu konuda da kural yargı kararı olmakla birlikte A.Y. md.135/son şu hükme yer vermiştir; "Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içerisinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar."

2-İşlemler üzerinde: Kural olarak vesayet makamı vesayete tabi olan makama "emir ve direktif" veremez!

Onun yerine geçerek karar alamaz (ikame burada da yoktur). Ancak kanunla bunun aksine bir düzenleme öngörülmüş olabilir. Kanunla öngörülürse idari vesayette "ikame" yasağı işlemez.

ÖZETLE, İDARİ VESAYET YETKİSİ BAKIMINDAN "KANUN"UN DÜZENLEMESİ ESASTIR!!!

İdari vesayet yetkisine sahip bir kamu tüzelkişisi vesayete tabi olan kamu tüzelkişisinin işlemleri üzerinde "KANUN"la açıkça tanınan yetkilere sahip olabilir. Bu yetkileri birer birer saymak mümkün değildir. Ancak örnekler verilebilir:

¹⁸ "...Öte yandan, belediyeler yerel yönetim idarelerinden olup merkezi idarenin hiyerarşisine tabi olmadığı gibi yasalarda belirtilen haller dışında merkezi idarenin vesayeti altında da bulunmadığından kamu hizmeti alanında aldığı kararları merkezi idarenin müdahalesi olmadan yerine getirmek olanağına sahiptirler..."DANIŞTAY6. DAİREE. 1977/1376;www.kazanci.com.tr.

¹⁹ "...İdari vesayet yetkisi kanundan kaynaklandığına ve kanunla sınırlı olduğuna göre, vesayet makamlarının yetkileri kendilerine bu amaçla kanunla verilmiş yetkilerden ibarettir. İdari vesayet makamlarının vesayet yetkileri ilgili **kişiler üzerinde** olabileceği gibi spor federasyonlarında olduğu üzere yapılan **işlemler üzerinde** de olabilmektedir..."AYM Esas Sayısı: 2011/63Karar Sayısı: 2013/28;

- Onama yetkisi: Kanun açıkça öngörmüş ise vesayet makamı vesayete tabi makamın işlemini onaylayabilir. Bu durumda işlem vesayet makamı tarafından onaylanmadıkça yürürlüğe girmeyecek ve uygulanamayacak (henüz icrai değil) demektir.
- İptal yetkisi: Eğer kanun açıkça iptal etme yetkisi tanıdıysa vesayet makamı vesayete tabi olan makamın işlemini iptal edebilir.
- Erteleme yetkisi: Bu durumda vesayet makamının erteleme kararı "onama yetkisi"nin aksine icrai nitelikteki kararın icrailiğini sonradan ortadan kaldırmaktadır.
- Tekrar görüşülmesini isteme yetkisi.

Bir kamu tüzelkişisinin kararlarına karşı devlet ya da başka bir kamu tüzelkişisi tarafından idari yargıda dava açılabilmesi, AYM tarafından bir idari vesayet yetkisinin kullanılması olarak görülmemektedir.²⁰

Burada, düzenleyici ve denetleyici kurumlar (BİO'lar) üzerinde idari vesayet olmadığını belirtmek gerekir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu Radyo ve Televizyon Üst Kurulu gibi...) üzerinde ilgili kanunlar idari vesayet yetkisi tanımamışlardır. Bu durum bu kuruluşların devletten bağımsız olmaları gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ancak burada önemli olan "kanunun idari vesayet yetkisi tanımamış olmasının, hiçbir zaman tanımayacağı anlamına gelmeyeceği"ni bilmektir. Anayasa tarafından güvencelenmedikçe yasama her zaman kanun çıkararak düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde başka bir kamu tüzelkişisine ya da merkezi dareye idari vesayet yetkisi tanıyabilir.

YETKİ GENİŞLİĞİ

Merkezden yönetimin görev alanının geniş olması bazı sakıncaları beraberinde getirebilir. Özellikle her işlem için merkeze danışılması zorunluluğu işlerin yavaşlamasına, kamu hizmetlerinin gereği gibi görülememesine yani aksamasına sebep olabilir. Bu nedenle yetki genişliği ilkesi benimsenmiştir.

AY'nın 126. maddesinin 1. fıkrasına göre "İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır".

Bu ilkenin anlamı: Taşra teşkilatının başında bulunan valinin KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ YA DA YETKİ DEVRİ YOLUYLA MERKEZİ İDAREYE AİT BİR YETKİNİN DEVREDİLMESİ DURUMUNDA merkeze danışmadan merkezi idare adına karar alabilme yetkisine sahip olmalarıdır.²¹

PEKİYİ GENİŞLEYEN YETKİ KİMİN YETKİSİDİR? Aslında genişleyen yetki valinin yetkisidir.²² Başkent teşkilatının yetkisi değildir!!!

ÖNEMLİ: AY, sadece "İllerin idaresi"nin yetki genişliği esasına dayanıldığını hükme bağladığı için kaymakam ya da bucak müdürünün yani ilçe ve bucakların yetki genişliğinden yararlanmaları mümkün değildir. Danıştay'ın bir kararındaki şu cümle yetki genişliğini özetlemektedir: "...Yetki genişliği Anayasamıza göre sadece il idaresinde uygulanabilmekte ve merkeze ait olan karar alma yetkisinin illerde Valiler tarafından kullanılması sonucunu yaratmakta, sonuçta merkezi idarenin ortaya çıkardığı sorunların kısmen de olsa giderilmesini amaçlamaktadır..." (DANIŞTAY5. DAİRE, E. 2007/168).

Yani yetki genişliği idare hukukumuzda sadece "VALİ"ye tanınmıştır!!

Chapus'nün ifadesi: "Vuran aynı çekiç ama sapı kısalmıştır"

²⁰ "...Açıklanan duruma göre, maddenin beşinci fıkrasında yer alan, ' Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir' biçimindeki kuralın, merkezi idarece Anayasa'nın 127. maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği bir vesayet yetkisini içermediği sonucuna varılmıştır..."; AYM.E.2008/ 28, K.2010/30;www.anayasa.gov.tr.

²¹ "...Yetki genişliğinden amaç, merkezden yönetimin sakıncalarını belli ölçüde ortadan kaldırmak ve merkezden yönetim sisteminin işleyişinde olanaklar ölçüsünde sürat sağlamaktır. Merkezden karar almak ve uygulamak gibi kamu gücünden doğan yetkilerin, bir bölge veya hizmetin başında bulunan memura tanınması, yetki genişliği olarak tanımlanır..."; D.2. D.E. 2004/1326;www.kazanci.com.

²² Özay, s.159

Bir Anayasa Mahkemesi Kararının ilgili bölümü:

"...Yerleşmiş bir esasa göre, merkezden yönetimin görev yükünü hafifletmeyi de amaçlayan bu devir usulü iki yoldan gerçekleşmektedir. Birincisi, görevlerin bir bölümünün yürütülmesi için gerekli kararlar almak ve uygulamak gibi kamu gücünden doğan yetkilerin, yasa ile, bir bölge ya da hizmetin başında bulunan memura tanınması yöntemidir. Buna, "yetki genişliği" adı verilmektedir. Devlet ve hükümetin temsilcisi vali ve büyük elçiler, Bakanlar Kurulu'nun ya da ayrı ayrı her bakanlığın taşradaki birimleri bu sistemin örnekleridir. Yetki genişliğinde, kamu tüzelkişiliği, dolayısıyla özerklik söz konusu değildir. Karar alma ve uygulama yetkisine sahip gerçek kişi, tamamiyle merkezden yönetimin içindedir. Merkezi temsil ve onun adına hareket eder. Hiyerarşik denetime tâbidir. Hiyerarşi merkezî yönetimin yetki ve sorumluluğunun bütünlüğünü ve birliğini sağlayan bağ ve güçtür. Bu anlamda ve Anayasa'nın 126. maddesi uyarınca "... merkezî idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre..." kurulan iller, yetki genişliği esasına dayanır..."(Esas Sayısı: 1987/18 Karar Sayısı: 1988/23)

Karar anayasada sadece İL'e tanınan yetki genişliği esasını "büyükelçiler" ve diğer merkezi idareye bağlı kuruluşlara dağıttığı için eleştirilebilir. Anayasa Mahkemesi yetki genişliğinden ziyade "yetki devri"nden bahseder gibidir.

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR (BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER)

Bankacılık, sermaye piyasaları, enerji ve benzeri önemli alanlardaki kamu hizmetlerini bizzat görmek yerine bunları düzenleme ve denetleme faaliyetini yürüten kamu tüzelkişileridir. Öğretide "bağımsız idari otorite" olarak da anılan bu kuruluşları biz "düzenleyici ve denetleyici kurumlar" adı altında ele almanın şu sebeplerle daha doğru olduğunu düşünüyoruz:

TÜRKİYE'NİN BAŞLICA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARI:
1-Rekabet Kurumu
2-Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
3-Sermaye Piyasası Kurulu
4-Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
5-Şeker Kurumu
6-Kamu İhale Kurumu
7-Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
8-Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu
9-Telekomünikasyon Kurumu

1-Bu kuruluşlar ile ilgili kanunlarda ve yargı kararlarında bağımsız idari otorite yerine "düzenleyici kurum", "kurum" ya da "kurul" gibi terimler kullanılmış ve faaliyetlerinin düzenleme ve denetleme olduğu hükme bağlanmıştır.

2-Türkiye'de bu kuruluşların tam anlamıyla "bağımsız" olduklarını ileri sürmek güçtür.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkmasına neden olan başlıca etkenler:

***Siyasetçilere güvensizlik duyulması**²³ ----> Hassas ve teknik bazı alanları siyasal müdahale dışında tutma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Örneğin, ülkemizde siyasilerin bankaları hortumlamaları ile ilgili iddialar ve endişeler sonucunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna ihtiyaç duyulmuştur.

***Yargının kendisinden beklenen işlevleri yeterince yerine getirememesi**---->Yargı yerlerinin a posteriori (sonradan) ve somut bir olayla sınırlı biçimde denetimde bulunmaları; kararların gecikmesi, yargıçların yeni kamusal hizmetlerin gerektirdiği teknik bilgi ve uzmanlığa sahip olamamaları...

²³ Ulusoy, Ali, s.139, içinde Özay, İl Han, Günışığında Yönetim.

***Uzmanlığa ihtiyaç duyulması:**²⁴ Ekonomi, enerji gibi önemli alanlarda geleneksel idari yapılanma tarafından kontrol edilmesi güç olan yeni, teknik yönü ağır basan, uzmanlık gerektiren hizmetlerin ortaya çıkmasıdır.

Düzenleyici ve denetleyici kuruluşların ortaya çıkmasında özellikle ekonomik bunalımların rol oynadığını belirtmek yanlış olmaz. Bu kuruluşlar ABD’de 1930 ekonomik bunalımı nedeniyle ortaya çıkmışlardır. Avrupa’da da ikinci dünya savaşı nedeniyle ortaya çıkan ekonomik çöküş bu kuruluşları doğurmuştur.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların:

Organik özellikleri:

1. İdari ve mali özerklik: Bu kuruluşların teşkilat kanunlarında "idari ve mali açıdan özerk" oldukları hükme bağlanmaktadır.

ÖRNEK: 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Madde 17: Bu Kanunla verilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, **idari ve mali özerkliğe sahip** Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuştur.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları yani devlet tüzel kişiliği dışında oldukları için idari açıdan özerktirler. Bunun yanında kendilerine ait bütçeleri ve malvarlıkları bulunmaktadır, yani, mali açıdan da özerk kuruluşlardır.

İdari ve mali özerklik neden gereklidir? Çünkü işlevsel açıdan (yani yürüttükleri faaliyetler bakımından) bağımsızlıklarını sağlamak gereklidir.

Özerklik ne demektir? Bu kavram, “kendi karar organları aracılığıyla yönetilmek”, “karar almak bakımından bağımlı olmamak” anlamına gelmektedir.

AYM’ne göre özerklik: "Sosyal bir topluluğun ya da tüzel kişiliğin kendilerini yöneten kuralların tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde hareket edebilme özgürlüğü veya yetkisi"dir (AYM. E.1987/18; www.kazanci.com.tr).

Şu halde düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkış nedenlerinden biri olan belirli sektörleri siyasi baskıdan uzak tutmak ihtiyacını karşılayan mekanizma özerkliktir. Yabancı yatırımcıların da bir ülkeye yatırımda bulunmak için aradıkları en önemli ölçüt özerkliktir.

"Mali özerklik" özerklik için şart mıdır? Öğretide Tan, mali özerkliğin şart olmadığını belirtmektedir. Fransız Danıştay’ı da düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlıklarını sağlamak için mali özerkliğe ihtiyaç olmadığı görüşündedir.

2. Düzenleyici ve denetleyici kurumların bakanlıklarla ilişkileri: düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile ilgili kanunlarda "ilişkili bakanlık" ifadesi bulunmaktadır. Yani bu kuruluşlar bir bakanlık ile ilişkilendirilmektedir. İlk bakışta bu ifade "bağımsız"lık özelliği ile çelişkili görünmektedir.

İlişkili kavramının ne anlama geldiği tartışma konusu olmuş ve şu sorular ortaya çıkmıştır: Acaba burada vesayet denetimi mi öngörülmüştür? Yoksa ilişkili deyimi sadece bu kuruluşların görev alanları ile ilgili olan bakanlık anlamında mı kullanılmıştır?

Kanunlarda düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerine ilişkin bakanlıklara yetki verilmiştir. Kanuni idare ilkesi gereği idarenin bir yetkisinden bahsedebilmek için yetkinin kanunla verilmiş olması şarttır. İdari vesayet yetkisinden bahsedebilmek için de açık kanun hükmü şart olduğuna göre (idari vesayet kanunla öngörülmüşse vardır ve öngörüldüğü kadar vardır) burada vesayet denetimi olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

²⁴ Ulusoy, Ali, s.140, içinde Özay, İl Han, Günışığında Yönetim.

Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzelkişiliği olduğu için burada bakanlıkla düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında hiyerarşiden de bahsetmek mümkün değildir.

Acaba "ilişkili" ifadesinin bakanlık ile arasında "işbirliği"ni ifade ettiği düşünülebilir mi? Bu soruya da olumlu yanıt vermek pek mümkün değildir. Zira, düzenleyici ve denetleyici kurumların üyeleri bakanlar kurulu tarafından atanmaktadır, maaşları üzerinde bakalar kurulunun yetki verilmiştir. Ayrıca bakanlıklara düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin iptali için idari yargıda dava açma yetkisi tanınmıştır. Tüm bunlar ortada işbirliğinin ötesinde "denetimsel" bir ilişki olduğunu göstermektedir.

SONUÇ: "İlişkili" ifadesinin idari vesayet ya da hiyerarşiyi ifade etmediği açıktır. Ancak bu kelimenin denetimsel bir ilişki yerine sadece işbirliği anlamına geldiğini de ileri sürmek mümkün görünmemektedir.

Belki idarenin bütünlüğü ilkesi ile düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlık özelliklerinin yarattığı çelişkiyi ortadan kaldırmak için "bağlı", "ilgili" v.b. bir ifade yerine "ilişkili" kelimesi kullanılarak bir formül bulunmaya çalışıldığı düşünülebilir. Yani darenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği "bağımsızlık sözkonusu olamaz" anlayışını devam ettirmek için oldukça sınırlı da olsa bir denetim yetkisinin öngörüldüğü sonucuna varılabilir.

AYM, idarenin bütünlüğü ilkesini esas alarak bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan RTÜK'ün "özerk ve tarafsız" bir kamu tüzelkişiliğine sahip olmasına rağmen "tümüyle" darenin ayrı düşünülmemeyeceğine hükmetmiştir.

1- Düzenleyici ve denetleyici kurumların tam anlamıyla bağımsız oldukları ileri sürülemez,
2- Düzenleyici ve denetleyici kurumların zamanla düzenledikleri sektörlerdeki özel hukuk kişilerinden etkilenmeleri de mümkündür. Belki bunu önlemek amacıyla da belirli oranda bir denetim öngörülmüş olabilir (Bakanlıkların sektörlerle ilgili politikaları belirleme ve strateji saptama görevleri bulunmaktadır. Bu da bakanlıklar ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında ilişki kurlumasını ve denetim olmasını gerektirmektedir).

SORULAR: İdari vesayetin kanunla öngörülmemiş olması hiçbir zaman olmayacağı anlamına gelir mi?

Örnek: 1981 yılında kurulan (eski) Sermaye Piyasası Kurulu "banker" olaylarından sonra kanunla devre dışı bırakılarak yetkileri maliye bakanlığına devredilmiştir. Şu halde kanunla idari vesayet yetkisi tanınması da mümkün olabilir. Anayasal bir bağımsızlık (üzerinde idari vesayet denetimi olmayacağına ilişkin bir güvence sözkonusu değildir). Kanunla verilen özerklik yeterince güvenceli değildir. Güvenceli olabilmesi için özerkliğin anayasaca tanınması gerekir.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Denetimi

İdari ve mali denetim: Düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde hiyerarşik denetimin ya da idari vesayet denetiminin bulunmadığını belirtmiştik. Ancak yasama organının denetimi mümkündür. AY m.160 gereği SAYIŞTAY denetimi sözkonusudur.

Geçmişte düzenleyici ve denetleyici kurumların Sayıştay tarafından denetlenmelerini önleyen bir kanun yapılmıştı. Ancak AYM, bu kanunu iptal etti. Yüksek Mahkeme bu kararında kural olarak tüm kamu kurum ve kuruluşlarının denetiminin parlamento tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; düzenleyici ve denetleyici kurumların da bunun dışında tutulmaları mümkün değildir.

DEVLET DENETLEME KURUMUNUN DA düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde denetim yetkisi bulunmaktadır.

Yargı denetimi: Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri yargı denetimine tabidir. Bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da bazılarının ise İdare Mahkemelerinde dava açılabilir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile ilgili uyuşmazlıkların önemli bir bölümü Danıştay 13. dairesi tarafından görülmektedir.

ÖNEMLİ: İdari vesayet ve hiyerarşi olmadığı düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri bakımından esaslı denetim yargı denetimidir.

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN İŞLEVSEL ÖZELLİKLERİ

Düzenleyici ve denetleyici kurumların diğer idari kuruluşlardan ayrılan yönünün işlevsel özellikleri olduğu ileri sürülmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar "regülasyon" tabir edilen bir tür faaliyet yürütmektedirler. Bu faaliyet kapsamında devlete ait yasama-yürütme-yargı erklerine benzer yetkilerin bu kuruluşlarda toplandığı ileri sürülmektedir.

Regülasyon: Düzenleme, izleme ve denetleme, yaptırım uygulama, danışmanlık, yönlendirme, görüş bildirme ve uyuşmazlık çözme yetkilerini ifade etmektedir.

b) Düzenleme yapmak: Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla genel ve soyut düzenlemeler yapmak yani belirli kurallar koymak.

AY.m.124'e göre zaten kamu tüzelkişileri yönetmelik çıkarma yetkisine sahiptirler. Bu açıdan düzenleyici ve denetleyici kurumları farklı ya da ayrıcalıklı olduklarını belirtmek mümkün değildir.

(Düzenleme yetkisinin ön plana çıktığı alan "ex-ante" denetim yani piyasaya giriş izni vermek, piyasaya girecek kuruluş ya da kişilerin niteliklerinin belirlenmesi, faaliyete başlama ve faaliyet gösterme esaslarının tespit edilmesi...)

b) İzleme ve denetleme: Düzenleyici ve denetleyici kurumlar görevlerini yerine getirebilmek için piyasadaki aktörlerden bilgi ve belge istemek, yerinde inceleme yapmak, soruşturma yapmak ve yargı denetimini harekete geçirmek gibi yetkilere sahiptirler. İzleme ve denetleme süreklilik arz etmektedir.

c) Yaptırım uygulama: Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, izleme ve denetim yetkilerini kullanmaları sonucunda hukuka aykırılık tespit ettiklerinde ilgililer hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptirler. Yaptırım türü çoğu zaman idari para cezasıdır. Belirli bir faaliyetin durdurulması ya da ruhsatın iptali gibi başkaca yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir.

İHAM, düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından uygulanan yaptırımların adil yargılanma hakkı bakımından incelemektedir. Örneğin İHAM bir kararında düzenleyici ve denetleyici kurumun yaptırım kararı veren organına üye olan kişinin aynı zamanda soruşturma sürecinde de görev almış olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Danıştay da bir kararında Rekabet Kurulu (düzenleyici ve denetleyici kurum) üyesinin aynı zamanda soruşturmacı olmasının İHAS'a aykırı olduğuna işaret etmiştir.

d) Danışmanlık, yönlendirme ve görüş bildirme:

Yönlendirme: Düzenleyici ve denetleyici kurumlar doğrudan yaptırım uygulamak yerine piyasada faaliyette bulunan kişilere belirli bir davranışta bulunmaya sevk etme yöntemini de kullanmaktadırlar.

Danışmanlık: Düzenleyici ve denetleyici kurumlar devlet organlarının talebi üzerine piyasaya ilişkin bilgi vermek görev ve yetkisine sahiptirler.

Görüş bildirme: Düzenleyici ve denetleyici kurumlar sadece talep üzerine değil re'sen de piyasa faaliyetlerine ilişkin bir konuda görüş bildirebilirler.

e) Uyuşmazlık çözme: Düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyette bulundukları sektörlerin teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmeleri ve uyuşmazlıkların nahkemelerce çözümlenmelerinin uzun zaman alması gibi nedenlerle düzenleyici ve denetleyici kurumlara bazı uyuşmazlıkları çözme yetkisi tanınmıştır. Ancak yargı yerleri gibi "kesin" biçimde belirli bir hukuksal uyuşmazlığı çözmek yetkilerinden bahsedebilmek hukukumuz açısından mümkün değildir. İlgili kanunlarda belirli bir düzenleyici ve denetleyici kurum için "uyuşmazlıkları çözer" gibi ifadeler bulunmakla birlikte aynı kanunlarda bu kuruluşların her türlü kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin düzenlemelerin bulunması nedeniyle tam ve kesin biçimde uyuşmazlık çözme yetkilerinden bahsedilemez. (Aksi düşünce Anayasaya da aykırı olurdu. Zira yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabilir).

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN ANAYASAL KONUMU

Düzenleyici ve denetleyici kurumların belirli özelliklere sahip kamu tüzel kişileri oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda acaba Türk İdari Teşilatı içerisinde nerede konumlandırılmaları mümkün olabilir?

Öncelikle bu kuruluşları 4. bir erk saymak mümkün değildir. Zira anayasa sadece devlete ait 3 erki kabul etmektedir.

Kendilerine ait kamu tüzelkişilikleri olduğu için bu kuruluşları merkezi idare içerisinde düşünmek mümkün değildir.

Peki yerinden yönetim içinde oldukları kabul edilebilir mi?

Yerinden yönetim kuruluşları içerisinde "yer bakımından" ve "hizmet bakımından" ayrımı yapılmaktadır. Yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları anayasaca sınırlı biçimde belirlenmiştir: İl özel idareleri, belediyeler ve köyler! Anayasa başka bir yer bakımından yerinden yönetim kuruluşuna izin vermemiştir. Şu halde Düzenleyici ve denetleyici kurumları yer bakımından yerinden yönetim içerisinde kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda düzenleyici ve denetleyici kurumların hizmet yerinden yönetim kuruluşları yani "kamu kurumları" arasında yer aldıkları sonucuna varmak gerekmektedir.

ÖĞRETİDE DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN KAMU KURUMU DA OLAMAYACAKLARI İLERİ SÜRÜLMEKTEDİR:

Bu görüşe göre:

1-Bu kuruluşların kararlarına idarenin doğrudan bir müdahale olanağının bulunmaması onları kamu kurumlarına nazaran daha bağımsız kılmaktadır.

--->Bu yaklaşıma karşı anayasa ile güvence altına alınmadığı müddetçe her zaman bir kanunla idareye düzenleyici ve denetleyici kurumların kararlarına müdahale yetkisi tanınmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir.

2- Düzenleyici ve denetleyici kurumların organlarının görev süreleri dolmadan görevden alınamamalarına ilişkin kanuni düzenlemeler onları kamu kurumlarından ayırmaktadır.

--->Anayasa tarafından güvence altına alınmadıkça bunun da her zaman bir kanunla öngörülebileceği ileri sürülebilir.

1-Cümlede "...ve diğer kamu tüzelkişileri" ifadesi olduğuna göre Devlet ve kamu iktisadi teşebbüsleri de kamu tüzel kişileri içerisinde yer almaktadır. Yani cümlelerin bu bölümünü kısaltarak tek başına "kamu tüzel kişilerinin" ifadesi kullanılabilir.

2-Aynı yöntemle memurlar ve diğer kamu görevlileri ifadesinden hareketle memurların da kamu görevlisi oldukları sonucuna varılabilir. Yani kamu görevlisi demek tek başına yeterlidir. Bu ifade memurları da kapsamaktadır.

SONUÇ: Kamu görevlisi, bir kamu tüzelkişisinin faaliyetlerini yürüten kişidir. Yani kamu tüzelkişisine **bağlı** olarak çalışmaktadır.

3-Tanımda bu kamu tüzelkişilerinin GENEL İDARE esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinden bahsediliyor. Genel idare esaslarının anlamı nedir? Buna ilişkin anayasada ya da yasalarda bir tanım yapılmamıştır. Üzerinde fikir birliği olan bir ifade değil bu! Ancak aynı anayasa hükmü 1961 anayasasında da yer almıştır. O dönemde hazırlanan anayasa tasarısında genel idare esaslarının karşılığı olan "özel idare usulleri" ifadesi de kullanılmıştır. Ancak sonradan bu ifade çıkarılmış ve sadece genel idare esasları kalmıştır. Özel idare usulleri ifadesi ile kastedilen idarenin özel işletme usullerine göre hareket ettiği yani bir özel hukuk kişisi gibi faaliyette bulunduğu hukuksal ilişkilerdir. Bunun karşılığı olan "genel idare esasları" ise bu durumda idarenin kamu gücünü kullanmasını, özel hukuk kişisi gibi hareket etmemesini ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında genel idare esasları için "devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması" olduğunu vurgulamıştır.

Şu halde genel idare esasları özel işletmeciliğin tersidir, hizmetin kamu gücü kullanılarak ve kamusal usullerle görülmesi anlamına gelir.

İşte anayasanın 128. maddesinin 1. fıkrasından kamu gücünün kullanıldığı idari faaliyetlerde bu faaliyetlerin kamu görevlileri tarafından yürütülmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır

4-Tanımda "asli ve sürekli" görevlerin mutlaka kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir. Pekiyi acaba kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler hangileridir?

Asli olması, o hizmetin görüldüğünden bahsedebilmek için zorunlu olan görevler demektir. Yani o görev yerine getirilmezse o hizmetin varlığından bahsetmek mümkün değildir.

Sürekli olmasından, o hizmetin varlığından bahsedebilmek için ihtiyaç olduğu müddetçe hizmetten yararlananlar için asgari biçimde yapılması zorunlu işler anlaşılmalıdır. Yani geçici ve o hizmetin esasını oluşturmayan, yardımcı nitelikteki faaliyetler bunun dışındadır.

Özetlersek bir kamu hizmetinden bahsedebilmek için o hizmetin olmazsa olmazı niteliğindeki faaliyetlerdir bunlar. Örneğin eğitim kamu hizmetinin asli ve sürekli görevleri öğrencilere ders anlatılması, sınav yapılması v.b. etkinliklerdir. Bu etkinlikler olmazsa eğitim kamu hizmeti vardır diyemeyebiliriz. İşte Anayasaya göre bu nitelikteki görevlerin mutlaka kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerekir. Eğitim faaliyetine yardımcı olan (sınıfların temizliği, öğlen yemeği verilmesi ya da yeni bir kütüphane binası inşa edilmesi gibi) faaliyetler kamu görevlileri tarafından yürütülmesine de olur!

SONUÇ OLARAK, BURAYA KADAR ANLATTIKLARIMIZI BİRLEŞTİRİP ÖZETLERSEK:

BİR KAMU GÖREVLİSİNDEN BAHSEDEBİLMEK İÇİN İLGİLİ KİŞİNİN:

1-Bir kamu tüzelkişisine BAĞLI olarak çalışması,

2-Bu işin "devletin emretme yetkisinin kullanıldığı" (=yani genel idare esaslarına göre yürütülen=kamu gücü kullanılan) işlerden olması,

3-Bu işin o kamu hizmetinin olmazsa olmazı niteliğindeki işlerden (=asli ve sürekli) olması gerekir.

BAĞLI OLARAK ÇALIŞMA-----> geçici olarak görülmeyecek nitelikte belirli bir zaman diliminde sürekli biçimde çalışmayı ifade etmektedir. İdare ile bu kişi arasındaki bağ da bir sözleşme olabileceği gibi bir idari işlem de olabilir (atama işlemi gibi).

Aradaki bağ eğer bir sözleşme ise bir sonuca varmak için bu sözleşmenin niteliğine bakmak zorunludur. Eğer sözleşme idareye üstün hak ve yetkiler tanıyorsa yani özel hukuktakinin aksine karşılıklı olarak taraflar arasında eşitlik yoksa ortada bir idari sözleşme var demektir.²⁵ Bu durumda da sözleşmeli olarak çalışan kişi bir kamu görevlisidir. Eğer bu sözleşme tamamen özel hukuk sözleşmesi ise, yani, idare üstün olmayıp özel hukuk kişisi gibi hareket etmişse bu durumda sözleşmeli çalışan, bir kamu görevlisi değildir.(Not: Kamu tüzelkişileri hem kamu gücü kullanarak hukuksal işlem yapabilirler hem de bir özel şirket gibi özel hukuk işlemleri yapabilirler. Bir anonim şirket gibi idare de bir kişiyle iş hukuku sözleşmesi (özel hukuk işlemi) yaparak onu istihdam edebilir. Bu durumda o kişi bir işçidir ve kamu görevlisi sayılmaz).

ÖRNEK: Bir avukat--->Eğer serbest çalışıyorsa kamu görevlisi değildir!

Bir avukat--->Bir vekalet sözleşmesi ile sadece bir kamu tüzelkişisinin belli bir davasında onu temsil ediyorsa kamu görevlisi değildir.(Asli ve sürekli değildir+vekalet sözleşmesi özel hukuk sözleşmesidir).

Bir avukat--->Kamu tüzelkişisinin kanunla öngörülmüş hukuk işleri kadrosunda istihdam ediliyorsa ve o kamu tüzelkişisinin bütün davalarında onu temsil ediyorsa (yani atama ile göreve gelmişse) ya da idare ile arasında bir idari sözleşme söz konusuysa (asli ve sürekli) ise bir kamu görevlisi sayılabilir.

KAMU GÖREVLİLERİNİN DİSİPLİN REJİMİ

Kamu görevlileri konusunda önemli olan bir diğer konu da disiplin rejimidir.

Kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili kusurlu fiilleri disiplin suçlarını oluşturmaktadır.

Anayasanın 38. maddesinin 11. fıkrasına göre idarenin kişi hürriyetini kısıtlayıcı müeyyide uygulaması mümkün değildir. (Aksi yönde bir düşünce hukuk devleti ilkesi ile çelişirdi!!)

²⁵ İdari yargı yerlerinin bazı kararlarında sözleşmenin aynı zamanda kişiyi belirli bir statüye sokması'ndan da bahsedilmektedir. Eğer sözleşme ile kişi önceden kanunlarla ve diğer düzenleyici işlemlerle belirlenmiş bir statü içerisine giriyorsa ve sözleşme yapıldığı andan itibaren bu statünün kuralları da kişiye uygulanacak ise bu durumda idari bir sözleşme var demektir. Örneğin AYİM, "uzman erbaş sözleşmesi"ni şöyle nitelendirmiştir: "...Davacı ile davalı idare arasında mevcut olan "uzman erbaş sözleşmesi", 18.03.1986 tarih ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Uzman Erbaş Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılmış bir idari sözleşmedir. Davacıda bu sözleşmeyi imzalamakla daha önce kanun ve yönetmelikle saptanmış olan bir hukuksal duruma girmiş bulunmaktadır..." AYİM.1.D.E. 2005/319K. 2005/1064;www.kazanci.com.

Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında benzer prensipler geçerlidir. Ancak disiplin hukuku bazı yönleriyle ceza hukukundan ayrılmaktadır:

Anayasanın 38. maddesinin 11. fıkrasında silahlı kuvvetlerde iç düzeni sağlamak için kanunla bu kurala istisna getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi sınırları geniş ve silahlı kuvvetler idaresine belirsiz yetki tanıyan bu yönde bir kanun hükmünü iptal etmiştir:

"...İtiraz konusu kuralla disiplini temin amacıyla kendine özgü bir kontrol müessesesi düzenlenmiş olmakla birlikte, kuralda üst'ün ve tabii amirin, disiplini ihlâl eden ne kadar süre zarfında tutabileceğine dair bir sınırlama bulunmaması kişilerin belirsiz süreyle özgürlüklerinden mahrum bırakılması tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinin on birinci fıkrasında Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olan hallerde kanunla kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapılmasına imkân tanınmışsa da, idareye geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kuralın, süre yönünden öngörülebilir olmadığı gibi ilgiliye idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığı da ortadadır. Bu yönüyle kural, hukuk devleti ilkesinin alt unsuru olan belirlilik ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..."(AYM. E. 2012/1, K.2012/147,K.G.11.10.2012).

1-Disiplin hukukunda cezada kanunilik ilkesi geçerlidir: Kamu görevlilerine verilebilecek disiplin cezalarının kanunla önceden öngörülmesi zorunludur. Hukuku muza da kamu görevlilerinin disiplin

rejimi ile ilgili kanunlarda disiplin cezaları önceden belirlenmiştir.

2-Disiplin hukukunda da “non bis in idem” ilkesi geçerlidir: Kusurlu fiil işleyen kamu görevlisine bu fiilinden dolayı birden fazla ceza verilemez.

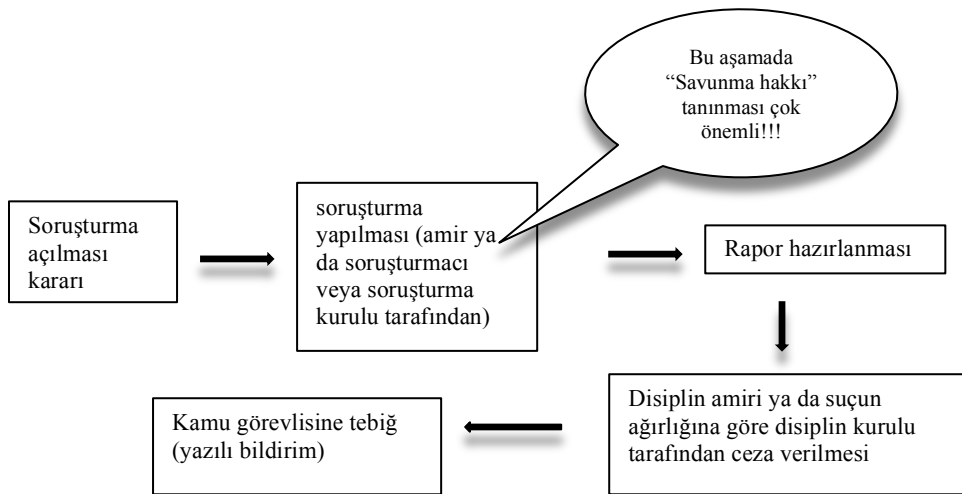
3- Disiplin hukukunda suçta kanunilik ilkesi geçerli değildir: Ceza hukukundan farklı olarak disiplin hukukunda **“suçta kanunilik ilkesi” uygulanmaz.** Disiplin suçları kanunlarda sayıldıktan sonra genellikle “...ve benzeri fiilleri” işleyen kamu görevlilerine “...”

657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesindeki şu fıkra örnek verilebilir: “Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.” Şu halde idare, kanunda sayılanlara benzer bir fiil işleyen kamu görevlisine kanunda öngörülen disiplin cezalarından birini verebilecektir.

cezası verilir gibi ifadeler yer almaktadır

. Başka bir anlatımla ceza hukukunun aksine “kıyas” yasağı disiplin hukukunda geçerli değildir.

Basit bir şema ile disiplin cezası verilmesine ilişkin aşamalar şöyledir:



ÖNEMLİ: Anayasaya (29/2) göre kamu görevlilerine “savunma hakkı tanınmadıkça” disiplin cezası verilemez. Aksi halde idari yargı yeri disiplin cezasına ilişkin kararı iptal

edecektir. (Çünkü savunma hakkına uyulmamış olması idari işlemin usul unsuruna ilişkin esaslı bir hukuka aykırılıktır).

Peki disiplin cezaları nelerdir? Bu soruya bütün kamu görevlilerini kapsayan net bir cevap vermek mümkün değildir. Çünkü hukukumuzda kamu görevlilerine ilişkin birçok personel kanunu bulunmaktadır. Örneğin “hakimler ve savcılar”, “silahlı kuvvetler mensupları”, “üniversite öğretim üyeleri” v.s. farklı kanunlara tabidirler ve bu kanunlarda farklı cezalar öngörülmüştür.

En geniş uygulama alanına sahip olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda öngörülen disiplin cezaları örnek olarak sayılabilir. Bunlar hafiften ağıra doğru şöyledir: Uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma.

Tekrar belirtelim ki, devlet memurları kanununa tabi olmayan kamu görevlileri ile ilgili kanunlarda yukarıda sayılanlardan farklı ceza ya da cezalar öngörülmüş olabilir.

Disiplin cezalarına karşı iki başvuru yolu vardır:

1-İdari başvuru: Kamu görevlisi, kendisine verilen cezaya karşı kanunun öngördüğü süreler içinde ilgili idari makamlara ya da kurullara başvurarak cezanın kaldırılmasını ya da hafifletilmesini talep edebilir. Bu olasılıkta kamu görevlisi, yargı yerine değil idareye başvurmuştur. Bu başvuru sonucunda, şartları varsa, ceza kaldırılabilir ya da hafifletilebilir ancak önceden verilen cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemez.

2-Yargısal başvuru: Aleyhinde disiplin cezası verilen kamu görevlisi idari yargı yerine başvurarak kendisine ceza verilmesine ilişkin işlemin iptalini ve/veya işlem nedeniyle zarar görmüş ise tazminini talep edebilir.

ÖNEMLİ KURAL: Disiplin soruşturması ile ceza kovuşturması birbirinden bağımsızdır: Bu kurala göre, işlediği fiil aynı zamanda ceza soruşturması ve kovuşturmasını gerektirir nitelikte ise disiplin soruşturması ile ceza kovuşturması birbirini etkilemez ve her ikisi birbirinden bağımsız biçimde yürür. Kural olarak her iki soruşturmanın sonucu da birbirinden bağımsızdır. Yani ceza kovuşturması sonucunda “delil yetersizliğinden” beraat eden bir kamu görevlisine disiplin cezası verilmesine bir engel yoktur.

Örnek 1: Kız öğrenci yurdunda görevli olan bir kamu görevlisi aleyhine yatılı öğrencilerden birine karşı ırza tasaddi suçunu işlediği gerekçesiyle hem ceza davası açılabilir hem de disiplin soruşturması başlatılabilir. Ceza kovuşturması sonucunda bu kişi “delil yetersizliğinden” beraat etse bile, idare, disiplin cezası vererek bu kişinin görevine son verebilir.

Örnek 2: Bir uyuşmazlığa konu olan olayda bir kamu görevlisi hakkında zimmetine para geçirme suçu nedeniyle ceza davası açılmıştır. Bu kişiye aynı fiil nedeniyle disiplin soruşturması sonucunda idare tarafından görevden çıkarma cezası verilmiştir. Ceza yargılaması sonucunda “delil yetersizliğinden” beraat kararı verilmiştir. Bunun üzerine bahsedilen kişi tekrar görevine dönmek için idareye başvuruda bulunmuş, ancak, idare bu başvuruyu reddetmiştir. Sonuçta uyuşmazlık Danıştay’ın önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme bu uyuşmazlıkta, idareyi haklı görmüştür.²⁶

İSTİSNA: Bu kuralın istisnası, ceza yargılaması sonucunda kişinin bu fiili işlemediğine ilişkin (ya da örneğin bu fiili başka bir kişinin işlediğinin anlaşılması) maddi gerçeğe ulaşılması halinde sözkonusu olur. Bu durumda aynı fiil nedeniyle verilen disiplin cezası da ortadan kalkacaktır. (Delil yetersizliği nedeniyle “şüpheden

²⁶ D.12. D.E. 1995/7836, K. 1997/846, K.T. 8.4.1997; www.kazanci.com.

sanık yararlanır ilkesi” gereği beraat ile bir sanığın suçu işlemediğine ilişkin maddi gerçeğe ulaşılması farklıdır).

Tabii bunun uygulamadaki sonucu şöyle olmalıdır: Bir disiplin cezasına karşı idari yargıda dava açıldığı zaman, aynı fiil nedeniyle adli yargıda ceza davası da açılmışsa, idari yargı yerinin ceza yargılamasının sonucunu beklemesi gerekir. Çünkü ceza yargılaması sonucunda kişinin bu suçu işlemediği ispatlanabilir. Danıştay’ın içtihadı da bu yöndedir.²⁷

KAMU GÖREVLİLERİNİN CEZAİ VE HUKUKİ SORUMLULUKLARI: “CEZAİ VE HUKUKİ KORUMA”

Kamu görevlileri, görevleri sırasında bir koruma altındadırlar. Bu koruma aleyhlerindeki “ceza yargılaması” ve “hukuk yargılaması” bakımından geçerlidir.

Anayasanın 129. maddesinde hükme bağlanan iki fıkra bahsettiğimiz korumaya ilişkindir:

1-Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.

2-Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Ceza yargılamasına ilişkin koruma, kamu görevlisinin görevini yerine getirirken sürekli dava tehdidi altında olmasının görevini yerine getirmesini olumsuz yönde etkileyeceği yaklaşımının sonucudur. Gerçekten sürekli biçimde aleyhinde ceza davası açılabilceğini düşünen bir kamu görevlisinin görevini yerine getirmesinin güç olduğu düşünülebilir. Ancak özellikle avrupa ülkelerinde bu kuraldan vazgeçilmiş ve kamu görevlilerinin yine de görevlerini yerine getirebildikleri görülmüştür. Bu nedenle günümüzde bu esas eleştirilmektedir.

Anayasaya göre kamu görevlileri hakkında kovuşturma açılabilmesi için “idare”den izin alınması gerekecektir. Devlet Memurları Kanunu Anayasaya ek olarak işlenen suçun“görevi sırasında ya da görevi ile ilgili”olmasını aramıştır.

Şu halde:

1-Görevi sırasında ya da görevi ile ilgili değilse doğrudan doğruya kamu davası açılabilir. Örneğin mesai sonrasında akşam evinde arkadaşıyla otururken kavga edip silahıyla onu yaralayan polis memuru hakkında kamu davası açmak için izin alınmasına gerek olmayacaktır.

2-Anayasa,“kanunla belirlenen istisnalar dışında”izin sisteminin geçerli olacağını hükme bağladığına göre kanun eğer izin alınmasına gerek olmadığına ilişkin bir düzenleme getirmişse izin alınmadan doğrudan doğruya kamu davası açılacaktır. Örneğin 3628 sayılı kanuna göre (rüşvet ve yolsuzlukla mücadeleyle ilişkin kanun) ceza davası açılabilmesi için izin alınması gerekmez. CMK’ya göre adli görevlerini yerine getirmeyen kolluk görevlileri hakkında da izin alınmadan ceza davası açılır. İşkence suçlarında da izin alınması gerekmez. Örnekler çoğaltılabilir... Önemli olan kanunla “izin” kuralına istisna getirilebileceğini ve istisnaların olduğunu bilmektir.

Önemli bir istisna: Ağır cezayı gerektiren “suçüstü” halinde “izin” alınması gerekmez.

İzini usulünün uygulandığı hallerde Cumhuriyet Savcısı, kamu görevlisinin bir suçu işlediğine ilişkin ihbar ya da şikayet aldığı anda ya da başka suretle bu konuda bilgi edindiğinde ilgili makamdan soruşturma izni isteyecektir. İlgili makam tarafından yapılacak

²⁷ D.8. D.E. 2009/6676, K. 2010/3100, K.T. 31.5.2010; www.kazanci.com.

inceleme sonucunda izin verilir ya da verilmez. İzin verilirse savcı kamu davası açar. İzin verilmezse kamu davası açılmaz. Bu durumda karar aleyhine olan taraf (yani izin verilirse kamu görevlisi, verilmez ise savcı) idari yargı yerine başvurabilir.

KAMU GÖREVLİLERİNE İLİŞKİN HUKUKSAL KORUMA

Kamu görevlileri yetkilerini kullanırken yönetilenlere zarar verebilirler. Bu durumda anayasa yönetilenlerin doğrudan doğruya o kamu görevlisine karşı tazminat davası açmasını engellemiştir. Anayasaya göre bu dava ancak “idare aleyhine” açılabilir. Tabii idare daha sonra ilgili memura rücu edecektir.

Bu düzenlemenin iki sebebi vardır: Birincisi, ceza yargılamasında olduğu gibi kamu görevlisinin görevini yerine getirirken sürekli dava tehdidi altında olmasını engelleyerek görevini gereği gibi yerine getirebilmesini garanti altına almaktır. İkincisi ve kanaatimizce asıl önemlisi ise kamu görevlisinin yargı yeri tarafından hükmedilecek tazminatı ödeyecek mali güce sahip olmaması ihtimalidir. Gerçekten de hükmedilecek tazminatın bir seferde kamu görevlisi tarafından ödenmesi mümkün olmayabilir. Maaşının bir bölümünden kesinti yapılması da uzun sürecektir. Bu nedenle mali gücü yüksek olan idarenin tazminatı ödemesi ve daha sonra kamu görevlisine rücu etmesi öngörülmüştür.

Önemli: Zararın kamu görevlisinin yetkisini kullanırken ortaya çıkması gerekir. Bunun dışında kalan hallerde tazminat davası doğrudan kendisi aleyhine açılacaktır. Örneğin, ev kirasını ödemeyen kamu görevlisi aleyhine öncelikle idareye dava açılması kuralı işlemez.

İDARENİN İŞLEMLERİ

İdarenin faaliyette bulunabilmesi için özel hukuk gerçek ve tüzelkişileri gibi “işlemler” yapabilmesi gerekir. Kamu tüzelkişileri de “hukuk düzeni” tarafından birer “kişi” olarak kabul edildiğine göre özel hukuk kişilerinin yapabildiği işlemleri yapmaları hak sahibi olabilmeleri ve borç altına girebilmeleri mümkündür.

İdare, yani devlet ve diğer kamu tüzelkişileri, özel kişilerden farklı olarak aynı zamanda “kamu gücü” de kullanabilirler. Hukuk düzeni, kamu tüzelkişilerine, “kamu yararına” işlemler yapabilmeleri, “kamu hizmetleri” görebilmeleri için özel hukuk kişilerine nazaran üstünlük tanımıştır. Çünkü bazen toplumun büyük bir kesiminin menfaatine olan bir faaliyet bazı kişilerin menfaatine aykırı olabilir. Mesela bir ilköğretim okulu yapılmasındaki menfaat o okulun yapılacağı arsanın sahiplerinin menfaatinden üstün tutulabilir. Bazen de belirli kişilerin menfaatinin genelin menfaatinden üstün tutulması, onların haklarının korunması da gerekebilir. Örneğin ağır yaralı bir kişinin ambulansla hastaneye götürülmesi için trafiğin durdurulması, yolun boşaltılması ve ona geçiş üstünlüğü tanınması gerekir. İşte bu gibi durumlarda o faaliyeti bazı kişilerin menfaatine aykırı dahi olsa gerçekleştirmek gerekir. Bu da idarenin özel kişilerle eşit statüde olması halinde sağlanamayabilir. Bunun için idareye kamu adına “güç kullanma” yetkisi tanınmıştır.

Şu halde idare hem özel hukuk kişileri gibi “özel hukuk işlemleri” yapabilir hem de kamu gücünün kullanıldığı işlemler yapabilir. Bu da demektir ki idarenin işlemleri, özel hukuk işlemleri ile kamu gücünün kullanıldığı işlemlerin toplamıdır. İdarenin kamu gücü kullandığı işlemler “idari işlemlerdir”.

FORMÜL: İDARENİN İŞLEMLERİ=İDARİ İŞLEMLER+İDARENİN ÖZEL HUKUK İŞLEMLERİ

İşte, İdare Hukukunun konusunu oluşturan işlemler daha ziyade “idari işlemler”dir. Pekiyi idari işlem nedir? Hukuksal işlemler içerisinden idari işlemleri nasıl ayırtedebiliriz?

İdari işlemleri, diğer hukuksal işlemlerden ayıran birtakım özelliklerin olduğu kabul edilmiştir.

Danıştay 12. dairesinin bir kararının ilgili bölümünden idari işlemlerin TEMEL özelliklerini çıkarmak mümkündür:

"...Yasal bir tanımlı olmayan, idari işlemin nitelikleri öğreti ve idari yargı kararlarıyla belirlenmektedir. Buna göre, bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için bunun bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir.

İdari işlemlerin genel kabul görmüş temel nitelik ve özellikleri olarak **tek yanlılık, kanunilik ve uygulanabilirlik** olarak sıralanabilir..." (D.12.DE. 2005/6811,K. 2006/1959).

Karardaki, "bir kamu kurumunca idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olma" ölçütü aslında "organik" açıdan idari işlemi ifade etmektedir. Organik açıdan, idare tarafından yapılan işlemler, Yani devlet (başkent ve taşra teşkilatı) ve diğer kamu tüzelkişileri (il özel idareleri, belediyeler, köyler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları) tarafından yapılan işlemlerdir.

Kararda yer alan "idare hukuku alanında gördüğü faaliyetlerle ilgili bulunması" ölçütü ise "idare işlevini" akla getirmektedir.²⁸ Gerçekten de organik ölçüt bazı hallerde yetersiz kalmaktadır. Yasama ve yargının da bazı işlemleri idare işlevine ilişkin olabilir ve bu durumda ortada bir "idari işlem" olduğunu kabul etmek gerekir.

Gerçekten de YASAMA ve YARGININ öyle işlemleri vardır ki bunları yasama faaliyeti ya da belirli bir uyumsuzluğu kesin biçimde çözme yani yargı faaliyeti olarak nitelendirebilmek güçtür. Aynı şekilde idare de bazen "idare işlevi" dışında kararlar verebilmektedir. Bu noktada Danıştay 5. Dairesinin bir içtihadı açıklayıcıdır:

"...İdareyi ve idare alanını belirleyen en önemli öge olan 'idare işlevi' kavramı, oldukça önemli bir yere sahip olup, idare içinde yer alan birimlerin tüm işlemleri idare işlevine ilişkin olmayabileceği gibi idare dışında yer alan yasama ve yargı organlarının idare işlevine ilişkin işlemleri de bulunabilmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, yargı fonksiyonu ile ilgili olmayan işlemlerin, yargıçlardan kurulu organlar ya da mahkemeler ve hatta sadece yargıçlar tarafından yapılması, bunların yargısal işlem sayılmasına dayanak oluşturmaz. İdare işlevine ilişkin olarak yapılan işlemler, hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın, idari işlem sayılarak, idari yargının denetimine tabi olması gerekir. Nitekim, yargı mercilerinin, sırf mahkeme olmalarından dolayı ve bu sıfatla yaptıklarından ayrılabilen faaliyet ve işlemleri, idari faaliyet ve idari işlem teşkil eder..."²⁹

Bazen de KANUNLA bir özel hukuk tüzel kişisine "kamu gücü" kullanarak işlem yapma yetkisi verilmiş olabilir. Bu durumda kamu tüzelkişisi olmadığı için organik açıdan idare içerisinde kabul edilemeyecek bir özel hukuk tüzel kişisinin yaptığı işlemin işlevsel açıdan "idari işlem" niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Danıştay 10. Dairesi bir uyumsuzluk üzerine ilgili kanunda açıkça "özel hukuk tüzelkişisi" olarak nitelendirilen Organize Sanayi Bölgesi yönetimlerinin kamu gücü kullanarak yaptığı işlemlerin "idari işlem" niteliğinde olduklarına hükmetmiştir.³⁰

²⁸ Özay, s.416.

²⁹ D.5.D.E.1995/4416; www.kazanci.com.tr.

³⁰ D.10.D.E.2009/5590: "...İdare işleviyle ilgili ve tek taraflı irade beyanına dayalı olarak hukuki sonuç doğuran tasarruflar olarak tanımlanan idari işlemler, kural olarak idare makamlarınca tesis edilmektedir. Ancak idare işleviyle ilgili kamu yetki ve usullerini kullanmakla yetkili olduğu özel yasal düzenlemeyle istisnai olarak kabul edilen özel hukuk tüzel kişilerinin, tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de, idari işlem niteliği taşıdığına kabulü gerekir. Zira bir işlemin idari işlem olup olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsur işlemin idare işleviyle ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller

TANIM: Yukarıdaki açıklamalardan sonra idari işlem şöyle tanımlanabilir:

“T.C. İdari Teşkilatı içindeki kuruluşların ya da kanunla açıkça öngörülmesi halinde özel kişilerin **idare** işlevleriyle ilgili tesis ettikleri tek taraflı ve icrai nitelikteki hukuki işlemlerdir”.

ÖNEMLİ: İDARİ İŞLEM İLE İDARİ EYLEM ARASINDA FARK VARDIR: “İdari eylem”, maddi alemde (baskı, korkutma gibi manevi alemde de olabilir)³¹ meydana gelen fiili bir değişiklik, bir hareket veya olay biçiminde tanımlanabilir. Çoğu zaman idari eylem, bir idari işlemin uygulanması biçiminde ortaya çıkar. Örneğin “**yıkım kararı**” bir işlemdir; bu işlemin uygulanması sonucu belediye ekipleri tarafından bir evin yıkılması ise bir “**idari eylem**”dir. Bazen de “idari eylem” öncesinde bir idari işlem olmadan ortaya çıkar, bu durumda ortada bir “yalın eylem” olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, karayolları genel müdürlüğüne ait bir iş makinasının yol yapımı sırasında bir özel araca zarar vermesi halinde ortada bir “yalın eylem” vardır. Çünkü bu eylem bir işlemin uygulanması biçiminde ortaya çıkmamıştır. (Burada karayolunda çalışma yapılmasına yönelik kararın bir işlem olduğu ve zararın da bu işlem uygulanırken ortaya çıktığı akla gelebilir. Ama burada idari işlem yoktur derken şu ifade edilmektedir: “o kişinin arabasına zarar verilmesine ilişkin bir karar yoktur!”. Aksi halde tüm idari eylemlerin bir idari işleme bağlanması mümkündür.

Danıştay bir kararında idari işlem ve “yalın eylem” farkını şöyle ifade etmiştir:

“...İdari işlemler, idari makam ve mercilerin idari faaliyet alanıyla ilgili, idare hukuku çerçevesinde tesis ettikleri, tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte hukuki tasarruflardır. Temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar ise idari eylem olarak adlandırılmaktadır. İdari işlemler hukuk alanında değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamalarını yansıttığı halde hukuk alanında yenilik ve değişiklik yapmayan idari eylemler, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuçlar doğurabilir. (D. E. 1994/6053, K. 1995/3611, K.T.18.9.1995; www.kazanci.com).

SONUÇ: 1-ORGANİK YAKLAŞIM YETERLİ DEĞİLDİR, İDARE DIŞINDA KALAN MAKAMLARCA DA (HATTA KANUNUN YETKİ TANIMASI HALİNDE ÖZEL KİŞİLERCE DE) İDARİ NİTELİKTE İŞLEM YAPILABİLİR. SADECE ORGANİK AÇIDAN DEĞİL MADDİ AÇIDAN DA DEĞERLENDİRME YAPMAK GEREKİR.

2-IDARENİN İŞLEMİ ≠ İDARİ İŞLEM...(İDARENİN İDARE İŞLEVİ DIŞINDA YAPTIĞI İŞLEMLER OLABİLİR-İDARENİN ÖZEL HUKUK İŞLEMLERİ OLABİLİR)

İDARİ İŞLEMLERİN ÖZELLİKLERİ

1-TEK YANLILIK:

İdari işlemler (öğretide idari “karar” ifadesi de kullanılmaktadır)³² idarenin tek yanlı olarak iradesini açıklaması ile yapılır. Bunun anlamı idari işlemlerin kural olarak ilgililerin rızası ve muvafakatine bağlı olmadan onların hukuki durumlarında değişiklik yapmalarıdır.³³

kullanılarak yapılması, başka bir deyişle idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi olmasıdır...”; www.kazanci.com.tr.

³¹ Örneğin “mobbing”, yani işyerinde taciz, bıkırtmaya, yıldırmaya yönelik v.b. eylemler manevi alemde etkilerini doğurmaktadır. Danıştay, ilk derece mahkemesinin bir tıp fakültesi öğretim üyesine uygulanan “mobbing” nedeniyle meydana gelen zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin kararını onamıştır. Bkz. D.8. D.E. 2008/10606, K. 2012/1736; www.kazanci.com.

³² Birel idari işlemlere de idari karar adı verilmektedir. Bkz. Gözler, a.g.e., s.262. Birel işlemlerden hukuki sonuç doğurmayanların ayrılması için de “idari karar” nitelmesi tercih edilmektedir. Bkz. Yıldırım, Turan, İdari İşlemler, a.g.e., s.591, 62 no’lu dipnot. Biz idari karar-idari işlem ayırımı yapmadan idari işlemleri inceliyoruz.

³³ Günday, Metin, İdare Hukuku, s.112, İmaj, Ankara, 2002.

İdare ile idare edilenler arasında iradelerin eşitliği değil kamusal idarenin üstünlüğü esastır.³⁴ Örn. kamulaştırma kararı, disiplin cezası verme, yönetmelik çıkarma gibi³⁵.

Özel hukukta çoğu zaman durum bunun tersidir. Özel hukukta kural belirli bir hukuki işlemin ortaya çıkabilmesi için tarafların karşılıklı birbirine uygun iradelerinin bulunmasıdır.³⁶

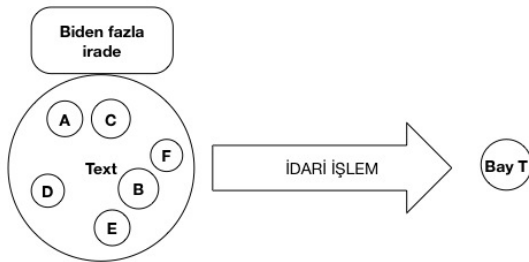
*Tek yanlılık= Bu işlemlerin hukuki sonuç doğurabilmesi için karşı tarafın "kabul" etmesine gerek olmamasıdır.³⁷

Bazen bir idari işlemin yapılabilmesi için bireylerin talepte bulunmaları gerekir. Örneğin bir kişi memur olmak istiyorsa bunun için başvuruda bulunmalıdır. Ya da inşaat ruhsatı alabilmek için idareye başvurulması gerekir. İşte bu durumda özel hukuktaki sözleşmelere benzer biçimde bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi icap ve kabul neticesinde bir sözleşmenin kurulduğu düşünülebilir. Oysa bu halde aslında "BELİRLEYİCİ" olan irade idareye ait olan iradedir. Kişi tarafından talepte bulunulması anında var olan iradelerin karşılıklılığı bu aşamadan sonra yerini idarenin tek taraflı iradesine ve bu iradenin üstünlüğüne bırakır.

"...İdare hukuku; kamu hukukunun bir parçası ve idareyi düzenleyen bir statü hukukudur. İdari hukukunda kanun ve nizamlarla önceden belirlenmiş statüler yani genel hukuki durumlar vardır. Bu statülere girip çıkmak çoğunlukla ilgili kişinin isteğine bağlıdır. Ancak ilgili kişinin, içine girmek istediği statünün şartlarını belirleme, bu konuda pazarlık yapma gibi bir imkanı yoktur. Bu statü akdi ve iradi değil, kanuni ve nizamidir...". AYİM.2.D.E. 2003/517, K. 2003/939, K.T. 3.12.2003; www.kazanci.com.

*Tek yanlılık: Öğretide tek yanlılığın aynı zamanda icrailik (etkili olma) anlamına geldiği belirtilmektedir.³⁸ (İCRAİLİK=TEK YANLILIK). (Tabii bu dar anlamda idari işlemler bakımından geçerlidir. Zira hazırlık işlemleri tek yanlı olmakla birlikte icrai nitelikte değildir). Danıştay, idari işlemin "tek yanlılık" ve "icrailik" özelliklerini birbirinden ayırmaktadır. Başka bir anlatımla yüksek mahkemeye göre tek yanlılık ve icrailik anlamı ve kapsamı farklı özelliklerdir.³⁹

*Tek yanlılık: İdari işlemin sadece bir iradenin sonucu olması demek değildir. Önemli olan iradelerin yönüdür. Başka bir anlatımla, idarenin işlemi birden çok iradenin sonucu olabilir (örn. belediye encümeni kararı gibi) ama aslında bu sadece taraf olarak idarenin işlemidir ve karşı tarafta da bu işlemten etkilenecek ilgili ya da ilgililer vardır. Yani birden çok irade işlemin oluşumunda rol oynasa da aslında ortaya çıkan sadece idare tarafının yani tek bir



tarafın işlemidir.⁴⁰

³⁴ Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.I, s.371, Turhan, Ankara 2001.

³⁵ Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s.261, Ekin, 2008.

³⁶ Gözler, a.g.e., s.265

³⁷ Gözler, a.g.e., s.261

³⁸ Günday, a.g.e., s.112, Gözler, a.g.e., s.265, 266

³⁹ D.5. D. E. 1995/4416; www.kazanci.com.tr.

⁴⁰ Gözler, a.g.e., s.261

Tek taraflı işlem aynı zamanda birden fazla idare tarafından da yapılmış olabilir. Danıştay, bir uyuşmazlık üzerine Sosyal Sigortalar Kurumu ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türk Eczacılar Birliği arasında yapılan bir "protokolü" birden fazla idarenin biraraya gelerek yaptığı "tek yanlı" bir idari işlem niteliğinde görmüştür:

"...İdari işlemlerin temel nitelik ve özelliklerinin tek yanlılık, kanunilik ve uygulanabilirlik şeklinde sıralandığı bilinmektedir. İnceleme konusu protokol bakımından önem taşıyan, bu özelliklerden 'tek yanlılık' niteliğidir. Tek yanlılık, kavram olarak tek bir irade açıklaması demektir. Ancak burada iradenin tek yanlılığından tek bir kişi ya da organın iradesi değil, birden fazla idare organının birlikte tek bir irade açıklamasının kastedildiğinin anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, idari işlemdeki irade, tek bir makam ya da organ tarafından açıklanabileceği gibi, birden fazla idari makam ya da organın da tek bir irade açıklaması için biraraya gelmesi mümkündür ki, tüm bu durumlarda idari işlemin tek yanlı olduğu kabul edilmelidir...." (DİDDGK, E. 2006/4286;K. 2007/60,T. 8.2.2007).

2-İCRAİLİK

İdari işlemin icrai olması; işlemin, "yapıldığı andan itibaren" etkili olma gücüne sahip olması demektir. Bu mutlaka o idari işlem uygulanacak ya da idare tarafından uygulanacak anlamına gelmeyebilir; idare uygulamakla vazgeçebilir, işlemi geri alabilir vs. Ama önemli olan idari işlemin yapıldığı andan itibaren uygulanabilme kudretine sahip olmasıdır. Karşı tarafın rızası olmasa da bu etkili olabilme kudreti vardır.

İcrailik, idari işlemin "kamu yararı amacı"na yönelik olması ve "kamu gücüne dayanmasından kaynaklanmaktadır.⁴¹ Tek taraflı-icrai işlem yapma yetkisi kamu hizmetlerini yürütebilmesi için idareye tanınan en önemli ayrıcalıktır.⁴²

ANCAK Tüm tek yanlı idari işlemler "icrai" değildir⁴³: İdarenin bazı işlemleri:

- "Açıklayıcı", "bildirici" ya da "gösterici" işlemleri icrai değildir. Bu işlemler sadece idarenin belirli bir konudaki görüşünü ya da niyetini açıklamaktadırlar.⁴⁴ Bunlar, ilgililerin idareye başvurusu⁴⁵ üzerine yapılabileceği gibi idare kendiliğinden de bu işlemleri yapabilir. UYARI işlemleri de icrai değildir. Ama eğer uyarı ilgiliye bir süre verip de bir şeyi bu süre içerisinde yerine getirmesini emreder ve emredilen şey yapılmadığı takdirde bir yaptırım uygulanacağını da bildirirse bu durumda ortada icrai işlem olduğu kabul edilmektedir. Danıştay da bu yönde karar vermektedir.⁴⁶
- "Hazırlık" işlemleri icrai değildir. Hazırlık işlemi demek idarenin "icrai" nitelikteki işlemi ortaya çıkmadan önce bu işlemin hazırlığı aşamasında yapılan inceleme, araştırma vb. işlemlerdir.⁴⁷

Örneğin, polis okuluna giriş sınavına katılmak isteyen adaylar hakkında ilgili mevzuata göre istihbarat toplanmaktadır. İstihbarat değerlendirmesi sonucunda "İl değerlendirme kurulu" adayın sınava alınmasına ya da alınmamasına karar verebilir. Ancak mevzuata göre bu kararın Emniyet Genel Müdürlüğüne (EGM)

⁴¹ Gözler, a.g.e., s.266

⁴² Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.I, s.373, Turhan, Ankara, 2001.

⁴³ Günday, a.g.e., s.112; Gözübüyük; Tan, a.g.e.s.373

⁴⁴ Yıldırım, Turan, İdari İşlemler, a.g.e., s.593, 594

⁴⁵ Diğer yandan, İdare tarafından yapılan başvurular da icrai nitelik taşımayabilir: "...(K)urumların, tâbi oldukları kanunlardan kaynaklı yetki ve görevlerine istinaden ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarına yazılı başvuruda bulunulması yönündeki işlemleri, idarenin ceza yargılaması alanına ilişkin olarak tesis ettikleri, ceza kovuşturmasının başlangıcını oluşturan ve tek başına ilgililerin hukuki durumlarında değişiklik yaratmayan ve bu niteliği itibarıyla de idari davaya konu edilemeyecek işlemlerdir. Bu durumda, davacı hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına başvuruda bulunulmasına ilişkin Kurul kararı, kesin ve yürütülebilir nitelikte bir idarî işlem niteliğini taşımadığından davanın esasının incelenme olanağı bulunmamaktadır" (D.13. D. E. 2011/1527, K. 2011/2296; www.danistay.gov.tr).

⁴⁶ Gözübüyük, Tan, a.g.e., s.376, 377.

⁴⁷ Gözübüyük; Tan, a.g.e., s.377; Yıldırım, Turan, İdari İşlemler, a.g.e., s.594

gönderilmesi gerekir ve EGM, kendi değerlendirmesi sonucunda adayın sınava alınıp alınmayacağına ilişkin “kesin” kararı verir. Burada “il değerlendirme kurulu”nun kararı bir “hazırlık işlemidir”. Bu işleme karşı idari yargıda dava açılırsa dava esasa girilmeden reddedilecektir. Başka bir anlatımla idari yargı yeri, “icrai” işlem yani “EGM’nin kararı”ndan sonra idari yargıda dava açılması gerektiğine hükmedecektir.⁴⁸

DANIŞTAY KARARI:

“...Bu bağlamda, dava konusu 28.5.2002 günlü işlemin imar planına yapılan itiraza ilişkin süreçte bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğu, tek başına ve hukuk düzeninde sonuç doğurabilecek nitelikte, dava konusu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olmadığı açıktır...”⁴⁹

- İçdüzen işlemleri: İdare kendi teşkilatını ilgilendiren, kendi teşkilatına yönelik genelege, sirküler, tebliğ gibi işlemler yapabilir. Danıştay bu tip işlemlere idarenin doğrudan doğruya “iç bünyesi”ne ilişkin işlemler olduğunu belirtmiştir.⁵⁰ Burada dikkat edilmesi gereken husus işlemin “adına” değil “niteliğine” bakmaktır.⁵¹ Örn. “Genelge” adı altında ama esasında “icrai” nitelikte işlem yapılmış olabilir. Bu neden önemlidir? Çünkü icrai nitelikte olmayan işlemler idari yargıda iptal davasına konu olmazlar. Gerçi bu işlemlere karşı da yargı yoluna gidilebilir ama idari yargı yeri esasa girmeden davayı reddeder. Yani davayı görmez. Oysa icrai nitelikteki bir işlemin iptal edilmesi mümkündür. Bu nedenle bir işlemin adına bakarak bu işleme karşı dava açılması halinde davanın reddedileceği ya da esastan görüleceği sonucuna varılmamalıdır.

→DANIŞTAY KARARI:

“...Danıştay’ın yerleşik kararlarında, idarenin örgütlerine mevcut mevzuat anlayışını bildiren, onlara hareket tarzlarını gösteren bu haliyle de üçüncü şahısların hak ve menfaatlerini ihlal etmeyen genelgelerin idari davaya konu olamayacakları, ancak böyle bir tasarruf hukuk alemine yeni bir unsur kattığı, dolayısıyla ilgililerin subjektif haklarını, menfaatlerini ihlal ettiği takdirde iptal davasına konu olabileceği kabul edilmektedir...”⁵²

Görüldüğü gibi, idari yargı yeri icrai nitelikte olmayan işlemin davaya konu olamayacağına karar vermiştir. Nitekim İdari Yargılama Usulü kanununa göre bir iptal davası açıldığı zaman yargı yerinin ilk inceleyeceği hususlar arasında “icrailik” sayılmıştır. Eğer ortada “icrai” bir işlem yoksa dava esasa girilmeden reddedilecektir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu

Dilekçeler üzerine ilk inceleme:

Madde 14 (...)

3. Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

a) Görev ve yetki,

b) İdari merci tecavüzü,

c) Ehliyet,

d) İdari davaya konu olacak **kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem (=ICRAİLİK) olup olmadığı,**

e) Süre aşımı,

f) Husumet,

g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, Yönlerinden **sırasıyla** incelenir.

⁴⁸ 8. D.E. 2004/6063, K. 2005/3078, K.T. 20.6.2005; www.kazanci.com.

⁴⁹ D.6.D. E.2004/6175, K.2005/3890, K.T.06/07/2005; www.kazanci.com.

⁵⁰ Gözübüyük; Tan, a.g.e.,s.374

⁵¹ Yıldırım,Turan,İdari İşlemler, a.g.e.,s.594

⁵²İDDK. E.2006/3196, K. 2008/1179, K.T.11/04/2008;www.kazanci.com.

* İcrai olmayan işlemler aslında **hukuki durumlarda değişiklik yapma iradesi taşımamaktadır.**⁵³

DANIŞTAY KARARLARI:

"...İdari işlem, idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, kamu hukuku alanında yaptığı tek yanlı ve kesin, doğrudan uygulanabilir işlemdir. **İdari işlemin en belirgin özelliği, ilgilinin isteğine bağlı olmaksızın, idarenin tek yanlı iradesi ile ilgilinin hukuksal durumuna etki yapabilmesidir...**"⁵⁴

"...**Kesin ve yürütülmesi zorunlu**, idari davaya konu edilebilecek işlemler, idarenin kamu gücüne dayanarak, **tek yanlı irade beyanı**yla tesis ettikleri, **hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir değişle ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerdir...**"⁵⁵

"İCRAİLİK" İLE "**RE'SEN İCRA**" BİRBİRİNDEN FARKLIDIR⁵⁶

İdari işlemin Re'sen (kendiliğinden) icrası demek idarenin kendi aldığı kararı yani yaptığı işlemi kendisinin uygulaması demektir.

Özel hukukta re'sen icra yoktur: İhkak-ı hak yani kendi hakkını kendi alma yasaktır. Özel hukukta kişiler haklarını almak için mahkemeye ya da icra dairelerine başvurmak zorundadırlar. İdare ise kural olarak re'sen icra yetkisine sahiptir. Yani özel hukuk kişileri gibi idarenin aldığı kararı mahkeme ya da icra dairesi aracılığıyla uygulatmak mecburiyeti kural olarak yoktur.

İcrailik ile re'sen icra arasında şu fark vardır: İcrailik kararın (işlemin) oluşmasına ilişkin iken re'sen icra kararın(işlemin) uygulanmasına ilişkindir. Bir işlem idare tarafından yapıldığında "uygulanabilir"dir yani hukuk dünyasında değişiklik meydana getirme gücüne sahip olarak ortaya çıkmıştır ancak bu işlemin uygulanması (maddi aleme aktarılması, işlemin hukuk dünyasında meydana getirdiği değişikliğin maddi alemde gerçekleşmesi)⁵⁷ ayrı bir konudur.

Not: Bazen idarenin yaptığı işlemin maddi aleme aktarılması için birşey yapılması gerekmez.⁵⁸ Bu kendiliğinden olur. Adeta işlem yapılmakla maddi aleme de aktarılmış olur. Belki burada işlemin yapılması ile maddi aleme aktarılmasının iç içe geçtiği söylenebilir. Örneğin, idarenin birşeye "izin" vermesi böyledir. İzin işlemi yapıldığı anda sonuçları maddi aleme kendiliğinden yansımaktadır.

⁵³ Gözübüyük; Tan, a.g.e.,s.374

⁵⁴ D.5.D. E.2006/2586, K.2006/5740, K.T. 28/11/2006; D.5.D.E. 2005/4897, K.2006/666; K.T.21/02/2006, www.danistay.gov.tr.

⁵⁵ D.5.D.E. 2003/7204, K.2005/6508,K.T.28/12/2005, www.danistay.gov.tr.

⁵⁶ Günday, a.g.e.,s.113

⁵⁷ Günday, a.g.e.,s.113

⁵⁸ Günaday, a.g.e.,s.113

Hukuk Devleti ilkesi ve bunun uzantısı olarak Anayasada öngörülen kanuni idare ilkesi uyarınca idare, kendi yaptığı işlemi kural olarak kendisi uygulama yetkisine sahip değildir. İdarenin yaptığı işlemi kendisinin uygulayabilmesi için kanunun buna izin vermesi gerekir.⁵⁹ Burada öğretinin görüşlerinde farklılık vardır. Gözler, idarenin kural olarak re'sen icra yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, ancak kanun bunun aksini öngörmüşse (mesela idarenin belirli bir işlemi uygulayabilmek için icra dairesine başvurusu öngörülmüşse) idare kendi işlemi kendisi uygulayamaz.⁶⁰ Biz hukuk devleti ilkesi gereği re'sen icra konusunda idareye kanunla izin verilmiş olması gerektiğini yani birinci görüşün doğru olduğunu düşünüyoruz.

3-İDARİ İŞLEMİN “KESİN” OLMASI:

İdari yargı kararlarında idari işlemin “kesin olması” da idari işlemin özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bunun nedeni İdari Yargılama Usulü Kanununun iptal davasının kabul edilebilmesi için “kesin ve yürütülmesi gereken” bir işlemi aramasıdır.

Danıştay 5. Dairesi bir kararında idari işlemin “kesin” olmasını şöyle tarif etmiştir:

“...Bununla birlikte bir işlemin "kesin olması" ile "icrailik" özellikleri birbirleriyle özdeş anlamda olmayıp, apayrı nitelermelerdir. Dava konusu olay açısından idari işlemin kesin oluşu, idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması bakımından önem taşımaktadır. Bir başka anlatımla, bu anlamdaki kesinlik, idari işlemin iptal davasına konu yapılabilmesi için gerekli bir koşul olarak, kesin ve uygulanması zorunlu bir nitelik arzemesi yani "lazümlü icra" olması gereğini ortaya koymaktadır. (...) Diğer bir anlatımla kesinlik, idari işlemin oluşması için öngörülen sürecin tüm aşamaları ile tamamlanıp yetkili idari makam veya organlarca imzalanarak uygulanabilir duruma gelmiş olmasıdır...”⁶¹

Özetle Yüksek Mahkeme, “kesinlik” ile “icrailiği” birbirinden ayırmaktadır. Yüksek Mahkeme, rastlayabildiğimiz bir kararında ise bir idari işlemin tek başına “kesin” nitelik taşınamaması nedeniyle esasa girmeden davayı reddetmiştir.⁶²

Belirtelim ki Yukarıdaki Danıştay Kararında belirtildiği gibi “kesin”lik ile “icrailik” birbirinden farklı kavramlardır. Öğretide Erkut, bir idari işlemin kesin olmakla birlikte icrai olmayabileceğini ya da icrai olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş olabileceğini vurgulamıştır.⁶³

4-HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ:

İdari İşlemler Hukuka uygun kabul edilirler. Ancak mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil etmedikleri için idari işlemlerin hukuka aykırı oldukları ileri sürülebilir.⁶⁴ Yani bir idari işlem mahkeme kararı ile iptal edilinceye kadar hukuka uygun olduğu varsayılır ve uygulanır. Hatta dava açılmış olması da tek başına işlemin uygulanmasını durduramaz. İşlemin durdurulabilmesi ancak idari yargı yeri tarafından “yürütmeyi durdurma” kararı verilmesi halinde mümkündür. Bu kararın verilmesi de kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

⁵⁹ Günday,a.g.e.,s.113

⁶⁰ Gözler,a.g.e.,s.268

⁶¹ D.5.D.E.1995/4416; www.kazanci.com.tr.

⁶² D.6. D.E. 1981/2932, K. 1983/988; www.kazanci.com.tr

⁶³ Erkut, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, Ankara, 1990, s.118.

⁶⁴ Günday,a.g.e.,s.114

İdari Yargılama Usulü Kanunu:

Madde 27 – 1. **Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.**

2. Danıştay veya idari mahkemeler, **idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda**, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek **yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler**. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

İstisnaen kanun bir idari işleme karşı yapılan başvurunun o işlemin yürütülmesini durduracağını öngörmüş olabilir.⁶⁵

Örneğin:

İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 27/4'e göre:

"Vergi mahkemelerinde, **vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması**, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün **tahsil işlemlerini durdurur**."

Görüldüğü gibi İdari Yargılama Usulü Kanununa göre vergi mahkemelerinde dava açılması tek başına işlemin yürütülmesini durdurucu etkiye sahiptir. Bu durumda ayrıca yürütmeyi durdurma kararı verilmesine gerek kalmamaktadır.

Sonuç olarak, Hukuka Uygunluk Karinesinin istisnaları:

1. İdari yargı yerinin yürütmeyi durdurma kararı vermesi
2. Kanunun belirli bir başvuruya idari işlemin yürütülmesini durdurma etkisi tanınması

5-YARGISAL DENETİM

Hukuk devleti ilkesi tüm idari işlemlerin yargı denetimine tabi olmasını gerektirir.

Anayasa Mahkemesi Kararı:

"...Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, **eylem ve işlemleri hukuka uygun olan**, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, **hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan**, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, **yargı denetimine açık olan devlettir...**"⁶⁶

- Devlet, yasama,yürütme ve yargı erklerinden oluşmaktadır. İdare de Anayasada yürütme erki içerisinde yer aldığına göre devlet kavramının içerisinde yer almaktadır. Şu halde yargı denetimine açık devlet aynı zamanda idarenin de yargı denetimine açık olmasını gerektirmektedir.
- Zaten Anayasanın 125. maddesinin ilk fıkrası: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünü getirmiştir.
 - Ancak Anayasa bazı idari işlemleri yargı denetimi dışında tutmuştur:

⁶⁵ Gözler,a.g.e.,s.270

⁶⁶ AYM. E.2012/80, K. 2013/16, K.G. 17.1.2013, R.G. 23.01.2013-28537;www.aym.gov.tr.

- Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler (Cumhurbaşkanı idarenin içindedir) (AY.md 125/2). Bunun anlamı "tek başına yapmadığı" işlemler aleyhine yargı yoluna gidilebilmesidir. Nitekim, cumhurbaşkanının ilgili bakan ve başbakan ile yaptığı işlemler ve yürütmenin başı sıfatıyla imzaladığı bakanlar kurulu kararlarına karşı yargı yolu açıktır.⁶⁷
- Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri yargı denetimi dışındadır. AY.md.125/2
- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarma cezası dışındaki kararları AY.md.159/10

İDARİ İŞLEMLERİN TÜRLERİ

İdare Hukuku öğretisi idari işlemleri çeşitli açılardan ayırıma tabi tutarak incelemektedir. Biz burada sadece diğerlerine nazaran daha fazla önem arzettiğini düşündüğümüz ayırımlara yer vermeyi uygun gördük. Buna göre idari işlem türleri beş ana başlık altında toplanabilir.

1-ŞART İŞLEMLER-ÖZNEL (SÜBJEKTİF) İŞLEMLER (MADDİ AÇIDAN AYIRIM)

a) **ŞART İŞLEMLER:** Şart işlemler belirli bir kişiyi ya da nesneyi hukuk kurallarıyla önceden düzenlenmiş bulunan nesnel ve kişilik dışı bir hukuki duruma (statüye) sokan ya da böyle bir hukuki durumdan çıkaran işlemlerdir.⁶⁸

Yani önceden kanunlarla (Devlet Memurları Kanunu gibi) ve diğer düzenleyici işlemlerle (Devlet Memurları Kanununun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler gibi) oluşturulmuş bir statü vardır ve idare şart işlemi ile kişiyi ya da nesneyi bu hukuki duruma sokar. Bundan sonra kişiye ya da nesneye o statüye ilişkin kanunlar ve diğer düzenleyici işlemler uygulanacaktır.

Not:Şart işlemlere aynı zamanda koşul işlem de (durum işlem de) denilmektedir. (Şart işlem=durum işlem=koşul işlem)

Kişiler hakkındaki şart işlemlerin tipik bir örneği atama işlemidir.

DANIŞTAY KARARI:

"...**Bir koşul işlem niteliğinde olan atama işlemi**, nesnel hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılmasını içinde taşır. Kişi, atama işlemiyle, hak ve yükümlülükleri, yetki ve sorumlulukları, kural işlemlerle önceden belirlenmiş bir **statüye** girer...".⁶⁹

Kişinin meslekten çıkarma cezası ile memuriyet görevine son verilmesi ise "statüden çıkaran" bir şart işlem örneğidir.

Statüler arasında geçiş yapılması sonucunu doğuran; başka bir anlatımla bir statüden alıp başka bir statüye sokan idari işlemler de şart işlemlerdir. Örneğin yaş haddinden memurun emekliye sevk edilmesi işlemi onu memuriyet statüsünden "emekli memur" statüsüne geçirir.

Nesneler hakkındaki şart işlemlere örnek olarak "tahsis işlemi" verilebilir. Tahsis işlemi ile idarenin özel mülkiyetindeki bir mal "kamu malı" statüsüne girer.⁷⁰

b) **SÜBJEKTİF(ÖZNEL) İŞLEMLER:** Belirli bir kişiyi ya da nesneyi kapsamını da kendilerinin belirledikleri hukuki duruma sokan işlemlerdir.⁷¹

⁶⁷ Günday,a.g.e.,s.115

⁶⁸ Günday,a.g.e.,s.116; Gözübüyük;Tan,a.g.e.,s.362

⁶⁹ D.5.D.,E.2008/5015, K.2008/6321K.T.19/12/2008; www.danistay.gov.tr.

⁷⁰ Günday,a.g.e.,s.117

⁷¹ Günday, a.g.e.,s.117

Örneklendirirsek daha iyi anlaşılabilir: Vergi tarhi işlemi öznel bir işlemdir. Bir kişinin belirli bir yıl ne kadar vergi ödeyeceği (elbette ana kurallar kanun ve diğer düzenleyici işlemlerle belirlenmekle birlikte) o kişinin o yılki kazancı ve benzeri kişisel özelliklerine göre belirlenir. Bu nedenle ödenmesi gereken vergi tutarı kişiden kişiye değişir.⁷² Öznel işlem kişiden kişiye değişirken şart işlemlerde o statüde olan herkes hakkında şartları varsa aynı işlem yapılır.

Sınavlarda not verme işlemi, disiplin cezaları,⁷³ bir gazetenin toplatılması⁷⁴ ve kamu görevlilerinin sosyal haklardan yararlandırılmalarına ilişkin işlemler⁷⁵ de öğretide öznel işlemlere örnek verilmektedir.

• Öznel işlemler daima kişiden kişiye değişirler.⁷⁶

Not: İdare hukukunda (özel hukuk dallarının aksine) öznel işlem oldukça azdır. İdari işlemlerin çok büyük bir bölümü şart işlem niteliğindedir.

2-BASİT-KOLLEKTİF-KARMA İŞLEMLER

a) BASİT İŞLEMLER: Tek bir idarenin irade açıklaması ile meydana gelen işlemlerdir.⁷⁷

b) KOLLEKTİF İŞLEMLER: Birden fazla kişiden oluşan bir idari birim tarafından yapılan işlemlerdir.⁷⁸ Birden fazla iradenin aynı **anda** ve aynı **yönde** açıklanmasıyla oluşan işlemlerdir. Kurul kararları buna örnektir.⁷⁹ Burada dikkat edilmesi gereken kollektif işlemlerde iradelerin sıraya girmemesidir. Yani, bir iradenin açıklanması için önce başka bir iradenin açıklanmasına gerek olmamasıdır. Aksi halde ortada karma işlem var demektir.

c) BİRLEŞME İŞLEMLER (KARMA İŞLEMLER): Aynı yönde aynı konu ve amaca birden fazla iradenin **bir sıra izlenerek** açıklanması sonucu meydana gelen



işlemlerdir.⁸⁰ Örneğin müşterek kararnameler ilgili bakan, başbakan ve cumhurbaşkanının iradelerinin birleşmesiyle yapılan işlemlerdir.⁸¹

⁷² Gözler, a.g.e., s.273

⁷³ Gözler, a.g.e., s.273

⁷⁴ Gözübüyük; Tan, a.g.e., s.363

⁷⁵ Günday, a.g.e., s.117

⁷⁶ Gözler, a.g.e., s.273

⁷⁷ Günday, a.g.e., s.118

⁷⁸ Yıldırım, Turan, İdari İşlemler, a.g.e., s.592

⁷⁹ Günday, a.g.e., s.118; D.13.E.2006/883, K.2006/4435; www.kazanci.com.tr; kararın ilgili bölümü şöyledir: "...Olayda, dava konusu Rekabet Kurulu kararının sekiz üyenin katılımı ile alındığı görülmektedir...Kollektif işlem niteliğinde olan Rekabet Kurulu kararlarının; 4054 sayılı Kanun uyarınca, Kurul'un inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usulleri ayrıntılı olarak saptayan usule uygun olarak, elde edilen bilgi ve belgelerin yapılan toplantı ve müzakerelerde değerlendirilmesi üzerine, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerinin, Kurul'u oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda, birden çok iradenin katılımı ile oluşturduğu gözönüne alındığında, Kurul'un üye sayısının belirsiz olmayıp, en çok ve en az kaç üyeyle toplanacağı ve karar alacağı yasa ile getirilen düzenlemeye uygun olması, işlemin şekil unsuru yönünden esaslı bir koşuldur...".

⁸⁰ Günday, a.g.e., s.119

⁸¹ Yıldırım Turan, İdari İşlemler, a.g.e., s.593

DANIŞTAY KARARI:

"...müşterek kararname ile atanacak bir görev ise kararname taslağının ilgili Bakanlıkça Başbakanlık ve Cumhurbaşkanlığına sunulması gibi idari prosedürün tamamlanması, bir başka anlatımla atama işleminin tekemmül ettirilmesi gerekliliği karşısında..."⁸²

Bu türdeki işlemler açısından "**ayrılabilir işlem kuramı**"na değinmek gerekir.⁸³ Birleşme işlemler içerisindeki arka arkaya gelen irade açıklamaları içerisinde "tek başına" hukuki sonuç doğurabilme özelliğine sahip olan yani "icrai" olan irade açıklamalarının diğerlerinden ayrılabilceğı ve bu işlemlerin tek başlarına dava konusu olabileceğı kabul edilmektedir.

Örneğin devlet üniversitesi rektörlerinin atanmasında "ilgili üniversitenin", "YÖK'ün" ve "cumhurbaşkanının" iradeleri arka arkaya gelerek "atama işlemi"ni oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışında olduğı için buna karşı yargı yoluna başvurulamamaktadır. Ancak eğer mesela "YÖK"ün iradesi atama işleminden ayrılabilir ise bu durumda YÖK'ün işlemine karşı dava açmak mümkün olabilecektir. Nitekim Danıştay devlet üniversitesi rektörünün atanmasıyla ilgili bir uyuşmazlıkta; YÖK'ün adaylar arasından 3 kişiyi elemeye yönelik iradesini "ayrı" bir işlem olarak görerek tek başına dava edilebileceğı sonucuna varmıştır:

ÖRNEK DANIŞTAY KARARLARI:

"...Sözü geçen bend, Rektör seçimi için üç evreli bir süreç öngörmekte, bunlardan birinci evreyi Üniversite öğretim üyelerince 6 aday adayının seçilmesi; ikinci evreyi aday adayları arasından üç kişinin, Cumhurbaşkanına sunulmak üzere, Yükseköğretim Kurulunca seçilmesi; üçüncü evreyi ise Cumhurbaşkanının isimleri kendisine sunulan üç aday arasından birini rektör olarak ataması oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanının atama işlemiyle sonuçlanan sürecin ilk iki evresindeki işlemlerin birbirleriyle sıkı bir hukuki bağıllık içinde bulunmasına karşın bu işlemlerin aynı zamanda, birbirlerinden **ayrılabilir nitelik taşıdıkları ve herbirinin bağımsız birer idari işlem oluşturdukları öncelikle belirtilmesi gereken bir husustur**. Bu işlemlerden ilk ikisinin gerek birbirlerinden gerek nihai işlemi oluşturan atama işleminden bağımsız olarak da, tek başlarına yeni hukuki durumlar ve hukuki sonuçlar yaratmaları, bir sonraki işlemle belirlenen yetkinin kullanılmasını sınırlamaları ve böylece "kesin" ve "icrai" nitelik taşımaları nedeniyle idari kararların alınmasından önceki evrede yerini alan tavsiye, öneri, mütalaa ve rapor gibi yetkili makamı yöneltici ve aydınlatıcı olmaktan öte bir hukuki değeri bulunmayan hazırlık işlemleri olarak kabul edilemeyecekleri açıktır. **Dolayısıyla bu işlemlerin nihai işlem beklenilmeksizin tek başlarına veya süresinde olmak koşuluyla nihai işlemden sonra da idari davaya konu edilebilmeleri mümkün** bulunmaktadır..."⁸⁴

⁸² DİDDK.E.1997/414, K.1999/538, K.T.07/05/1999

⁸³ İDDGK. E. 2008/1357: "...Gerek öğretilde gerekse yargısal kararlarda, idari karar alma süreci içinde gerçekleştirilen işlemler arasında ancak nihai işlemin iptal davasına konu olabileceğı görüşü yerine hukuksal prosedür içinde yer alan işlemlerin de iptal davasına konu oluşturabileceğı kabul edilmektedir. "Ayrılabilir işlemler" kuramının ana amacı, bir idari süreç içinde yer alan işlemlerin hukuki sonuçlar yaratmaları halinde bu süreçten bağımsız olarak dava edilebilmelerinin sağlanmasıdır..."

⁸⁴ D5.D.E.1992/4035, K.1993/3177, K.T.16/09/1993; www.kazanci.com.tr

Bir diğer uyuşmazlıkta, idare tarafından bir enerji nakil hattı projesi ve buna bağlı olarak yapılacak kamulaştırmalara ilişkin haritalar hazırlanmıştır. İdare mahkemesinde “enerji nakil hattı projesi”nin iptali için dava açılmıştır. Ancak idare mahkemesi ortada henüz bir icrai işlem olmadığını henüz kamulaştırma yapılmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Danıştay ise enerji nakil hattı projesinin kamulaştırma işlemlerinden “ayrılabilir” ve icrai nitelikte bir işlem olduğu sonucuna vararak idare mahkemesi kararını bozmuştur.⁸⁵

3-ZİMNİ İŞLEMLER

İdare Hukukunda bazı hallerde idarenin susması ya da hareketsiz kalmasına hukuki sonuç bağlanabilir. 1- “Hareketsiz kalma” bir eylem olabilir. Örneğin bir işletmenin çevreye zarar vermesini önleyecek denetimlerde bulunmamak, idarenin hareketsiz kalmak biçimindeki bir eylemdir.⁸⁶ Bu eylemsizlik nedeniyle bir zarar meydana gelirse de idare bu zararı karşılamak zorundadır.

2- Hukuk düzeni idarenin hareketsiz kalmasını bir “idari işlem” kabul edebilir. Bu durumda “zımnî red” ya da “zımnî kabul” işlemi ortaya çıkar.

ZİMNİ RED:

İdari makamlara bir idari işlemin yapılması için başvuruda bulunulduğunda, idarenin belirli bir süre sessiz ya da hareketsiz kalması sonucunda üstü örtülü bir “red” işlemi ortaya çıkar. Başvuruda bulunan kişi bu red işlemine karşı idari yargı yoluna gidebilir.

İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU
İdari makamların sükutu:
Madde 10 – 1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

2. Altmış gün içinde bir **cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.**

Bunun sebebi idarenin hareketsiz ya da sessiz kalarak yargısal denetimden kaçınmasının önüne geçmektir. Eğer idarenin yapılan başvurularda sessiz kalmasına hukuki sonuç bağlanmasaydı, idare, başvurular üzerine işlem yapmayabilir ve ortada bir idari işlem olmadığı için de yargı yoluna gidilemezdi.⁸⁷

Çünkü İdari Yargılama Usulü Kanununa göre idari yargı yerine başvurduğumuzda, yargı yeri esasa girmeden önce ortada bir idari işlem olup olmadığına bakacaktır. Eğer işlem yoksa davayı reddedecektir. İdare sessiz kalarak yargının denetiminden sıyrılabilseydi, bu durum hukuk devleti ilkesine aykırı olurdu.⁸⁸ Çünkü hukuk devleti ilkesi idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yoluna gidilebilmesini gerektirir. İdare, bir başvuru karşısında hareketsiz kaldığında, işlem ve eylem yaparak değil, yapmayarak, bireylerin hak veya menfaatlerini ihlal edebilir. Bunun yanında idare hareketsiz kalarak kanunların kendisine verdiği kamu hizmeti yürütme görevini de yerine getirmemiş olacaktır. Şu halde idarenin sessiz ya da hareketsiz kalması bir “işlem” kabul edilebilmelidir.

⁸⁵ D.10.D.E.2008/7771, K.2009/109, www.kazanci.com.tr: “...İdarece onaylanan ve kesinleşen enerji nakil hattı projesi, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olup, kamulaştırma işlemlerinden ayrılabilen bu işlemin yargısal denetimi, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurularak bu ilkelere uygun çalışma yapılıp yapılmadığının tespiti ile sağlanmaktadır...Proje çalışması tamamlanan enerji nakil hatlarıyla ilgili olarak yapılacak kamulaştırma işlemleri ise, projelerden ayrılan ve Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde çözümlenecek ayrı bir işlem olduğundan, kesinleşen projelere karşı açılacak davalarda işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, işlemin idari davaya konu edilebilecek nitelikte olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen temyize konu kararda hukuka ayarlık görülmemiştir...”

⁸⁶ D.10. D.E. 2004/8703, K. 2006/2507, K.T. 18.4.2006; www.kazanci.com.

⁸⁷ Gözler,a.g.e.,s.279.

⁸⁸ Gaözler,a.g.e.,s.279.

Ancak, her başvurunun reddi bir “zımni red işlemi” oluşturmaz. Örneğin idareye belirli bir konuda bilgi vermesi ya da yol göstermesi için yapılan bir başvuruya idarenin sessiz kalması zımni red demek değildir. Çünkü idarenin bu tip başvurulara vereceği cevaplar icrai nitelikte işlemler değildir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi idari yargı yoluna ancak icrai nitelikteki işlemlere karşı gidilebilir⁸⁹.

“Sadece idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idareye başvurulması halinde idarenin sessiz ya da hareketsiz kalması zımni red işlemi olur.”⁹⁰

ZİMNİ KABUL: İdarenin icrai işlem yapması konusundaki bir başvuru karşısında sessiz ya da hareketsiz kalması kural olarak zımni red işlemi olur. Ancak istisnaen kanun aksini öngörmüş olabilir. Yani bir kanun açıkça bir başvuruya idarenin sessiz kalmasının üstü örtülü "kabul" anlamına geleceğini öngörmüş olabilir. Bu durumda idarenin sessiz kalması "zımni kabul" işlemini oluşturacaktır.⁹¹

Bir Danıştay kararından, idare tarafından düzenleyici işlemle zımni kabul müessesesinin öngörülmesinin hukuka aykırı olacağı anlaşılmaktadır:

“...Sözleşme ve Bildirge ile getirilen kurallarda; gönüllünün sağlığı, güvenliği ön planda tutulmuştur. İnsanlar üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırmaların bütün aşamaları önemli olup, gönüllü sağlığını yakından ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, her aşamada ve her konuda yapılacak değişiklik için mutlaka olumlu görüşün beklenmesi zorunluluktur. Bu çerçevede anılan madde ile getirilen **zımni kabul**, gerek Bildirge, gerekse Sözleşme hükümleri ile bağdaşmamaktadır.

Belirtilen nedenle, Yönetmeliğin 20. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendindeki "Genel Müdürlük, başvuru tarihini izleyen günden itibaren otuz beş gün içerisinde protokol değişikliği hususunda görüş bildirmez ise protokol değişikliği onaylanmış sayılır." ibaresi hukuka aykırı olup, yürütülmesinin durdurulması gerekmektedir...”⁹²

ÖRNEK: 3194 sayılı İmar Kanunu

YAPI KULLANMA İZNİ:

Madde 30- (...) Belediyeler, valilikler (...) mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına **izin verilmiş sayılır.** (...)

4-İSTEĞE BAĞLI İŞLEMLER

İdari işlemler kural olarak idare edilenlerin isteğine bağlı değildirler. Yukarıda bahsettiğimiz gibi, tek yanlılık, idari işlemlerin en belirgin özelliğidir.

Ancak bazı idari işlemler ancak idare edilenlerin bu konuda istekte bulunmaları halinde yapılabilirler. Buna en sık verilen örnek **ruhsat işlemleridir**. Kanunların öngördüğü belirli faaliyetlerde bulunabilmek için idareden, eski dilde izin anlamına gelen, ruhsat almak zorunluluğu getirilmiş olabilir. İşte bu gibi hallerde idare edilenler ancak ruhsat almak için idareden talepte bulunurlarsa onlara ruhsat verilebilmesi mümkün olur.

İsteğe bağlı işlemlerde idare edilenlerin talebi üzerine idarenin işlem yapması, yani, karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygunluğuna dayanan özel hukuk işlemlerine benzer

⁸⁹ Günday, a.g.e.,s.121

⁹⁰ Günday,a.g.e.,s.121

⁹¹ Günday,a.g.e.,s.121

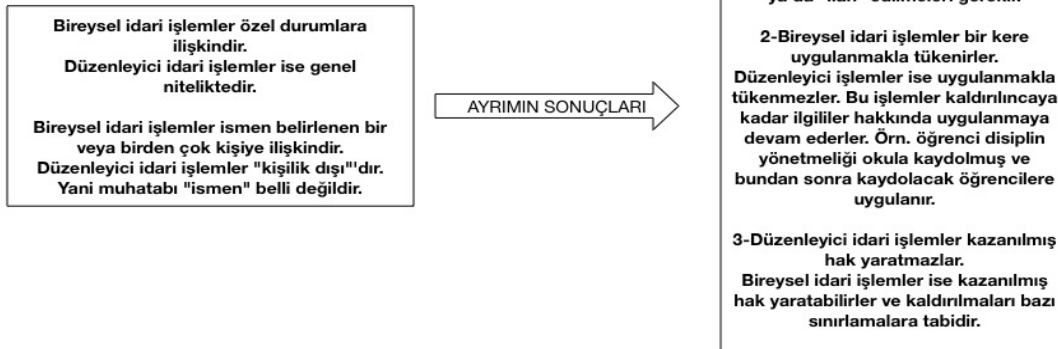
⁹² D.10. D.E. 2009/3991; www.kazanci.com.tr

bir yapı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu işlemlerin esasında sözleşme niteliği taşıdıkları düşünülmüştür. Ancak bugün için genellikle kabul edilen görüş bu işlemlerin tek yanlı olduğudur. Çünkü idare edilenlerin talepte bulunmaları bu işlemlerin yapılmasının sebebinin oluşturmaktadır.⁹³ Bunun üzerine idare tek yanlı olarak işlem yapmaktadır. İdare ile idare edilen arasında sözleşmelerde olduğu gibi işlemin oluşmasının tüm aşamalarına yayılan karşılıklı "irade"lerden bahsetmek mümkün değildir.

5-BİREL (BİREYSEL) İDARİ İŞLEMLER-DÜZENLEYİCİ İDARİ İŞLEMLER

a) **BİREYSEL İDARİ İŞLEMLER:** Bunlar kişisel ve özel durumlara ilişkin işlemlerdir.⁹⁴ Yani bunlar belirli kişi ya da durumlara ilişkin olarak yapılan işlemlerdir.⁹⁵ (Belirli şartların varlığı halinde belirli bir taşınmazın kamulaştırılması⁹⁶ ya da Bay (X)'in belirli bir idari göreve atanması gibi). Bir başka tanıma göre, bireysel işlemler genel düzenleyici işlemlerin belirli bir kişiye, nesneye ya da olaya uygulanması sonucu ve yalnız bunlar için geçerli bir durum yaratan işlemlerdir.⁹⁷

b) **DÜZENLEYİCİ İDARİ İŞLEMLER:** Bunlar ise "genel ve kişilik dışı"⁹⁸ olan işlemlerdir.⁹⁹ Yani belirli kişi ve durumlara ilişkin olmayıp genel ve soyut hukuk kuralları koyan işlemlerdir. Hukuk düzenine yeni kural getiren ya da olan bir kuralı değiştiren veya kaldıran işlemlerdir.¹⁰⁰ Bu işlemler bir kere uygulanmakla tükenmezler, kapsamlarına giren kişi, nesne ve olaylara sürekli uygulanırlar.¹⁰¹ (Örn. Öğrenci yönetmelikleri bir okula kayıt yaptırmış her öğrenciye uygulandıkları gibi bundan sonraki yıllarda da kayıt yaptıran öğrencilere uygulanacaklardır. Tabii yönetmelik kaldırılana kadar.



⁹³ Günday,a.g.e.,s.123; Gözler,a.g.e.,s.281

⁹⁴ Gözler,a.g.e.,s.262

⁹⁵ Günday,a.g.e.,s.110; Yıldırım,Turan,İdari İşlemler, a.g.e.,s.594

⁹⁶ D.6.D.E. 2001/3636, K.2002/4849: "...düzenlemeler gözönünde bulundurulduğunda, kamulaştırma işlemlerinin mülkiyetle ilgili bireysel işlem niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır..."

⁹⁷ Gözübüyük;Tan, a.g.e.,s.360

⁹⁸ Mesela belirli bir ildeki tüm öğretmenleri ilgilendiren, ismen belirli kişi ya da kişiler biçiminde ortaya çıkmayan yani kişiselleşmeyen işlemler, genel işlemlerdir: "...bireysel işlem niteliğinde olmayan, Diyarbakır ilinde bulunan okullarda görev yapan yönetici ve öğretmenlerin bir ayda dört günü geçmemek üzere ayakta gördükleri tedavi nedeniyle ders görevini yerine getirip getirmediikleri hakkındaki 03.06.2011 gün ve 37291 sayılı ek ders ücretlerine ilişkin işlem..." D.2.D.E. 2011/10823, K. 2012/6186; www.kazanci.com.

⁹⁹ Gözler,a.g.e., s.262

¹⁰⁰ Gözübüyük;Tan, a.g.e.,s.360

¹⁰¹ Yıldırım,Turan,İdari İşlemler, a.g.e.,s.594

DANIŞTAY KARARLARI:

"..."Kural işlemler" (ya da diğer adıyla "genel düzenleyici işlemler"), yukarıda da değinildiği üzere, üst hukuk normuna uygun olarak **hukuk düzenine yeni kural getiren, ya da, olan bir kuralı değiştiren veya kaldıran işlemlerdir.**

Öte yandan, bazı idari işlemlerin, "genel" olmalarına karşın, düzenleyici işlem niteliğinde olmadıklarını da belirtmek gerekir. Bir işlemin kural (düzenleme) olup olmadığı, salt bunları yapanların niteliklerine göre değil, bu işlemlerin içerikleri ve doğurdukları hukuksal sonuçlar da gözönünde bulundurulmak suretiyle saptanmalıdır..."¹⁰²

"...Yukarıda anılan düzenlemeler gözönünde bulundurulduğunda, kamulaştırma işlemlerinin mülkiyetle ilgili bireysel işlem niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. **Bu işlemler ilgililerine yasada belirlenen usullerde tebliğ edilmesi sonucunda icrai nitelik kazanacağından,** tebligat işleminden sonra yargı yoluna başvurulması mümkün olacaktır..."¹⁰³

İdarenin genel işlemlerinin soyut, objektif durumlar yarattığı belirtildiği zaman idarenin asli düzenleme yetkisinin olup olmadığı da açıklanmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre idarenin asli düzenleme yetkisi yoktur.¹⁰⁴

İDARİ İŞLEMLERİN UNSURLARI

İdari Yargılama Usulü Kanunu idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin 5 unsuru bakımından yapılacağına hükmetmiştir: Yetki, şekil, sebep, konu, maksat. Bir işlemin hukuka aykırı olup olmadığını belirleyebilmek için bu unsurlar bakımından değerlendirilmesi gerekir.

1-YETKİ

İdari işlem, idarenin belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır. Bu irade açıklamasının gerçek kişi ise temyiz kudretine sahip, idare adına irade açıklamaya konu, yer ve zaman bakımından kanunla yetkili kılınmış kişiler ya da makamlar tarafından yapılması şarttır. Aksi halde bu işlem hukuken sakat olur.

İLGİLİ TEMEL ANAYASA KURALLARI:

1-Anayasa, hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını hükme bağlamıştır. İdare etmek, kamu gücü kullanmak bir devlet yetkisidir. (Unutmayalım ki İdare "yürütme organının" içerisinde).

2-Anayasaya göre idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Yani kuruluş da görevler de kanunla düzenlenecektir.¹⁰⁵ Demek ki

"...Ancak idarenin yasallığı ilkesi, idari kuruluşun tümü ve bütün ayrıntıları ile yasa koyucu tarafından düzenlenmesi zorunluluğunu gerektirmeyip; sadece öğelerinin temel kurallarının ve güvence hükümlerinin yasada yer almasını zorunlu kılar..." (D,10.D.E. 2008/1207).

¹⁰² D.5.D.E.2007/7830, K.2008/772, K.T.13/02/2008; www.kazanci.com.tr

¹⁰³ D.6.D. E.2001/3636, K.2002/4849, K.T.31/10/2002; www.kazanci.com.tr

¹⁰⁴ Yıldırım, Turan, İdari İşlemler, a.g.e., s.596

¹⁰⁵ D.10.D.E.2008/1207: "...İdare teşkilatı ile görev ve yetkilerinin yasayla düzenlenmesi öngörüldüğü gibi; ajanlara, vergilere ve mallara ilişkin statülerin de yasal nitelikte olması gerekmektedir. Bu bakımdan, idare

idare ancak kanun tarafından yetkilendirilmesi halinde belirli bir işlem ya da eylemi yapabilir. Kanunun olmadığı yerde idare yoktur! Tabii kanunun olmadığı yerde idare yoktur demek “her türlü konunun mutlaka kanunla” düzenlenmesi demek değildir; kaldı ki buna imkan da yoktur. Temel kuralların kanunla düzenlenmesi, idarenin yetkisinin çerçevesinin çizilmesi yeterlidir. İdarenin kanunların çizdiği sınırın dışına çıkarak işlem yapması yani “düzenleme yetkisini aşarak” belirli bir konuda kendisine etki tanınması da “yetki sakatlığı” doğurur ve işlem yargı kararıyla iptal edilir.

Örneğin “adli kolluk” yönetmeliğinde yapılan değişiklikle CMK ve ilgili diğer kanunların çizdiği sınırın aşılması suretiyle adli kolluk görevlilerine soruşturmalarla ilgili sıralı amirlerine bilgi verme yükümlülüğü getirilmesine ilişkin düzenleme Danıştay tarafından “yetki sakatlığı” nedeniyle iptal edilmiştir.¹⁰⁶

Bir başka örnek olabilecek uyuşmazlık ise havayolu taşımacılığı ile ilgilidir. Ülkeye giriş yapan ancak çeşitli nedenlerle “kabul edilemez” yolcu niteliği taşıyan kişilerin zamanında başka bir yere götürülmemesi halinde havayolu işletmecisine idari para cezası verilmesini düzenleyen bir “yönerge” çıkarılmıştır. Danıştay, idari para cezası yaptırımını öngören ve sınırlarını çizen bir kanun olmaması nedeniyle bu konuda idarenin düzenleme yetkisinin bulunmadığını vurgulayarak yönergeyi iptal etmiştir.¹⁰⁷

Bu durumda, davalı idareci herhangi bir yasa ile çerçevesi çizilmeyen ve sınırları belirlenmiş idari düzenleme alanı sağlanmayan bir konuda düzenleme yetkisi varmışcasına hareket edilmek suretiyle idari para cezasının tüm usul ve esasının düzenlenmesine ilişkin olarak çıkarılan Yönergenin, içeriği itibarıyla Anayasanın 38 inci maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır. (10. D.E. 2003/4021, K. 2006/3011, K.T. 16.5.2006;www.kazanci.com).

FORMÜL: İdare hukukunda yetkisizlik kural yetkili olmak ise istisnadır. İstisnaen idarenin yetkili olabilmesi de ancak yetkinin:
-Kanunda gösterilen makamlarca
-Kanunda gösterilen hallerde kullanılması ile mümkündür.
(DİDDGK.E.2009/107;www.kazanci.com.tr.).

İdarenin yetkili olması meselesi ve yetki sakatlığı türleri ağırdan hafife doğru şöyle derecelendirilebilir: “Fonksiyon gaspı”, “yetki gaspı”, “ağır ve bariz yetki sakatlığı” ve “yetki sakatlığı”.

Bazen idare, aslında “yasama” ya da “yargının” alanına giren bir konuda işlem yapma yanlışına düşebilir. Bu durumda ortaya “**fonksiyon gaspı**” olarak adlandırılan “AĞIR” bir yetki sakatlığı çıkar. Bu öylesine ağır bir yetki sakatlığıdır ki idarenin yasama ya da yargı fonksiyonunu gaspederek yaptığı işlemin “yok hükmünde” olduğu kabul edilir. Başka bir anlatımla bu aslında işlem hiç doğmamıştır ve bireyler açısından da bağlayıcı olmayacaktır.

Danıştay, bir kararında “yargı yetkisinin idare tarafından kullanılmasının” “fonksiyon gaspı” olacağını vurgulamıştır:

onu yetkili kılan "yasa"ya dayanarak hizmette bulunabilir. Bu nedenledir ki, idare hukukunda yetkisizlik kural, yetkili olmak istisnadır. Dolayısıyla, yetki devri de istisnai niteliktedir...”

¹⁰⁶ D.10.D. E. 2013/8108; www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁷ 10. D.E. 2003/4021, K. 2006/3011, K.T. 16.5.2006;www.kazanci.com.

“...Mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran yasa konusu olduğunun kabulü gerekmektedir. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise, bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasa koyucu tarafından açıkça gösterilmesi zorunludur. Yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, **yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması** anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi ‘fonksiyon gaspı’dır.”¹⁰⁸

Ek Bilgi: İdari yargı içtihadlarında ve öğretide yokluk halinin hangi unsurlarda ortaya çıkabileceği konusunda birlik yoktur. Genel eğilim yokluğun işlemin sadece “yetki” ve “konu” unsurlarında ortaya çıkabileceği yönündedir. Ancak sebep unsurunda ilk bakışta farkedilebilir ağır sakatlıkların da işlemin yok hükmünde sayılması sonucunu doğurabileceği kabul edilebilmektedir.

Yetki gaspı: İdare adına irade açıklama yetkisi bulunmayan kişiler tarafından yapılan işlemlerde yetki gaspı sözkonusu olur. İdare adına irade açıklama yetkisi olmayan kişi:

- a) İdare içerisinde olabilir,
- b) İdareye tamamıyla yabancı bir kişi olabilir.

Birinci durum; “Kişi yönünden yetki” ile ilgilidir: Bir kamu tüzelkişisi tarafından yapılan idari işlemin o kamu tüzelkişisi adına işlem yapmaya yetkili kişi ya da kişilerce yapılması şarttır:

Merkezi idarede, idare adına irade açıklama yetkisine sahip kişiler; cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar-----taşra teşkilatında da vali ve kaymakamlardır.

Yerinden yönetim kuruluşlarında ise (mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları) bu kuruluşların karar organları yetkilidir.

Bu sınırlı sayıdaki görevliler dışındakilerin açıkladıkları iradeler yetkisizlik nedeniyle sakattır. Tabii hukuken geçerli bir yetki devri yoksa!

İdare içerisinde bir makamın diğer bir makama yetkisini devretmesi mümkündür. Ancak yetki devrinin hukuka uygun olabilmesi için bunun:

- a) Kanunla öngörülmüş olması;
- b) Kanunda belirtilen konularla sınırlı biçimde kullanılması şarttır.¹⁰⁹

Özetlemek gerekirse; idare içerisinde, idare adına irade açıklamaya yetkili organ ya da makamlar yanında idare adına irade açıklama yetkisi bulunmayan hizmetli, katip v.b. kişiler de vardır. İşte bahsedilen bu ikinci grupta yer alan kişilerce yapılacak işlemler yetki gaspı ile sakat olur. Bu sakatlık öylesine ağırdır ki; yapılan işlem yok hükmünde sayılır.¹¹⁰

İkinci durum: İdareye tamamıyla yabancı olan kişinin işlem yapması halinde de yetki gaspı ortaya çıkar. Bu konuda iki olasılıktan bahsedilebilir:

(1) İşlemi yapan kişi genel olarak Türk İdari Teşkilatı içerisinde yer alan bir kişidir ama “işlemi yapması gereken” idarenin içinde değildir. Örneğin üniversite kamu tüzelkişiliğinin yetkili olduğu bir konuda Valinin karar alması halinde yetki gaspı sözkonusu olacaktır. Vali geniş anlamda idarenin içindedir ancak “o” idarenin yani yetkili olan üniversitenin içinde değildir.

¹⁰⁸ İDDK, E.2010/2072, K.2010/1467; www.danistay.gov.tr.

¹⁰⁹ D.5.D.E. 2005/3947; www.kazanci.com.tr: “...Genel olarak yetki devri, ‘bir konuda karar almak veya emir vermek’ hakkını başkasına devretmek ve elde edeceği sonuçtan onu sorumlu tutmak biçiminde tanımlanmaktadır. Yetki devrinin, ancak yasanın açık izin vermesi halinde ve yine açıkça izin verdiği konularla sınırlı olarak yapılabileceği kuşkusuzdur...”.

¹¹⁰ Onar, a.g.e.,C.I, s.302

(2) İşlemi yapan kişi idarenin tamamıyla dışındadır. İdare ile hiçbir bağı yoktur. Aslında kamu görevlisi olmayan (idare ile hiçbir bağı bulunmayan) bir kişinin kamu görevlisiymiş gibi işlem yapması halinde yetki gaspı ortaya çıkar ve işlem yok hükmünde kabul edilir.

ÖNEMLİ: Pekiyi acaba yetki gaspı nedeniyle bir işlemin yok hükmünde olması yani hiçbir surette geçerli kabul edilmemesi her zaman adaletli olur mu?

Örneğin; tıpatıp ikizi olan bir nikah memurunun nikahımızı kıymak için kendisi yerine aslında nikah memuru olmayan ikizini gönderdiğini ve sonradan durumun ortaya çıktığını farzedelim. Bu durumda nikahın yetki gaspı nedeniyle yok hükmünde olduğu sonucuna varılması hakkaniyete aykırı olacaktır. İşte bu durumda “görünüşte memur” esası uygulanarak işlemin muhatabı olan kişilerin korunması yoluna gidilmektedir. Görünüşte memur esasının uygulanması sonucunda yapılan işlem hukuken geçerli kabul edilmektedir. Aynı şekilde bir idarenin tahsilat yapmaya yetkili kamu görevlisinin yerine geçip tahsilat yapan bir dolandırıcıya ödemede bulunan vatandaşın da bu ödemeyi hukuka uygun biçimde yapmış kabul edilmesi gerekir.¹¹¹

Ağır ve bariz yetki sakatlığı: Yetki gaspından daha hafif olmakla birlikte aşağıda belirtilen yetki sakatlıklarından da daha ağır ve ilk bakışta anlaşılabilen yetki sakatlıkları bu grubu oluşturmaktadır. Bu hallerde sakatlık, idare içerisindeki işbölümünün sonucudur. Başka bir anlatımla idarelerin farklı türden işler için farklı şekillerde teşkilatlanmasından doğmaktadır. Kanaatimizce, “ağır yetki sakatlığının” tam olarak anlaşılabilmesi ancak örneklendirmekle ve “yetki gaspıyla” arasındaki farklı belirtmekle mümkündür: **Örneğin**, maliye bakanlığının sağlık bakanlığının işleri ile ilgili karar alması ya da milli eğitim bakanlığının, esasında maliye bakanlığının alanına giren, vergi ile ilgili bir konuda karar alması gibi...¹¹²

Bu hallerde esasında idare adına irade açıklamaya yetkili bir makam ya da merci vardır yani yukarıda yetki gaspı ile ilgili olarak açıkladığımız 1. olasılığa benzer bir durum söz konusudur. Fark ise yetki gaspında idarenin içerisinde olan kişinin içinde bulunduğu idare (“kendi idaresi”) adına da irade açıklamaya yetkili olmamasıdır. Ağır yetki sakatlığında ise irade açıklamasında bulunan kişi ya da makam içinde bulunduğu idare (“kendi idaresi”) adına irade açıklamasında bulunmaya yetkili ama başka bir idarenin alanına giren bir işlemde bulunmaktadır.

Yetki sakatlıkları konu, yer ve zaman bakımından ayırma tabi tutulmaktadır:

1) Konu yönünden yetki:

Bir idari makamın hangi konuda karar alabileceğini ifade eder.

Konu yönünden yetkisizlik hallerini incelersek konu daha iyi anlaşılabilir:

a) AYNI HİYERARŞİK DÜZEN İÇİNDE YETKİ SAKATLIKLARI:

Yukarıda “hiyerarşi” ile ilgili bölümde bahsettiğimiz gibi, hiyerarşi ilişkisinde “ikame” yasağı vardır. İşte hiyerarşik düzen içindeki yetki sakatlıklarının bir bölümü bu yasağa uyulmaması biçiminde görülmektedir:

Astın üst yerine geçerek karar alması (mesela valinin görevine giren bir konuda kaymakamın karar alması); Üstün ast yerine karar alması (üst, astına belirli bir konuda karar alması için emir ve talimat verebilir ama onun yerine geçerek karar alamaz! Neden? Çünkü kanun o konuda yetkiyi asta vermiştir, üste vermemiştir). Örneğin araştırma görevlisine disiplin cezası verme yetkisi dekanlığa ait olduğu halde

“...İdari kararların, Anayasa ve yasaların yetkili kıldığı organ, makam ve kamu görevlileri tarafından alınması zorunludur. Yetkiyle ilgili idare hukukunun bilinen ilkelerine göre alt kademedeki bir makamın üst kademedeki bir makamın yerine karar alması nasıl işlemi yetki yönünden hukuka aykırı hale getirecek ise üst kademedeki bir makamın, alt kademedeki bir idari makamın görevine giren bir konuda karar alması halinde de işlem yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır...”; (DİDDGK. E. 2006/2042, www.kazanci.com).

¹¹¹ Gözler, a.g.e., s.307.

¹¹² Onar, a.g.e., C.I, s.302-303.

rektörlük tarafından disiplin cezası verilmesi yetki unsuru bakımından hukuka aykırıdır.¹¹³ Bir bakanlığın yetkili olduğu bir konuda “bakanlar kurulunun” ilgili bakanlığın yerine geçerek karar alması da üstün ast yerine geçerek karar alması olarak görülebilir. Nitekim bir uyuşmazlık üzerine Danıştay, bakanlar kurulunun, kanuna göre yetkili Çevre Bakanlığı yerine geçerek karar almasını yetki unsuru bakımından hukuka aykırı bulmuştur.¹¹⁴

Diğer yandan, aynı kuruluşun organları arasında da yetki sakatlığı görülebilir. Örn. Bir uyuşmazlıkta Danıştay, belediye encümeni yerine belediye başkanlığı tarafından yapılması nedeniyle bir ihalenin “yetki yönünden” sakat olduğuna karar vermiştir.¹¹⁵ Aynı şekilde YÖK’nun organı olan Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından yapılması gereken bir işlemi tek başına YÖK Başkanının yapması nedeniyle bu işlemin yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir.¹¹⁶

Aynı kuruluş içerisinde birden fazla organın kanuna göre birlikte yapması gereken bir işlemi bu organlardan sadece bir tanesinin yapması halinde de yetki sakatlığı olur. Örneğin üniversitede öğretim üyesine disiplin cezasının kurul kararı üzerine rektör tarafından verilmesi gerekirken, kurul kararının alınmamış olması yetki sakatlığı doğurur.¹¹⁷

b) FARKLI HİYERARŞİK DÜZENE TABİ MERCİLER ARASINDA YETKİ SAKATLIĞI:

Belirli bir bakanlığın yetkili olduğu konuda başka bir bakanlığın karar alması gibi...(Başbakan, bakanların hiyerarşik üstü değildir, en azından bu konu tartışmalıdır. Bakanlıklar içerisinde hiyerarşik düzen vardır, bakan altındaki görevlilerin en üstü konumundadır. Her bakanlığın hiyerarşik düzeni diğerinden ayrıdır. İki bakanlık arasında hiyerarşi yoktur. İki bakanlık farklı iki hiyerarşik düzen demektir! Bu nedenle bir bakanlığın görevine giren konuda başka bir bakanlığın yetki kullanması sakat olur).

--->Kanun emrettiği halde vesayete tabi bir makamın vesayet makamına sunmadan doğrudan karar alıp uygulaması halinde de yetki sakatlığı olur. Mesela belediye başkanının, ilgili bakanın vesayet denetimine tabi olması ve kanunda kararlarını bakana sunmasına ilişkin bir yükümlülük varsa, bakana sunmadan karar alması durumunda yetki sakatlığı olur.

---->Vesayet makamının, vesayete tabi makam yerine karar alması (eğer kanun bunu açıkça öngörmemişse) durumunda da yetki sakatlığı olur. Mesela Bir şehirde işyerlerinin açılması-kapanması saatlerini büyükşehir belediyesi belirlemiş ancak bu konuda kanun alt kademe belediyeleri yetkili kılmışsa (büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri arasında ancak idari vesayet olabilir çünkü farklı kamu tüzelkişilikleri!!! Yani Büyükşehir belediyesi ilçe belediyelerinin hiyerarşik üstü değildir!!!)

---->Birden fazla makamın birlikte yapması gereken bir işlemin bu makamlardan sadece bir tanesi tarafından yapılması halinde de yetki sakat olur.

2. Yer yönünden yetki:

Belirli bir konuda yetkili olan idari merciin bu yetkiyi kullanabileceği coğrafi sınırları ifade eder.¹¹⁸ Yani mesela kamulaştırma konusunda bir merci yetkidir ama bu yetkiyi

¹¹³ DİDDGK. E.2006/2042; www.kazanci.com.tr.

¹¹⁴ D.8. D.E. 2005/2927; www.kazanci.com.tr.

¹¹⁵ D.11. D. E. 1977/126; www.kazanci.com.tr.

¹¹⁶ D.8. D.E. 2008/1501; www.kazanci.com.tr.

¹¹⁷ D.8.D. E.2004/3101; www.kazanci.com.tr.

¹¹⁸ Günday, a.g.e., s.137; 2013

kullanabileceği alan sınırlı olabilir. Bir idare, ülkenin tümünde yetkili olabilir.¹¹⁹ Bu durumda yer bakımından yetki sakatlığı ortaya çıkmayacaktır. Ancak mahalli idareler ve taşra teşkilatı gibi sadece belli sınırlar içerisinde yetki kullanabilecek idareler de vardır. İşte bu idarelerin sınırlarını aşarak yetki kullanmaları yetki sakatlığı doğurur ve işlemleri idari yargı yeri tarafından iptal edilebilir. Mesela Samsun valisi Erzurum ili ile ilgili bir karar alırsa yer bakımından yetki sakatlığı olur. Fatih belediyesinin, beşiktaş belediyesi sınırları içinde yer alan bir taşınmazı kamulaştırması halinde olacağı gibi...

3. Zaman yönünden yetki: Belirli bir merciin, belirli bir konudaki yetkisini “yetkiye sahip olduğu süre” içinde kullanması zorunludur. Aksi takdirde yetki sakatlığı sözkonusu olur. Örneğin, vali yardımcısının, kanuna göre ancak valiye vekalet ettiği dönemde kullanabileceği bir yetkiyi bu dönem dışında kullanması halinde zaman bakımından yetki sakatlığı olur.¹²⁰

ÖNEMLİ: YETKİDE PARALELLİK

Bu ilkeye göre, belirli bir işlemi yetkili olan makam, kanunla başka yetkilendirilmemiş olmak kaydıyla, bu almaya veya kaldırmaya da yetkilidir. kanun, belediye başkanına ruhsat yetkisi tanımış ancak ruhsatı “geri iptal etme” yetkisi bakımından düzenleme getirmemişse (bu konu düzenlenmemişse) yetkide paralellik uygulanır ve “geri alma” ya da “iptal yetkisinin de belediye başkanına ait sonucuna varılır. Eğer bu durumda, belediye başkanı yerine başka bir makam bu işlemi yapmış ise “yetki sakatlığı” olacaktır.

Ancak, eğer kanun belirli bir işlemin yapılması için bir makamı geri alınması ya da kaldırılması için ise farklı bir makamı yetkilendirmişse bu durumda yetkide paralellik ilkesi uygulanamayacaktır. (Örneğin, kanun ruhsat verme konusunda belediye başkanına yetki vermiş, ancak, geri alma konusunda valiye yetki tanımış ise yetkide paralellik ilkesi uygulanmayacaktır. Bu durumda da belediye başkanının ruhsatı geri almaya kalkması yetki sakatlığı doğurur).

"...Mevzuatında ruhsatları vermekle yetkili kılınan idarenin aynı şekilde bu ruhsatların iptali konusunda da tek yetkili olduğu tartışmasız olup, aksine bir düzenlemenin de bulunmadığı görüldüğünden, belediye başkanınca verilmiş bulunan işveri açma ve çalışma ruhsatının yetkide paralellik ilkesi uyarınca yine belediye başkanı ya da görevlendireceği bir yetkili tarafından iptal edilmesi (geri alınması) gerekirken; bu ilkeye aykırı olarak; hem de yönetmelikte ayrıca encümen tarafından karar alınmaması gerektiği düzenlemesi bulunmasına rağmen belediye encümenince ruhsatın iptali yönünde işlem tesis edildiği görüldüğünden işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamıştır..."DANIŞTAY8. DAİRE; E. 2010/3000

İLKESİ:

yapmaya
bir makam
işlemi geri
Örneğin, bir
verme
alma” ya da
herhangi bir
kanunda
ilkesi
etme”
olduğu

2-ŞEKİL/USUL

A) ŞEKİL: İdari işlemler belli şekil kurallarına uyularak yapılmalıdır.

Özel hukuk işlemlerinde kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Diğer yandan, özel hukuk işlemleri arasında kişiye ağır yükümler yükleyen kişi için ağır sonuçlar doğurabilecek olan veya kişiyi ağır bir yük altına sokacak işlemler için belli şekil şartlar öngörülmüştür. Kişiyi daha iyi düşünmeye, yapacağı işlemin doğuracağı sonuçları daha iyi düşünmeye sevk edebilmek için işlemin belirli bir biçimde ve belirli usuller izlenerek yapılması zorunludur. İdare Hukukunda şekil kurallarının olmasının sebebi ise idare edilenlere güvence sağlamaktır!

1-YAZILILIK KURALI: İdari işlemler kural olarak yazılı şekle tabidir.¹²¹

¹¹⁹ Günday, a.g.e.s. 137; 2013

¹²⁰ D.2.D.E.2004/4638; www.kazanci.com.tr.

¹²¹ “...İdare hukukunda, kural olarak, idari işlemin yazılı olması, idarenin iş ve işlemlerinin yazılılık esasına göre yürütülmesi gerekmektedir...”(D.6.D. E. 2011/8290, K. 2012/1937; www.kazanci.com).

*İstisnaen sözlü işlem de mümkündür ---->Polis Vazife ve Selahiyeti Kanununda yasa dışı gösterinin dağıtılması konusunda sözlü karar verilebilmektedir.

*İşaretle de olabilir: Kavşakta trafiği düzenleyen polisin el-kol hareketleri...gibi.

*Zimni kararlar, yani idarenin belirli bir başvuru karşısında sessiz kalması, hareketsiz kalması da niteliği gereği yazılı değildir.

2-GEREKÇE: Kural olarak idari işlemlerin gerekçeli olmaları zorunlu değildir. Anayasamız, "mahkemelerin" kararlarının gerekçeli olmalarını aramaktadır. İdari işlemlerde gerekçe aranmamaktadır.

Ancak bazı kanunlarda ilgili işlemin gerekçeli yapılması öngörülmüştür. Mesela Bilgi Edinme Kanununun 12. maddesine göre bilgi edinme başvurusunun reddedilmesi halinde bu red kararının gerekçesi belirtilecektir.

****İdari işlemde gerekçe zorunlu olmamakla birlikte, ilgili işleme karşı iptal davası açıldığı zaman yargı yerine işlemin gerekçesinin bildirilmesi Danıştay'a göre zorunludur (D.1D.E,1995/769).

******DİKKAT:** Şekil/usul sakatlıkları esasa etkili olan ve olmayan sakatlıklar olarak ikiye ayrılır. Örneğin bir idari işlemde "imza" bulunmaması "**esaslı**" şekil sakatlığıdır. Oysa

"...idari işlemin yapılmasında veya bir kararın alınmasında, önceden Yasayla saptanmış bulunan usul ve şekil kuralına uyulmaması hukuka aykırılık halini oluşturur(...)
Bilindiği gibi bazı işlemlerin yapılmasında uyulması gereken idari usul ve şeklin önceden Yasayla tesbitinin amacı, **kişilere teminat sağlamaktır.**
Usul ve şekille ilgili kurallara uyulmaması hukuka aykırılık halini oluşturmakla beraber, bu aykırılığın her zaman idari işlemin iptalini gerektirmeyeceği yargı kararları ile kabul edilmektedir.
Bu durumda, işlemin şekil unsuru üzerindeki yargı denetiminde, yukarıda da değinildiği üzere, şekil unsurundaki aykırılık halinin işlem üzerindeki hukuki etkisine bakılması gerekir..." (D.10.D.E. 2000/1220).

tarihin bulunmaması ya da imzanın bulunup da imzanın sahibinin adı ve soyadına yer verilmemiş olması "**esaslı olmayan**" şekil sakatlığıdır. Esaslı olmayan şekil sakatlığı varsa işlemin iptali gerekmez. Yani idari yargı yeri esaslı olmayan şekil sakatlığı varsa işlemi hukuka aykırı bulmayacaktır. Şekil sakatlığının esaslı olup olmadığını tespit ederken idari yargı yerleri şekle aykırılığın işlemin "varoluş şartına" ilişkin olması, "sonucu etkileyici nitelikte" olması ya da "ilem üzerindeki "hukuki etkisine" bakarak karar vermektedirler.

ÖRNEK DANIŞTAY KARARI:

"...Ancak burada öngörülen şekil kuralı **işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen**, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir..."(DİDDGK.E. 1995/769, K. 1997/525;www.kazanci.com).

B) USUL: İdari işlemin yapılmasında izlenmesi gereken yöntem ya da yolları ifade eder. Bazı hallerde idarenin işleminin özünü oluşturan iradenin açıklanması için izlenmesi gereken bir usul vardır.

ÖNEMLİ!!!: "USULDE PARALELLİK İLKESİ": BİR İŞLEMİN YAPILMASI İÇİN KULLANILAN USUL, EĞER KANUN AKSİNE BİR DÜZENLEME GETİRMEMİŞSE O İŞLEMİN DEĞİŞTİRİLMESİ VEYA KALDIRILMASI İÇİN DE GEÇERLİDİR.

Mesela,
kanun bir
işlemin
yapılması

için teklif usulüne uyulmasını öngörmüş ancak bu işlemin yine idare tarafından değiştirilmesi, kaldırılması ya da geri alınması için herhangi bir düzenleme getirmemişse

bu durumda bu işlemin geri alınması, kaldırılması ya da değiştirilmesi için de teklif usulüne uyulması gerekir. Buna usulde paralellik ilkesi denir.

(Kanun, işlemin yapılması için teklif usulünü ama kaldırılması için danışma usulünü öngörseydi o zaman usulde paralellik ilkesi uygulanmayacaktı. Kaldırma işlemi için danışma usulü uygulanacaktı...)

DİKKAT!!! Usul sakatlığında da “**esaslı usul sakatlığı ve esaslı olmayan usul sakatlığı**” ayrımı yapılması gerekmektedir. Her türlü usul sakatlığı işlemin hukuka aykırı olduğunu kabul edebilmek için yeterli değildir. Esaslı olmayan usul sakatlıklarında işlem iptal edilmez.

Örneğin; disiplin cezası verilmeden önce savunma alınmaması, tüzüklerin çıkarılmadan önce Danıştay’ın denetiminden geçirilmemeleri esaslı usul sakatlıklarıdır.

Kanunda idarenin hızlı karar alması için öngörülen gösterici nitelikteki sürelerle uyulmaması, sadece idarenin yararına konulmuş usullere uyulmaması ya da örneğin doktora sınavında jüri üyelerinin akademik giysilerini giymemiş olmaları ise esasa etkili olmayan usul sakatlıklarıdır. İşlemin yargı yeri tarafından iptal edilmesi sonucunu doğurmazlar.

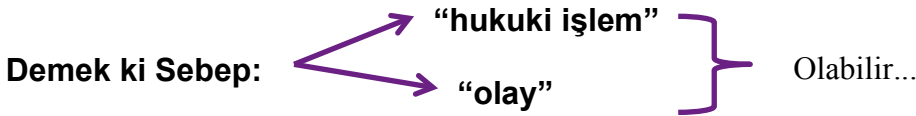
DEMEK Kİ ŞEKİL VE USUL UNSURU İLE İLGİLİ OLARAK ÖNEMLİ OLAN MESELE SAKATLIĞIN ESASA ETKİLİ OLUP OLMADIĞINI DEĞERLENDİRMEKTİR!!!!

3-SEBEP UNSURU

Bir tanıma göre idari işlemin sebebi o idari işlemten önce gelen ve idareyi o işlemi yapmaya sevk eden nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan etkendir.¹²² Sebebin nesnel nitelik taşıması; işlemi yapanın düşünce dünyasında oluşan ve kendisinin tercihini yansıtan bir olgu olmadığını gösterir. Yani işlemi yapan kişinin dışında kalan ve hukuk kurallarının ortaya koyduğu bir sebep ya da maddi olgudur.¹²³

Başka bir tanıma göre ise işlemin sebep unsuru idareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenlerdir. Bu etkenler idari işlemten önce gelirler ve onun dışında yer alırlar.¹²⁴

Danıştay’a göre ise idari işlemin sebep unsuru: “İdari işlemin dışında, idari işlemin yapılmasını gerektiren hukuki işlem ya da olay”dır.



Biz bu ayırımı “sebep unsurunun hukuki boyutu” ve “sebep unsurunun maddi boyutu” diyeceğiz.

Bir örnekle anlatmak gerekirse:

657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa göre:

¹²² Günday, a.g.e.,s.138

¹²³ Özay, a.g.e., s.455

¹²⁴ Gözler, a.g.e.,s. 330; Sancakdar, a.g.e.,s. 301

“Devlete ait resmi araç, gereç ya da benzeri eşyayı özel işlerinde kullanan” memura kınama cezası verilir.

İşte idareyi bu fiili işleyen memura kınama cezası vermeye sevkeden etken bu memurun devlete ait eşyayı özel işinde kullanmış olmasıdır.

a) Örneğimizde sebep unsurunun hukuki boyutu: Devlete ait eşyanın özel işlerde kullanılmasını yasaklayan düzenlemedir. Böyle bir düzenleme olmasaydı sebep unsurunun hukuki boyutu sakat olabilirdi.

Şu halde; bir idari işlemin sebep unsuru başka bir idari işlem ise, yargı yeri iki işlemi birden hukuka uygunluk bakımından denetleyecektir. Başka bir anlatımla; 2. işlemin hukuksal

denetimi sırasında bu işlemin dayandığı 1. işlemin de hukuksal denetiminin yapılması gerekir. Eğer 1. işlem hukuka aykırı ise bu durumda bu işleme dayanan 2. işlemin sebep unsuru sakat olacaktır.

İdari işlemin hukuki boyutu bir kanun hükmü ya da düzenleyici bir işlem olabileceği gibi bireysel bir işlem de olabilir.¹²⁵

İdarenin bir kişinin ücretini olması gerekenden eksik ödemesi işlemine karşı açılan bir davada Danıştay, eksik ödeme yapılması işleminin (2.işlem) sebep unsurunun (hukuki boyutunun) önceden bu kişiye ait performans puanının idare tarafından düşük belirlenmesi işlemi (1.işlem) olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine Danıştay, birinci işlemin de hukuki açıdan denetimi yapılarak bir sonuca varılması gerektiğini şu cümlelerle vurgulamıştır:

“...Bir idari işlemin "sebebe unsurunu", idari işlemin tesisinin dayanağı olan mevzuatta önceden belirlenen ve idareyi o işlemi tesis etmeye iten **maddi ve hukuki sebepler olup**, hukuki sebeplerin başında da **idari işlemler** gelmektedir. Dolayısıyla, bir idari işlemin diğer bir idari işlemin sebebe unsuru olduğu durumlarda, ikinci işlemin hukuki denetimi sırasında sebebe unsuru olan birinci işlemin de hukuki denetiminin yapılması gerekmektedir.” (D.11.D.E. 2005/2069, K. 2007/9757; www.kazanci.com).

b) Örneğimizde sebep unsurunun maddi boyutu (maddi olay, olgu): İlgili

memurun devlete ait eşyayı gerçekten kullanıp kullanmadığıyla ilgilidir. Örneğin bu memur değil de başka bir memur kullanmışsa ya da memura iftira atılmışsa bu durumda sebebe unsurunun maddi boyutu sakat olacaktır. Memur dava açtığında işlem idari yargı yeri tarafından iptal edilecektir.

Şu halde; işlemin hukuki boyutunda veya maddi boyutunda (sadece biri yeterlidir) ortaya çıkacak aksaklık, idari işlemin sebebe unsurunu sakat hale getirir ve işlem idari yargı yeri tarafından iptal edilebilir.

İdari işleme karşı dava açıldığında (iptal davası), idari yargı yeri, işlemin hukuki boyutunu araştıracaktır. Maddi boyutu ile ilgili olarak da idareden bu işlemi yapmak için gerekli koşulların gerçekten oluştuğunu ispat etmesini isteyecektir. İdare, bunu ispat edemezse işlem iptal edilecektir.

Bir Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararı yukarıda anlattıklarımızı özetlemektedir:

“...İdari işlemin dayanağı olan sebebin mevzuatta açıkça gösterildiği durumlarda, idari işlemin hukuka uygun olabilmesi için idari işlemin bu sebebe dayanması ve bunun da kararda gösterilmesi ve sebebin mevcudiyetini gösterecek kanıtların bulunması gerekir...”¹²⁵

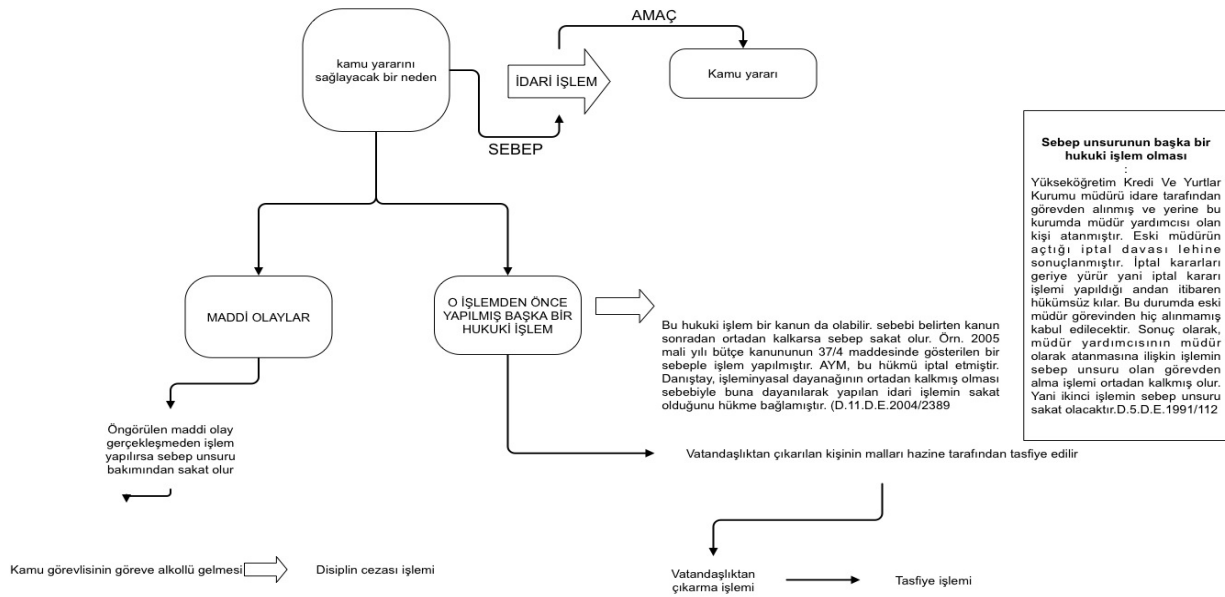
Özel hukukta kişiler herhangi bir sebep ve saikle hareket ederek özel hukuk işlemleri yapabilirler.¹²⁶ Özel hukuk işlemleri kişisel çıkar ve yararları gerçekleştirmek için yapılır. Kişinin kendi yarar ve zararını en iyi şekilde takdir edeceği varsayılır. Kanun, sadece, kamu düzeni ve kamu yararı bakımından yasak olan noktaları belirlemekte yetinmekte, bunun dışında işlemi yapan kişiyi o işlemi yapmaya sevk eden etkenlerle ilgilenmemektedir.¹²⁷

¹²⁵ AYİM.2. D.E. 1991/378K. 1993/95; www.kazanci.com.

¹²⁶ Günday, a.g.e.,s. 138

¹²⁷ Günday, a.g.e.,s. 139

İdari işlemlerde ise amaç kamu yararının sağlanmasıdır.¹²⁸ Kamu yararı kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak anlamına gelir.¹²⁹ Bu durumda idari işlemin yapılabilmesi için ortada kamu yararını sağlayacak bir nedenin varlığı şarttır.¹³⁰



İdare bir işlem yaptığında o işlemin sebebini gerekçelendirmelidir. Gerekçenin açıkça idari işlemde gösterilmesi kural olarak zorunlu **değildir**. Çünkü sebep unsurunun sakat olması ile sebep unsurunun işlemde gösterilmemiş olmasının yaratacağı sakatlık aynı değildir. Sebebin idari işlemde gösterilmemiş olması “ŞEKİL” unsuru ile ilgili bir sakatlıktır. Şekil unsurundaki hukuka aykırılıklar “esasa etkili olanlar ve olmayanlar” biçiminde ayrılır. Gerekçenin dış dünyaya akseden şekli içinde yer almaması kural olarak esaslı şekil sakatlığı sayılmamaktadır. Ancak somut olay ve işlemin türü aksi yönde bir sonuca varılmasını gerektirebilir. Danıştay bir işyerinin idare tarafından bir süre kapatılması işlemi ile ilgili bir uyuşmazlıkta, işlemin temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren bir yaptırım niteliğinde olmasını gözönünde bulundurarak bu tür işlemlerde gerekçenin gösterilmemesini esaslı bir şekil sakatlığı kabul etmiştir.¹³¹

Peki sebep unsuru idari işlemde gösterilmemişse o işleme karşı dava açıldığında yargı yeri bunu nereden bilecektir? İdari Yargılama Usulü Kanununa göre; işleme karşı dava açıldığında idare, işlemin sebebini bildirmek ve ispatlamakla yükümlüdür¹³² (İYUK.m.20/1).

¹²⁸ Günday , a.g.e.,s. 139

¹²⁹ AYM. E.1977/1;www.kazanci.com.

¹³⁰ Günday, a.g.e.,s. 139

¹³¹ “...Genel anlamda bir idari işlemde sebep unsurunun gösterilmemiş olması o işlemin şekil şartını oluşturmaktadır. Ancak kararda öngörülen şekil şartı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir.

Ancak, idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerekmektedir.

Dava konusu uyuşmazlık bu anlatım çerçevesinde incelendiğinde; davacı şirkete ait işyerinin on gün süreyle kapatılmasına ilişkin işlem idari yaptırım niteliğinde bir işlem olduğundan, kapatma gerekçesinin idari işlemde anlaşılması gerektiği açıktır...” (DİDDK.E. 2007/1800, K. 2011/267;www.kazanci.com).

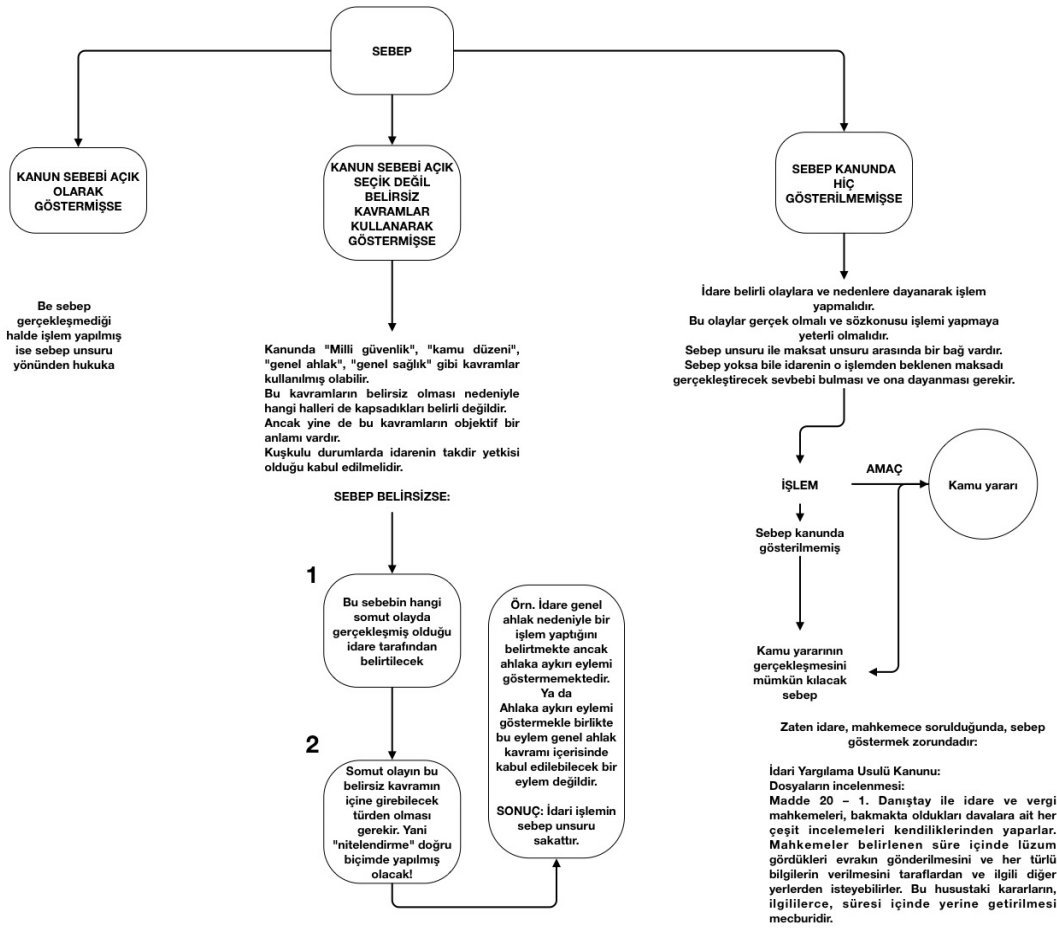
¹³² Yayla, a.g.e., s.131; Sancakdar, a.g.e., s.302.

SEBEP SAKATLIĞI: 1-Sebebin mevcut olmaması

2-Sebebin hukuki nitelendirilmesinde hata

3-Sebep ve konu unsurları arasında ölçsüzlük

Bazen idari işlemin sebep unsuru bir özel hukuk ilişkisi de olabilir. Danıştay kararına konu olan bir olayda Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, bir derneğe ait uçağa, uçak konaklama hizmetinin bedeli ödenmediği için, uçuş izni vermemiştir. Uçuş izni verilmemesine ilişkin kararına karşı iptal davası açılması üzerine İdare Mahkemesi, aradaki özel hukuk ilişkisi nedeniyle uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay, uçuş izni verilmemesinin idari işlem niteliğinde olduğunu belirterek bu işlemin sebep unsurunun adli yargının görev alanına giren bir husus olmasının işlemin idari yargıda denetlenmesine bir engel teşkil etmediğine karar vermiştir.¹³³



4-KONU UNSURU

İdari işlemin "konusu" ya da "konu unsuru" ifadesi ilk bakışta işlemin hangi konuya ilişkin olduğuna yani içeriğine ilişkin bir anlama sahip gibi görünmektedir. Oysa İdare Hukuku öğretisi ve içtihadlarında konu unsuru böyle bir anlam içermemektedir. İdari işlemin konu

¹³³ D.10.D.E.1996/855; www.kazanci.com.

unsuru “doğurduğu hukuki sonuç”tur. Başka bir anlatımla hukuk dünyasında meydana getirdiği değişikliktir.¹³⁴

Sebep unsuru ile ilgili bölümde verdiğimiz örneği hatırlarsak:

Devlete ait eşyayı özel işlerinde kullanan memurun “kınama cezası” ile cezalandırılması; fiili nedeniyle kendisine “kınama cezası” verilmesi hukuki sonucunun doğması, işlemin konu unsuru oluşturur.

Konu Unsuru Bakımından Sakatlık Halleri:

****İdari işlemin konusu imkansız ya da meşru değilse bu işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur.**¹³⁵

İdari işlemin konusu meşru değilse yani doğurduğu sonuç hukuka aykırıysa o idari işlem sakattır. Başka bir anlatımla kanun belirli bir hukuki sonucun doğmasını dayatıyorsa ve idari işlemde buna uyulmazsa işlem sakat olur.¹³⁶

Burada bir ayırım yapmak gerekir:

-Bağlı yetki durumunda idare sebebin mevcut olduğunu tesbit ettiğinde kanunun öngördüğü işlemi yapmak zorundadır. Yani işlemin doğuracağı hukuki sonuç önceden bellidir ve idare sebebin oluşması durumunda bu sonucu doğuracak işlemi yapacaktır. Eğer idare bu sonucu doğuracak işlemi yapmazsa işlem konu bakımından sakat olur.¹³⁷

“...Bağlı yetkide, Kanun idareye bir işlem yapma yetkisi vermiş ve bu yetkiyi sebep ve konu unsuru açısından sınırlandırmıştır. İdarenin bağlı yetki içinde tesis ettiği işlemlerde sebep ve konu unsuru açısından takdir yetkisi söz konusu değildir. İdare bağlı yetki durumunda Kanunun öngördüğü sebebi tespit ettiğinde yine Kanunun öngördüğü işlemi yapmak zorundadır.”¹³⁸

-İdareye takdir yetkisi tanınması halinde ise, idare, kanunun öngördüğü sebebin mevcut olması durumunda karar alıp almama ya da hangi kararı alacağı konusunda seçim yapma imkanına sahiptir. Bu nedenle takdir yetkisinin olduğu hallerde idarenin karar alması ya da seçim yapması halinde seçmediği sonucun ortaya çıkmaması halinde konu bakımından sakatlık olmayabilir.¹³⁹ Başka bir anlatımla böyle bir durumda seçimini belli bir yönde yapması nedeniyle idarenin hukuka aykırı işlem yaptığını ileri sürmek güçtür.

İdari işlemin konusunun imkansız olmaması gerekir: Örn. Hayatta olmayan bir kişinin memur olarak atanması durumunda atama işlemi, konu unsuru bakımından sakattır.¹⁴⁰

*****Bireysel idari işlemlerin ve yargısal işlemlerin ihlali:** İdare kendi işlemleriyle de bağlıdır:

- Genel düzenleyici işlemler, bireysel işlemleri bağlar. Genel düzenleyici işleme aykırı olan bireysel idari işlem konu bakımından sakat olur.¹⁴¹
- Bir bireysel işlem başka bir bireysel işlemi de bağlayabilir. Örneğin üstün işlemi astın işlemini bağlar. Üstün işlemine aykırı olan astın işlemi konu unsuru bakımından sakat olur.¹⁴²
- Astlık-üstlük ilişkisinin olmadığı durumlarda ya da aynı idarenin farklı iki işlemi arasında bağlayıcılık olabilir. Eğer bir sonraki işlem öncekini ortadan kaldırmadan kabul edilmişse bu ikinci işlem sebebi ve konusu bakımından sakat olur.¹⁴³

¹³⁴ Yayla, a.g.e.,s.132;Günday, a.g.e.,s.152.

¹³⁵ Günday, a.g.e.,s.144

¹³⁶ Yayla, a.g.e.,s.134, Gözler, a.g.e.,s.336

¹³⁷ Yayla, a.g.e.,s.134

¹³⁸ AYİM.1.D.E. 2006/582,K. 2007/1132; www.kazanci.com

¹³⁹ Yayla, a.g.e.,s.134

¹⁴⁰ Günday, a.g.e.,s. s.158

¹⁴¹ Yayla, a.g.e.,s.134

¹⁴² Yayla, a.g.e.,s.134

Örnek Uyuşmazlık 1: İdare, bir kooperatif tarafından inşa edilen konutların "**sosyal konut**" olduğunu kendisi tespit ettikten sonra vergi yükümlüsünün bu konutların "sosyal konut" olduklarını ispat edemediği gerekçesiyle ek vergi tahakkuk ettirmiştir. Başka bir anlatımla idare, kendisi bir konuda tespitte bulunduktan sonra bunun karşı tarafça ispatını aramaktadır. Danıştay, hukuk devletinde aynı anda bir konuyu düzenleyen ve birbiriyle çelişen iki idari işlem olamayacağını vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre idare tarafından tesis edilen işlem yerinde görülmediği takdirde bu işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi gerekir. Bunun yerine ilk işlemle çelişen yeni bir işlem yapılamaz. İşte böyle bir işlem yapılırsa konu unsuru bakımından sakatlık ortaya çıkacaktır.¹⁴⁴

Örnek Uyuşmazlık 2: İdare, kendi verdiği inşaat ruhsatına uygun olark yapılan bir bina hakkında inşaat ruhsatının kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle yıkılmasına karar vermiştir. Danıştayın önüne gelen bu uyuşmazlıkta; Yüksek Mahkeme, yıkım kararının hukuka aykırı olduğuna karar vererek davacının zararının idare tarafından karşılanmasına karar vermiştir.¹⁴⁵

***Yargı kararını ihlal eden işlemler de konu unsuru bakımından sakat olur. İdare yargı kararının gereği olan işlemi yapmıyorsa ya da yeni bir işlem yapıyor fakat iptal edilmiş işlemdeki kusurları tekrarlıyorsa işlem sakat olur.¹⁴⁶ ***İdari işlemler geçmişe etkili sonuç doğuracak biçimde yapılamazlar. Aksi halde ilgili işlem konu unsuru bakımından sakat olur.¹⁴⁷

- Danıştay kararı: "...Hernekadar idareler idari işlemleri kamu yararı amacıyla her zaman değiştirme yetkisine sahip iseler de; idari işlemlerin geriye yürümeyeceği idare hukukunun temel ilkelerindendir. Bu durumda dava konusu işlemin 1.1.1983 tarihine teşmil edilerek bu tarihten itibaren geçerlik kazanmasında idare hukukunun esaslarına aykırılık açık bulunduğundan dava konusu işlemin bu kısmının iptaline..."¹⁴⁸
- ANCAK; idare, yargı kararlarının yerine getirilmesi için geçmişe etkili işlem yapmak durumunda kalabilir.¹⁴⁹ Bu halde esasında "yargısal iptal kararı" geçmişe etkili olduğu, yani, işlemi yapıldığı andan itibaren tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kaldırdığı için "geçmişe etki" yargı kararı nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda geçmişe etkili idari işlem konu unsuru bakımından sakat olmaz.¹⁵⁰

***İdari işlemlerin sebep ve konu unsurları arasında sıkı bir ilişki, **nedensellik bağı** vardır. İşte bu bağ kopmuş ise konu unsuru bakımından sakatlık ortaya çıkabilir.¹⁵¹ Sebep ve konu unsurları arasındaki sebep-sonuç ilişkisi nedeniyle bunlardan birinde meydana gelen sakatlığın diğerini de sakatlaması "büyük bir ihtimal" olmakla birlikte bazı durumlarda sadece sebep ya da sadece konu unsurunun sakat olması da mümkündür.

¹⁴³ Yayla, a.g.e.,s.134

¹⁴⁴ D.9.D.E.1987/936, K.1988/1667, K.T.25.04.1988; nakleden Yayla, Yıldızhan, a.g.e.,s.134, 307 no'lu dipnot.

¹⁴⁵ D.6.D.E.1968/2692, K.1970/3395, K.T.24.12.1970; nakleden Esin, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, s.267, İkinci Kitap, Esas, Ankara 1973.

¹⁴⁶ Yayla, a.g.e.,s.134; Gözler, a.g.e.,s.337

¹⁴⁷ Yayla, a.g.e.,s. 135; Günday, a.g.e.,s. 146

¹⁴⁸ D.10.D.E.1985/1132, K.1985/2134, K.T.17.12.1985

¹⁴⁹ Yayla, a.g.e.,s.136

¹⁵⁰ Günday, a.g.e.,s.146

¹⁵¹ Gözler, a.g.e.,s. 338; Sancakdar, a.g.e.,s.307

Örneğin: İdare göreve “**uyuşturucu madde**” etkisi altında gelen kamu görevlisine 657 sayılı kanunda bu disiplin suçu açıkça düzenlenmemiş olduğu için (bu kanunun benzer fiillere de aynı türden cezaların verilmesine ilişkin hükmünü uygulayarak) işyerine “**alkollü**” olarak gelmek fiili için öngörülen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını vermiştir.

Bu örnekte:

1-İdare; “kademe ilerlemesinin durdurulması” yerine daha ağır bir ceza olan “memuriyetten çıkarma cezası” vermiş olsaydı bu halde sadece konu unsuru sakat olacaktı.

2-Eğer idare, gerçekte alkol aldığı halde kamu görevlisinin “uyuşturucu madde” aldığını ileri sürerek kademe ilerlemesinin durdurulması cezası vermiş ise bu durumda sadece sebep unsuru sakat olacaktır. Konu unsuru sakat olmayacaktır çünkü “alkollü” gelseydi de verilen ceza aynı olacaktı. Yani sonucu itibariyle verilen ceza doğru olacaktı.

Peki bu ikinci durumda ne olacaktır? İdari yargı yeri, bu durumda sebep unsurunun maddi boyutunun sakat olması nedeniyle işlemi iptal edebilir. Peki acaba sonuç itibariyle doğru ceza verildiği için işlemi iptal etmeme yolunu seçebilir mi? Eğer idari yargı yolu bu yolu seçerse ilgili kamu görevlisinin uyuşturucu kullanmadığı halde kullanmış gibi yargı kararı ile yaftalanması sözkonusu olacaktır. İşte bu da hukuk devleti ilkesi bakımından oldukça sakıncalı bir durumdur. Ancak idari yargı “sebebin ikamesi” olarak adlandırılan bir yolu seçerek, işlemi iptal etmeden ama esas sebebin uyuşturucu değil “alkol kullanımı” olduğunu da kararda belirterek işlemin sonuç itibariyle hukuka uygun olduğuna hükmedebilir.

KARAR: “...İdari yargılamada, idari yargı yerlerinin sebep ikamesi söz konusudur, idare bazı durumlarda yasada belirtilmiş olan bir sebebe dayanarak aynı işlemi yapması gerekirken, bunu farketmeyerek ya da ihmal ederek o işlemi başka sebeple tesis eder. Bu işlem dava konusu edildiğinde idari yargı yeri yasal sebebi dosyadan saptayabilmiş ve idarenin dayandığı sebep yerinde değilse ya da hukuken geçerli değilse onu bir yana bırakarak mevzuatın o işlem için öngördüğü sebebi kararda belirterek idari işlemin sonuç olarak doğru olması nedeniyle davayı reddeder...” (AYİM.2. D. E. 1992/329, K. 1993/374; www.kazanci.com).

Konu sakatlığına ilişkin Danıştay kararına konu olan bir örnek olay: Bir ilköğretim “MÜDÜRÜ” görevini gereği gibi yapmadığı ve bu durumun bir soruşturma sonucunda saptandığı gerekçesiyle idare tarafından görevinden alınarak aynı köyde bulunan bir ilkokulda “ÖĞRETMENLİK” görevine atanmıştır. Yargı yoluna gidilmesi sonucunda Danıştay’ın önüne gelen uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, davacı ilkokul müdürünün ilgili yönetmelikte belirtilen köy hizmetini tamamladığını, maaş derecesi ve hizmet süresi yönünden meslekte belirli bir kıdeme geldikten sonra “yöneticilik” görevine getirildiğini tesbit ederek; müdürlükten ilkokul öğretmenliğine atanmasına ilişkin kararın konu unsurunun sakat olduğuna hükmetmiştir.¹⁵²

Belirli bir statü içinde bulunanlara uygulanabilecek hükümlerin bu statü dışında bulunan kişilere uygulanması durumunda da sözkonusu işlem konu unsuru bakımından sakat olacaktır.¹⁵³

4-MAKSAT UNSURU (=USUL SAPTIRMASI,YETKİ SAPTIRMASI)

İdari Yargılama Usulü Kanununa göre; işleme karşı iptal davası açılması üzerine idari yargı yeri hukukilik denetimi yaparken maksat unsurunu da inceleyecektir. İdari işlemin maksat unsuruna “amaç” unsuru da denilmektedir. Kanunda “maksat” ifadesi kullanıldığı için biz bu ifadeyi kullanacağız.

¹⁵² D.5.D.E.1979/1915

¹⁵³ Günday 145

Maksat unsuru kanun koyucunun idari işlemle ulaşmak istediği, o işlemten beklediği nihai sonuçtur.¹⁵⁴ İdarenin kamu gücü kullanma yetkisi, kamu yararı ve kamu hizmeti düşüncesine dayanır.¹⁵⁵ İdare ancak bu düşüncenin hayata geçirilmesi için işlem yapabilir.¹⁵⁶

Kamu yararı dışında ve ona yabancı herhangi bir sonucu elde etmek için girişilen etkinlik ve bu nedenle yapılan işlemler maksat unsuru bakımından hukuka aykırıdır.¹⁵⁷

Maksat sakatlığına “yetki saptırması” da denir. Yetki saptırması bir idari makamın yetkilerini kullanması gerektiği amaçla değil bir başka amaçla kullanmasıdır.¹⁵⁸ İdare aslında kanunlara göre sahip olduğu yetkiyi kullandığı için bu yetkiyi farklı bir amaçla kullandığını (saptırdığını) ispat edebilmek zordur. Çünkü işlemi yapan makamın asıl niyetini tespit etmek gerekir ki bunun da eldeki delillerden anlaşılması, ortaya çıkarılması oldukça güçtür. Maksat sakatlığını ortaya koyacak delillerin de çoğu zaman idarenin elinde olması ispatı daha da güçleştirir.

Maksatın sakat olduğu durumlarda idare objektif olan “kamu yararı” yerine “sübjektif” bir amaçla hareket eder.

ÖZETLE: SAKAT OLAN MAKSAT SÜBJEKTİFTİR

Maksat unsurunun pozitif hukuk dayanağı:¹⁵⁹

- Anayasanın “kanun önünde eşitlik ilkesi”;
1-Siyasi düşüncelerle ayırım yapılamaması ve
2-İdarenin sunduğu kamu hizmetlerinden herkesin eşit biçimde yararlanması ilkesi

Danıştay Kararı: “...İdari işlemin maksat unsuru yönünden yargısal denetimi yapılırken, işlemin tesisinde güdülen amacın saptanması gerekmektedir, ki bu amaç her idari işlemde genel olarak kamu yararıdır. Bu kapsamda, idareyi işlemin tesisine yönelten nedenler ve görünürdeki amaç dışında gerçek niyetin araştırılması, idareye işlem tesisinde tanınan görev ve yetkinin konusundan saptırılıp saptırılmadığı, yetkinin amaç dışı kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. Maksat yönünden hukuka aykırılık sübjektif işlemler kadar düzenleyici işlemlerde de ortaya çıkabilir. Düzenleyici işlemlerin maksadı, dayandığı normların (kanun, tüzük gibi) amacı doğrultusunda uygulanmasını sağlamak olmalıdır...”¹⁶⁰

Karardan, maksat unsuru ile ilgili iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır:

- 1-Kamu yararı dışında kalan bir maksatla yapılan bir işlem sakat olur.
- 2-Maksat sakatlığı sadece bireysel işlemler bakımından değil “düzenleyici işlemler” bakımından da sözkonusu olabilir.

¹⁵⁴ Günday 146

¹⁵⁵ Yayla, a.g.e., s.140

¹⁵⁶ Onar, a.g.e., C.I, s.318

¹⁵⁷ Yayla, a.g.e., s.140; Özay, 501

¹⁵⁸ Gözler, a.g.e., s.351; Danıştay da yetki (ve görev) saptırması ifadesini kullanmaktadır: “...İdari işlemin maksat unsuru yönünden yargısal denetimi yapılırken...görünürdeki amaç dışında gerçek niyetin araştırılması, idareye işlem tesisinde tanınan görev ve yetkinin konusundan saptırılıp saptırılmadığı, yetkinin amaç dışı kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. D.6. D.E. 1997/4439, K. 1998/5786;www.kazanci.com.

¹⁵⁹ Özay, a.g.e., s.502.

¹⁶⁰ D.6.D.E.1997/4439, K.1998/5786,K.T. 24/11/1998;www.danistay.gov.tr.

Amaç genel biçimde kamu yararı olmakla birlikte bazı hallerde **kanun** belirli bir kamu yararının gözetilmesini istemiş olabilir.¹⁶¹ İşte bu "özgün" kamu yararı yerine "genel kamu yararının hedeflenmesi" de maksat sakatlığı doğurur.¹⁶² Örneğin kanun idari işlemin yapılması için "GENEL AHLAKA" ilişkin kamu yararını gözetmişse ve idare bunu yerine yetkisini "GENEL SAĞLIĞIN" korunması amacıyla kullanmışsa maksat unsuru sakat olur.¹⁶³

Danıştay 8. Dairesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; bir belediye meclisinin kur'an kursları ve öğrenci yurtlarına yardım yapılması yönündeki kararı değerlendirilmiştir. Yüksek mahkeme, Belediye Kanununda belirtilen "özel amaç" dışında bir amaçla yapılan bu işlemi hukuka aykırı bulmuştur.¹⁶⁴

Usul Saptırması: İdarenin kendisine kolaylık sağlamak için, izlemesi gereken hukuki yol yerine aynı sonucu doğuran başka bir yolu izlemesi durumunda da maksat unsuru sakat olabilir.¹⁶⁵ Örneğin idarenin kamu hizmetini yürütebilmek için ihtiyaç duyduğu bir taşınmaz malı elde etmek için "kamulaştırma usulünü" izlemesi gerekir. Eğer idare diğerlerine göre daha masraflı olan bu usulden kaçmak için "işgal" ya da "yıkım kararı almak" gibi usullere başvurursa, usul saptırması nedeniyle, ("işgal" ya da "yıkım kararı") işlemi maksat unsuru bakımından sakat olur.

Maksat unsuru bakımından sakatlık halleri: Kamu yararı dışındaki amaçlar maksat unsurunu sakatlar. Pekiyi "kamu yararı" gibi oldukça geniş ve içeriği belirsiz bir kavramı nasıl tanımlayabiliriz? Tanımlayamayız. İdari yargı yeri her somut olayda buna ilişkin bir değerlendirme yaparak sonuca varacaktır. Ancak sınırlı sayıda olmamakla birlikte aşağıda belirtilen hallerde maksat unsurunun sakat olduğu öğretisi ve yargı yerlerince kabul edilmektedir.

- **Kişisel amaç güdülmesi:** Örn. Naklen atama işleminin kamu yararını gerçekleştirmek yerine sadece atanana kişiye zarar vermek için yapılmış olması. Şu var ki kişisel amaç güdülmesi sonucunda yapılan işlem aynı zamanda kanunun öngördüğü nesnel amaçla örtüşüyorsa maksat sakatlığı ortaya çıkmaz. Yani tesadüfen kişisel maksat güdülerek de kanunun aradığı kamu yararı sağlanmış olabilir.¹⁶⁶
- **Üçüncü kişiyi koruma amacı güdülmesi:** İdare, bazı hallerde kişisel amaç yerine idare dışındaki bir kişiyi koruma ya da ona çıkar sağlama amacıyla da hareket edebilir. Bu durumda idarenin yaptığı işlem maksat unsuru bakımından sakat olur. Örneğin bir belediye başkanının kendisine yakın olan bir kişiye ait şirketin haketmediği halde ihale almasını sağlaması durumunda işlemin (diğer unsurlarında da sakatlık olabileceği gibi) maksat unsuru sakat olacaktır.

¹⁶¹ Yayla, a.g.e., s.141

¹⁶² Gözler, a.g.e., s.353

¹⁶³ Bir başka örnek Danıştay Kararının ilgili bölümü: "...Öte yandan, 4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında **ekonomide verimlilik, kamu giderlerinde azalma** sağlamayı amaçladığına göre Yasada öngörülen bu maksat yönünden, diğer bir anlatımla yasada belirtilen maksadın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden de yargısal denetimin yapılması gerekmektedir..."; DİDDK.E. 2008/770K. 2008/2337; www.kazanci.com.

¹⁶⁴ D.8. D.E. 2008/7089, K. 2008/733; www.kazanci.com.

¹⁶⁵ Yayla, a.g.e., s.141

¹⁶⁶ Yayla, a.g.e., 142

- **Siyasi amaç güdülerek işlem yapılmış olması:** Örn. İktidardaki partinin belirli bir kurumda kadrolaşmak için idari işlemler yapması maksat unsuru bakımından sakat olacaktır.¹⁶⁷

ÖRNEK OLAY: Bir ilin valisi, Bakanlar kurulu kararıyla merkez valiliğine atanmıştır. Ancak bu kararı alan bakanlar kurulu, kararı aldığı sırada, güvenoyu alamamış ve halihazırda istifa etmiş bulunmaktadır. Danıştay; istifa etmiş ve görev süresi yeni hükümet kurulunca sona erecek bakanlar kurulu tarafından olağanüstü bir yöntem izlenerek alınan bu kararın maksat unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶⁸

SEBEP-KONU-MAKSAT sakatlıklarının bir arada olduğu bir örnek:

Kamu görevlisine eylemleri dolayısıyla disiplin cezası verilmiştir. Bu eylemler daha sonra bu kamu görevlisinin naklen atama işlemine de gerekçe gösterilmiştir. Danıştay 5. Dairesi, disiplin cezası gerektiren fiillerin atama işleminin sebebi olarak gösterilmesinin kamu görevlisini cezalandırma amacı taşıdığına hükmetmiştir.¹⁶⁹

- Sebeup unsuru: Disiplin cezası verilmesini gerektiren fiiller. Oysa naklen atamanın sebepleri arasında kanun bunları öngörmemiştir: (**Sakat**)
- İşlemin doğurduğu sonuç: Kamu görevlisine hukuka aykırı eylemleri nedeniyle disiplin cezası verilmesi gerekir. İşlemin hukuki sonucu kamu görevlisinin naklen atanması olmamalıydı: (**Sakat**)
- Maksat: Kamu yararı değil cezalandırma amacı: İşlem **sakat!!!** Yani idari yargı yeri tarafından iptal edilebilir.

ÖZET: ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİNİN BİR KARARINDAKİ ŞU CÜMLELER İDARİ İŞLEMİN UNSURLARINI AKILDA KALICI BİÇİMDE ÖZETLEMEDİR:

“...Her idari işlem; o işlemi yapmaya kanunen **yetkili** kişilerce kanunda aranan **şekil** şartlarına uyularak tanzim edilmeli ve sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygun bulunmalıdır.

İdari işlemin **sebeup unsuru** o işlemi yapmaya yönelten etkeni; **konu unsuru** o işlemin doğuracağı sonucu; **maksat unsuru ise** idari işlemde beklenen amacı ifade eder ve bu unsurlardan birindeki sakatlık işlemin hukuka aykırı olması sonucunu doğurur...”¹⁷⁰

“... ‘Yokluk’ açısından idari işlemin iki yönü ortaya konabilir. Bunlar maddi yokluk (mutlak yokluk) ve hukuki yokluk (yok hükmünde sayma) olarak belirtilebilir. “Maddi yokluk” varolduğu sanılan idari işlemin maddi varlığının mevcut olmaması, açıkça fiziki alemde bulunmaması demektir.” Diğer yandan “yok hükmünde sayma” ise maddi olarak varolan bir idari işlemin hukuki açıdan “ağır ve apaçık sakatlıklar”la malul olmasını ifade eder. Yok hükmünde sayılan idari işlemin maddi varlığı mevcut ise de taşıdığı “ağır ve apaçık” hukuki sakatlıklar nedeniyle hukuki açıdan “yok hükmünde sayılması”nın yargı kararı ile ortaya konulmasından ibarettir...” AYİM.3.D.E.2003/21K.2004/1570;www.kazanci.com.

YOK HÜKMÜNDE OLAN İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

İdari işlemde “Yokluk” meselesi iki açıdan ele alınmaktadır:

¹⁶⁷ D.5. D.E. 1997/13, K. 1998/515; www.kazanci.com: “...idarenin atama ve ünvan yükselme işlemlerinde nesnel kurallardan kurtularak sosyal sigortalar kurumu kadrolarında dilediğince ve kadrolaşmaya olanak sağlayacak biçimde keyfi uygulamalar yapma amacını ortaya koymakta ve bu yönüyle de **maksat unsuru yönünden** açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır...”

¹⁶⁸ D.5.D.E.1995/4052, K.1996/3262, K.T.30.10.1996;www.kazanci.com.

¹⁶⁹ D.5.D.E.1998/2342; www.kazanci.com.

¹⁷⁰ AYİM.1.D.E. 1995/274, K. 1995/472;www.kazanci.com.

1-“Maddi yokluk” yani idari işlemin esasen mevcut olmaması, idari işlem yapıldığına dair herhangi bir kaydın v.s. bulunamaması...

2-“Hukuki yokluk”: İdari işlemdeki sakatlığın bu işlemin hukukten doğmamış kabul edilmesi gerekecek derecede ağır olması sonucunda ortaya çıkan ve hukuki bir müesseses olan yokluk halidir.¹⁷¹

Burada üzerinde durulması gereken işte bu ikinci yokluk hali yani “hukuki yokluk”tur:

Bazen bir idari işlemdeki sakatlık o kadar ağırdır ki, bu işlem, yok hükmünde kabul edilir.

Yokluk; “**yetki**” unsurundaki ağır bir sakatlık (“fonksiyon gaspı”, “yetki gaspı”, “ağır ve bariz yetki sakatlığı”) nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi “konu unsurundaki” bir sakatlığın da (idarenin işlemiyle kanunun yasakladığı bir hukuki sonucun ortaya çıkması gibi) işlemin yok hükmünde olması sonucunu doğurması mümkündür.

Karar: “...yetki unsuru yönünden incelenmesinde fonksiyon veya yetki gaspı hallerinin saptanması veya kanunun açıkça yasakladığı bir konuda yapılması halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir...”. (D.10.D.E.2001/4040,K.2005/181; www.kazanci.com)

“...Bazı idari işlemler vardır ki, idare hukukunda “yok hükmünde” oları idari işlemler denilen, sakatlıkları çok ağır olan ve hukuk dünyasında hiç doğmamış kabul edilen “batıl” işlemlerdir. Bu tür “batıl” işlemler, ilgililer hakkında hüküm ifade etmezler, hukuksal durumda değişiklik yaratmazlar, çünkü hiç var olmamış sayılırlar.

Bir idari işlem, açıkça yasaya aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı işlemlerden ise, yok hükmünde bir idari işlem den söz ediliyor demektir.

Yok hükmünde olan bir idari işlemin iptali için idari yargıda dava açmaya esasen gerek bulunmamaktadır. Fakat, idarenin işlemini yok hükmünde saymayıp yürütmeye devam etmesi, iliyi bu işlemin iptali için dava açmaya zorunlu bırakabilir. Bu gibi durumlarda, idari yargı yerinin, dava konusu işlemin yok hükmünde olduğunu saptayıp uyuşmazlığı çözmesi, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektiren “Hukuk Devleti” ilkesine de uygun düşecektir.

Uygulamada tesbit davaları, bir olayın veya bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan ve eda davasının öncüsü niteliğindedir.

Bakılan dava; soyut bir olayın yargı kararıyla belirlenmesi isteminden çok, açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin, mutlak butlanla batıl olması nedeniyle yok hükmünde olduğunun tesbiti istenilmiş olması nedeniyle iptal davası formunda görülmesi gereken bir davadır...”DANIŞTAY10. DAİRE;E. 1995/397

Örneğin, yukarıda yetki unsuru ile ilgili bölümde belirttiğimiz gibi, idarenin aslında yasamanın ya da yargının görev alanına giren bir konuda işlem yapması (fonksiyon gaspı) halinde söz konusu işlem yok hükmündedir. Yok hükmünde olan bir işlemin hukuki sonuç doğurmayacağı, uygulanamayacağı kabul edilir. Ancak idare yine de bu işlemi uygulamaya kalkabilir. Bu durumda bu işlemin yok hükmünde olduğunun yargı kararıyla **tesbit** edilmesi gerekir.

Oysa, İdari Yargılama Hukukumuzda “tesbit” davası yoktur. İki dava türü vardır: İptal ve tam yargı (tazminat) davaları. İşte bu nedenle, yok hükmündeki işleme karşı “iptal davası” açılması gerektiği kabul edilmektedir. İptal davası üzerine yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğunu karara bağlayacaktır.

Örneğin, Türkiye’de seçimle ilgili işlemler yargının denetim ve gözetimi altında yapılmaktadır. Bir uyuşmazlıkta, ilçe idare kurulu tarafından (merkezi idarenin taşra teşkilatı), muhtar seçilen bir kişinin; seçilmeden önce hüküm giymiş olması nedeniyle; muhtarlığına son verilmiştir. Oysa muhtar seçilme niteliğini taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmede bulunma ve karar verme yetkisi “seçim kuruluna” aittir. Danıştay, bu uyuşmazlıkta, “seçim kurullarının” yetkisinde olan bir konuda idare tarafından karar verilmesinin “ağır bir yetki” sakatlığı olduğunu vurgulayarak söz konusu işlemin “**YOK**” hükmünde olduğu sonucuna varmıştır (D.8.D.E.1985/157; www.kazanci.com.tr).

¹⁷¹ Erkut, Celal, İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, İHİD, C.IX, s.1-3, s.73, 1988.

İDARENİN SÖZLEŞMELERİ

İdare, görevlerini yerine getirirken çoğu zaman tek yanlı işlemler yapar. Ancak bazen sözleşmeler (iki yanlı; karşılıklı iradelerin birbirine uygun olması ile oluşan) de yapabilir.

1-İdare; üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için çeşitli mal ve hizmetlere gereksinim duyabilir. Bu mal ve hizmetleri sağlaması her zaman tek yanlı işlemlerle mümkün olmayabilir.

2-Halkın kamu hizmetlerinden yararlanması da her zaman tek yanlı işlemlerle sağlanamaz.

"İDARENİN SÖZLEŞMELERİ" İLE "İDARİ SÖZLEŞME" BİRBİRİNDEN FARKLIDIR

- İdarenin taraf olduğu her türlü sözleşme "idari" sözleşme değildir. İdarenin bazı sözleşmeleri tamamen "özel hukuk"a tabidir. İdare hak ehliyeti olması nedeniyle diğer kişiler gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabilir. Örn. İdarenin mülkiyetinde olan bir taşınmazı kiraya vermek istemesi halinde yapılacak sözleşme "kira sözleşmesi" tamamen özel hukuka tabidir.
- İdare bir özel kişiyle özel hukuk sözleşmesi yapabileceği gibi iki idare arasında da özel hukuk sözleşmesi yapılabilir.
- İdarenin sözleşmelerinden bir bölümü ise "idare hukuku kurallarına" tabidir. Bu sözleşmelere "idari sözleşme" denir.
- İDARENİN SÖZLEŞMELERİ > İDARİ SÖZLEŞMELER

AYIRIMIN ÖNEMİ:

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri borçlar kanununa tabidir. İdari sözleşmeler ise idare hukukuna tabidir. (Çünkü bu sözleşmelerde idare özel hukuk kişisi gibi değil kamu yararının temsilcisi olarak hareket etmekte ve kamu yararını gerçekleştirmek amaçlanmaktadır. Kamu yararı özel yarardan üstün olduğuna göre idare de üstün olan taraftır.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözülür. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda çözülür:

"...İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyuşmazlık, idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi idari yargının görev ve yetki alanına girmektedir..." (D.10. Daire 1991/1 E., 1993/1752 K.).

İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ:

1. Bir sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemekte en sağlam ölçüt yasal düzenlemedir. İdarenin yapacağı bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu veya özel hukuka tabi olduğu kanunda açıkça belirtilmişse o sözleşme idari sözleşme değildir.
2. Kanunda bir niteleme yoksa şu ölçütlere başvurmak gerekir:
 - Sözleşme taraflarından birinin idare olması,
 - Sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin "**yürütülmesi**" olması (sözleşme konusunun kamu hizmeti olması yeterli değil! İdare kamu hizmeti ile ilgili bazı işleri veya araç-gereçleri özel hukuk sözleşmesiyle sağlayabilir.),
 - Sözleşmenin idareye diğer sözleşmecilerle nazaran üstün yetkiler tanıdığı olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, bu ölçütlere atıfta bulunmuştur:

"...Öğretide de kabul edildiği gibi, bir sözleşmenin "idarî sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması;

sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir...”¹⁷²

Danıştay kararlarında da bu ölçütlere atıfta bulunmaktadır:

“...Bir sözleşmenin ‘idari sözleşme’ niteliğinde olabilmesi için bir idarenin kamusal yetkilerine dayanarak hazırladığı ve kendisine üstünlük ve ayrıcalık tanıyarak sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeler olması gerekmektedir... (D.8. D.1999/2852 E., 1999/7533 K.).

Kural olarak idari sözleşmelere karşı İPTAL DAVASI açılamaz. Çünkü:

1.Bu sözleşmeler tek taraflı işlem değildirler.

2.İdari sözleşmeler taraflar arasında subjektif hak ve borçlar doğururlar. Sadece sözleşmelerin taraflarını ilgilendiren hak ve borçlar ile ilgili olarak üçüncü kişilerin dava açmaları mümkün değildir.

Ancak Danıştay, bir kararında; idari sözleşmeleri, idari işlem niteliğinde görerek bunlara karşı iptal davası açılabilmesine hükmetmiştir. Hatta Yüksek Mahkeme, idari sözleşmelerin hukukilik denetiminin de işlemler gibi sözleşmenin unsurlarına girilerek yapılacağı sonucuna varmıştır:

“...idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden birisi ile hukuka aykırı olmaları nedeniyle açtan iptal davalarında, idari yargı yerinde yapılan re sen inceleme sırasında, işlemlerin belirtilen hallere aykırılık taşıyıp taşıyamamasına göre karar verilebileceği tartışmasız olup; dava konusu idari sözleşmenin yargı yerince incelenmesi sırasında da yukarıda değinilen hususların dikkate alınacağı tabiidir...” (10. Daire 1991/1 E., 1993/1752 K.).

Belirtelim ki bu karar öğretide ciddi biçimde eleştirilmektedir...

İSTİSNA: Kural, idari sözleşmelere karşı iptal davası açıl~~am~~aması olmakla birlikte bazı hallerde sözleşmelere karşı iptal davası açılabilir:

1.Ayrılabilir işlem teorisi: Sözleşmeden ayrılabilen idari işlemlere karşı iptal davası açılabilir. Gerçekten de bir idari sözleşmenin aktedilmesi öncesinde ya da sözleşmenin uygulanması sırasında sözleşme ile ilgili olmakla birlikte idare tarafından tek taraflı olarak yapılan idari işlemler vardır. İşte sözleşmeden tek taraflı olma özelliği ile ayrılabilen bu işlemlere karşı iptal davası açılabilir.

"...Bilindiği gibi ihalelerde, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idarî yargı yerinde, **sözleşme yapıldıktan sonra** sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre **adli yargı yerinde** görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir..." (D.13. Daire 2009/7074 E., 2010/2940 K.).

2-İdari sözleşmelerde “sözleşmesel” nitelikteki hükümler yanında idare tarafından tek taraflı olarak yapılan “düzenleyici” hükümler de bulunabilmektedir. (Mesela özel kişiye idari sözleşme ile gördürülecek kamu hizmetinin sürekliliğini, düzenliliğini kısacası faaliyetin kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak yürütülmesini teminat altına alan hükümler). İşte yine

¹⁷² AYM E.1994/71,K.1995/23;www.kazanci.com.tr.

idarenin kamu gücüne dayanarak tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu bu hükümler idari işlem niteliğindedirler ve iptal davasına konu olabilirler.

İDARİ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ

1-Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri:

Kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesi konusunu içerir. Kamu hizmetinin görülmesi için tesislerin yapılması, uzman personelin bulunması, teknoloji gereksinimi ve para özel kişi tarafından üstlenilir. Özel kişi bu yatırımlarının karşılığını hizmetten yararlananlardan alacaktır. İdare de bu faaliyetin kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak yürütülmesi amacıyla özel kişiyi gözetim ve denetimi altında tutacaktır.¹⁷³ (İdarenin bir kamu hizmetini kurması ve işletmesi yani o hizmetin görüleceği tesisleri oluşturması, o hizmeti yürütecek nitelikli elemanları bulması, bu hizmeti günün koşullarına uygun teknolojik araç-gereçle donatması ve işletmesi oldukça maliyetli ve güç bir iştir. İşte idare, hizmeti kendisi kurmak ve işletmek yerine bunu özel kişiye yaptırmakta ve belirli bir süre özel kişinin bu hizmeti kar da elde edecek şekilde yürütmesine müsaade etmektedir. Süre sonunda kurulan ve işletilen hizmet idareye geçecektir)

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI:

"...İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. **Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine** ilişkin olarak **idarenin gözetim ve denetimi altında** genellikle çok uzun süreli bir **"idarî sözleşme"** uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetimim işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. **Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek** olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar..."¹⁷⁴

Tanımdan anlaşılmaktadır ki imtiyaz sözleşmesinin konusu mutlaka kamu hizmetinin "tesislerinin" yapılması olmayabilir. Halihazırda var olan tesislerin idarece işletmecisi kuruluşu devredilmesi de mümkündür.

DANIŞTAY KARARI:

"...Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusu olup,

¹⁷³ AYM.E. 2005/110,K. 2005/111;www.kazanci.com.tr: "...Kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin yürütülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan para, eşya ve personeli tedarik etmek amacıyla aktedilen ve idare lehine olağanüstü hüküm ve şartlar taşıyan sözleşmeler öğretide "idarî sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır. İdarî sözleşmeye konu kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idarenin sorumluluğu devam etmekte ve bu nedenle hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından idareye denetim ve gözetim yetkisi tanınmaktadır...".

¹⁷⁴ AYM.E.1994/43,K.1994/42-2,K.G.09.12.1994,R.G.24.01.1995-22181

imtiyaz suresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden lanse edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir devre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir..." (10. Daire 1991/1 E., 1993/1752 K.).

Anayasanın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili hükümlerini dikkate alarak bu sözleşmelerin tabi olacağı rejimin ana hatları belirlenebilir:

ANAYASA

MADDE: 47/4: "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden **hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri** ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

MADDE: 125: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların **milli veya milletlerarası tahkim** yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

MADDE 155/2: **Danıştay**, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili **imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek**, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

Anayasa hükümlerinden hareketle kanun koyucunun sözleşmenin tabi olacağı hukuk düzenini ve yargı sistemini belirlemekte serbest olduğu anlaşılmaktadır.

SONUÇ: İmtiyaz sözleşmeleri ikiye ayrılmış durumdadır:

1-Klasik imtiyaz sözleşmeleri

2-Özel hukuka ve gerekirse tahkime tabi imtiyaz sözleşmeleri

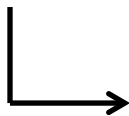
Bir de kamu hizmetiyle bağlantısı olduğu halde imtiyaz adını taşımayacak sözleşmeler olabileceği anlaşılmaktadır.

İmtiyaz sözleşmesinin tarafları:

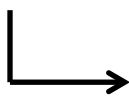
İmtiyaz sahibi (özel kişi) $\longleftrightarrow$ İmtiyazı veren (idare)

Tarafların karşılıklı hak ve yetkileri:

İmtiyaz sahibi:

	HAKLAR: 1-Sözleşme hükümlerine uyulmasını talep etme, 2-Sözleşmenin mali dengesinin bozulmamasını isteme, 3-Sözleşme nedeniyle dava açma, 4-Ücret.	YÜKÜMLÜLÜKLER: 1-Hizmetin sürekli ve düzenli biçimde yürütülmesi, 2-Hizmetin "uyarlanması", 3-Sözleşmenin bizzat ifa edilmesi.
---	---	--

İmtiyazı veren (idare):

	HAKLAR: 1-Gözetim ve denetimde bulunma, 2-Yaptırım uygulama, 3-Sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma,	YÜKÜMLÜLÜKLER: 1-Sözleşme hükümlerine uyma, 2-Sözleşmenin mali dengesinin bozulması halinde tazminat ödeme
---	---	---

2-İdari hizmet sözleşmeleri:

İşçi niteliğinde olmayan kamu görevlileri ile idare arasında yapılan sözleşmeler "mahkeme içtihatlarına göre" idari sözleşme sayılmaktadır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI:

"...Gerek 233, gerek 308 sayılı KHK'lerde, sözleşmeli personelin memur ya da kamu görevlileri türlerinden hangisine girdiğine ilişkin bir açıklık yoktur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) bendiyle öngördüğü '...zarurî ve istisnâî hallere münhasır olmak üzere bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde...' sözleşmeli personel çalıştırabilirler olanağı da, yasal bir dayanak olarak gösterilemez. Çünkü, 657 sayılı Yasa bu tür istihdamı "...istisnai hallere münhasır..." ve "...geçici işler..." koşullarına bağlamıştır. KİT'lerde ise, sözleşmeli personel ile yürütülmek istenen işler, genellikle "istisnai" değil "asli" dir, "geçici" değil "sürekli" dir. Bu durumda, her iki KHK'nin de amaçladığı sözleşmeli personel, memur ve diğer kamu görevlileri kavramları dışında kalan, işçi de olmayan, yeni, kendine özgü bir istihdam türüdür. Bununla birlikte, gerek KHK'nin 42. maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilmek istenen sözleşmenin öğelerine göre, gerek öğretinin saptamaları ve yerleşmiş, tutarlı yargı içtihatları karşısında, temel özellikleriyle bir "idari sözleşme" söz konusudur. Çünkü, sözleşmenin taraflarından biri ve kamu ilişkisine dayalı konunun sahibi kamu yönetimidir, çalıştırılan birey ya da bireylere karşı daha üstün söz hakkı vardır. Kamu yönetimince hazırlanan "tip sözleşmeler" uygulandığı için statüer özellik ağır basmaktadır..."¹⁷⁵

DANIŞTAY KARARI:

"...Kuruluş amaçları, kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmeti olup, **özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı** kamu gücüne sahip olan ve tek taraflı işlemlerle, yeni hukuki durum yarattıkları için personeli de **kamu hukukuna tabi olan oda, borsa ve birliklerin kamu hizmeti görmek amacıyla personeliyle aralarında yaptıkları sözleşmeler idari sözleşmeler niteliğinde** olup, bu sözleşmelerin feshine ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin de idare yargı yeri olduğu kuşkusuzdur..." (D.8. Daire 2005/1337 E., 2005/4464 K.).

İDARİ SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ:

- 1-Sözleşmede öngörülen sürenin dolması,
- 2-Sözleşme konusu edimin ifası,
- 3-İdarenin ya da özel kişinin başvurusu sonucunda yargı kararıyla,
- 4-İdare tarafından tek yanlı olarak,
- 5-Özel kişi ile idarenin anlaşmasıyla sona erer.

FAIT DU PRINCE VE ÖNGÖRÜLEMEZLİK TEORİLERİ

İdari sözleşmelerin yürütülmesi sırasında idarenin işlemleriyle ya da öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylar nedeniyle sözleşmenin diğer tarafının ekonomik dengesi önemli ölçüde sarsılabilir. İşte bu gibi hallerde şartları varsa bu iki teorinin uygulanması mümkündür.

FAIT DU PRINCE: Fransız diline ait olan bu ifadenin tam olarak Türkçe'ye çevrilmesi güçtür. Belki Türkçe karşılığı olarak "kamu gücünün eylemi" ya da "hükümdarın eylemi"

¹⁷⁵ AYM.E.1988/5,K.1988/55,K.G.22.12.1988,R.G.25.07.1989-20232

gibi ifadeler kullanılabilir. Bazen idare, aldığı kararlarla ya da eylemleriyle sözleşmenin diğer tarafını ekonomik açıdan güç durumda bırakabilir.

Bu durumda:

1-Bu idare, sözleşmenin tarafı olan idare ise, fait du prince ilkesi gereği karşı tarafın uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür.

2-Eğer bu idare sözleşmenin tarafı olan idare değil de başka bir idareyse, bu durumda, karşı tarafın zararı ödenmeyecektir. Şartları varsa bu halde diğer teoriye (öngörülemezlik) başvurulabilir.

EMPREVİZYON TEORİSİ: Savaş, doğal afet, ağır ekonomik bunalım ve benzeri olaylar nedeniyle de sözleşmenin ekonomik dengesi bozulabilir. Bu durumda emprevizyon teorisi uygulanarak idare tarafından sözleşmenin diğer tarafı olan özel hukuk kişisine “tazminat” ödenmesi gerekir.

TEORİNİN UYGULANABİLMESİ İÇİN İKİ ŞARTIN **BİRLİKTE** GERÇEKLEŞMESİ GEREKİR:

1-Sözleşmenin ekonomik dengesini bozan olayın taraflarca öngörülmesi mümkün olmaması ve onların iradelerinin dışında gerçekleşmesi;

2-Bu olay nedeniyle özel kişinin şartları kendisinden sözleşmeyi uygulamasının beklenmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı ölçüde ağırlaşmış olacaktır. Başka bir anlatımla, özel kişinin kar edemez hale gelmesi ya da belirli bir ölçüde zarar etmiş olması yeterli değildir. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirme idari yargı yeri tarafından yapılacaktır.

***Bir idari sözleşme olması nedeniyle kamu hizmeti ilkelerinin uygulanması gerektiği için ekonomik dengesi altüst olan özel kişi “faaliyetine son veremez”. Faaliyetini sürdürmekle yükümlüdür, ancak karşılığında idare de ona tazminat ödeyecektir.

İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

İdarenin araç-gereç satın alma, kiralama ve her türlü yapım, bayındırlık işleri konularındaki sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesidir.

Bu sözleşmeler özel hukuka tabi olmakla beraber idarenin sözleşme yapma yetkisi belli ölçüde kısıtlanmış ve idarenin bu sözleşmeleri belirli usullere göre yapması öngörülmüştür.

"İdarenin diğer sözleşmeci tarafı ve sözleşme konusunu tamamen ve serbestçe belirleme yetkisi yoktur."

- İdari sözleşme olmamakla birlikte, bu sözleşmelerde de kamunun parası harcandığı ve sonuç olarak kamu yararı amaçlandığı için idare hukuku kuralları belirli bir ölçüde geçerlidir.
- Bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesidir. Ancak bu sözleşmelerin iki tarafın özgür ve eşit iradeleriyle yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı nitelikte olduklarına da şüphe yoktur.
- Sözleşmenin yapılmasına kadar olan aşama tamamen idare hukukuna tabidir ve bu aşamaları ilgilendiren uyuşmazlıklar idari yargıda görülür. İhale kararı alındıktan sonraki uyuşmazlıklar da idari yargıda görülür.
- Sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise adli yargıda görülür.
- Bu sözleşmelerde 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanır:

İdari sözleşmelere ilişkin temel ilkeler ve sözleşmenin yapılış süreci özetle aşağıdaki gibidir:

1. TEMEL İLKELER:

Aleniyet (Açıklık)

Serbest rekabet ilkesi

En uygun bedelin bulunması ilkesi

Sözleşmeyi yapmak isteyen kişide belirli bir yeteneğin aranması ilkesi

2. SÖZLEŞME YAPMA SÜRECİ

Hazırlık aşaması

İlan ve sözleşme yapmak isteyenlerin başvuruları

En uygun bedelin bulunması ve sözleşme yapılacak kişinin seçimi

Kapalı teklif usulü

Açık artırma ve eksiltme usulü

Pazarlık usulü

Yarışma usulü

İhale kararının alınması ve sözleşmenin yapılması

Sözleşmenin yürürlüğe girmesi

İDARİ İŞLEMLERİN UNSURLARI

İdari Yargılama Usulü Kanunu idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin 5 unsuru bakımından yapılacağına hükmetmiştir: Yetki, şekil, sebep, konu, maksat. Bir işlemin hukuka aykırı olup olmadığını belirleyebilmek için bu unsurlar bakımından değerlendirilmesi gerekir.

1-YETKİ

İdari işlem, idarenin belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır. Bu irade açıklamasının idare adına irade açıklamaya yetkisi olanlar tarafından yapılması şarttır. Aksi halde bu işlem hukuken sakat olur.

Anayasa, hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını hükme bağlamıştır. İdare etmek, kamu gücü kullanmak bir devlet yetkisidir. (İdare yürütme organının içerisinde).

Anayasaya göre idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Yani kuruluş da görevler de kanunla düzenlenecektir.¹⁷⁶ Demek ki idare ancak kanun tarafından yetkilendirilmesi halinde belirli bir işlem ya da eylemi yapabilir.

Kanunun olmadığı yerde idare yoktur! Tabii kanunun olmadığı yerde idare yoktur demek "her türlü konunun mutlaka kanunla" düzenlenmesi demek değildir; kaldı ki buna imkan da yoktur. Temel kuralların kanunla düzenlenmesi, idarenin yetkisinin çerçevesinin çizilmesi yeterlidir.

"...Ancak idarenin yasallığı ilkesi, idari kuruluşun tümü ve bütün ayrıntıları ile yasa koyucu tarafından düzenlenmesi zorunluluğunu gerektirmeyip; sadece öğelerinin temel kurallarının ve güvence hükümlerinin yasada yer almasını zorunlu kılar..."DANIŞTAY10. DAİREE. 2008/1207

¹⁷⁶ D.10.DE. 2008/1207: "...İdare teşkilatı ile görev ve yetkilerinin yasayla düzenlenmesi öngörüldüğü gibi; ajanlara, vergilere ve mallara ilişkin statülerin de yasal nitelikte olması gerekmektedir. Bu bakımdan, idare onu yetkili kılan "yasa"ya dayanarak hizmette bulunabilir. Bu nedenledir ki, idare hukukunda yetkisizlik kuralı, yetkili olmak istisnadır. Dolayısıyla, yetki devri de istisnai niteliktedir..."

FORMÜL: İdare hukukunda yetkisizlik kural yetkili olmak ise istisnadır.
İstisnaen idarenin yetkili olabilmesi de ancak yetkinin:
-Kanunda gösterilen makamlarca
-Kanunda gösterilen hallerde kullanılması ile mümkündür.
(DİDDGK.E.2009/107;www.kazanci.com.tr.).

İdarenin yetkili olması meselesi bazı ayırımlara göre belirlenebilir:

1) Kişi yönünden yetki: Bir kamu tüzelkişisi tarafından yapılan idari işlemin o kamu tüzelkişisi adına işlem yapmaya yetkili kişi ya da kişilerce yapılması şarttır:

Merkezi idarede idare adına irade açıklama yetkisine sahip kişiler; cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar-----taşra teşkilatında da vali ve kaymakamlardır.

Yerinden yönetim kuruluşlarında ise (mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları) bu kuruluşların karar organları yetkilidir.

Bu sınırlı sayıdaki görevliler dışındakilerin açıkladıkları iradeler yetkisizlik nedeniyle sakattır. Tabii hukuken geçerli bir yetki devri yoksa!

2) Konu yönünden yetki:

Bir idari makamın hangi konuda karar alabileceğini ifade eder.

Konu yönünden yetkisizlik hallerini incelersek konu daha iyi anlaşılabilir:

AYNI HİYERARŞİK DÜZEN İÇİNDE YETKİ SAKATLIKLARI:

Yukarıda “hiyerarşi” ile ilgili bölümde bahsettiğimiz gibi, hiyerarşi ilişkisinde “ikame” yasağı vardır. İşte hiyerarşik düzen içindeki yetki sakatlıklarının bir bölümü bu yasağa uyulmaması biçiminde görülmektedir:

Astın üst yerine geçerek karar alması (mesela valinin görevine giren bir konuda kaymakamın karar alması);

Üstün ast yerine karar alması (üst, astına belirli bir konuda karar alması için emir ve talimat verebilir ama onun yerine geçerek karar alamaz! Neden? Çünkü kanun o konuda yetkiyi asta vermiştir, üste vermemiştir).

"...İdari kararların, Anayasa ve yasaların yetkili kıldığı organ, makam ve kamu görevlileri tarafından alınması zorunludur. Yetkiyle ilgili idare hukukunun bilinen ilkelerine göre alt kademedeki bir makamın üst kademedeki bir makamın yerine karar alması nasıl işlemi yetki yönünden hukuka aykırı hale getirecek ise üst kademedeki bir makamın, alt kademedeki bir idari makamın görevine giren bir konuda karar alması halinde de işlem yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır..."DİDDGK. E. 2006/2042

Diğer yandan, aynı kuruluşun organları arasında da yetki sakatlığı görülebilir. Örn. İl genel meclisinin yetkili olmasına rağmen onun yerine yetkili olmayan valinin karar alması gibi...Danıştay; bakanlar kurulunun bir bakanlığın yetkili olduğu işlemi onun yerine geçerek yapmasını yetki yönünden hukuka aykırı bulmuştur.¹⁷⁷ Bir başka uyuşmazlıkta da yüksek mahkeme, belediye encümeni yerine belediye başkanlığı tarafından yapılması nedeniyle bir ihalenin “yetki yönünden” sakat olduğuna karar vermiştir.¹⁷⁸

Aynı kuruluş içerisinde birden fazla organın kanuna göre birlikte yapması gereken bir işlemi bu organlardan sadece bir tanesinin yapması halinde de yetki sakatlığı olur. Örneğin üniversitede öğretim üyesine disiplin cezasının kurul kararı üzerine rektör tarafından verilmesi gerekirken, kurul kararının alınmamış olması yetki sakatlığı doğurur.¹⁷⁹

FARKLI HİYERARŞİK DÜZENİ TABİ MERCİLER ARASINDA YETKİ SAKATLIĞI: Belirli bir bakanlığın yetkili olduğu konuda başka bir bakanlığın karar alması gibi...(Başbakan,

¹⁷⁷ D.8.D.E.2005/2927; www.kazanci.com.tr.

¹⁷⁸ D.11. D. E. 1977/126; www.kazanci.com.tr.

¹⁷⁹ D.8.D. E.2004/3101; www.kazanci.com.tr.

bakanların hiyerarşik üstü değildir, en azından bu konu tartışmalıdır. Bakanlıklar içerisinde hiyerarşik düzen vardır, bakan altındaki görevlilerin en üstü konumundadır. Her bakanlığın hiyerarşik düzeni diğerinden ayrıdır. İki bakanlık arasında hiyerarşi yoktur. İki bakanlık farklı iki hiyerarşik düzen demektir! Bu nedenle bir bakanlığın görevine giren konuda başka bir bakanlığın yetki kullanması sakat olur).

--->Kanun emrettiği halde vesayete tabi bir makamın vesayet makamına sunmadan doğrudan karar alıp uygulaması halinde de yetki sakatlığı olur. Mesela belediye başkanının, ilgili bakanın vesayet denetimine tabi olması ve kanunda kararlarını bakana sunmasına ilişkin bir yükümlülük varsa, bakana sunmadan karar alması durumunda yetki sakatlığı olur.

---->Vesayet makamının, vesayete tabi makam yerine karar alması (eğer kanun bunu açıkça öngörmemişse) durumunda da yetki sakatlığı olur. Mesela Bir şehirde işyerlerinin açılması-kapanması saatlerini büyükşehir belediyesi belirlemiş ancak bu konuda kanun alt kademe belediyeleri yetkili kılmışsa (büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri arasında ancak idari vesayet olabilir çünkü farklı kamu tüzelkişilikleri!!! Yani Büyükşehir belediyesi ilçe belediyelerinin hiyerarşik üstü değildir!!!)

---->Birden fazla makamın birlikte yapması gereken bir işlemin bu makamlardan sadece bir tanesi tarafından yapılması halinde de yetki sakat olur.

3) Yer yönünden yetki: Belirli bir konuda yetkili olan idari merciin bu yetkiyi kullanabileceği coğrafi sınırları ifade eder.¹⁸⁰ Yani mesela kamulaştırma konusunda bir merci yetkidir ama bu yetkiyi kullanabileceği alan sınırlı olabilir. Bir idare, ülkenin tümünde yetkili olabilir.¹⁸¹ Bu durumda yer bakımından yetki sakatlığı ortaya çıkmayacaktır. Ancak mahalli idareler ve taşra teşkilatı gibi sadece belli sınırlar içerisinde yetki kullanabilecek idareler de vardır. İşte bu idarelerin sınırlarını aşarak yetki kullanmaları yetki sakatlığı doğurur ve işlemleri idari yargı yeri tarafından iptal edilebilir. Mesela Samsun valisi Erzurum ili ile ilgili bir karar alırsa yer bakımından yetki sakatlığı olur. Fatih belediyesinin, beşiktaş belediyesi sınırları içinde yer alan bir taşınmazı kamulaştırması halinde olacağı gibi...

4) Zaman yönünden yetki: Belirli bir merciin, belirli bir konudaki yetkisini "yetkiye sahip olduğu süre" içinde kullanması zorunludur. Aksi takdirde yetki sakatlığı söz konusu olur. Örneğin, vali yardımcısının, kanuna göre ancak valiye vekalet ettiği dönemde kullanabileceği bir yetkiyi bu dönem dışında kullanması halinde zaman bakımından yetki sakatlığı olur.¹⁸²

YETKİDE PARALELLİK İLKESİ: Bu ilkeye göre, belirli bir işlemi yapmaya yetkili olan makam, kanunla başka bir makam yetkilendirilmemiş olmak kaydıyla, aynı zamanda bu işlemi geri almaya veya kaldırmaya da yetkilidir. Eğer kanun belirli bir işlemin yapılması için bir makamı geri alınması ya da kaldırılması için ise farklı bir makamı yetkilendirmişse bu durumda yetkide paralellik ilkesi uygulanamayacaktır.

"...Mevzuatında ruhsatları vermekle yetkili kılınan idarenin aynı şekilde bu ruhsatların iptali konusunda da tek yetkili olduğu tartışmasız olup, aksine bir düzenlemenin de bulunmadığı görüldüğünden, belediye başkanınca verilmiş bulunan işyeri açma ve çalışma ruhsatının yetkide paralellik ilkesi uyarınca yine belediye başkanı ya da görevlendireceği bir yetkili tarafından iptal edilmesi (geri alınması) gerekirken; bu ilkeye aykırı olarak; hem de yönetmelikte ayrıca encümen tarafından karar alınmaması gerektiği düzenlemesi bulunmasına rağmen belediye encümenince ruhsatın iptali yönünde işlem tesis edildiği görüldüğünden işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamıştır..."DANIŞTAY8. DAİRE; E. 2010/3000

2-ŞEKİL/USUL

A) ŞEKİL: İdari işlemler belli şekil kurallarına uyularak yapılmalıdır.

Özel hukuk işlemlerinde kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir.

¹⁸⁰ Günday, s.137; 2013

¹⁸¹ Günday, s.137; 2013

¹⁸² D.2.D.E.2004/4638; www.kazanci.com.tr.

Özel hukuk işlemleri arasında kişiye ağır yükümler yükleyen kişi için ağır sonuçlar doğurabilecek olan veya kişiyi ağır bir yük altına sokacak işlemler için belli şekil şartlar öngörülmüştür.

Bunun nedeni kişiyi daha iyi düşünmeye, yapacağı işlemin doğuracağı sonuçları daha iyi düşünmeye sevk edebilmek için işlemin belirli bir biçimde ve belirli usuller izlenerek yapılması zorunludur. Diğer yandan idare edilenlere de güvence sağlamak ihtiyacının sonucudur bu!

1-YAZILILIK KURALI: İdari işlemler kural olarak yazılı şekle tabidir.

*İstisnaen sözlü işlem de mümkündür ---->Polis Vazife ve Selahiyeti Kanununda yasa dışı gösterinin dağıtılması konusunda sözlü karar verilebilmektedir.

*İşaretle de olabilir: Kavşakta trafiği düzenleyen polisin el-kol hareketleri...gibi.

*Zimni kararlar, yani idarenin belirli bir başvuru karşısında sessiz kalması, hareketin kalması da niteliği gereği yazılı değildir.

2-GEREKÇE: Kural olarak idari işlemlerin gerekçeli olmaları zorunlu değildir. Anayasamız, "mahkemelerin" kararlarının gerekçeli olmalarını aramaktadır. İdari işlemlerde gerekçe aranmamaktadır.

Ancak bazı kanunlarda ilgili işlemin gerekçeli yapılması öngörülmüştür. Mesela Bilgi Edinme Kanununun 12. maddesine göre bilgi edinme başvurusunun reddedilmesi halinde bu red kararının gerekçesi belirtilecektir.

****İdari işlemde gerekçe zorunlu olmamakla birlikte, ilgili işleme karşı iptal davası açıldığı zaman yargı yerine işlemin gerekçesinin bildirilmesi Danıştay'a göre zorunludur (D.1D.E,1995/769).

****DİKKAT: Şekil/usul sakatlıkları esasa etkili olan ve olmayan sakatlıklar olarak ikiye ayrılır. Örneğin bir idari işlemde imza bulunmaması esaslı şekil sakatlığıdır. Oysa tarihin bulunmaması ya da imzanın bulunup da imzanın sahibinin adı ve soyadına yer verilmemiş olması esaslı olmayan şekil sakatlığıdır. Esaslı olmayan şekil sakatlığı varsa işlemin iptali gerekmez. Yani idari yargı yeri esaslı olmayan şekil sakatlığı varsa işlemi hukuka aykırı bulmayacaktır.

"...idari işlemin yapılmasında veya bir kararın alınmasında, önceden Yasayla saptanmış bulunan usul ve şekil kuralına uyulmaması hukuka aykırılık halini oluşturur(...)
Bilindiği gibi bazı işlemlerin yapılmasında uyulması gereken idari usul ve şeklin önceden Yasayla tesbitinin amacı, kişilere teminat sağlamaktır.
Usul ve şekille ilgili kurallara uyulmaması hukuka aykırılık halini oluşturmakla beraber, bu aykırılığın her zaman idari işlemin iptalini gerektirmeyeceği yargı kararları ile kabul edilmektedir.
Bu durumda, işlemin şekil unsuru üzerindeki yargı denetiminde, yukarıda da değinildiği üzere, şekil unsurundaki aykırılık halinin işlem üzerindeki hukuki etkisine bakılması gerekir..." (D.10.D.E. 2000/1220).

B) USUL: İdari işlemin yapılmasında izlenmesi gereken yöntem ya da yolları ifade eder.

Bazı hallerde idarenin işleminin özünü oluşturan iradenin açıklanması için izlenmesi gereken bir usul vardır

ÖNEMLİ!!!: "USULDE PARALELLİK İLKESİ": BİR İŞLEMİN YAPILMASI İÇİN KULLANILAN USUL, EĞER KANUN AKSİNE BİR DÜZENLEME GETİRMEMİŞSE O İŞLEMİN DEĞİŞTİRİLMESİ VEYA KALDIRILMASI İÇİN DE GEÇERLİDİR.

***Yani mesela kanun bir işlemin yapılması için teklif usulüne uyulmasını öngörmüş ancak bu işlemin yine idare tarafından değiştirilmesi, kaldırılması ya da geri alınması için herhangi bir düzenleme getirmemişse bu durumda bu işlemin geri alınması, kaldırılması ya da değiştirilmesi için de teklif usulüne uyulması gerekir. Buna usulde paralellik ilkesi denir.

Kanun mesela işlemin yapılması için teklif usulünü ama kaldırılması için danışma usulünü öngörseydi o zaman usulde paralellik ilkesi uygulanmayacaktı. Kaldırma işlemi için danışma usulü uygulanacaktı...

DİKKAT!!! Usul sakatlığında da esaslı usul sakatlığı ve esaslı olmayan usul sakatlığı ayrımı yapılması gerekmektedir. Her türlü usul sakatlığı işlemin hukuka aykırı olduğunu kabul edebilmek için yeterli değildir. Esaslı olmayan usul sakatlıklarında işlem iptal edilmez.

Örneğin; disiplin cezası verilmeden önce savunma alınmaması, tüzüklerin çıkarılmadan önce Danıştay'ın denetiminden geçirilmemeleri esaslı usul sakatlıklarıdır.

Kanunda idarenin hızlı karar alması için öngörülen gösterici nitelikteki sürelerle uyulmaması, sadece idarenin yararına konulmuş usullere uyulmaması ya da örneğin doktora sınavında jüri üyelerinin akademik giysilerini giymemiş olmaları ise esasa etkili olmayan usul sakatlıklarıdır. İşlemin yargı yeri tarafından iptal edilmesi sonucunu doğurmazlar.

DEMEK Kİ ŞEKİL VE USUL UNSURU İLE İLGİLİ OLARAK ÖNEMLİ OLAN MESELE SAKATLIĞIN ESASA ETKİLİ OLUP OLMADIĞINI DEĞERLENDİRMEKTİR!!!!

3-SEBEP UNSURU

Bir tanıma göre idari işlemin sebebi o idari işlemde önce gelen ve idareyi o işlemi yapmaya sevk eden nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan etkidir.¹⁸³ Sebebin nesnel nitelik taşıması; işlemi yapanın düşünce dünyasında oluşan ve kendisinin tercihini yansıtan bir olgu olmadığını gösterir. Yani işlemi yapan kişinin dışında kalan ve hukuk kurallarının ortaya koyduğu bir sebep ya da maddi olgudur.¹⁸⁴

Başka bir tanıma göre ise işlemin sebep unsuru idareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenlerdir. Bu etkenler idari işlemde önce gelirler ve onun dışında yer alırlar.¹⁸⁵ **Danıştay'a göre ise idari işlemin sebep unsuru: "İdari işlemin dışında, idari işlemin yapılmasını gerektiren hukuki işlem ya da olay"dır.**

Özel hukukta kişiler herhangi bir sebep ve saikle hareket ederek özel hukuk işlemleri yapabilirler.¹⁸⁶ Özel hukuk işlemleri kişisel çıkar ve yararları gerçekleştirmek için yapılırlar. Kişinin kendi yarar ve zararını en iyi şekilde takdir edeceği varsayılır. Kanun, sadece, kamu düzeni ve kamu yararı bakımından yasak olan noktaları belirlemekte yetinmekte, bunun dışında işlemi yapan kişiyi o işlemi yapmaya sevk eden etkenlerle ilgilenmemektedir.¹⁸⁷

İdari işlemlerde ise amaç kamu yararının sağlanmasıdır.¹⁸⁸ Kamu yararı kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak anlamına gelir.¹⁸⁹ Bu durumda idari işlemin yapılabilmesi için ortada kamu yararını sağlayacak bir nedenin varlığı şarttır.¹⁹⁰

¹⁸³ Günday, a.g.e.,s.138

¹⁸⁴ Özay, a.g.e., s.455

¹⁸⁵ Gözler, 330; Sancakdar 301

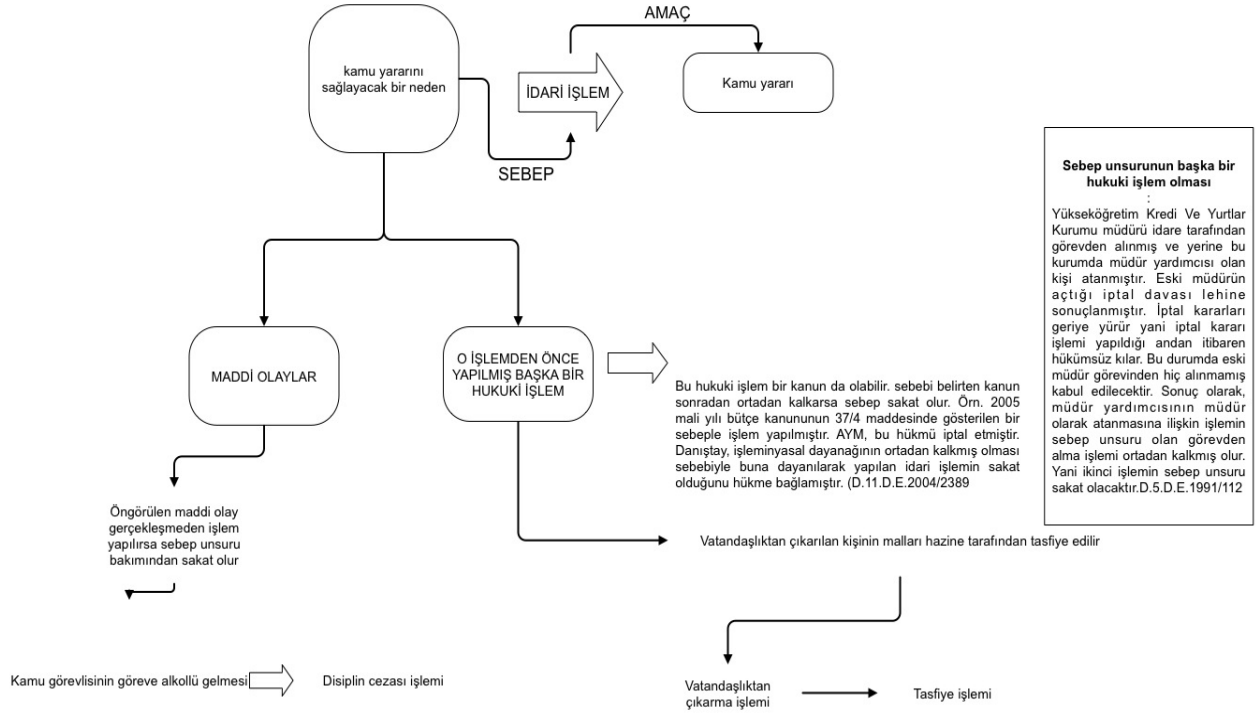
¹⁸⁶ Günday 138

¹⁸⁷ Günday 139

¹⁸⁸ Günday 139

¹⁸⁹ AYM. E.1977/1

¹⁹⁰ Günday 139



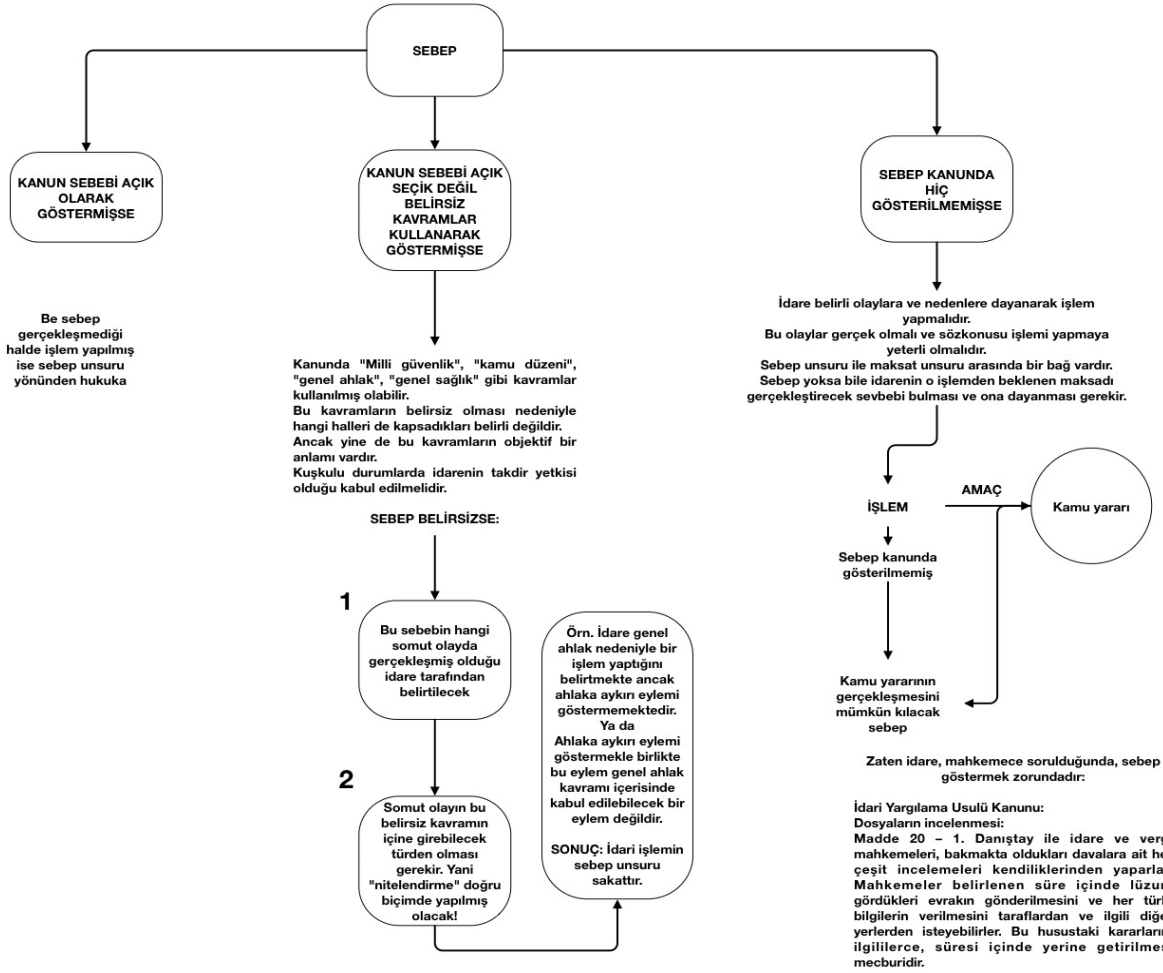
İdare bir işlem yaptığında o işlemin sebebini gerekçelendirmek durumundadır. Gerekçe idari işlemde kural olarak zorunlu değildir ancak iptal davası açıldığında idare sebebini yargı merciine bildirmek ve ispatlamakla yükümlüdür¹⁹¹ (İYUK.m.20/1).

SEBEP SAKATLIĞI: 1-Sebebin mevcut olmaması
2-Sebebin hukuki nitelendirilmesinde hata
3-Sebebi ve konu unsurları arasında ölçsüzölük

Bazen idari işlemin sebep unsuru bir özel hukuk ilişkisi de olabilir. Danıştay kararına konu olan bir olayda Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, bir derneğe ait uçağa, uçak konaklama hizmetinin bedeli ödenmediği için, uçuş izni vermemiştir. Uçuş izni verilmemesine ilişkin kararına karşı iptal davası açılması üzerine İdare Mahkemesi, aradaki özel hukuk ilişkisi nedeniyle uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay, uçuş izni verilmemesinin idari işlem niteliğinde olduğunu belirterek bu işlemin sebep unsurunun adli yargının görev alanına giren bir husus olmasının işlemin idari yargıda denetlenmesine bir engel teşkil etmediğine karar vermiştir.¹⁹²

¹⁹¹ Sancakdar 302

¹⁹² D.10.D.E.1996/855



4-KONU UNSURU

İdari işlemin konusu, hukuk dünyasında meydana getirdiği değişikliktir.

Özel hukuk işlemleri gibi idari işlemlerin de geçerli olabilmeleri konularının mümkün ve meşru olmalarına bağlıdır.¹⁹³ Özel hukuktaki irade serbestliği ilkesi gereği taraflar mümkün ve meşru olması kaydıyla işlemin konusunu serbestçe belirleyebilir.

İdare Hukukunda ise işlemin konusunun belirlenmesinde idare de idare edilenler de serbest değildirler.

İdare Hukuku, "statüler" hukuku olduğu için işlemin konusunun belirlenmesinde önceden kanunlarla ve diğer düzenleyici işlemlerle yaratılmış statünün kuralları etkilidir.

Mesela, kamu görevlisinin atanması işleminde çalışma koşulları, kamu görevlisinin maaşı v.b. konular serbestçe belirlenemez. Oysa iş sözleşmesinde bu mümkündür.

Konu Unsuru Bakımından Sakatlık Halleri

2. İdari işlemin konusu imkansız ya da meşru değilse bu işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur.¹⁹⁴

¹⁹³ Günday 144

¹⁹⁴ Günday 144

İdari işlemin konusu meşru değilse yani doğurduğu sonuç hukuka aykırıysa o idari işlem sakattır. Başka bir anlatımla kanun belirli bir hukuki sonucun doğmasını dayatıyorsa ve idari işlemde buna uyulmazsa işlem sakat olur.¹⁹⁵

Burada bir ayırım yapmak gerekir: **Bağlı yetki** durumunda idare sebebin mevcut olduğunu tesbit ettiğinde kanunun öngördüğü işlemi yapmak zorundadır. Yani işlemin doğuracağı hukuki sonuç önceden bellidir ve idare sebebin oluşması durumunda bu sonucu doğuracak işlemi yapacaktır. Eğer idare bu sonucu doğuracak işlemi yapmazsa işlem konu bakımından sakat olur.¹⁹⁶

İdarenin **takdir yetkisi** olması durumunda ise idare kanunun öngördüğü sebebin mevcut olması halinde karar alıp almama ya da hangi kararı alacağı konusunda seçim yapma imkanına sahiptir. Bu nedenle takdir yetkisinin olduğu hallerde idarenin karar alması ya da seçim yapması halinde seçmediği sonucun ortaya çıkmaması halinde konu bakımından sakatlık olmayabilir.¹⁹⁷

• **Bireysel idari işlemlerin ve yargısal işlemlerin ihlali:** İdare kendi işlemleriyle de bağlıdır. Genel düzenleyici işlemler, bireysel işlemleri bağlar. Genel düzenleyici işleme aykırı olan bireysel idari işlem konu bakımından sakat olur.¹⁹⁸

- Bir bireysel işlem başka bir bireysel işlemi de bağlayabilir. Örneğin üstün işlemi astın işlemini bağlar. Üstün işlemine aykırı olan astın işlemi konu unsuru bakımından sakat olur.¹⁹⁹
- Astlık-üstlük ilişkisinin olmadığı durumlarda ya da aynı idarenin farklı iki işlemi arasında bağlayıcılık olabilir. Eğer bir sonraki işlem öncekini ortadan kaldırmadan kabul edilmişse bu ikinci işlem sebebi ve konusu bakımından sakat olur.²⁰⁰
- Örn. İdare, bir kooperatif tarafından inşa edilen konutların "**sosyal konut**" olduğunu kendisi tespit ettikten sonra vergi yükümlüsünün bu konutların "sosyal konut" olduklarını ispat edemediği gerekçesiyle ek vergi tahakkuk ettirmiştir. Başka bir anlatımla idare, kendisi bir konuda tespitte bulunduktan sonra bunun karşı tarafça ispatını aramaktadır. Danıştay, hukuk devletinde aynı anda bir konuyu düzenleyen ve birbiriyle çelişen iki idari işlem olamayacağını vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre idare tarafından tesis edilen işlem yerinde görülmediği takdirde bu işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi gerekir. Bunun yerine ilk işlemle çelişen yeni bir işlem yapılamaz. İşte böyle bir işlem yapılırsa konu unsuru bakımından sakatlık ortaya çıkacaktır.²⁰¹

• Yargı kararını ihlal eden işlemler de konu unsuru bakımından sakat olur. İdare yargı kararının gereği olan işlemi yapmıyorsa ya da yeni bir işlem yapıyor fakat iptal edilmiş işlemdeki kusurları tekrarlıyorsa işlem sakat olur.²⁰²

• İdari işlemler geçmişe etkili sonuç doğuracak biçimde yapılamazlar. Aksi halde ilgili işlem konu unsuru bakımından sakat olur.²⁰³

- Danıştay kararı: "...Hernekadar idareler idari işlemleri kamu yararı amacıyla her zaman değiştirme yetkisine sahip iseler de; idari işlemlerin geriye yürümeyeceği idare hukukunun temel ilkelerindendir. Bu durumda dava konusu işlemin 1.1.1983 tarihine

¹⁹⁵ Yayla 134, Gözler 336

¹⁹⁶ Yayla 134

¹⁹⁷ Yayla 134

¹⁹⁸ Yayla 134

¹⁹⁹ Yayla 134

²⁰⁰ Yayla 134

²⁰¹ D.9.D.E.1987/936, K.1988/1667, K.T.25.04.1988;nakleden Yayla, Yıldızhan, a.g.e.,s.134, 307 no'lu dipnot.

²⁰² Yayla 134; Gözler 337

²⁰³ Yayla 135; Günday 146

teşmil edilerek bu tarihten itibaren geçerlik kazanmasında idare hukukunun esaslarına aykırılık açık bulunduğundan dava konusu işlemin bu kısmının iptaline..."²⁰⁴

- Ancak idare, yargı kararlarının yerine getirilmesi için geçmişe etkili işlem yapmak durumunda kalabilir.²⁰⁵ Bu halde esasında yargısal iptal kararı geçmişe etkili olduğu, yani, işlemi yapıldığı andan itibaren tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kaldırdığı için "geçmişe etki" yargı kararı nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda geçmişe etkili idari işlem konu unsuru bakımından sakat olmaz.²⁰⁶

- İdari işlemlerin sebep ve konu unsurları arasında sıkı bir ilişki, nedensellik bağı vardır. İşte bu bağ kopmuş ise konu unsuru bakımından sakatlık ortaya çıkabilir.²⁰⁷ Sebep gerçekleşmesine rağmen kanunda belirtilen sonuçtan başka bir sonuç doğuran işlem yapılmış ise konu unsuru sakat olur:

Örn. Bir ilköğretim müdürü görevini gereği gibi yapmadığı ve bu durumun bir soruşturma sonucunda saptandığı gerekçesiyle idarece görevinden alınarak aynı köyde bulunan bir ilkokulda "öğretmenlik" görevine atanmıştır. Yargı yoluna gidilmesi sonucunda Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, davacı ilkokul müdürünün ilgili yönetmelikte belirtilen köy hizmetini tamamladığını, maaş derecesi ve hizmet süresi yönünden meslekte belirli bir kıdeme geldikten sonra "yöneticilik" görevine getirildiğini tesbit ederek; müdürlükten ilkokul öğretmenliğine atanmasına ilişkin kararın konu unsurunun sakat olduğuna hükmetmiştir.²⁰⁸

2. İdari işlemin konusunun "mümkün" olması gerekir: Örn. Daha önce ölmüş bir kişinin memur olarak atanması durumunda atama işlemi, konu unsuru bakımından sakattır. Belirli bir statü içinde bulunanlara uygulanabilecek hükümlerin bu statü dışında bulunan kişilere uygulanması durumunda da sözkonusu işlem konu unsuru bakımından sakat olacaktır.²⁰⁹

4-MAKSAT UNSURU (=USUL SAPTIRMASI,YETKİ SAPTIRMASI)

Maksat unsuru kanun koyucunun idari işlemle ulaşmak istediği, o işlemten beklediği nihai sonuçtur.²¹⁰ İdarenin kamu gücü kullanma yetkisi, kamu yararı ve kamu hizmeti düşüncesine dayanır.²¹¹ İdare ancak bu düşüncenin hayata geçirilmesi için işlem yapabilir.²¹²

Kamu yararı dışında ve ona yabancı herhangi bir sonucu elde etmek için girişilen etkinlik ve bu nedenle yapılan işlemler maksat unsuru bakımından hukuka aykırıdır.²¹³

Maksat sakatlığına yetki saptırması da denir. Yetki saptırması bir idari makamın yetkilerini kullanması gerektiği amaçla değil bir başka amaçla kullanmasıdır.²¹⁴

Maksat unsurunun pozitif hukuk dayanağı:²¹⁵

²⁰⁴ D.10.D.E.1985/1132,K.1985/2134,K.T.17.12.1985

²⁰⁵ Yayla 136

²⁰⁶ Günday 146

²⁰⁷ Gözler 338; Sancakdar 307

²⁰⁸ D.5.D.E.1979/1915

²⁰⁹ Günday 145

²¹⁰ Günday 146

²¹¹ Yayla 140

²¹² Onar, C.I, s.318

²¹³ Yayla 140; Özyay, 501

²¹⁴ Gözler 351

²¹⁵ Özyay,s.502.

- Anayasanın “kanun önünde eşitlik ilkesi”;
 - 1-Siyasi düşüncelerle ayırım yapılamaması ve
 - 2-İdarenin sunduğu kamu hizmetlerinden herkesin eşit biçimde yararlanması ilkesi

Danıştay Kararı: "...İdari işlemin maksat unsuru yönünden yargısal denetimi yapılırken, işlemin tesisinde güdülen amacın saptanması gerekmektedir, ki bu amaç her idari işlemde genel olarak kamu yararadır. Bu kapsamda, idareyi işlemin tesisine yönelten nedenler ve görünürdeki amaç dışında gerçek niyetin araştırılması, idareye işlem tesisinde tanınan görev ve yetkinin konusundan saptırılıp saptırılmadığı, yetkinin amaç dışı kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. Maksat yönünden hukuka aykırılık subjektif işlemler kadar düzenleyici işlemlerde de ortaya çıkabilir. Düzenleyici işlemlerin maksadı, dayandığı normların (kanun, tüzük gibi) amacı doğrultusunda uygulanmasını sağlamak olmalıdır..."²¹⁶

Amaç genel biçimde kamu yararı olmakla birlikte bazı hallerde kanun belirli bir kamu yararının gözetilmesini istemiş olabilir.²¹⁷ İşte bu "özgün" kamu yararı yerine genel kamu yararının hedeflenmesi maksat sakatlığı doğurur.²¹⁸ Örneğin kanun idari işlemin yapılması için genel ahlaka ilişkin kamu yararını gözetmişse ve idare bunu yerine yetkisini genel sağlığın korunması amacıyla kullanmışsa maksat unsuru sakat olur.

Usul Saptırması: İdarenin kendisine kolaylık sağlamak için, izlemesi gereken hukuki yol yerine aynı sonucu doğuran başka bir yolu izlemesi durumunda da maksat unsuru sakat olabilir.²¹⁹

Maksat unsuru bakımından sakatlık halleri:

- **Kişisel amaç güdülmesi:** Örn. Naklen atama işleminin kamu yararını gerçekleştirmek yerine sadece atanan kişiye zarar vermek için yapılmış olması. Şu var ki kişisel amaç güdülmesi sonucunda yapılan işlem aynı zamanda kanunun öngördüğü nesnel amaçla örtüşüyorsa maksat sakatlığı ortaya çıkmaz. Yani tesadüfen kişisel maksat güdülen de kanunun aradığı kamu yararı sağlanmış olabilir.²²⁰
- **Siyasi amaç güdülen işlem yapılmış olması:** Örn. Kamu yararı yerine sadece belirli bir siyasi partinin sempatisini olması nedeniyle kamu görevlisinin görevden alınması.

Bir ilin valisi, Bakanlar kurulu kararıyla merkez valiliğine atanmıştır. Ancak bu kararı alan bakanlar kurulu, kararı aldığı sırada, güvenoyu alamamış ve halihazırda istifa etmiş bulunmaktadır. Danıştay, istifa etmiş ve görev süresi yeni hükümet kurulunca sona erecek bakanlar kurulu tarafından olağanüstü bir yöntem izlenerek alınan bu kararın maksat unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.²²¹

SEBEP-KONU-MAKSAT sakatlıklarının bir arada olduğu bir örnek:

Kamu görevlisine eylemleri dolayısıyla disiplin cezası verilmiştir. Bu eylemler daha sonra bu kamu görevlisinin naklen atama işlemine de gerekçe gösterilmiştir. Danıştay 5. Dairesi,

²¹⁶ D.6.D.E.1997/4439, K.1998/5786,K.T. 24/11/1998;www.danistay.gov.tr.

²¹⁷ Yayla 141

²¹⁸ Gözler 353

²¹⁹ Yayla 141

²²⁰ Yayla 142

²²¹ D.5.D.E.1995/4052, K.1996/3262,K.T.30.10.1996

disiplin cezası gerektiren fiillerin atama işleminin sebebi olarak gösterilmesinin kamu görevlisini cezalandırma amacı taşıdığına hükmetmiştir.²²²

- Sebep unsuru: Disiplin cezası verilmesini gerektiren fiiller. Oysa naklen atamanın sebepleri arasında kanun bunları öngörmemiştir: Sakat
- İşlemin doğurduğu sonuç: Kamu görevlisine hukuka aykırı eylemleri nedeniyle disiplin cezası verilmesi gerekir. İşlemin hukuki sonucu kamu görevlisinin naklen atanması olmamalıdır: Sakat
- Maksat: Kamu yararı değil cezalandırma amacı: İşlem sakat!!! Yani idari yargı yeri tarafından iptal edilebilir.

YOK HÜKMÜNDE OLAN İDARİ İŞLEMLER

Bazen bir idari işlemdeki sakatlık o kadar ağırdır ki, bu işlem, yok hükmünde kabul edilir. Örneğin idarenin aslında yasamanın ya da yargının görev alanına giren bir konuda işlem yapması (fonksiyon gaspı) halinde sözkonusu işlem yok hükmündedir. Yok hükmünde olan bir işlemin hukuki sonuç doğurmayacağı,

uygulanamayacağı kabul edilir. Ancak idare yine de bu işlemi uygulamaya kalkabilir. Bu durumda bu işlemin yok hükmünde olduğunun yargı kararıyla tesbit edilmesi gerekir. İdari Yargılama Hukukumuzda “tesbit” davası yoktur. İki dava türü vardır: İptal ve tam yargı (tazminat) davaları. İşte bu nedenle, yok hükmündeki

işleme karşı “iptal davası” açılması gerektiği kabul edilmektedir. İptal davası üzerine yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğunu karara bağlayacaktır. Örneğin, Türkiye’de seçimle ilgili işlemler yargının denetim ve gözetimi altında yapılmaktadır. Bir uyuşmazlıkta ilçe idare kurulu (merkezi idarenin taşra teşkilatı), muhtar seçilen bir kişinin seçilmeden önce hüküm giymiş olması nedeniyle muhtarlığına son verilmiştir. Oysa muhtar seçilme niteliğini taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmede bulunma ve karar verme yetkisi seçim kuruluna aittir. Danıştay, bu uyuşmazlıkta, “seçim kurullarının” yetkisinde olan bir konuda idare tarafından karar verilmesinin “ağır bir yetki” sakatlığı olduğunu vurgulayarak sözkonusu işlemin YOK hükmünde olduğu sonucuna varmıştır. (D.8.D.E.1985/157;www.kazanci.com.tr)

“...Bazı idari işlemler vardır ki, idare hukukunda “yok hükmünde” oları idari işlemler denilen, sakatlıkları çok ağır olan ve hukuk dünyasında hiç doğmamış kabul edilen “batıl” işlemlerdir. Bu tür “batıl” işlemler, ilgililer hakkında hüküm ifade etmezler, hukuksal durumda değişiklik yaratmazlar, çünkü hiç var olmamış sayılırlar. Bir idari işlem, açıkça yasaya aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı işlemlerden ise, yok hükmünde bir idari işlem den söz ediliyor demektir. Yok hükmünde olan bir idari işlemin iptali için idari yargıda dava açmaya esasen gerek bulunmamaktadır. Fakat, idarenin işlemini yok hükmünde saymayıp yürütmeye devam etmesi, ilgiyi bu işlemin iptali için dava açmaya zorunlu bırakabilir. Bu gibi durumlarda, idari yargı yerinin, dava konusu işlemin yok hükmünde olduğunu saptayıp uyuşmazlığı çözmesi, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektiren “Hukuk Devleti” ilkesine de uygun düşecektir. Uygulamada tesbit davaları, bir olayın veya bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan ve eda davasının öncüsü niteliğindedir. Bakılan dava; soyut bir olayın yargı kararıyla belirlenmesi isteminden çok, açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin, mutlak butlanla batıl olması nedeniyle yok hükmünde olduğunun tesbiti istenilmiş olması nedeniyle iptal davası formunda görülmesi gereken bir davadır...”DANIŞTAY10. DAİRE;E. 1995/397

KOLLUK (Polis)

İdarenin başlıca iki faaliyet türü olduğu kabul edilmektedir: “Kamu hizmeti” ve “kolluk”... Polis kelimesi önceleri şehirlerin, devletin teşkilatını sonra da devlet idaresini, hükümet faaliyetlerini ifade etmekteydi. Polis, bugün daha dar bir anlam içermektedir ve idarenin belirli bir faaliyetini belirtmektedir.²²³

²²² D.5.D.E.1998/2342

²²³ Onar, C.III,s.1476

Bütün idari faaliyetlerin temel amacı kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kolluk faaliyetinin amacı olan kamu düzeni, kamu yararına göre daha dar ve özel bir amaç niteliğindedir. Kolluk, kamu düzenini gerçekleştirmek yoluyla kamu yararını gerçekleştirmektedir.²²⁴ Kamu hizmeti de bir kamu tüzelkişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir.²²⁵

Şu halde kolluğun da kamu hizmetlerinin de nihai amacı kamu yararındır. Bu nedenle kolluğun da esasında bir kamu hizmeti olduğu öğretilde kabul edilmektedir. Nitekim Gözler, kolluğu, "kamu düzenini sağlamaya yönelik bir kamu hizmeti faaliyeti" olarak tanımlamaktadır.²²⁶ Onar'ın bir tanımından da bu anlaşılmaktadır.²²⁷ Esasında kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerinin idare bünyesinde kaynaşmış ya da iç içe geçmiş oldukları söylenebilir. Nitekim Onar'ın belirttiği gibi her hizmet teşkilatı kendi araçlarıyla o hizmetin işlemesine engel olan veya düzeni ihlal eden hareketleri önlemek yatkınesine sahiptir.²²⁸ Yani her hizmetin kendine ait kolluğu vardır.²²⁹

Bazı müellifler kolluk faaliyetlerinin sonucu olan kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması olgusunu da tanımlarına eklemektedirler. Böyle bir tanıma göre idari kolluk: "Kamu makamları tarafından, kamu düzenini sağlamak amacıyla, kişi hak ve hürriyetlerine getirilen sınırlamalar"²³⁰dır.

Kolluk faaliyetinin amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır. Pekiyi "kamu düzeni" ne demektir?

Sancakdar'a göre kamu düzeni: "Toplumun barış, güven ve gelişme içinde yaşamını sürdürmesi halidir".²³¹ Okay'a göre düzen, düzensizliğin karşıtı olan maddi bir düzendir ve "karışıklığın yokluğu"nu ifade eder.²³² Bu düzenin "kamu düzeni" olması yani kamusallaşması, zarar görmesi tüm toplumu etkileyecek belirsiz sayıda insandan oluşan bir topluluğun var olmasını gerektirir.²³³ Yayla'ya göre düzen, bir yerde karışıklığın veya kargaşanın olmaması ve orada insanların kendilerini ve yakınlarını güven içinde hissederek yaşayabilecekleri bir ortamın bulunması demektir.²³⁴ Atay'a göre kamu düzeni, belli bir mekanda düzen ve intizamın tesis edilmesi yani karışıklık ve kargaşanın olmaması, kişilerin kendileri ve yakınlarının tehdit ve tehlikelerden uzak, güven içinde hissederek hayatlarını idame ettirebilecekleri ortamın mevcudiyetidir.²³⁵ Yayla, kamu düzenini kamusal alanda yani insanların toplu halde bulundukları; kişi, aile, hemşehri ve halk olarak biraraya geldikleri, iletişim içine girdikleri yerde insanların ve onların kurdukları ilişkilerin güven içinde, intizam içinde bulunması şeklinde tanımlamaktadır.²³⁶

Bu tanımlardan hareketle kamu düzeni: "Kamusal alanda karışıklık veya kargaşanın yokluğu" biçiminde tanımlanabilir.

²²⁴ Okay, Özge, s.685

²²⁵ Gözler C.II,s.219

²²⁶ GözlerC.II,s.417

²²⁷ "Bir memleketin iç sükun ve emniyetini, sağlık ve intizamını temin ve fertlerin şahıslarına ve mülklerine vaki olacak taarruzları korumak maksadıyla idare tarafından alınan ve icrası bir takım müeyyidelerle teyit ve temin edilen umumi veya ferdi tedbirlerin ve bu maksatla ifa edilen hizmetlerin heyeti mecmuasını gösterir. Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III,s.1476.

²²⁸ Onar,C.III,s.1478

²²⁹ Genel kolluk ancak hizmet kolluğunun aldığı tedbirler yetmediğinde devreye girer. Belki Onar'ın belirttiği gibi kolluğa; kamu hizmetlerinin görülmesine ait bir "usul" demek yerinde olabilir. Bkz. Onar,C.III,s.1474-1475.

²³⁰ Atay, İdare Hukuku,s.623.

²³¹ Sancakdar, İdare Hukuku, s.551

²³² Okay, s.686

²³³ Okay, s.686

²³⁴ Yayla, İdare Hukuku, s.36

²³⁵ Atay,s.627

²³⁶ Yayla,s.36

KAMU DÜZENİNİN UNSURLARI:

Kamu düzeninin üç unsuru olduğu kabul edilir:

- 1-Güvenlik
- 2-Esenlik (Kamu huzuru)
- 3-Genel sağlık

GÜVENLİK:Halkın can (bedensel bütünlük, ırz, namus v.s. İnsanın kendi güvenliği yanında yakınlarının da güvenliği de buna dahildir) ve mal güvenliğinin sağlanmasıdır. Mal güvenliği dediğimizde hem mülkiyet hakkının hem de zilyedliğin korunması sözkonusudur. **MİLLİ GÜVENLİK=GÜVENLİK DEMEK YANLIŞTIR:** Milli güvenlikte ülkeye içeriden ya da dışarıdan yöneltilmiş bir tehlike sözkonusudur. Bu tehlike ülkenin, milletiyle bölünmez bütünlüğüne yöneliktir. İç güvenliği bozan bazı olay ve faaliyetlerin kamu düzenini bozmalarına karşın milli güvenliğin bozulduğu söylenemez.(ATAY,İdare Hukuku,s.632).

DANIŞTAY:"Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması devletin asli görevidir. İdarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması" gerekir.²³⁷

ESENLIK:Halkın huzurunu bozacak duman, kötü kokular, çöpler, gürültü v.b. durumlardan korunmasıdır. Örneğin belirli bir saatten sonra gürültü yapılmasının yaklanması...Esenlik kavramı zamana ve yere göre değişkenlik gösterir yani görecelidir. Bir toplumun esenliğini bozmayan bir davranış başka bir toplumunkini bozabilir. Örn. Almanya'da evin bahçesinde kurban kesilmesi Alman toplumunun huzurunu bozabilir. Zamana göre de esenlik kavramı değişebilir. Mesela artık bizde de sokakta kurban kesmek yasak.

SAĞLIK: Burada önemli olan tek tek bireylerin sağlığının kamu düzenini ilgilendirmediyi bilmektir. Tek tek bireylerin sağlığı bir kamu hizmeti olarak görülebilir. Hastaneler bu hizmeti vermektedir. Bir edim sunmaktadırlar. Kolluğu yani kamu düzenini ilgilendiren sağlık ise toplumun genel sağlığıdır. Yani bulaşıcı hastalıklarla mücadele edilmesi ya da gençlerin uyuşturucu maddelerden uzak tutulmalarının sağlanması gibi...Örneğin domuz gribi ile sağlık bakanlığının mücadele etmesi...Aşılama yapılması v.s. Burada temel hak ve hürriyetlere bazı kısıtlamalar getirilmesi mümkündür. Mesela bulaşıcı hastalık nedeniyle belirli bir yerin karantinaya alınması durumunda o yere giriş çıkışlar yasaklanabilir. Yerleşme ve seyahat hürriyetine sınırlama getirilebilir.

KAMU DÜZENİNİN UNSURLARI SADECE GÜVENLİK,ESENLIK VE SAĞLIKLA SINIRLI MIDIR?

Öğretide kamu düzeninin üç unsuruna başkalarının da eklendiği belirtilmektedir: İnsan onuru, kişinin kendine karşı korunması (emniyet kemeri takma mecburiyeti gibi); Kamusal estetik (binaların aynı renkte olmasının sağlanması, şehrin silüetini bozan yapılaşmaya izin verilmemesi ya da sokakların reklam tabelalarından arındırılmaları²³⁸ gibi...Diğer yandan idarenin de kamusal estetiği bozmaması gerekir. Danıştay bir kararında Ankara'da bulunan Güvenpark'ın yerine otopark ve çarşı yapılmasını öngören belediye meclisi kararını "estetik" unsurunu da dikkate alarak iptal eden idare mahkemesi kararını onamıştır. Bu karar, yargının kamu düzeninin korunması açısından gördüğü işlevi örneklemektedir); insan onuru (kişinin toplum içinde kendisini küçük düşürecek davranışta bulunmasını engellemek); genel ahlakın korunması gibi farklı unsurlar da artık

²³⁷ D.10.D.E.1994/7359

²³⁸ Danıştay 6. Dairesi, bir binanın çatısına reklam panosu yerleştirilmesine izin vermeyen Belediye'yi böyle bir panonun "görsel kirlilik" yaratması nedeniyle haklı bulan İdare Mahkemesi kararını onamıştır (D.6.D. E. 1998/3936; www.kazanci.com).

kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilmektedir.²³⁹ Ancak bahsedilen yeni unsurların “üç unsur” kapsamında görülmeleri de mümkündür. Örneğin kişinin kendine karşı korunması güvenlikle, kamusal estetik ise esenlik ile ilişkilendirilebilir.

GENEL İDARİ KOLLUK - ÖZEL İDARİ KOLLUK

Kamu düzenini oluşturan güvenlik, esenlik ve sağlık sadece olağan kolluk personel ve yöntemleriyle sağlanamaz! ÇÜNKÜ:

1-Bazı kamu düzeni ihlallerini önlemek UZMANLIK ister!

2-Bazı ihlaller ise zararlı sonuçlarını ancak uzun vadede gösterir. Erezyon, nükleer atıklar, diğer bazı tür çevre kirlilikleri gibi). Bunları da uzman kadrolarca hazırlanmış tedbirlerle önlemek mümkündür.

İŞTE----->FARKLI UZMANLIK VE ÖRGÜTLENME gerektiren bu faaliyetleri genel idari kolluktan ayırmak gerekir.

----->Ormanların korunması, kültür ve tabiat varlıklarının korunması, imar ve iskan denetimi, gümrük denetimi, borsa ve piyasaların denetimi v.s. Pek çok konu ÖZEL İDARİ KOLLUK kapsamındadır.

DİKKAT: Genel idari kolluk iöerisindeki BRANŞLAŞMA-İŞBÖLÜMÜ sonucunda ortaya çıkan birimleri özel kolluktan ayırmak gerekir. Örneğin emniyet müdürlüğü içerisindeki kaçakçılık, çevik kuvvet, çocuk polisliği, narkotik gibi birimlerin ya da şubelerin yürüttüğü faaliyet GENEL KOLLUKTUR. Bu nedenle mesela narkotik şubede çalışan bir polis uzmanlık alanı dışında bir suç işlendiğini görürse (cinayet ya da hırsızlık gibi) buna müdahale etmekle yükümlüdür. Oysa örneğin ÖZEL kolluk olan turizm kolluğu, bir otelde cinayet işlenmesi halinde buna müdahale edemez. Onun uzmanlık alanı otellerin temizliği, bakımı v.s.'dir.

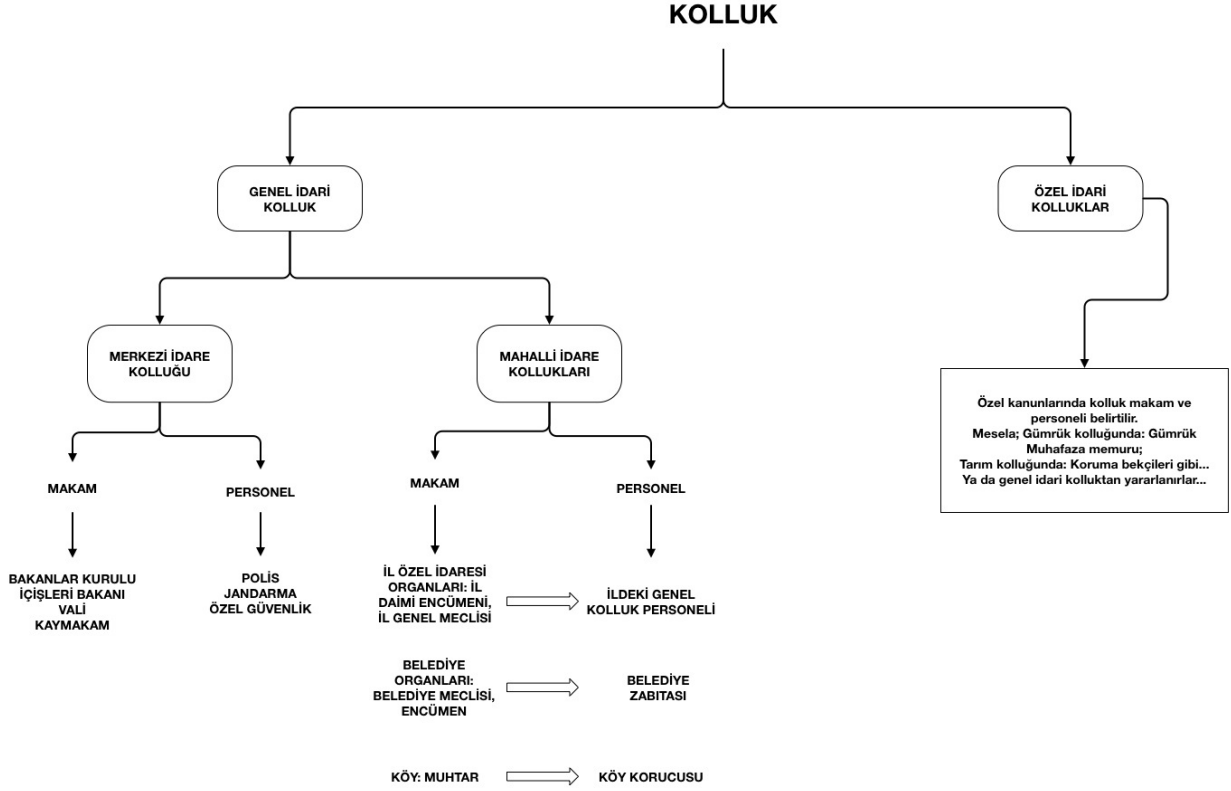
***Mahalli idarelerin (il özel idaresi, belediye, köy) yürüttükleri kolluk faaliyetinin özel ya da genel olduğu tartışmalıdır. Öğretide bazı müellifler bu idarelerin özel kolluk faaliyeti gördüklerini kabul etmektedir.

Burada önemli olan mahalli idarelerin yürüttüğü kolluk faaliyetinde kamu düzeninin ESENLIK VE SAĞLIK unsurlarının ön plana çıktığını ve ağır bastığını bilmektir. Kanunlarda istisnaen mahalli idarelerin GÜVENLİĞİ sağlamalarıyla ilgili bazı hükümler (belediyelerin kaza çıkaracak şeyleri kaldırma yükümlülüğü ve bu maksatla yasaklama getirmeleri gibi) de bulunmaktadır. Ancak ağır basan ESENLIK VE SAĞLIKTIR!

²³⁹ Yıldırım, Ramazan, s138;

GENEL İDARİ KOLLUK: Coğrafi olarak yetkili olduğu alanda herkes hakkında ve her türlü faaliyet hakkında kolluk işlem ve eylemleri yapmaya yetkili ve görevli kolluktur. (Yani tüm ülkeyi kapsamaması gerekmiyor yetki alanının. Üniversitedeki özel güvenlik dahi herkes hakkında her türlü kolluk işlem ve eylemi yapabildiği için genel kolluk kabul edilebilir.

ÖZEL İDARİ KOLLUK: Bütün faaliyetler bakımından değil, sadece belirli bir faaliyet kategorisi (bankacılık, turizm, ormanların korunması gibi) veya belirli grup veya kişiler (av kolluğu-avcılıkla uğraşanları ilgilendirir) hakkında yetkili olan kolluktur.



ADLİ KOLLUK -İDARİ KOLLUK AYIRIMI

*Kolluk, adli kolluk ve idari kolluk olmak üzere ikiye ayrılır.

*OYSA TEŞKİLAT AYNI: Yani adli kolluk da idari kolluk da aynı teşkilat ve personel tarafından görülür. Polis ve jandarma!

*Mesela jandarmanın üç tür görevi var: Askeri, adli kolluk, idari kolluk.

*Ayırım önemli çünkü yargı düzeni bu ayırımın sonucuna göre değişecektir. İdari kolluğa idare hukuku uygulanır ve uyuşmazlıklar idari yargı yerleri tarafından çözülür. Adli kolluk hakkında ise ceza usul hukuku uygulanır ve adli yargı uyuşmazlıkları çözer.

AYIRIM KRİTERLERİ:

1-ÖNLEME-BASTIRMA KRİTERİ

Bu kriter gereğince idari kolluk önleyici, adli kolluk ise bastırıcı niteliktedir. Yani idari kolluk kamu düzeninin bozulmasını önlemeyi amaçlarken adli kolluk kamu düzenini bozan fiilleri cezalandırmayı amaçlar.

*İdari kolluk kamu düzeninin bozulmasından, suçun işlenmesinden önce harekete geçerken adli kolluk; suçun işlenmesinden sonra harekete geçer.

*Adli kolluk, suçun işlenmesinden sonra failler hakkında bir ceza davasının açılmasına imkan verebilmek amacıyla failleri tespit etmek, delilleri toplamak, failleri adli makamlara teslim etmek amacını güder.

ANAYASA MAHKEMESİ: Bir kararında, "işlenmiş bir suçun takibine, delillerin elde edilmesine, faillerin kovuşturulmasına, yakalanmasına yönelmiş çalışmalardır" cümlesiyle adli kolluğu açıklamıştır.

2-BİR SUÇA İLİŞKİN OLMA (NİYET) KRİTERİ

Fransız Danıştay ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından geliştirilmiş bir kriterdir.

Buna göre; eğer bir kolluk faaliyeti belirli bir suç ile ilgiliyse ortada adli kolluk, değilse idari kolluk vardır. Burada önemli olan kolluk faaliyetinin amacıdır. Bu aslında kolluk görevlilerinin kolluk faaliyetinde başlarken sahip oldukları "NİYET"tir. Niyet eğer suçu soruşturmak, kovuşturmak ise adli kolluk, değil ise idari kolluktan bahsedilebilir. Mesela alkol kontrolü yapan polis üstü örtülü biçimde aslında geçen taşıtlarda çevrede işlenmiş bir suçun failini aramaktaysa ortada adli kolluk faaliyeti var demektir. Çünkü "NİYET" kovuşturmak, soruşturmadır.

KOLLUK USULLERİ VE KOLLUK YETKİLERİNİN GENİŞLEMESİ

A-KOLLUK USULLERİ

1-Serbestlik rejimi:

Kamu düzenini bozmamak şartı ile kişilerin bir faaliyeti serbestçe yapabilmesidir. Yani bildirim ve izin şartına bağlanmaksızın ya da yasakla karşılaşmaksızın bir faaliyette bulunulabilmesidir.

Demokratik hukuk düzeninde aslolan serbestlik rejimi olmalıdır!

Geleneksel toplantılar, düğünler gibi kanunla açıkça yasaklanmayan ya da izne tabi tutulmayan faaliyetler kural olarak serbesttir.

AY'a göre dernekler önceden izin alınmaksızın kurulurlar. Kitap yayımlamak izin önceden izin alınmasına ya da bir merciye bildirimde bulunulmasına gerek yoktur.

Tabii izin ya da bildirimde bulunmadan bir faaliyette bulunulabilmesi hukuk dışı faaliyetlerde bulunma hakkı vermez. Hukuk dışı bir faaliyet sözkonusuysa önceden belirlenmiş yaptırımlar uygulanabilir.

2-Bildirim Usulü:

Kişilerin bazı faaliyetlerde bulunabilmeleri için bildirimde bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Yani izin almak gerekmemektedir, ama faaliyeti kanunun öngördüğü makamlara bildirmek zorunludur. İzinle farkı: İzin almadan bir faaliyeti yürütmek mümkün olmaz; oysa bildirim usulünde, bildirimde bulunmak faaliyeti yürütmek için yeterlidir-----Yani idare bir işlem yapmamaktadır (oysa izinde izin verme ya da vermeme işlemi vardır). İdare bildirimini "almayarak" da faaliyetin yürütülmesini engelleyemez.

Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşleri kanununda -----> Valilik veya kaymakamlığa bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.

3-İzin usulü:

Bu usulde bazı faaliyetlerin görülebilmesi için idareden önceden izin alınması zorunludur.

Örn. Kamuya ait eğlence yerlerinin açılması mülki amirin (vali-kaymakam) iznine bağlıdır. İzin alınmadan açılan bu gibi yerler polis tarafından kapatılır.

4-Yasak usulü: Yasak usulü, yasamanın kanunla bir faaliyeti yasaklaması anlamına gelmektedir. Zira, hukuk devleti ilkesi gereği idare kanunla öngörülmemiş bir yasak getiremez. Yani idare, kanun olmadan sadece idari işlemle (tüzük, yönetmelik gibi) yeni bir yasak koyamaz.

Ancak kanun ile (tabii Anayasaya ve Uluslararası Antlaşmalara aykırı olmamak şartıyla!!) yasak konulmuş olabilir. Türkiye'de yasamanın çıkardığı kanunlarla otellerin kumar oynanan bölümlerinin kapatılması, dersanelerin kapatılması, kapalı alanlarda tütün tüketiminin yasaklanması örnek gösterilebilir.

Yasak usulünde aslında idare bir yasak koymamaktadır. İdare sadece yasamanın koyduğu yasağın uygulayıcısı konumundadır.

KOLLUK İŞLEM VE EYLEMLERİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU

AY.md.13----> "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Kolluk faaliyeti temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirdiği için hukuka uygun sayılabilmeleri AY'nın 13. maddesi hükmünden hareketle şu esaslara bağlıdır:

1-Kanuna dayanma: İdarenin temel hak ve hürriyetleri sınırlayabilmesi ancak bir kanuna dayanıyor ise mümkün olabilir. İdare, kanunla öngörülmemiş yeni bir sınırlama getiremez!

Örneğin kitap çıkarmak serbesttir, idare kitap çıkarmayı yasaklarsa bu hukuka aykırı olur, zira, kitap çıkarmayı yasaklayan bir kanun mevcut değildir.

2-Sınırlamanın anayasanın özgürlükle ilgili maddesinde öngörülen sebeplere dayanması: Anayasanın özgürlüklere ilişkin maddelerinde belirtilen sebepler dışında bir sebebe dayanılmaz. Bir özgürlük için öngörülen bir sınırlama sebebi bir diğer özgürlüğün sınırlanması için kullanılamaz.

3-Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun biçimde sınırlama yapılabilir.(Ruhu nedir? Tartışmalı ancak esas itibarıyla "hukuk devleti ilkesi"dir diyebiliriz).

4-Temel hak ve özgürlüğün "**özüne**" dokunulmayacak! --->AYM--->"Bir hak ve hürriyetin **özü**, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde sözkonusu hak ve hürriyeti anlamsız kılacak asli çekirdeğidir".

5-Sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacak.--->"Liberal ya da çoğulcu özgürlükçü demokrasi olmalı"

6-Sınırlama "ÖLÇÜLÜLÜK" ilkesine aykırı olmayacak!

Ölçülülük ilkesi kamu düzeninin bozulmasıyla orantılı tedbirlerin alınmasını ifade eder.

DANIŞTAY--->"Ölçülülük ilkesi gereği olarak kısıtlamada başvuru alan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı, araçla amaç, ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır. Ölçülülük ilkesi ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmakta, sınırlandırılan hak ve özgürlükler arasında denge kurulması ve mümkün olduğunca sınırlanan hak ve özgürlüğe az zarar verilmesi amaçlanmaktadır. Yani önlem **elverişli** ve zorunlu olmalı, amaca göre dengeli bir **orantı** içinde kalmalıdır..."

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ:

1-Elverişlilik=Sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması. Yani amaca (kamu düzeni) katkıda bulunacak bir önlem olmalı.

2-Gereklilik ve/veya zorunluluk="En uygun ve yumuşak" aracın seçilmesidir. AYM--->"sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan zorunluluk-gereklilik"tir. Amaç daha hafif bir önlemlerle gerçekleşecekse bu önlem öncelikle tercih edilmelidir. Mesela bariyer kurmak yeterli oluyor ise biber gazı ya da jop kullanmamak gibi...

3-Orantılılık: Amaç ile araç arasında ölçüsüz bir oran bulunmamasıdır. Yani önemsiz bir kamu düzeni amacı için çok önemli hak ve hürriyetlere çok ağır bir sınırlama getiriliyorsa bu ölçülülük ilkesine aykırı olur.

"...Yine Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlem in sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "orantılılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.

Toplantı düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılmasında, "amaç"; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi; "araç" ise, toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıdır. Toplantının düzenlenmesi halinde, amacın gerçekleştirilmesi (örneğin, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi) imkansız hale gelecek ise, erteleme veya yasaklamanın zorunluluğundan bahsedilebilecektir. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin varlığından söz edebilmek için, zorunluluk yeterli olmamakta; yukarıda aktarıldığı gibi, amaç ile araç arasında makul bir oranın bulunması da gerekmektedir. Bu bağlamda, toplantının ertelenmesi ile istenilen amaca ulaşılacağı hallerde, yasaklama yoluna gidilmesi, ölçülülük ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir..." (D.10.D.E.2006/946;K.2008/6084).

Son olarak belirtmek gerekir ki kolluk işlem ya da eyleminin hukuka uygunluğu konusunda "yer ve zaman" kavramları da önemlidir. Kolluk denetiminin en geniş olduğu alan kamusal alandır, sokaklar, meydanlar gibi...Konutlara ve işyerlerine ancak yardım istenmesi, suçun önlenmesi ya da su baskını, yangın gibi tehlikelerin var olması halinde girilebilir.

KOLLUK YETKİLERİNİN GENİŞLEMESİ

Bazen tabii afet, ağır ekonomik bunalım ya da yaygın şiddet hareketleri gibi öyle haller olabilir ki devlete ait olağan hukuk düzeni bu hallerin yarattığı tehditleri veya tehlikeleri ortadan kaldırmaya yetmez. Yani olağanüstü hallerde kamu düzeni olağan zamanlara kıyasla çok daha ciddi şekilde bozulma tehdidiyle karşı karşıya kalır.

- Bu hallerde artık aslında kamu düzeninin bozulmasından ziyade milli egemenliğin tehlikede olması ihtimali kuvvetlidir.

Bu nedenle (yani kamu düzeninin bozulma tehlikesinin büyüklüğüne koşut olarak) olağanüstü hal rejiminde kolluk yetkileri genişler. Genişlemeden anlamak gerekeni "hürriyetlere daha fazla kısıtlama ve daha fazla hürriyete kısıtlama" biçiminde özetlemek mümkündür.

Kolluk işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluk ölçütleri bakımından da olağan haller ile olağanüstü haller arasında fark vardır. Olağan zamanlarda hukuka aykırı kabul edilen bir işlem ya da eylem olağanüstü dönemlerde hukuka uygun kabul edilebilir.

Peki kolluk yetkilerinin genişlemesi "sınırsız" mıdır? Tabii ki hayır! Aşağıda bundan bahsedeceğiz...

Peki nedir olağanüstü dönemlerden kastedilen?

Aslında şu anda yani olağan zamanlarda bizim farkında olmadığımız tepede (askıda) duran (Demokles'in kılıcı gibi) iki kanun vardır. Bu iki kanun şu anda uygulanmamaktadır. Ancak uygulamaya girdiği anda bu kanunlar temel hak ve hürriyetlerin önemli ölçüde

kısıtlanmasını mümkün kılacak hükümler ihtiva ederler: "Olağanüstü hal" ve "sıkıyönetim" kanunları!

OLAĞANÜSTÜ HALLER:

A-OÜ HAL

İki tip OÜ hal vardır:

1. TİP--->AYmd. 119- "Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir."

2.TİP--->MADDE 120- Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.

1-OÜ hal ilanı kararı ile olağanüstü hal kanunu yürürlüğe girer. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu tarafından ilan edilir. Sonra Resmi Gazete'de yayımlanır. Bundan sonra da TBMM'nin onayına sunulur.

2-OÜ hal süre balımından kısıtlıdır--->6 ayı geçmeyecek; ancak uzatılabilir.

3-Yer bakımından sınırlıdır--->OÜ hal ilanını gerektiren sebepler nerede ortaya çıkmışsa o alanı kapsamına alabilir. Yani eğer sadece güneydoğuda bu sebepler var ise ülkenin tamamında OÜ hal ilan edilemez.

OÜ hal ilanının sonuçları:

1-Kolluk makamları vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirebilir.

Olağan zamanlarda, AY'nın 18. maddesine göre zorla çalıştırma yasağı getirilemez ama OÜ hal ise çalışma zorunluluğu getirilebilir. Mesela, deprem nedeniyle OÜ hal ilan edilirse enkaz kaldırma çalışmalarına katılmak mecburiyeti getirilebilir.

Dğer yandan OÜ halde mülkiyet hakkına sınırlama getirilebilir. İdare, bir kişiye ait binaya el koyabilir (mesela yaralıların tedavisi için sağlık ocağına dönüştürebilir). Ya da kişiye ait menkul mallara el konulabilir (deprem bölgesinde seyahat edebilecek arazi araçlarına el konulması gibi...).

Tabii verilen zarar sonradan devlet tarafından tazmin edilecek!!

2-Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması(Konut dokunulmazlığına, haberleşmenin gizliliğine, yerleşme ve seyahat hürriyetine, özel hayatın gizliliğine müdahale edebilir, toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklayabilir v.s....)

3-OÜ hal kanun hükmünde kararnameleri çıkarılabilir--->Yetki kanununa gerek yok; konu sınırlaması yok; yargı denetimi yok!

B-SIKIYÖNETİM:

OÜ halin 2. tipini gerektiren durumlardan **daha Vahim** şiddet hareketlerinin yaygınlaşması (savaş,ayaklanma gibi...) gerekiyor: AY md. 122'de düzenlenmiş.

Yetki--->Cumhurbaşkanı+bakanlar kurulu--->Resmi Gazete'de yayımlanır AYNI GÜN TBMM'nin onayına sunulur.

Süre--->6 ay ile sınırlı ancak uzatılabilir.

Yer:Sıkıyönetim ülkenin sadece belirli bir yerinde gerekiyorsa tümünü kapsayacak biçimde uygulanamaz.

1-Sıkıyönetim rejiminde kolluk yetkileri askeri makamlara geçer! Yani tüm kolluk teşkilatı (polis, zabıta v.s. askeri makamların emrine girer! (**TEMEL FARK**))

2-Temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen ya da tamamen durdurulabilir.

3-Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri çıkarılabilir.

OÜ HALLERDE (YANI SIKIYÖNETİM VE OÜ HAL) KOLLUK YETKİSİNİN SINIRLARI

OÜ hallerde kolluk yetkileri genişler ancak bu genişleme sınırsız değildir:

- a) Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilemez
- b) Ölçülülük ilkesine uyulması zorunludur
- c) Hak ve özgürlüklere ilişkin "çekirdek alan" korunur! (yaşam hakkı savaş hukukuna uygun fiiller sonucu ölüm ve ölüm cezalarının infazı dışında ihlal edilemez, maddi ve manevi bütünlük, din ve vicdan hürriyeti, masumiyet karinesi, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamama, suç ve cezaların geriye yürütülmesi yasağı devam eder). İdare bu çekirdek alanı ihlal edecek nitelikte işlem ve eylemde bulunamaz.

OÜ HAL REJİMİNDE YARGISAL DENETİM MÜMKÜN MÜDÜR?

1-OÜ HAL YA DA SIKIYÖNETİM İLANI KARARI--->Bakanlar kurulu kararı yani esasında idari işlem ancak Danıştay TBMM'nin onayı ile yasama işlemine dönüşmesi nedeniyle görevsizlik kararı vermiş!!

2-TBMM'nin onayı: TBMM'nin onay kararına karşı da AYM'ne gidilemiyor çünkü AYM bu onayı maddi açıdan kanun kabul etmemiş, sadece OÜ hal ve sıkıyönetim kanunlarını uygulamaya sokan bir şart işlem olarak görmüştür.

3-OÜ hal ve sıkıyönetim makamlarının işlemleri üzerinde yargı denetimi: Yani mesela OÜ hal bölge valisinin işlemlerine karşı yargı yoluna gidilebilir mi? Teorik olarak mümkün olabilir, zira, AY'da buna engel bir düzenleme yok. AY, sadece yürütmenin durdurulmasının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme getirmiş (ki aslında bu bile yeterli yargı denetiminin bir anlamı kalmaması için çünkü işleme karşı yargı yoluna başvurulsa bile yürütmeyi durdurma kararı verilemezse yargı yeri iptal kararı verene kadar işlem uygulanmaya devam edilecek demektir. İşlem iptal edilene kadar da ortaya hukuka aykırı sonuçlar çıkacaktır yani telafisi güç ya da imkansız zararların önüne geçilemeyecektir). Ancak sıkıyönetim kanunu ve diğer bazı yasal düzenlemeler OÜ hal makamlarının işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan hükümler getirmişlerdir. Şu halde pozitif hukuk açısından yargı denetiminden bahsedebilmek mümkün görünmemektedir.

KAMU HİZMETİ

Kamu hizmeti, İdare hukukunda tanımlanması güç bir kavramdır! Pozitif hukuk bakımından Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıkça tekrarladığı bir tanıımı esas almak mümkündür:²⁴⁰

AYM:(Örnek karar: Esas Sayısı: 2004/114,Karar Sayısı: 2007/85)

"En geniş tanıımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir."

Tanımdan çıkan sonuçlar:

1- Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından (Devlet de bir kamu tüzelkişisi olduğuna göre bu ifadeyi sadece **"kamu**

"...Mahkemelerce yürütülen yargı faaliyeti bir kamu hizmeti niteliğinde olup, bu kamu hizmetinin esasta ücretsiz olması temel prensiptir..."; AYİM.3. D.E. 2004/1360, K. 2005/264, K.T. 3.2.2005; www.kazanci.com.

²⁴⁰ Danıştay'ın "yeni" sayılabilecek bir uyuşmazlıkta yaptığı şu tanımlama da aktarılmalıdır: "...Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olmayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyetler, kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir..."; D.13.D.E. 2012/1871, K. 2013/276, K.T. 6.2.2013; www.kazanci.com.

tüzelkişileri tarafından" şeklinde kısaltmak mümkündür). Ders notlarımızın başında devletin anayasaya göre, yasama, yürütme ve yargı'dan oluştuğunu belirtmiştik. İşte Devlet tüzel kişiliği içerisinde yer alan ancak kendine ait kamu tüzel kişiliği olmayan yasama organı ve Yargı organlarının da yürüttükleri faaliyetler esasında "kamu hizmeti"dir. 2-Ya da kamu tüzelkişilerinin gözetim ve denetimleri altında(...)KİM TARAFINDAN? Tanımda eksik olan "özel kişiler"dir. Yani kamu tüzel kişinin gözetim ve denetimi altında ÖZEL KİŞİLER DE kamu hizmeti görebilir.

Bahsettiğimiz bu iki sonuç kamu hizmetinin organik şartını oluşturmaktadır.

Şu halde: Organik şart=Faaliyetin kamu tüzel kişisi ya da onun denetimi altında özel kişi tarafından yürütülmesidir.

3-TANIMDA DİKKATİ ÇEKEN İFADELERDEN BİRİ DE: "Gözetim ve denetimi altında" vurgulamasıdır...Bu ifadenin anlamı özel kişilerin kamu hizmeti yürütürken kendi başlarına buyruk olmayacakları, belirli kurallara tabi olacaklarıdır. Neden? Çünkü ortada bir kamu hizmeti vardır ve bu kamu hizmetinin "gereği gibi" yürütülmesi şarttır. Gereği gibi yürütülmesi de devamlı olması, belirli bir kalitede olması, fazla pahalı olmaması demektir. Kısacası biraz ileride göreceğimiz "kamu hizmeti ilkeleri"ne uygun biçimde yürütülmeleri zorunludur...Özel kişilerin kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak faaliyette bulunmalarını sağlamak için bunlar üzerinde gözetim ve denetim zorunlu. İşte bu gözetim ve denetimi idare yapmaktadır.

PEKİYİ ACABA SADECE ÖZEL KİŞİLERCE GÖRÜLEN VE ÜZERİNDE İDARENİN GÖZETİMİ VE DENETİMİ DE OLMADIĞI HALDE KAMU HİZMETİ SAYILABİLECEK FAALİYETLER VAR MIDIR?

Anayasanın 47.maddesinin 1. fıkrasında şu cümle yer almaktadır: "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir". Cümleden bazı özel teşebbüslerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceğine ilişkin bir çıkarımda bulunmak mümkündür. Başka bir anlatımla; anayasa koyucu idarenin dışında tamamen serbest piyasada faaliyet gösteren bazı özel kişi faaliyetlerinin kamu hizmeti olabileceğini kabul etmiş görünmektedir. Gerçekten de özel kişilerce yürütülen bazı faaliyetlere belli bir süre ara verilmesi ya da özel kişi tarafından bu faaliyete son verilmesi toplum yaşamını önemli ölçüde etkileyebilir. Mesela "dolmuş"ların grev yapması kalabalık bir şehirde yaşamın altüst olması sonucunu doğurabilir. Öyle ki özel kişinin bu faaliyetini sona erdirmesi halinde bu faaliyetin "kamu hizmeti" olduğu anlaşılır ve devlet bu alana müdahale ederek o kamu hizmetini devralmak ya da kurmak zorunda kalabilir.

4-Dikkat edilirse tanımda bir de "KAMU YARARINI" sağlamak ifadesi vardır!

Kamu yararı, yani kamu tüzelkişisi ya da onun gözetim ve denetimi altında özel kişi tarafından yürütülen faaliyetin toplumun yararına olması da kamu hizmetinin maddi şartını oluşturur. Burada bir sorunla karşılaşılacaktır: Kamu yararı nedir? Tanımlamak oldukça zor! Üstelik zamana ve yere göre değişen bir kavramdır, diğer bir ifadeyle, statik değildir. Kamu yararını tanımlama konusunda öğretide çeşitli yaklaşımlar, tezler geliştirilmiş, tartışmalar yapılmıştır ve yapılmaktadır. Burada bizim yapabileceğimiz yine pozitif bir yaklaşımda bulunarak şunu belirtmektir: Yasama organının ya da mahalli idarelerin yetkili organlarının kamu hizmeti olarak kabul ettiği faaliyetler kamu yararınadır!

5-Tanımda "sürekli ve düzenli" etkinlikler ifadesi de yer almaktadır. Aslında Süreklilik ve düzenlilik kamu hizmeti ilkelerinden ikisidir. Başkaca ilkeler de vardır. Ancak bu tanımda yer almalarının sebebi (kanaatimizce) en **önemli iki ilke** olmalarıdır. Zira sürekli ve düzenli olmayan bir faaliyetin (diğer ilkelere uygun olması yani eşit, bedelsiz olması ya da çağın gereklerine uyarlanması) bir anlam ifade etmez. Örneğin elektrik hizmeti verilmektedir fakat elektrik günün belirli saatlerinde kesiliyordur! Bu durumda bu hizmetin herkese eşit biçimde sunulması ya da hizmet sunulurken en ileri teknolojiye yararlanılmış olmasının bir anlamı kalmaz! Ancak süreklilik ve düzenlilik ilkelerinin mutlaka tanımda yer almaları zorunlu mudur? Hayır, çünkü zaten organik ve maddi şart gerçekleşmişse ortada bir kamu

hizmeti var demektir. Bu hizmetin de kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak görülmesi zorunludur.

***Anayasa’da “kamu hizmeti” olduğu açıkça hükme bağlanan faaliyetlerin kamu hizmeti oldukları konusunda duraksamaya yer yoktur. Bu faaliyetler birer “Anayasal kamu hizmetidir”. Örneğin “eğitim-öğretim” faaliyeti Anayasada açıkça “kamu hizmeti” olarak nitelendirilmiştir. Danıştay da bir uyuşmazlıkta: “Anayasa ve Yasada kamu hizmeti olduğu belirtilen bir hizmetin, özel hukuk hükümlerine tabi gerçek veya tüzel kişilerince veyahut da bunların çalışanlarınca görülmesi, bu kişilerce görülen hizmetin, kamu hizmeti olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği gibi, kamu hizmeti gören kişinin kamu hizmeti görevlisi kabul edilmesine de bir engel oluşturma”dığı sonucuna varmıştır.

KAMU HİZMETİ İLKELERİ

1-SÜREKLİLİK: Kamu hizmetinin, ihtiyaç olduğu müddetçe bu ihtiyacı karşılayacak kuruluş ve işleyişe sahip olması demektir. Yani faaliyetin mutlaka **KESİNTİSİZ** biçimde yürütülmesi gerekmez. Önemli olan ihtiyaç olduğu zaman kamu hizmetinin sağlanmasıdır.

Bazı hizmetler kesintisiz olmak zorundadır. Aksi halde ortada gereği gibi işleyen bir kamu hizmeti vardır diyemeyiz. Elektrik kamu hizmeti gibi... Elektrik kesilirse olmaz! Örneğin bir devlet hastanesinin elektrik kesintisi nedeniyle ameliyat yapamadığını düşünün! Bu hizmet kusuru yaşam hakkının ihlaline kadar gidebilir...

Ancak bazı hizmetler için kesintisizlik şarttır diyemeyiz. Örneğin devlet opera ve balesi ya da müzeler de kamu hizmeti sunarlar. Ancak bunların belirli saatlerde açık olmaları ya da mesela saat 17:00'den sonra ya da hafta sonu kapalı olmaları mümkündür. Bu özellik, bu hizmetlerin sürekli olmadıkları anlamına gelmez. Önemli olan ihtiyaç olduğunda hizmetin sağlanmasıdır.

Danıştay “sağlık hizmet”lerinde idarenin süreklilik ilkesine uymasını yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle aynı zamanda bir “hak” niteliğinde görmüştür.²⁴¹ Buna sağlık hizmetine ihtiyaç olduğu anda ulaşabilme ve bu hizmetten yararlanma hakkı denilebilir. Demek ki, bireylerin bazı hizmetlerin kendilerine sürekli biçimde sunulması konusunda bir “hakları” vardır. İdare açısından da böyle bir hizmeti sürekli biçimde sunmak bir yükümlülük ya da görevdir.

ÖRNEK DANIŞTAY KARARI:

"...Toplu ulaşım hizmetinin, kamu yararına, bir gereksinimi karşılayan kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet olduğu açık olup bu nedenle sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi esastır. Bu süreklilik kamu hizmetinin mutlak bir şekilde her an yürütülmesi anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendini hissettirdiği anda kesintisiz olması esastır..."(D.8.D.E. 2007/8336)

SÜREKLİLİK İLKESİNİN SONUÇLARI:

1-Kamu görevlileri bakımından~~~>**grev yasağı!** Neden? Grev olursa hizmet aksayabilir...
2-İmtiyaz sözleşmeleri bakımından **"öngörülemezlik teorisi"** adı verilen bir teorinin uygulanması. Bu teoriye göre idare ile imtiyaz sözleşmesi yaparak kamu hizmetini yürüten özel kişi, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylar sonucunda ağır yükümlülük altına girmek zorunda kalmışsa (mesela mali açıdan güç duruma düşmüşse) bile o hizmeti sürekli biçimde sunmaya devam edecek! Ancak idare de onun zararını tazmin edecek.

²⁴¹ DİDDGK. E. 2007/1884, K. 2011/88, T. 24.2.2011; www.kazanci.com.

Yani ben güç duruma düştüm kaçıyorum diyemez özel kişi! Neden? Çünkü kamu hizmeti görüyor ve bu hizmetten halk yararlanacak! Bu nedenle özel kişi hizmet vermeye devam edecek ama idare de onun zararını karşılayacak. İmtiyaz sözleşmesi gibi ruhsat usulünde ve diğer kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usullerinde de aynı yaklaşım geçerlidir. İdare, özel kişiyi, zararına da olsa (bu zararı karşılamak kaydıyla) ilgili hizmeti yürütmeye zorlayabilir.

3-Günlük işlerin yürütülmesi mecburiyeti: Örneğin istifa eden hükümet ya da görev süresi dolan kamu görevlisi yeni hükümet ya da kamu görevlisi gelinceye kadar günlük işleri yürütmekle yükümlüdür. Aksi halde kamu hizmeti aksayacaktır yani süreklilik ilkesine uyulmamış olacaktır. Bu da hizmet kusuru olur.

4-Kamu mallarının haczedilmezliği ilkesi de kamu hizmetinin sürekliliği ile ilgilidir. Çünkü eğer kamu malları örneğin idarenin borcu yüzünden haczedilebilseydi bu malların kullanımına ihtiyaç gösteren kamu hizmeti de aksardı. Yani sürekli biçimde görülmesi mümkün olmazdı. Bir devlet hastanesinin borcu yüzünden tıbbi aletlerin haczedildiğini düşünün! Sağlık hizmeti verilebilir miydi?

2-DÜZENLİLİK İLKESİ: Düzenlilik ilkesi, kamu hizmetinin belirli kalite, standart v.s. özelliklere sahip biçimde sunulması anlamına gelir. Mesela doğal gaz borularından kesintisiz biçimde gaz akışı sağlanması süreklilik ilkesi ile alakalıyken bu gazın belirli bir basınçta ve yoğunlukta olması düzenlilik ilkesiyle alakalıdır. Benzer biçimde elektriğin kesintisiz biçimde gelmesi süreklilikle voltajının bir inip bir çıkmamasının sağlanması düzenlilikle alakalıdır. Bir müzenin açılış saatinin her gün değişmesi düzenlilik ilkesine uygun biçimde kamu hizmeti verilmediğini gösterir.

3-UYARLANMA İLKESİ (=Değişkenlik=uyum): Bu ilke toplumsal ihtiyaçlardaki değişime paralel olarak kamu hizmetinin de değişmesi, yenilenmesi, değişime uyum sağlaması anlamına gelir. Örneklendirirsek bu ilke daha iyi anlaşılabilir: Mesela eskiden olduğu gibi bugün de nüfus kayıtları defterlerde tutulsaydı bilgisayar sistemine geçilmeseydi uyarlanma ilkesine idare tarafından uyulmamış olurdu. Ya da elektrik icat edildiği halde hala sokakların gaz lambasıyla aydınlatılması gibi...Toplumsal ihtiyaçlardaki değişim teknolojinin yenilenmesini gerektirebileceği gibi kültürel, ekonomik ya da sosyal alanlarda da toplumsal değişim olabilir ve bu nitelikteki değişimlere de idare uyum sağlamak durumundadır. Mesela artık sokakta kurban kesilmesi kamu vicdanını rahatsız eder hale gelmişse buna uygun bir düzenleme yapılmak gerekir. Ya da ülke ekonomik açıdan sıkıntılı bir dönemden geçiyorsa kamu hizmetlerinde de bazı tasarruf tedbirleri alınabilir.

Danıştay 8. Dairesine göre uyarlanma ilkesi: "...Kamu hizmetine egemen olan ilkelere biri olan uyarlanma (değişkenlik)ilkesi uyarınca idarelerin, düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlemesi, hem bir görev hem de bir yetki..."²⁴²dir.

Uyarlanma ilkesinin:

1-Kamu hizmetini idarenin gözetim ve denetimi altında yürüten özel kişiler üzerinde birtakım sonuçları vardır. İdare, **İmtiyaz sözleşmesi** ya da ruhsat usulüyle bir kamu hizmetini yürüten özel kişiden hizmetin günün koşullarına uyarlanmasını talep edebilir. imtiyaz sözleşmesinin (ya da başka türde bir idari sözleşme var ise bu sözleşmenin) tarafı olan idari tek taraflı olarak ve kamu yararı düşüncesiyle hizmetin günün koşullarına uyarlanmasını istediğinde özel kişi buna karşı çıkamaz. Hata idare eğer şartlar gerektiriyorsa karşı tarafın zararını ödeyerek sözleşmeyi tek taraflı fesih yoluna da gidebilir. Ruhsat usulünde de genellikle uyarlanma ilkesi kanunlarla ve diğer düzenleyici işlemlerle yaratılmış olan hukuksal statünün kurallarında yer almaktadır. Yani bu durumda

²⁴² D.8.D.E. 2009/8191;www.kazanci.com.tr.

idare sözleşmeye değil ilgili mevzuata dayanarak uyarlanma ilkesinin gereğinin yapılmasını özel kişiden ister. Bazen ruhsatta da buna ilişkin hükümler olabilir.

Tabii idarenin bu dayatmaları özel kişinin zarara uğraması sonucunu doğuruyor ise bu zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerekir.

2-Hizmetten yararlananlar üzerinde de bu ilkenin bazı sonuçları vardır: İdare her zaman uyarlanma ilkesi gereği hizmetten yararlanma koşullarına ilişkin değişiklik yapabilir. Bu durumda bir kazanılmış haktan da kolaylıkla bahsedilemez.

Örneğin avukatlık yapabilmek için hukuk fakültesi mezunları arasında ortak bir sınav yapılmasına ilişkin bir kanun çıkarılması halinde bir vakıf üniversitesi yönetmeliklerinde değişiklik yaparak eğitim ve öğretim kamu hizmetini bu yeni sınav düzenine uyarlayabilir. Bu durumda bundan sonra fakülteye alınacak öğrenciler ile henüz mezun olmamış öğrenciler hakkında bu yeni yönetmelikler uygulanacaktır. Henüz mezun olmamış öğrencilerin ileri sürecekleri kazanılmış hak iddiasının idari yargı yerlerince kabul edilmesi oldukça güçtür.

Diğer bir örnek idarenin kamu hizmetinin tarifelerinde değişiklik yapmasıdır. İdare örneğin doğal gazın maliyetinin artması durumunda tarife değişikliğine giderek zam yapabilir.

Uyarlanma ilkesinin uygulanmasında önemli olan, değişikliklerin ileri etkili biçimde hukuksal sonuç doğurmasıdır. Örneğin idare, geçmişe etkili biçimde doğal gaz tarifesini değiştirerek yönetilenlerden tarife yürürlüğe girmeden önceki kullanımlarına ilişkin zamlı ücret tahsil edemez.

Uyarlanma konusunda bir diğer önemli olan husus, uyarlanma ihtiyacının somut biçimde ortaya çıkmasıdır. Başka bir anlatımla idare, şartları oluşmadan, keyfi biçimde hizmette değişikliğe gidemez.

3-Hizmeti yürüten **personel** üzerinde: Memurlar önceden kanunlarla ve diğer düzenleyici işlemlerle yaratılmış belirli bir statü içerisinde bulundukları için idare; memurun çalışma koşullarını hizmetin değişen koşullarına uyarlayabilir. Örneğin (ilgili yasal düzenlemelere aykırı olmamak şartıyla) çalışma saatlerini ve yerlerini değiştirebilir. Aynı husus sözleşmeli personel bakımından da geçerlidir. Ancak sözleşmeli personel sözleşmesinde belirtilen çalışma şartların uyarlanma ilkesi çerçevesinde idare tarafından ağırlaştırılması durumunda idareden tazminat talep edebilir.

4-EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik ilkesi AY'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir:

MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(...) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Eşitlik ilkesi bakımından yapılması gereken bir alt ayırım----->kamu hizmetine "**girmede eşitlik**" ve kamu hizmetinden "**yararlanmak bakımından**" eşitlik. Özetle kamu görevlisi olmak isteyenler arasında da ayrımcılık yapılmaması zorunludur.

MADDE 70- Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.

"...Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacaktır...". (D.12.D.E. 2004/4382)

Kamu hizmetinden yararlananlar bakımından eşitlik ilkesinde "mutlak eşitlik" yerine "nisbi eşitlik" ilkesinin kabul edildiği belirtilmelidir. Anayasanın 10. maddesi nisbi eşitlik ilkesini benimsemiştir. (+ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da nisbi eşitlik ilkesine ilişkin içtihad geliştirmişlerdir).

Nisbi eşitliğe göre "önemli durum farklılığı" (AYM--->"haklı neden" kavramını da kullanıyor) ya da "kamu yararının" gerektirdiği durumlarda kişiler arasında ayrımcılık yapılması hukuka uygun olacaktır.

Örneğin hastanelerde ağır yaralı olanlara öncelik tanınması böyledir. Belirli bir hizmetin gelir seviyesine göre farklı biçimde ücretlendirilmesi halinde de kamu yararı gereği eşitlik ilkesinin ihlal edilmediği kabul edilebilir. Örneğin gelir seviyesi düşük ailelerden daha az elektrik kullanım ücreti alınması gibi...

Hatta kamu hizmetinden yararlananlar eşitsizliğe sebep olsa bile bu durum idare açısından o hizmete son verme sebebi olamaz. → Toplu ulaşım da bireylerin kullandığı kartlardan belli bir süre içerisinde bir araçtan başka bir toplu ulaşım aracına transfer yapılması halinde ikinci defa ücret alınmamasına ilişkin uygulamanın bu hakkın bireylerce transfer hakkının başka yolculara kullandırılması ve benzeri yöntemlerle kötüye kullanıldığı gerekçesiyle kaldırılması kararına karşı açılan davada Danıştay, idarenin kararının hakkı kötüye kullanan bireyler ile kullanmayanlar arasında eşitsizlik sonucunu doğurduğunu ve hukuka aykırı olduğunu hükme bağlamıştır (D.8.D.E. 2005/714).

ÖRNEK DANIŞTAY KARARLARI:

"...Öte yandan Anayasamızın 12. maddesi "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü taşımaktadır. Ayrıcalık yapılmasını gerektirecek hiçbir olağanüstü hal bulunmadığı halde ...'a, ölümünde belediye mezarlığı dışında ayrı bir yere gömülmesine izin veren ve bu suretle ona ayrıcalık tanıyan Bakanlar Kurulu kararının sözü geçen maddede ifadesini bulan "eşitlik" ilkesine uygunluğundan da sözedilemez...". (D.10.D.E. 2002/4723)

"...Davacının sorumlusu olduğu Protestan Kilisesinin anılan meclis kararında belirtilen dini yerlerden olduğunda kuşku yoktur. Kararda sayılan ibadet ve dini eğitim yerleri dışında bir başka dine ve inanca mensup ibadethanelerin sayılmamış olması kararın belirli bir dine mensup ibadethaneler için alınmış özel bir karar olduğu anlamına gelmez. Zira belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef olan belediyenin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesi düşünülemez. Bu durumda, davacının sorumlu olduğu Protestan Kilisesinin, yukarıda anılan belediye meclisi kararı kapsamında olan dini yerlerden olması nedeniyle bedelsiz su kullanım hakkından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde eşitlik ve hakkaniyet kurallarına uyarlık bulunmadığından, işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir...". (D.8.D.E. 2004/4350)

5-TARAFSIZLIK İLKESİ

Tarafsızlık, idarenin, işlem ve eylemlerinde kişiler arasında ayrımcılık yapmamakla yükümlü olduğu anlamına gelir. Tarafsızlık, esasında, idare-kişi ilişkisinin idare tarafı bakımından eşitlik ilkesine uyulması yükümlülüğünü ifade etmektedir. Yani aslında eşitlik ilkesi bakımından idareye düşen, onun yapması ya da yapmaması gerekenleri anlatır.

Kamu hizmetlerinin tarafsız biçimde sunulabilmesi için üç yöntemden bahsedilmektedir:

Kaçınma yoluyla tarafsızlık: Bu yöntemde idare taraflı davranması sonucunu doğurabilecek işlem ve eylemleri yapmaktan kaçınır. Örneğin üst düzey kamu görevlilerinin rüşvet aldıklarına ilişkin iddiaların gündemde olduğu bir dönemde bir üniversite rüşvet suçu ile ilgili bir bilimsel toplantı yapılmasını yasaklayabilir ya da bu toplantıyı erteleyebilir.

Çoğulculuk yoluyla tarafsızlık: Bu yöntemde idare, bütün görüşlerin açıklanmasına fırsat vererek tarafsızlığı sağlar. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale sonucu ortaya çıkan insan hakları ihlalleri ile ilgili bir toplantıya göstericiler yanında müdahalede bulunan polisler ve ilgili idari makamlara da eşit biçimde söz hakkı tanınması, karşılıklı tartışmalara yer verilmesi gibi...

Objektiflik yoluyla tarafsızlık: Bu yöntemde idare tamamıyla siyasi, dini, sosyal v.b. etkenlerden uzak biçimde herhangi bir etki altında kalmadan o hizmetle ilgili tutum sergiler. Örneğin üniversite tarafından yapılan "komünizm" ile ilgili bir araştırmada sadece bilimsel eserlerin kaynak gösterilmesi ve bilimsel karşıt görüşlerin de dikkate alınması, tartışılması durumunda objektiflik yoluyla tarafsızlık sağlanmış olur.

6-BEDELSİZLİK İLKESİ:

Günümüzde kamu hizmetinin "bedelsiz" olması bir kural olmaktan çıkmıştır:

"...Öğretide ilke olarak, kamu hizmetlerinin bedelsiz (meccani) olduğu kabul edilmekle birlikte, idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalmas ve buna paralel olarak hizmetten yararlananların sayısının artması nedeniyle, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün, o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenilmesini önlemek amacıyla, belli hikmetlerden yararlananlardan ödeme gücünün de dikkate alınması suretiyle belirlenen bir katılım payının alınabileceği de kabul edilmektedir..." (D.8.D.E. 2011/7969).

"...Anayasa, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda Devleti öncelikle görevlendirmiştir. Ancak, Devlet bu görevlerini yine Anayasa'nın 65. maddesinin çizdiği sınır içinde, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecektir. Bu anlayışın sonucu olarak, klasik idare hukukunun "bedelsiz-meccani" olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş ve günümüzde hizmetin karşılığında yararlananlardan ödeme güçleri oranında giderlere katılımlarının istenmesi uygulaması yaygınlık kazanmıştır...". (UM.E. 2003/36)

Şu halde kamu hizmetlerinin karşılığında belli bir ücret alınabilir. Tabii bazı kamu hizmetleri halen bedelsiz olarak görülmektedir. Örneğin can ve mal güvenliğinin korunması (kolluk da bir kamu hizmetidir!) hizmeti kolluk tarafından bedelsiz biçimde yürütülmektedir.

Bedelsizlik ilkesi ile ilgili en önemli konu bu bedelin ne anlama geldiğine ilişkindir. Ortada bir kamu hizmeti olduğunu belirtebilmek için alınan ücretin "fiyat" yani maliyet+kar. olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Başka bir anlatımla kamu hizmetinden "kar" elde edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre hizmetin karşılığında alınan ücret "maliyeti" geçmemelidir.

Bu noktada bazı yazarlar idari kamu hizmetleri ile iktisadi ya da sınai ve ticari kamu hizmetleri ayırımına gitmektedirler. Buna göre idarenin özel sektördeki işletme usulleriyle belirli bir hizmeti verdiği (+hizmetin özel sektörün yürüttüğü bir faaliyete benzer olması ve finansmanın kullanıcılardan alınan ücretle sağlanması) ya da kanunla zaten bunun önceden açıkça öngörüldüğü (mesela kanun hizmeti veren ile bundan yararlanan arasındaki ilişkiye özel hukukun uygulanmasını açıkça öngörmüş ve bu ilişkiden doğacak uyuşmazlıklarda adli yargıyı yetkili kılmış ise) durumlarda kar elde edilmesi mümkündür.

İdari kamu hizmetlerinde ise alınan bedel maliyeti geçmemelidir.

Bedelsizlik ilkesi ile ilgili önemli bir kural: "hizmet verilmeden" bedel alınamaz. Örneğin idare belirli işletmelerin sahiplerinden "atıkların toplanması" için bir ücret almakla birlikte buna ilişkin tesisleri kurup bir faaliyette bulunmuyorsa bedel istemesi hukuka aykırı olur. Başka bir anlatımla sunulmayan bir hizmetin karşılığı istenemez.

Aynı şekilde ortada esasen idarenin sunmakla yükümlü olduğu bir hizmet varsa yani o faaliyet idarenin bedelsiz biçimde yürütmesi gereken asli görevlerinden birisi ise bu durumda da bedel talep edilmesi hukuka aykırı olur. Mesela belediyenin asli görevlerinden biri restoranların sağlığa uygun biçimde işletilmelerini denetlemektir. İdare bu denetimin karşılığında herhangi bir ücret talep edemez.

KAMU HİZMETİNİN İŞLETİLME USULLERİ

1-Emanet usulü: Bir kamu hizmetinin bir kamu idaresi tarafından kendi teşkilatı, personeli ve malvarlığı kullanılarak işletilmesidir. Emanet, kelime anlamı itibariyle belirli bir şeyi başka bir kişiye vermek anlamı içerebildiği için hizmetin de idare dışında bir kişiye verilmesi biçiminde yanlış anlaşılmaya müsaittir. Oysa buradaki anlamıyla emanet “emin” ya da güvenilir kişi anlamına gelmektedir ve hizmeti bizzat idarenin yürütmesi demektir.

Merkezi idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinin önemli bir bölümü emanet usulüyle işletilir. Örn. Milli savunma, adalet hizmetleri, sağlık hizmetleri gibi...

Kamu idareleri: Yani--->Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy tarafından yürütülen hizmetler

YANI KAMU İDARESİ=Devlet+mahalli idareler

1-Kendi malvarlığı

2-Kendi personeli

3-Kamu hizmetini görecektir ayrı bir kamu tüzelkişisi yaratılmıyor! Devlet, il özel idaresi, belediye ya da köy kendisi kamu hizmetini görmektedir.

2-KAMU KURUMU USULÜ: Kamu hizmetinin bu hizmetten sorumlu olan kamu idaresinin kurduğu AYRI bir kamu tüzelkişisi tarafından yürütülmesidir.

AMAÇ: Kamu hizmetini PERSONEL VE MALİ AÇIDAN BAĞIMSIZ YÜRÜTEBİLMEK!

Örnekler: Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, TÜBİTAK, İETT, Kamu İktisadi Teşebbüsleri.

3-KAMU HİZMETİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİSİ TARAFINDAN YÜRÜTÜLMESİ

Anayasa Mahkemesine göre kamu hizmeti: “Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri ya da bunların gözetim ve denetimi altında özel kişiler tarafından yürütülen kamu yararı amacını taşıyan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”.

Bir özel hukuk tüzelkişisinin kendi başına bir kamu hizmetini üstlenmesi mümkün değildir! Kamu idaresinin özel kişiyi **GÖREVLENDİRMESİ YA DA YETKİLENDİRMESİ** gerekir.

Bu görevlendirme ya da yetkilendirme iki şekilde olabilir:

1-Kanun ya da tek taraflı bir işlemle,

2-İki taraflı bir işlemle yani SÖZLEŞMEYLE.

1-TEK TARAFLI GÖREVLENDİRME

a) Kurma Usulü: Devlet, ve mahalli idareler kamu kaynaklarıyla önce bir özel hukuk tüzel kişisi kurarlar daha sonra da bu özel hukuk tüzelkişisine bir kamu hizmetini yürütme görevi verirler.

Bunlar özel hukuka tabidirler. Ancak bazen bunlara kamu gücü ayrıcalıkları(tek taraflı işlem yapabilme, re'sen icra, alacaklarının kamu alacağımsayılması gibi...) Kamu gücü kullanmaya ilişkin işlemleri varsa bunlar idari niteliktedir ve bunlarla ilgili uyuşmazlıklar idari yargıda görülür.

b) Kamuya yararlı dernek sayma usulü: Bu durumda Bakanlar Kurulu bir derneği kamuya yararlı dernek sayma kararı veriyor! Bu karar bir ruhsat işlemi değilse bile tek taraflı bir görevlendirme sayılır. Kızılay, Yeşilay, Türk Hava Kurumu gibi...

c) Ruhsat Usulü: Devlet ve mahalli idareler özel hukuk kişilerini ruhsat usulüyle bir kamu hizmetini yürütmek konusunda görevlendirebilirler.

İDARE----->ruhsat----->Özel kişi

Esasında burada talep ve kabul var. Acaba burada esasında iki taraflı bir işlem mi var? Hayır tek taraflı. Esas itibarıyla belirleyici olan idarenin iradesidir. İdare ruhsat verip vermeme konusunda son sözü söyler.

Ruhsat yoluyla bir kamu hizmetinin yürütülmesi işiyle görevlendirilmiş özel hukuk tüzel kişinin malvarlığı, personeli, tek yanlı işlemleri, sorumluluğu özel hukuka tabidir ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür.

ANCAK: Lisans almış özel hukuk kişisi kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olabilir. Kamu gücü kullandıkları durumlarda tek yanlı işlemleri idari işlem niteliğindedir.

BURADA BİR AYRIM YAPMAK GEREKLİDİR:

1-KOLLUĞA İLİŞKİN RUHSATLAR VARDIR,

2-KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN RUHSATLAR VARDIR.

Bu ruhsatları birbirinden ayırmak lazım! Günümüzde ruhsat usulü yaygın biçimde kullanılmaktadır. Bu nedenle ruhsat usulünün temel özellikleri bilinmelidir.

İKİ RUHSAT TÜRÜ ARASINDAKİ ESAS FARK: Kolluğa ilişkin ruhsatlarda KAMU HİZMETİ İLKELERİNİN aranmaması ya da ağır basmamasıdır. Kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ruhsatlarda ise kamu hizmeti ilkelerine ilişkin bir denetim vardır. Yani Anayasa Mahkemesinin kamu hizmeti tanımında yer alan "gözetim ve denetim" tam anlamıyla ruhsat usulüyle yürütülen kamu hizmetlerinde sıkı biçimde vardır...Kamu hizmeti ilkelerini kapsamaktadır.

ÖĞRETİDE BU KOLLUK DENETİMİ SINIRLARINI AŞAN İÇERİKSEL BİR DENETİM ve benzeri ifadeler ile anlatılmaktadır.²⁴³

2-SÖZLEŞME İLE ÖZEL HUKUK KİŞİSİNE KAMU HİZMETİ GÖRDÜRÜLMESİ

Sözleşme tipleri bakımından bir sınırlama yok. İdare belirli bir kamu hizmetini özel kişiye gördürmek için bu kişi ile herhangi bir idari nitelikte sözleşme yapabilir.

Bu sözleşmelerden en çok uygulananı **İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ!**

(İltizam, müşteri emanet vs. kitaplarda başka sözleşme örnekleri de var!)

İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ:

ANAYASA MAHKEMESİ: " Kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, karı, hasar ve zararı kendisine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi"

Öğreti ve yargı kararları ışığında imtiyaz sözleşmelerinin özellikleri:

1-Bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi (Sadece işletilmesi de olabilir)

2-İmtiyaz sahibine bazı kamu gücü ayrıcalıkları tanınması

3-Yürütülen hizmetin finansman kaynağı kullanıcılarıdır

4-Hizmet, idarenin gözetim ve denetimi altında yürütülür.

KAMU MALLARI

İdare, kamu hizmetlerini (kolluk da bir kamu hizmetidir) yürütebilmek için teşkilat ve personel yanında taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyaç duyar.

Peki kamu malı nedir?

Anayasada ve kanunlarda kamu malının tanımı yapılmamıştır. Hukuk sistemimizde kamu mallarını düzenleyen genel bir kanun da bulunmamaktadır. Kamunun mülkiyetinde

²⁴³ Özay, İl, Han, s.249, Günışığında Yönetim, Filiz, 2004

(medeni hukuk anlamında bir mülkiyet olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte) bulunan mallara kamu malı denir.

"Kamu malı" terimi ile ne kastediliyor? Bu terim öğretide, içtihadlarda ve mevzuatta iki anlamda kullanılabiliyor:

1-İdarenin kamu hukukuna tabi olan malları

2-İdarenin kamu hukukuna ve özel hukuka tabi tüm malları (İdare bir kamu tüzelkişileri topluluğu olduğuna göre yani hukuk kişisi olduğuna göre özel hukuk kişileri gibi bir malı satın alabilir ve gelir elde etmek için kiraya verebilir mesela...Bu durumda ortada idarenin özel hukuka tabi bir malı vardır).

Biz burada 1. anlamıyla kamu mallarını işleyeceğiz. Yeri geldikçe idarenin özel hukuka tabi mallarından da bahsedeceğiz.

TANIM: KAMU MALI, KAMU TÜZELKİŞİSİNİN KAMU YARARINA ÖZGÜLENMİŞ (TAHSİS EDİLMİŞ) MALIDIR!

Yani, ortada:

A-Bir kamu tüzelkişisi olmalıdır: (Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri). Bir özel kişinin mülkiyetinde olan mal kural olarak kamu malı olamaz!

GÜLAN, AYDIN, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Rejim--->

<Acaba bir kamu tüzelkişisinin özel kişiden kiralayarak kamu hizmetinde kullandığı malın hukuki niteliği ne olacaktır? Bu malı kamu malı saymak mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Diğer yandan görülen hizmetin kamunun yararına olması nedeniyle kamu mallarını koruyan hükümlerden yararlanmak ihtiyacı da vardır. Örneğin kamu hizmetinin aksamaması için (süreklilik ilkesi) özel mülkiyete tabi mal üzerinde malikin yetkilerinin özel hukuktaki kadar geniş olmaması gerektiği ileri sürülebilir. Belki kamu malı saymamakla birlikte bu tür malların hizmetin aksamaması için kamu mallarının korunmasına ilişkin bazı hükümlerden yararlanması öngörülebilir.

Aynı şekilde bir kamu hizmetinin imtiyaz yöntemiyle özel kişi tarafından yürütüldüğü hallerde idare tarafından özel kişinin kullanımına sunulan malların kamu malı olduğu konusunda bir tereddüt olmayabilir ise de özel kişinin sonradan kendisinin edindiği malların niteliği tartışmalıdır. (Mütemmim cüzler kamu malı sayılabilir belki ama özel kişinin sonradan edindiği ve bu nitelikte sayılamayan mallar acaba kamu malı sayılabilir mi? Bu malların da kamu malı sayılamamakla birlikte bir kamu hizmetinin görülmesi için kullanılmaları nedeniyle kamu mallarına ilişkin özel korumaya benzer bir koruma rejiminden yararlanmaları gerektiği sonucuna varılabilir. >

B-Sözkonusu mal bir kamu tüzelkişisinin mülkiyetinde olmalıdır: (Malın mutlaka bizzat kamu hizmetini gören kamu tüzelkişisinin mülkiyetinde olması şart değildir, başka bir kamu tüzelkişisinin mülkiyetinde de olabilir).

SORU: Kamu tüzelkişilerinin kamu malları üzerinde mülkiyet hakkından bahsedilebilir mi?

- Mülkiyet hakkının olmadığına ilişkin tez: Bu teze göre bu bir mülkiyet değil "koruma ve gözetim"dir. Mülkiyet hakkından bahsedilemez. Çünkü mülkiyet hakkı usus, fructus ve abusus (kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme) yetkilerini içerir. Oysa kamu mallarının devredilmezliği ilkesi vardır. Yani idarenin kamu malı üzerinde tasarruf etme yetkisi kısıtlanmıştır. Hatta kullanma ve yararlanma konusunda da birtakım kamu hukukuna ilişkin sınırlamalar vardır. (Gülan'ın bu konudaki yaklaşımı önemlidir; müellif, devir yasağının tasarruf etme yetkisinin sınırlandırılmasından ziyade aslında o malın malikine ayrılmaz biçimde bağlı olduğunu gösterdiğine işaret etmektedir; Gülan'a göre devredilemezlik mülkiyet hakkı bulunmadığına ilişkin dil teşkil etmez; s.74).
- Mülkiyet hakkının varolduğunu savunan tez: Bu teze göre kamu tüzelkişisinin kamu malını kullanma hakkı vardır. Kamu hizmetine tahsis edilmiş malların kullanım yetkisi kamu tüzelkişilerine aittir. Aynı zamanda kamu tüzelkişileri bu mallardan

yararlanmaktadır da! Örneğin bu mallardan gelir elde edebilmeleri mümkündür. Son olarak, kamu tüzelkişisi tahsis kararını kaldırarak bir kamu malını özel mal haline getirip üzerinde tasarruf edebilir.

SORU: Mülkiyet hakkı kabul edilirse, acaba bu özel hukuktaki anlamıyla bir mülkiyet hakkı olabilir mi?

Kamu mallarına ilişkin kurallar incelendiğinde bunlar üzerinde hukukun öngördüğü rejimin özel hukuk mülkiyet rejiminden bazı yönleriyle farklı olduğu görülür. İdare kamu yararı ve kamu hizmetinin özellikleri nedeniyle bu mallar üzerinde keyfi biçimde yetki kullanamaz. Örneğin bu mallar üzerinde ipotek tesis edemez. Bu malları dilediği gibi satamaz... Aynı zamanda kamu malları, özel hukuk mülkiyetine tabi olan mallara nazaran özel bir koruma rejimi altındadırlar; haciz yasağı, kamulaştırma yasağı, zamanaşımı ile iktisabın mümkün olamaması gibi...

Şu halde kamu malları üzerinde kamu tüzelkişilerinin ancak özel hukuk mülkiyetinden farklı bir "kamu mülkiyeti"nden bahsetmek mümkün olabilir. Anayasa Mahkemesi de "kamu mülkiyeti" ifadesini benimsemiştir. Yargıtay, bir kararında kamu malları üzerinde medeni hukuk anlamında bir mülkiyet hakkı olmadığına hükmetmiştir.

Danıştay~~~>"İdare Hukukuna mahsus bir mülkiyet hakkı"; "bir nevi İdare Hukuku mülkiyeti" ifadelerini tercih etmiştir.

C-Bu mal, kamu hizmetine tahsis edilmiş olmalıdır: (Niteliği gereği tahsis işlemi olmadan da kamu malı sayılan mallar var; Tahsis~~~>Fiilen ya da idari işlemle yani tahsis kararı ile).

Kamu yararına tahsis ile anlaşılması gereken:

1-Kamunun doğrudan yararlanmasına bırakılmış mallar,

2-Bir kamu tüzelkişisinin gördüğü kamu hizmetinde kullandığı mallar (yani o kamu hizmetine özgülenmiş mallar).

Bu iki kriter kamu malı kavramını fazlasıyla genişlettiği için bir ek kriter olarak "malın tahsis edildiği hizmet bakımından özel bir tertibe konu olması" da aranmaya başlandı (mesela eğitim öğretim faaliyeti için kullanılacak taşınmazın içerisinde buna uygun olarak sınıfların, öğretim elemanları için odaların yapılması v.s.).

***Belirtmek gerekir ki kanunda ya da anayasada bir malın "kamu malı" olduğu açıkça belirtilmiş ise o malın kamu malı olduğu kabul edilmek gerekir. Bu durumda ayrıca yukarıdaki kriterleri kullanarak bir sonuca varmaya gerek yoktur.

KAMU MALI NİTELİĞİ NASIL KAZANILIR?

1-NİTELİĞİ GEREĞİ bazı mallar kamu malıdır~~~>Niteliği gereği mülkiyet konusu olmamış ya da mülkiyet konusu olma niteliği taşımayan mallar kamu malıdır. Karasuları, denizler, dağlar, göller, akarsular gibi tabii kamu malları...

Bunun için ayrıca tahsis işlemine gerek yoktur!

~~~>Bunların (doğal kamu mallarının) kamu malı olması kendiliğindendir. Ayrıca bir tahsis kararına gerek yoktur. Örneğin deniz kıyısındaki özel kişiye ait gayrimenkul deprem sonucunda oluşan toprak kayması ile denize katılırsa artık burası kendiliğinden kamu malı haline gelir.

### ANAYASA:

**Madde 43 –** Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.

### *III. Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*

**Madde 168 –** Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.

#### MEDENİ KANUN

Madde 715- Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.

**NOT:** Medeni kanunun "sahipsiz yerler" ifadesi ile kastettiği aslında buraların gerçekten sahipsiz olması değildir. Kanun, bu yerler üzerinde özel mülkiyet tesis edilemeyeceğini vurgulamak için bu ifadeyi kullanmıştır. Yoksa sahipsiz yerler üzerinde devletin mülkiyet benzeri yetkileri bulunmaktadır.

Gözler--->Sahipsiz yerlerin, üzerinde mülkiyet kurulabilecek ancak henüz kurulmamış yerler olduğuna işaret ediyor. Bazı şeylerin ise (sınırlandırılıp hakimiyet altına alınmadıkça) mülkiyete elverişsiz olduğunu belirtiyor--->Deniz, rüzgar, hava gibi.

#### HÜKÜM VE TASARRUF NE ANLAMA GELİR?

Anayasa ve medeni kanun neden mülkiyet hakkı yerine bu ifadeyi kullanmaktadır? Bunun nedeni ortada medeni hukuk anlamında bir mülkiyet hakkının bulunmadığını vurgulamak olabilir. Başka bir ifadeyle kamu malları üzerinde yukarıda bahsettiğimiz gibi özel hukuk mülkiyetinden farklı bir "kamu mülkiyeti" olduğunu belirtmek için bu tabir tercih edilmiş olmak gerekir. Anayasa Mahkemesi, devletin hüküm ve tasarrufu ifadesinin medeni hukuk anlamında mülkiyet hakkından kesin biçimde ayrıldığını hükme bağlamıştır.

2-Geleneksel kamu malları vardır~~~>Otlak, yaylak, kışlak,pazar yerleri gibi öteden beri halkın kullanımında olan yerler kamu malı sayılır ve bunların kamu malı niteliği kazanmaları için her zaman tahsis işlemi gerekmez. Bunların kamu malı niteliğini kaybetmeleri ise ancak idari işlemle olur. Bu mallardan halk uzun zamandan beridir doğrudan yararlanmaktadır. Aynı zamanda halkta ve idarede buraların kamu malı olduğu "kanısı" bulunmaktadır. Tabii bu mallar idare tarafından gerektiğinde idari işlemle başka bir amaca tahsis edilebilir.

3-Tahsis işlemi ile bir mal kamu malı haline gelebilir: İdarenin elinde bulunan bir mal eğer bir kamu hizmetine tahsis edilirse o mal kamu malı niteliği kazanır. (Örneğin idare bir gayrimenkulü satın aldığı anda önce o mal idarenin özel malı olur ancak bu mal fiilen ya da tahsis işlemi ile bir kamu hizmetine özgülendiğinde kamu malı haline gelir). Tahsis kararı kaldırılırsa bu mal tekrar idarenin özel malı haline gelir.

**TAHSİS:** ONAR, tahsisi şöyle tanımlamıştır:

"Bir devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya bir amme hizmetine bağlayan, diğer tabirle, hususi emlakı, orta malı veya hizmet malı kategorisine koyan veya amme hizmetinin vasıtası haline getiren bir idari tasarruf"(s1340,C.II).

Tanımdan hareketle tahsisin:

İdareye ait özel malı 1-Kamu hizmetine özgüleyen 2-Ya da halkın doğrudan kullanımına bırakan ve kamu malı haline getiren bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.

~~~>İdare tarafından açık bir "tahsis işlemi" yapılarak bir malın kamu hizmetine özgülenmesi mümkündür.

~~~>Tahsisin "fiili" biçimde de gerçekleşmesi mümkündür. Bu durumda idare tarafından yapılmış bir tahsis işlemi ya da kararı yoktur. İdare, bir binayı ya da tesisi inşa edip onu halkın doğrudan kullanımına açar ya da belirli bir kamu hizmetinin görülmesine başlar. Bu durumda sözkonusu bina ya da tesis bir kamu malı haline gelir. Örneğin idare bir müze binası inşa edip içine tarihi eserler koyarak halka açtığı zaman ortada bir tahsis işlemi olmasa bile fiili tahsis ve bir kamu malı var demektir.

~~~>Şekli olarak bir idari kararla ya da işlemle yapılan tahsis tek başına yeterli olmayabilir. Öğretide ortada şekli anlamda bir tahsis işlemi olmakla birlikte malın fiili olarak hizmette kullanılmaması halinde şekli tahsisin bir sonuç doğurmayacağı ileri sürülmektedir. (Bergouniou, Gülan s.100'deki 459 no'lu dipnot). Gülan, bizim de katıldığımız gibi, şekli tahsisin yeterli olmadığını, aynı zamanda, fiili bir tahsisi yeterli olabileceği için gerekli de olmadığını belirtmektedir. (s.100).

Danıştay 10.D.E.1991/2430: "...kamu düzeni yönünden istikrar kazanmış fiili tahsisle kamu malı niteliğini kazanmış bulunduğu, ancak, taşınmaza kamu malı niteliğini veren sebeplerin ortadan kalkması, tahsis amacı dışında kullanımı halinde tahsisin kaldırılması suretiyle devletin özel mülkiyetinde olan mal niteliğini tekrar kazanması mümkün bulunmakta ise de; 2.11.1990 tarihinde Mahkemece mahallinde yapılan keşifte saptandığı üzere, binanın birinci bodrum katında yer alan (G) anfisi ile buna bağlı kısımların dışında kalan diğer yerlerinin kullanılmasının, Maden Fakültesinin Ayazağa Kampüsüne taşınması sonucu Mimarlık Fakültesi olarak kullanılmak üzere başlanan tadilat faaliyetlerinin davacı idarenin iradesi dışında doğan sebeplerden ötürü duraksamasından kaynaklandığı anlaşılmakta olup, bu durumun da üniversiteye bağlı bir teknik okul olarak kullanılmaya münhasır tahsis amacına aykırılık teşkil etmemesi nedeniyle binanın kamu malı niteliğinin ortadan kalkmadığı...".

~~~>Tahsis bir idari sözleşme ile de olabilir:

"Danıştay idari dairesine başvurmaya gerek kalmaksızın idareler arasında kamu hizmeti ile ilgili olarak uzlaşma sağlanmasıyla de tahsis niteliğinde idari işlem ortaya çıkmaktadır"(Danıştay 8.DE.1986/46).

~~~>Tahsis, Anayasa ya da bir kanun tarafından yapılan niteleme ile de ortaya çıkabilir. (Bkz. Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu, Anayasa'nın yukarıda alıntı yapılan 43. ve 168. maddeleri).

~~~>İdarenin tahsis değişikliği yapması mümkündür:

a)İdare kamu hizmetine tahsis ettiği bir mala artık ihtiyaç kalmadığına karar verdiğinde o malı, tahsisini değiştirerek başka bir kamu hizmetinde kullanabilir. Aynı zamanda bu malın tahsisini kaldırabilir, bu durumda o mal artık idarenin özel malı haline gelir.

b)Bir kamu tüzelkişisi bir kamu malını başka bir kamu tüzelkişisinin ihtiyaçlarına tahsis edebilir. Ancak bunun için kanunla bir düzenleme yapılmış olması ya da idarelerin karşılıklı rızaları gerekir.Şunu belirtmek gerekir ki; karşılıklı rıza yoluyla devir ancak idarenin özel malları bakımından sözkonusu olabilir. Kamu mallarının devredilmezliği ilkesi gereği kamu malı statüsünde bulunan bir malın rıza ile devri mümkün değildir. Öğretide kamu malı üzerindeki tahsisin kaldırılması halinde sözkonusu mal özel mal haline geleceği için tahsis kararını kaldırarak devrin mümkün olabileceği belirtilmektedir (Gözler,s.780,C.II). Bu durumda devir yasağının pek de bir anlamı olmadığı sonucuna varılabilir. Nitekim Gülan da buna işaret etmektedir. Müellife göre, tahsis kararını kaldırarak makam farklı ise devir yasağı bir anlam ifade eder. Aynı zamanda Anayasa ya da kanun hükmü ile bir mala kamu

malı niteliği verilmesi halinde de (düzenleme değişmedikçe ya da mal o vasfı yitirmedikçe) devir yasağı geçerli olacak demektir (Gölan,s.123). Mesela tabii servetler ve kaynaklar anayasaya göre devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Şu halde bu nitelikteki malların anayasa değişikliği yapılmadıkça devlet tarafından devir ve ferağı mümkün değildir. Burada önemli olan husus "mülkiyetin devreden idarede kalmasıdır". Devredilen sadece kullanım hakkıdır.

Kamulaştırma kanununun 30.maddesinde öngörülen devir usulü ise "mülkiyetin devrine" ilişkindir. Bu konuya kamulaştırma başlığı altında değineceğiz.

#### TAHSİS AMACINA GÖRE KAMU MALLARI ÜÇLÜ BİR AYIRIMA TABİ TUTULUR:

- 1-Sahipsiz şeyler
- 2-Orta malları
- 3-Hizmet malları

#### KAMU MALLARININ HUKUKİ REJİMİ (HUKUKSAL KORUNMA)

A) Kamu malları devir ve ferağ (1.Bir işten vazgeçme, çekilme, el çekme, terk etme. 2. huk. Bir mülkü başkasına bırakma, başkasının üstüne geçirme) edilemez.

Yani bir kamu malı satılamaz ve başkasına devredilemez. Tahsis devam ettiği sürece yapılan satış, takas v.b özel hukuk işlemleri geçersiz olur.

Devir ve ferağ edilme yasağının temelinde malın niteliği değil o malın özgülendiği amaç yatmaktadır. Tahsis malın belli bir kamu hizmetine özgülmesi anlamına geldiğine göre tahsis ile devir ve ferağ edilemezlik birbiriyle ilişkilidir. Tahsis kaldırıldığı zaman söz konusu mal özel mal haline gelir ve devredilebilir.

Danıştay devir ve ferağ edilmezlik esasını uygulamaktadır.

Devir ve ferağ yasağına kanunla sınırlama getirilebilir (Örn. 5516 sayılı kanunda devletin hüküm ve tasarrufunda olan bataklıklar kurutulduğu takdirde ortaya çıkan arazi burayı kurutanlar adına tescil edilir.

Özelleştirme de bu ilkenin kanunla öngörülmüş bir istisnasını teşkil eder. Zira, 4046 sayılı kanunda kamu mallarının satışı da bir özelleştirme yöntemi olarak düzenlenmiştir.

Aşağıda bahsedilen diğer yasaklar da esas itibarıyla devir ve ferağ yasağının sonucudur.

#### B) ZAMANAŞIMI İLE İKTİSAP YASAĞI

Buna göre kimse (eğer kanun aksi yönde açık bir düzenleme getirmemişse) kazandırıcı zamanaşımı ile bir kamu malının mülkiyetini ya da üzerinde herhangi bir başka aynı hakkı elde edemez.

1-Kamu tüzelkişisi kamu malının herhangi bir biçimde zilyedi olan kişiden kamu malını her zaman geri alabilir,

2-Kamu malına herhangi biçimde zilyed olan kişi zilyedliği koruyan hükümlerden yararlanamaz.

Taşınır kamu malları bakımından~~~>Bu mallar çalınmış ve sonrasında satılarak iyiniyetli üçüncü kişinin eline geçse bile kamu tüzelkişileri tarafından geri alınabilirler. (Örneğin kültür ve tabiat varlıkları bu sayede korunmuş olur).

~~~>Ormanlar bakımından bu konuda anayasada açık bir düzenleme bulunmaktadır. Anayasanın 169. maddesinin 2. fıkrası ormanların zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

~~~>3402 Sayılı Kadastro Kanunu md.18/2: "Orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez."

Devlete kalan taşınmazlar ile ilgili bir Danıştay kararı: "...Mübadil Rumların Türkiye'de bıraktıkları taşınmazların mülkiyeti Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne geçmiş olup, kanunları

uyarınca Devlete kalan taşınmazların, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile mülkiyeti de kazanılmayacağından, fuzulen işgali halinde ecrimisil istenilebileceği açıktır..."D. 10. D. E.2008/7202.

C)KAMU MALLARI ÜZERİNDE ÖZEL KİŞİLER LEHİNE SINIRLI AYNİ HAK KURULAMAZ  
Kural olarak kamu malları üzerinde özel kişiler lehine ayni hak tesis edilemez.

Bu kuralın iki istisnası sözkonusu olduğu kabul edilmiştir:

1-Özel yasal düzenlemeler ile bu kuralın aksi öngörülebilir

2-Kamu malı haline gelmeden önce üzerinde kurulmuş bulunan ayni haklar "TAHSİS İLE BAĞDAŞTIĞI ÖLÇÜDE" geçerliliğini korur.

\*\*\*Bağdaşmaması halinde irtifak hakkı ortadan kaldırılır ancak karşılığında bir tazminat verilir.\*\*\*

(Gülan, haklı biçimde tahsis ile bağdaşması halinde kamu malı üzerinde irtifakın önceden mevcut olması ile sonradan tesis edilmesi arasında bir fark olmadığını belirtmektedir. S.136)

Şunu belirtmek gerekir ki; kamu malı üzerinde irtifak mümkün olabilir ise de (mülkiyet hakkında olduğu gibi) bu hakkın anlam ve kapsamı medeni hukuktaki irtifak hakları ile tam olarak örtüşmemektedir. İdare, eğer tahsisi engelleyen, tehlikeye düşüren bir irtifak hakkına son verebilir. Malın tahsisi değiştiğinde yeni tahsis ile bağdaşmayan irtifak hakkını sonlandırabilir.

Örneğin Kuşadası limanı iskelesinin **intifa hakkının** Kuşadası Belediyesinden alınıp Denizcilik Bankasına devredilmesi üzerine açılan davada Danıştay; belediyenin medeni kanundaki 100 senelik intifa süresine ilişkin hükmü ileri sürmesi karşısında: Maddi şartların değişmesi ve kamu yararı gereği kamu hizmetlerinde yeni gereksinimlerin ortaya çıkmasına rağmen idarenin intifa hakkı süresinin sona ermesini beklemesinin idare hukuku ilkeleriyle bağdaşmayacağına karar vermiştir.

D)ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNE KONU OLMAMA

Kural olarak kamu malları üzerinde özel hukuk sözleşmelerinin yapılamayacağı kabul edilmektedir.

Ancak idarenin özel malları (özel hukuka tabi oldukları için) bakımından bu kuralın geçerli olmadığı belirtilmektedir.

Örneğin idare kamu hizmetine tahsis etmediği bir özel malını kiraya verebilir.

E)KAMU MALLARI HACZEDİLEMEZ

Bu kuralın temelinde kamu malının tahsis edildiği amaç yatmaktadır. Şöyle ki; kamu malının haczedilmesi tahsis edildiği kamu hizmetinde aksamalara yol açabilir. Yani kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi zarar görebilir.

Kamunun özel mallarının haczedilebileceği kabul edilmektedir. Bu konudaki temel sorun hangi malın kamunun özel malı hangisinin kamu malı olduğunun tesbitine ilişkin yeterli ölçüt bulunmamasıdır. Bu sorun, kamunun özel mallarının haczedilmesini zorlaştırmaktadır.

ANCAK--->DEVLET TÜZEL KİŞİLİĞİNE AİT ÖZEL MALLAR HACZEDİLEMEZ!!!

~~~>6183 SAYILI AMME ALACAKLARININ TAHSİLİ USULÜ HAKKINDA KANUN:

Madde 70 – Aşağıda gösterilen mallar haczedilemez:

1.233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar.

~~~>ÖRNEK DANIŞTAY KARARI:

"...Kamu alacaklarının tahsilinde izlenecek usul ve esasları düzenleyen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun 70 inci maddesinin 1'inci bendi 7.5.1994 tarihinde yürürlüğe giren 3986 sayılı Yasanın 16 ncı maddesiyle değiştirilmiş ve mahalli

idarelerin malları hariç olmak üzere, devlet malları ile özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Yasada yapılan bu değişiklikte mahalli idarelerin malları haczi caiz olmayan mallar kapsamından çıkarılmış olduğundan 1580 sayılı Belediye Kanununun belediyelerin görev ve yetkilerini düzenleyen 19 uncu maddesinin yorumuna dayanılarak; belediye çalışanlarının ücretlerinden kesilerek beyan edilen ve vadesinde ödenmeyen gelir (stopaj) vergileri ile damga vergilerinin tahsili amacıyla yapıldığı anlaşılan haczin kaldırılması yolunda verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir..." (DVDGK,E.1997/430).

## **E) KAMU MALLARI KAMULAŞTIRILAMAZ**

Bu kural kamulaştırma kanununda açıkça düzenlenmiştir. Bir kamu tüzelkişisine ait kamu malı bir başka kamu tüzelkişisi tarafından kamulaştırılamaz. Ancak "DEVİR" sözkonusu olabilir. Başka bir anlatımla kanunda belirtilen usule uyularak bir kamu tüzelkişisi başka bir kamu tüzelkişisinin malını devralabilir. Bu konuya kamulaştırma başlığı altında değineceğiz. Kamulaştırma kanununda kamunun özel malı-kamu malı ayrımı yapılmadığından; kamuya ait özel malların da kamulaştırma yasağı kapsamında olduğu sonucuna varmak zorunludur.

## **KAMU MALLARININ KULLANILMASI**

**1-Kamu hizmetlerine tahsis edilmiş kamu malları~~~>**Bu malların kullanımı idareye aittir. Bu malların bir kısmı sadece idare tarafından kullanılır (Askeri Kışlalar, Emniyete ait binalar, Milli İstihbarat Teşkilatına ait binalar gibi). Bu binalara ancak izin alınarak girilebilir. Bazıları ise bireyler tarafından da kullanılır (Hastaneler, okullar).

**2-Doğrudan kamunun kullanımına bırakılmış yerler~~~>**Bunlar idare tarafından değil, halk tarafından kullanılır. Yollar, meydanlar, kıyılar, denizler, göller gibi...Bunların kullanımı iki yönde olabilir:

a)Kollektif kullanımlar: Doğrudan kamuya bırakılmış yerlerin "genel", "ortak" ve "anonim" biçimde kullanılmasıdır. Mesela kıyılar, yollar, göller, meydanlar bu şekilde kullanılır. Bu kullanım biçiminde: "serbestlik", "eşitlik" ve "bedavalık" ilkeleri geçerlidir.

b)Özel kullanımlar: Bu kullanım biçiminde sadece önceden tesbit edilmiş bir kişi ya da kişiler bir malı kullanabilir. Bunun dışında kalan kişiler o kamu malını kullanamazlar. Burada kamu malının ya da belli bir bölümünün özel kişi tarafından işgali biçiminde bir kullanım vardır. Örneğin, yol üzerinde gördüğümüz gazete kulüpleri, lokantaların ya da kafelerin önünde bulunan yola masa ve sandalye konulması...

Tabii "işgal" ifadesi yanıltıcı olmamalıdır. Bu kullanım ancak idare tarafından önceden izin vermesi halinde mümkündür. İdare de ancak bu tip işgallere kamu malının tahsis amacıyla bağdaştığı ölçüde izin verebilir.

Kamu mallarının özel kullanımı: "izne bağlılık", "geçicilik" ve "ücretlilik" esaslarına tabidir. Yani bu tip kullanımlar ancak idarenin belli bir ücret karşılığı vereceği izin ile mümkündür ve idare bu izni istediği zaman geri alabilir.

## İDARENİN MAL ELDE ETME USULLERİ: KAMULAŞTIRMA VE İSTİMLAL

### KAMULAŞTIRMA

#### MADDE 46

Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

AY'nın 46. maddesine göre idare kamu gücüne dayanarak tek yanlı iradesi ile özel kişilere ait taşınmaz malları edinebilir: Kamulaştırma, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından bir özel hukuk kişisine ait olan taşınmazın mülkiyetinin ya da irtifak haklarının kural olarak karşılığının peşin ödenmesi koşuluyla kanuna uygun şekilde idarenin tek yanlı rade beyanına dayalı olarak kamu yararına dönük bir ihtiyacın karşılanması amacıyla idareye geçmesini sağlayan işlemidir.

~~~>Özel hukuk kişilerinin kamulaştırma yapmaları mümkün değildir! Anayasa Mahkemesi, özel hukuk tüzelkişilerine (organize sanayi bölgelerine [OSB]) kamulaştırma yapma yetkisi veren bir kanun hükmünü iptal etmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"...Kamulaştırmanın yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilmesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik usuli güvencelerden birini oluşturmaktadır. OSB, bazı kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış ise de bu durum, OSB'nin kamulaştırma yapabilmesi yönünden yeterli olmayıp, Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca, **kamu tüzel kişiliğini de haiz olması** zorunludur. 4562 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında, OSB'nin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça kurala bağlandığından OSB'ye kamulaştırma yetkisi tanınması, özel mülkiyetteki bir taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 35. ve 46. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..." (AYM.E.2013/49).

~~~>Günümüzde kamulaştırma konusunda idare yetkili olmasına rağmen bazen kamulaştırma ile ilgili işlemlerin özel hukuk tüzelkişilerine bırakıldığı görülmektedir. Bu durumda özel hukuk tüzelkişisi tarafından yapılan ancak idarece kabul edilen adeta "üstü örtülü" kamulaştırma işlemleri ortaya çıkmaktadır. İdari yargı yerleri bu hallerde üstü örtülü kamulaştırma işleminin sözkonusu olduğunu kabul ederek hukuka uygunluk denetimi yapmaktadırlar:

"...İdare hukukunda, kural olarak, idari işlemin yazılı olması, idarenin iş ve işlemlerinin yazılılık esasına göre yürütülmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın yukarıda aktarılan gelişimi sırasında, sıkı şekilde kanuni usullere tabi tutulan kamulaştırma amacıyla Kamulaştırma Kanununun davalı idarenin verdiği görevler kapsamında davalının tesis ettiği yazılı bir işlemin bulunmamasına karşın, **özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılan tüm bu iş ve işlemlerin önce örtülü, daha sonra ise açık bir şekilde davalı idarenin kabulüne dayanılması sonucu, davacıların mülkiyet hakkının, ulusal ve uluslararası**

**hukukta koruma gören, kapsam ve sınırları çizilen hukuksal güvenlik ilkesini yok sayarak, davacılar ile aynı hukuksal statüde bulunan, kamu gücüne sahip olmayan şirketin, adeta kamusal bir gücü bulunan/kullanan idare gibi mülkiyet hakkının kısıtlanması ve sona ermesiyle sonuçlanacak şekilde iş ve işlemlerin kökeninde davalı idarenin "zımni (kamulaştırma) işlemi" olduğu, başka bir ifadeyle kamulaştırmaya yönelik örtülü bir işlemi bulunduğunun kabulünü zorunlu kılmaktadır.**

Aksine bir değerlendirme, Devletin mülkiyet hakkı yönünden üstlendiği "pozitif ödev"in de gereği olarak, bu hakkın "somut ve etkin" olarak korunmasının sağlaması amacıyla çelişeceği gibi kamu yararının gerekleri ile kişisel hakların korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil bir dengenin kurulması ve bu çerçevede ölçülülük ilkesinin yaşama geçirilmesi mümkün olmayacaktır.

Bu durumda, uyumsuzluk konusu parsellerin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesi uygulanarak kamulaştırılmasına ilişkin işlemin, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlemin bulunması karşısında, davanın 2577 sayılı Yasanın 15/1-b maddesi uyarınca reddi yolundaki temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir..."(D.6.D.E.2011/8290)

\*\*\*\*Kamulaştırma işlemini her "kamu tüzel kişisi" de yapamaz! Yürürlükteki hukuk kuralları bazı kamu tüzel kişilerinin kamulaştırma yapmasını yasaklamıştır. Kanun ile açıkça kamulaştırma yapma yasağı getirilmesi durumunda sözkonusu kamu tüzelkişisinin kamulaştırma yapamayacağı sonucuna varmak gerekir. (Tabii bu kanunun Anayasaya aykırı olduğu da savunulabilir çünkü Anayasada "kamu tüzel kişileri"nin kamulaştırma yapabileceği belirtilmiştir.)

**Örneğin,** 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek-7'nci maddesine göre "vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemeyecekleri" hükme bağlanmıştır. Şu halde, vakıf üniversitelerinin kamulaştırma yetkileri yoktur.

Kamulaştırma işlemi, Kamulaştırma Kanunu'na göre yapılır (KK). Bu kanuna göre kamulaştırma usulünün aşamaları özetle aşağıdaki gibidir:

**KAMULAŞTIRMA İŞLEMİ:**

1-TAŞINMAZ HAKKINDA YAPILIR-TAŞINIR MALLAR KAMULAŞTIRILAMAZ: Taşınırlar hakkında şartları varsa istimval yoluna gidilebilir.

2-KAMU MALLARI KAMULAŞTIRILAMAZ: Aksi halde kamulaştırma işlemi yok hükmünde olur. İki kamu tüzelkişisi arasında taşınmaz ANCAK "DEVREDİLEBİLİR"

**KAMULAŞTIRMA USULÜNÜN AŞAMALARI**

1-Kamulaştırma öncesi işlemler:

b) **Yeterli ödeneğin temin edilmesi:** KK'nun 3. maddesinin son fıkrasına göre idarelerde yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanamaz.

Kural: Kamulaştırma bedelinin **peşin** ödenmesidir. Şu halde bedelin tamamının ayrılması gerekir diyebiliriz. Taksitli ödeme durumunda da bütçede karşılığının gösterilmesi gerekir.

b) **Kamu yararı kararı:** KK'na göre kamulaştırma işleminden önce idare tarafından kamu yararı kararı alınması zorunludur.

Kamu yararı kararı, idarenin belirli bir işin yapılmasında kamu yararı olduğuna ilişkin karardır.

"...Gerek anayasanın 46 ncı maddesinde, gerekse 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 1 nci maddesinde..... kamu yararının gerektirdiği hallerde.....özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamulaştırılabileceği öngörülmüştür. Bu kurallara göre, **kamulaştırmada ilk koşul kamu yararının varlığı olarak ortaya çıkmakta, kamu yararı kararı kamulaştırma işleminin özünü ve temelini; oluşturmaktadır...**"(D.6.DE.1986/310).

Kamulaştırma kanunu hangi idari mercilerin kamu yararı kararı alabileceğini hükme bağlamıştır. Bu konuda kanuna bakılabilir. Bu kararların bazı hallerde onaylanması gerekmektedir. Örneğin, köy ihtiyar heyeti ve belediye encümeni tarafından verilen kamu yararı kararlarının ilçelerde kaymakam, illerde vali tarafından onaylanması öngörülmüştür. Buna uyulmaz ise açılacak bir iptal davası sonucunda kamulaştırma işlemi idari yargı yeri tarafından iptal edilir:

"...Ancak, dava konusu kamulaştırma bedelinin ikinci bir talimatla ödenmek üzere bankaya bloke edildiği, belediye encümeni tarafından alınan kamu yaran kararının onay merciine onaylatılmadığının anlaşılması karşısında dava konusu kamulaştırma işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından idare mahkemesi kararında sonucu itibariyle isabetsizlik bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İstanbul 6. İdare Mahkemesinin 24.2.1997 günlü, E:1996/543 K-.1997/134 sayılı kararının yukarıdaki gerekçeyle onanmasına dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 24.4.1998 gününde oyçokluğuyla karar verildi..."(D.6.D.E.1997/3697).

Kamu yararı kararı bir **hazırlık işlemi** niteliğinde kabul edildiği için tek başına dava edilmesi yani kamu yararı kararının iptalinin idari yargı yerinden istenmesi mümkün görünmemektedir.

"...Bu durum karşısında; olayda, kamulaştırma işlemine karşı dava açılabilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesince ilgiliye tebligat yapılması gerektiğinden ve kamu yararı kararı da tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olmadığı, **sadece bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğundan**, davaya konu olamacağı ve dava konusu işlemin kamulaştırma kararı olarak değerlendirilmesi halinde ise henüz tamamlanmamış işleme karşı açılan davanın vaktinden önce açılmış dava niteliğinde olacağı ve esasının bu davada inceleme olanağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sonuca göre İdare Mahkemesince, uyuşmazlık hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir..." (D.6.D.E. 2004/718).

**c) Kamulaştırılacak taşınmazın tespiti ve idari şerh:**

İdare, ilgili taşınmazın veya kaynakların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösteren ölçekli planı yapar veya yaptırır; taşınmazın sahipleri, tapu kaydı yoksa zilyetleri ve bunların adresleri tapu, vergi, nüfus kayıtları üzerinde veya haricen yapacağı araştırma ile tespit ettirir.

İdare, kamulaştırma kararı aldıktan sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini tapu idaresine bildirir.

Bu şerh tarihinden itibaren 6 ay içinde kamulaştırma bedelinin tesbiti ile idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge ibraz edilmezse şerh sicilden silinir.

**2-KAMULAŞTIRMA AŞAMASI:**

#### 1- Satın alma usulü:

İdarenin kamulaştırma yaparken öncelikle satın alma usulünü uygulaması esastır. Satın alma usulüne başvurulmamış olması halinde idari yargı yerleri kamulaştırma işleminin hukuka aykırı olduğuna hükmetmektedirler:

"...Kanunun 8.maddesinde ise, idarelerin bu Kanuna göre tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamalarının esas olduğu, hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, yukarıda içeriği yazılı hükümler uyarınca ilgili idarelerden veya haricen yapılacak araştırma ile taşınmazın hissedarlarından olan davacıların ve adreslerinin tesbit edilmesi suretiyle **satın alma usulünün işletilmediği**, davacıların Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan kamulaştırma bedelinin tesbiti ve taşınmazın idare adına tescili davasına dahil edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunundaki hükümlere uyulmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır..."(D.6.D.E.2008/353)

İdare öncelikle kıymet takdir komisyonu (ları) görevlendirir. Bir de uzlaştırma komisyonu görevlendirir.

Kıymet takdir komisyonu taşınmazın bedelini takdir eder.

İdare, kıymet takdir komisyonu tarafından tespit edilen bedeli belirtmeden resmi taahhütlü bir mektupla ilgili taşınmazı satın almak ya da trampa yoluyla elde etmek (ya da irtifak hakkını elde etmek) istediğini malike bildirir.

Malik, eğer kabul ederse pazarlık görüşmeleri yapılır. Tahmini değeri geçmemek üzere anlaşmaya varılırsa malik tapuda ferağ vererek ve bedel kendisine ödenerek taşınmaz idarenin mülkiyetine geçirilir (ya da irtifak tesis edilir).

Buna göre satın alınan ya da tramapa erdilen (veya irtifak tesis edilen) taşınmaz sahibinden kamulaştırma yoluyla alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davası açılmaz.

2-Kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili: Eğer kamulaştırma, satın alma yoluyla yapılamazsa idare, bedel tespiti ile birlikte ilgili diğer belgelerle **taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesine** başvurarak: KAMULAŞTIRMA BEDELİNİN TESPİTİ VE İDARE ADINA TESCİLİNİ İSTER.

Hakim, duruşma günü tespit eder ve bu günde tarafları malın bedeli konusunda anlaşmaya davet eder. Anlaşma sağlanırsa tekrar "satın alma usulü" ile ilgili kanun hükümleri uygulanır (KK.m.8/2).

Bedelde anlaşma olmazsa mahkeme, bilirkişi marifetiyle taşınmaz malın değerini tespit için mahallinde keşif yapar.

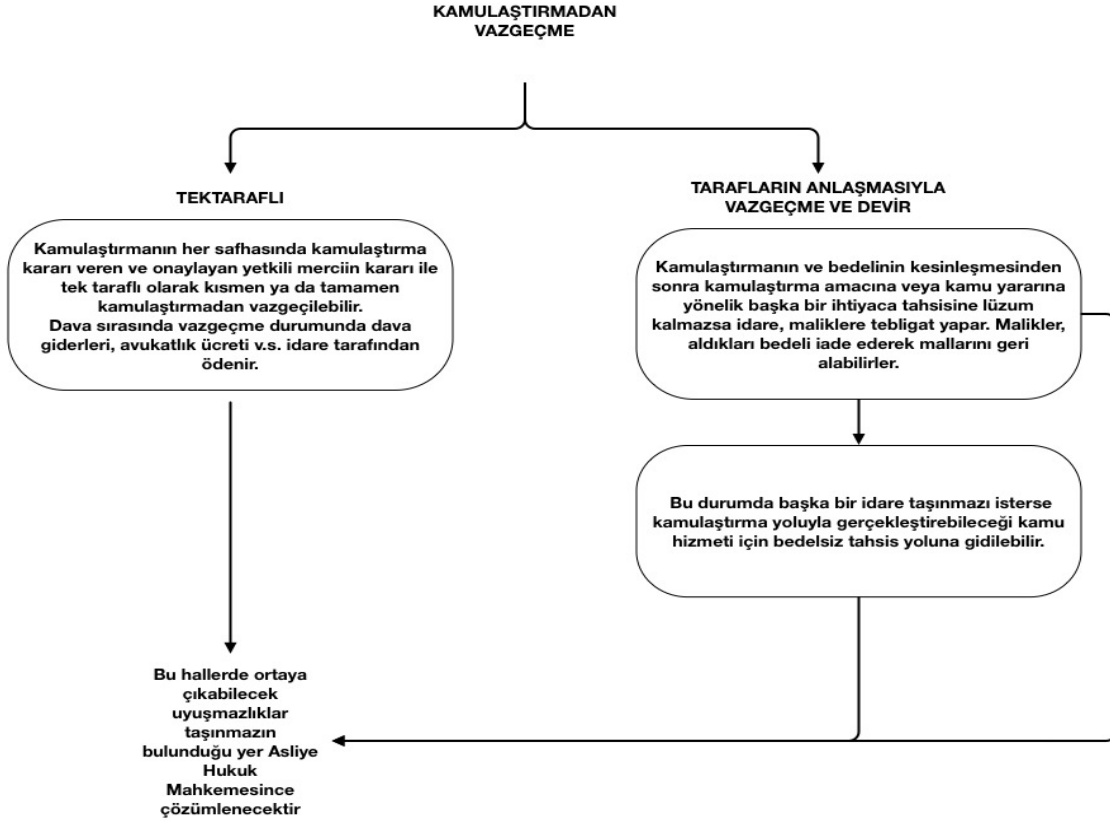
Bilirkişiler, KK'nda belirtilen esaslar doğrultusunda taşınmaz malın bedelini belirler ve buna ilişkin raporlarını mahkemeye ibraz ederler.

Mahkeme, bilirkişi raporlarından yararlanarak (bağlı değil!) adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tayin eder.

Mahkeme, kamulaştırma bedelinin bankaya yatırılması ve malik adına bloke edilmesi için idareye süre verir.

Bu süre içinde banka makbuzunun mahkemeye idare tarafından ibraz edilmesi halinde mahkeme, taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verir.

Karar, tapu dairesine ve bankaya bildirilir. Tescil hükmü kesindir. Ancak tarafların, bedele ilişkin temyiz hakkı saklıdır.



## KAMULAŞTIRMADAN VAZGEÇME

İdare, kamulaştırmanın her safhasında kısmen ya da tamamen kamulaştırmadan vazgeçebilir. Tek taraflı olarak idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir.

"...2942 sayılı Yasanın 21. maddesinde, "idare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir...", aynı yasanın 24. maddesinin son fıkrasında ise;... Bu madde ile 21., 22., 23. maddeler uygulamasından doğacak anlaşmazlıklar adli yargıda çözümlenir." hükmü yer almış bulunmaktadır.

Olayda ise, dava konusu belediye encümen kararıyla 2942 sayılı Yasanın 21. madde hükmüne göre davalı idarece kamulaştırma işleminden tek taraflı olarak vazgeçildiği anlaşıldığından, bu uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gözetilmeksizin mahkemece işin esasının incelenmesi suretiyle karar verilmesinde isabet görülmemiştir..."DANIŞTAY6. DAİREE. 1998/4999

## KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNE KARŞI İDARİ YARGIDA İPTAL DAVASI AÇILMASI

**ÖNEMLİ:** MAHKEMECE (ASLİYE HUKUK) YAPILAN İLK TEBLİGAT GÜNÜNDEN YA DA İLAN TARİHİNDEN İTİBAREN 30 GÜN İÇERİSİNDE KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNE KARŞI İPTAL DAVASI (İDARİ YARGIDA) AÇILABİLİR!

NEDEN? Çünkü kamulaştırma bir idari işlemdir. Bu idari işleme karşı idari yargıda dava açılabilir (AY: İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır!)

İdari yargıda açılan iptal davası ile birlikte "yürütmenin durdurulması" talebinde bulunulabilir. İdari yargı yeri eğer şartları oluşmuşsa (açık hukuka aykırılık+işlemin yürütülmesi durumunda telafisi güç ya da imkansız zararların doğacak olması~~~>iki şart birlikte aranır!!!) yürütmenin durdurulmasına karar verebilir.

Bu durumda Asliye Hukuk mahkemesi, idari yargıda açılan iptal davasını "bekletici mesele" yapar!

NOT: Kamulaştırma, ilgili taşınmazın tamamı hakkında olabileceği gibi belirli bir kısmı hakkında da olabilir: "**Kısmi kamulaştırma**"

NOT: **Trampa yoluyla** kamulaştırmada iki mal arasında değer farkı var ise bu fark nakden ödenir.

## MALİKİN GERİ ALMA HAKKI

Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren 5 yıl içinde:

b) Kamulaştırmayı yapan idarece ya da devir alan idarece **kamulaştırma ve devir amacına** uygun hiçbir işlem ya da tesisat yapılmazsa **VEYA**

c) Kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek mal olduğu gibi bırakılırsa

---->Mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini kanuni faiziyle birlikte ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir.

---->Doğmasından itibaren **1 yıl içinde** kullanılmayan geri alma hakkı düşer!

**\*\*\*ACELE KAMULAŞTIRMA:** Bazı hallerde idarenin hızlı biçimde kamulaştırma yapması gerekebilir!!

Kamulaştırma Kanununun (sayı:2942) Acele kamulaştırma başlığını taşıyan 27. maddesine göre:

1-3634 Sayılı Milli Müdafa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına ya da aceleliğine bakanlar kurulunun karar verdiği hallerde;

2-Özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan malların kamulaştırılmasında;

KIYMET TAKDİRİ DIŞINDAKİ İŞLEMLER SONRADAN TAMAMLANMAK ÜZERE İLGİLİ İDARENİN İSTEMİ ÜZERİNE MAHKEMECE YEDİ GÜN İÇİNDE BİLİRKİŞİLERCE TESPİT EDİLECEK BEDEL BANKAYA YATIRILARAK TAŞINMAZ MALA EL KONULABİLİR!!!

~~~>Düzenlemeden, acele kamulaştırma yapılabilmesi için bakanlar kurulu tarafından "aceleliğine" karar verilmesinin yeterli olacağı izlenimi edinmek mümkündür. Ancak Danıştay "aceleliğin" diğer şartlarla ilişkili olduğunu vurgulayarak ancak "olağanüstü durumlarda aceleliğine karar verilmesi" halinde acele kamulaştırmanın hukuka uygun kabul edilebileceğine hükmetmiştir.

İlgili Danıştay kararı:

"...**Anayasada herkesin, mülkiyet hakkına sahip olduğu** ancak bu hakkın kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Yine ülkemizin taraf olduğu **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin** Ek 1 Nolu Protokolüyle mülkiyet hakkı bir insan hakkı olarak kabul edilmiş ve bu hakkın orantılılık ilkesi çerçevesinde kamu yararı gözetilerek sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir. Bu hükümlerden hareketle bir taşınmaza üzerindeki mülkiyet hakkının kamulaştırma yoluyla kaldırılması ancak kamu yararının karşılanması zorunluluğunun özel mülkiyet hakkının korunmasından üstün tutulması şartına bağlıdır. Bu çerçevede, 2942 sayılı Kanunun 27. Maddesi incelendiğinde, kamulaştırma işlemlerinde öngörülen yöntemlerin bir kısmının uygulanmayarak taşınmaza acele el konulabilmesi yolu **istisnai olarak başvurulabilecek bir yöntem** olarak düzenlendiğinden, 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 Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına ve ya 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. Bu kapsamda üçüncü koşul olan aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar verilebilmesi için de kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin olma halinin maddede yer alan diğer iki koşula paralel nitelik taşıması gerektiği açıktır. Nitekim anılan maddenin gerekçesinde de, acele ve istisnai hallerde, Kanunun önceki hükümlerine uyulmasının çeşitli sakıncalar yaratabileceği gibi, kamunun büyük zararlara uğramasının da muhtemel olabileceği belirtilerek maddede belirtilen şartların varlığına bağlı olarak kıymet takdiri dışındaki bazı kanuni işlemlerin sonraya bırakılarak, maddede öngörülen süre ve şekilde el konulması düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda, taşınmazı da kapsayan alanın yenileme alanı olarak belirlenmesinin tek başına acele kamulaştırma yapılmasına gerekçe teşkil etmeyeceği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinde öngörülen acele kamulaştırma prosedürünün uygulanabilmesi için gerekli olan olağanüstü durumların ve bu yöntemle başvurulması ile amaçlanan kamu yararının somut olarak ortaya konulamadığı sonucuna varılmıştır.

Bu anlamda, taşınmazların acele kamulaştırılmasını gerektirecek **acelelik halinin bulunmaması** karşısında, dava konusu taşınmazların acele kamulaştırılması yolunda tesis edilen Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamıştır..." (D.6.D.E.2012/6974).

***DEVİR USULÜ

Kural: Bir kamu tüzel kişisine ait olan mal başka bir kamu tüzel kişisi tarafından kamulaştırılmaz!

Taşınmaz mala ihtiyacı olan idare---->Bedel tespiti yapar---->bedeli belirterek mal sahibi diğer idareye yazılı başvuruda bulunur.

Anlaşırlarsa mesele yoktur!

Anlaşamazlarsa: Alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay'ın ilgili dairesinde uyuşmazlık iki ay içinde karara bağlanır! Bu karar KESİNDİR!

Danıştay kararı (lehine ise) üzerine alıcı idare KK m.10'daki prosedürü işletir:

Yani---->Asliye Hukuk....v.s.

Bu şekilde devir alınan taşınmaz mal, kaynak, irtifak hakkı sahibinden kamulaştırma yoluyla alınmış sayılır ve devir amacı veya devreden idarenin izni dışında başka bir

amaçla kullanılamaz. Aksi halde devreden idare 23. madde uyarınca taşınmaz malı geri alabilir.

NOT: Yukarıda her kamu tüzel kişinin kamulaştırma yapamayacağını belirtmiştik. Danıştay'a göre, her kamu tüzel kişinin "devir" işlemi yapma yetkisi de yoktur. Örneğin, Bir Vakıf Üniversitesin başka bir kamu tüzel kişinin taşınmaz malını devralma talebi üzerine tarafların anlaşamaması nedeniyle Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, "kamulaştırma" yetkisinin olmamasının aynı zamanda "devir" işlemi yapmaya da engel olduğu sonucuna varmıştır.²⁴⁴ (D.1. D.E. 2013/1210, K. 2013/1120, K.T. 24.09.2013). Şu halde Danıştay'a göre vakıf üniversiteleri "devir" işlemi yapamayacaklardır.

İSTİMLVAL: İdareye özel kişiye ait "MENKUL" (taşınır) malları kamu gücü kullanarak elde etme yetkisi tanıyan bir yöntemdir.

Kamulaştırmanın aksine idarenin ihtiyaç duyduğu bir menkul malı çoğu zaman satın alması mümkündür. Bu nedenle istimval, kural olarak, ancak idarenin menkul malları satın alabilmesinin güçleşebileceği "olağanüstü" dönemlerde mümkün olabilir. Anayasanın 121. maddesinde olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek mal yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. İstimval ile ilgili düzenlemeler olağanüstü hal kanunu başta olmak üzere, olağanüstü hallerde uygulanacak bazı kanunlarda düzenlenmiştir. İstimval karşılığında ilgiliye "bedel" ödenecektir.

OLAĞANÜSTÜ HAL KANUNU

MADDE 7 - Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilan edilen bölge içindeki kamu kurum ve kuruluşlarıyla tüzel ve gerçek kişiler, kendilerinden istenecek veya yükümlülük konulacak arazi, arsa, bina, tesis, araç, gereç, yiyecek, ilaç ve tıbbi malzeme ile giyecek ve diğer maddeleri vermek zorundadırlar.

MADDE 16 - Teslim alınan veya kullanılan mallara yaptırılan çalışmalara karşılık ilgililere birer belge verilir. Mal ve çalışma yükümlülerinin bu belgelerle ilgili makamlara başvuruları üzerine alınan malların veya yaptırılan çalışmaların bedeli, kirası, ücreti veya tazminatı mahalli rayice veya satış fiyatına göre olağanüstü hal kurulu veya bürolarınca tespit ve takdir olunarak, usulü dairesinde ödenir. Ödemelerin gecikme ile yapılması veya taksitli bağlanması hallerinde, bu alacaklar, kanuni faizleri ile birlikte ödenir.

Takdir olunacak bedel, kira, ücret veya tazminata karşı ilgililer, genel hükümlere göre adli yargıya başvurabilirler.

ÖZET:

İSTİMLVALİN ŞARTLARI:

- 1-Açık yasal düzenleme şarttır;
- 2-Olağanüstü dönemlerde yapılabilir,
- 3-Karşılığında idare "bedel" öder.

Devletleştirme ile de özel kişiye ait taşınır ve taşınmaz malların idareye intikal etmesi

mümkündür. Anayasanın 47. maddesine göre; KAMU HİZMETİ niteliği taşıyan özel teşebbüsler devletleştirilebilir.

Bu hüküm aslında özel kişiler tarafından yürütülmekle birlikte aslında kamu hizmeti niteliği taşıyan ya da zamanla kamu hizmeti haline gelen işletmelerin bir bütün olarak yani taşınır, taşınmaz, alacak ve borçlarıyla birlikte devletçe devralınmasına izin vermektedir. Tabii böyle bir devir ancak "KANUNLA" yapılabilir. İdarenin kanun olmadan devletleştirme işlemi yapması mümkün değildir. Anayasa devletleştirmenin ancak "KAMU YARARININ ZORUNLU KILDIĞI HALLERDE" yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu halin tesbiti

²⁴⁴ D.1. D.E. 2013/1210, K. 2013/1120, K.T. 24.09.2013;www.kazanci.com. Kararın ilgili bölümü şöyledir: "....Konuyla ilgili bu değerlendirmeler ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek 7'nci maddesine eklenen fıkra dikkate alındığında, vakıf yükseköğretim kurumları, eğitim-öğretim gibi kamusal bir görev için olsa dahi özel mülkiyete konu bir taşınmazı kamulaştırma yoluyla edinemeyeceklerdir. Dolayısıyla, kamu yararı söz konusu olduğunda özel mülkiyete konu bir taşınmazı dahi yasa gereği kamulaştırma imkanı bulunmayan bir vakıf yükseköğretim kurumunun, zaten bir kamu hizmeti için işlevlendirilmiş olan başka bir kamu tüzel kişisine ait taşınmazı devir alabileceğini söylemek, yasa koyucunun amacına da aykırı olacaktır...".

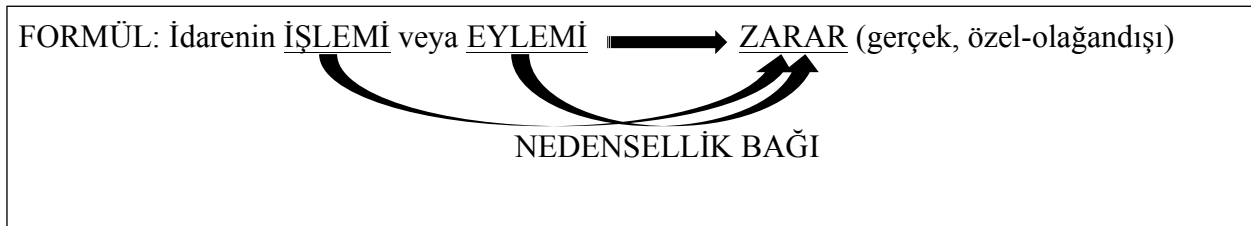
yasamanın takdirinde olmakla birlikte, hükümden, özel kişi tarafından yürütülen kamu hizmetinin adeta tekel niteliğinde olması ve idare tarafından bu hizmetin kurulmasının ve işletilmesinin içinde bulunulan koşullar nedeniyle önemli ölçüde güçlük teşkil etmesi gerekir. Aksi halde “mülkiyet hakkının” ihlal edilmesi sözkonusu olabilir. Devletleştirmenin tersi ise “özelleştirme”dir. Özelleştirme de ancak kanunla ve kanunun öngördüğü esas ve usullere uyularak yapılabilir. Nitekim bu amaçla, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

İDARENİN SORUMLULUĞU

Anayasanın 125. Maddesinin son fıkrasına göre: “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

Dikkat edilirse bu hükümden ve Anayasanın herhangi bir hükmünde sorumluluğun esasları yani “kusurlu ya da kusursuz” sorumluluk ile ilgili bir nitelemeye bulunulmamıştır. 1961 Anayasasında da yukarıda bahsettiğimiz hüküm yer almıştır. 1961 Anayasasındaki hükmün gerekçesinde sorumluluğa ilişkin esasların kanunkoyucu tarafından “yargı”ya bırakıldığı belirtilmiştir. Başka bir anlatımla idarenin “kusurlu” ya da “kusursuz” sorumluluğu ve sorumluluğa ilişkin diğer konuların yargı içtihadlarıyla belirlenmesi öngörülmüştür. Bunun sonucunda günümüze kadar idarenin sorumluluğu konusu yargı içtihadları ile ortaya çıkmıştır ve gelişmektedir.

Anayasanın 125. Maddesinin bahsettiğimiz hükmü, dikkat edilirse, idarenin “KENDİ” eylem ve işleminden “DOĞAN” zararı ödemekle yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Yani ortada idarenin bir işlem ya da eylemi olmalı, bu eylem ve işleminden de bir zarar doğmalı ve işlem ya da eylemle zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır.



DİKKAT!! Zarar, idarenin gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunan bir özel kişinin işlem veya eyleminden doğsa bile idare sorumluluktan kurtulamaz.

Karayolları Genel Müdürlüğü’nün özel hukuk sözleşmesi ile bir müteahhide yaptırdığı yol genişletme ve iyileştirme çalışmaları sırasında müteahhit firma tarafından kullanılan patlayıcıların bir turistik tesise verdiği zararın tazmini ile ilgili uyuşmazlıkta **DANIŞTAY** şu sonuca varmıştır:

“...idarenin yapmak zorunda olduğu kamu hizmetini özel ve tüzel kişilere yaptırmayı ve zararın bu hizmetin yürütümü sırasında meydana gelmesi yürütülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyecek idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır...”²⁴⁵

ZARARA İLİŞKİN KOŞULLAR:

1-Zarar maddi veya manevi olabilir,

²⁴⁵ D.10.D.E. 2002/7475; www.kazanci.com.tr.

2-Zarar “gerçek” olmalıdır. Henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşmesi beklenen bir zarar olması yeterli değildir. Ancak gerçekleşeceği kesin olan bir zarar varsa bu koşul gerçekleşmiş sayılır. Yani bu durumda zararın tazmin edilmesi gerekir.

DANIŞTAY KARARI: "...idarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için idari işlem nedeniyle meydana gelen zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması gerekmektedir. Bu nedenle gerçekleşmesi olası bulunan zararların idarenin tazmin sorumluluğunu doğurmayacağı açıktır..." (D.10. D.E. 2008/1506;www.kazanci.com).

"...İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir **maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hâle gelmiş olması halinde mümkündür**. Kişinin isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksiklikler ile çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır..." (İDDK.E. 2008/909;www.kazanci.com).

3-Zarar “özel ve olağandışı” bir zarar olmalıdır. Özel zarar=Toplumun geneline yayılmış yani “genel külfet” halini almamış bir zarar olmalıdır. Örneğin ekonomik bunalım ülkede herkesi etkiler. Bu nedenle ağır ekonomik bunalım nedeniyle uğranan zarar talep edilemez. Ancak herkesin katlanmak zorunda kaldığı genel külfet belirli kişi ya da kişiler bakımından diğerlerine nazaran çok daha ağır bir külfet haline gelmişse yani “özel”leşmişse tazmin edilmesi gerektiği ileri sürülebilir.

Olağandışı zarar=Hizmetin yürütülmesi esnasında kişilerin katlanmalarının beklenemeyeceği türden zararlardır. Trafik sıkışıklığı nedeniyle otobüsü beklemek zorunda kalmak olağan zararı; otobüs şoförünün kusurlu hareketi sonucunda aracın altında kalarak yaralanmak olağandışı zararı örneklendirebilir.

4-Zarar görenin mutlaka hizmetten yararlanan olması şart değildir. Hizmeti görenlerin yani kamu görevlilerinin zarar görmeleri halinde de idare, diğer şartlar varsa, sorumlu olur.

DANIŞTAY KARARI:

"...Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir..." (D.10. D.E. 2008/188;www.kazanci.com).

Ancak bazı hallerde, genel külfet dahi olsa idareye kusur atfetmek mümkün olabilir. Mesela idare genel külfet ile ilgili bilgilendirmede bulunmadığı için kişiler zarar görmemek için gerekli tedbirleri alamamış olabilirler. Bu durumda meydana gelebilecek özel zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerekir:

"...Toplumun genel yararına yönelik olaylarda, sadece. kişilerin uğradığı özel zararların tazmini mümkün olup; ilgililerin genel külfetlere katlanması gerekmektedir.

Bu itibarla, toplumun genel yararına yönelik olarak baraj gölünde su tutulması nedeniyle o bölgede ziraat yapan ilgililerin uğradıkları genel nitelikteki zararların tazminine olanak bulunmamaktadır. Ancak, baraj alanında su tutulmaya başlanılacağına çiftçilere zamanında duyurulması idareye düşen bir ödevdir. Duyuru üzerine çiftçilerin zirai faaliyetleri konusunda önlemler alarak, uğrayacakları zararları azaltabilecekleri açık olduğundan; **duyuru yapılmaması**, böylece hizmetin kusurlu işletilmesi nedeniyle gerekli önlemleri alamayan çiftçilerin uğradıkları özel nitelikteki zararların tazmininin gerektiği

SORUMLULUK ESASLARI: KUSURLU SORUMLULUK (HİZMET KUSURU) VE KUSURSUZ SORUMLULUK

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, Anayasa kusurlu ya da kusursuz sorumluluk konusunda açık hüküm getirmemiş olduğuna göre kusurlu sorumluluğu şöyle tanımlayabiliriz:

KUSURLU SORUMLULUK: İdarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı ödemekle yükümlü olmasıdır.

İçtihadlarda idarenin kusurlu sorumluluğu "HİZMET KUSURU" olarak anılmaktadır. (İdarenin kusurlu sorumluluğu=hizmet kusuru).

Belirtmek gerekir ki "hizmet kusuru" ifadesindeki "hizmet" aynı zamanda "kolluk" faaliyetini de kapsamaktadır. Kolluk da bir kamu hizmeti olduğuna göre hizmet kusuru kolluk faaliyeti bakımından da sözkonusu olabilir. (Örneğin, polis ile bir suç örgütü üyeleri arasında çatışma yaşanırken güvenlik şeridinin oluşturulmaması ve gerekli diğer önlemlerin alınmaması nedeniyle yoldan geçen bir bireyin yaralanması durumunda kolluk hizmetinin kusurlu işlediği Kabul edilebilir.)

Öğreti ve içtihadlara göre hizmet kusuru: "Bir kamu hizmetinin **kuruluş** ya da **işleyişindeki nesnel** nitelikli bir aksaklık ya da bozukluktur".²⁴⁶

Bu tanımdan hareketle bazı sonuçlara varılabilir:

1-Aksaklık ya da bozukluk hizmetin kuruluşunda da olabilir (hizmetin düzgün biçimde yürütülebilmesi için gerekli teşkilatın, personelin ve diğer unsurların henüz sağlanmamış olması).

2-Aksaklık ya da bozukluk hizmetin işleyişinde olabilir (teşkilat, personel ve diğer unsurlar yeterli olduğu halde başka nedenlerle hizmetin gereği gibi görülmemesi).

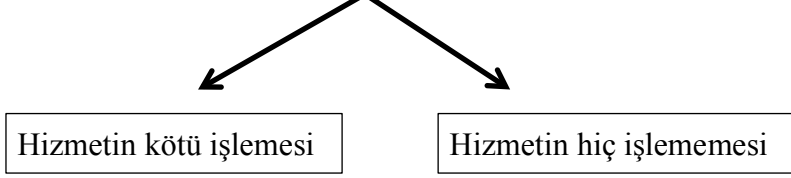
3-Aksaklık ya da bozukluk "NESNEL" nitelikli olabilir. Nesnel, öznelin karşıtıdır. Bu ifade ile anlatılmak istenen esasında sorumluluğun her zaman belirli bir kişiye atfedilmesinin mümkün olmamasıdır. Gerçekten idarenin eylem ve işlemini yapan gerçekte kamu görevlisinden başkası değildir. Bazen zarara sebep olan kişiyi tespit etmek mümkün olabilir (mesela kamera kayıtlarında bir kamu görevlisinin bireylere karşı ölçsüz biçimde güç kullandığının tespit edilmesi gibi). Ancak bazen zarar birden çok kişinin eylem ya da işleminin birleşmesinin sonucu olarak ortaya çıkabilir. Bu durumda zararı tek bir kişiye ya da idareye isnad etmek mümkün olmaz. Bir örnek vermek konunun anlaşılması bakımından faydalı olabilir:

Olay: Sorunlu bir doğum yapmak üzere olan ve sürekli kan kaybeden bir kadın uzunca bir mesafede bulunan hastaneye ulaştırılmak için ambulansla evinden alınmıştır. Yolda hava kararmış ve ambulansın farlarının çalışmaması nedeniyle yola devam edilememiştir. Bir başka ambulans çağırılmış ancak bu sefer de gelen ambulansın tekerleği patlamış ve yolda vakit kaybedilmiştir. Hastaneye varıldığında nöbetçi doktorun yerini terk ederek sinemaya gittiği anlaşılmıştır. Doktor bulunmuş ancak hastaya enjekte edilmesi gereken ilacın bulunduğu dolabın kilitli olduğu görülmüş ve anahtarı bulunamamıştır. Bütün bu aksaklıklar sonucunda hastaya zamanında müdahale edilememiş ve kadın ölmüştür.

²⁴⁶ "...İdari eylem ve işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir **hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya eksiklik** şeklinde tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin **kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi** hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır..."DANIŞTAY10. DAİREE. 2011/1371

İşte yukarıda bahsettiğimiz örnekte sorumluluğun hangi kişiye ait olduğunu, zararın tek başına kimin eylem ya da işleminden doğduğunu tespit etmek oldukça güçtür. Adeta kamu görevlilerinin ihmal ya da kusurlu davranışları birleşerek zararı doğurmuştur. İşte nesnellik ve “ANONİM HİZMET KUSURU” tabirleri bu özelliği vurgulamak için kullanılmaktadır

HİZMET KUSURUNUN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ:



Yargı kararlarında ve İdare Hukuku kitaplarında “hizmetin geç işlemesi” de ayırımı dahil edilmektedir. Ancak “geç” işleme de bir nevi “kötü” işleme olduğu için biz üçlü ayırım yapmıyoruz.

Hizmetin kötü işlemesi: Hizmetin kötü işlemesi halinde, hizmet aslında kurulmuş ve işlemektedir; ancak, idarenin belirli bir yükümlülüğünü yerine getirmemesinin sonucunda bir zarar meydana gelmektedir.

"...Sözü edilen yapının ruhsata aykırı olarak 4 kat yerine 8 kat ve fen ve inşaat tekniklerine aykırı yapıldığı, davalı idarelerin uzunca bir süre **denetim yükümlülüklerini yerine getirmedikleri**, böylece hizmetin geç işlemesi nedeniyle zararın doğmasına sebep oldukları tartışmasızdır..." (D.6. D.E. E. 2008/10988;www.kazanci.com).

"...Davalı idarenin 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinliklerinin ikinci gününde protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı, önleyici kolluk tedbirlerini alamadığı, kalabalığı dağıtmaya yarayacak ara ve gereçlerini hazır bulundurmadığı, özetle hizmetin **geç ve kötü** işlemesi sonucu uyuşmazlık konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır..." (D.10. D.E. 1994/7359;www.kazanci.com).

Hizmetin hiç işlememesi: Bu durumda ortada gerekli hizmeti verebilecek kapasitede bir idare olmasına rağmen yönetilenler hizmeti alamamıştır. Örneğin toplumsal bir olaya polisin müdahalesi sırasında vücuduna ciddi darbeler alan bir kişinin hastaneye başvurusu üzerine gerekli tetkikler yapılmadan istirahat için eve gönderilmesi ve evinde iç kanama sonucunda ölmesi durumunda ortada hizmet hiç işlememiştir.

→ Danıştay, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk yanında aslında hizmet kusuru sayılan **"görev kusuru"**nu da ayrıca ele almaktadır. Yüksek Mahkeme; bir polis memurunun ekip arkadaşı tarafından kaza sonucu öldürülmesi ile ilgili bir kararında sorumluluğu görev kusuruna dayandırmıştır:

"...Bu iki sorumluluk türünün yanısıra, geniş anlamda kişisel kusur olmakla birlikte, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, idare ajanının hizmet içinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak işlediği, kendisine atıf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olarak tanımlanabilecek görev kusurunun mevcudiyeti halinde de, idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu anlamda görev kusuru, idarenin ajanının hizmet ve görevden ayrılamayan kişisel kusurudur..." (D.İ.D.G.K. E. 2010/2740;www.kazanci.com)

Karardaki; "hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak" ifadesi önemlidir. Demek ki Yüksek Mahkemeye göre:

- 1-Kusurlu davranan şahsın tesbit edilebildiği yani öznelleştiği,
 - 2-Bu kişinin bir kamu görevlisi olduğu,
 - 3-Kusurun hizmetten ayıramadığı,
- hallerde görev kusuru vardır.

→ **HİZMET KUSURU ASLİ SORUMLULUK ESASIDIR!!!**

Asli sorumluluk esası ne demektir? Bu esas, idarenin bir işlem ya da eylemi sonucunda bir zarar meydana geldiğinde öncelikle “HİZMET KUSURU” olup olmadığının irdelenmesinin şart olduğunu ifade eder. Danıştay, ilk derece mahkemesinin hizmet kusuru olup olmadığını incelemeyen, doğrudan doğruya kusursuz sorumluluğa hükmetmesi halinde ilk derece mahkemesinin kararını bozmaktadır:

"...Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir..."D.10. D.E. 2007/3301.

Gerçekten, idarenin esasında kusursuz gibi görüldüğü birçok olay derinlemesine irdelendiğinde aslında ortada hizmet kusuru olduğu ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, bir ilkokul öğrencisinin okula girmeden önce sokakta bulunduğu bir çiviye gizlice okula getirdiğini ve bir tenefüs sırasında çiviyle oynarken bir arkadaşının gözüne zarar verdiğini düşünelim. Bu zarar nedeniyle belki idarenin hizmet kusurundan değil, kusursuz sorumluluğundan bahsetmek mümkün olabilir.

Bir de; olay üzerine, İdari yargıda tazminat davası (tam yargı davası) açıldığını ve re'sen araştırma yetkisine dayanarak olayı inceleyen idari yargı yerinin şu bilgiyi edindiğini düşünelim: "Olayın meydana geldiği ders arasından bir önceki arada bir öğretmen çocukların çiviyle oynadıklarını görmüş ancak müdahale etmemiştir. Bu bilgi sorumluluk esasını değiştirecektir. Kusursuz sorumluluk yerine artık çiviyle oynadıklarını tespit ettiği halde gerekli önlemi almamış olan idare hizmet kusuru esasına göre sorumlu olacaktır.

Dikkat edilirse "istihbarat" ya da "olayın meydana gelebileceğine ilişkin bilgi ya da ihbar" bulunması ve idarenin buna rağmen gerekli önlemleri almaması kusursuz sorumluluğu ve hatta sorumsuzluğu bir anda hizmet kusuruna dönüştürebilmektedir. Örneğin bir gazetecinin yazıları nedeniyle tehdit aldığını polise bildirdiği halde gerekenin yapılmaması idarenin sorumluluk esasını kusursuz sorumluluktan hizmet kusuruna dönüştürür.

Burada Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıktan bahsedilmelidir: Olayda tehdit alan bir kişi emniyete başvurarak korunmasına ilişkin talepte bulunmuştur. Aradan uzun bir süre geçtikten sonra nihayet kendisinin korunmasına ilişkin önlemler alınmıştır. Bir süre sonra alınan önlemlere son verilmiş ancak bu sırada kişi silahlı saldırıya uğrayarak yaralanmıştır. Danıştay 10. Dairesi bu uyuşmazlıkta olayın gerekli ve yeterli önlemler alındıktan sonra meydana gelmesi nedeniyle maddi tazminata hükmetmemiştir. Ancak olayın başta ciddiye alınmayarak gerekli önlemlerin tehdit alan kişinin talebinden uzun bir süre geçtikten sonra alınması nedeniyle hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varmış ve can güvenliğine gereken özeni göstermede geç kalınmasından duyulan üzüntü ve sıkıntı nedeniyle "manevi tazminat"a hükmedilmesi gerektiğini vurgulamıştır.²⁴⁷ Bu uyuşmazlıkta kusursuz sorumluluğa dayanılsaydı maddi zararın da tazmin edilmesi mümkün olabilirdi. Ancak hizmet kusurunun asli sorumluluk esası olması manevi zarar bakımından hizmet kusuruna

²⁴⁷ D.10.D.E.2007/4863; www.kazanci.com.tr.

dayanılmasını zorunlu kılmış, maddi zararın karşılanması mümkün olmamıştır. Bu sorun aynı zamanda Danıştay'ın kabul ettiği şu ilke ile de alakalıdır:

“HEM KUSUR HEM DE KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİNE DAYANILARAK İDARENİN SORUMLULUĞUNA HÜKMEDİLEMEZ”²⁴⁸

Şu halde tek bir olay içerisindeki zarara yol açan vakaları ayrı ayrı ele alarak bir kısmını hizmet kusuru diğerlerini ise kusursuz sorumluluk esası bakımından değerlendirmek mümkün görünmemektedir.

“AĞIR HİZMET KUSURU” YAKLAŞIMI

Bazı idari yargı kararlarında hizmet kusurunun “AĞIR” olduğuna ilişkin saptamada da bulunmaktadır. Örneğin yargı kararlarının yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru kabul edilmektedir.²⁴⁹ Ancak kusurun ağırlığının bazı uyuşmazlıklarda idarenin sorumlu tutulabilmesinin koşulu olarak görüldüğü de belirtilmelidir. Başka bir anlatımla idarenin bazı faaliyetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda (özellikle tehlikeli nitelikteki faaliyetlerde) idari yargı yerleri tarafından “ağır kusur” olmadıkça idarenin sorumlu olmayacağına ilişkin bir yaklaşımda bulunmaktadır. Örneğin “sağlık” kamu hizmetinin riskli olduğundan ve tedavi sırasında çeşitli komplikasyonların olması ihtimalinden hareketle ancak “ağır kusur” halinde idarenin sorumlu olacağına karar verilebilmektedir.²⁵⁰ Öğretide bu yaklaşım eleştirilmektedir.

KUSURSUZ SORUMLULUK

Asli sorumluluk esası hizmet kusuru (kusurlu sorumluluk) olmakla birlikte idarenin işlem ya da eylemi sonucunda meydana gelen bir özel ve olağandışı zarardan şartları varsa kusuru olmasa da sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu iki temel esasa dayandırılmaktadır: Risk ilkesi (muhatara, hasar) ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi (=Fedakarlığın Denkleştirilmesi)

1-RİSK İLKESİ

Bu ilke idarenin bazı faaliyetlerinin tehlikeli olması düşüncesine dayanmaktadır. Gerçekten, idarenin; kolluk²⁵¹, nükleer enerji üretimi, bomba imhası gibi faaliyetleri tehlikelidir. Bu faaliyetlerin yürütülmesi sırasında gereken her türlü önlem alınsa dahi bir kazanın ortaya çıkması yani öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan ve zarar doğuran bir olayın meydana gelmesi ihtimali vardır. İşte her türlü önlemi aldığı için kusurlu

²⁴⁸ "...İdare mahkemesince davalı idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştır. Oysa hem kusur hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir..."DANIŞTAY10. DAİREE. 1995/2388

²⁴⁹ D.10.D.E.2004/13990; www.kazanci.com.tr.

²⁵⁰ Diğer yandan, İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir. DANIŞTAYİDARİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULUE. 2007/2113

²⁵¹ D.10.D.E.2009/6665; www.kazanci.com.tr. Kararda yüksek mahkeme güvenlik hizmetinin “bünyesinde risk taşıdığını” vurgulamıştır.

sayılamayacak olan idare tehlikeli faaliyeti nedeniyle bir zararın ortaya çıkmasına sebep olduğu takdirde bu zararı risk ilkesine göre karşılamakla yükümlüdür.

Örneğin, hırsızlık suçu sanıklarının bulunduğu arabayı takip eden ekip arabasındaki polisler, öndeki araçtan kendilerine ateş açılması üzerine sanıkların bulunduğu arabayı durdurmak amacıyla tekerleklerine ateş etmişlerdir. Ancak tekerlekten seken bir kurşun yakında bulunan bir dükkanın önünde oturan kişinin ölümüne sebep olmuştur.

İşte bu olayda, eğer idareye kusur atfetmek mümkün olamaz ise, kolluk faaliyetinin “tehlikeli” bir faaliyet olması nedeniyle “risk ilkesi” gereği idare tarafından ölen kişinin yakınlarının maddi ve manevi zararlarının karşılanması gerekir.

Bomba imha bürosunda görev yapan polislerin patlama sonucunda ölümü üzerine mirasçıları tarafından maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin uyuşmazlıkta Danıştay, RİSK İLKESİNE dayanarak tazminata hükmetmiştir:

"...Gelişen teknoloji ve ihtiyaçlara bağlı olarak idarenin yürüttüğü hizmetlerin bazılarının, bünyesinde risk taşıdığı görülmektedir. İşte içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetlerden dolayı gerek bu faaliyeti yürüten idare ajanlarının gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların **kusursuz sorumluluk** ilkesine göre tazmini gerekmektedir.

Dava konusu olayda, aralarında bomba imha uzmanı olarak görev yapan davacılar murisiın görevlilerce önceden bulunan ve bomba imha büro amirliğinin bulunduğu emniyet müdürlüğü ek binasına getirilen bombayı burada imha ettikleri ancak imhadan sonra **bilinmeyen bir nedenle** ortaya çıkan patlama sonucu davacılar murisinin vefat ettiği dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden anlaşılmaktadır. Bomba uzmanlarının olayla ilgili görüşlerinde patlamaya neden olacak olgular olarak tüplerden örnek patlayıcı alınırken veya boş tüplerin ağız kısımlarına ve üzerlerine patlayıcı bulaşmış olabileceği, bir miktar patlayıcının beton zemine dökülmesi ihtimalinin mevcut olduğu, yerde patlayıcı üzerinde yürümek, sert bir cisim bırakmanın patlayıcıların patlaması sonucunu doğurduğunu belirtmektedirler. Bunlarda göstermektedir ki, **bomba imhası riskli hizmetlerdir**. Yani idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonuç doğabilecektir. Bu nedenle bomba imhası nedeniyle meydana gelen ölüm olayından dolayı ilgilerin uğradığı zararın idare mahkemesi kararında belirtildiği gibi **hizmet kusuru ilkesine göre değil, yukarıda aktarılan kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir...**". (D.10. D.E. 1997/3996;www.kazanci.com).

***Risk ilkesinin uygulandığı haller aslında idarenin hizmet kusurundan sorumluluğunu ortadan kaldıran “beklenmeyen durum”lardır.

2-KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİ (FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ)

İdarenin tehlikeli olmayan faaliyetleri nedeniyle de kişiler zarar görebilir. Diğer şartları varsa, bu hallerde de idarenin kusuru olmasa bile sorumlu olduğu Kabul edilmektedir. Örneğin bayındırlık hizmetlerinin görülmesi sırasında meydana gelen zararlarda bu ilkeye göre tazminata hükmedilmektedir. Örneğin Danıştay, köprü yapılması nedeniyle yol düzeyinin altında kalarak değer kaybına uğrayan binanın sahibine kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanarak tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁵²

Bazen idarenin hukuka **uygun** bir işlemi de özel ve olağandışı bir zarar doğurabilir. Bu hallerde de kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uygulanmaktadır.

Örnek Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Kararı:

²⁵² D.12.D.E.1969/801; nakleden, Esin, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, s.141,142, Ankara, 1973.

“...Bir idari işlemin, hukuka uygun olmasına karşın, bazı kişilere zarar vermesi mümkündür. İdari işlemlerde amaç kamu yararı olduğuna göre, kamu yararının gerçekleştirilmesi için hukuk kurallarına uygun biçimde tesis edilen işlemlerde, eğer işlem bazı kişilere olağan dışı bir zarar veriyorsa bu zararın o kişiler üzerinde bırakılmayıp kamuya paylaştırılması, böylece toplumun diğer kesimleri ile özel ve olağan dışı zarara uğramış kişiler arasında fedakarlığın denkleştirilmesi gerekir...”(AYİM.E.1993/98; nakleden Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku, C.II, s.671-672, Ankara 2014).

3-SOSYAL RİSK (SOSYAL HASAR) İLKESİ:

Günümüzde genellikle terör faaliyeti nedeniyle ortaya çıkan zararların karşılanması için idari yargı yerleri tarafından uygulanan bir ilkedir. Bu ilkeye göre, terör faaliyeti nedeniyle meydana gelebilecek zararları öngörmek ve önlemek her zaman mümkün olamamaktadır. Bunun sonucu olarak da bireyler toplumun bir ferdi olmaları nedeniyle bir zarara uğrayabilmekte ve bu özel ve olağandışı zararın toplumun diğer kesimi tarafından karşılanması gerekmektedir.

Danıştay’ın sosyal risk ilkesini uyguladığı kararlarda sıkça tekrarladığı şu ifadeler önemlidir:

"... Bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan **özel ve olağan dışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi** amaçlanmıştır.

Belirtilen niteliğine göre, sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir..." (D.15. D.E. 2012/189;www.kazanci.com).

"...İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir..." DANIŞTAY,10. D.E. 2009/5172.

Danıştay’ın yaklaşımında iki temel ifade dikkat çekmektedir:

1-Nedensellik bağının aranmaması: Gerçekten de terör faaliyeti nedeniyle meydana gelen zarar, esasında idarenin işlem ya da eyleminin bir sonucu değildir. Terör örgütünün eyleminin sonucudur.

Nedensellik bağı olmadan sorumluluk olabileceğine ilişkin yaklaşım, hukuk biliminin ve içtihadlarının asırlardır sorumluluğun sözkonusu olabilmesi için zorunlu gördüğü bir unsuru gözardı etmek anlamına geldiği için eleştirilmektedir. Mücbir sebep sözkonusu olduğunda nedensellik bağı kesildiği için idarenin sorumlu olmadığı kabul edilirken nedensellik bağı aranmadan sorumluluğa hükmetmek aynı zamanda çelişkilidir. Kanaatimizce eleştiriler haklıdır ve farklı bir çözüm bulunmalıdır. (Belki terör olgusunun ortaya çıkmasında idarenin ihmali olduğu düşünülerek yine de nedensellik bağı kurulabilir).

2-“Önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği” ifadesi: Bu ifadede de “başaramama”, “yükümlülüğünü yerine getirememe” yani kolluk hizmetini gereği gibi yürütememe anlamları çıkarılabilir. Başka bir anlatımla bu ifade aslında “hizmet

kusuru”nun mevcut olduğu biçiminde anlaşılabilir. Bu da sosyal risk ilkesi nedeniyle sorumluluğun, kusursuz sorumluluk kabul edilmesi ile çelişmektedir.

Kanaatimizce ya terör faaliyeti nedeniyle ortaya çıkan zarardan bunu önleyemeyen idarenin (ihmal ile nedensellik bağı kurularak) hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olduğu kabul edilmelidir ya da idarenin nedensellik bağının olmaması nedeniyle sorumlu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu iki olasılık dışındaki yaklaşımları temel hukuk ilkeleriyle bağdaştırmak pek mümkün görünmemektedir. İdarenin sorumlu olmadığı kabul edilirse, kanun çıkarılarak terörden doğan zararların karşılanması yoluna gidilebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, sosyal risk ilkesine göre idare, malvarlığına ilişkin zararları da tazmin etmekle yükümlüdür. Terör örgütü mensupları tarafından aracı yakılan bir kişinin açtığı dava sonucunda Danıştay; sosyal risk ilkesine göre tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir (D.10.D.1996/9012; www.kazanci.com.tr).

4-YASAMA VE YARGI FAALİYETİ NEDENİYLE İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

Yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar genellikle idarenin bu kanunlara dayanarak yaptığı işlem ve eylemlerle yönetilenlerin hak ve menfaatlerini etkilerler. Yargı yerleri tarafından verilen kararlar da genellikle idarenin bunları uygulaması ile etki doğururlar. Acaba yasama ve yargı kararlarının uygulanması nedeniyle ortaya çıkan zarardan idare sorumlu tutulabilir mi?

Tabii ki, yargı kararının uygulayıcısı olduğu için, idarenin, hukuka aykırı davrandığı ve kusurlu olduğunu ileri sürmek güçtür. Bu nedenle burada daha ziyade kusursuz sorumluluğun söz konusu olup olamayacağı üzerinde durulmaktadır. Ancak bu konudaki idari yargı kararları Türkiye’de “yargı faaliyeti” nedeniyle idarenin sorumlu olmayacağını hükme bağlamışlardır.²⁵³ Bu nedenle içtihadlar değişmedikçe pozitif hukuk açısından yargı faaliyeti nedeniyle “idarenin” sorumlu olabileceğini belirtmek mümkün görünmemektedir.

Yasama faaliyeti nedeniyle sorumluluk açısından bir değerlendirme yapılmak gerekirse; bu durumda da idarenin bizzat yasa hükmü ile ortaya çıkan zarar nedeniyle “kusurlu” sorumluluğundan bahsetmek güçtür. Ancak kusursuz sorumluluktan bahsetmek mümkün olabilir. Öğretide Fransız Danıştay’ının bir kararına da atıfla yasama faaliyeti nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.²⁵⁴

ÖRNEK KARAR: TBMM tarafından çıkarılan bir kanunun açık hükmü ile bir kamu tüzelkişisinde görev yapanların görevine son verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi kanunun bu hükmünü iptal etmiştir. Bunun üzerine görev süresi henüz dolmadan işine son verilen kişiler idari yargıda dava açmışlardır. Danıştay’ın bu uyuşmazlığın tazminata ilişkin bölümü ile ilgili yaklaşımı şöyledir:

²⁵³ 1985/2638, T. 12 Aralık 1985, DD. 62-63, s.217, nakleden Bilgen a.g.e. s.334,337; AYİM, 3.D. 17.10.1978, E.1977/12822 K.1978/4314; 1.D. 22.12.1992, E.1992/224 K.1992/1600, nakleden Özgüldür, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin, Ankara 1996, s.148,152. AYİM 3.Dairesinin bir kararının ilgili bölümü şöyledir: “...Bilindiği üzere, Türk Hukuk sisteminde yargısal kararlarla, bu kararların uygulanmasından doğan, yani yargı fonksiyonunun verdiği zararların tazmini mümkün olmayıp; bu zararlar kamunun zararı olarak değerlendirilir. Yargı yeri ve yargıç, bu faaliyetten dolayı kural olarak sorumlu tutulamaz...” AYİM E.1997/150, K.1998/31, K.T. 13.01.1998; www.msb.gov.tr/ayim. Danıştay’ın bir kararındaki şu cümlelerden de ancak yargı fonksiyonu dışında kalan savcılık işlemleri aleyhinde idari yargı yoluna gidilebileceği anlaşılmaktadır: “...Ayrıca, yargı kararı ile kaldırılan gıyabi tutuklama kararının kayıtlardan silinmesinin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, Cumhuriyet Savcılığı yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir göreve ilişkin olduğundan, Adalet Bakanlığı’na karşı açılan davanın da idari yargıda görülmesi gerekmektedir...” D.10.D.E.2006/6131, K.2008/4559, K.T.18.06.2008; www.danistay.gov.tr.

²⁵⁴ Gözler (Yeni), s.777.

"...Görüldüğü üzere, kamu yararı taşıdığı kabul edilen bir yasanın uygulanmasından dolayı kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı ağırlıktaki zararların yasada kural olmasa bile kamu külfetleri karşısında eşitlik kuralı uyarınca tazminine Fransız Danıştay'ınca daha 1938 yılında karar verilmiş bulunmaktadır.

Olayda ise, davacının görevinin, bizzat Yasada yer alan "...kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer." kuralının idarece uygulanması nedeniyle sona erdiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi anılan kararında Yasa kuralını irdelerken hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğini belirtmiş ve söz konusu kuralın bu özelliklere sahip olmadığını ve bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulamayacağını özellikle vurgulamış olup; sonuçta davacının **yasa kuralı gereği de olsa** görevden alınmasının hukuka aykırı olduğunu bu kararıyla açıkça ortaya koyduğundan; bu kural uyarınca görevden alınan davacıya oluşan maddi zararının, davalı idarece **hizmet kusuru esasları uyarınca** ödenmesi hukuk devletinin gereğidir...". (DİDDK.E. 2009/901K. 2010/903;www.kazanci.com).

Bu kararda Danıştay "hizmet kusuru" esasını uygulamıştır. Kanaatimizce yasanın açık hükmünü uygulayan ve bu konuda takdir yetkisi olmayan idarenin "kusurlu" olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle yüksek mahkemenin kararına katılmıyoruz. Kanaatimizce bu uyuşmazlıkta "kusursuz sorumluluk" esası uygulanmalıydı.

Kararda öne çıkan bir başka husus Anayasa Mahkemesinin görevden almaya ilişkin kanun hükmünü değerlendirmesine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi göreve son verilmesine ilişkin kuralın bir kanun hükmünde olması gereken "genel, nesnel ve soyut" niteliğe sahip olmadığını vurgulamıştır. Gerçekten de belirli kişilerin görevine kanunla son verilmesi sübjektif nitelikte bir işlemdir. İşte yasamanın sübjektif nitelikteki kanunlarını uygulamak durumunda olan idarenin bundan ancak kusursuz olarak sorumlu olduğu sonucuna varılabilir. Burada idare adeta "yasamanın yol açtığı zararı" halktan toplanan vergilerle oluşan kamu kasasından ödeyecek bir aracı ya da mekanizma niteliğinde görülebilir.

5-KAMU GÖREVLİSİNİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU MESELESİ:

Pekiye eğer zararı doğuran eylemde bulunan ya da işlemi yapan kamu görevlisine tazminat davası açılarak zararın tazmin edilmesi mümkün müdür?

Kural olarak bu sorunun cevabı olumsuzdur. Kamu görevlilerinin işlem ya da eylemlerinin suç teşkil etmesi halinde kural olarak izin alınması gerektiği gibi (AY.129/son) bu kişilere sebep oldukları zarar nedeniyle tazminat davası açılması da kural olarak mümkün değildir.

➡ Anayasanın 129. Maddesinin 5. Fıkrası şöyledir:

"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."

ÖNEMLİ: Dikkat edilirse düzenleme, kamu görevlilerinin "yetkilerini kullanırken" işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarını kapsamına almıştır. Yani "yetkisini kullanmadığı" hallerde kamu görevlisinin işlediği kusurlardan doğan zararların tazmini için doğrudan kamu görevlisine dava açılabilir. Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yönde örnek bir kararı:

"...Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde

tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir..."(UM.E. 2002/11)

Şu halde kamu görevlisinin yetkisini kullanırken işlediği kusurdan doğan tazminat davası ancak İDARE aleyhine açılabilecektir. İdare, yargı yeri tarafından karar verilmesi halinde tazminatı ödeyecektir. İdare, bundan sonra ödediği tazminatı bir dava açarak sorumlu kamu görevlisinden geri alacaktır.

Bu kural iki temel düşünceye dayanmaktadır: **Birincisi**, kamu görevlisinin sürekli dava tehdidi altında çalışmasının mümkün olmayacağı ve kamu hizmetinin aksayacağı varsayımdır. **İkincisi**, kanaatimizce daha önemlisi, çoğu zaman yargı yeri tarafından hükmedilecek tazminatın kamu görevlisinin bir seferde ödeyebileceği miktarın üzerinde olmasıdır. Başka bir anlatımla tazminatın ancak mali gücü tartışmasız biçimde yüksek olan idare tarafından ödenmesi halinde garanti altında olduğu kabul edilebilir. İdare bu ödemeyi yaptıktan sonra bir dava açıp (re'sen kamu görevlisinin maaşından kesinti yapamaz!!!) sorumlu kamu görevlisinin maaşından belirli bir oranda kesinti yapılmasına ilişkin bir karar elde ederek ödediği tazminatı zamanla geri alır. Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararının ilgili bölümü şöyledir:

"...Bu düzenleme ile, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek ve kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak suretiyle kamu düzenini korumak amaçlanmıştır; aynı zamanda, zarara uğrayan kişi bakımından, memurlar veya diğer kamu görevlilerine oranla **ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumlu (idare) muhatap** kılınmıştır..."(UM.E. 2007/6)

Peki bu kuralın istisnası yok mudur?

21.02.2014 tarihinde yapılan değişikliğe kadar bu kuralın istisnası İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmişti. Eski düzenlemeye göre yargı kararlarının gereğini kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılabilirdi. Hatta bu düzenleme aleyhine anayasa mahkemesine başvurulmuş ve yüksek mahkeme düzenlemenin anayasaya uygun olduğuna karar vermişti.

21.02.2014 değişikliği sonrasında İdari Yargılama Usulü Kanunun 28.maddesinin 4. Fıkrasında şu hüküm yer almaktadır:

"Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir."

Bu durumda artık yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılması mümkün değildir. Tazminat davası idareye karşı açılacak, idare daha sonra kusurlu kamu görevlisine rücu edecektir. Kanaatimizce yeni düzenleme, yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri açısından caydırıcı etkiye sahip bir başvuru yolunu ortadan kaldırdığı için yerinde değildir.

Acaba bu olumsuz sonuç aşılabilir mi? Şöyle ki, dikkat edilirse anayasa kamu görevlilerinin "yetkilerini" kullanırken işledikleri kusurları kapsamına almaktadır. Başka bir anlatımla kişisel olarak tazminat davası açılabilmesi "yetkilerini" kullandıkları durumlara özgüdür. Peki "yargı kararlarını uygulamama" bir yetki kullanımı mıdır? Soruyu farklı sorarsak: Kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamama yetkisi var mıdır? Böyle bir yetki kendisine verilmiş midir? Hayır!!! Aksine, Anayasanın 138. Maddesi yargı kararlarının uygulanmasını emretmektedir. İYUK md.28/4'ün de üstü örtülü biçimde (ki yetki açık olmalıdır) böyle bir yetki tanıdığını ileri sürmek zorlama olur.

Sonuç olarak; yargı kararlarını uygulamama yetkisi sözkonusu olmadığına göre, yargı kararlarını uygulamamanın “yekinin kullanılması” sırasında işlenen bir kusur olduğu kabul edilemez. Bu bir kişisel kusur anlamına gelir ve kamu görevlisini anayasal korumanın dışına çıkarır. Yani kamu görevlisine karşı kişisel kusuru nedeniyle doğrudan tazminat davası açılabilir.

İDARENİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN HALLER

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için idarenin işlem ya da eylemi ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiğinden bahsetmiştik. İşte bazı hallerde nedensellik bağı kesildiği için idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Bazen de nedensellik bağı bulunmakla birlikte idare dışındaki kişilerin de kusurunun bulunması nedeniyle sorumluluk azalmaktadır.

A) MÜCBİR SEBEPLER: Mücbir sebep teşkil eden haller idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Hem hizmet kusuru hem de kusursuz sorumluluk ortadan kalkar. Çünkü mücbir sebepler “NEDENSELLİK BAĞINI” keserler. Başka bir anlatımla, mücbir sebebin bulunması halinde, ortaya çıkan zarar artık idarenin işlem ya da eyleminin değil, mücbir sebep sayılan olayın sonucudur.

Mücbir sebepler “DIŞARIDAN” (DIŞSAL)²⁵⁵ yani idarenin faaliyet alanının dışından gelen ve idarenin faaliyeti ile bağlantısı olmayan olaylardır. Deprem, sel baskını, çığ düşmesi, toprak kayması gibi...Bu olayların önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün değildir.

Burada önemli bir ayırımda bulunmak gerekir: Eğer zamanı bilinmemekle birlikte mücbir sebebin nerede gerçekleşeceği bilindiği halde gerekli önlemler alınmamışsa idare sorumlu olur. Örneğin depremin ne zaman olacağı henüz bilinmemekle birlikte yeri ve şiddeti tahmin edilebilmektedir. Buna rağmen fay hattının üzerinde ve depreme dayanıklı olmayan binaların yapılmasına izin veren idare artık “HİZMET KUSURU”ndan sorumlu olur.²⁵⁶ Örneğin Danıştay 6. Dairesinin kararına konu olan bir olayda ruhsatsız olarak ilave katlar yapılan bir bina hakkında idare tarafından yıkım kararı alınmış ancak bu karar uygulanmamıştır. Meydana gelen bir deprem sonucunda bina yıkılmıştır. Yüksek mahkeme:

"...davalı idarenin deprem sonucu yıkılan yapının inşası aşamasında yürütmesi gereken faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmemesi sonucu oluşan hizmet kusuru nedeniyle ortaya çıkan zararı tazminle sorumlu bulunduğu..."na hükmetmiştir.²⁵⁷

²⁵⁵ DİDDGK. E. 2008/11; www.kazanci.com.tr: "...Zorlayıcı sebep (mücbir sebep), kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenme olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen olaylar olarak tanımlanmaktadır.

Gerek yargısal kararlar, gerekse öğretide kabul edilen bu tanımlamaya göre zorlayıcı sebep kavramını oluşturan temel unsur, "dışsallığın" yanı sıra "önlenemez" ve "öngörülemez" olmasıdır..."

²⁵⁶ DİDDGK.E. 2008/11; www.kazanci.com.tr: "...Depremin, "önlenemez" ve "öngörülemez" olması nedeniyle zorlayıcı sebebin tipik bir örneğini oluşturduğu kuşkusuzdur. Zarar, münhasıran depremden kaynaklanmışsa idarenin sorumluluğundan söz etmeye hukuken olanak bulunmamakta ise de **zararın zorlayıcı sebep dışında idare tarafından ağırlaştırıldığına yargı yerince saptanması durumunda zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru gözönünde tutularak idarenin tazminle sorumlu tutulması gerekmektedir.** Örneğin, deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına uygun yapılaşma koşullarına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi, fay hattının yapılaşmaya açılması gibi durumlarda ilgili idarelerin deprem sonucu bir bölgedeki doğal zarardan kusurları oranında sorumlu tutulacağı tabiidir. Ancak, deprem sonucu bir bölgedeki binalarda oluşan tüm zararların idarenin tazmin sorumluluğu altında bulunduğundan söz edilemeyeceği de kuşkusuzdur..."

²⁵⁷ D.6.D.E. 2011/8609; www.kazanci.com.tr

B) BEKLENMEYEN HALLER:

Beklenmeyen haller de öngörölmeleri ve önlenmeleri mümkün olmayan olaylardır. Ancak mücbir sebeplerden farklı olarak bunlar idarenin faaliyeti içerisinde meydana gelen olaylardır. Başka bir anlatımla dışsal değil "İÇSEL"dirler. İdarenin yürüttüğü faaliyetler ile ilgili kazalar olarak da ifade edilebilirler. Örneğin tüm önlemler alındığı halde önceden öngörölemeyecek ve önlenemeyecek biçimde bir cephanelikte patlama meydana gelmesi beklenmeyen haldir. Ya da bir bombanın imha edildikten sonra beklenmedik biçimde patlaması gibi...

Beklenmeyen hallerde idareye kusur atfetmek mümkün olmaz. Ancak kusursuz sorumluluk nedeniyle idare zararı karşılamakla yükümlü olur. Özetle, **hizmet kusuru ortadan kalkar ancak kusursuz sorumluluk devam eder**. Kusursuz sorumlulukta risk ilkesinin uygulandığı haller, beklenmeyen hallerdir.

C) ZARAR GÖRENİN KUSURU

Bazen idarenin sorumluluğu yanında zararın meydana gelmesine zarar gören kişi de katkıda bulunmuş olabilir. Bu durumda:

a) Zarar görenin kusuru tek başına zararı doğurmuş ise; yani, idarenin işlem ya da eylemi ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesmişse, idare sorumlu olmaz. Örneğin, bir uyuşmazlıkta, Danıştay, "el bombası"nın ne olduğunu ve nasıl patlayabileceğini bildiği halde arazide bulunduğu el bombasını patlatan kişilerin uğradığı zarardan idarenin sorumlu olmayacağı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemeye göre el bombasının arazide bırakılması nedeniyle idarenin hizmet kusuru olmakla birlikte zarar görenlerin kusurları illiyet bağına kesmiştir.²⁵⁸ Aynı şekilde, üniversite sınavına girmek için kendisine gönderilen kılavuzda belirtilen işlemleri zamanında yapmadığı için sınava giriş belgesi alamayan kişinin açtığı davada Danıştay, bu kişinin sınava girememesi nedeniyle idarenin sorumlu olmadığına hükmetmiştir.²⁵⁹

b) Zarar görenin kusuru yanında idarenin de kusuru varsa, idare tarafından ödenecek tazminat azalır. Danıştay, güneydoğuda terörle mücadele ile ilgili askeri faaliyet sırasında arazide bırakılan bir patlayıcı maddeyi bulup çakmakla yakarak patlatan ve zarara uğrayan bir çobanla ilgili uyuşmazlıkta; kusurlu biçimde patlayıcı maddeyi arazide bırakan idare ile birlikte çobanın da kusurlu olduğuna hükmetmiş ve tazminat miktarını çobanın kusuru oranında azaltmıştır.²⁶⁰

D) ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU

Bu halde idarenin faaliyeti ile zarar arasına üçüncü kişi ya da kişilerin fiili de girmektedir. Eğer üçüncü kişinin fiili nedensellik bağına kesiyorsa, başka bir anlatımla, zarar; idarenin değil de üçüncü kişinin fiilinin sonucuysa, idare sorumlu olmayacaktır. Ancak üçüncü kişinin fiili yanında idarenin işlem ya da eylemi de zararın oluşmasına katkıda bulunmuşsa idarenin sorumluluğu ortadan kalmayacaktır; azalacaktır

²⁵⁸ D.10.D.E.2005/4493; www.kazanci.com.tr: "...Bu durumda; olayda, insanların sürekli kullanımında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasında, davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütölmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunmaktadır; ancak meydana gelen zarar, davacı ve arkadaşının kişisel kusurlarından kaynaklandığından, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunun olaya katılması, idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağına kesmektedir. Zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağına bulunmadığı olayda, idarenin tazmin sorumluluğundan da söz edilemeyecektir..."

²⁵⁹ D.8. D.E. 1996/20, K. 1997/1479, K.T. 5.5.1997; www.kazanci.com.

²⁶⁰ D.15.D.E.2011/9487; www.kazanci.com.tr.

İDARENİN SORUMLULUĞU

KUSURLU SORUMLULUK =HİZMET KUSURU

TANIM: Hizmetin kuruluşunda ya da işleyişinde nesnel nitelikli aksaklık ya da bozukluk.
ASLİ SORUMLULUK!!! Yani her olayda önce hizmet kusuru olup olmadığı irdelenecek!

KUSURSUZ SORUMLULUK

Hizmetin kötü işlenmesi

ÖRN: Ameliyat sırasında hastanın karnında sargı bezi unutulması; Sivas'da (Pir Sultan Abdal Şenlikleri) otelin yakılmasına kadar geçen süre içerisinde kolluğun geç müdahale etmesi sonucunda meydana gelen ölümler.

Hizmetin hiç işlememesi

ÖRN: Karayolunda onarım için açılan çukurla ilgili işaret ya da ışıklandırma yapılmaması sonucu aracın zarar görmesi. Gösteri yürüyüşüne müdahale sırasında vücuduna darbeler alan kişinin hastanede gerekli tetkikler yapılmadan eve gönderilmesi...

RİSK İLKESİ

Tehlikeli faaliyetler: Patlayıcı, silahlı ve benzeri tehlikeli araç ve yöntemlerin kullanıldığı faaliyetler. ÖRNEK: Bilinmeyen bir sebeple cephaneliğin patlaması, polis operasyonu sırasında seken bir kurşunun bir siviline isabet etmesi...

KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİ= FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ:

Tehlikeli işler dışında idarenin kusursuz olduğu hallerde özel ve olağandışı zararın toplum tarafından ödenen vergilerle oluşan kamu kasasından idarece karşılanması. Örn. Köprü yapımı nedeniyle yol düzeyinin altında kalan ve değer kaybeden dairenin malikine tazminat ödenir.

SOSYAL RİSK

Terör eylemleri nedeniyle kişilerin uğradığı zararların karşılanması.

SORUMLULUĞU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN HALLER

MÜCBİR SEBEPLER: Nedensellik bağıını kestiği için HEM KUSURLU HEM DE KUSURSUZ sorumluluğu kaldırır.

BEKLENMEYEN DURUM=KAZA Kusurlu sorumluluğu kaldırır; kusursuz sorumluluk devam eder.

ZARAR GÖRENİN KUSURU: Zarar tamamıyla zarar görenin kusuru sonucunda meydana gelmişse, yani illiyet bağıını kesiyorsa idare sorumluluktan kurtulur. Hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk kalkar. Ancak eğer zararda idarenin payı da varsa kısmen idare de sorumlu tutulabilir. Bu durumda hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk devam eder

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU: Üçüncü kişinin kusuru illiyet bağıını kesiyorsa idare sorumlu olmaz. Ancak zararda idarenin de payı var ise kısmen idare sorumlu tutulabilir.

Mücbir sebep ile beklenmeyen durum arasındaki fark: Mücbir sebep dışsaldır, yani, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olay idarenin dışında meydana gelir. Deprem, sel, heyelan gibi... Beklenmeyen durum ise idarenin faaliyet alanı içinde ortaya çıkar, yürüttüğü hizmet ile alakalı bir kaza meydana gelir. Mesela, tüm önlemler alındığı halde nedeni belli olmayan biçimde cephanelikte patlama olması gibi...