

İçindekiler

İDARE HUKUKU ALANI.....	8
İDARE HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ	17
HUKUK DEVLETİ İLKESİ	20
KANUNİLİK İLKESİ	21
EŞİTLİK İLKESİ.....	23
İDARE HUKUKUNU ETKİLEYEN ANAYASAL İLKELER.....	27
SOSYAL DEVLET İLKESİ.....	27
EŞİTLİK İLKESİ.....	27
İDARE HUKUKUNUN KAYNAKLARI	28
ANAYASA.....	28
KANUN, KHK ve İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ.....	28
ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER	29
ÖRF VE ADET KURALLARI	29
İDARE HUKUKUNUN BUGÜNKÜ GÖRÜNÜŞÜ	32
TEKNOLOJİK GELİŞMELER.....	32
KÜRESELLEŞME	32
AVRUPA BİRLİĞİ'NİN VE AİHS'NİN İDARE HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ	33
İDARENİN HUKUKİ MUAMELELERİ.....	39
İDARİ HUKUKİ MUAMELELERİN ÖZELLİKLERİ.....	40
İdari İşlemler Tek Yanlıdır.....	40
İdari İşlemler Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanır	41
İdari İşlemler Hukuki Sonuç Doğururlar.	42
İdari Eylem	43
İdari Sözleşmeler.....	45
İdare Dışında Kalan Kimselerin-Organların İdari İşlem Tesis Etmesi Mümkün Olabilir mi? 48	
İdarenin İdare Hukukuna Tabi Olmayan Muameleleri Var mıdır?	48
İdari İşlemlerin Tasnifi.....	51
İşlemlerin maddi ayrımı ve organik ayrımı.....	51
İdari İşlemlerin Maddi Açıdan Tasnifi: Genel İşlem-Birel İşlem.....	63
İradenin Sayısı Bakımından İdari İşlemler	66
Birel İşlem.....	70

Karma İşlem	74
Ara İşlemler	75
Zimni idari işlemler.....	77
İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI	80
Yetki Unsuru.....	80
Şekil ve Usul Unsuru.....	82
(Esas) Sebep ve Konu Unsuru.....	82
Maksat Unsuru	83
İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI DEVAM... ..	85
YETKİ UNSURU	85
VEKÂLET	87
YETKİ DEVRİ - İMZA DEVRİ.....	89
ŞEKİL/USUL UNSURU.....	91
Sebep Unsuru	94
Konu Unsuru	98
Maksat Unsuru	101
İdari İşlemlerin Sona Ermesi.....	102
İşlemlerin Mahkeme Kararı ile İptali	102
İdari İşlemin Kadük Olması.....	104
İDARİ İŞLEMLERİN İDARE TARAFINDAN SONA ERDİRİLMESİ.....	106
KAZANILMIŞ HAK VE MÜESSES DURUM	109
Genel Düzenleyici İşlemler ve Haklı Beklenti	111
Geri alma, kaldırma, kazanılmış hak, müesses durum ve haklı beklenti.....	116
İdari İşlemlere İlişkin Genel Tekrar	118
İdari İşlemlerin Yürürlüğe Girmesi ve Uygulanması Arasındaki Fark	118
Sebep İkamesi	119
İDARİ SÖZLEŞMELER.....	120
İdari Sözleşmelerde İdarenin Üstün Yetkileri Sahip Olması Hususu	122
İDARİ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ REJİMİ.....	125
İDARİ EYLEMLER	131
İDARENİN FAALİYETLERİ.....	133
KAMU HİZMETİ TANIMI	136
KAMU HİZMETİNİN KURULMASI VE KALDIRILMASI	139
KAMU HİZMETİNİN SONA ERMESİ	152

KAMU HİZMETİNİN HUKUKİ REJİMİ	154
KAMU HİZMETİNE HÂKİM OLAN İLKELER	155
SÜREKLİLİK İLKESİ	155
UYARLAMA İLKESİ	158
EŞİTLİK İLKESİ	162
KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLÜŞ USULLERİ	167
Emanet Usulü	167
Görev Verilen İdare Dışında Başka Bir İdarenin Kamu Hizmetini Yürütmesi	171
KAMU HİZMETİNİN ÖZEL KİŞİLER TARAFINDAN YÜRÜTÜLMESİ	173
KAMU HİZMETİ İMTİYAZI	175
İLTİZAM USULÜ	186
RUHSAT USULÜ	187
KAMU HİZMETİNİN YENİ GÖRÜLÜŞ USULLERİ	190
İDARENİN ÖZENDİRME VE DESTEKLEME FAALİYETİ	207
Köstekleme Faaliyeti	221
KOLLUK FAALİYETİ	223
GİRİŞ	223
KAMU DÜZENİ	224
KAMU DÜZENİN UNSURLARI	225
Kolluk İdarenin Bir Faaliyettir	231
Genel idari kolluk ve özel idari kolluk	234
Estetik Kamu Düzeni	235
ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	237
Kolluk Yetkisinin Zaman ve Mekana Göre Kapsamı	242
KOLLUK USULLERİ	251
Kolluk Faaliyeti-Kamu Hizmeti Ayrımı	251
OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİ	255
Kolluk Faaliyeti - Genel Özet	260
KOLLUK YETKİLERİNİN ÇATIŞMASI	266
KOLLUK FAALİYETLERİNİN ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİ	271
İDARENİN MAL EDİNME USULLERİ	286
DEVLETLEŞTİRME	291
İSTİMVAL	294
İstimvalin İlkeleri	295

KAMULAŞTIRMA	296
Kamulaştırmadan Önce Yapılacak İşler Ve İdari Şerh	307
Satın Alma Usulü	309
En önemli madde 10 ve 14. maddelerdir.	311
Kamulaştırma Sürecinde Adli Yargının Rolü	312
Kamulaştırma İşleminin Sebep Unsuru Olarak Taşınmazın Belirlenmesi Aşaması	313
Kamulaştırma Bedelinin Mahkemece Tespiti Ve Taşınmaz Malın İdare Adına Tescili 315	
Kısmen Kamulaştırma	322
Kamulaştırma (Devamı)	324
Acele Kamulaştırma	326
Trampa Yoluyla Kamulaştırma	327
İdareler Arası Mal Devri	327
Kamulaştırmadan Vazgeçme veya Geri Alma Hakkı.....	328
Kamulaştırmaz El Atma.....	330
İmar Hakkı Transferi.....	330
KAMU MALLARI.....	331
Sahipsiz mallar	335
Orta malı	336
Orta Malı	338
Hizmet Malı.....	339
Tamamlayıcı Şartlar:.....	339
Özetle, üç kriter bir mala kamu malı statüsü kazandırmaktadır; sahipsiz mal olmak, hizmet malı olmak, orta malı olmak. 340	
Kamu Mallarının Hukuki Rejimi.....	343
TAHSİS	345
Kamu Malı Statüsünün Hukuki Sonucu Nedir?	347
KAMU MALLARI DEVAMI.....	349
Kamu mallarından yararlanma usulleri.....	351
Özel yararlanma	353
Genel Yararlanma.....	354
KAMU PERSONEL HUKUKU	356
Kamu Personelindeki Gelişmeler	356
Kamu Personel Statüleri.....	357

Memurlar ve Memur Benzerleri	358
Sözleşmeliler:	359
İşçiler:	359
Geçici işçiler:	360
Mükellefler:.....	360
Fahri ajanlar:	360
Devlet Memurluğu	361
Memurluğa Giriş	361
Adaylık.....	361
İlkeler	362
Sınıflandırma:	362
Kariyer	362
Liyakat	362
Kamu Personel Hukuku (Devam)	362
Kamu ile bağlantılı olan, kamu adına iş yapan herkesi bir statüye koymak.....	363
İkinci sistem olarak kişiye ilişkin belirleme yapılabilir.....	363
Kariyer İlkesi	364
Liyakat İlkesi	366
MEMURLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, HAKLARI VE YASAKLARI	368
MEMURLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	368
DEVLET MEMURLARININ TABİ OLDUĞU YASAKLAR	371
DEVLET MEMURLARININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR.....	375
MEMUR DISİPLİN HUKUKU	379
Devlet Memurlarına İlişkin Disiplin Süreci	382
Suçta ve cezada kanunilik ilkesi	383
Cezanın Şahsiliği İlkesi	383
Masumiyet Karinesi.....	384
Geçmişe Yürüme Yasağı	384
Şüpheden Sanık Yararlanır	384
Eşitlik ilkesi	385
Savunma Hakkı	386
Ölçülülük İlkesi	387
Zamanaşımı Süreleri.....	388
Disiplin Cezalarına Karşı Başvurulabilecek Yollar	389

Görevden Uzaklaştırma Tedbiri	390
Memurların Ceza Hukuku Sorumluluğu (Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması).....	391
Yargı Kararlarının İncelenmesi:	393
Af veya başka bir yol ile ceza davasının sonuçları ortadan kalkarsa bu kişi memur olarak atanabilir mi ya da memuriyete etkisi ne olur ?	394
Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin İdare Hukuku Bakımından Etkisi:	395
Memurların Mali Sorumluluğu.....	397
Kamu Personeli Statüsünün Sona Ermesi	397
İDARENİN SORUMLULUĞU	401
Devletin Sorumluluğu ve İdarenin Sorumluluğu	401
Kamu görevlilerinin mali sorumluluğu	404
Kusur Sorumluluğu.....	406
Hizmet kusuru	406
Kusursuz Sorumluluk.....	409
Sosyal Risk İlkesi	410
Tehlike (Risk) Sorumluluğu.....	410
Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik	410
İdarenin Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Haller	411
İDARİ USUL	413
İHALE USULLERİ.....	413
İHALELERE İLİŞKİN TEMEL İLKELER	416
SAYDAMLIK İLKESİ	416
REKABET İLKESİ.....	416
EŞİTLİK İLKESİ.....	417
GÜVENİLİRLİK İLKESİ.....	418
GİZLİLİK İLKESİ	418
KAMUOYU DENETİMİ	419
ÖDENEK AYRILMASI	419
BİRDEN FAZLA İŞİN TEK İHALEYE KONU OLAMAMASI	419
İHALE USULLERİ.....	420
AÇIK İHALE USULÜ.....	420
BELLİ İSTEKLİLER ARASINDAKİ İHALE USULÜ.....	420
PAZARLIK USULÜ	420

DOĞRUDAN TEMİN	421
İHALE İŞLEMLERİNE KARŞI İTİRAZ SÜRECİ	421

İDARE HUKUKU ALANI

İdare hukuku, idarenin hukuku ile eş anlamlı değildir. Kavramda yer alan idare organik bakımdan bir idare değildir. Esasında, özetlemek gerekirse; idare hukukunu, idari faaliyetlere uygulanan özellikli hukuk olarak algılamak gerekir. İdare Hukuku idareye uygulanan hukuk değil, çünkü idareye özel hukuk da uygulanıyor. Dolayısıyla idarenin hukuku yaklaşımından ziyade idari faaliyetlere uygulanan hukuku anlamaya idrak etmeye çalışacağız. Niçin idari faaliyetlere uygulanan ayrı bir hukuka ihtiyaç var onu anlamaya çalışacağız? Hangi ihtiyaçtan ortaya çıktığını anlamaya çalışacağız?

Bir kurgu yapalım : Her şey 8 Şubat 1873'te kavramlaşmaya başladı. Bu başlangıç daha önce idare hukuku yoktu anlamına gelmez. Ancak 8 Şubat 1873'den itibaren, daha sonra bakıldığında, bu tarihi bir başlangıç göstererek ayrı bir yaklaşım başlamıştı. Fransa'da bu tarihten önce de ayrı bir yargı düzeni vardı. Fransa'da iktidarın normal mahkemelere tabi olmamak konusunda ki yaklaşımı bir idari yargı kurumuna yol açmıştı. Ama bu yaklaşım sadece yargı yeri bakımından farklılık oluşturuyordu. 8 Şubat 1873'de, şimdi artık Blanco kararı diye meşhur olmuş bir kararla, Fransız uyuşmazlık mahkemesi "**Agnès Blanco**" diye bir küçük kız çocuğu demiryolunda tütün taşımada kullanılan bir vagonunun çarpmasıyla yaralanınca, bundan kaynaklanan tazminat davasının çözümünde faaliyetin tabi olduğu hukuk sebebiyle özellik taşıdığından hareketle ayrı bir hukuk (idare hukuku) uygulanması gerekir, bu bir idari faaliyetten kaynaklanan sorumluluktur yaklaşımıyla idare hukuku olarak gelişecek bir yaklaşıma ivme kazandırıyor

Kimileri idare hukuku yaklaşımını ayrı bir yargı düzeninin ortaya çıkardığı ürün olarak kısıtlı bir şekilde değerlendiriyor. Ama esas meseleyi faaliyetten kaynaklanan özellikler içeren bir duruma uygun/uyarlanmış etkili bir hukuk arayışı ihtiyacı olarak ele almak ve bunun hukuk sistemlerinde nasıl giderildiğine, çözüldüğüne ilişkin olarak tarif etmek gerekir. Bu bakış açısıyla her devlette, nasıl olursa olsun ortaya çıkan ihtiyacı gideren yaklaşım vardır ve idare hukuku başlığı altında bunu araştırmak, derlemek, etkinliğini, işlerliğini değerlendirmek gerekir.

Dolayısıyla idari davalara ayrı mahkemenin bakması, idare hukukunun varlığının tek göstergesi değil veya idare hukukunun ayrı mahkemeye bağlı olduğu anlamına gelmiyor. İdare Hukukunu idari faaliyetlerin ayrı bir hukuk ihtiyacı, kişiler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanan hukuktan ayrı bir hukuk ihtiyacı, ayrı kurallar gerektirmesi, ayrı bir yaklaşım gerektirmesi şeklinde ortaya çıkan bir bütüncül boyutta ele alınması gerekir.

Dolayısıyla bu bakış açısı İdare Hukuku sadece Fransız sisteminde ve ondan etkilenen bizim gibi ülkelerde bulunmaz, ayrı bir idari yargı sisteminin olmadığı ülkelerde de idare hukuku vardır demektir. Böyle bir hukuk alanında çalışacağız. Bu hukuk alanının kendine özgü nitelikleri, kendine özgü cazip noktaları, kendine özgü şaşırtıcı, çelişkili gözükten ve eleştirilen yönleri var. Bunları size dile getirmeye çalışacağız.

Esas amacımız bu konuları anlatırken belli bir **vakiyayı** göstermektir. Bu alanı değerlendirirken sadece bir bilgi aktarımı yaklaşımı içinde olmamayı başarmaktır. Mevcut düzenlemelerin ayrıntılarıyla gösterilmesi olarak ortaya konulmaya çalışılırsa; insanın hayatı boyunca kavrayamayacağı kadar çok, gerekli gereksiz bilgilerle

doldurulmuş bir alan şeklinde karşımıza çıkar. Çünkü idari faaliyetleri ilgilendiren hükümler az veya çok her kanunda bulunmaktadır. Medeni kanunda sahipsiz mallara ilişkin, herkesin ortak kullandığı mallara ilişkin hükümlerden tutunda; ticaret hukukunda halka açık şirketlerle ilgili olarak idarenin yetkilerini düzenleyen hükümlere kadar ve tabi sadece idareyi düzenleyen hükümlere kadar ilgili mevzuat uzanmaktadır. Bunların her birini ayrıntılarıyla açıklamaya çalıştığımızda, teşkilat şemasını ayrıntılandırmaya çalıştığımızda, buna ilişkin kanunları anlatmaya çalıştığımızda büyük bir malumat yığınıyla uğraşır oluruz. Bu malumatı idare hukukunun eğitiminin esası kabul edip bunu anlatmak isabetli olmaz. Teşkilat şöyledir, başbakanlık böyledir, bakanlıklar böyledir, yerel yönetimler şu şekildedir. Köy kanunundaki düzenlemeler şöyledir. Büyükşehir belediyesi kanunundaki düzenlemeler böyledir. İl özel idaresi kanunundaki düzenlemeler böyledir. Bunlar kitaplarda yüzlerce sayfa alacak kadar veri oluşturur. Evet bunlar vardır, birer vakıadır. Pozitif düzenlemenin ortaya çıkarttığı düzenlemeler vardır. İdari faaliyetleri düzenleyen çeşitli kanunlar ve diğer genel düzenleyici işlemler vardır. Ama eğitimde bunlar odaklı bakılırsa altından kalkılamayacak kadar çok ve esasında öğrenildiğinde hemen eskiyecek bilgiye yönelik bir çalışma yapmış oluruz. Niçin? Çünkü idare hareketlidir, çünkü hayat durağan değildir, sürekli değişkenlik yeniden kuruluş, gelişme söz konusudur. İkinci sınıfta anlatılacak, etraflıca açıklanacak bir kanun belki siz dördüncü sınıfa geldiğinizde değişmiş olacaktır. Yerinde durmayan, duramayan bir hukuk alanının belli bir dönemdeki düzenlemesi idare hukuku alanını ilgilendirmekle birlikte, acaba bu idare hukuku eğitiminin ana konusunu oluşturur mu? Hayır.

Hayır'ı dediğim için de bazı kitapları öncelikle bu yönden eleştireceğim. Bakın bazı idare hukuku kitaplarında kitabın neredeyse yarısı kadar, üç yüz sayfa teşkilat anlatılıyor. Teşkilatın bütün birimleri anlatılıyor. *Şimdi bunları bilmek gerekmez demek başka bir şey, idare hukukunu anlamak idrak etmek için idare hukukuna bunlarla yaklaşılır demek başka bir şeydir.*

Amacımızı, işimizi şöyle tarif edebiliriz. İdare hukuku vakıadan yani realiteden yola çıkarak hakikati, olması gerekeni araştıran hareketliliğe sahip olmayı gerektiren hukuk dalıdır. Bu hareketlilik boyutunu görmeden, sadece vakıayı, olanı anlamaya, öğrenmeye, ezberlemeye, hafızada tutmaya yönelik çalışılır isek hareketliliği takip edebilmemiz ve bunu takip etmeye yaranan az ve öz bilgiyi içselleştirmemiz mümkün olmaz. Esas mesele idare hukukunun bu hareket eden boyutunu anlayabilecek, izleyebilecek, değerlendirebilecek hareketli bir bilgiye ulaşmaktır. Bunun metoduna ulaşmaktır. Bu hareketli bilgiye ulaşabilmek için de bir sürü gerekli gereksiz o alandaki düzenlemeleri inceleyerek **mantığını anlamaya çalışmak** gerekir. Teşkilata ilişkin düzenlemelere, diğer kanuni düzenlemelerden gerekenlere hiç bakmadan idare hukuku yapılabılır denilemez ama onlara bakılıp onlarda kalındığı zaman da idare hukukunun gelişimini, hareket eden boyutunu takip edebilmek mümkün olamaz. Bu yüzden, hem olanla ilgilenmek hem de olana tabi olmadan, esir olmadan, olanın içinde kalmadan devam edebilmek gerekir.

Üzerinde “uzlaşmış” şeyi anlamak gereklidir ama yeterli değildir. Birçok şey uzlaşma ile yürütülüyor. Mesela bizim arkadaşlarımızın oturduğu maddeye sandalye dememiz bir uzlaşmadır. Hepimiz ona sandalye dediğimiz için veya benzer anlamda

koltuk dediğimiz için ona üzerinde anlaştığımız bir anlamı veriyoruz. Bu anlaştığımız anlamı verdiğimiz cisimler bakımından onun anlatılabilmesi mümkündür Ancak sosyal olaylardaki uzlaşma esasında dondurucu bir şeydir. Hareketli bir alanı uzlaşma ile dondurursanız, kendisi hareket eden bir alanı siz esasında kavrayamaz hale gelmiş olursunuz. İdarenin bir faaliyetini belli tarifler ve hukuki rejimler, kurallardan ibaret saymak suretiyle kendiniz açısından dondurursanız; idare bu faaliyete devam ederek başka esnemeler ve genişlemeler yaptığı zaman siz buradaki uzlaşmanın çerçevesi için de hapis kalmış, onu takip edememiş olursunuz. O yüzden bunu yani idare hukuku alanında “genel ve yaygın kabulleri” bilebilmek ama bu uzlaşmayı aşabilecek de ufuk sahibi olmak gerekir. Yani üzerinde uzlaşılan noktayı anlayabilmek için bu noktanın bütün sınırlarını içerden ve dışardan anlamaya ihtiyaç vardır. Bu anlama esasında “neyin üzerinde uzlaşıldığını anlayabilmek” içindir. Yoksa onunla birlikte uzlaşmak yani sabit kalmak için değildir.

Bu idare hukuku formasyonuna ulaştıktan sonra hem mevcut mevzuatı değerlendirmek mümkün olabilir, hem de ileriye doğru isabetli tahminlerde bulunmak sözkonusu olabilir. Kanuni düzenlemeyi doğuran ihtiyaç nedir? ihtiyaca cevap veriyor mu? zaman içinde değişmiş ise niçin değişmiş nasıl değişmiş? isabetli değişmiş mi? amaç bakımından daha farklı değişimler göstermesi gerekir mi? veya ileride bu değişecek, şöyle olacak, böyle olacak diye tahminlerde bulunacak donanımda olmak gerekir. Bu da sadece bilgi ile ilgili bir şey değildir. Sadece anlamakla ilgili bir şey değildir. Tekrar ediyorum “hazmetmek” ile “idrak” etmek ile “kavramak” ile ilgili bir şeydir. Anlamak her zaman kavramak değildir. O yüzden de idare hukuku derslerinde öğrenciden samimi bir ders takibi bekliyoruz. Bu gayreti birlikte gösterebilmek için konuya ilişkin orijinal yaklaşımlar içeren sorular, buna ilişkin katkılar beklentisi içinde olacağız. Dolayısıyla eğer takip edilmez ise sadece notlardan yararlanılarak çalışılırsa sınıf belki geçilebilir. Çünkü her sınavda (bizim sınavımızda mümkün olduğunca öyle yapmamaya çalışıyoruz) hâkim savcılık sınavında, kaymakamlık sınavında, maliye müfettişliği sınavında, her birinde üzerinde uzlaşılan ve yürürlükte olan kanunlara ilişkin kitaplardaki bilgiler soruluyor. Yani kanun maddesi soruluyor. Diğer türüsünü değerlendirmek objektif olarak çok mümkün olmadığı için öyle bir sınava hazırlananlar bakımından madde bilgisi isteniliyor. Hatta mesela hâkimlik savcılık sınavında o kadar madde bilgisi isteniliyor ki kanundaki cümleyi olduğu gibi yazıp, bir kelimesini değiştirerek, olumluyu olumsuzu çevirerek soru soruluyor. Siz biliyorsanız onun doğru cevabını belirliyorsunuz. Bu şekilde iş objektifleştirilmeye çalışılıyor. Yani sınavlarda (hukuk fakültesi sınavı değil diğer sınavlarda) uzlaşılan ve yürürlükte olan malzemeye ilişkin bilgi isteniliyor. Ama bu malzemeyi elde etmek, bir hukuk formasyonu elde etmek yolu değildir, bir hukuk teknisyenliği işidir. Önemli bir iştir, saygı duyulabilecek bir iştir, fakat geliştirici bir iş değildir. Tâbi olucu bir iştir. Ne değişirse onu öğreneceğiniz ve yeri geldiğinde tekrayacağınız bir iştir. Ama “önden gitmenize” imkân veren bir iş değildir. Malzemeye katkıda bulunmaya ve onu şekillendirmeye imkân veren bir iş değildir. İhtiyaçlar çerçevesinde gelişirken değişirken ona katkı verebileceğiniz bir iş değildir. Takip etmek ile ilgilidir. Halbuki asıl gündem olanı hafızaya almak ve olanı takip etmek değildir. Bunu aşan boyutu vardır.

Bir yargı kararı ile size örnek vereceğim. Nasıl bu uzlaşmaya takılmamak gerektiğini gösteren bir karar : “Dövizle Askerlik” konusunda bir AYİM kararı. Mevzuat gereği yurtdışında çalışanların dövizli askerlikten yararlanabilmeleri için yükümlülük döneminde yurtiçinde bir sene içinde altı aydan fazla kalmamaları gerekiyor. Olayda davacı Japonya’da işçi olarak çalışıyor ancak iş yerinin küçülme politikasından dolayı ücretli izne çıkarılıyor. Yurda geliyor ve altı ay yirmidört gün Türkiye’de kalıyor. Mevzuatta belirtilen süreleri aşmış olduğu gerekçesiyle (Türkiye’de yirmi dört gün fazla kalmış olması) yurtiçinde fazla süre kalmış olmasından dolayı dövizle askerlik hakkını kaybettiğine dair işlem yapılıyor. Buna karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) iptal davası açıyor. AYİM, Kanuna uygun gibi görünen bu işlemi yargılama sonucunda iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında Kanuna bir anlam veriyor. Kanunun anlamı kötüye kullanmaya engel olmaktır. Burada kişinin kalışı işsizlik sebebiyle değil, ücretli izin sebebiyledir, kaldı ki yirmidört gün aşmış olmaya bağlanan dövizle askerlik hakkını yitirmek de orantılılığı aşan bir yaptırım oluşturur gerekçelerini kullanarak, kanunun lafzına bağlı kalmadan, ruhunu anlamaya çalışarak, durumun gerektirdiği hakkaniyet arayışını gösteren bir karar veriyor.

Böyle bir uyuşmazlığa bir klasik mantıkla bakarsanız, hukuk teknisyenliği mantığıyla bakarsanız, çözümü net: o kişinin dövizli askerlik hakkı talebi reddedilir. İçiniz yansa da, hakkaniyete uygun görmesenez de bir çözüm bulamazsınız, kanun var, ben de makinayım kanunu kelime be kelime uygulayım diye bakarsınız. Ama hukuk formasyonu ile bakarsanız, isabetli görülsün veya görülmesin, daha kapsamlı ele alırsınız, varlık gerekçeniz anlaşılır.

Bunu aşabilmek için AYİM uzun uzun tartışmış, mevzuatı tartışmış, anlamını tartışmış ve şöyle karar vermiştir;

“Davacının kesin terhis hak etmeden önce, yani henüz dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak için gereken yükümlüğün devam ettiği esnada, 1999’da bir takvim yılının yarısından toplam 6 ay 21 günü yurt içinde geçirmiş ise de, 2001 yılından itibaren de Japonya’da sürekli oturma iznine bağlı olarak bulunan davacının 1999 yılında fazladan yurt içinde kalmasının, iş yerinin ücretli olarak zorunlu izne çıkarmasından kaynaklandığı, 1998 yılından itibaren çalışma maksadıyla Japonya’da işçi olarak bulunan ve dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak için gereken yükümlülükleri devam ettiği esnada (1999-2010 yılları arasında) 1999 yılı hariç başka herhangi bir takvim yılında uzun süreli olarak yurt içinde bulunmayan davacının, yurt dışındaki iş yerinin küçülme politikası uygulayarak kendisini ücretli olarak zorunlu izne çıkarması nedeniyle yalnızca bir takvim yılında yasada belirtilen süreden 21 gün fazla yurt içinde kalmasının temel askerlik öncesindeki 15 günlük hazırlık süresi de dikkate alındığında kesin dönüş olarak da kabul edilmesinin mümkün olmadığı gibi, bu sebeple tüm kazanımlarını kaybedecek şekilde dövizli askerlik hizmeti kapsamından çıkartılmasının da ölçülülük ilkesine uyarlı olmadığı, bu itibarla davacının dövizle askerlik kapsamından çıkartılarak, noksan hizmetini tamamlatma işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmalı, söz konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

AYİM, böyle hareketli bir alana baktığı için kanunun açık hükmüne anlam vermiş, adeta maddenin içeriğini doldurmuştur. Lehinde veya aleyhinde düşünülebilir ama kanunun sabitlediği unsurlara bir “hareket” boyutu getirmesi söz konusudur. Mahkeme hareketli bir alana bakıyor. AYİM bunun için ne yapıyor? kanuna bir anlam veriyor. Kötü niyete engel olmak için getirilen hükmü tespit ediyor. Ve bu olayı bu hükmün kapsamı dışında değerlendiriyor.

Dolayısıyla “hareket”i sağlayan bir kanun bilgisi değil, onu aşan bir şey, bir hukukçu bakış açısı. Bu ayrı bir değerlendirmeyi, anlamayı olayın durumunu tespit ettikten sonra, mevzuatını tespit ettikten sonra olaya idare hukuku ilkeleriyle, idare hukuku gerekleriyle, idari faaliyete hâkim olması gereken ilkelerle bakabilmeyi, ele almayı gerektirir. Çünkü idare hukuku hep bu tür yargı kararlarıyla gelişmiştir. Yargı kararları sayesinde, idare hukuku olarak isimlendirilebilecek bir kapsam netliğe kavuşmuş, yargı kararlarıyla ilkeler geliştirilmiş, yargı kararlarıyla bu hukuk alanı hayatın gerektirdiği şekilde kapsamını hareketli hale getirmiştir.

Başta dönecek olursak, bu uzlaşma, vakıa ve hareket kelimeleriyle yapılan açıklamalar kitaplardaki genel anlatımdan farklıdır. Bunu sizin nezdinizde sınamak istiyorum. Çünkü idare hukuku eğitimi hususunda gelinen noktada istenilen formasyonun verilemediği bir gerçek. Öğrenciler hukuku sadece bir teknisyenlik olarak algılayıp, idare hukuku bakımından daha sabit ve belli bilgiler almak talebindeler. Öğrenciler; bize neyi çalışacağımızı, neyi ezberleyeceğimizi, neyi sadece anlayıp öğreneceğimizi gösterin, fazlasını bizden istemeyin diyorlar. Biz de inatla hayır, bunu kendi işi için kanunu okuyan kimse de yapar, kanun maddesini okur, anlar. Bizim böyle yaklaşmamamız gerekir. İyi bir hukukçu olarak yetişebilmeniz için, idare hukuku alanında çalışacak olmanız bile, idare hukukunun mantığını anlama ihtiyacınız vardır. Özel hukukta çok başarılı olabilmek için idare hukuku mantığını öğrenmeye ihtiyacınız var. İdare hukukunu eleştirmek, reddetmek, bir hukuk dalı olarak zemetmek için bile bu mantığı anlamaya ihtiyacınız var. Üstelik bu mantığı anlamak bunu kabul etmek demek de değildir. Uyuşmazlıkları ele alış, değerlendiriş, işleyiş biçimini, mekanizmasını anlamak ve bu mekanizmayı anlamak sayesinde de ileriye yönelik tahminlerde bulunmak için bu bir gerekliliktir. Dersi takip etmek derse katılmak, ders sonrası derste anlatılanları müzakere etmek, araştırmak, hatta belki de ders konusunu dersten önce çalışıp gelmek büyük bir farklılık oluşturur. Aktif metodu kullanan üniversitelerde, işin abc’si anlatılmaz ve verilen okuma parçalarını okuyanlarla konular üzerinde müzakere edilir. Hatta öğrenciler yeterli malzemeyi okuyacak vakit bulamadıkları için arkadaş grupları içinde malzemeyi toplayıp, okuyup birbirlerine anlatıyorlar. Aynı zamanda kulaktan da besleniyorlar. O anlattıkları malzeme üzerine dersi dinlemeye geliyorlar. Bir konuyu anlayabilmek için bazen çok yoğun saatler çalışıyorlar. Yani günde bir saat iki saat değil, bir konuyu anlamak ve idrak etmek bazen günde yirmi saat çalışmayı gerektirebilir. Bu ezberlemek anlamında değil; anlayabilmek, değerlendirebilmek için gerekebilir. Bu şekilde çalışan rakipleriniz olacaktır. Bu şekilde yetişen hukukçular var. Maalesef ülkemizde değil. Biz kötüler içerisinde ülkemizde en az kötü olanız. Ama bu konu öğrencinin gayreti ile ilgili bir şeydir. Bu şekilde çalışan insanların anlaması, takip edebilmesi, mutfığa girebilmesi başka bir şey böyle olmayanların onların ürünlerini anlayıp takip

edebilmeye çalışması, geriden gelmesi başka bir şeydir. O yüzden bu iş büyük bir emek istiyor.

İdare Hukukunu idari faaliyet ekseninden açıklamaya çalıştık. Eskiden idari faaliyeti sadece idare yerine getirdiği için idare hukukunu idareye uygulanan hukuk olarak tarif etmek mümkündür. Fakat şimdi idari faaliyetlerin tamamını idare yerine getirmiyor. Bazısında sadece denetçi bazısında da, zaten idare değil, meclis veya yargı yapıyor. Mesela meclis idari faaliyetler yapıyor. Yargı organı idari faaliyetler yapıyor. Yargı organı hâkimlere lojman tahsisi yapıyor. Yazı işleri müdürlerini atıyor. Görevden alıyor. Adalet komisyonu başkanları mübaşirlerin hukuki durumlarını görev yerlerini belirliyor. Bu faaliyetler idari nitelikte olduğu yargısal nitelikte veya yasama işlevi şeklinde olmadığı için yapılan idare olmazsa bile bir idari faaliyettir. Yargının yargısal olmayan faaliyetleridir. Meclis mesela, idari faaliyetler yapıyor. Meclise bağlı birçok yer vardır. Mesela Yalova'daki otelden tutunda Göztepe'deki sosyal tesise, Yıldız'daki sosyal tesise, meclise bağlı saraylara, Dolmabahçe Sarayı, Yıldız Sarayı bunların hepsini meclis idare ediyor. Bunlara eleman atıyor. Elemanları yükseltiyor. Disiplin fiili işleyenlere disiplin cezası uyguluyor. Ayrıca mecliste çalışanlar var. Gizli oturlarda getir götür işleri yapabilmesi için sağır dilsiz elemanı bile var. Bunları istihdam ediyor. Ayrıca kendi içinde yönetim faaliyetleri var. Meclisin içindeki düzenlemeler var. Burada meclisin yasama niteliğinde olmayan işlevinden kaynaklanan idari faaliyetleri var. Bu da bir idare hukuku konusu olarak gündeme gelir. Dolayısıyla idare hukuku alanını düzenleyen idari faaliyet kavramı sadece idarenin faaliyetlerinden ibaret değildir. Hatta idarenin her faaliyeti de idari faaliyet değildir. İdare bazen özel hukuk kişisi gibi davranır. Özel hukuk kişisi gibi faaliyet yapar. Özel hukuk kişisi gibi kiralama yapar. Özel hukuk kişisi gibi satın alma sözleşmesi yapar. O zaman da idare hukukunun uygulanması değil, özel hukukun uygulanması söz konusu olur. **Dolayısıyla ne idarenin yaptığı her faaliyet idari faaliyettir ne de idari faaliyetler sadece idare tarafından yapılabilir.**

Bir adım daha ileri gidelim. Artık yoğun olarak özel kişilere idari faaliyet yaptırılıyor. Mesela telekomünikasyon alanında fiilen telekomünikasyon hizmetine bizzat sunan hiçbir idari kurum yoktur. Ama telekomünikasyon alanında çalışan bütün büyük şirketler imtiyazcı şirketlerdir. Türk Telekom imtiyazcı şirket olarak özel kişiye gördürülüyor. Turkcell imtiyazcı şirket olarak bu şirketle yapılmış imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyeti yürütüyor. İdari sözleşme yani bir imtiyaz sözleşmesi söz konusudur. Dolayısıyla özel hukuk kişileri bu faaliyetleri yürütüyor. Mesela at yarışı yapma işini idare TJK'ne bir imtiyaz olarak vermiştir. Milli piyango mesela artık idare kendisi yapmıyor, özel kişiye bırakmıştır. Dolayısıyla idare günümüzde idari faaliyetleri özel kişilere sözleşme ile yaptırarak kendisi sadece denetleme konumuna geçmektedir. Mesela EPDK, gazetelerde okumuşsunuzdur yakın zamanda "on altı doğalgaz şirketinin abonesi olan şu kadar kişiden fazla para tahsil ettiğini" tespit ederek onlara geri ödeme mecburiyeti getirmiştir. Dolayısıyla idare, idari faaliyetleri bizzat yapmaktan çıkıp, bu faaliyetleri özel kişiye yaptırır şekilde bir gelişme görülüyor. İleride bu durum tersine de dönebilir. Kısaca, idari faaliyet dediğimiz şey organik bakımdan mutlaka bir idare tarafından yapılır değildir.

İdari faaliyetlerin meşrulaştırıcı kavramı **kamu yararı** kavramıdır. İdari faaliyetlerin üstün kamu güç kullanmasının hukuki temeli, kamu yararı için bu üstün statüye ihtiyaç duyuluyor olmasıydı. Bir çok noktada “kamu yararı özel yarardan üstündür” yaklaşımı durumu çözüyordu. Kamu yararı ile özel yarar karşılaşırsa kamu yararı daha üstündür. İdari faaliyetlere hâkim olan tek yanlılık idarenin tek yanlı davranabilme gücü, idarenin üstünlüğü, idarenin hareketi bakımından bağımsızlığı hep kamu yararı gerekçesi ile gerekçelendiriliyordu. Son on yıldır kamu yararı kavramı anlayışı değişmeye başladı. Bir kere artık deniliyor ki, kamu yararının özel yarardan üstün olduğu nasıl denilebilir. Eğer bir hak ise özel kişinin hakkı söz konusuysa, bir haktan daha üstün bir şey yoktur. Kamu yararı bir hakkın ihlaline imkân vermez. Kamu yararı özel yarar artık bir hiyerarşi olmaktan çıkıp birbirini tamamlar hale gelmiştir. Hatta mali konularda; kamu yararı dediğimiz şey idarenin daha fazla gelir sağlaması demek değildir. Kamu yararı dediğimiz şey gerekirse idarenin özel kişiye para vermesidir. Hakkı olan tazminatı vermesidir. Dolayısıyla idare parasal bakımdan kar edecek diye özel kişiden mükellef olduğundan daha fazla vergi alması, özel kişinin malına el koyması, özel kişinin faaliyetine engel olması hiçbir zaman kamu yararı gerekçesiyle meşrulaşamaz. Bir hak varsa kamu yararı da bu hakkın ihlaline gerekçe gösterilemez. Üstelik o hakkın korunmasında kamu yararı vardır. Bu yüzden idarenin mali yararı kamu yararı değildir. Bu anlayış değişimi idarenin birçok üstünlüğünü, uygulanış biçimini, kabulünü değiştirdi.

Buna ilaveten bir de Avrupa Hukuku boyutu idare hukukunu etkiledi. Avrupa hukuku “rekabet”i esas aldığı için kamu hukuku üstünlükleri bir çok yerde geriledi. İdareye ihale yaparken, idarenin şirketleri ile özel hukuk şirketleri arasında farklılık yapılmayacağını ifade ediyor. Kendi ülkenin şirketine farklılık getiremezsin, demektedir. Genel ekonomik yarar denen bir kavram dışında rekabet esası getiriyor. Yani Avrupa Hukukunun idareyi de özel şirketlerle eşitleştirici yaklaşımı vardır. Ayrıca AİHMnin kararlarıyla getirdiği açılımlar önemli etkiler doğurdu. Dolayısıyla idare hukuku çok hareketlendi. Tarih hızlı akmaya başladı. İdare hukuku hızlı değişmeye başladı. Aynı duruyor gibi gözüken hukuki kavramların anlamı ve kapsamı değişti. Yani kamu yararı yine kamu yararı ancak on sene önceki kamu yararı, hatta bir sene önceki kamu yararı, hatta altı ay önceki kamu yararı ile şimdiki kamu yararı anlayışı arasında hareketlilik nedeniyle bir fark oluşmaya başladı. Dolayısıyla siz böyle bir yaklaşımda olmazsanız, bu gelişim ivmesini izlemezseniz, bundan sonraki gelişimi takip edebilmekte zorlanırsınız. Bunun sadece bir kitaptaki tanımına bağlı kalırsanız. O kitap yazıldıktan sonraki gelişimleri öğrenemezsiniz. Bu adeta depresyon gibidir. Depremde nasıl birbiriyle birlikte sallanan deprem frekansıyla birlikte sallanan binalar yıkılmıyor, sabit duranlar asansör kovanı olanlar, aynı oranda sallanmayanlar yıkılıyorsa bu da böyle bir şeydir. Siz bir bilgi ile sabit duruyorsanız, o sabit durmak dalgalanmalar karşısında yıkılmayı getirir. O dalgalanmaya intibak edebilecek bir yaklaşıma ihtiyaç vardır. Ders malzemesini çeşitlendirmek gerekir. Asıl olarak okunanlar, dinlenenler hakkında derin düşünmek gerekir.

İdare hukuku alanında **Anayasa** mevzuat bakımından önemli bir kaynaktır. Hatta **Georges Vedel**'in “idare hukukunun anayasal temelleri” makalesinin başlığı klasikleşmiştir. Yani idare hukukunun temelleri, diğer bakış açısıyla başlıkları

Anayasa'da yer almaktadır. Teşkilata ilişkin, eşitlik ilkesine ilişkin, kamu hizmetlerine ilişkin, kamu mallarına ilişkin Anayasa'da bir sürü düzenleme vardır. Anayasa Hukuku, Anayasa ile ilgilenir. Ancak Anayasa, sadece Anayasa Hukukuna malzeme vermez. Anayasa Hukuku, bütün hukuk dallarını ilgilendiren çerçeveyi çizer. İdare Hukukunda bütün başlıklar Anayasa'dır. Niçin? Çünkü kanunla değişmesi istenmeyen ana ilkeler bir ülkedeki konsensüse göre Anayasa'da maddeleşir. Ormanların korunması mesela Anayasa'da maddeleşmiştir. Niçin? Ormanlarla ilgili yapılaşma, tarla açma baskısına karşı kanunla esneyebilme imkânı gelmesin bu alan Anayasal korumada olsun diye Anayasa'da düzenlenmiştir.

Kamu hizmetlerine girmedeki eşitlik ve hizmetin gerektirdiği nitelik dışında nitelik aranmama ilkesi kamu personelinin temel ilkesidir. Anayasa 70. maddede ifadesini bulmuştur. Çünkü kamu hizmetine girerken hizmetin gerektirdiği nitelikler dışında başka nitelikler aranarak; sadece belli insanlara, belli kesimlere, sadece torpillilere özgülünmesin diye bu yol tercih edilmiştir. Toplumdaki herkes, her renk kamu hizmetlerine girebilsin, yani idari teşkilata personel olarak girebilsin diye bu şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bazı şeylerin Anayasa'da yer alması o noktada toplumu geçmişle ilgili ile geleceğine ilişkin tasarımla ilgili fikir de verir. Devletin sosyal, ekonomik, siyasi geçmişinin Anayasa'da izleri vardır. Okumasını bilenlere satır aralarından yola çıkarak, Anayasa'dan yola çıkarak buna erişebilirler. Bu okuma tecrübe birikimi ile olur. Yaşla ilgili değildir. O tecrübe birikimini yansıtabilen bir Anayasa kendi amacına göre bir düzenleme yapmıştır. O yüzden Anayasa tartışmaları hep günceldir, hep gündemdedir. Anayasa aynı zamanda bir sosyal uzlaşmayı göstermelidir/sağlamalıdır. Sosyal uzlaşmanın temel metnini gösterir. Dolayısıyla sosyal problemlerin olduğu toplum katmanlarının birbirinden habersiz, hatta birbiriyle çatışır bir halde olduğu durumlarda idare hukukunun başlıklarının Anayasa'da olması ayrıca bir önem taşır. Ve Anayasa'nın o uzlaşmazlıkların çözümüne yönelik değil, çözümünü mümkün kılacak hukuki mekanizmaların işlemesine müsait bir alt yapı oluşturması önem taşır. Yani Anayasalar sorun çözmez ama çözmeye yönelik hukuki boyuta ilişkin alt yapı oluşturur. Çapı dar bir su borusundan çok su ihtiyacı gerektiren şehrin sularını geçirmezsiniz. Dar bir elbiseyi ne kadar uğraşırsanız uğraşın kendisinden daha büyük beden giyen bir kimseye giydiremezsiniz veya o elbise giyilirse sökülür, yırtılır. Dolayısıyla böyle bir şey, alt yapı oluşturur. O yüzden Anayasa sürekli müracaat edilecek anlamını ve kapsamını değerlendirilecek bir atıf noktasıdır.

Anayasallık bloğu sadece Anayasa'dan ibaret değildir. Hukukun genel ilkeleri diye, Uluslararası Mahkemelerinin, AİHM'nin, Anayasa Mahkemesi'nin diğer yargı yerlerinin ortaya koyduğu kavramlar vardır. Örneğin, Fransa'da idari yargının Anayasal güvenceye sahip olduğuna yargı kararıyla karar vermişlerdir. Anayasa'da buna ilişkin hüküm olduğundan değil. Anayasa'yı anlayabilmek için de onu yorumlayan hususlara bakmak gerekir. Anayasa Mahkemesi yorumluyor ve Anayasa maddesine bir anlam veriyor. O anlamı vermesi o Anayasa'nın hareketliliğini sağlayan kısmını anlamak ihtiyacımız vardır. Bu malzeme de önemli bir malzemedir. Buna ulaşacak malzemeye ihtiyacımız vardır. Anayasa'nın son haline nasıl ulaşılır?

Eski maddelerine nasıl ulaşılır? Değişiklik ne anlama gelir? Bunları değerlendirmek gerekir..

Bir diğer kaynak da “Kanun”lardır. İdare hukukundaki kanunlar öğrencilerin gözünü korkutacağı bir düzeydedir. İdare Hukukunun maalesef bütün kanunlarla ilgisi kurulmaktadır. Yani bir Medeni Hukuk gündeme geldiğinde, Borçlar Hukuk anlatıldığına kanunlar bellidir. Ticaret Hukukunu anlatırken Ticaret Kanunu ve çevresindeki birkaç tane Kanun nispeten böyle ele avuca sığan bir malzemeyi oluşturmaktadır. Fakat İdare Hukukuna ilişkin inanılmaz malzeme vardır. Başlığını öğrencinin anlayamadığı İdare Hukukunu ilgilendiren kanunlar var. “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” mesela başlığını anlayabiliyor musunuz? Maddeleri de evvelen, saniyen, salisen diye gidiyor. Ve yürürlüktedir. Kamu hizmeti imtiyazlarını konu alan bir Osmanlı dönemi kanunudur ve hala yürürlüktedir. Örneğin Taş Ocakları Nizamnamesi Maden Kanunu ile yeni değişti. Bu nizamnameye göre bir Osmanlı altını yaptırım vardı. Uygulamada bir Osmanlı altınının gramı günlük altın fiyatı ile çarpılıp ceza öyle veriliyordu. İdare hukuk ile ilgili düzenlemeler birkaç kanunla sınırlanamayacak derecede çok ve çeşitlidir.

İDARE HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ

İdare hukukunun alanına ilişkin dün bir şeyler söylemeye çalıştık ve idare hukukunun diğer hukuk dallarıyla farkını göstermeye çalıştık. Bununla birlikte idare hayatının hızlı değişmesi, teknolojik gelişmelerle idarenin gündeminin değişmesi ve sosyal hayattaki yeniliklerle idarenin de yeni gündemleri oluşması nedeniyle hukukilik arayışının nasıl hareketli bir zeminde olduğunu belirtmeye çalıştık. Dolayısıyla hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin hukukileşmesi, sürekli hukuka bağlı kalması ve hukukun etkisiyle insan hakları ihlallerinin, yanlışlarının, hukuka aykırılıklarının giderilmesinin idare hukukunun temel problemleri olduğuna işaret ettik. İdareyi meşrulaştırmak değil, idarenin her yaptığına hukuki bir zemin oluşturmak değil, idarenin daha iyi denetlenebilmesi amacıyla uygun olarak hukukiliğin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için idare hukukunun hareketliliğine ihtiyaç olduğunu ifade ettik.

Bu hususta idare hukukunun çokça eleştirilen birbirine zıt hususları gerçekleştirmekle uğraşan bir yönüne işaret etmek gerekir: İdare hukuku, bir yandan idarenin yaptıklarıyla ilgilenilecek, onun hukukunu oluşturacak; aynı zamanda idarenin nasıl davranması gerektiğini ve hukuka aykırılıkların neler olduğunu tespit etmeye çalışacak. Üstelik sadece düzenlemelerle bu mümkün olamayacağı için, yargı kararlarının (elbette mevzuattan hareketle) belirlediği ilkelerle bu hareketlilik sağlanacaktır. Bu yüzden idare hukukunun temelinde yargı kararlarının olduğunu belirttik.

Ayrıca birçok kitapta idare hukukunun özelliklerinden bahsederken, idare hukukunun genç bir hukuk dalı olduğu ileri sürülmektedir. İşaret ettik ki aslında bu şekilde ifade edilmesinin nedeni isminin yeni konulmuş ve sistemleştirilmiş olmasındandır; esasında idare hukukunun bir vakıa olarak toplumun kurulduğu, toplum halinde yaşanmaya başlanıldığı zamanlardan beri, faaliyet olarak, çıkardığı sorunlar olarak var olduğu hiç kuşkusuzdur. Örneğin, iş hukuku genç bir hukuk dalıdır denildiğinde; eskiden beri çalışmayla, çalışanla ilgili hukuki ihtilafların var olduğu ama medeni hukukun içinden çıkartılarak bir iş hukuku başlığı altında sistemleştirilmesinin genç olduğu anlamı belirir. Kitaplardaki o tarifi şöyle anlamak gerekir: zaten var olan bir şeyi formüle etmek, yeni bir çerçeveye almak, yeni kurullarla tekrar düzenlemek bakımından idare hukuku genç bir hukuk dalıdır.

İdare hukuku içtihadı bir hukuk dalıdır. Çünkü mevzuat olarak idare hayatının gereklerine önceden yetişebilmek mümkün değildir. İdare hukukunun gündemini, gündemindeki gelişmeleri mevzuatın öngörmesi mümkün değildir. Oysa her yeni gündeme ilişkin alınacak kararların da mutlaka hukukilik denetiminden geçmesi gerekir. Öyleyse idare hukukunun, bir şekilde çerçevesinin sürekli gelişmelere uyarlanması ve sürekli güncellenmesi ihtiyacı vardır. Bu güncellenme de en hızlı yargı kararlarıyla olur. Ama dikkat edilirse, yargı kararları da her zaman uyuşmazlık çıktıktan sonra, uyuşmazlık üzerine verilen kararlardır. Dolayısıyla önce, âdeta bir uyuşmazlık çıkıyor olması ve bu uyuşmazlık üzerine yapılacak yargılama sonucunda, bundan sonra da benzer uyuşmazlıklar bakımından etkili olabilecek, kararlar çıkması süreciyle, idare hukuku gelişmekte, gündemi takip etmekte, hukukilik altyapısını oluşturmaktadır. Anglo-Saxon hukukunun birçok dalında hâkim gelişme çizgisi bu

şekildedir. “Case method” dedikleri usulle daima yargı kararları odaklı gelişme ve eğitim gündeme gelmektedir. Hukuk ve meslek eğitimi daha çok yargı kararları üzerine pratik çalışmalar yapılarak, bu yargı kararlarının çıkış ve değişme şartları gösterilerek ve bu yargı kararlarından örnekler işlenerek verilmektedir. Kıta Avrupa’sında teorik çerçeve ön plana çıkmakta ve elbette yargı kararlarıyla da gelişmeler izlenmektedir, ama asıl çizgi düzenlemeler ve ilkelerdir. Kısaca İdare hukuku da hareketliliğini yargı kararlarıyla sağlamaktadır. Yargı kararlarının verdiği anlam ve gelişim çizgisi izlenmeden konuların takibi mümkün değildir.

İdare Hukukunun idarenin hukuku olarak değil aslında *idari faaliyetlerin hukuku* olarak değerlendirilmesi gereğine işaret ettik. Yani idare hukukundaki “idare” esasında teşkilata ilişkin değil, yoğun olarak faaliyetle ilgili bir anlam içermektedir. Ama faaliyetle ilgilenen hukuk elbette o faaliyeti yapan teşkilatı da incelemek zorundadır. İdare nasıl kurulursa daha az ihtilaf çıkar? Nasıl kurulursa kamu yararını gerçekleştirmek adına daha kuvvetli olur? İki çelişkiyi gerçekleştirmeye çalışan bir alan düşünün. Bir yandan idarenin hukuka saygılı olması ve ihlal yapmayacak bir hukuki rejime kavuşturulması ihtiyacı var. Bir yandan da ancak idarenin yapabileceği işler için özel ve gerçek tüzel kişilerden daha güçlü bir idare ihtiyacı var. Sadece kamu gücü olarak değil, mali olarak da daha güçlü, diğerlerinin yapamadığı şeyleri yapacak bir idare gereklidir. Büyük yatırım isteyen, milyar dolarlık yatırım isteyen, faaliyetleri her şirket yapamaz. Uzun süreli olarak bu kadar yüksek finansman maliyetine katlanamaz. Fakat idare bunu yapabilecek güçte olmalıdır. Herkes, organize bir çete ile baş edemez, ailesini ve kendisini koruyamaz. İdare her türlü silahlı gruptan, her türlü çeteden daha kuvvetli olacak güce sahip olmalıdır. Hem idare çok kuvvetli olmalı, hem de hukuka saygılı olmalıdır. İdare öyle kurulmalıdır ki hem kuvvetinden eksilme olmamalı hem de bu kuvveti hiçbir zaman kötüye kullanmamalıdır. Bu güç insan haklarını ihlal eden bir kuvvet olamamalıdır. Bu yüzden iki zıt amacı birden gerçekleştirmeye çalışır, bir yandan bu teşkilatın kuvvetli kurulması diğer yandan bu kuvvetin bir sarhoşluğa yol açmaması şeklinde bir yaklaşım gereklidir. O yüzden de teşkilatı anlatırken de göreceksiniz idari teşkilat çokluk içinde birlik şeklinde kurulmuştur. Yani teşkilat çok sayıda tüzel kişiden oluşuyor. Bütün kamusal yetkiler bir kişide, bir makamda, bir tüzel kişide toplanmış değildir. Binlerce kamu tüzel kişisi var. Ancak diğer yandan da birçok parçadan oluşan bir bütün oluşturmaya çalışılmıştır. Her şey merkezi idarenin yetkisinde değildir. Her belediyenin kendine özgü görevleri ve yetkileri vardır. Her kamu tüzel kişisinin kendine özgü görev ve yetkileri vardır.

İdare, farklı karar mekanizmalarına paylaştırılmış, farklı yönetim organlarına bölüştürmüş durumdadır. Bir bütün olarak da topladığımızda gücünden eksilmeyen, her şeyi yapabilecek potansiyele sahip, bir bütündür. Çokluk içinde birlik var. Bir yandan o çokluğu sağlamaya bir yandan da o birliği sağlamaya çalışan bir hukuk dalını düşünmelisiniz. Niçin? Çünkü faaliyetin hukukiliğini sağlamak isteniliyor. Peki, faaliyetin hukukiliği nasıl sağlanacak? O faaliyeti yapan veya yapılmasına karar veren veya denetleyen idarenin kuruluşu da dikkate alınarak hukukilik sağlanmalıdır. Bu yüzden İdare Hukuku'nun önemli bir teşkilat gündemi de vardır.

Teşkilat yanında idarenin faaliyetleri gündeme geliyor. Faaliyetler hukuki rejimleri nedeniyle farklıdır. Bu farklılık faaliyetleri ifade etmek için kullanılan

terimlerle de ifade edilir. Kamu hizmeti, Kolluk, Özendirme ve destekleme, ve şimdi bir de regülasyon faaliyeti var. Özendirme ve desteklemeye şimdi bir de köstekleme faaliyeti katıldı. Henüz bu misyonunu ifade eden bir terim kullanılmadı ama kullanılacaktır: Mesela bazı yerlerde idare, özel kişilerin bazı işleri yapmasını istemiyor. Örneğin, İstanbul da fabrika kurulmasını istemiyor. Ama idarenin fabrika kurulmasını yasaklama yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık idare başka bir bölgede fabrika kurarsanız, elektrik faturasının yarısını ödersiniz diyerek, kalkınmada öncelikli yerler tespit ederek, numaralandırarak, kişi ve şirketleri bu yerlere gitmeye, orada teşebbüste bulunmaya teşvik ediyor. Ancak İstanbul'da faaliyet yapmak istediğinizde, normal elektrik fiyatının iki katını belirliyor ki, burada imalattan vazgeçilsin. Dolayısıyla sizi İstanbul'da fabrika yapmaktan caydırıyor. İstanbul'da yaparsanız maliyeti daha fazla olacak ve kar edemeyeceksiniz veya daha az edeceksiniz. Başka yerlerde yapmanızı özendiriyor. Mesela özel okul yaparsanız beş yıl boyunca sizden vergi almıyor. İhracat yaparsanız, ihracatta her ihraç ettiğiniz mal karşılığında aldığınız yüz doların üzerine kendisi de on beş dolar veriyor. Yeter ki ihracat yap diye teşvik ediyor. Böyle çeşitli imkânlar getiriyor. Kimi zaman kimi faaliyetleri, teşvik etmede kamu yararı gördüğü için özendiriyor, destekliyor. Şimdiye kadar hep bu yöndeydi. Hayat hızla aktı ve hiç idare hukukunun gündeminde olmayan bir şey gündemine geldi ve şimdi ismi konuşulacak kıvama ulaştı: Bazı faaliyetleri de "köstekliyor". Belli yerlerde yapılmasından caydırmaya çalışıyor. Kendisine göre yönlendirmeye çalışıyor. Niçin? Çünkü kamu yararı bunu gerekli kılıyor. Örneğin İstanbul, yetmiş milyonluk bir ülkede yirmi milyon insan bu şehirde toplanmıştır. Zaten burada bu insanların temel ihtiyaçlarını karşılama, barınma gibi problemler var. Buraya daha fazla insan getirecek faaliyet olmasın diye faaliyetler işsizliğin yoğun olduğu bölgelerde yapılsın diye bir kısmını özendiriyor bir kısmını da köstekliyor. Özendirilen yere gidilsin diye bazen bazı bölgelerde faaliyetin yapılmasını köstekliyor. Bu yüzden idarenin faaliyetin hukuki rejiminin belirlenmesi önem ve öncelik taşıyor. İdare keyfi olarak mı bunu yapacak? Bazısına yapacak bazısına yapmayacak mı? Yapmasının hukuki gerekleri nelerdir? Bunu bir yönetmelik çerçevesinde yapabilir mi? Bir kanuni temele mi ihtiyacı var? Burada verebileceği destekler nelerdir? Burada kullanabileceği hukuki araçlar nelerdir?

İşte bunun üzerine problem ortaya çıkınca çözümünün düşünülmesi gerekiyor. Yargı, karar verdikçe, iptal ettikçe ve kararlarında gerekçeler ortaya çıktıkça nasıl bir söz konusu alanın nasıl bir hukuki rejime kavuşturulması gerektiği ortaya çıkıyor. Bu yüzden idare hukuku alanında çıkan birçok kanunun bir geçmişi vardır. Kanunlar kimi zaman daha önce yargı kararlarıyla iptal edilmiş, eksikler hissedilmiş, uyuşmazlık çıkmış alanlarda; uyuşmazlık çıkmaması için, yargı kararları tecrübesinden hareketle bu alanı düzenleme amacıyla ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla o kararı, o kanunu okumak esasında geçmişte buna yol açan uyuşmazlıklarda verilen kararlara ve çözüm biçimlerine de bakmayı gerektiriyor. Çünkü bazen mahkemenin çözdüğü sonucu beğenmeyen idare, Bakanlar Kurulu'na bir tasarı taslağı sunarak, yasamadan kanuni bir temele kavuşmuş olarak yeni bir hukuki durum oluşturmasını istiyor. Bazen de, tam tersine, yargı kararlarıyla oluşmuş hukuki durumu, tereddüt olmasın diye vurgulayarak düzenleme metnine bağlayarak netleştirmek istiyor. Dolayısıyla bu

işleyiş biçimindeki mantığı diğer hukuk alanlarından az veya çok ayrılıyor. Belki de bu yüzden idari uyuşmazlıkların çözümü bakımından herkesin aynı kanaati paylaşabileceği sonuçlar çıkmamaktadır. Yargı da sonuçta insan unsuruyla hareket eden bir organdır. Eleştirilebilecek kararları da gündeme gelmektedir. Bazen idare imiş gibi karar veriyor. Elbette bu hususta kamuoyunda tartışmalar çıkıyor. Böyle tartışmalar çıktığı zaman da birçok kişi hatta hukukçular nezdinde bu ne biçim hukuk dalı? Kesin ve önceden tahmin edilebilir sonucu yok! Üzerinde uzlaşmak mümkün değil! İnsanların dünyaya bakışlarına göre karar verdikleri sonuçlar ortaya çıkıyor! Hukuk böyle sübjektif bir bilim dalı mı? Bunun objektifliği nerede? soruları canlanıyor. İdare Hukukunun objektifliği usulünde, mantığında, metodundadır. Sonuç üzerinde uzlaşmak hiçbir zaman mümkün değildir. Eleştirilerde gerçeklik payı vardır. Gerçekten de hem faaliyeti yapanın hem faaliyeti denetleyen, burada rol alan aktörlerin bilgi seviyesi, kavrayış kapasitesi dünyaya bakış tarzları ürünlerini etkilemektedir. Bu yüzden idare hukukunun, “saf” ve “meta-juridik” unsurlardan arındırılmış bir alanı ve zemini kısıtlıdır. O yüzden idare hukuku anlatırken bazen metodu perdeleyecek şekilde o renkli kısmıyla, sübjektif kısmıyla anlatmak riski vardır. Bu duruma karşı sürekli uyanık olmak gerekir. Hem anlatan, hem dinleyen bakımından bu böyledir. İşin sübjektif kısmını ayıklayıp, metoda ilişkin kısmının yani objektif kısmının üzerinde yoğunlaşacak zihinsel bir süzgeci geliştirmek ve daima kullanabilmek gerekir. Bu amaçla sizi, kendimizden de korumak için, ağırlıklı olarak yargı kararlarını göstererek, onları değerlendirerek, eleştirerek ders işlemeye çalışacağız.

HUKUK DEVLETİ İLKESİ

“Hukuk Devleti” idealini gerçekleştirmek, hukuk devleti olmanın gereklerini bir ilke olarak her işlem ve eyleminde esas almak elbette idare hukukunun temel niteliklerindedir.

Hukuk devleti genel çerçevedir. Devletin varlık sebebi, hukuk devleti fikrini gerçekleşmesi yönünde uygun alt yapıyı oluşturmaktır. Hukuk devleti özelliği, tıpkı iyi insan olma vasfı gibi bir kere alınmakla veya Anayasa’da yazmakla, başkasının evet siz hukuk devletisiniz demesiyle olacak bir şey değildir. Her ülke her gün, her işlem ve eylemiyle hukuk devleti olabilme ve hukuk devleti olarak kalabilme sınavı verir. Bu sürekli bir sınavdır. Hukuk devleti olmak; yaptığı işlemlerden, eylemlerden, aldığı kararlardan, çıkarttığı kanunlardan, insanlar arası ilişkiyi düzenleyen kültüründen yola çıkarak değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Hukuk devleti olmak, (kimi zaman hukuka saygılı olmak denilen husus) hukuka dayalı olmaktır. Aralarındaki fark; hukuk devleti olmak esaslı bir hukukileştirme fikrine dayanır. Her şeyi hukukileştirmektir. Hukuki ilişkinin her sübjektif boyutunu objektifleştirmektir. Eşitlik ilkesinin hâkim olduğu bir alanı oluşturmaktır. Dolayısıyla hukuk devletini gerçekleştirmek veya hukuk devleti olmaktan uzaklaşmak hususunda temel rol idarededir. Her kurumun hukuk devleti kapsamında bir rolü ve işlevi vardır. Yasama, çıkarttığı kanunlar dolayısıyla; Anayasa Mahkemesi, Yasamanın çıkarttığı kanunları değerlendirirken; Anayasa Koyucu, Anayasa hükümlerini düzenlerken; yargı,

kararlarda bağımsız bir organ olmasına rağmen kararlarında hukuktan bağımsız olmamak suretiyle, hukuk devleti alanında kendilerine yüklenmiş misyonu yerine getirirler. Bu “kutsal görev”(misyon) hukuk devletini gerçekleştirmektir. Yasamanın misyonu, sadece düzenlediği alandaki ihtiyacı gidermek değildir. Yargının misyonu, sadece baktığı davada ki uyuşmazlığı gidermek değildir. Bunların misyonu, aynı zamanda hukuk devletini gerçekleştirmeye ve korumaya katkıda bulunmaktır. Hukuk devletinin yansımaları yargı kararlarında, düzenlemelerde, eylem ve işlemlerde göstermektedir. Bu hususta her gün bu sınavdan geçen esasında idaredir. Çünkü idare sahip olduğu güç nedeniyle, kendisine kamu yararı amacıyla kullanması için tevdi edilmiş güç nedeniyle bu sınavı vermektedir. Rousseau'nun açıklamasında, sosyal sözleşme gereği toplumun ona verdiği, kendisine hizmet etsin diye ona verdiği güç aracılığıyla, yaptığı işlemlerin her birinde hukuk devletinden uzaklaşmak veya yaklaşmak şeklinde bir sınav verir, idare. Dolayısıyla her ülke, her gün idaresiyle hukuk devleti sınavı verir. İdare hukuku ve idare davranışları, bu sınavı hukuk sayesinde veya idarenin hukuka dayalı olması sayesinde verir. Gelişmiş ülkelerde idareler hiçbir zaman hukuka aykırılık gerçekleştirmek denemez. Gelişme ölçütü az yapmaktır. Hiç yapmamak amacıyla yola çıkıp az yapmaktır. Bu adeta bir devin yürüyüşüdür. Dev yürürken bazen önündeki unsurları görmez, ezerek onlara zarar verir. Hukuk devleti bu zarar görenlerin de zararının tazmin edildiği, haklarının korunduğu, ezilmesinin önlenildiği, hemen kurtarıldığı, kurtarılamıyorsa bile bir daha olmaması için idarenin ders alabileceği şekilde tazminata mahkûm ettiği, sorumlularının uzaklaştırıldığı bir sistemi gerçekleştirmeyi gerektirir. Dolayısıyla idare bu sınavı hem az ihlal yaparak, mümkünse hiç yapmayarak; hem de ihlal yaptığı zaman hızlı mekanizmalara sahip olup bu mekanizmalar sayesinde ihlalin zararlı sonuçlarını gidererek ortaya koyar. Dolayısıyla hukuk devleti ağırlıklı bir idare hukuku konusudur. Yani hukuk devleti olup olmamak konusundaki esas gündem, idare hukukunun etkililiğine, işlerliğine, sağlıklı olmasına ve güncel olmasına bağlı bir husustur. Neden? Çünkü ihlal potansiyeli idareden kaynaklanır. İdare vatandaş ilişkisinden kaynaklanır. Vatandaş - vatandaş arasındaki uyuşmazlıkları çözen adli yargı vardır. Ancak bu ilişkide bir tarafın tehdit kullanması, güç kullanması, daha bir üstün yetki kullanmaya kalkışmasına engel olmakta idarenin görevidir. Dolayısıyla orada da bir sapma olduğunda idare işini yapmıyor demektir. Hukuk devleti olabilmek bakımından ağırlıklı problem, İdarenin hukuka uygun davranıp davranmamasıdır. Sadece idarenin davranıp davranmaması da değildir, bir ihlal olduğunda hızlı çalışan bir telafi edici mekanizma var mıdır? Bu da önemlidir.

KANUNİLİK İLKESİ

Ders kitaplarında idare hukukuna hakim olan ilkeler arasında bir diğer ilke olarak “Kanunilik”ten bahsedilmektedir (İdarenin Kanuniliği ilkesi). Bütün kitaplarda bu ilkelerden bahsediliyor. Bu ilkeye ilişkin açıklamalar yapılıyor. Kanunilik ilkesinin ilginç yansımaları vardır. Bunu değerlendirmek gerekir. Kanuni idare ilkesi diye ifade edilmektedir. Öğretide şöyle açıklanmıştır: İdarenin eylem ve işlemleri hem kanuna

dayanmalı hem de bu eylem ve işlemler kanuna aykırı olmamalıdır. İki yönü ile gündeme getiriliyor. Bu iki yönlü yaklaşımlardan, yukarıda hukuk devleti ve idare teşkilatının kuruluşunda da bahsettik. Böyle çelişkili ve zıt gibi görünen ama esasında çelişkili olmayan hedeflere ilişkin değerlendirme yapmak gerekir. Hem kanuna dayanmalı hem kanuna aykırı olmamalıdır. Bundan kasıt idarenin güç kullanırken bu gücü kendiliğinden kullanamamasıdır. Temelinde idareye yetki veren bir kanun olması gerekir. Bu noktaya işaret edilmektedir.

Bunun anlamı aynı zamanda şöyle demektir: idare hukukunda yetkisizlik asıldır. Yani kendiliğinden bir yetki yoktur. İdare durumdan vazife çıkartamaz. Ancak bir alanda yetkilendirilen idare o alanda yetki kullanabilir. Dolayısıyla tüzel kişilik meselesinde olduğu gibi bir idare ancak faaliyet alanıyla sınırlı faaliyet gösterebiliyor. Yetkisizlik asıl olduğu için ona mutlaka yetki veren bir metine ihtiyaç vardır. Bir kanuna ihtiyaç vardır. Bu anlamda, yetki de çoğu zaman kanunu gerektirir. Kanuna dayanmayan bir yetki olmaz. (Ama şu özelliğe işaret etmek gerekir: Kimi zaman kanun doğrudan yetki vermeyebilir. Ancak doğrudan verecek mekanizmayı gösterir. Mesela belediye kanunu belediyelere yapmaları gerekli olan işlere ilişkin yetkileri vermiştir. Aynı zamanda halkın ortak ve genel ihtiyaçları için yeni görev alanları edinmelerine de imkân vermiştir. Dolayısıyla belediye meclisi toplanıp da belediyeye yeni görev alanı belirlediğinde Belediye kanundan kaynaklanan genel yetkisini onda da kullanabilmektedir. Dikkat edersiniz burada o yetki doğrudan kanunda yoktur. Ama kanunun belirlediği bir yetkili organın kararıyla o yetki gündeme gelmiştir. Yani temelinde bir kanun vardır.) Temelinin temelinde veya doğrudan temelinde bir kanun vardır. Bu kanunilik ilkesinin birinci cephesidir.

İkincisinde ise bu sefer tersine dönüyor. İdarenin yaptığı faaliyet kanuna aykırı olmamalıdır. Dolayısıyla idarenin yetkisi var ama bu yetkisini de kanuna aykırı kullanamayacaktır. Dolayısıyla kanun hem bu yetkinin temelidir hem de ihlal edemeyeceği şartları belirleyen sonudur. Çelişki gibi değildir. Başladığı noktada, giderken uyması gerektiği noktaları belirlemek bakımından gündeme geliyor. Dolayısıyla kanunilik ilkesi çokça üzerinde durulan bir ilke olarak önem taşımaktadır. Kanunlarda bunun değerlendirilmesine ilişkin hususlar vardır. Örneğin Barolar Birliği'nin yönetmelikle hukuk fakültesi mezunlarına avukat olabilmesi için avukatlık sınavında başarılı olması şartını getiren yönetmeliğinin iptalinde ve hukuka aykırılığında kanunilik ilkesine atıfta bulunuyor. Avukatlık sınavını ancak kanunla getirilebilir. Barolar Birliği mesleğin ilkesini düzenleyebilir. Meslek mensuplarının uyması gereken hususları düzenleyebilir. Ama avukatlık sınavı gibi bir hususu bir kanuni temeli olmadan genel yetkisi kapsamında yapamaz. Yönetmelik bir kanun değildir. Ve yönetmeliğe dayanarak böyle bir yetkiyi kendinde ihdas edemez. Fakat bu örnekler idare hukukunun esneme kabiliyeti bakımından size farklı bir fikir vermemelidir. Mesela UKAME ile ilgili Danıştay kararında UKAME'nin hangi alanlarda yetki kullanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, UKAME'nin işlemini (toplu taşıma hizmeti idarenin faaliyetidir) kamu yararı olduğu ve süreklilik ilkesi gerekçeleriyle hukuka uygun bulunmuştur.

“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.

Ulaşım Koordinasyon Merkezi ilk olarak 5216 sayılı Yasa ile öngörülmüş değildir. 5216 sayılı Yasadan önce uygulaması bulunan bir koordinasyon merkezi olup büyükşehir belediyelerinin toplu taşıma hizmetinin ve trafiğin düzenlenmesinde karar merciidir. Ulaşım koordinasyon merkezlerinin bu özelliği ve ulaşım hizmetinin süreklilik arzeden bir gereksinimi karşılayan niteliği dikkate alındığında 5216 sayılı Yasada görevleri belirlenmiş olan bu karar merciinin, salt çalışma esas ve usullerini belirleyen idari bir düzenleme bulunmaması nedeniyle görev yapamayacak olması kamu hizmetlerinin sürekliliği (kesintisizliği) ve idari fonksiyonunun sürekli bir devlet fonksiyonu olması ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.”¹

Gerekçe bu şekildedir. Mahkeme Kanunilik ilkesini esnetmiştir. Tamamen yok dememiştir, bağdaştırmıştır. Bağdaştırırken idarenin faaliyetlerinden, bu faaliyete hâkim olan ilkelere yola çıkmıştır. Dolayısıyla kanunilik olmadan da idare her şeyi yapabilir anlamına gelen bir meşruluk zemini oluşturmamıştır. Ve sonuçta mahkemenin kararını bozarak geri göndermiştir. “Dengeleme misyonunu” gerekçelendirmek suretiyle, hukukilik denetimine (dikkat edin! Kanunilik denetimi değil) kanunilik ilkesinin kendi nezdinde nasıl ele alındığını gerekçelendirdiği ve sonuçlandırdığını gösteriyor.

EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik ilkesi evrensel bir ilkedir. Bütün verileri ile birlikte değerlendirilmesi gereken evrensel bir ilkedir. Matematikte iki kere iki her zaman dört eder mi? Matematikte de iki kere iki her zaman dört etmez. Sistemine bağlıdır. Ondalık sistemde iki kere iki her zaman dört eder. Dolayısıyla burada da eşitliği değerlendirmeye ilişkin bir problem vardır. Eşitlik ilkesinin en basit yaklaşımı matematiksel eşitlik diye bakmaktır. Bunu anlamak kolaydır. Esas problem eşitsizlik yaparak eşitliği sağlamak anlayışını gerekçelendirmektir. Mesela Anayasa’ya da şimdi giren pozitif ayrımcılık meselesi var. Eskiden beri bu gündeme geliyordu. Fakat bunun Anayasal temeli olmadığı, Anayasa da eşitlik ilkesine aykırı olduğu şeklinde yargı kararları çıkıyordu. Tali Anayasa Koyucu bu pozitif ayrımcılığı Anayasa’ya dâhil etti. Yani eşitlik ilkesinin temelinde eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz diye pozitif ayrımcılığı koydu. Dikkat ederseniz istisna değildir. Pozitif ayrımcılık eşitliğe aykırı değildir. Yani eşitleştirmek için bir davranış söz konusudur. Eşitliğin anlamı belirleme hususunda tereddüte yer bırakmamak içindir.

Mesela bazı bu şekilde yaklaşımlar vardır. TEOG sınavlarında kızlar daha az başarılı olduğundan eşitleştirici bir şey yapmak gerektiği düşünülerek 200 kişinin alınacağı bir yabancı lise sınavında kontenjanın 100 erkek 100 kız öğrenci şeklinde belirlenmesi örnek verilebilir. Erkek öğrencilerin aldığı puan kendi aralarında yarışacaktır. Üniversite aşamasında ise tam tersine kızlar daha başarılı olmaktadır.

¹ T.C. DANIŞTAY 8. DAİRE E. 2007/8336 K. 2009/2995 T. 6.5.2009.

Üniversitenin genelde ilk 10 bazen ilk 50 sinde kızlar ağırlıklıdır. İşte mesela erkeklerin yoğun bulunduğu alanlarda kızlar için kota koymak veya kızların yoğun olarak girdiği mesleklerde erkekler için kota koymak eşitliğe aykırı olur mu? Bunu değerlendirmek problemi var. Bunlar kolay eşitlik problemleri değildir.

Bu durumda eşitliği sağlamak için yapılan bir eşitsizliği isabetli teşhis etmek gerekir. Hiç kimse ben eşitliğe aykırı davranıyorum demiyor, eşitliği sağlamak için eşitsizlik yapıyorum diyor. Eşitliği sağlamak için farklı yerden başlatıyorum diyor. Bu adeta 1400 metre koşullarda koşucuları, köşeleri dönüşte katedeceği mesafeleri dikkate alarak, başlangıç çizgisinde farklı noktalardan başlatmak gibi bir şeydir. İç kulvardan koşan diğerlerinden daha kısa mesafe koşmasını diye eşitliği sağlamak için sporcular farklı yerlerden başlatıldığı ve aslında farklı başlangıç noktaları ve aynı bitiş çizgileri olsa da, yarışın bütününde aynı mesafeyi kat etmek durumunda oldukları bir gerçektir.

İdare hukukunun en önemli gündemlerinden birisi de neyin eşitsizliğe yol açtığını bulmaktır. Hangi noktada eşitsizlik olacağını bulmaktır. Kitaplar şöyle bir formülle özetlemektedirler: “Eşitlik aynı şartlarda aynı şekilde davranmaktır, farklı statüdekilere farklı davranmak eşitliğe aykırılık oluşturmaz”. Bu tanım her şeyi çözmüş değildir. Aynı şartları taşıyanlara aynı şekilde davranılacak ama aynı şartları eşitsiz belirlenmişse ne olacak? Bu konulara değinirken hep aklıma gelen bir örnek var. Hava Harp Okuluna girmek isteyenlerden en ufak bir göz rahatsızlığı olanlar okula alınmıyor veya okuldan derhâl başka hizmetlere başka sınıflara geçiriliyor. Çünkü pilotluk hiçbir göz kusurunu kabul etmemektedir. Ama aynı kuralı hukuk fakültesine getirseniz meşruluk zemini kalmaz, espri olsun diye “zaten gözü bozulmamışsa yeteri kadar okumamıştır, asıl gözlüksüzler alınmasın” denebilir. Bu örnekten hareketle yükseköğrenime gözü bozuk olanlar alınamaz dersiniz eşitliğe aykırı olur ama hava harp okulunda gözü bozuk olanlar alınamaz dersiniz eşitliğe aykırı olmaz. Niçin? Çünkü farklılıkları haklı kılan sebepler var ise ve hizmet gereklerine göre belirlemişseniz eşitliğe aykırı olmaz. Hizmet gereklerinin gerektirmediği bir şeyi ararsanız, mesela, diyelim ki boy şartı getirseniz? Pilotlukta belki boyun hiçbir önemi veya gereği yoktur denebilir. Hatta bazı mesleklerde boyun kısa olması daha iyi bir şeydir. Mesela binicilikte kilosunu ve boyunu kısa olanlar ata yük getirmeyenler tercih edilebileceğinden üst sınır getirilebilir. Belki üst sınır getirmek gerekir, belki de alt sınır getirmek gerekebilir. Bunu hizmet gereklerinin ne kadar zorunlu kıldığına göre tartışmak gerekir.

Mesela çeşitli engelleri olanların da sembolik olarak da olsa birkaç gün askerlik yapması ve terhis edilmesi gibi konular gündeme geldi. İnsanların aynı zamanda istedikleri bir şeye ulaşabilmesi bakımından getirilmiş olan şartların engelleyici olması, hizmet gerekleri zorunlu kılmıyorsa eşitliğe aykırıdır. Hizmetin gerektirdiği şartlar konulabilir. Yani kişiye özgü şartlar konulamaz. Keyfi şartlar ancak aranabilir. Farklılık aramak için bu şartları taşımayanlar hizmete elverişsizdir diyecek zorunlu hususlar olmalıdır. Böyle nitelikler olsa daha iyi olur yaklaşımıyla şart konulursa hukuka aykırı olur, zorunlu olduğu için aranan şartlar da eşitliğe aykırılık olmayabilir. Hukukçular için boy şartı getirseniz hizmet ile alakası olmaz. Şu boydan daha kısa olanlar daha uzun olanlar hukukçu olamaz desanız hizmet bunu gerektirmez. Ama hizmetin gerektirdiği şeyler olabilir. Mesela görme engeli hukukçuluğa engel midir?

Hayır. Çünkü görme engelli olmalarına rağmen benim dönemimde ikiz kardeşler birinci tamamladı. İlk planda sanki görme engeli aykırı gözükebilir. Okuyamadan nasıl olur vs. gibi düşünebilirsiniz. Ama idarenin buna uyarlanması gerekir. Ona imkân sunmamak, mevcut imkânlar ona uygun değil diye şart getirmek eşitliğe aykırıdır. Ona göre bilgisayar programı getirebilirsiniz. Ona göre sınav sistemi için eleman ayırabilirsiniz. Türkiye'nin önde gelen Anayasa Profesörlerinden birisi görme engellidir. Dolayısıyla başka özellikler bakımından da bir şartın getirilebilmesine eşitliğe aykırı olmayacağını söylemek yetmez. Bir kademe daha ileriye giderek hizmet gereklerinin **zorunlu kıldığı** bir şart ancak konulabilir şeklinde bakmak gerekir.

Öyleyse eşitlik denilen, ilke çok basit gözükün, anlatıldığı zaman problem doğurmuş zannedilen bu ilke esasında çok yoğun problemler doğuran, birçok davada karar vermede gerekçe olarak kullanılan bir ilkedir. Anayasal ilke olması, anayasada temel bulmuş olması da ayrıca önemlidir.

Pozitif ayrımcılığın eşitliğe aykırı sayılmayacağını Anayasa'ya yazılması da bu sebepten kaynaklanmaktadır. Anayasal ilke düzeyinde bir yaklaşımı aykırı olmadığını göstermektir. Dikkat ederseniz eşitlik ilkesinin istisnası pozitif ayrımcılıktır demiyor. Eşitliğe aykırı sayılamaz demektir. Dolayısıyla hiç eşitlikten ödün vermiyor. Sadece eşitliğin kapsamını belirlemek suretiyle farklılaştırıyor, geliştiriyor, hukuk düşüncesini berraklaştırıyor, maddenin uygulama kapsamını doldurarak bu hususta tereddüte mahal bırakmıyor (imkân vermiyor).

Kısaca bu ilkeler çok yönlü, çok taraflı kullanışlı ilkelere. Hem yargının karar vermesinde kullandığı ilkeler hem belli bir olayda haksızlık var mı yok mu bunu teşhis etmeye yarayan ilkelere. Çünkü bazen teşhis etmek de zordur. Yani “bunu yapabilir mi yapamaz mı”yı teşhis etmek zordur. Değerlendirmek gerekir. Bunu teşhis etmeye yarayan ilkeler hep eşitlikten yola çıkıyor. Teşhis ettiğiniz bir aykırılığı gerekçelendirmede yine eşitlikten yararlanıyorsunuz. Ve eşitlikle gerekçelendirdiğiniz bu davada kabul ettirebilirseniz iptal kararı yine eşitlik ilkesi tartışmasıyla ve eşitlik ilkesine aykırılıktan çıkıyor.

Yani eşitlik her kapıyı açan tam bir “maymuncuk” ilkedir. Durumu değerlendirmede, anlamada, yani başlangıçta faydalıdır. Orta düzeyde, gerekçelendirme faydalıdır. Sonlandırmada yani yargı kararı gerekçesi olarak kullanılabilir. Dolayısıyla bu eşitliliğin ne olduğunu içeriğinin nasıl doldurulduğunu anlamakta başarılı olmak çok karar okumakla orantılıdır. Üzerinde düşünme saati ile orantılıdır. Okunulan kitapla orantılıdır. Eşitlik nedir diye oturup bir on beş dakika düşünmele hiç düşünmeden okuyan arasında yapabilirlik bakımından da fark olacaktır. AYM'nin mesela bir kararı vardır. 60'lı yıllarda kadınların mülki amir, kaymakam olmamasına ilişkin içişleri bakanlığı mevzuatındaki bir kanundaki bir hüküm dava konusu olmuştur. AYM uzun uzun tartıştıktan sonra; ülkemizin koşulları, ulaşım biçimleri, kimi yerlerde katırla ancak ulaşımın sağlanması, hizmetin gerektirdiği özellikler bu hizmete kadınların alınmamasını eşitliğe aykırı kılmaz, şeklinde karar veriyor. Daha sonra bir dava olmadan anlayış değişiyor. Yaklaşım değişiyor. Belki de şartlar değişiyor ve kadınlara da mülki amir olmaya yönelik imkân açılıyor. Bu kararlara bakıldığında mesela kullanılan gerekçelere bakıldığında eşitliğe aykırı gördüğü/görmediği yaklaşıma bakıldığında bunun hem konular bakımından yatay

çeşitliliğine bakıldığında hem de tarihi bakımdan dikey çeşitliliğine bakıldığında; ülkede hukuk düşüncesinin bunu nasıl anladığı ve değerlendirdiği anlaşılır. Ve bu anlaşıldıktan sonra da yaklaşımı eleştirilebilir. Daha hızlı gelişmesi için hukuki malzeme üretilebilir. Veya bu gelişim biçimi sağlıklı görülebilir kavranılır ve bu gelişim çizgisi içinde bir hukuki mücadele yapılacaksa bunun altı doldurulur.

Öyleyse eşitlik evrensel, genel geçerli, idare hukukuna yön veren, “maymuncuk” niteliği olan, kapsamı deşildikçe artan, üzerinde tezler yazılan, sürekli genişleyen ve özellikle de, farklılıkları eşitliğe aykırı olmaktan çıkartacak gerekçeler alanıyla dikkat çeken bir kavramdır. Farklılıkları meşrulaştırmakta da eşitlik kullanılır. Eşitlik farklılıklara engel olmaz, imtiyazlara engel olur derler. İmtiyaz sağlayamaz ama farklılık sağlayabilir.

İDARE HUKUKUNU ETKİLEYEN ANAYASAL İLKELER

SOSYAL DEVLET İLKESİ

Sosyal devlet ilkesinin ne olduğunu ve özelliklerini Anayasa Hukuku dersinden bildiğinizi kabul ediyoruz. Dolayısıyla bunu bildiğinizi varsayarak devam edeceğiz. İdare sosyal devlet ilkesini hayata geçirmek üzere bir takım tedbirler almakta, bu tedbirleri uygular. Bunun pek çok örneğini günlük hayatınızda görebilirsiniz. Mesela idare hukukunda, dezavantajlı gruplar dediğimiz; çocuklar, kadınlar, yaşlılar için bir takım pozitif ayrımcılık denilebilecek imkânlar ve ayrıcalıkların tanınması sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Tabi sosyal devlet bir Anayasal bir tercihtir, Anayasa böyle bir devlet yapısı tercih ettiği için sosyal devlet olduğu kabul edilir. Dolayısıyla sosyal devletin de nasıl bir idaresi olması gerektiği sorusunun cevabını vermemiz gerekiyor.

Sosyal devlet ilkesi gereği idarenin, yukarıda ifade edildiği gibi dezavantajlı gruplara fırsat eşitliği tanıyacak bir takım düzenlemeler yapması gerekir. Kamu hizmetinin kurulması ve işleyişinde toplumun fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirler alması gerekir. Öğretimin tamamen ücretsiz olması gibi, üniversite öğretiminde (birinci öğretimde) hiç harç alınmaması gibi hayatımızı doğrudan ilgilendiren örnekler vardır. Bunlar sosyal devlet ilkesinin idare hukukuna yansımalarıdır. Ayrıca belediyelerin mor çatı adı altında kadınlara yönelik bir takım faaliyetler yürütmektedir. Hatta mikro kredi adı altında kadınlara yönelik hizmeti, kadın istihdamını arttırmak, kadın iş gücünü arttırmak, ekonomiye kazandırmak için geri ödemesiz veya uzun vadeli faizsiz bir takım kredi olanaklarının sağlanması gibi uygulamalar sosyal devlet ilkesinin idarenin faaliyetleri olarak hayata geçirilmesinin örnekler olarak gösterilebilir. Bütün bunlar sosyal devlet olmanın gereğidir. Belli bir yaşa kadar bütün vatandaşların sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlanması ve sağlık güvencesine sahip olması, idari faaliyetlere sosyal devlet ilkesinin yansımasıdır. Sosyal devletin ne kadar işlevsel olabileceği, idarenin ne kadar sosyal bir devlete dönüşebileceği hem bir tercih meselesi hem de bir imkân meselesidir. Fakat sosyal devlete yönelik eleştiriler de vardır. Ancak bu husus anayasa hukuku derslerinde muhtemelen tartışılmıştır. Örneğin liberal düşünce taraftarları veya savunucuları sosyal devletin insanı tembelleştirdiğini, çalıştırmadığını dolayısıyla da bir takım sosyal imkânlardan yararlanarak, toplum içinde yaşamaya teşvik ettiği gibi bir takım eleştiriler ileri sürülmektedir. Tabi ki bunlar bu dersin konusu değildir. Sadece hatırlatmak için ifade etmekle yetiniyoruz.

EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik ilkesi idare hukukunu etkileyen Anayasal ilkelerdendir. Anayasa'daki bu ve diğer ilkeler adeta, idare hukukunda somutlaşıp hayata dokunarak somut bir imkân haline gelmektedir. Bu nedenle Anayasal ilkeler bu ders boyunca çeşitli örneklerle anlatılmaya çalışılacaktır. Örneğin kamu hizmetine girme hakkı vardır.

Kamu hizmetine her Türk vatandaşı girebilir. Dolayısıyla objektif olarak yapılmış düzenlemelere uygun nitelikleri taşıyan herkesin kamu hizmetine girme hakkı vardır, diyerek eşitlik ilkesine atıfta bulunmaktadır. Kamu mallarından yararlanma anlatılırken de eşitlik ilkesinden bahsedilmektedir.

Eşitlik ilkesini, Anayasanın 10.maddesi ile düzenlenen, kanun önünde eşitlik olarak anlıyoruz. Kişiler arasında dil, ırk, mezhep cinsiyet vb konularda herhangi bir ayırım yapılmamasını ifade etmektedir. Eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi kararları ile de kabul edildiği üzere, aynı hukuki statü içindeki kişilerin aynı haklara sahip olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla, mutlak bir eşitlikten değil aynı statüde içindeki bulunan bireyler arasındaki eşitlikte bahsediyoruz. Bu nedenle bazı dezavantajlı gruplara yönelik pozitif ayrımcılık sağlayan düzenlemeler, ki bunlar Anayasa ile de kabul edilmiştir, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

İDARE HUKUKUNUN KAYNAKLARI

ANAYASA

İdare hukukunun kaynakları, idare hukukunun oluşumu ve idari kararlar alınırken veya idari faaliyetler yürütülürken nelerin göz önünde bulundurulduğu ve idare hukukunun nereden zuhur ettiğine ilişkin bir meseledir. Tabii ki idare hukukunun öncelikli kaynağı Anayasa'dır. Anayasa'da idareyi ilgilendiren bir bölüm vardır. İdare başlıklı bir bölüm vardır. O başlıkta idareye ilişkin bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Mesela "Kanuni İdare" ilkesi vardır. "İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür, kanunla düzenlenir" hükmü bir Anayasal ilkedir. Keza idarenin yargısal denetimi bir Anayasal ilkedir. Anayasa'nın 125. Maddesi, idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ve herkes dava açma imkânına sahiptir, demektedir. Bunların dışında da, idarenin faaliyetlerini ilgilendiren ilkeler ve düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa'nın 127. maddesi yerel yönetimlere ilişkin, idari vesayete ilişkin ve merkezi yönetime ilişkin genel yaklaşımı ortaya koymasından önemlidir. Yine dediğimiz gibi Anayasa'da idarenin faaliyetlerini ilgilendiren ve etkileyen düzenlemeler vardır. Örneğin Anayasa'da özelleştirme ve devletleştirme başlıklı bir madde vardır. Buna göre idarenin hangi durumlarda özelleştirme yapabileceği, hangi durumlarda devletleştirme yapabileceğini düzenlemiştir. Ayrıca olağanüstü hal ihlaline ilişkin hükümler vardır. Bunun gibi idare hukukunu ilgilendiren temel hükümler yani Anayasal maddeler vardır. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, Anayasa hem öngördüğü ilkeler hem de doğrudan düzenlediği alanlar itibari ile idare hukukunun temel kaynağıdır.

KANUN, KHK ve İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

İkinci olarak, Anayasa'nın dışında, kanunlar ve kanun hükmünde kararname yer almaktadır. Tıpkı normlar hiyerarşisinde olduğu gibi kaynaklar arasında da böyle bir hiyerarşi ilişkisinden bahsetmemiz mümkündür. Kanunlar, KHK ve idarenin

düzenleyici işlemleri vardır. İdarenin Düzenleyici işlemleri ise tüzükler ve yönetmeliklerdir. Ancak tüzük ve yönetmelik idare hukukunun hem kaynağı hem de idare hukukunun bir ürünüdür. Çünkü bu düzenleyici işlemleri üreten, idarenin bizatihi kendisidir. İdarenin, tüzük ve yönetmelik yaparken neleri esas alacağı bellidir. Anayasaya ve yasalara aykırı olmamayı esas alacaktır. Ama bunlar aynı zamanda bir idari işlemdir. Dolayısıyla düzenleyici idari işlemler üreticiler bakımından veya idare hukuku bakımından belki bir kaynak değildir. Çünkü idare bir yönetmelik yaparken, tüzük yaparken Anayasa'ya ve kanuna bakacaktır. Ancak yönetmelik ve tüzük, aynı zamanda uygulayıcılar bakımından İdare Hukukunun bir kaynağıdır. Örneğin, öğrenci disiplin yönetmeliğini YÖK yapmaktadır. YÖK bakımından yönetmelik bir kaynak değildir. Çünkü o yönetmeliği hazırlarken nelere dikkat edileceği bellidir. YÖK Anayasaya ve kanununa bakacak ve onlara uygun bir yönetmelik hazırlayacaktır. Ama aynı yönetmelik ve aynı tüzük üniversiteler için ise bir idare hukuku kaynağıdır. Çünkü üniversite öğrencilerinin davranış kuralları bir disiplin işlemi ile tespit edilmekte, disiplin düzeni ve uygulamaları bu kararlar ile sağlanır. tesis ederken o yönetmeliğe uygun davranması gerekmektedir.

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

İdare hukukunun bir diğer kaynağı tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerdir. Bu uluslararası sözleşmeler idare hukuku alanında veya çok farklı alanlarda değişiklikler yapmayı zorunlu kılabilmektedir. Mesela devlet gümrük birliği anlaşmasına taraf olduğunda, gümrüklere ilişkin bu anlaşmadan kaynaklanan bir takım kurallar öngörmektedir. İdare gümrükleri bu sözleşmeye uygun hale getirmek zorundadır. Keza devletin tarafı olduğu başka uluslararası sözleşmeler, idari teşkilatta bir takım değişiklikler yapmayı gerektirmektedir. İdarenin de bu sözleşme kapsamında ilgili değişiklikleri yapması gerekebilmektedir.

AB adaylık süreci ve tarafı olduğumuz AİHS de idare hukukumuzu etkileyen uluslararası sözleşmelerdir. Danıştay'ın da özellikle AİHS ve sözleşme organlarının almış olduğu kararları bilhassa referans aldığı mahkeme kararları bulunmaktadır. Demek ki, tarafı olunan uluslararası sözleşmeler idare hukuku bakımından önemli bir diğer kaynak teşkil etmektedir.

ÖRF VE ADET KURALLARI

Bir diğer tartışmalı mesele, acaba örf ve adet kuralları idare hukukunda bir kaynak olarak değerlendirilebilir mi? Bir kuralın örf ve adet kuralı olması için toplumda uzun süreden beridir uygulanıyor olması gerekir. Toplumda bu kurallara uymak konusunda bir inanç olması gerekir. Ayrıca bu kuralların mevcut kanunlara aykırı olmaması gerekir. Ve iyi olması gerekir. Aksi halde o kurala örf kuralı diyemeyiz.

İdari yargıda, mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta örf ve adet kuralına dayanarak bir karar verilebilir mi? İdare hukukçularının büyük bir kısmı örf ve adet

kurallarının idare hukukunun bir kaynağı olamayacağını ileri sürmektedirler. Çünkü idare hukukunun nitelikleri itibarıyla buna müsait olmadığını savunuyorlar. İdare hukukunda örf ve adet kurallarına eş değer anlama gelen idari teamüllerin bir anlam ifade ettiği belirtiliyor. Bunun yanlış olduğunu düşünüyoruz. Çünkü idare hukukumuzda da örf ve adet kurallarının hem pozitif hukukta hem de uygulamada bir takım örnekleri bulunmaktadır. Örneğin Köy Kanunu'na göre köylerin nasıl idare edileceği belirtilmiştir. Ancak bu kanunun bir hükmüne göre nüfusu 150'nin altında olan veya nasıl idare edileceğine dair bir düzenleme bulunmayan köylerin veya oradaki yerleşim alanlarının, bugüne kadar nasıl idare edilmişlerse yine aynı şekilde yönetilmeye devam edecekleri ifade edilmektedir. Dolayısıyla kanunla, bir yerdeki mevcut bir uygulama biçimini, bir örf ve âdeti bir hukuk kuralı olarak tanıyorsunuz. Bir başka örnek ise, meslek odalarına ilişkin bir kanunlarda görmek mümkündür. Bunlar kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşudur. Bunların üyeleri bulunmaktadır. Dolayısıyla üyeleri ile ilişkileri ve üyelerinin üzerinde hukuki yaptırım uygulayabilmeleri söz konusudur. Keza üyeleri arasındaki uyuşmazlıkları çözebilmektedirler. Bunların mevzuatına göre; meslek odaları bu tür düzenlemeler yaparken veya karar verirken, o bölgedeki ticari örf ve kuralları da esas alabilmektedir. Dolayısıyla böylece idare bir örf ve adet kuralını hukuk kuralı olarak kabul etmiş oluyor.

İdari teamül hem oluşumu bakımından hem sonuçları bakımından farklı bir şeydir. Çünkü idari teamül toplumdan zuhur eden bir kural değildir. İdarenin süreklilik arz eden uygulamasıdır. Dolayısıyla burada bunu bir örf ve adet kuralı ile eşdeğer saymak doğru değildir. Oluşumu bakımından bir farklılık vardır. Niteliği bakımından bir farklılık vardır. Örf ve adet kuralları hukukun kaynağı olabilirken, idari teamül kuralları olsa olsa idarenin uygulamaları bakımından bir kaynak teşkil edebilir. O nedenle ikisi arasında bir farklılık vardır. Mesela bir kanunu uygularken idare, örneğin öğrencilere ilişkin bir kanunu varsayalım bütün öğrencilere aynı şekilde uygulamışsa aynı şekilde yorumlamışsa; idarenin bu konuda bir teamülü oluşmuş, idare bu kanunu böyle uyguluyor denilir. Dolayısıyla böyle bir teamül oluşması durumunda, size de aynı teamülün uygulanmasını beklentisi içine girersiniz. Eğer idare böyle bir teamülden vazgeçerse bunu önceden ilgililerle paylaşması gerekir ki insanlar idarenin artık bu teamülden vazgeçtiğini başka bir uygulamaya geçtiğini anlamış olsun. Daha da enteresan olanı acaba idarenin hukuka aykırı uygulamaları süreklilik arz etse bile bir teamüle dönüşebilir mi?

Bir örnekle açıklamak gerekirse; İstanbul'da çok sayıda, hakkında yıkım kararı olan bina vardır. Ancak bunların hemen hemen hiçbiri uygulanmıyor. İdare yıkım kararı alıyor, tutanak düzenliyor, para cezasını kesiyor. Böylece idare kanundaki yükümlülüklerini yerine getiriyor. Ondan sonra idareye niye yıkmıyorsun diye sorulduğunda; araç gerecim veya personelim yetersiz veya yıkım için ihale açtım ihaleye giren yok gibi cevaplar alınmaktadır. Çünkü idare vatandaşla karşı karşıya gelecek bir iş yapmak istemeyebilir. Diyelim ki idare İstanbul'daki onlarca kaçak binayı yıkmazken sizin binanızı tespit ederek size yıkmanız için otuz gün süre verdi. Siz de binayı yıkmadığınız takdirde idare yıkımı gerçekleştirmeye başladı. Böyle bir durumda idare hukukçularının da cevap veremediği sonuçlar ortaya çıkabilir.

Dolayısıyla idari teamül dediğimiz şey de (aradaki farkı kaçırmamak gerekir) bir hukuka aykırılık yoktur. Sadece idarenin ya takdir yetkisi çerçevesinde ya da yasadaki bir boşlukta veya yasanın yorumlanış tarzından kaynaklanan, süregelen düzenli bir uygulaması vardır. Burada bir hukuka aykırılıktan bahsetmiyoruz. İdare öyle bir uygulamayı tercih etmiştir. Kanuna da uygundur. Kanunu o şekilde yorumlamıştır ve bir teamül oluşmuştur. Kanunda bir boşluk vardır o boşluğu idare bir teamül ile doldurarak devam etmiştir. Bugüne kadar da bir hukuka aykırılık iddiası olmamıştır. Ama ikinci örnekte bir hukuka aykırılık vardır. Ama devam eden, aynı şekilde süregelen bir hukuka aykırılık varken, hiçbir işlem yapmazken, bir yaptırım uygulamazken, sonrasında bir yaptırım kararı alması acaba savunulabilir bir şey mi? meselesi var. Ancak bunun cevabını henüz idare hukukçuları da verebilmiş değildir. Sadece Danıştay'ın bu hususta bir kararı vardır. Buna göre: Kamu personeline ilişkin bir yönetmelik aslında uygulanması gereken bir yönetmelik uzun yıllar boyunca idare tarafından hiç uygulanmıyor. Daha sonra bir memura uygulandığında Danıştay idareye diyor ki; sen bunu uygulamayarak aslında zımnen ilga etmiş sayılırsın. Bugüne kadar uygulamadıysan da artık bu yönetmelik zımnen ilga edilmiş sayılır. Böyle bir yorumla, böyle bir yorum tekniği geliştirerek yapılan işlemi, (yönetmeliğin uzun yıllar uygulanmadığı halde sadece bir kamu görevlisine uygulanmasına ilişkin kararı) hukuka aykırı bulmuştur.

Ancak bu da bir yorumdur. Çok eleştirilebilir bir yorumdur. Yani idare kendi açık iradesiyle bir düzenleyici işlemi kaldırmadığı müddetçe iptal etmediği müddetçe zımnen ilga diye bir müessese kabul edilebilir mi? problemi çok tartışılabilir bir meseledir.

Demek ki örf ve adet kuralları da idare hukukunda okuyacağımız kitaplarda farklı görüşler olsa bile idare hukukunun kaynağı olabilir. Örf ve adet kuralları yanında idari teamüller idare hukuku bakımından kaynak olabilir. Ama bunların her ikisi eşdeğerde ve eş anlamlı şeyler değildir. Bunu değerlendirmenize sunmuş olalım.

İDARE HUKUKUNUN BUGÜNKÜ GÖRÜNÜŞÜ

TEKNOLOJİK GELİŞMELER

İdare hukuku pek çok diğer hukuk dallarında olduğu gibi hızlı bir dönüşüm içerisinde. İdare hukukunun temel kavramlarında ve faaliyetlerinde ciddi, gözle görülebilir ve somut bir takım değişimler meydana gelmektedir. Bu değişimleri tetikleyen, etkileyen bir takım gelişmeler vardır. Bunlardan ve bunların idare hukukuna yansımalarından bahsedeceğiz.

Öncelikle hepimiz gözlemliyorsunuzdur, hayatımızın bir parçası haline gelen, teknolojik gelişmeler vardır. Peki, teknolojilerin idareye yansımaları var mıdır? Teknolojinin yaygınlaşması ile beraber kamu hizmetlerine yansımaları vardır. Artık bazı kamu hizmetlerini bazı idari faaliyetleri teknoloji üzerinden yürütmek mümkündür. Örneğin hastane randevusu artık internet üzerinden alınabilmektedir. Nüfus idaresindeki bir takım işlemler internet üzerinden yapılabilmektedir. Görüldüğü üzere gittikçe ve yoğun bir şekilde teknolojinin hayatın bir parçası haline geldiğini görmek mümkündür. Hatta okul kayıtlarını bile internet üzerinden yapmak mümkündür.

Bu, kamu hizmetlerinin yürütülmesindeki değişimdir. Bunu tetikleyen şey ise teknolojidir. Teknoloji kamu hizmetlerini, idari faaliyetleri kolaylaştıran ve insan hayatını daha rahatlatan boyutlara sahip olduğu gibi bir takım yönleriyle problemlere de yol açabilmektedir. Örneğin, elektronik imza diye bir müessese vardır. Artık kamu kurumlarında kamu görevlileri elektronik imza kanunundaki prosedüre göre işlemlerini elektronik imza ile tesis etmektedirler. Bu da hayatı kolaylaştıran bir şeydir. Yüzlerce belge imzalamak zorunda kalan idareciler bakımından bir kolaylıktır. Ama diğer taraftan önemli ispat problemlerini de beraberinde getirecek bir uygulamadır. Çünkü acaba bu tür elektronik imzalara ait hesaplar (hack)lenebilir mi? Yasadışı yollarla bu hesaplar ele geçirildiği zaman bunlara nasıl müdahale edilir? Dolayısıyla da bir taraftan elektronik imza uygulaması ya da elektronik hizmetler yaygınlaşırken diğer taraftan bunların yol açtığı hukuki problemler de beraberinde gelmektedir. Ama bu hukuki problemlere rağmen gün geçtikçe elektronik hizmetler ya da teknolojik hizmetler hayatımızda hızla artmaktadır.

Hukukçuları çok ilgilendiren bir başka uygulama ise UYAP denilen bir sistemdir. Dava açmak için artık oturduğunuz yerden ofisinizden dava açabiliyorsunuz. Belgelerinizi veya dava dilekçesini sisteme yükleyebiliyorsunuz. Sizin davanızda gelen cevap dilekçelerini sistemden görebiliyorsunuz. Yani adliyelere gidip gelmek gibi bir zorunluluğunuz azalıyor. Duruşma dışındaki işlerin büyük bir çoğunluğunu ofisinizden takip edebilmekteyiz. Bunların sayısı her geçen gün artarak hayatımızdaki her alana nüfuz ediyor.

KÜRESELLEŞME

İdare hukukundaki gelişmeleri etkileyen bir başka husus ise Küreselleşme dediğimiz olgudur. Tabii burada küreselleşme iyidir veya kötüdür tartışmasına

girmeyeceğiz. Bu konumuz dışındadır ve bu konuda özellikle siyaset bilimcilerin yaptığı çok değerli çalışmalar bulunmaktadır. Biz bu hususun sonuçlarına bakıyoruz. İdare hukukuna yansımalarına bakıyoruz. Bugün küreselleşmenin idare hukuku üzerinde çok ciddi etkileri vardır. Çünkü küreselleşme ile beraber, globalleşme ile beraber dünyadaki ekonomik dinamikler, ticari ilişkiler ve siyasi ilişkiler değiştiği gibi bu değişim idareye de yansiyabilmektedir. Globalleştiğiniz zaman dünya ekonomisinin bir parçası haline geliyorsunuz. Bunun bir parçası haline geldiğinizde de o sistemin size dayatmış olduğu bir takım değişimleri yapmanız gerekmektedir. Örneğin ülkemizdeki özelleştirme uygulamaları var. Bir taraftan Dünya Bankası ile IMF ile iktisadi ilişkiler içerisine giriyorsunuz, OECD ülkeleri ile ilişkileriniz var ve bütün bu uluslararası kuruluşların size dayatmış olduğu, size empoze etmiş olduğu bir takım idare hukukunu ilgilendiren düzenlemeler söz konusu olmuştur. Örneğin bu kurumlar; kredi vermek karşılığında idari yapıdaki bazı kurumları değiştirmeyi yeniden düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Ekonomik yapıyı özerkleştirmek gerekebilmektedir. Kamu yatırımlarını azaltmak istenebilir. Kamu görevlilerinin maaşlarını düşük tutmak gibi bir takım şeyler de dayatılabilmektedir. Bunun Türkiye üzerinde etkilerinin azaldığını söylemek mümkündür. İşte bütün bunlar küreselleşme dediğimiz olgunun ülkemize ve idare hukukunuza yansımalarıdır. Türkiye’deki üst kurul denilen veya bağımsız idari otorite denilen kurumların pek çoğu maalesef Türkiye’nin kendi idari tecrübesi ile idari gelenekleri ile geliştirdiği kurumlar değildir. Tam tersine globalleşmelerin sonuçları olan bir takım taleplerin yerine getirilmesi amacıyla kurulmuştur. Bu nedenle de küreselleşmenin de idare hukuku üzerinde etkileri vardır.

AVRUPA BİRLİĞİ’NİN VE AİHS’NİN İDARE HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Avrupa Birliği sürecinde, öncelikle AB’nin kamu yönetimine ilişkin belirlemiş olduğu bir takım ilkeler vardır. Bu ilkeler Türk İdaresi bakımından da geçerli olması gereken ya da beklenen ilkelerdir. Çünkü aday ülke olduğuna göre de Türkiye’nin bu ilkelere uyumlu bir idari yapılanma içine girmesi beklenmektedir. AB’nin kamu yönetimine ilişkin belirlemiş olduğu ilkeler SİGMA denilen bir projenin sonucunda veya belgenin sonucunda belirlenmiştir. Buna benzer ilkeler OECD tarafından da kabul edilmiş ilkelerdir. Örneğin **güvenilirlik ilkesi ve öngörülebilirlik ilkesi** kamu yönetiminde önemli ilkelere. Yani bireylerin idare ile girmiş olduğu ilişkide idareye güven duymaları, idareyle ilişki içine girdiklerinde karşılaştıkları durumları önceden öngörülebilir olması bakımından önemli bir ilkedir. Dolayısıyla kamu yönetimine ilişkin belirlenen bu ilkelerin, AB üye ülkelerinin kamu yönetimine egemen olması gereken bu ilkelerin Türk İdaresi bakımından da yol gösterici mahiyette olduğunu söylemek gerekir.

Açıklık ve şeffaflık ilkesi önemli bir ilkedir. İdare bütün uygulamalarında aldığı kararlarda karar alma sürecinde şeffaf olması gerekmektedir. Kamuoyunun idarenin faaliyetlerinin nasıl yürütüldüğü konusunda, kararların nasıl alındığı konusunda bilgi sahibi olması gerekir. Mesela kamu ihalelerine ilişkin süreçte

ihalelerin şeffaflıkla yürütülmesi gerekir. İhale koşullarının önceden ilan edilmesi gerekir. Hatta bazı büyük ihalelerin zaman zaman (en son 4G ihalesinde olduğu gibi) canlı yayında yayınlandığını görüyoruz. Sürecin nasıl işlediğine dair, kapalı kaplar ardında değil, kamuoyu denetimine açık şeffaf bir şekilde yapılması gerekir. Bu şeffaflığı sağlayacak en önemli araçlardan birisi de bizim hukukumuzda da kabul edilmiş olan Bilgi Edinme Kanunu çerçevesindeki idareden kanun sınırları içerisinde kalan bilgi ve belgeyi isteme hakkının olmasıdır. İdare size on beş gün içerisinde talep ettiğiniz bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Bütün bunlar idareyi şeffaflaştıran açıklığa kavuşturan hususlardır. Bu nedenle açıklık ve şeffaflık da idare hukukunun etkileyen temel ilkelerden biridir. Tabi burada şeffaflık ilkesi tüm idari faaliyetler için geçerli olacaktır diye bir kural yoktur. Bazı idari faaliyetler niteliği gereği zaten gizli olmak zorundadır. Yine ihalelerden örnek verecek olursak; ihalelere çıkmadan önce yaklaşık maliyetin hesaplanması gizli tutulur. Çünkü teklif verenlerin teklifinin etkilenmemesi gerekir. Eğer bu önceden bilinir ve paylaşılır olsa o zaman ihaleden daha düşük teklifler alma imkânı ortadan kalkmış olur. Bu nedenle bazı bilgiler niteliği gereği gizli tutulabilir. Bu gizlilikte de bir kamu yararı vardır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından bir gereklilik vardır. Ama bunun dışında idarenin yürüttüğü bütün faaliyetlerde idarenin açıklık ilkesine şeffaflık ilkesine uygun davranması gerekir.

Hesap verebilirlik ilkesi yine bir kamu yönetimi ilkesi olarak kabul edilmiştir. Hukuka aykırı davranan bir idarenin hesap verebilir bir idare olması gerekir. İlgili sorunlar hakkında hem idare hem sorumlular hakkında hukuki yolların açık olması, işlevsel olması gerekir. İşte hesap verebilirlik büyük ölçüde idarenin denetimi ile ilgili bir şeydir. İdare Türkiye’de çok farklı yollarla denetlenebilmektedir. Örneğin, yasama organı, Cumhurbaşkanı Devlet Denetleme Kurumu vasıtasıyla idareyi denetleyebilmektedir. Ayrıca kamuoyu denetimi var. Bununla birlikte son dönemlerde kurulmuş olan bir kamu denetçiliği kurumu tarafından yapılan bir denetim vardır. Bunların hepsinden daha etkili olan bir yargı denetimi vardır. İdari yargı tarafından idare denetlenebilmektedir. İdarenin hesap verebilir bir idare olması gerekir. Bu denetim mekanizmalarının her birinin ne kadar etkili olduğu tabi ki tartışılabilir. Ancak bütün bu yolların açık olması önemli ve bir anlam ifade etmektedir. İşlevselliği uygulamaya yönelik bir problem olabilir. Bunu iyileştirmek gerekir. Bu aksaklıkları gidermek gerekir. Ama her hâlükârda idarenin hesap verebilirliğini sağlayacak denetim yollarını ve kontrol mekanizmalarını açık tutmak, işlevsel tutmak gerekir.

Klasik kamu yönetimi anlayışıyla bağdaşmayan bir işletmecilik kavramı olan **etkenlik ve verimlilik** kavramları günümüz kamu yönetimi için kullanılmaktadır. Bu da çok tartışılabilir. Eleştirilebilir. Çünkü politik bir boyutu vardır. Kamu hizmetlerinin liberal bir anlayışla azaltılması, devletin küçültülmesi gündeme gelebilir. Etkin bir devletin, yani küçük ama etkili bir devletin mi olması tercih edilir yoksa kamu hizmetlerinin yaygın olduğu bir devlet yapısı mı tercih edilir. Bu siyasi bir tercihtir. Ancak bugün artık kamu yönetimine farklı bir bakışı var. İşletmeci bir mantıkla yaklaşım var. Kamu yönetiminin kaynaklarının daha etkili kullanımı, daha işletmeci zihniyetle bu hizmetlerin yürütülmesine ilişkin bir bakış vardır. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin yaygınlaştırılması söz konusudur. Bunlar

doğrudur, iyidir, kötüdür, faydalıdır diye üzerinde uzun uzun konuşulabilir. Ama bizim yapacağımız şey bu değildir. Bu AB'nin kabul ettiği kendi ülke uygulamalarından bir ilke olarak benimsediği bir ilkedir.

Katılımcılık önemli bir ilke olarak kabul edilmektedir. Hatta **yönetişim** diye ifade edilen idarenin veya idari faaliyetlerin birlikte yönetilmesi diye bir durum söz konusu olabilmektedir. Burada da bireylerin, idarenin hem karar alma sürecinde hem de idari faaliyetlerin yürütülmesine katılması söz konusu olabilir. Örneğin zaman zaman afişler veya duyurular görüyorsunuzdur. Şu vakıf ile şu idare arasında bir iş birliği ile bir eğitim projesi gerçekleştirilebiliyor. Bu bir katılım yöntemidir. Özel hukuk kişilerinin, sivil toplum örgütlerinin idari faaliyetlere aktif olarak katılmasını öngören bir süreçtir. Aynı şekilde kişilerin idarenin karar alma sürecine katılması da söz konusu olabilir. Örnek verecek olursak, ÇED diye bir süreç vardır. Bu süreç çevre üzerinde olumsuz etkileri olabilecek bir takım yatırımların denetlenmesini sağlamaktadır. Bu yatırımların listesi ÇED yönetmeliğinde belirlenmiştir. Dolayısıyla bu yönetmelik kapsamına giren bir yatırım yapmak isterseniz ÇED sürecini işletmeniz gerekir. Bu sürecin aşamalarından biri de o bölgedeki vatandaşların ve sivil toplum örgütlerinin katılımı ile toplantılar yapmaktır. Onlara açıklama yapmak, bunu izah etmektir. Bunun karar üzerinde mutlak bir etkisi yoktur. Çünkü burada karar verecek olan halk değildir. Ancak halkın karar alma sürecine katılması o yatırımı yapacak kişilerin halkın sorularına cevap vermesi, hesap vermesi yatırım bakımından önemlidir. Ama tabii katılım meselesi de gelişmiş demokratik ülkelerde çok olumlu sonuçlar vermekte ve faydalı olmakta iken kimi zaman da kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır. Tabii kötü uygulamaların olması elbette ki katılımı anlamsız veya değersiz hale getirmez.

Ayrıca belediyelerde kent konseyi diye bir uygulama söz konusudur. Belediyelerde kent konseyleri vardır. Belediyelerin kanunda yazılı olan, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin, sendikaların temsilcilerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının katıldığı o kentin yönetimine ilişkin belediyelere tavsiyelerde bulunacak kent konseyleri kurulmuştur. Bu da özel hukuk kişilerinin idarenin karar alma sürecine katılması bakımından, en azından danışma işlevi ile sınırlı olsa da, önem taşıyan örneklerdendir.

Bütün bunlar demokrasinin sadece seçim zamanları ile sınırlı olarak değil, aynı zamanda idari faaliyetler yürütülürken, idare karar alırken de bireylerin bu süreçlere katılmasını sağlayarak demokrasi ilkesini gerçekleşmesini temin etmeye yarayan hususlardır. Tabii bu meseleler kamu yöneticilerinin üzerinde çok tartıştığı, konuştuğu şeylerdir. Mesela bazıları; yönetişimin, idarenin özel hukuk kişileri ile beraber belediyeyi yürütmesinin kapitalist sistemin bir dayatması olduğunu, hiç de demokratik olmadığını, çünkü gücü ve imkânı olanların idare üzerinde etki ederek idareyi karar almaya zorlayacağı şekilde eleştirmektedir. Çünkü olaylara tek taraflı bakmak eksik kalabilir. Yönetişim iyidir, katılım iyidir demek ile kalmamak gerekir. Evet, iyidir ama eksik tarafları var mı? Bu eksiklikleri nasıl giderebiliriz. Nasıl daha demokratik bir katılım usulü sağlayabiliriz? sorularının cevabını verebilmek için de eksiklikleri de bilmek gerekir. O yüzden, evet bu kavramlar kabul görmüş kavramlar

ve ilkelerdir. Bizim hukukumuz bakımından da bir değer ifade eden ilkelerdir. Ama bunların üzerinde düşünmek ve tartışmak ve tartışmalardan da haberdar olmak gerekir.

AB sürecinin ve AİHS ve AİHM kararlarının idare hukuku üzerinde üç boyutlu bir etkisi olduğunu söylememiz yanlış olmaz.

Birincisi idari faaliyetlerimize bir etkisi vardır. İdarenin kamu hizmetleri, kolluk faaliyetleri, regülasyon faaliyetleri ve özendirme ve destekleme faaliyetleri üzerinde AB sürecinin ve AİHM kararlarının belirgin etkileri vardır.

İkincisi idari teşkilatımıza önemli bir etkisi vardır. Teşkilatımız bir değişim geçiriyor. Bu değişim süreci üzerinde çok önemli bir etkisi bulunmaktadır.

Üçüncüsü de, idari yargı sistemimizde, idari yargılama usulümüz üzerinde önemli etkileri vardır.

Dolayısıyla AB sürecinin ve AİHM kararlarının bu üç boyutlu etkisinin idare hukuku üzerindeki etkisinin anlaşılması bakımından bazı hususlardan ve uygulama örneklerinden bahsetmek gerekir:

Örneğin idari faaliyetler üzerinde AB sürecinin etkisi; mesela Türkiye’de bir kamu hizmeti anlayışı vardır. Bu kamu hizmeti anlayışına ilişkin bir takım temel ilkeler vardır. Detaylı olarak anlatılacaktır. Ama AB’nin kendine özgü geliştirmiş olduğu bir kamu hizmeti anlayışı ortaya çıkmıştır. Topluluk ülkelerinin kabul edip uyguladıkları bir kamu hizmeti anlayışı ortaya çıkmıştır. Mesela kamu hizmeti kavramı yerine genel ekonomik yarar kavramını kullanılıyor. Genel ekonomik yarar kavramı kamu hizmetlerine birebir tekabül ediyor mu etmiyor mu sorusu gündeme gelmektedir. Mesela Kamu hizmetleri rekabete açılmalı mı açılmamalı mı? İdarenin tekel olarak yürütmüş olduğu faaliyetler azaltılmalı mı azaltılmamalı mı? Evrensel hizmet diye bir kavram ortaya atıldı. Evrensel hizmet denilen şey nedir? Uygulanabilir mi? bunun kamu hizmeti teorisi içerisindeki yeri ne olacak gibi meselelerin; hepsi AB sürecinin AB hukukunun ürettiği ve bizim hukumuza da yansıyan konulardır.

Devletin tekelleşmesini kıran, tekelleşmeyi azaltan bir süreçtir. Tekelleşme belli bir faaliyetin sadece kamu otoriteleri tarafından yürütülmesidir. Örneğin önceden telekomünikasyon hizmetleri sadece idare tarafından tekel olarak yürütülmekteydi. Ancak bugüne geldiğimizde artık bu hizmet özel hukuk kişileri tarafından yürütülmektedir. Böylece piyasa serbestleştirilmiş oluyor. İdareden izin alarak kendi enerjinizi üretebiliyorsunuz. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin yürütülme usullerinde, niteliğinde bir değişiklik söz konusu olmaktadır. Önceden idarenin emanet usulü ile yürüttüğü kamu hizmetlerini bugün özelleştirmelerle, kimi zaman imtiyaz vererek kimi zaman tamamen o alandan çekilerek özel hukuk kişileri tarafından yürütülmektedir. Bu süreç kamu hizmetinin sunulmasında ve niteliğinde bir farklılık meydana getirmiştir. Bunlar kamu hizmeti alanında bahsetmiş olduğumuz örneklerdir. Kolluk alanında da benzer durumlardan bahsetmek mümkündür.

AB sürecinin ve AİHM kararlarının idari teşkilatımız üzerinde de etkisi vardır. Örneğin ülkemizde Kamu İhale Kurumu kurulması, ihalelerin AB uyum sürecinde AB müktesebatına uygun hale getirilmesi bu süreç ile ilgili bir husustur. Biz de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu vardır. Ancak bu kanunun yetersiz olduğu, şeffaf olmadığı, eşitlik ilkesi bakımından problemliliği olduğu, ihale işlerini denetleyen özel bir kurum olmadığı gerekçesiyle eleştirilince, ihale işlemlerini denetleyen, düzenleyen, daha özerk bir

kurum oluşturuldu. Kamu ihale Kurumu bu şekilde kurulmuştur. Bütün kamu kurumlarının yapmış olduğu ihaleleri bu kurum değerlendirmektedir. Yönlendirici kararlar alabiliyor. Düzenleyici işlemler yapabiliyor. Dolayısıyla da teşkilat yapımızda bir değişiklik meydana gelmiş oluyor.

Türkiye’de 2003-2004 yıllarında yerel yönetimler reformu yapıldı. Belediye kanunu, il özel idaresi kanunu tamamen değiştirildi. Yerel yönetimler üzerinde merkezi idarenin idari vesayet yetkisi sınırlandırıldı.

AIHM kararlarının idari yargılama usulü üzerinde önemli etkileri söz konusu oldu. Değişimler yaşandı. Örneğin idari yargılama usulünde savcı görüşünün taraflara tebliği diye bir zorunluluk yoktu. Hatta tebliğ edilmiyordu. Danıştay savcısı görüşünü heyete bildirirdi. AIHM bunun adil yargılama hakkının ihlali olduğu yönünde karar vererek; savcı görüşünün mahkemenin kararını etkileyen bir görüş olduğu ve bunun taraflara tebliğ edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Tarafların görüşünün alınmamasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu ve dolayısıyla bunun adil yargılama hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Dolayısıyla bunu üzerine yapılan değişiklik ile savcı görüşünün taraflara gönderilmesi zorunluluğu kanuna eklenmiştir.

Örneğin kamulaştırma mevzuatımız da, AIHM’nin Türkiye’yi çok sayıda davada tazminat ödemeye mahkûm etmesi neticesinde büyük ölçüde değiştirilmiştir.

Bir taraftan paradoks gibi gözükse de idarenin küçülmesi, devletin küçülmesi, idari faaliyetlerin özelleştirme veya serbestleştirme gibi yöntemlerle azaldığı görülmektedir. Ancak bu, idare hukukunun etkisinin, kapsama alanının daraldığı anlamına gelmiyor. Tam aksine idare hukuku bugün çok daha etkili bir hukuk haline gelmiş bulunmaktadır. Özellikle de regülasyon dediğimiz faaliyetle idarenin faaliyetlerinin ve idarenin özel hukuk kişilerinin faaliyetleri üzerindeki denetim ve gözetim yetkisinin daha kapsamlı hale geldiğini görüyoruz. Dolayısıyla bir taraftan idarenin küçülmesi, faaliyetlerinin niteliğinin değişmesi söz konusu iken diğer taraftan bu, idarenin küçülmesiyle veya kapsama alanının daralmasıyla aynı anlama gelmemektedir. Böylece İdare hukuku da farklı bir boyut ve işlev kazanıyor. Kamu hizmeti ortadan kalkmıyor ama kamu hizmetine yeni kavramlar ekleniyor.

Evrensel hizmetlerden bahsediliyor. Kamu hizmeti artık yetersiz kaldığı ifade ediliyor. Örneğin özel kişiler tarafından yürütülen bazı faaliyetler vardır. Bu faaliyetler toplum hayatı için önemlidir. Özelleştirilmiştir, serbest hale getirilmiştir idare bunu yürütmüyordur. Özel kişiler de bu faaliyetleri kar olmadığı için belli yerlerde yürütmek istemeyebilirler. İşte idare bu faaliyetleri evrensel hizmet haline getirerek vatandaşların o hizmete erişebilirliğini sağlamaktadır. Örneğin, ankesörlü telefon kurmak Türkiye’de karlı bir iş değildir. Dolayısıyla hiçbir şirket böyle bir faaliyet yürütmek istemez. Ancak bunu idare evrensel hizmet haline getirdiği zaman, evrensel hizmet bedeli kesintileri yapılarak ve evrensel hizmet bedeli bu şirketlere ödenerek o hizmetlerin tüm ülke genelinde sunulması sağlanmaktadır. Dolayısıyla evrensel hizmet dediğimiz toplum hayatı için vazgeçilmez olan, olmazsa olmaz bir takım ortak ihtiyaçları karşılamaya yönelik faaliyetlerin, hizmetlerin karşılanabilmesi için evrensel hizmet tanımı yapılıyor. Bu evrensel hizmet kapsamına giren faaliyetler özel kişiler tarafından yürütülse bile idarenin bir bedel karşılığı bunun o bölgelerde de sunulmasını sağlaması hedefleniyor. Dolayısıyla idare bu şekilde kamu hizmetini sonlandırmış

olmakla beraber evrensel hizmet uygulamasını getirerek oradaki kamusal ihtiyaca duyarsız kalmamış olur. Dolayısıyla idare hukukundaki bu değişim veya gelişim idare hukukunun alanını daraltan, etkisiz kılan bir değişim değildir. Belki rengini değiştiren boyutunu değiştiren ve çoğunluklu da kapsamını genişleten bir etki doğurduğunu söylemememiz yanlış olmayacaktır.

İDARENİN HUKUKİ MUAMELELERİ (İDARENİN İŞLEMLERİ)

Bu konu kitaplarda daha çok “İdari İşlemler” başlığı altında inceleniyor; fakat idari işlemler denilmesi çok isabetli değil, çünkü idari işlemler, bu anlatılan konunun sadece bir kısmı, %95’lik bir kısmı ama sadece bir kısmıdır. Esas bu konunun başlığı olarak “Hukuki Muameleler” kavramını kullanabiliriz; çünkü bu muameleler birbirinden farklı tipte muamelelerdir. Aynı kriterin alternatifi olarak birbirinden farklı muameleler var, idari işlemin alternatifleri var.

İnceleyeceğimiz noktalardan en önemlisi idari işlemlerdir. %90-%95’i dedik, dolayısıyla buna daha fazla önem vermemiz gerekiyor; fakat hukuki muameleler idari işlemlerden ibaret değil, idari eylemler ve idari sözleşmeler de var. Dolayısıyla; bu hukuki muamelelerin üç ana alternatifi var. Kitaplara yayılan kısmı ile bunların birbirinden farkını, bunlara ilişkin hukuki rejimi öğrenmek gerekir. Bazen sadece şematize etmek bile konunun idrak edilmesi bakımından önem taşır. Bu neye yarıyor? Bu alan diğer bütün konuları taşıyıcı bir alandır. Mesela; kamu hizmeti alanında bir hukuki muamele yapılacak. Kamu hizmeti alanında yapılacak hukuki muamele; idari işlemler, idari eylemler veya idari sözleşmelerle yapılıyor. Kamu malları konusunda bir hareket gerçekleşecekse, bir hukuki muamele yapılacaksa bunlardan birisi devreye giriyor. Dolayısı ile; bunlar bardak gibi, kavanoz gibi, kase gibi taşıyıcı kaplar. Girdikleri alanın malzemesini içine alıyorlar ve taşıyorlar.

Yani bunlar hareketin araçları, kendilerine ilişkin bir hukuki rejimi var ama bir de taşıdıkları alanın rengine, sıcaklığına, sıvısına bürünüyorlar. Bu nedenle; işin içine girdikten sonra bir hukuki durumu teşhis etmek için o hukuki duruma ilişkin altyapıya bakmak gerekir.

Diyeelim ki hem kamu hizmetinin ilkeleri nelerdir, hukuki rejimi nedir, özel kişiler tarafından mı görülüyor, idare tarafından mı görülüyor ona bakmak gerekir; hem de işlem ne tür bir işlem, işlem standartlarına uygun mu, işlemde bir sakatlık var mı diye o kamu hizmeti muamelesini taşıyan hukuki muameleye bakmak gerekir.

O halde; bunlar kendi hukuki rejimleri ile birlikte dâhil oldukları alanın hukuki rejimi ile birleşiyorlar ve hukukilik denetiminde ikisini ayırarak incelemek, denetlemek gerekiyor. Bu nedenle hukuki muameleler taşıyıcı kavramlardır. Bunlar; diğer alanlara ilişkin unsurları içerip, bu unsurları beraberinde kişilere taşıyor, uyumsuzluk konusu alanlara taşıyor, idarenin yapacağı muamelelere taşıyor. O yüzden de bunları incelerken teorik olarak bir boyutu ile incelemek, derinlemesine incelemek mümkün. Mesela; bunu yapan esaslı bir kitap var “İdari İşlemin Kimliği²”. İdari işlemler birçok açıdan incelemek için parçalanabilir.

Mesela; bir insanı değerlendirmek için birçok kriter kullanılabilir; ama bazıları işe yarar, bazıları yaramaz. Gözlüklü mü, gözlüksüz mü, saç rengi, göz rengi, boyu,

² Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990.

posu, kilosundan hangisi esasında bizim bakımımızdan tanıtıcı olacaksa ona değinmek gerekir. Mesela; başka birisi ile tanıştırmak söz konusu ise hastalıklarından bahsetmek gerekmez, iç organlarında hastalık var mı bundan bahsetmek gerekmez, ayakkabı numarasından bahsetmek gerekmez; ama bir işlemleri tanınmak için yapılan teorik çalışmalarda ayakkabı numarasından saç rengine kadar her yönü ile bakılır.

Dolayısıyla; burada bu işlemleri ya da idari eylemleri veyahut da sözleşmeyi tanımak başka bir şeydir; işlevsel olarak bu hukuki muamelelerin idare hukukunun diğeri konularında hareketi sağlayan boyutunu tanımak başka bir şeydir. Size iki türlü göstermeye çalışacağız. Önce kitaplarda nasıl inceleniyor onun üzerinde duracağız, sonra bunu tanıtırken size kitaplarda tanıtılanlardan sadece seçilmiş bazılarımla anlatacağız, diğeri gereksiz diye değil; bütünlükle bağlantısını kurabilmek için. Yani; hareket ölçüğünden bakarak sağlayabilmek için. Daha yüzeysel ve seçilmiş bazı bölümleri anlatılmış olacak, diğeri gereksizdir anlamında değil, esas bunlar belirleyicidir diye daha fazla anlatılacaktır.

İDARİ HUKUKİ MUAMELELERİN ÖZELLİKLERİ

İdari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşme başlarına gelen “idari” kelimesi nedeni ile farklıdır ve özellikler gösterir; özel hukuk kavramlarından tamamen farklıdır. Sözleşme tek başına kullanıldığında özel hukuk sözleşmesi anlamına gelir, idari sözleşme farklı bir şeydir. Bunun farkını oluşturan ihtiyaçlarla birlikte değeri değerlendirme ihtiyacımız var. Önce idari işlemlerden başlayalım.

İdari İşlemler Tek Yanlıdır

Bu hukuki muamelemlerin özelliği tek yanlı işlemlerle, tek yanlı bir irade açıklaması ile sonuç doğurmasıdır. İdari işlemlerin en büyük özelliği budur. Buna tek yanlılık da deniliyor, tek yanlı irade açıklaması ile sonuç doğurması. İdare mesela diyor ki “Hukuk fakültesini kazandınız, tebrik eder ve başarılar dileriz.”. Sizin kabulünüze bağlı değil; -siz gerçi sınavlara girdiniz ama.- tek yanlı iradesi ile belirler. Mesela, idare tek yanlı iradesi ile ehliyet ve pasaport verir. Bir de idarenin yaptığı tek yanlı olumsuz işlemler var. Talebinizi reddeder. Mesela pasaport almak için, “pasaport talebiniz uygun görülmemiştir.” diye size cevap verir. Bu idari işlemlerin özelliği sonuç doğurması için sizin kabulünüze tâbi değil. Yani; idare size bir muamele yaptığı zaman tamamen haksız olarak bir disiplin cezası verdiği zaman, tamamen haksız olarak bir statüden çıkarttığı zaman, tamamen haksız olarak bir talebinizi reddettiği zaman bunun haksızlığını siz mahkemeye gidip iptal ettirmek veya idareye itiraz ederek değeri değiştirmek sureti ile ispat etmek durumundasınız. O sonuç doğmuştur. Bu nedenle; sizin kabulünüze, önceden tartışmaya, bir süzgeçten geçmeye, uyuşmazlığınızın halledilmesine ihtiyaç yoktur. Aynı şey özel hukuk alanında yapılamaz: özel hukuk alanında tek başınıza bir hukuki muamele kurulamaz; tek başınıza bir şeyi alamazsınız; ancak karşı tarafın iradesinin uyuşması ve bir sözleşme olması gerekir.

Özel hukukta tek yanlılık çok istisnalar dışında söz konusu değildir. Hukuki rejim, sözleşmelerle belirlenir. Halbuki; idare hukukunda ise idarenin hareket etmesinin yaptığı görev dolayısı ile tek yanlılık ihtiyacı, idarenin tek yanlı irade açıklamasına, karşı tarafın kabulüne bağlı kalmadan sonuç bağlamıştır. Buna da idari işlem denir. Bu idari işlem mutlaka yazılı olmak zorunda değildir. Sözlü de olabilir, zımni de olabilir, örtülü de olabilir. Mesela; park yasağı gösteren tabela da bir idari işlemdir. Oraya park etmenin yasak olduğunu şekille bildirmektedir. Bir talebinizi red de bir idari işlemdir, talebinizi reddetmek dolayısı ile hukuki durum oluşmuştur. Dolayısı ile; idari işlemlerin bu tek yanlılığı, idare hukuku mantığından gelen bir husustur; çünkü idare, kamu yararı için faaliyet gösteren, kamu düzenini koruyan, kamu yararını gerçekleştirmeye çalışan faaliyetlerinin amacı kamu yararı olan bir varlık olduğu için yapacağı hareketlerde karşı tarafın rızasını beklemeden yapma gücüne sahip olmak ayrıcalığına sahip olmalıdır. Bu şekilde bakılır. Bu bir idari ayrıcalıktır, üstün yetkidir, tek yanlı işleme hukuki sonuç bağlamak üstün yetkisidir.

İdari İşlemler Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanır

İdare hukuku bakımından bu işlem ne kadar sakat olursa olsun, hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. Yani; idare “Pardon.” deyip geri alıncaya kadar veya mahkeme “Bu hukuka aykırıdır, iptal ediyorum.” deyinceye kadar hukuka uygun varsayılır. Mesela; şu şekilde bir gariplik oldu diyelim: kaçak yapılan inşaatın yıkılmasına karar verilmiş ama kapı numarası şaşmış, yazım hatası olmuş veya tersi bir durum olmuş ve 6 numara kaçak yapı iken 6 numarayı yıkmak yerine 9 numarayı yıkmak şeklinde bir idari işlem tesis edilmiştir. Çok bariz bir hata bir şey olmaz diye düşünebilirsiniz, ama binanız yıkılmış olur; çünkü idare o işlemi alır, icra mevkiinde olanlar da icra eder. Yanlışlıktan sonra tazminat alabilirsiniz ama yanlışlık icra edilir. Bu yanlışlığı mutlaka idareye itiraz ederek göstermek, geri almasını sağlamak veya dava açıp yürütmeyi durdurma veya iptal kararı alarak engellemek gerekir; aksi takdirde idare işlemini icra edebilir. Dolayısıyla; idarenin bu hukuka uygunluk karinesi, idari işlemlerin üzerindeki malzemeyi taşıyıcı olarak çok önemlidir. Mesela ruhsat bir tek yanlı işlemdir. Bir ruhsat vermek, bir işlem tesis etmektir. Kollukta bir ruhsat verebilirsiniz, kamu hizmetinde bir ruhsat verebilirsiniz. Ruhsatı aldığı zaman o işi yapma hakkını elde eder. Sonuçta; o izni taşır, kamu hizmeti alanında taşır, kolluk alanında taşır, özendirme ve destekleme alanında taşır, regülasyonda taşır. **Netice olarak; idari işlem kamu hukukunun görünümüdür.**

Bir kere bu alan, diğer idare hukuku konuları ile birleşerek hayata çıkan bir alandır, tek başına sahneye çıkmıyor. Kamu hizmeti ile birlikte çıkıyor, kollukla birlikte çıkıyor, kamu malları ile birlikte çıkıyor, kamu personelinin hukuki rejimi ile birlikte çıkıyor; çünkü bu işin çerçevesi, resmin çerçevesi, bu sınının taşıyıcısı. Dolayısı ile; tek başına incelemek, yeterli bir fikir vermez, içindeki ile birlikte ayırarak incelemek gereği ortaya çıkar. Bunun idare hukuku bakımından önemi, hareketliliği sağlayan araçlar olmasıdır. Diğer faaliyet konularının gerçekleştiği hukuki muameleler olmasıdır. Dolayısı ile; bu hukuki muamelelerin incelenmesi, ayrıştırılması, birbirinden farklarının gösterilmesi önemlidir. Baktığımızda idari sıfatını taşıyan üç

tane alternatifimiz var. Önce; bunların farklarından yola çıkalım, sonra incelemeye çalışırız.

İdari İşlemler Hukuki Sonuç Doğururlar.

İdari işleme tek yanlı hukuki muamele dedik. Hukuki alanda sonuç doğuruyor, mutlaka maddi alanda sonuç doğurmasına ihtiyaç yok. Mesela; yıkım kararı bir idari işlemdir. Yıkım kararı olmasına rağmen, yıkılmamış birçok yer olabilir. Ama yıkım kararı olunca hukuki sonuç doğuruyor. Bu şu anlama geliyor: yıkım kararı verilmiş bir bina yıkılmasa bile, elektrik bağlanamıyor, bağlanırsa bağlayan bir seneye kadar hapis cezasına maruz kalıyor, su bağlanamıyor, doğal gaz bağlanamıyor, güvenceli olmadığı için alım-satımında banka kredisi verilmiyor, herhangi bir hukuki muameleye bütünü ile konu olabilecek hale gelmiyor.

Dolayısı ile; yıkım kararı olan bir bina var ama yıkılmamış, yıkılmamış olsa bile hukuki sonuçlarını doğuran bir işlem olması, onun hukuki durumunu etkiliyor. Dolayısı ile; bunun esas olarak öncelikle hukuki durumunu etkileyen bir sonucu var. Elbette yıkım kararı, yıkım işlemi olan bir binanın hemen yıkılması da lazım, yıkılması da işlemin icrasını oluşturuyor. Dolayısı ile; bir idari işlem, hukuki statüyü belirler. Mesela; bir öğrencinin disiplin fiili nedeni ile üniversiteden öğrencilik kaydı silinse, ama o her gün üniversiteye gelmeye devam etse, her sınava girse bir şey fark eder mi? Hukuki bakımdan bağlantısı kesildiği için, sınavlarda başarılı olabilecek bir sınav kâğıdı vermiş olsa bile, istediği sonuca ulaşamaz. O hukuki muameleyi kaldırmadan, bağlantısının kesilmesine dair işlemin hukuka aykırılığı nedeni ile iptal ettirmeden hukuki durumu ilerleyemez. Bir öğrenci, diyelim ki bir hafta okuldan uzaklaştırma cezası alsın ve fakat bir şekilde derslere girse, bir şey fark eder mi? Hayır, uzaklaştırma cezası, mutlaka derse girmemesi bakımından değil; sonraki etkileri bakımından önemlidir. Sonra hâkim olamaz, mezun olduğunda öğrencilik durumuna ilişkin dosyası incelenen mesleklerde işe gireceği zaman bu disiplin cezası almış olması hukuki durumunu etkiler, daha sonraki durumlarda sonucunu hukuki olarak ortaya koyar.

O halde; esasında hukuki sonuçtur burada önemli olan, maddi sonuç işlemin icrası ile ilgili bir şeydir. İcra edilmese bile, işlemin varlığı hukuki sonuç doğurur. Dolayısıyla; hukuki muameleden kasıt, mutlaka maddi alanda sonuç doğurması değildir, ondan bağımsız olarak varlığı bir önem ve değer taşır. O yüzden de; hukuk âleminde kaldırmaya yönelik bunun prosedürleri söz konusudur. İdari işlem hukuki âlemde sonuç doğuran, idarenin tek yanlı irade açıklamasıdır. Tek yanlı irade açıklaması ne demek? İdare burada, irade açıklıyor ve hukuki sonuç doğuruyor. Bu idare tek bir kişi olabilir, 10 kişi olabilir veya 100 kişi olabilir. Bu durum tek yanlılığı ortadan kaldırmaz. Tek yanlılık bir karar alındığı zaman karşı taraf üzerinde sonuç doğurmasıdır. Mesela; disiplin kurulu 11 kişiden oluşuyor; ama bu tek yanlılığı değiştirmez. Sonuçta idare adına 11 kişi de olsa bir karar alınıyor, iradenin açıklaması olarak ortaya çıkıyor. Dolayısı ile bu; idarenin hukuki durumu değiştiren bir irade açıklamasıdır. Bu yönü ile; esas olarak kimliği hukuki sonucu doğurmasıdır.

İdari Eylem

İdari eylem ise, idari işlemten farklıdır. İdari eylemde bu sonuç doğurmasını gerektiren bir işlem olmadan, ortaya çıkan maddi vakıadır. Nasıl idari eylem maddi vakıa olarak ortaya çıkabilir? Bunun çeşitli biçimleri var; fakat garip biçimde en fazla günümüzde karşımıza çıkan eylemsizlik, idarenin ihmali şeklindeki eylem. Mesela; önümüzdeki haftalarda Meteoroloji kar yağacağını söylüyor. Kar yağdığı zaman idare, şehirlerde herkesin kullandığı yerleri gelip geçmeye elverişli hale getirmesi lazım. Mesela; idare üst geçidin karını küremese, temizlemese, buz tutsa, tuz dökmese, talaş dökmese, kömür dökmese, insanların kaymasına ilişkin bir önlem almasa; oradan geçenler de kayıp zarar görse -bacağını kırsa, başka zararlar görse- bu idari eylem dolayısı ile idareden tazminat isteyebilir. Burada; idari eylem tutup onu yere atmak değildir; düşmesine engel olacak görevini yerine getirmemesi sebebi ile ihmal sureti ile bir idari eylem var. Sınav sorularında dile getirdiğimiz, size pratiklerde çözeceğimiz bu şekilde çok acı idari eylem örnekleri var. Çok acı bir tanesi de bundan 4-5 sene önce oldu. Annesinin elinden tutan kız çocuğu, ağzı kapatılmamış kanalizasyon rögarına düştü ve birkaç km ötede cesedi bulundu. Üzerini kartonla örtmüşler sadece, çocuk basınca annesinin elinden kayıp oraya düşmüş. Burada idarenin eylemsizlik şeklinde bir eylemi var. Yani; o rögar kapağını kapatmalıydı, bir tamirat gerekçesi var ise, etrafına ışıklı fiziki engeller koymalıydı. Mesela; böyle ilginç AİHM'den çok doğru tazminat kararları var. Mayınlı bir araziye 6 yaşında bir çocuk geçmiş ve mayına basarak ölmüş. Orada idare; *“Bütün tedbirleri aldım, etrafına tel örgü çektim, dikkat mayınlı arazi diye yazı var.”* demesine rağmen, yerinde yapılan keşifte tel örgülerde 5-6 yaşlarında bir çocuğun geçebileceği aralık olduğu için idarenin gereken tüm tedbiri almadığına karar verip tazminata hükmetti. Yani; orada öyle bir fiziki engel olacak ki okuma-yazma bilmeyen, çeşitli engelleri nedeniyle görmeyen ve/veya duymayan kimselerin de o zarara uğramasına engel olacak fiziki engelleri koymamak idarenin yapması gereken bir şeyi ihmal etmesi anlamına geliyor. Daha çok eylem böyle eylemsizlik olarak ortaya çıkıyor. Ama bazen idarenin daha farklı eylemleri olabilir. Onun da örnekleri var. Amasya'da itfaiye Ramazan ayında iftar topu patlatmaya karar vermiş ve fakat top bütün kış boyunca suya ve kara maruz kaldığı ve bakımı yapılmadığı için iftar topu patladığında kendisi de patlamış. Topun kendisi patlayınca çevrede seyretmeye gelenlerden ölenler ve yaralananlar olmuş. Bu idarenin bir eylemi, idarenin zarar verici bir davranışı olarak ortaya çıkıyor. Yine trafik kazalarında gündeme geliyor bu örnekler. Trafik kazalarında idari araçlar kazaya karıştığında Karayolları Trafik Kanunu bunu özel hukuktaki trafik kazaları muamelesinde tabi tutuyor; ama yoldaki eksiklikleri, sakatlıkları, çukurları, kazanın olmasına yol açan aksaklıkları da idari işlem veya idari eylem bakımından değerlendiriyor. Yine başka çok acı örnekler de var. Havalimanına uçağa yetişmeye çalışan bir mühendis arabasının bozulması nedeni ile yağmurlu bir havada arabasının arızasına bakmaya çalışırken, yağmur suyu daha fazla aksın diye açılmış yağmur suyu kanalına düşerek ölmüş. Bir başka olayda içinde beş kişi olan aynı arabadaki kişiler İzmir civarında çukura düşüp biriken sularla boğularak ölmüş. İdarenin açtığı hafriyat sularının suyunu boşaltmaması sebebi ile yaz aylarında serinlemek için oraya giren

çocukların boğulmasına ilişkin haberlerle sürekli karşılaşyoruz. Bu idari eylemin hukuki rejimi, bundan ötürü idareyi sorumlu tutarak, bu tip olayların olmaması için daha hassas davranmasını sağlamak, idareye adeta bir “şefkat tokadı” atmak. Yani; “Buradaki ihmalden sorumlusun, benzer ihmaller yaptığında yine sorumluluğun gündeme gelebilir.” demektir. Bunun hukuki rejimi esasında idareyi maddi veya cezai yaptırıma bağlamak sureti ile bu konudaki ihmallerine engel olmaya çalışmaktır

O halde; idari eylem, kökeninde işlem olmayan bir maddi fiildir. Buradaki önem şurada: yıkım kararı üzerine yıkmak, yıkım kararı işlem olduğu için işlemin icrası. Yıkım kararı olmadan yıkmak ise, idari eylemdir. Yani; sonuçta baktığımızda ikisi de yıkmak; ama birisinde bir yıkım kararı var ve hukuki muamelenin üzerinden hukuki tartışma devam ediyor; ama yıkım kararı olmadan bir yıkım gerçekleşmişse -yanlışlıkla veya başka bir şekilde- o zaman da idari eylem deniliyor. İdari eylem denilmesinin nedeni, hukuki bakımdan tartışılacak bir işleme benzer bir muamele yok. Maddi sonuç gerçekleşmiş. Maddi sonucu geriye almak mümkün değil, bu maddi sonucun zararlarını, sorumlusunu tespit etmeye, zarar miktarını tespit etmeye, zarar göreni tespit etmeye, tazminat miktarını tespit etmeye yönelik bir işe dönüşecektir.

Sonuç itibariyle idari eylemin hukukilik değerlendirmesi, olmuş bir şeyin zararlarını gidermeye yönelik olduğu için farklılık oluşturuyor ve bunun değerlendirmesi de farklı kriterler üzerinden gidiyor. Mesela; artık sebep, konu, maksat unsuru diye gidemiyorsunuz; çünkü ortada işlem yok. O zaman kusurlu sorumluluk-kusursuz sorumluluk diye gidiyorsunuz. Dolayısıyla; idari eylem de bir eylem, ama bu eylem sözlük anlamı ile eylem değil, idarenin ihmali veya davranışı nedeni ile ortaya çıkan durumu ifade eden bir kelimedir. **Bir sonuç, hem idari işlem hem idari eylemden kaynaklanmış şekilde bütünlük oluşturmaz; ama ikisinin de ayrı ayrı problemi doğabilir.** Mesela; ilk başlardaki örnekte; idari işlem gerçekten 6 numaralı binanın yıkılmasına yönelik ise, idari işlemde bir sakatlık yok. Ama 6 numarayı karıştırıp 9 numarayı yıkmış ise, o zaman işlemin icrasında bir sakatlık var. Veya o zaman işlemle bağlantıyı kopartacak ağırlıkta olduğu için idari eylem denilebilecektir. İşlemin hukuki tartışması, işlemin icrası sureti ile oluyor. **Bu icrada da bir aksaklık olduğu zaman işlem hukuki rejiminde gidiyor. Hâlbuki eylemin öncesinde işlem yok. Dolayısıyla; bunun işlemin icrasının öncesinde işlem var, bunun öncesinde işlem yoktur. Aradaki fark budur.** Yani işlemin icrası işleme uygunluk açısından değerlendirilecek. İşlemlerle tamamen bağlantısı kopan bir şey ise, idari eylem statüsüne belki gidecek. Ama birçok şeyde işlemin icrası kabul ediyor.

Mesela; Kuşadası’nda kaymakamlık -bu da bir sınav sorusu idi- sahilde insanların gezmesine, denize girmesine engel oluyor diye sahile çekilmiş kayıkların limana alınmasına karar vermiş. Bunu icra ederken yani kayıkları çekerken de bazı kayıkları kayalara çarpıp bazı kayıklar batmış. Burada bir zarar var, işlem “Kayalara çarp” demiyor ama işlemi icra ederken bir zarar meydana geliyor; işlemin icrası kapsamında bir zarar meydana geliyor. Bu tartışılıyor, ama sonuçta işlemde bir sakatlık yok, icrasından kaynaklanan sakatlık hukuki sorumluluk olarak gündeme geliyor. Burada anlaşılması en güç kısım, idari eylemlerin çoğunun sözlük anlamı ile eylem biçiminde gözükmemesidir. Bir vakıa olarak ortaya çıkmasıdır. **Yani; idarenin de istediği bir şey değildir.** Mesela; yaz aylarında elektrik telleri genleşiyor ve

aşağıya doğru sarkıyor. İdarenin bunu gemesi gerekir. Yine bir yargı kararına konu olmuş bir olay var; Babasının kamyonetinin üzerinde giderken kollarını kaldıran bir çocuk bu tellere takılıyor ve iki kolu birden kesilmek durumunda kalıyor. Bu mesela, idarenin sorumluluğunu gerektiriyor. İdare çocuğun kolunun kesileceği bir kaza olsun ister mi? Ama bu konuda bir ihmali var, bu ihmali cezalandırarak, bundan kaynaklanan mali sorumluluğu idareye vererek, bu görevini ihmal eden personelin cezai sorumluluğuna giderek böyle bir şeyde ihmal olmamasını sağlamaya çalışılıyor. Mesela; yüksek gerilim hatları konusunda yine ilginç olaylar var. Yüksek gerilim hatları 20 m. öteden ıslak çamaşır sallayan kadını çekip kavurarak öldürmüş. Yani; 20 m. öteden elektromanyetik bir alan oluşturuyor demek ki. Bundan sonra imar planlarında yüksek gerilim hatlarının yaklaşma mesafesini belirliyor, “Ona daha yakın bina yapılamaz.” diyor veya “Yüksek gerilim hatlarını şehir içinde toprak altından geçirmek gerekir.” diyor, yüksek gerilim hatlarını sadece genişmesi-genleşmemesi veya bakımını yapmak değil, belli bir miktardaki civarında yerleşime izin vermeyen düzenlemeler yapılıyor imar planında. Bu imar planını dinlemeyip kaçak yapılar yapan varsa, yıkmak mecburiyeti ortaya çıkıyor. İdare yıkmaz ve böyle bir zarara maruz kalırsa yine de idarenin sorumluluğu ortaya çıkıyor.

Dolayısıyla; idari eylemler idareyi adeta sorumluluk sopası ile ihmal etmez bir duruma getirmeye çalışan bir hukuki muamele türüdür. İdare, eylem yapmak zorundadır. Hareket ederken yapması gerekenlere ilişkin standartlar vardır. Bu standartları belirlemesi gerekir. Mesela dikkat ettiyseniz polis kaçıranın gövdesine veya kafasına ateş etmediği için ayaklarına ateş ettiği için vuramıyor. Çünkü standartlara göre; başka şekilde yakalayabileceği birisini ölümüne yol açarak yakalarsa, o suçlu da olsa, kuvvetli şüpheli de olsa, zanlı da olsa, kafasına ateş etse idari eylem bakımından sorumluluğu olur. Dolayısıyla bu standartlar çerçevesinde idare kararlar ortaya çıka çıka davranış modeli belirliyor. Davranış modeli idareyi esasında belirliyor. “Belki de suçlu olduğu belli, diğer polisi öldürdüğü belli, suçüstü belli.” ama buna ilişkin standartları belirliyor ve değerlendiriyor. Bu hep idari eylemler konusundaki hukuki rejimin idareye verdiği derslerdir.

İdare; esasında bu konudaki tecrübesi ile gelişiyor. O yüzden hukuki mücadele yapanlar, aynı zamanda idareye katkıda bulunuyorlar ve idarenin standartlarını belirliyorlar.

İdari eylemlerden bahsettik. İdari eylemler, kökeninde bunu gerektiren bir işlem olmadan, idarenin yaptığı fiiller veya ortaya çıkan vakıda idarenin ihmali olarak anlaşılabilir. İdarenin ihmali de idarenin bir fiili sayılıyor. Neticede bu; eylem veya eylemsizlik şeklinde karşımıza çıkan vakıadan kaynaklanan idarenin sorumluluğunu belirlemeye yönelik bir yaklaşımdır.

İdari Sözleşmeler

İdari sözleşmeler ise, sözleşmelerin içinde farklı bir alandır. Sözleşme dediğimiz hukuki muamele esasında özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme olarak ikiye ayrılıyor. İdare; hem özel hukuk sözleşmesi yapabiliyor, hem idari sözleşme yapabiliyor. İdari sözleşmenin özelliği şu: -akılda kalsın diye bir Fransız’ın tarif ettiği

şekilde tarif edeyim- “idarenin mızıkçılık yapabilmesine müsait sözleşmeler”. Kastı şu: biliyorsunuz sözleşmelerde ahde vefa ilkesi -*pacta sunt servanda*- var. Buna göre; bir sözleşmeyi imzaladığımız zaman ona uymak zorundasınız. Fakat bir sözleşme idari sözleşme ise, siz sözleşmeyi imzaladığımız sırada, konu ile ilgili ortada olmayan bir ihtiyacı, karşı tarafın yerine getirmesini zorunlu tutabiliyorsunuz. Nasıl zorunlu tutabiliyorsunuz?

Klasik bir karardan hareketle izah edelim. Daha önce idare 99 yılına bir şehrin aydınlatılması için bir özel hukuk kişisi ile sözleşme imzalamıştır. Ama o zaman doğalgaz teknolojisi var ve borular döşemiş, doğalgaz lambaları döşemiş ve her akşam hava karardığında birisi lambaların musluğunu açarak yakacak ve doğalgaz temin ederek lambalar yanıyor olacak. Her sabah da düğmelerini kapatacak ve dolayısı ile şehri aydınlatmak, lambalar arasındaki borulara hava gazı pompalamak sureti ile sağlanacak. Fakat aradan bir müddet geçtikten sonra, elektrik teknolojisi gelişmiş ve doğalgazdan daha iyi elektrik üretiyor, üstelik daha az masraflı, rüzgârda vs. sönmüyor, elektrik enerjisi. Ama “99 yılına imzaladık, 99 yıl boyunca biz bunu mu bekleyeceğiz ahde vefa var diye?” denildiğinde, doktrin ortaya çıkıp diyor ki “Bu bir sözleşmedir, ama bir idari sözleşmedir. İdari sözleşmede, sözleşmenin konusu kamu hizmeti olduğu için, idare teknolojik gelişmeleri uyarlama ilkesi çerçevesinde karşı tarafa “Elektrikle aydınlatmaya geç.” diyebilir. Karşı taraf da elektrikle aydınlatmaya geçmek zorundadır; ama bunun için yaptığı masrafları idareden isteyebilir veya bunu yapamayacak durumda ise, sözleşmenin feshine gidebilir. Ama problem nedir? “Ne yapalım başta düşünseydin, ahde vefa ilkesi gereği dokunamazsın.” diyemez; çünkü tarafların iradesinden daha çok sözleşmenin konusu önemlidir. Konuda meydana gelen değişiklikler ve gelişmeler, sözleşmeye uyma bahanesi ile geride bırakılamaz. Sözleşmenin tarafları buna uymak zorundadırlar; ama mali problem arada tartışılır, yoksa “bütün para diğer tarafın üzerine bırakılır” gibi bir durum yok. Böylelikle; konu gerekçesi ile de olsa, idare -adeta- “mızıkçılık” yapabiliyor. “Sözleşmeyi tamam ben imzaladım, ama değiştir.” diyor ve sen de “Değiştirmem” diyemezsin. Ya sözleşmeni feshedip zararını alıp gidersin ya da yapacağın masrafları alıp, bu sözleşmenin yeni gereklerini yerine getirirsin. Niye? Çünkü sözleşme idari sözleşmedir. İdari sözleşme olduğu için konusu idari faaliyetlerden birisidir veya kamu mallarının işletilmesidir. Burada konunun önemi var, âkitlerin önemi yok. Âkitler arasındaki parasal anlaşma başka bir şeydir; sözleşmenin konusunun; olması gereken şekle tahvil edilmesi, dönüşmesi başka bir şeydir. Öyle ise; bu idari sözleşmedir, bu da başka bir muameledir. Tek yanlı hukuki muamele değildir; çift yanlı bir muameledir ama özel hukuktaki çift yanlı muamele değildir.

Anlatılanların Özeti

Hukuki muameleleri herhalde bu dönemin sonuna kadar anlatacağız. İdare hukukunun en önemli konularından birisidir. İdare hukukunun mantığını anlayabilmeniz için üzerinde düşünmeniz lazım, kitaplardan okumak, bu konuda anlatılanları anlamak yeterli değil; iyice içselleştirmek de lazım. Buna ilişkin bütün

malzemeyi değerlendirmenize sunarak gidiyoruz. O da belki karışıklığa yol açabiliyor, ama mümkün olduğu kadar da sonra tekrar özetliyoruz.

Önce hukuki muamelelerin kendi içerisindeki ayrımlarını anlatmaya çalıştık. İdari muameleler olarak; idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmeden bahsediyoruz. Bunların her birinin içine girmemiz ve kendi hukuki rejimini anlatmamız lazım. Varlıklarına, işlevlerine, birbirlerinden temel farklarına ilişkin bir şeyler anlatmaya çalıştık.

Mesela dedik ki, idari işlem ve işlemin icrası ile idari eylem arasında arasında bir kıyaslama yapmak lazım. İdari işlemin icrasında; idarenin bir icrai işlemi var, maddi âlemde bir değişikliği var, ama o hukuki âlemde değişiklik yapan işlemin bir gereği olarak yapılıyor. Hâlbuki idari eylemde kökeninde bir idari işlem yok, bir vakıa olarak ortaya çıkan bir durum var, idare ile bağlantılı olarak ortaya çıkan bir durum var ve bu duruma idare; eylemleriyle sebep olmuş olabileceği gibi, hareket etmemek(eylemsizlik) nedeni ile de sebep olmuş olabilir. Bu idari eylem denilerek o vakıa ile idare arasında bir bağlantı kurulmasına, idarenin yapması gerekenleri yapıp yapmadığını, bunda kusurlu veya kusursuz sorumluluğu olup olmadığını değerlendirmeye yönelik bir başlangıç noktası. Dolayısıyla; idari eylemi işlemden ayırmak gerekir. İdari eylemi, sözlük anlamı ile eylemden de ayırmak gerekir. Bu idari eylem, teknik bir isim olarak değerlendirilmelidir. Bunun kendine göre bir içeriği var. Bu içeriğini de örnekler ile doldurmaya çalışacağız. Sonra; idari sözleşmeye geldik. İdari sözleşme de bir sözleşme, sözleşmenin bir alt kategorisi; ama diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmasına yol açan bir hukuki farkı var. Bu farkı ifade etmek için de başında idari kelimesi var. Sözleşme değil de idari sözleşme dediğiniz zaman, bu sözleşmenin hukuki rejiminde bir değişiklik gündeme geliyor. Bu değişikliğin en önemli görüntüsü; sözleşmenin konusu sebebiyle hukuki rejiminin belirlenmesi ve kamu hizmeti ilkelerine bağlanmış bir biçimde değişebilirliği, uyarlanması, sözleşmenin uyarlanabilirliği. Bununla ilgili de -daha sonra anlatacağız- emprevizyon (*imprevision*) ve *fait du prince* diye iki tane ilke ile ortaya çıkmış tamamlayan unsurları var. Yani; bir sözleşmeye normal sözleşme, özel hukuk sözleşmesi değil de, idari sözleşme dediğimiz zaman değişen bir hukuki rejim var. Ama ortak olan noktası ne? İki yanlı bir işlem, yani âkit taraflar var, sözleşmeyi imzalayanlar var. Dolayısı ile; muhataplar tek yanlı birbirleri üzerinde hukuki değişiklik yapmıyorlar, sözleşme üzerinde hukuki değişiklik yapıyorlar. Aralarında uyumsuzluk çıktığında sözleşme rejimine göre ayrıca bunun mahkemesi, dava türü ve uyulması gereken kuralları var. Öyle ise; burada söylediğimiz en önemli şey idari sözleşme, özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir şey. Hepsini için de şunu söyledik: Buradaki “idari” kelimesi “idarenin” kelimesi ile eş anlamlı değil. İdarenin sözleşmesi ile idari sözleşme aynı şey değil; çünkü idare özel hukuk sözleşmesi de yapabilir. İdari eylem ile eylem birbiri ile aynı değil; çünkü eylem hukuk âleminde farklı rejimlere tâbi olabilir. İdari işlem ile idarenin işlemi aynı şey değil; çünkü idari işlemi idari olmayan başka organlar da yapabilir. İdare de; özel hukuk işlemleri yapabilir. Dolayısı ile; idari kelimesinin üzerinde durarak tamamlayalım. Burada “idari” ile kastedilen şey: **idari işlev**. Bütün bu hukuki muameleler **idari işlev** dolayısı ile gündeme gelen hukuki muamelelerdir.

İdare Dışında Kalan Kimselerin-Organların İdari İşlem Tesis Etmesi Mümkün Olabilir mi?

İdari işlev de idareye verilmiş görev dışında, başka kişilerce de yerine getiriliyor. Mesela; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde kamu hizmetinin görülüşüne katılmış bir özel hukuk kişisi de idari işlev dolayısı ile hukuki muamele yapıyor olabilir. Veya yasama organı olan TBMM'nin yasama faaliyeti dışında kütüphanesi var, kitaplar satın alıyor, personeli var, görevlendiriyor, saraylar var - Dolmabahçe Sarayı vs. gibi-, burada insanlar görevlendiriyor, atıyor, disiplin muameleleri yapıyor, maaş işlemleri yapıyor, bunların tayin işlemlerini yapıyor, göreve alma-görevden çıkartma işlemleri yapıyor. Yani; yasama organı ama idari işlevi var. O zaman idari sözleşme yapabiliyor, idari işlem yapabiliyor, eylemi söz konusu olabiliyor. Mesela; geçenlerde öğrencimiz Tekirdağ İdare Mahkemesi Başkanı gelmişti. SSK, Tekirdağ İdare Mahkemesi Başkanlığı'na çalışanların bildirim zamanında yapılmadı diye para cezası kesmiş. Tekirdağ İdare Mahkemesi Başkanı da bu para cezasına karşı, Tekirdağ İdare Mahkemesi'nde dava açmış. Şimdi bu davaya kim bakacak diye düşünüyorlar, kendileri davacı ama davaya bakmaya görevli ve yetkili olan mahkeme de kendileri, **merci tayini** çerçevesinde başka bir mahkeme bakacak. Nedir? Burada da bir idari işleme maruz kalıyor, çünkü idari bir işlevi var ve o idari işlevini ihmal ettiği için SSK tarafından bir para cezası kesiliyor. Bir idare başka bir idari işlevin yapılmasındaki ihmali yaptırma bağlıyor. Bu yargı organı olsa bile bunun muhatabı; çünkü idari işlevi var. O mahkeme nezdinde çalışanların, SSK bildirimlerinin zamanında yapılması gerekiyor. Bu idari işlev dolayısı ile de kararlar veriliyor. Mesela; Adalet Komisyonu Başkanlıkları lojmanları tahsis ediyor. Kararı veren yine yargı mercii ama bir yargısal işlev yapmıyor, idari işlev yapıyor. Yazı işleri müdürleri, kâtipler, mübaşirler, mahkemede çalışan insanlar var bunları göreve alıyorlar, görevden çıkarıyorlar, başka mahkemeye tayin ediyorlar, disiplin cezası veriyorlar, birer idari işlev yapıyorlar. Öyle ise; biz idare hukuku anlatırken sadece idareyi anlatmıyoruz, idarenin hukukunu anlatmıyoruz; çünkü idari işlev yapan başka organlar da var; yasama da yapıyor, yürütme de yapıyor, bazen özel hukuk kişileri de yapabiliyor. Bunları da içine alan bir eksende bakıyoruz.

İdarenin İdare Hukukuna Tabi Olmayan Muameleleri Var mıdır?

Tersi açıdan baktığımızda, idare açısından baktığımızda, idareyi anlatıyorsak idare, özel hukuk sözleşmeleri de yapıyor. Normal alım-satım sözleşmeleri yapıyor, yani idari işlevine bağlı olmadan özel hukuk işlevi çerçevesinde muamele yapabiliyor. O zaman da hiç bu hukuki rejime(idare hukuku) tâbi olmuyor ve özel hukuk rejimine tâbi oluyor. İdare -elbette- evlenip boşanamıyor, sonuçta bir tüzel kişilik; ama idare de satın alma muamelesi yaptığında ve bu satın almada edimlerden birisi yerine getirilmediğinde, temerrüt gerçekleştiğinde; mahkemede tıpkı borçlu temerrüdü, alacaklı temerrüdü, edimin ifa edilmesi ile ilgili bütün hususlar gündeme geliyor.

Dolayısıyla; idarenin hukuku sadece idare hukuku değil, özel hukuk da idarenin hukukudur, ticaret hukukuna tâbi faaliyetler yapıyor. THY'nin sermayesinin tamamı idare tarafından verilmiş, ama tamamen ticari bir faaliyet yapıyor, bir bakış açısı ile kamu hizmeti yapmıyor, yaptığı bütün muameleler de Ticaret Kanunu'na tâbi. Genel Kurulu topluyor, Yönetim Kurulu başkanını belirliyor, işe alıyor, işten çıkarıyor. Gerçi Yönetim Kurulu başkanını atamada belki idarenin sermayesinin tamamına sahip olduğu için bir belirleyici etkisi var ama Ticaret Kanunu çerçevesinde nasıl sermayesinin çoğuna sahip olan belirleyici oluyor ise, nasıl azınlık haklarını korumaya yönelik Ticaret Kanunu hükümleri var ise, aynı şey burada da geçerli oluyor.

İdari işlev yapmadığı zaman, idarenin bizim bakımımızdan bir orijinalliyi yok; özel hukuk ve genel hukuka tâbi oluyor. Hatta Anglosakson bakış açısı o anlamda idare hukukunu herkesi aynı seviyede saydığı için ayrı bir bütün olarak kabul etmiyor, özel hukukun içinde özellik taşıyan hükümler olarak topluyor. Ama bizim Kıta Avrupası hukuk bakış açısında idari işlev dolayısı ile, gündeme gelen ayrı hukuki muameleleri toplayan, bunun kullanım şartlarını belirleyen, bir hukuk dalı olarak idare hukuku gündemini ortaya koyuyor. Bu gündeminde de idari işleve yönelik yapılan faaliyetler çerçevesinde, bu hukuki muameleler var. İdari işlemler var, idari eylemler var, idari sözleşmeler var.

Bu idari işlemler, diğer hukuki muamelelerden farklı, idari eylemler eylemlerden farklı, idari sözleşmeler sözleşmelerden farklı. Bu fark; bir noktada değil, birçok noktada ortaya çıkıyor. Bunu ortaya çıkartan; ihtiyaçlardır.

İdari sözleşmenin konusu olan kamu hizmetinin getirdiği ihtiyaçlar. Bu ihtiyaçlar, yavaş yavaş idari sözleşmeleri zenginleştiriyor. Ayrı hukuki rejimine yeni unsurlar katıyor. İdari işleme yeni unsurlar katıyor. Dolayısı ile "Bu böyledir." diye donduramıyorsunuz, ihtiyaçlar bu temel üzerinde hukuki rejimi sürekli geliştiriyor, dönüştürüyor, başkalaştırmadan dönüştürerek gidiyor. O yüzden de; bunları zeminine ortaya çıkış şartlarına, giderdiği ihtiyaçlara bakarak temel gelişme eksenlerini bilmeye ihtiyaç var. İdari sözleşmelerden bahsettik, temel zemini; taraflardan ziyade konuya verilen önemdir. Konunun öncelikli olması nedeni ile konunun gerektirdiği her ihtiyacın sözleşmeye dahil edilebilmesine imkan veren bir hukuki rejim. Bunu sözleşmeye dâhil ederken, taraflar arasında bozulan mali dengeyi tekrar kurmaya yönelik bir hukuki rejim. İdari eylemlerde maksat; ortada bir işlem yok, bir hukuki muamele yok ama bir vakıa var, idarenin yapması gereken bir şeyde bir eksiklik var. Daha doğru düşünüş şöyle: Ortaya çıkan sonuç ile idare ile bir bağlantı kurulabilir mi? Deprem gerçekleşti, birçok kişi öldü, insanların acıları biraz dindikten sonra "Bu kadar can ve mal kaybına yol açan durumun sorumlusu var mı?" sorusu gündeme geldi.

Depreme idare sebep olmadı ama sonuçta zararlar meydana geldi, düşündükçe ortaya şunlar çıktı: "Depreme dayanıklı binalar olması gerekirdi.", "Burada fay hattı varmış, idare niye fay hattını belirleyip burada inşaatı yasaklamadı?", "Niçin kaçak inşaatı mühürleyip yıkmadı da ben usulüne uygun yapılmamış bir inşaatı bilmeden ve bilebilecek durumda olmadan satın aldım. Ve orada bu deprem zararlarını ağırlaştırılmış biçimde yaşadım?" idarenin sorumluluğu gündeme geldi. Dolayısıyla; idari eylemler aslında idarenin görev kapsamının üzerinde düşünülerek ortaya çıkıyor. Bir vakıa çıkıyor ortaya, "Bu vakıa engellenebilir miydi?", "Zarar azaltılabilir

miydi?”, “Daha fazla olması engellenebilir miydi?”, “Bunu yapması gereken mercilerin ihmali var mı?”, “Yoksa bu her şeye rağmen gerçekleşecek bir zarar mıydı?”. İdari eylem kısmı buna imkan veriyor. Mesela; İmar Bankası bono satıyorum diye esasında kendisinde olmayan bonoyu satmış, “Şu kadar bono aldın.” diye karşılığı olmayan bir kağıt vermiş. Bunun üzerinde hukuk düşüncesi kimi sorumlu tutabilirim diye bunun üzerinde düşündü: “Maliye Bakanlığı’nı sorumlu tutarım; çünkü hazine bonusu sattığını iddia eden bir kimsenin gerçekten satıp satmadığını denetlemedi.”, “Bankalar yeminli murakıplarını sorumlu tutarım; çünkü bankayı denetlerken bu muamelelerde eksiklik görmedi.”, “SPK’yı sorumlu tutarım; çünkü bono satıyorum diyen bir kimsenin muamelelerini denetlemedi”, vs. vs. Onlara karşı davalar açıldı ve bu davalarda kararlar verildi, sonra kanun çıkarıldı ve eksiklikler düzeltilmeye çalışıldı. Yani idari eylemin esas mantığında, “Ortaya çıkan zararlı bir sonuçta idarenin bir payı var mı?” diye düşünülüyor.

Bu da idareyi bir düşman olarak almak değil; yapması gereken standartları belirlemek, yapması gerekenleri yapmaya yönlendirmek bakımından önemlidir.

Mesela; bazı arabalarda araba camlarının bir kere bastığınız zaman açılması, bir kere bastığınız zaman kapanmasını sağlayan bir düğme var. Şimdi arabalarda AB standartlarına göre; sadece şoförün camını açan düğmeye bir kere basıldığında sonuna kadar cam açılıyor ve bir kere basıldığında da sonuna kadar cam kapanıyor. Şoförün bulunduğu taraftaki cam hariç araçtaki diğer tüm camlarda o düğmeye basılı tutmanız gerekiyor. Çünkü bir seferinde tüm camlarının otomatik olarak tek dokunuşta kapandığı bir arabada bir çocuk, başı sıkışarak boğulmuştur. İdare sorumlu tutulmuş ve idare hemen standart getirmiş “Sadece şoför camı böyle olabilir; çünkü şoför camı para vermek için kullanılabilir, bilet almak için kullanılabilir, açma ve kapamada kolaylığa ihtiyacı var; ama diğerlerinde bu aynı zamanda bir zarara yol açıyor ve başka türlü de engellenemeyeceğine göre buna göre bir standart belirleyelim”.

Netice olarak; burada sorumluluktan kasıt, sürekli gerçekleşen olaylar nedeni ile emsallerinin gerçekleşmemesi gündeme gelsin ve standartlar belirlensin. Buradaki idari eylem, esasında “Gerçekleşen vakıanın idari bir boyutu var mı?”, “İdari işlemlerle bir bağlantısı var mı?” sorusuna yöneliktir. İdari işlem olsa zaten kökeninde eylem demeye gerek yok, zaten idari işlemi var, hatalı işlem yapılmışsa orada kimin sorumlu olacağı belli, ama bir vakıa ortaya çıkmışsa kim sorumlu?

İmar Bankası’nda denetim görevini kim ihmal etti? İlginç bir karar vardı: Bir aracı kurum, borsa işlemleri yapanları paralarını toplamış ve batmış. Bunun üzerine SPK’ya karşı dava açılmış; aracı kurum zaten batıp gitmiş. Aracı kurum battığı için demek ki paralarını alamayacaklarına kanaat getirdiler. Birisi, SPK’ya dava açmış ve demiş ki “Bu aracı kurumu senin denetlemen lazımdı, senden izin almadan kimse borsa aracılığı yapamıyor. Sen bu aracı kurumun mali durumunu zamanında denetlemiş olsaydın, bu kadar kişiyi dolandırıp batamazdın. Yaptırım uygulayabilirdin, aracı kurum faaliyet iznini iptal edebilirdin, askıya alabilirdin, aldığı paraların karşılığını karşılayıp karşılamadığına bakardın ve sen sorumlusun.” diyerek tazminat istemiş. Mahkeme tazminata hükmetmiş ve fakat sonra temyiz aşamasında “Bu bir ticari risktir ve idareye yüklenemez.” şeklinde değerlendirilmiş; ama zaman içinde bu noktadaki anlayış da değişebilir.

Öyle bir denge ki bu her olumsuzluktan idareyi sorumlu tutmak, idareyi hırpalamak, yıpratmak, bir düşman olarak görmek değil; idarenin standartlarının yine idare içinde kendimiz için geliştirmeye yönelik bir yaklaşım. Böylelikle; idarenin standartlarını belirleyebilecek bir bağlantı kurduk. Dolayısıyla; idari işlevle ilgili bir bağlantı kurulabilecek sonuç var ise, buna o yüzden eylemden ziyade bir vakıa demek lazım. İdarenin sorumluluğunu doğuran bir vakıa değerlendirmesidir. Vakıa ne demek? Realist bir bakış açısı ile olan bu demek, bu iyi mi oldu kötü mü oldu demek değil; “Olan bu, bu olanın olumsuz unsurlarında idarenin bir payı var mı? İdareye bir pay çıkartılabilir mi?” daha da doğrusu: “İdare buna engel olabilir miydi?”. İdare de isteyerek yapacak değil ama sonuçta bu ortaya çıkan bir durum.

İdari İşlemlerin Tasnifi

İdari işlemleri irdelemeye başlayalım, teşrih edelim, içini açmaya çalışalım. Hukuk düşüncesi bakımından bu idari işlemlerin kullanımına ilişkin yeterli bilgiyi almaya, idari işlemleri tanımaya ve mantığını anlamaya çalışalım. Burada yapılacak her açıklama ve her tasnif esasında bütünü işler hale getirebilmek için. Tasnifin kendi başına bir önemi yok, önemli olan bütünü açıklıyor olabilmesi ve bütüne ilişkin kanaat verebilmesi. İdari işlemlerin çeşitli açılardan tasnifi söz konusudur. Bu tasnife şimdi gireceğiz ve çeşitli açılardan anlatmaya çalışacağız. Önce; işlemlerin etki alanı ve kapsamı bakımından bir ayırım var. Daha sonra da işlemleri yapan bakımından bir ayırım var. İkisini de görmek lazım.

İşlemlerin maddi ayırımı ve organik ayırımı

Organik ayırım

“Bu işlemi yapan idare mi?”, “Bu işlemi yapan yasama mı?”, “Bu işlemi yapan yargı mı?”, “Bu işlemi yapan özel hukuk kişisi mi?” bunlar sorgulanır. Büyük bir ihtimalle yapanı idare olur; ama yasama da yasama işlevi dışında idari işlev yapıyor ise, yaptığı şey bir idari işlem olur. Organik bakımdan o işlemin yapıcısı yasamadır. Yargı idari işlevine ilişkin bir şey yapıyorsa organik bakımdan yapıcısı yargıdır. Kamu hizmetini özel hukuk kişileri idari işlev çerçevesinde görüyorsa, bir işlem yapıyorsa, yaptığı şey idari işlem ve yapanı da özel hukuk kişisidir. Dolayısıyla organik tasnif budur ve sadece buna ve idari işleme idarenin işlemini karıştırmamaya yarıyor.

Esas önem **maddi bakımdan tasnifte** var; çünkü maddi bakımdan tasnif yargı yerini, etkilediklerini, açılacak davaları değiştiriyor. Dolayısıyla; bu işlemi tanımak için yapılan ayırımlardan birisi, ama önemli olan maddi ayırım. İdari işlemlerin, maddi bakımdan ilk ayırımı **birel** -buna Kemal Gözler “bireysel” diyor-, ikinci ayırımı **genel** ve üçüncü ayırımı da **karma**. Bu üç ayırımın bir mantığı var.

Genel İşlemler

Önce genel işlemden başlayalım. İdare hukukunda statüler var, bu statüler çeşitli düzenlemelerde oluşmuş durumda. Mesela; kendimden gidecek olursam, ben statü bakımından Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıyım, bir statü içindeyim onun içinde. Aynı zamanda kamu görevlisiyim, onun için de kamu görevlisi olarak bir sürü kamu görevlisi çeşidi var, üniversite personeliyim, buna ilişkin bir statü var, unvan olarak bir statü var. Baktığımızda, iç içe girmiş çeşitli statüler var. Bu statüleri belirleyen de çeşitli düzenlemeler var. Mesela kamu görevlilerinin tabi olduğu 657 sayılı yasa genel olarak belirlerken, üniversite personeli için 2547 sayılı yasada özel bir statü var. Erkek bir kamu görevlisiyim. Mesela eskiden erkek kamu görevlisi olmanın bir farkı vardı. Doğum izni alamıyordu, kadınlar alabiliyordu; şimdi erkeklere de doğum izni alma hakkı getirildi. Böyle statülere bağlı bir durumdur. Mesela; erkekler bakımından emzirme izni yok, ama kadın görevlilerin günde 1 saat emzirme izni var, onları biriktirip 1 gün işe gelmeme imkânları var vs. Bunların hepsini belirleyen statüler var. Bunu; Anayasa'dan başlıyor, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge, tebliğ vs. bir sürü hukuki rejim belirliyor. Bu statüler esasında kişiye göre belirlenmiş statüler değil; kişi bu statülerin içine kendi isteği ile talip olarak atılıyor. Ben üniversite personeli olmadan önce de üniversite personeli statüsü vardı, ben çıksam ben çıktıktan sonra da var. Ben esasında Aydın Gülan olarak kamu nezdinde yokum, esasında derece kademe 1'in 1'inde mesela diyelim ki "Profesör unvanlı 2547'ye tabi akademik personel" diye bir statüm var ve o statünün getirdiği imkanlar var. Yılda şu kadar izin imkânı var, şu kadara ders saati verme mecburiyeti var, maaş hakkı şu, birikmiş izin hakkı şu vs vs. diye o statüye göre belli oluyor. Bu statüleri belirleyenlerin de başka bir hukuki statüsü var. İnsanları bu statüler arasında dolaştıran veya bir statüden çıkmak isteyenleri çıkartmayıp yine aynı statüde bırakan da başka işlemler var. Statüleri belirleyenler kanunlar dışında genellikle genel düzenleyici işlemlerdir.

Birel İşlemler

Bu statüler arasındaki hareketi sağlayan da birel işlemler. Mesela; mezun olduğunuzda aranızdan bazıları kamu görevlisi olmak isteyecek ve diyecek ki: "Ben biraz tembelim fazla çalışmak istemiyorum. Kamu görevlisi olayım, nasıl olsa bir kere kamu görevlisi olursam çalışsam da çalışmasam da alacağım maaş aynı. Üstelik herkes kamu görevlisiyim diye önünü ilikleyecek benimle dikkatli konuşacak. Saygın bir meslek, müşteri bulma problemim yok, kendimi ispat etme problemim yok, iyi çalışma problemim yok, sağlık güvencesi var, emeklilik var. Kamu görevlisi olmak istiyorum" ve o zaman talip olarak bir KPSS'ye girecek oradan başarılı olursa başka sınavları olan kamu görevlisi olmak için onun sınavlarına girecek. Kazanırsa, o statünün içine birel işlem ile girecektir.

Yani; "İdare Hukuku Kürsüsü 'ne 9. derecenin 3. kademesinden araştırma görevlisi olarak atandınız, görevinizde başarılar dilerim." Bu işlem bir birel işlem olacak. Sizi o statüye getirecek, ama araştırma görevlilerinin tabi olduğu o statü kanunla belirlenme dışında, ayrıca buna ilişkin yönetmeliklerle belirlenmiş, genel

düzenleyici işlemlerle oluşmuş bir statü olacak, o statüye dahil eden işlem birel işlem, o statüden çıkararak da yine birel işlem, o statüden çıkmak isteyen o statüde bırakan yine birel işlem. “Ben doçent oldum artık araştırma görevlisi kadrosuna değil, doçent kadrosuna atanmam lazım beni doçent kadrosuna atayın.” diye başvurduğunuzda “Hayır doçent kadromuz yok. Kadromuz olmadığı için doçent olsanız bile ancak araştırma görevlisi olarak istihdamınız mümkündür.” gibi bir cevap geldiğinde statünüz değişmeyecek ama değişiklik talebiniz reddedildiği için o da birel işlem sayılacaktır.

Dolayısıyla; siz çıkmak istiyorsunuz, ama o döndürüyor yine aynı statüye koyuyor. Sonuçta ne yapıyor? Sizin durumunuzu belirliyor. Ama sizin durumunuzu size yönelik olarak değil, herkesle eş düzeydeki durumlara sokarak belirliyor. Bir sürü kimseyi araştırma görevlisi olarak atıyor. Sizin için ayrı bir statü yok araştırma görevlisi diye. Siz zaten var olan bir statüye giriyorsunuz, size özgü kuralları yok. Size “Araştırma görevlisi olarak atadınız, araştırma görevlisi olarak şunları yapacaksınız, şunları yapamazsınız, maaşınız şu olacak vs.” şeklinde bir işlem yapmıyor, sadece kadronuz çerçevesinde araştırma görevlisi olarak atıyor; o kadronun karşılığı maaş, görev tanımı, tabi olduğu hukuki rejimler ne ise siz ona tâbi oluyorsunuz.

Dolayısıyla bir işlem -buna **koşul işlem** deniliyor- sizi oradan oraya statülere götürüyor. Hayatta hep böyle iç içe statüler var. Bazıları bizim tercih ettiğimiz statüler, bazıları bizim tercih etmediğimiz statüler. Kadın veya erkek bile girdiğiniz statüde değişikliğe yol açıyor. İzin hakkınız, çalışma hakkınız, bazı meslekler için aranan nitelikler bakımından farklı, boy ve kiloya ilişkin meslek belirlemeleri var, belli bir boydan daha kısa olmamak, belli kilodan fazla olmamak gibi, göz hastalığı olup olmamasına göre belirlenenler var; ama bir de eğitime, başarınıza göre belirlenen statüler var. Çeşitli sınavlar var, bazıları yeterlilik sınavı, yani yeterli bilgiye sahip olup olmadığınızıza yönelik ve bazıları da hem yeterlilik hem yarışma yani yeterli olanlar arasında yarışıp en iyilerinin girebileceği sınavlar var. Bunlar hep statülere girip çıkmayı belirleyen şeyler unsurları ile birlikte. Tayininiz bakımından önemli, örneğin eş durumu bakımından bir yere tayin olmak başka bir şey, meslekteki kıdeminiz nedeni ile tayin olmak başka bir şey, öğrenim durumunuz nedeni ile tayin olmak başka bir şey, hastalığınız varsa tam teşekküllü hastanenin bulunduğu yere tayin olma mecburiyeti başka bir şey. Atamaya tabi bir meslekte iseniz; önemli bir hastalığınız veya görmekte olduğunuz bir tedavi varsa bunu gerekçe göstererek ona göre atanmayı talep ediyorsunuz.

Bazı mesleklerde atanma yok. Mesela; üniversitede girdiğiniz yerde devam ediyorsunuz. Bazı kamu görevlerinde bölgelere göre var; mesela kaymakamlıkta 5. bölgeden başlıyorsunuz yaptıktan sonra 4. bölge, 3. bölge vs. diye gidiyor; başka yere atanamıyorsunuz. Buna yönelik olarak hep statüler, statüler ve bu statüler arasında hareketliliği sağlayan işlemlerdir. Ama bu işlemler arasında bir fark var ve bu farkı tespit etmek lazım. Eğer genel olarak, gayri şahsi olarak, işlem doğurmaya müsait olarak bir düzenleme yapıyorsa **genel işlem** deniliyor.

Örneğin; öğrenci disiplin yönetmeliği! Öğrenci disiplin yönetmeliği herhangi bir öğrenciyi dikkate alarak değil, o okuldaki öğrencilerin disiplin ihlali ihtimallerini ve bunlara verilecek cezaları düzenleyen soyut yönetmelik olarak yapılıyor, Ama bir

kişi, bu disiplin yönetmeliği nedeniyle uyarı aldığı anda onun için artık **birel işlem** oluyor. Bu disiplin yönetmeliği çerçevesinde bir fiilin işlendiği tespit edildiği için o fiilin karşılığı olan disiplin cezası ile cezalandırılmakla o genel düzenleyici işlem kendisine uygulanmış birel işlem oluyor. Dolayısıyla öğrenci disiplin yönetmeliği ile bir öğrenciye verilen ceza ikisi de idari işlem olmasına rağmen birbirinden farklı.

Bu hissedilen farkı hukuk bakımından sistemleştiren ve buna çeşitli hukuki sonuçlar bağlayan ayırım ise, **genel işlem-birel işlem** ayırımıdır. Genel işlem-birel işlem denildiği zaman neler oluyor? Mesela; genel işlemler doğurgan olduğu için birel işlemleri doğurduğu için dava açma süresi yeniden başlıyor. Genel düzenleyici işlemlerde, her yapılan işlemle birlikte dava açma süresi tekrar canlanıyor. Genel işlemle birel işlem demek ikisi de işlem olan bir hukuki muamele karşısında işe yarar bir ayırım, hukuki sonuçları olan bir ayırım yapmak demek. Öyle ise, genel işlem ile birel işlemi tanımamız lazım. İlk adımımız bu. Bunu nasıl tanıyacağız? Ayrıntılarına gireceğiz tanımak için. Genel işlemlerin altındaki **genel düzenleyici işlemler** ve **genel kararlara** değineceğiz, birel işlemlerin altındaki **birel koşul** ve **birel öznel** işleme gireceğiz. Böylelikle; iki düzeyde göstermek sureti ile birbirinden gerçekten vakıa olarak, etki olarak farklı şeylere hukuki olarak ayrı isimler takabilmeyi başarmış olacağız. Ayrı isim taktığımız zaman da; hukuki rejim bakımından farklarını ortaya koyabilecek bir imkâna kavuşmuş olacağız. Öyle ise, tamam idari işlemlerden bahsediyoruz ama her idari işlem de aynı etkiyi doğuran idari işlem değil; bunlar arasında **fark doğuran ayırımlar** var. Nedir? Genel işlem denilen işlemler var ve birel işlem denilen işlemler var, bir de karmalar var ona sonra değineceğiz.

Genel Düzenleyici İşlem ve Genel Karar

Genel işlemlerin 2 türünden bahsediliyor: Genel düzenleyici işlemler ve genel kararlar. İkisi de genel ama birbirlerinden farklı. Şöyle deniliyor: “*Valiler, hava durumu nedeni ile ilk ve orta dereceli okulları tatil edebilir diye bir düzenleme yapıldığında bu bir genel düzenleyici işlemdir.*” deniliyor. “*10 Aralık 2015 günü kar fırtınası geleceği bildirildiğinden, İstanbul’daki ilk ve orta dereceli okullar tatil edilmiştir.*” şeklinde Valilik bir işlem yaptığında da genel karardır diyor. Farkı nedir? Genel düzenleyici işlemler, hava durumu her bozulduğu ihbarı alındığında mülki amire yeniden okulları tatil etme imkânı veriyor, doğurgan, uygulanmakla tükenmiyor, her yeni hava durumu dolayısı ile ortaya çıkıyor -kar olabilir, rüzgar olabilir, tsunami olabilir, çok sıcak olabilir- ama diğeri belli bir günde -genellik taşısa bile- belli bir günde bütün okulları tatil ediyor ve o gün uygulanmakla bitiyor, yani genel kararın da ömrü bellidir, doğurgan değildir, genelliği beraberinde doğurganlığı getirmiyor.

Dolayısıyla; genel kararın, genele yönelik ama uygulanmakla hemen tükenen bir boyutu var, genel düzenleyici işlemin ise, uygulanmakla tükenmeyen -bu kelime önemli bence- **doğurganlığı** var.

Doğurganlıktan kastımız, bu genel işleme dayanılarak birel işlemler yapılıyor, genel kararlar alınıyor sürekli. Öğrenci Disiplin Yönetmeliği bir kere disiplin cezası uygulanmakla bitmiyor, kaldırılıncaya kadar yüzlerce disiplin fiiline uygulanıyor, kimisine ceza verilmesine, kimisine ceza verilmemesine, kimisinin ertelenmesine,

kimisinin hafifletilmesine, kimisinin ağırlaştırılmasına yol açıyor ve her seferinde tekrar tekrar uygulanıyor, yani doğurgandır. Hâlbuki birel işlemler doğurgan değil, genel kararlar da bir anlamda doğurgan değil, uygulanmakla tükeniyor. Doğurganlıktan ziyade genel kararın özelliği sadece 10 Aralık'ta kullanılacak, 10 Aralık'ta okul tatil edilecek, 11 Aralık'ta belki tatil edilecek belki de edilmeyecek. Dolayısıyla; genel kararın **uygulanmakla tükenmek** özelliği var. Genel düzenleyici işlem süreli, diğeri süresiz diye değil; çünkü bazen kitaplarda yazarken karıştırıyorlar.

Mesela; YÖK “2016 Aralık ayına kadar yürürlükte kalmak üzere öğrenci disiplin yönetmeliği yapıyorum.” diye bir karar alsa, bakıldığında süreli; ama o süre boyunca sürekli uygulanacak bir şey. (Bazı eserlerde yer alan “genel düzenleyici işlem süreklidir, genel karar sürelidir” görüşüne itiraz olarak) Mesele sürelilik değil, çünkü genel düzenleyici işlem kaldırılabilir de değiştirilebilir de, maksat ilelebet hukuk âleminde kalacak olması değil; uygulanmakla tükenmiyor olması, doğurgan olması, sürekli ona dayanılarak işlemler yapılmasıdır.

Niçin önemli? Çünkü hukuka aykırılığı incelerken bazı işlemlerin hukuka aykırılığı onu doğuran işlemde kaynaklanıyor. Nasıl insanların hastalığı bazen anne babadan gelen genlerden kaynaklanıyor, kendisinin yanlış beslenmesinden veya mikroba veya virüse maruz kalmasından değil; bu da öyle bir şey bazı birel işlemlerin sakatlığını arayabilmek için onu doğuran genel düzenleyici işleme gitmek gerekebiliyor. O yüzden de; genel-birel dengesini kurmak önemlidir. Mesela; sınıfta kahve içti, su içti diye disiplin cezası verilse, bu disiplin cezasının kökeni de “Sınıfta bir şey yenilip, içilmez.” hükmü olsa, siz genel düzenleyici işlemin tartışmasına gitmeden o birel işlemin hukuka aykırılığını ispat edemezsiniz. Çünkü birel işlem genel düzenleyici işleme uygun ama esas problem genel düzenleyici işlem hayatın olağan akışına uygun değil veya koruduğu değere uygun değil vs. diye tartışma gerektirir. O yüzden bu ayırım hayati bir ayırımdır. Gerçek hayatta uyumsuzlukları çözmek için bir ayırımdır.

Organik bakımdan ayırımı bilerseniz de bilmeseniz de insan sonradan anlar, “Yasamanın işlemi de olur mu?” diye ilk planda tereddüt eder, ama sonra işlemin içeriğini gördüğü zaman bu teorik kısımda eksiklik olsa bile tamamlayabilir. Ama genel-birel ayırımı insan oturtmamışsa, normlardaki hiyerarşiyi tespit edemez, sakatlıkların birbirine sirayet eden kısmını görmez, idari yargılama bakımından teşhislerde hukuka aykırılık teşhislerinde eksiklikler olur.

Öyle ise bu; sonrasını ve başkalarını etkileyen bir ayırımdır. Bu ayırım üzerinde örnekler vererek durmak önemlidir. Genel işlem dedik, genel düzenleyici işlem ve genel karar dedik.

Tanım yazdırmak gerekirse;

genel düzenleyici işlemler gayri şahsi, soyut ve uygulanmakla tükenmeyen doğurgan işlemlerdir.

Genel kararlar ise; genellik özelliği taşıya bile uygulanmakla tükenen işlemlerdir.

Dikkat edin, tarih olarak değil, uygulanmakla tükenen işlemlerdir. Okulları tatil etti tükendi, dolayısıyla sonraki güne veya sonraki saate bile kalmadı. Burada genellik

var; çünkü İstanbul'daki şu şu okullar değil, İstanbul'daki bütün okullar diyor ve genelliği sağlıyor, ama uygulanmakla da tükeniyor.

İdari İşlemler Konusu Devam...

İdarenin faaliyetlerine ilişkin anlatımımız bitti, şimdi bu faaliyetlerin hukuki rejimini taşıyan işlemleri anlatmaya başlayacağız. Faaliyetlerin kendi içinde farklı hukuki rejimleri vardır; ama bu faaliyetlerin her biri çeşitli hukuki muamelelerle yerine getiriliyor. Geçtiğimiz hafta hukuki muameleler olarak idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden bahsettik. Şimdi bunların her birinin tek tek içine giriyoruz.

Bu tip kamu hukuku konularında en kritik noktalardan birisi, bir konuyu derinlemesine incelediğinizde, onun bütün içindeki yerini kaybetmemek. Bütün içindeki yeri kaybolursa, konunun ayrıntılarını insan bilse bile o bilgiyi kullanabilecek olmaktan çıkar. Çünkü; burada esas önemli olan nokta idari işlemlerin hukuki rejimini bir hukuki uyumsuzluk çıktığında gündeme getirebilmek, mevcut idari işlemi değerlendirebilmek, bunu uyumsuzluk çözümünde ve uyumsuzluğun değerlendirilmesinde kullanabilmek. Dolayısıyla, buradaki her bir ayrıntı yüzeye çıkarıldığında bir şey ifade eder. Ayrıntı, ancak metin sorusu olarak sorulduğunda biliyorsanız tek başına işe yarar. Ama esas önemi ve işlevi bütün içindeki hareketi tespit etmenize yardımcı olmasıdır. Yani; bir işlemin alt ayrımlarına baktığınızda, bir işlemin hukuki rejiminin ayrıntılarına baktığımızda bunu çözmeniz tek başına bir şey ifade etmez, bütün ile bağlantısının kurulması lazım.

İdari işlemler, idare hayatında karşılaşılan hukuki muamelelerin %90'ının üzerinde. Dolayısı ile; bir dengesizlik olarak idari işlemlerin hukuki rejimi daha önemli. Zaman içinde idari sözleşmeler daha geliyor, hukuk devleti olma niteliğine yaklaştıkça da idari eylemler daha azalıyor; çünkü idari eylemler kökeninde işlem ya da idari karar olmayan maddi alemdeki değişikliklerdi. İdare; "kaza" dediğimiz durumu engelleyecek, yaptığı hareketlerde mutlaka bir düşünmüşlüğü etkisini oluşturacak şekilde yani işlemin icrası şeklinde daha çok hukuki muamelelerle faaliyetlerini ortaya çıkarıyor.

İdari eylemler; çeşitli kazalar, beklenmeyen durumlar, tabii afetler sonrası ortaya çıkan durumlar, büyük kargaşa ortamlarında gündeme gelen hususlar olarak gözüktüyor daha çok. Bu nedenle; idari işlemler neredeyse idare hukukunun en önemli taşıyıcısı, en önemli kullanım vasıtası. Bu işlemleri de teşhis etmemiz lazım. Bunu teşhis ederken, kitaplarda yer alan birçok ayırım olduğundan bahsettik, biz size onların içinden seçerek hukuki sonucu olan ayırlardan bahsedeceğiz dedik ve **birel işlemler** ile **genel işlemleri** anlattık geçen hafta. Şimdi onun gerçek örneklerini göstereceğiz.

Genel işlemlerde; işlemlerin etkisi bakımından genelliği esas aldık: gayri şahsi olması. Yani; somut bir şahsa ilişkin değil. Dikkat ederseniz, burada 1 veya 2 kelimesini kullanmıyorum bazen 5 kişiye bazen 100 kişiye ait olabilir, ama o içine girdiği 100 kişi belli ise sadece o 100 kişiden ibaretse sadece azalma-çoğalma olmayacak şekilde belirlenmiş 100 kişiye yönelik bir işlem yapılıyorsa, o genel demek değil. Genel olması, şahsa bağlı olmayan bir işlem yapılması demek. Mesela; 2. sınıf

tek numaralı öğrencilere ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, ders amfisi değiştiğinde, ders saati değiştiğinde, vs. esasında o 2. sınıflara yönelik olduğu için, bu 2. sınıf tek numaraların da listesi genişleyip azalabilir. Alttan dersi olanlar olabilir, aftan gelenler olabilir, başka okuldan nakille gelenler olabilir. Dolayısıyla; kim 2. sınıf tek numara olacaksa içine girecek şekilde gayri şahsileştirilmiş durumda. Somut olarak Ayşe veya Ahmet olacak şekilde değil “2. sınıf tek numaralar” şeklinde belirlenmiş olmak şeklinde. Bu nedenle; burada “2. sınıf tek numaralar” dediği zaman şu andaki kayıtlı öğrenciler değil; çıkabilecek ve gelebileceklerle birlikte bir gayri şahsilik ve genellik var.

Birel işlemleri ise, somut olarak kişilere yönelik işlemler olarak değerlendirdik. Birel işlemlere bazıları *bireysel işlemler* deniliyor, kitaplarda farklı isimler kullanılıyor, buna ilişkin bir değerlendirmeyi örneklerden yola çıkarak yapacağız.

Sonra size; genel işlemlerin kendi içindeki ayrımını yaptık: **genel kararlar** ve **genel düzenleyici işlemler**. Genel düzenleyici işlemlerin özelliği olarak da doğurganlığımı dile getirdik, (genel düzenleyici işlemlerin özelliği olarak) ondan kaynaklanarak yapılan işlemleri dile getirdik.

Şimdi örneklerle somutlaştıralım:

Önce idari işlemler ile ilgili olmayan bir örnek vererek gidelim. Mesela; kanunlar. Kanun bir idari işlem değil; kanunun genel düzenleyici işlem veya birel işlem olması diye bir husus yok; ama birkaç kanun örneği vererek kanunun esasında bir *hukuki taşıyıcı kavram* olduğunu göstermeye çalışacağız. Şimdi size belki sorsalar; “Kanun genel nitelikte bir hukuki muamele midir, yoksa özel nitelikte bir hukuki muamele midir?” diye. Büyük bir çoğunluk “Genel niteliklidir.” der çünkü herkesi bağlar ve herkes için geçerlidir. Mesela; genel nitelikte bir kanun: *1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanun*. Hâlâ bu kanuna dayalı olarak yurtdışına öğrenciler gönderiliyor. Belli başarı gösteren, belli sınava giren öğrenciler, daha iyi yetişsinler diye yabancı ülkelerde eğitime gönderiliyorlar. Bu Kanun’a bu hâli ile baktığımızda, **gayri şahsilik var, bir genellik var**.

Dikkat edin bir idari işlemdir demiyorum ama kavramın -belki- düşüncenizde ona ayırdığınız genellik niteliğini sarsmak için bu örnekten yola çıkıyoruz. Kanun dediğimiz şey, her zaman için böyle gayri şahsi olur zannedebilirsiniz... (farklı bir örnek aşağıda anlatılacak)

Başka bir kanun gösterelim:

Adem Yavuz, Kıbrıs Barış Harekatı sırasında şehit olmuş ve hakkında bir kanun çıkmış. Adem Yavuz bir gazeteci ve herhangi bir sosyal güvencesi yok, devlet memuru değil, asker olarak gitmiş değil, ama savaşta şehit olmuş. Türkiye tarafında olduğu için şehit olmuş, yani ona sıkılan kurşun gazeteci diye sıkılmamış, Adem Yavuz diye sıkılmamış, Türkiye’ye yönelik sıkılan kurşun ona gelmiş ve kanun koyucu da kanun yapmış: *Anka Ajansı Muhabirlerinden Şehit Adem Yavuz’un Annesine Vatanî Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun*. Kanun sadece şehit Adem Yavuz’un annesine aylık bağlanmasını amaçlıyor. Annesi

öldüğünde kız kardeşine ya da mirasçılara diye bir şey yok. Tamamen birel, tamamen o olaya yönelik. Dolayısıyla; kanun dediğimiz hukuki araç bile, tıpkı idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerde olduğu gibi farklı kapsamlarda olabilir.

Mesela; İdil Biret ve Suna Kan müzikte özel kabiliyet gösterdikleri için haklarında bir kanun çıkmış: *İdil Biret ve Suna Kan'ın Yabancı Memleketlere Müzik Tahsiline Gönderilmesine Dair Kanun*. Bakın kişi ismi ile yapılmış bir kanun. Müzikte başarılı olan ya da kabiliyeti olan öğrencilerin başka ülkelerde gönderilmesine ilişkin başka bir kanun var, ama bu Kanun için şartları uymadığı, yaşları ufak olduğu, eğitimi nedeni ile şartları uymadığı için o Kanunla gönderilememiş İdil Biret ve Suna Kan. Demek ki; bu kanun yapılmak istenen hukuki muameleyi taşıyan bir araç. Bu aracı teşhis edebilmek için eğer İdare Hukuku alanında olsaydı kanunları ayırabilirdik; “genel nitelikteki kanunlar” ve “birel nitelikteki kanunlar” şeklinde ya da “kişiler için çıkarılmış kanunlar”-“genel soyut uygulama için çıkarılmış kanunlar” diye, ama kanunlar yasama faaliyeti kapsamında çıkarılıyor.

Bu düşüncüyü şimdi de idare hukuku alanına taşıyalım:

İdare hukuku alanında işlemlerden bazıları *İdil Biret ve Suna Kan'ın Yabancı Memleketlere Müzik Tahsiline Gönderilmesine Dair Kanun* gibi, bazıları da *Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanun* gibi. Yani bazıları genel, gayri şahsi, soyut ve uygulanmakla tükenmeyen ve bazıları da kişiye yönelik ve uygulanmakla tükenen, gayri şahsi olmayan, doğurgan olmayan, sadece onun hukuki durumunu belirleyen nitelikte.

İdari işlemlerden gidelim:

Gerçek hukuki işlemlerden bir örnek olarak Necip hakkında tesis edilen bir idari işlem:

“Üniversitemizde görevli idari personel için hazırlanan Kamu İhale Kanunu konulu eğitimi 26 Ekim 2015 Pazartesi günü vermek üzere görevlendirilmiş bulunmaktasınız, bilgilerinizi ve konu hakkında hazırladığınız eğitim sunumlarınızı üniversitemiz hizmet içi eğitim sayfasında yayınlanmak üzere vermenizi, 10 sorudan oluşan ön ve son testin yapılmasını rica ederim.”

Görevlendirme yazısına baktığımızda; üstte İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü, altta işlemin sayısı verilmiş ve işlemin konusu olarak “eğitici görevlendirme” yazılmış ve işlemin muhatabı olarak görevlendirilen kişi yazıyor. Burada dikkat ederseniz, hukuki durumunu belirleyen bir işlem yapıyor: “şu görevi yapacaksınız”. Altta da ekleri var sunum şablonu nasıl hazırlanacak, test cevap durumu gibi. Ve dağıtım gereği diye bir bölüm evrakta; Hukuk Fakültesi Dekanlığı’na da bunu takip etsin diye dağıtım yapılıyor.

Dolayısıyla; bu bir **birel işlem**, kişiye yönelik bir işlem. Ona verilecek görevi taşıyor, hukuki durumunu belirliyor. İşlemin de kimliği var, sayısı ve tarihi var. Bir

hukuka aykırılık varsa dava açılabilmesine uygun teşhis edilmiş, hukuk alemine çıkmış, itiraz edilmeye müsait bir işlem olarak ortaya çıkmış. Bu idari işlemi değerlendirebilmek için, hangi mahkemede dava açılacağını belirleyebilmek için, kimlerin dava açabileceğini belirleyebilmek için, hangi sürede dava açılabileceğini belirleyebilmek için, şimdi yaptığımız ayrımlara ihtiyacımız var. Bu ayrımlar sadece 2. sınıf bilgisi bakımından değil; 4. sınıftaki idari yargılama hukuku dersinde ve hayata atıldığımızda da yapacağımız hukuki değerlendirmelerde de işe yarayacak ayrımlar. Dolayısıyla; sadece teorik değil, zincirleme etkileri var, ama etkilerinin her biri bu ders kapsamında gösterilmiyor. **Yani buna birel işlem demenin pratikte etkisi var:** İşlemin Necip'e yönelik olması sebebi ile sadece Necip dava açabilecek, "Benim arkadaşım, ben onun bu işlerde görevlendirilmesini istemem. Başka işleri var, bununla yükümlendirilmesini istemem." diyemezsiniz, sizi ilgili saymaz, birel işlemdir bu kişiye yöneliktir ve "ilgilisi" sadece muhatabıdır. Ancak; belki İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı buna itiraz edebilir; çünkü İdare Hukuku Anabilim Dalı'ndaki bir personelin başka bir yere görevlendirilmesi nedeniyle faaliyet aksayacağı ve başka işlerle çakışacağı için itiraz edebilir, tarihi ve saati değişsin diye, ama dava ilgisini muhtemelen sadece bununla ilgili kurar. Dolayısıyla; bu yaptığımız ayrımlar, diğer ayrımlardan farklı olarak "sonuç veren" ayrımlardır.

Bir başka işlem görelim, bir birel işlem ve sokak isimlendirmesi hakkında. Sokak isimlendirilmesine ilişkin Büyükşehir Belediyesi'nin bir kararı. Bir hukuki işlem olarak bunu değerlendirmek lazım. Bakın burada da "Merdiven Çıkmazı Sokağı" olarak isimlendirilmesi uygun görülmüş bir sokağın. "Abdullah Ağa Caddesi'nden girişi bulunan Merdivenli isimli çıkmaz sokağa Merdiven Çıkmazı Sokağı isminin verilmesi talep ediliyor." diyor ve Komisyon görüşü var: "Üsküdar ilçesi, Burhaniye Mahallesi'nde Merdiven Çıkmazı Sokağı isminin verilmesine ilişkin talep incelenmiş olup, isminin verilmesi komisyonca uygun görülmüştür. Meclisimizin onayına arz olunur." deniliyor. İstanbul Büyükşehir Belediye Meclisi bunu değerlendirmiş ve aynen oy birliği ile kabulüne karar vermiş. Dolayısıyla; bu da bir idari işlem. (ayrıma göre de birel işlem)

Hazırlık İşlemleri

Her idari muamele idari işlem değildir. Bazı idari muameleler "pre-işlem"; yani daha olgunlaşmamış işlem, henüz dava açılmayacak işlem, işlem öncülü. Hukuk düşüncesinin bunu teşhis etmeye yönelik bir çabası var ve hukuk düşüncesi bunu çeşitli biçimlerde tasnif ediyor: "Bu idari işlemdir, bu değildir." diyor, "Bu henüz işlem haline gelmemiştir." diyor, "Bu etkili işlemdir, bu etkisiz işlemdir." diyor. Dolayısıyla; burada anlatacağımız yani gündemimiz idari işlemin kendi içindeki ayrımı değil; yani idari muamele olmasına fakat idari eylem veya idari sözleşme olmamasına rağmen, henüz idari işlem niteliğini kazanıp kazanmadığıdır. Buradan dolaylı olarak çıkan sonuç şu: Bazı idari kararlar idari işlem sayılmıyor. İdari işlem olmak, belli bir olgunluğa gelmek olarak kabul ediliyor. Henüz o olgunluğa gelmemişse, henüz tekemmül etmemişse, henüz kesinleşmemişse, henüz icrai niteliğe

kavuşmamışsa klasik anlamda idari işlem sayılmıyor; ama idari eylem veya idari sözleşme de değil bunlar. Yani bu muameleler henüz tek başına idari işlem değil; bunlar nasıl olabilir?

Yukarıda incelediğimiz **sokağa isim verme işleminde** bir komisyon raporu var. Uzmanlardan oluşmuş Komisyonun sokağın ismini belirlemesi isteniyor ve bekleniyor. Komisyon bir ön hazırlık yapıyor: “Bu sokakta şu kişiler oturmuştur zamanında, şu kişinin isminin verilmesini talep ederiz. Türkiye bakımından ve semtimiz bakımından önemli” diyebilir. Komisyonun bu teklifi de kabul edilmek zorunda değil, tartışmaya açıktır.

Yani burada komisyonun bu teklifi bir idari işlem değil; çünkü bunun üzerine(öneri üzerine) idari işlemi yapmaya yetkili olan belediye meclisi (bu öneriyi) tartışacak ve bir karar verecektir. Belediye Meclisi Merdiven Çıkma Sokağı ismini benimsemeyip başka bir isim de koyabilecektir. Öyle ise, bu **bir hazırlık işlemidir** deniliyor. Hazırlık işlemi bir hukuki muamele; ama bir idari işlem değil. Birbirinden kopuk da değil; işlemin içindeki bir unsur. İşlem dediğimiz şey, sadece yazı değil; geçmiş ile birlikte, işlem dosyası ile birlikte bir bütün. Bunun içinde çeşitli evrak ve yazışmalar var. Muhtemelen Fen İşleri Müdürlüğü’nden veya PTT’den gelen bir yazı vardır: “Burada merdivenin etrafında kapı girişi olan binalar bulunmaktadır. Bu posta adresi olarak herhangi bir belirleme yapılmadığı için, dağıtım hizmetlerimizde aksama olmaktadır. Yetkili olan belediyenizce buradaki binaların mektup adreslerinin oluşabilmesi için sokak ismi belirlenmesini rica ederiz.” şeklinde. Bunun üzerine Fen İşleri giderek yerinde keşif yapmıştır ve gerçekten de sokak ismi olmadığını görmüştür. İmar planında burası sokak olarak gözükmüyor mu, gözükmüyor mu ona bakmıştır. Tüm bunları değerlendirmiştir, bir sürü yazışmalar olmuştur. Sonra Meclis başkanlığına gitmiştir, meclis başkanı ilgisi nedeni ile komisyona göndermiştir. Komisyondan geldikten sonra da meclis, gündemine alacaktır ve karar verecektir. İçinde bir sürü evrak olan, bir sürü hukuki muamele olan “bir” işlem. Çokluk içinde birlik. Çokluk içinde birlik olduğuna göre; birin ne zaman olduğunu bilmek, içindeki çokluğa da başka isimler vermek lazım. Genellikle; bu başka isimler “**hazırlık işlemi**” başlığı altında gidiyor. Niçin hazırlık işlemi diyoruz, neye hazırlık? *İdari işleme hazırlık.*

Başka bir muamele gösterelim: Rekabet Kurulu’nun soruşturma açılması kararı.

Rekabet Kurulu soruşturma açılmasına karar vermiş, bunun dava konusu olup olamayacağı inceleniyor. Rekabet Kurulu’nun bir soruşturma açılmasına karar vermesi demek, bu alanda rekabet ihlali olabileceğine dair ciddi emareler görmesi demektir. Soruşturma açması, *henüz ceza vermesi anlamına gelmez, rekabet ihlali anlamına gelmez.* Danıştay bunu değerlendirmiş ve demiş ki; “*Bu soruşturma açılması hazırlık işlemi niteliğindedir. Ceza verirse, rekabet ihlali olduğuna karar verirse idari işlem olur ve (buna karşı) dava açabilirsin, ama bu sadece hazırlık niteliğindedir.*”.

Bakın kararda deniliyor ki: “*Bilindiği gibi, idari işlemlerin idari davaya konu olabilmeleri için, kesin ve yürütülebilir olma niteliklerini birlikte taşımaları gerekmektedir. Başka bir anlatımla, işlemin yürütülebilir duruma gelmesi, mevzuatta öngörülen unsurları taşıması ve uygulamaya konulmaya hazır bulunması iptal davası için zorunlu koşullardan birisidir. Ön işlemler ise, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerin ortaya çıkarılmasına yönelik hazırlık işlemleri olup, tek başına kişiler üzerinde hukuksal etkiye neden olmazlar.*” **En önemli cümle bu:** “*Tek başına kişiler üzerinde hukuksal etkiye neden olmazlar.*”.

Danıştay hazırlık işlemi ile idari işlemi tespit edebilme açısından kriterini ortaya koyuyor: Kişi üzerinde hukuksal etkiye neden olmuyorsa bu, idari işlem seviyesine çıkmamıştır; ancak “hukuksal etkiye sebep olduğunda” dava konusu edilebilir, idari işlem olarak kabul edilebilir.

Kararın devamında: “*Bu nedenle iptal davasına konu edilemezler. Rekabet Kurulu tarafından alınan 24.03.2005 tarih ve 05-18 sayılı kararının iptalinin istenmesi nedeniyle, bu Kurul kararının yukarıda özellikleri belirtilen idari işlem çerçevesi içinde değerlendirilmesinin yapılması, idari davaya konu olabilme niteliğinin irdelenmesi gerekmektedir.*” diye gidiyor ve sonuçta da hazırlık işlemi niteliğinde görerek idari davaya konu olabilecek bir idari işlem olarak kabul etmiyor Danıştay. Soruşturma yapılıyor olması “Senden şüpheleniyorum.” demek (anlamına gelir). “Henüz bir işlem yapmamış ama, buna karşılık nihai kararın tesisine yönelik hazırlayıcı işlem olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” derken; “Daha ortada nihai karar yok, dolayısı ile dava konusu olamaz.” diyor.

Ancak başka bir kararda tersi de olabilir; çünkü bir sektörün hakkında soruşturma yapılıyor olması bile, itibarını zedeleyecek bir husustur. Olaya göre değerlendirmek gerekir.

Bir örnek ile gidelim:

Birisi kamu görevlisine bir leke atmak istiyor ve yüz kızartıcı bir suçtan itham ediyor. Mesela “Hırsızlık yapmıştır.” diyor. Birisi hırsızlık yapmıştır diye şikayette bulunduğu anda siz hırsızlık yaptığı gerekçesi ile hakkında soruşturma açarsanız, soruşturma sonunda hırsızlık yapmadığı ortaya çıksa bile kişiyi lekelemiş olursunuz.

“Hırsızlık yaptığına dair inandırıcı bir şey söylüyor mu?”, “Kimin malını çalmış?”, “Şikayetçi mi?”, “Ne çalmış?”, “Orada bulunmuş mu?”, “İlgiliyi tanıyor mu?”. Soruşturma açmadan önce de ufak bir araştırma yapılması gerekir.

Birisi hakkında hırsızlık yaptığı gerekçesi ile soruşturma açmak demek, onu itham etmek demek ve bu itham dolayısı ile de rencide etmek, itibarını kırmak demek. Dolayısıyla; ne kadar hazırlık işlemi olursa olsun, bu hazırlık işleminin de yapılabilmesini haklı ve gerekli kılan emareler var mı, ciddi şüpheler var mı, yapmış olabilme ihtimali var mı bunu değerlendirmek gerekir.

Bu gibi durumlara yönelik olarak hukuk düşüncesi, başka bir unsur çıkarttı ve dedi ki, “*Hukuki durumu olumsuz etkileyen yönleri var ise, bunları da idari işlem*

sayabiliriz.” Yani; normalde hukuki durumu etkilemeyen bir muamelenin, bir olayda hukuki durumu olumsuz olarak etkilediği iddia ediliyor ve bu ispat ediliyor ise, bu da idari işlem olarak kabul edilebilir. Bakın; hareketlilik buradan da başlıyor. Hareketlilik, hukuki durumu etkileme kriterinden yola çıkarak, normalde kesin olmayan bir işlemi bile, dava konusu edilebilir bir işlem haline getirebiliyor.

Etkisiz işlemlere birkaç örnek daha verelim, şöyle tasnif ediliyor:

Hazırlık işlemleri, esasında idari işlem değildir deniliyor. Buradaki çelişki şu: idari muamele, işlem ama idari işlem değil, hazırlık işlemi. Yani; adeta “İşlem ama dava konusu olabilecek işlem değil.” gibi bir bakış açısı var. Onun için de bu kelimeler kullanılıyor: **hazırlık işlemi.**

Gösterici İşlem

Etkisiz işlemlerin bir diğeri de **gösterici işlem.** Gösterici işlem de şöyle açıklanıyor: Mesela kişi, “Kıyıda ev yapmak istiyorum, hangi kanuna tâbiyim?” diye soruyor. İdare de “Kıyı Kanunu hükümlerine tâbisiniz.” diye cevap veriyor. Buna dava açmak istiyorsunuz, ama bunda dava açılacak bir şey yok; siz sordunuz, idare de olanı söyledi, yeni bir şey yapmadı, hukuki durumu etkilemedi. Buna; **gösterici, bilgi verici işlemler** deniliyor.

Ya da mesela diyelim ki, idareye hukuki durumunuzun geçmişine ilişkin hususları sorduğunuzda veya dosyanıza ilişkin hususlar sorduğunuzda idarenin verdiği cevaplar hep “var olanı” söylemekten ibaret ise, yeni bir hukuki durum oluşturmuyor ise, bu kesin bir işlem değildir. Bir disiplin cezası almanız, dava konusu olabilecek bir idari işlemdir; ama aradan yıllar geçtikten sonra “Disiplin cezası almış mıydım?” diye idareye sorduğunuzda “Şu tarihte şu disiplin cezasını aldınız.” diye cevap vermesi bir gösterici işlemdir. O işlem disiplin cezasını tesis etmiyor, dosyanızda var olan disiplin cezası hükmünü gösteriyor; ama “Disiplin cezasının üzerinden süre geçti, silmeniz gerekir.” şeklindeki bir talebi (idare) reddederse o zaman bu idari işlem haline geliyor.(çünkü hukuki statünüzü etkiliyor) Var olanı göstermek başka bir şey, bir talebi reddetmek başka bir şey.

İç Düzen İşlemleri

Etkisiz işlemlerin bir diğ türü de iç düzen işlemleridir. İdare kendi içinde yazıyor, bunlar idari işlem sayılmıyor ve dava konusu olmuyor.

Şimdi bu anlattıklarımızı birkaç cümle ile özetlersek:

İdari işlemlerin geçen hafta anlattığım ve dersin başında özetlediğim yönü dışında bir başka boyutunu anlatmaya çalıştım: Her idari işlem, teknik olarak idari işlem sayılmıyor. Bazı idari işlemler, tek başına hukuki sonuç doğurmadığı için, bir

işlemin safahati olduğu için, gösterici nitelikte olduğu için, idare içinde iç düzen işlemi olduğu için **kişilerin hukuki durumunu** etkilemiyor. Kişilerin hukuki durumunu etkilemediği için de, hukuk alemine çıkmış sayılmıyor ve ayrıca idari işlem kategorisi içinde sayılmıyor. Dolayısıyla; **idari işlemler**; idarenin 3. kişileri etkileyen, dışarıya dönük, hukuki durumu belirleyen hukuki muameleleridir ve tek yanlı muamelelerdir, hukuki sonuç doğururlar, bir değişiklik isteğini reddetmek sureti ile de hukuki sonuç doğururlar, kişinin hukuki durumunu belirlemek suretiyle de hukuki durumu belirlerler, hukuki durumda kalmasını sağlayarak da hukuki durumu belirlerler. Ama **etkisiz nitelikte yapılan, bu işlemin safahati niteliğinde yapılan, sadece mevcut durumu gösteren, sadece idarenin içindeki muameleleri gösteren işlemler**, idari işlem değildir, idari işlem statüsüne dahil olmazlar.

İdari İşlemlerin Maddi Açıdan Tasnifi: Genel İşlem-Birel İşlem

İdari işlemler konusunda ilk ayırımımız olan genel ve birel ayırımına gelelim. Genel işlemler-birel işlemler ayırımını örneklerle desteklemeye devam edelim. Genel düzenleyici işlemlerin Anayasamızdan kaynaklanan 2 örneği var: **tüzükler ve yönetmelikler**. Tüzükler ve yönetmelikler, idare tarafından yapılan hukuki muamelelerdir. Bunlar; genellikle genel düzenleyici nitelikte olan bir kapsama sahipler, yapılmalarının özellikleri var ve normlar hiyerarşisinde de yerleri var. Bunlar; idarenin kullandığı hukuki araçlar. Normlar hiyerarşisine baktığımızda Anayasa’da anayasallık bloku var, Anayasa’ya aykırılığı iddia edilemeyecek uluslararası anlaşmalar var, kanunlar var, aşağı doğru indiğimizde artık idari düzenleyici işlemler başlıyor. Kanun hükmünde kararname Bakanlar Kurulu tarafından yapılsa bile Anayasa Mahkemesi denetimine bırakılmış. Tüzükler var, yönetmelikler var ve altında da adsız düzenleyici işlemler var. Önce şunu netleştirelim: tüzük, yönetmelik, adsız düzenleyici işlemler. Bu şekilde 3’e ayrılır. Adsız düzenleyici işlemler denilmesinin nedeni, isimleri olmaması değil; isimleri Anayasa’da düzenlenmemiş olması. Yani; genelge, sirküler, tamim, tebliğ.. Bu tip işlemlere adsız düzenleyici işlem deniliyor. Anayasa’da yazan ve düzenlenen, sadece tüzük ve yönetmelik. Adsız düzenleyici işlemler, yönetmelik benzeri hukuki niteliğe sahip, genel nitelikteki işlemler. Tüzük ve yönetmeliği muhtemelen anayasa derslerinde gördünüz; ama yine de hızlıca gidelim.

Tüzük, Anayasa’nın 115. maddesinde düzenlenmiş durumda. 115. maddede “*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.*” deniliyor. Bu bir genel düzenleyici işlem, idare yapıyor. İdarenin yapmasını da özel olarak düzenlemiş, Bakanlar Kurulu yapacak. Ayrıca; yine özel olarak düzenlemiş; mutlaka Danıştay görüşü alınacak, Danıştay incelemesinden geçirecek. Sonra da kanun gibi yayımlanacak. Ayrıca çok da önemli bir belirleme var: Tüzükle yeni bir şey koyamıyorsunuz. Diyor ki; “*kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek*”. Yani kanun bir şeyi düzenlemediği zaman tüzükle düzenleyemiyorsunuz. Kanun var, kanunun ne demek istediğini, nasıl

uygulanacağını tüzükle düzenliyorsunuz. Öyle ise; kanunla tüzük arasındaki ilişki Anayasa ile kanun arasındaki ilişki gibi değil. Anayasa ile kanun arasındaki ilişkide, Anayasa'nın emrettiği işleri yapan kanunlar dışında, Anayasa'nın suskun kaldığı her alanda da kanunlar çıkıyor, meğer ki Anayasa'ya aykırı olmasın. Halbuki; tüzükte ne diyor? Ancak kanunun emrettiği işleri açıklamak için, kanunun nasıl uygulanacağını göstermek için. Dolayısıyla; tüzük kanunun yaptığı bir tutarlılığı sağlamaya yönelik bir davranış, bir belirleme. İdarenin personelinin benzer durumlarda hep aynı şekilde davranmasını sağlamak için, vatandaşların kanunun nasıl uygulanacağı konusunda tam bir kanaat ve açıklık sahibi olabilmesi için, hukuki muamelelerin farklı yürümemesi için adeta tüzükle idare, daha sonra bu alandan etkilenenlerin nasıl idari işlemlere maruz kalacağını gösteriyor. Esasında genel düzenleyici işlemler yaparak doğurganlığı üzerine alıyor ve kendisine uygun birel işlemler doğuruyor. Bu anaçlığı sayesinde doğrudan kanunun kendi süzgecinden geçerek kanunu netleştirerek, kanunu uygulanabilir hale getirerek, ayrıntılarını göstererek; ama kanuna bir şey ekleyerek değil, hükmünü değiştirerek değil, kanuna rağmen bir şeyi düzenleyerek değil, kanunu açıklayarak birel işlemlere anaçlık yapıyor. Bu nedenle burada genel düzenleyici işlem olarak tüzüğün varlığı ve işlevi, idari bir muamele olarak önemli.

Yönetmelik: Günümüzde tüzüklerden ziyade daha çok Anayasa'nın 124. maddesinde düzenlenen yönetmelikler kullanılıyor. Yönetmelik başlığında: *“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.”* deniliyor. Tüzük, kanunlar gibi yayınlanıyordu, burada her yönetmelik yayınlanmıyor, bazı yönetmelikler yayınlanıyor. Niçin? İç düzen yönetmelikleri yayınlanmıyor, ama 3. Kişilere yönelik uygulamaya esas olacak yönetmeliklerin yayınlanması öngörülüyor. Burada da; normlar hiyerarşisini belirlemiş ve *“Kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarılır.”* demiş. Çıkartana bakın: Tüzükte Bakanlar Kurulu idi, burada bakanlıklar, başbakanlık ve kamu tüzel kişileri çıkarabiliyor. İstanbul Üniversitesi de yönetmelik çıkarıyor, Karayolları Genel Müdürlüğü de yönetmelik çıkarıyor, Sağlık Bakanlığı da yönetmelik çıkarıyor, Başbakanlık da yönetmelik çıkarıyor. Dolayısıyla; bu da bir hukuki araç.

Örnek: Diyelim ki Karayolları Trafik Kanunu ağır vasıta ehliyetine ilişkin bir tasnif yapmış -zannediyorum E sınıfı olsa gerek- ve E sınıfı ehliyetler verilmesine ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmış; *“Ağır vasıtaları ancak E sınıfı ehliyeti olanlar kullanabilir.”* deniyor. Tüzük bunu düzenlemeye kalkışacaksa, E sınıfı ehliyetlerin özelliklerini belirleyecek, yönetmelik sınavın yapılışına ilişkin ayrıntılar getirecek ve böylelikle Türkiye'nin her yerinde E sınıfı ehliyet almak isteyen aynı muamelelerden, aynı süreçten geçecek. Bu, uygulama birliğini sağlayacak. Yani; herkes farklı farklı sınav tarzları uygulamayacak, herkes farklı farklı eğitim uygulamayacak: E sınıfı ehliyet alabilmek için kaç saat teorik ders görecektir, kaç saat ayrıca çalışma yapacak, kaç saat trafikte kullanma denemesi yapacak gibi birçok ayrıntı düzenlenecek tüzük ve yönetmeliklerle.

Bu konuda düzenleme yaparak herkesin, kaldırılıncaya veya değiştirilinceye kadar tâbi olacağı genel hukuki durumu belirleyecek genel düzenleyici işlem. Genel düzenleyici işlem, içine girilen hukuki durumu ve statüleri oluşturuyor. E sınıfı ehliyeti alan bir kimsenin hangi araçları kullanabileceği, ne kadar süre geçerli olacağı hepsi bu genel düzenleyici işlemlerde belirlenmiş oluyor ve bu genel düzenleyici işlemler, birel işleme sebep verdiğinde birel işlemin verdiği haklar, yetkiler, yüklediği yükümlülükler, sorumluluklar hep genel düzenleyici işlem nedeniyle gündeme geliyor. E sınıfı ehliyete sahip kimsenin hangi haklara sahip olduğu ehliyetin üstünde yazmıyor. Ehliyetin üstünde E sınıfı olduğu yazıyor, E sınıfı ehliyet sahibinin yapabilecekleri ise ilgili yönetmelikte yazıyor. E sınıfı ehliyet sahibinin kaç yılda bir sağlık kontrolünden geçeceği ehliyetin üstünde yazmıyor, yönetmelikte yazıyor ve E sınıfı ehliyetin sahibi olduğu için o yönetmelikteki şartlara uyması gerekiyor. Öyleyse birel işlem sadece E sınıfı ehliyeti veriyor veya şartları gerçekleşmediği için talebi reddediyor. Kişi ehliyeti aldığı zaman ne gibi hukuki yükümlülükleri, hakları olduğu ise genel düzenleyici işlemlerde belirleniyor. Genel düzenleyici işlem, o yüzden doğurgan, o yüzden hukuki statüyü belirleyici, o yüzden işlemlerin zeminini oluşturuyor.

Örneklerle devam edelim:

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından Aralık 2012’de yönetmelik belirlenmiş: *Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği*. Kanununa atıfta da bulunmuş, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun diye belirtmiş ve dayanak olarak da göstermiş. Yönetmelik, kanunda olan bir sistemi uygulamaya geçiriyor. Nasıl? Her afet riski taşıyan yapının dönüştürülmesinde her belediye, her kamu tüzel kişisi aynı uygulamayı yapsın diye tutarlılığı getirecek, birliği getirecek düzenlemeler yapıyor. “Hangi belgeler gerekiyor?”, “Nasıl tespit ediliyor?”, “Görevinde yer alacak kurum ve kuruluşlar kimler?”, “Yıkılma tehlikesi ya da afet riski olup olmadığı”, “Bunun tespitinden sonra nasıl itiraz edilir?” gibi hususlar hep yönetmelikle düzenleniyor.

Bir başka yönetmelik olarak *Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği*’ne bakalım. Bakın cezalar kısmına gelelim, hangi hallerde ne cezalar veriyor.

“*Yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezasını gerektiren disiplin suçları*” başlıklı 6. maddesinde;

Yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezasını gerektiren eylemler şunlardır;

- a) Öğrenme ve öğretme hürriyetini engelleyici eylemlerde bulunmak,
 - b) Disiplin soruşturmalarının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini engellemek,
 - c) Yükseköğretim kurumundan aldığı kendine hak sağlayan bir belgeyi başkasına vererek kullandırmak veya başkasına ait bir belgeyi kullanmak,
- ... vs. diye devam ediyor.

Burada bakın önemli husus şu: “*Öngörülmemiş Disiplin Suçları*” diye bir madde var, hukuk bakımından değerlendirilmesi gereken bir şey: “Yasaklanmış bir

fiilin benzeri bir şey olursa, suçta ve cezada kanunilik kapsamında bu cezalandırılabilir mi?”, “Yoksa cezalandırılmaz mı?” onu düzenlemiş ve “*Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma ve çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçları dışında, uyarma ve kınama cezası verilmesini gerektiren eylemlere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir.*” demiş. Bu; “yaptırım hukukuna aykırıdır, suçta ve cezada kanuniliğe aykırıdır, önceden belirlenmemiş disiplin eylemlerine yaptırım uygulanamaz” diye tartışılabilir; ama bunu böyle düzenlemiş, her eylemi sayması mümkün olmayacağından; mesela “Uyuşturucu kullanmak yasaktır.” dememiş ama “Alkol kullanmak yasaktır.” demiş ise ve uyuşturucu kullanmışsa acaba ceza verilir mi verilemez mi? Maddeye baktığımızda, uyuşturucu kullanmak da alkolle benzer bir etkiye yol açtığı için ceza verilebilir diyebiliriz.

Her üniversitede herkes ayrı ayrı ceza tayin etmesin, herkes ayrı ayrı değerlendirmesin, farklı yaptırımlar uygulanmasın, bütün üniversite öğrencileri için bütün üniversitelerde aynı nitelikte bir hukuki zemin oluşsun diye bu düzenleme yapılmış. Böylelikle de; genel olarak düzenlenmiş. Bu esasında 1985 tarihli olan yönetmeliği kaldırıyor; ama siz onun yapıldığı tarihte öğrenci olmasanız bile şimdi öğrenci iken ona tâbisiniz. Dolayısıyla; bu genel düzenleyici işlem, *tıpkı bir sahneyi aydınlatan ışık gibi*, -Lütfi Duran bu örneği veriyor- o ışığın altına girenleri aydınlatıyor, kişiyi takip etmiyor, belli bir yeri aydınlatıyor, o yere kim girerse o statünün kapsamına giriyor. İşte gördüğünüz gibi (yönetmelik) metni; kanunlar gibi, maddeler şeklinde, madde başlıkları var, bunun hukuki bakımdan doğurganlığı ortada, genelliği ortada olan bir genel düzenleyici işlem.

Bir başka örnek olarak: *Milli Emlak Genel Tebliği*’ne bakarsak buna adsız düzenleyici işlem deniliyor. Niçin? Tüzük veya yönetmelik değil. Bu da mülkiyeti kamuya geçirilen canlı hayvan ve ürünlerinin tasfiyesi ile ilgili. Mülkiyeti kamuya nasıl geçiriliyor? Müsadere ile geçiriliyor, kaçak hayvanlara el koyma ile geçiriliyor. İdare onları besleyecek değil, ama ne yapacak?, bunları düzenliyor. Genelgenin altında “Bakan a.” yazıyor, “Bakan adına” demek. Bakan adına bunu genel müdür vermiş, dağıtımda valiliklere gönderiliyor. Böylelikle; tüm valilikler genelge çerçevesinde aynı muameleyi yapıyor. Böylelikle; genel düzenleyici işlemin işlevi yerine geliyor.

Aynı şey *Zabıta Yönetmeliği*’nde de var: işportacıları, seyyar satıcıları yakaladıkları zaman para cezası vermenin dışında mallarını ellerinden alıyorlar ve tartışılabilir bir uygulama olarak bozulabilecek bir mal ise idare bunları satıyor. Mesela; şeftali satanın malını elinden alıyorlar; ama ne olacak depoda mı duracak? Bunu belirlemeye yarıyor.

Şimdi işlemlerin başka unsurlarını göstereceğiz:

İradenin Sayısı Bakımından İdari İşlemler

İşlemler, tek yanlıdır. Bu tek yanlı işlemlerin bazen 1 tane yaparı vardır, bazen 100 tane yaparı vardır; ama bu yine de “bir” işlemdir. 100 tane yaparı olan işleme **kolejyal işlem** deniliyor, *kurul halinde verilen işlemler*. Buradaki ayırımın amacı şu;

mesela hukuk fakültesi dekanı uyarma ve kınama cezalarını vermeye yetkili disiplin amiridir. Hukuk fakültesi dekanı olarak o makamı dolduran kişi, kendi imzası ile bir uyarma cezası verebilir ve hukuki durumu etkiler. Ama Belediye meclisi, 100 kişiden de oluşsa, 100 kişiden belli bir çoğunluğun, belli yönde oy kullanması ile bir karar çıkıyor. Sonuçta ikisi de “bir”(tek) karardır; ama birinde bir kişinin iradesi yeterlidir, diğerinde ise 100 kişinin toplandığı bir ortamda çoğunluğun belli yönde irade açıklaması gerekmektedir. Dikkat ederseniz 100 kişi birbiri ile farklı oylar da kullansa, esasında aynı yönde bir sonuca doğru giden işlemi tesis ediyorlar. *İşlemin karar mercisinin kaç kişiden oluştuğu önemli değil; işlemin dışarıya “bir” olarak çıkması önemli.*

Bazı işlemler, **zincirleme** yapılıyor, bazı işlemler de **birleşme** şeklinde yapılıyor. Nasıl? Örnek vermek gerekirse; bir öğretim üyesinin meslekten çıkartılmasına ilişkin bir prosedür başladı diyelim. Bu kamu görevlisinin tâbi olduğu fakültede bir karar alınıyor. Bu karar alındıktan sonra, bir işlem yapılıyor, yani ilgili fakülte bakıyor ve bunun meslekten çıkarma cezasını gerektirecek bir nitelikte olduğunu görüyor; fakat karar vermek yetkisi kendisinde değil, bunu üniversiteye gönderiyor. Üniversite disiplin kurulu, bu konuda bir değerlendirme yapıyor, meslekten çıkarmadan daha hafif bir cezayı gerekiyorsa, o cezayı veriyor; ama meslekten çıkarmayı gerektiriyorsa, kendisi yetkili olmadığı için YÖK Yüksek Disiplin Kurulu’na gönderiyor. YÖK Yüksek Disiplin Kurulu da, değerlendirmeyi yaptıktan, savunmasını aldıktan ve avukat aracılığı ile de savunmasına imkan tanıdıktan sonra meslekten çıkarma cezası verebiliyor. (zincir işlem)

Dolayısıyla baktığımızda sonuçta esas mesele meslekten çıkarma ile sonuçlanan bir süreç; ama burada birbirini takip eden işlemler var. Arada kesilme ihtimali var, meslekten çıkartma değil, aylıktan kesmeyi gerektiriyor ise, üniversitede bitiyor. Meslekten çıkartma ithamı, ihtimali devam ediyor ise YÖK karar veriyor. Uyarma cezası gerekiyor ise, dekan veriyor. Aylıktan kesme, kademe ilerleme cezasını gerektiriyor ise üniversite disiplin kuruluna gidiyor. Meslekten çıkarmayı gerektiriyor ise YÖK Yüksek Disiplin Kurulu’na gidiyor.

Burada ne var? Birbirini takip eden hukuki muameleler var. Burada her birinde ayrı nitelikteki şeyler ama esas işlem dediğimiz şey bir bütün; parça parça gerçekleşmiş bir bütün. Yani; bazen parça parça şeyler birleşip bir bütün olup, o zaman bir bütün olarak değerlendirmek gerekebilir.

Bazen de müşterek kararnamelerde olduğu gibi; ayrı ayrı aynı yönde olması gereken hususlar gündeme geliyor. Mesela; yüksek dereceli memurları atayabilmek için. Kültür Bakanlığı’na müsteşar atayacaksınız. Kültür Bakanı, birisini belirliyor ve Başbakana sunuyor. Önce Kültür Bakanı karar veriyor, sonra Başbakana sunduğu için Başbakan karar veriyor ve imzalıyor, sonra Cumhurbaşkanı’na sunuluyor ve o da karar veriyor; sonuçta üçlü kararname ile ancak atanabiliyor. Kültür Bakanı “Ben atayacağım.” dese atayamıyor, diğer iki imzaya da gerek var. Cumhurbaşkanı “Ben atayacağım.” dese, diğerleri imzalamadığı zaman atayamıyor. Böylelikle 3 imza bir araya geliyor ve kendine göre önem verilen görevlere atamada 3 ayrı iradenin, 3 ayrı idari muameleyi aynı kapsamda, aynı içerikte **birleşmesi** isteniyor aynı sonucu doğurabilmesi için. (birleşme işlem)

Sadece bir makam yapmıyor; çünkü meslekten çıkarma cezası örneğinde bir güvence olsun diye YÖK Yüksek Disiplin Kurulu'na kadar gidiyor. Sadece rektörün hoşlanmadığı bir insan diye atılmasın ya da yerel baskılar nedeni ile infial doğuran bir şey yapmış olan güvencesiz kalmasın, bu giderek daha üst makamlara çıksın, birkaç makam bu konuda karar versin, ortak aklın süzgecinden geçsin, bir yanlışlık varsa filtrelerden birine takılsın, birisi o yanlışlığı fark etsin diye. Dolayısıyla; buradaki mantık, verilen öneme bağlı olarak bir işlemin yapımını farklı makamların iradelerine bağlamak ve sadece tek yetkili makamın iradesine bırakmamak.

Netice olarak; iktidarı bölerek, parçalayarak (fakat) zayıflatmadan farklı iradelerin katılması ile oluşturmak, o zaman da bazı işlemleri **birleşme işlem** yapacaksınız, bazı işlemleri birbirini takip eden **zincirleme işlem** yapacaksınız, tek işlemle iş bitmeyecek. O yapacak, sonra öbürü yapacak, sonra öbürü yapacak, diğeri de yapacak ve işlem tekemmül edecek ve bir olacak. Veya o ayrı bir işlem bir taraftan getirecek, bu bir taraftan ayrı bir işlem getirecek, diğeri getirecek ve orta noktada birleşecek ve bir olacaklar. Ya birbirini takiben zincir halinde gidecek ve sonra bir olacak ya da sonuçta farklı yerlerden gelip bir olacak. Birisi 3 ayrı yerden geliyor ve birleşiyor, diğeri ise birbirini takip ediyor. Birleşenlerde, bir öncekine ihtiyaç yok, üçü de ayrı yerden geliyor bir önceki olmadan. Halbuki; zincir işlemde birisinin işlem yapmasından sonra diğeri devreye giriyor ve o, onun işlemi üzerine bir şey yapıyor, sonuçta bir bütün meydana geliyor. İster birleşsin, ister zincir olarak gelsin sonuçta bir işlemin ortaya çıkışının anlaşılma noktalarından birisi.

Niye bazı işlemler böyle? Biraz önce söylediğim gibi hukuk devleti fikri, farklı iradelerin katılarak tek işlemin ortaya çıkmasını sağlamak istemiş, kolejyal hale getirmiş. Uyarma ve kınama cezalarını ufak görmüş, disiplin amiri olarak dekana imkanı vermiş. Aylıktan kesmeyi ağır görmüş, “Ancak dekanın da içinde bulunduğu disiplin kurulu verir.” demiş. Meslekten çıkarma cezasını en ağır görmüş ve “YÖK Yüksek Disiplin Kurulu'nda olacak.” demiş.

İdari İşlemler Devamı...

Meslek hayatınız boyunca kullanabileceğiniz önemli bir konuyu anlatıyoruz, anlatmaya devam edeceğiz.

Hukuki muamelelerden işlemleri anlatıyoruz. İşlemler konusunun taşıyıcı bir kavram olduğuna değindik, bu taşıyıcı kavramla ilgili açıklamalarda bulunuyoruz ve işlemleri çeşitli boyutları ile döne döne anlatıyoruz. İşlemleri çeşitli boyutları ile anlatanlar arasında Kemal Gözler var, Celal Erkut'un Danıştay'dan basılmış tezi var. Siz de değişik yerlerden bakabilirsiniz. Biz, kitaplarda anlatılan her tasnifi de kullanmadığımızı özellikle belirttik. Hangi tasnifleri kullanıyoruz? Hangi tanıtıcı unsurları kullanıyoruz? Hangi ayrımları kullanıyoruz? Hukuki sonucu daha fazla ve etkili olanları kullanıyoruz. Yani; bu ayrıma bir sonuç bağlandığı takdirde ayrımı esas alıyoruz. Birkaç açıdan böyle çeşitli ayrımlar yaptık. Organik açıdan ayrım dediğimiz zaman idari işlemi yapan hangi organ onu soruyor; çünkü idari işlemi yapabilen idari işleve sahip başka organlar da ya da özel hukuk kişileri olabilir.

İlk soruş tarzı; Burada anlaşılması zor kısmı nasıl aştık?

Yasama da, yasama faaliyetinin dışında idari işleme ilişkin bir hukuki muamele yaptığında idari işlem yapabilir. Yasamada bu çok tartışılıyor: Tezkereler bir idari işlem midir? Meclis başkanlığı seçimi bir idari işlem midir? Yani yasamanın işlevi sadece kanun çıkarmak değil ki. Yasama işlevi kapsamında yapılan başka hukuki muameleler de olduğu kabul ediliyor. Öyleyse ; yasama işlemi dışında, yasama organının yaptığı yani idari işleve ilişkin yaptığı işlemler var.

İdari işlevi, yasama işlevi bakın bunları kullanıyoruz. Yargı organı var, yasama organı var, yargı işlevi var, yasama işlevi var, idari işlev var. **İdare olarak mutlaka idari işlev yapmaz**, yasama organı sadece yasama işlevi yapmaz. Bu anlaşıldığı takdirde idare ile idari işlev arasındaki farkı netleştirmek için yapılanlardan birisidir. Birisi maddi anlamda tasniftir. Maddi anlamda da birel ve genel ayrımına değindik, buna ilişkin tasnifler yaptık. Yapan organ bakımından değerlendirdik. Kurul halinde verilen işlemler ve tek kişinin yaptığı işlemlerdir.

Bunların özelliği: Her halükarda “tek” irade açıklaması olmasıdır. Kurul halinde verilen işlemler ve bir kişi tarafından yapılan işlemlerdir. Kolejyal işlemler yani yapan organı belirlemek bakımından kullanılan bir terimdir. Bu da bir tasniftir.

Bunu anlatmak için, belediye meclisi de bir idari işlem yapıyor, belediye başkanı da bir idari işlem yapıyor. Bunların farkı nerede? Belediye başkanı, belediye başkanı makamını dolduran tek kişi olduğu için irade açıklaması bir işlem ama belediye meclisi belli bir sayıda toplanıyor, belli bir çoğunluk da aynı yönde oylarsa işlem tesis ediyor.

Dolayısıyla; birisinde diyelim ki 50 kişi var, diğerinde 1 kişi var; ama 50 kişinin yaptığı da “bir” işlem, tek kişinin yaptığı da “bir” işlem. Buradaki hukuki etki; o 50 kişinin toplanma yeter sayısı var mı? Karar yeter sayısı var mı? Aynı yönde karar çıkmış mı? Bunda bir sakatlık var mı? Buna ilişkin bakılacak. Tek kişi değilse, zaman bakımından yetkisine bakılacaktır. Yani işlemin yapılışındaki usul sakatlığı, uyulması gereken usul unsurları bakımından farklılık doğurabilecek bir ayrımdır. Buna kolejyal yani organ halinde, kurul halinde verilen kararlar deniliyor. Kurul halinde verilen kararlara ilişkin böyle ayrıntıya girdiğinizde bir sürü ilginç problem bulabiliriz. Mesela; bazı kurullarda çekimser oy kullanmak mümkün değil, bazı kurullarda tek sayı olmadığı için eşit olduğu takdirde hangi oylama geçerli olacak, bazı kurullarda ancak 3’te 2 çoğunlukla karar alınabiliyor, bazı kurullarda yarıdan 1 fazlası olması gerekir kuralı var. Dolayısıyla; kurulun toplanması, toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısı gibi hususları denetlemeye imkan veriyor, işlemin bir kolejyal işlem olduğuna bakıldığı takdirde. Onun dışında bir hukuki etkisi yok. Bunlara ilişkin size yargı kararları gösterdik, işlem örnekleri gösterdik. **Böylelikle, işlemlerin birkaç yönü ile görünümünü izlediniz.**

Şimdi ise; içeriğine gireceğiz ama içeriğine girerken etrafında dönmeyi sürdürüyoruz.

Etrafında dönerek, daha fazla tanıma unsuru elde etmeye çalışıyoruz. Bahsettiğim kitaplara bakarsanız da bu temel bilgiler çerçevesinde çeşitli ayrımlar görürsünüz. Maddi işlemlerde genel işlemler ve birel (Kemal Gözler buna bireysel

diyor) işlemler ve karma işlem ihtimalleri var. Genelin kendi içinde; genel düzenleyici işlemler ve genel karar, özelin de kendi içinde birel koşul ve birel öznel ihtimalleri var.

Bu ikinci aşamaya da geldiğimizde önümüzde 5 tane ihtimal vardır. Yani; ilk boyutta genel, birel, karma; ikinci boyutta genel düzenleyici işlem, genel karar, birel koşul işlem, birel öznel işlem ve karma işlemdir. Kitaplarda yazdığı, sınavlarda sorulduğu için bunların biraz daha içine gireceğiz ve sonra işlem konusunu irdelemeye devam edeceğiz.

Genel düzenleyici işlemi biraz anlatmaya çalıştık, en önemli noktası olarak **doğurganlığını** ortaya koyduk.

Yani; kendisine dayanılarak başka işlemler yapılıyor, kendisinden kaynaklanan işlemler yapılıyor. Genel düzenleyici işlemler, **statüler** oluşturuyor ve bu statülere dayanılarak da işlemler yapılıyor. Yani; genel düzenleyici işlem sadece bir yeri aydınlatıyor, bunun içine girenlere de çeşitli işlemler yapılıyor. Öğrenci disiplin yönetmeliğini verdik, bu disiplin yönetmeliği çerçevesinde ihlal iddiasıyla birçok kimse disiplin soruşturmasına uğruyor, kimisi ceza alıyor, kimisi almıyor ve burada işlemler doğuyor, disiplin cezaları doğuyor, buna dayanılarak işlemler yapılıyor. Öyle ise (genel düzenleyici işlemler), bir alanın statüsünü oluşturan, genel kurallarını koyan, niteliği dolayısıyla bir alanı kapsayan, onun hukuki altyapısını oluşturan işlemlerdir. Genel kararların ise, genelliği var, ama **doğurganlığı yok**. Gayri şahsiliği var, yani kişiye yönelik değil, somut bir konusu yok, somut bir nesneye yönelik yok, gayri şahsi olarak kapsadıklarına -etkilediklerine değil- yönelik, **doğurmayan, uygulanmakla tüklenen** hukuki sonuçlar doğuruyor. Bunun her sene verilen klasik bir örneği var, onu size vermiştik çok da açıklayıcı bir örnek tekrar değerlendirmenize sunalım. Okulların kar yağışı sebebi ile 1 gün tatil edilmesi genel karar. Bütün okullar, yani okulları tek tek saymıyor, konusu genel, özel ve resmi okullar, bunu belirliyor genelliği sağlayan bu, gayri şahsi, somut bir arsaya, somut bir yola, somut bir nesneye yönelik değil; o il sınırları içindeki bütün okullar; ama doğurgan değil ve uygulanınca bitiyor. Bu nasıl bir genel düzenleyici işlem olabilirdi? Valilere hava durumuna dayanılarak okulları tatil etme yetkisini veren bir yönetmelik düzenlenmiş olsaydı, bu bir genel düzenleyici işlem olacaktı. Aynı konuda gibi gözüküyor, fakat sadece 1 gün tatil için değil meteorolojik unsurlar gerektirdiği her zaman tatil imkanı veren bir doğurganlığı olduğu için. O zaman; vali yazın da kışın da meteoroloji durumlarına göre okulları tatil edebilirdi. Halbuki 10 Aralık'ta okulun tatil edilmesi demek, içi dolu, gayri şahsi, ama uygulanmakla biten bir işlem; diğerinde ise, her ayrı gün farklı bir işlem gündeme gelebilecek gibi, doğurgan. Diğer gayri şahsi ama doğurgan değildir.

Birel İşlem

Şimdi birel işlemlere gelem. sonra karmayı anlatacağız, sonra da arada işlemlere ilişkin bir açıklama yapacağız. Özellikle bunlara Kemal Gözler değiniyor, Fransız hukukundan yola çıkarak ara işlemler diye bir değerlendirme yapıyor “décisions d'espece” diye.

Birel Koşul İşlem

Şimdi koşul işlemdeyiz. Koşul ve öznel diye bir ayrım var. Bunun özellikle öznel kısmının anlaşılması zor bir alandır. Çeşitli sınavlarda gündeme getiriliyor. Sizin sınavınızı ben yapmayacağım için sınavlarda daha çok çıkan şeyleri de söyleyeyim diyorum ki, bu noktada sizi teçhizatsız bırakmayalım. Koşul işlem -eskiden şart işlem de deniliyordu-, bir işlemin sonuçlarını kendisi belirlemiyor, bir işlemin bütün sonuçlarını belirleyen genel düzenleyici işlemler içine dahil ediyor veya çıkartıyor. O işlemin hukuki sonuçlarını belirleyen, birel işlemin dahil ettiği alan. Yani; disiplin cezasının sonuçlarını, disiplin cezası işlemi belirlemiyor. Sadece “Disiplin cezası aldınız.” diyor. Size “Disiplin cezası aldınız.” deyince siz disiplin cezası almamışlar kategorisinden çıkıyorsunuz, disiplin cezası almışlar kategorisine giriyorsunuz. Sizi sadece, “disiplin cezası olmayanlardan” “olanlar” kısmına dahil ediyor. İşlem sadece disiplin cezası aldığınıza dair. Ama; disiplin cezası alınca bursunuz mu kesiliyor, sınıfta kalmanıza mı yol açıyor, hâkim savcı olmanıza mı engel açıyor, tekrardan ötürü daha sonra işlediğiniz bir fiil dolayısı ile o fiilin disiplin cezasının artmasına yol açan bir ilk ceza olarak bir işlev mi görüyor...Bunların hepsi yönetmelikte var. Yani; genel düzenleyici işlemde var. Kendi içinde şöyle bir işlem yapmıyor; “Disiplin cezası aldınız, bu disiplin cezası nedeniyle hakim ve savcı olamazsınız. Bu disiplin cezası sebebi ile ara sınavlara giremeyeceksiniz. Bu disiplin cezası nedeniyle kopya çektiğiniz sınavdaki sınav geçersiz sayılmıştır.” vs. şeklinde tek tek bütün her şeyi yazmıyor; sizi sadece disiplin cezası alma statüsüne dahil ediyor. Bunun sonuçları, o dahil edilen yeri düzenleyen genel düzenleyici işlemlerle belirlenmiştir.

O yüzden buna koşul deniliyor, belli bir koşullar şışesinin içine atıyor. Orada siz o koşullar ne ise, siz onun rengine boyanıyorsunuz.

Dolayısıyla; sizi sadece o statüden o statüye koyuyor, ama bir sürü de hukuki durumu belirliyor.

Pasaport aldığınızda nereye gideceğinizi belirlemiyor, ama pasaport aldığınızda pasaport sahibi Türk vatandaşı olarak bir statüye giriyorsunuz, o statü çerçevesinde bazı ülkelere vizeli gidiyorsunuz, bazı ülkelere vizesiz gidiyorsunuz, pasaportun geçerlilik tarihi sebebiyle çeşitli hukuki unsurlar oluyor, pasaportu kullanarak kimliğinizi belirleyici bir işlev görüyor, pasaportunuzla başka kimliğiniz olmasa bile gittiğiniz yerde evlenme vs. gibi hukuki muameleler yapıyorsunuz, yurtdışında pasaportunuzu ibraz ederek konsolosluklar nezdinde dava açabiliyorsunuz.

Ya da öğrenci pasosunu ele alalım. Bu pasoya İETT de indirim yapıyor, Marmaray da indirim yapıyor, şehir hatları da indirim yapıyor, belki THY da indirim yapacak, belki Eskişehir’e gittiğinizde Eskişehir belediyesi “Herhangi bir belediyeden indirimli kart almış olana ben de indirim yapıyorum.” diye bir düzenleme yapacak ve ona tâbi olacaksınız. Bunların hiçbirisi sizin işleminizde yazmıyor. İstanbul Büyükşehir Belediyesi’nden sadece indirimli öğrenci kartı almış olmakla, buna bağlanan bir sürü sonuca ilişkin lehte ya da aleyhte unsurlara tâbi oluyorsunuz. Ne oluyor? Sizi bu işlemle bir statüden bir statüye dahil ediyor, yani genel düzenleyici işlemlerin belirlediği alana dahil ediyor sizi veya o alandan çıkartıyor.

Buna **birel koşul** deniliyor. Yani; koşulu kendisinde, ama hukuki sonuçları içine girdiği alandadır. Sonuçlarını ve bütün hukuki unsurlarını kendisi belirlemiyor. Sadece oradan oraya dahil ediyor. Hukuk fakültesi öğrencisi yapıyor, hukuk fakültesi mezunu yapıyor, pasaport sahibi yapıyor, iş yeri açma izni sahibi oluyorsunuz. Bazen de talepler reddedildiğinde de benzer durumun olduğu kabul ediliyor: Pasaport talebinizi kabul ettiğinde de bir statüye giriyorsunuz, pasaport talebini reddetmek sureti ile sizi aynı statüde tutarak da bir statüye dahil etmiş oluyor.

Pasaport talebi reddedilmiş olanlar statüsüne giriyorsunuz. Hayatta hep böyle genel düzenleyici işlemlerle belirlenmiş statüler arasında dolaşıyoruz. İdarenin mensupları da böyle statüler arasında dolaşılıyor. Ben devlet memuru olarak bir statüdeyim, öğretim görevlisi olarak bir statüdeyim, başka unsurlar nedeni ile çeşitli statülerdeyim ve bu statülerin verdiği çeşitli imkanlar ve çeşitli yükümlülükler var. Bu imkânlar, yükümlülükler çerçevesinde gündeme geliyor.

Mesela; YÖK'ün yaptığı bilirkişilik görevlendirmesine bir meslektaşım hakkında olduğu için karşı çıkmıştım. "Görevlendirme yetkiniz yok." diye hukuki süreç başlattım, sonuçta onların söylediği haklı çıktı, çünkü mevzuata göre size hem tâbi olduğunuz üniversitenin hem de YÖK'ün kanunlara aykırı olmamak üzere görev verebileceğine ilişkin bir düzenleme var. "Benim ne alakam var, benim başka işlerim var, zaten insanları yargılamak istemediğim için hakim olmadım. Niye böyle bir külfeti kabul edeyim? Hem bir külfet, hem aynı zamanda hoş olmayan bir iş." diyebilirsiniz; ama sonra statünüze bakıyorsunuz, statünüzün bir üniversitenin mensubu öğretim üyesi olarak YÖK tarafından böyle bir görev verilebilecek insan statüsünde olduğunuzu gördüğünüz zaman bu sefer statünüzün hukuki sonuçları işliyor, görevi yapmazsanız ya da gereği gibi yapmazsanız bu sefer sizin hakkınızda disiplin süreci başlıyor.

Bu sadece sizin sıfatınıza bağlı, içine girdiğiniz hukuki ortamın sonuçlarıdır. Yani kişi, statüsüne bağlı sonuçları "Acaba ben bunu yapmak durumunda mıyım?" diye hukukçu olarak düşündüğünde, araştırdığında bulabiliyor.

Zincirleme bir sürü sonucu var. Sadece elinize aldığınız bir işle sınırlı değil statünüz. İşte; insanları oradan oraya sürükleyen, derinliği bilinmeyen statüler içine dahil eden, farklı hukuki ortamlarda dolaştıran, hukuki durumunu belirleyen işlem birel koşul işlemidir.

Ama dikkat edin, bunu belirleyen işlemin kendisi değil; (birel) işlem sadece bir statüye atıyor, belirleyen genel düzenleyici işlemler; kanunlar, anayasa, yönetmelikler, genelgeler, tamimler, tüzükler, o statüyü düzenleyen ne varsa onun düzenlediği alana atıyor.

Dolayısıyla; siz birel koşul işlemler ile halden hale gönderiliyorsunuz, çevriliyorsunuz.

Tekrar ediyorum: işlemin kendisi sadece sizi bir statüye dahil ediyor, unsurları belirlemiyor, size yönelik bir şey belirlemiyor. Mesela; "Sizi öğretim üyesi olarak atıyoruz, fakat yaptığımız görüşmeler neticesinde hiçbir disiplin işi ile uğraşmayacaksınız." şeklinde bir statü belirleyemiyor size, belirleyebilse **öznelliğe** gidilir. Siz öğretim üyelerine ne gibi görevleri varsa, öğretim üyelerine nerelerden görev verilebiliyorsa, öğretim üyelerinin ne yapması gerekiyorsa; öğretim üyesi

olduğunuz andan itibaren onu yapmakla karşı karşıya kalıyorsunuz. Sizi öğretim üyesi yapan işlem bunu belirlemiyor. Öğretim üyeliği statüsünün sonucu bunu belirliyor. **Dolayısıyla; kendisi belirlemeyen, ama belirleyen alanlara atan işlemlere birel koşul deniliyor.**

Birel Öznel İşlem

Birel öznel işlem ise koşul işlemin tam tersi, çok az sayıda var. Kendisi belirlediği zaman var. Nasıl kendisi belirlediği zaman? Birel koşul getiriyor ve buradaki bütün rejimin içine atıyor. Birel öznelde şöyle; hem koşulluk var hem de ucunda kendine özgü bir hukuki rejim var. Öznelliği sağlayan ne? Diğer genel statünün getirdikleri dışında, kişiye özgü belirlenmiş bir kısım var. Bunun örnekleri çok fazla yok. Örnekleri konusunda da tartışmalar oluyor. Mesela; tartışmalı olsa bile şöyle bir örnek verilebilir: yılda 50.000 TL kazanan bir insanı düşünelim. Yılda 50.000 TL kazanan herkes, aynı vergiyi vermiyor. Niçin vermiyor? Şimdi 50.000 TL kazanan normal ticarethane sahipleri için diyelim ki %20 vergi matrahı var ve bunlar kazandıklarının %20'si kadar vergi veriyor, 50.000 TL kazandı ise, 10.000 TL vergi veriyor. Ama bazı mesleklerde, o meslekleri yapanlar için bir indirim oluyor, bazen de kişinin özellikleri nedeni ile indirim oluyor. Mesela; su parasında doğurganlığı teşvik etmek için öyle bir şey var: “6 çocuğu olandan su parası alınmayacak.”, “5 çocuğu olandan şöyle yapılacak.” diye. Bazen de; insanların çeşitli özellikleri nedeni ile teşvikleri oluyor. Bu o zaman onlara özgü unsurları da işin içine katarak, kişisel özellikleri de işin içine katarak, yani yaptığı faaliyetin niteliği, hem statüden gelen indirimler, hem de kişisel özellikler nedeni ile belirleniyor ise o zaman birel öznel oluyor.

Mesela şu konuda olabilir mi diye ele alalım: Aynı disiplin fiiline katılanlardan hepsi aynı cezayı almıyor. Niçin? Mesela birisi kopya çekmekten ötürü 1 hafta uzaklaştırma cezası alıyor, diğer 1 ay alıyor. Niçin? Çünkü; 1 ay alan daha önce bir kere daha kopya çekmiş, tekrerrüden ötürü alıyor. Baktığımızda ikisi de aynı fiilin paylaştanı. Buna birel öznel denilmiyor; çünkü bu statünün getirdiği bir şey tekrerrür fiili. Kişinin özelliğinden kaynaklanan bir şey olursa (öznel olur). Özelliğinden kaynaklanan bir şey nasıl olabilir? Mesela; birisi yanındaki ile konuşmuştur, diğer özel olarak kopya hazırlamıştır, ince uçlu kalemle yazmıştır, kalemin içine yazmıştır, kopyayı içinde rahat bulabilmek için fihrist hazırlamıştır veya telsizle kopya çekmek için tertibat hazırlamıştır, eline anten özelliği sağlasın diye bakır kablo sarmıştır, saçını uzatmıştır, kulağından kulaklığı getirmiş, sorular nereden atılacak nereden kim cevap yazacak bunları belirlemiştir. Bunun özellikleri bu kadar çalışmanın karşılığı olarak özel bir cezayı gerektiriyor. Kişisel özelliklerinden ötürü bunun cezası -statü dolayısı ile değil- kopya çekmek için gösterdiği iradedeki devamlılıktır. Unuttuğu bir şeyi söyleyen bir kişinin davranışı başka, bağıran çağırın ve “Benim sınıfımda kimse kopya çekemez.” diyen bir hocayı protesto etmek için kopya çekmek başka -niyet başka çünkü sınıfı geçmek için değil, bir çeşit sessiz protesto için-, hazırlanarak kopya çekmek başka, tamamen organize bir biçimde kopya çekmek başka. Bu kişilerin

belirleyici nitelikte unsurlarını belirleyen hususlar var ise, kişiye özel. Yani; statüden artık çıkan, kişiye özel bir nokta var.

Böyle ilginç bir Danıştay kararı var. Bir idare hukukçusu, -herhalde bir psikolojik rahatsızlık nedeni ile- girdiği kütüphanelerde Conseil d'État kararlarından beğendiklerini jiletle kesip alıyormuş. Bir müddet sonra bu fark edilmiş, girdikten sonra 1800'lerden kalma kitapların birkaç sayfası yok. Buna disiplin cezası vermelerine rağmen birkaç kere daha tekrar etmiş. Sonuçta kamu malı zarar görüyor, bunun üzerine kütüphaneye girmesi yasaklanmış. O da idare hukukçusu olduğu için dava açmış "Böyle bir şey olamaz, statüde böyle bir şey yok." diye. Danıştay da; "Her ne kadar disiplin yönetmeliğinde böyle bir ceza yoksa da kamu malı için devamlı bir tehdit oluşturduğu ortaya çıktığından kütüphanelere girmesinin yasaklanmasında hukuka aykırılık yoktur." demiş. Dikkat ederseniz sadece ona özgü önel bir işlem.

Tamamen ona özgü dikkat ederseniz. Ne oluyor? Sadece disiplin cezası almıyor, adamın kütüphanelere girmesi yasaklanıyor. Adama özgü bir şeydir. Bu o zaman önel oluyor. Önel zaten adı üzerinde ona özgü bir şey, ona özgü bir düzenleme. Ona özgü düzenlemenin önel işlem olabilmesi için kanunlarda yönetmeliklerde öngörülmüş tekerrür gibi ağırlaştırıcı cezalar dışında, özelliğinden kaynaklanan tamamen kendine özgü bir alan oluşturması gerekir.

Tamamen kendine özgü bir alan oluşturduğunda koşulluk dışında bir de öznellik oluşturmuş olur. Yani; bu, genel düzenleyici işlem içinde bir ada gibidir, sadece ona özgü bir hukuki ada. Dolayısıyla; örneğimize baktığımızda disiplin cezası alanların statüsüne tâbi olduğu gibi, bir de sadece ona özgü kütüphanelere girme yasağı var. Yani; "önel" de böyle tarif ediliyor. Aynı zamanda koşul. Ama koşulluk dışında ne var? Bir statüye atıyor, ama bir de kendine özgü düzenliyor. Bunun çok büyük bir hukuki sonucu olmadığı için ben bu ayrımın üzerinde durmayı gerekli görmüyorum. Çünkü; ister önel olsun, ister koşul olsun mahkeme değişmiyor, ilgili değişmiyor, sadece hukuki denetim yaparken önel işlemin yapılmasına yetki veren bir hukuki zemin var mı buna bakılmasını gerektiriyor. Yetkisizlik asıl olduğu için bunu yapmamak gerekiyor; ama idare hukukçusu örneğinde Danıştay bunu haklı görmüş.

Karma İşlem

Karma işlem denilen kısmın en önemli görünümü imar planıdır. Karma işleme farklı anlamlar verenler de var, ama imar planını anlattığımda bana hak vereceksiniz diye düşünüyorum. İmar planları belli bir bölgeyi genel olarak düzenliyor; ayrıca imar planlarında her parsel, her cm² yerin de işlevi düzenleniyor. Yani; bir imar planına baktığımızda genellik var, bir gayri şahsılık var; çünkü bütün alanı düzenliyor. Ama bir yandan da baktığımızda sizin parselinize ilişkin bir düzenleme de yapıyor. TAKS diyor, KAKS diyor, emsal diyor veya h diyor ve düzenliyor. Bu düzenleme ile parsel olarak birel koşul olarak sizin parselinizi belirliyor. Mesela yeşil alana sokuyor, 4 katlı inşaat alanına sokuyor, size gökdelen yapma izni veriyor yani birel kısmı var; ama bir de bütün alanı düzenleyen genel kısmı var. Böyle işlemlere deniliyor ki; "içinde hem genel özelliği var hem birel özelliği var buna karma demek gerekir" deniyor.

Bunların özelliği nedir? -4. sınıfta göreceksiniz- Özellikle birel ve genel fark ediyor: Bakacak yargı merciini değiştiriyor birel ya da genel olması. Genel düzenleyici işlemlerde yargı mercii değişebiliyor. O yüzden de şimdi hangi yargı mercii görecek meselesine girmiyoruz. Ama bunu bilmenin bir hukuki sonucu var. Öyle ise; tekrar edersek, size yaptığımız ayrımların az veya çok bir hukuki sonucu var. Bu ayrımlar sadece teorik olarak dersi anlatmak için değil; bu konunun sonucu olduğu için. Bunun dışında konuyu anlamak için başka yerlerde, kitaplarda yapılan ayrımlara da bakabilirsiniz ve bakmanız da iyi olur. Karıştırmamak için çok yoğunlaştırmıyoruz.

Ara İşlemler

Şimdi Kemal Gözler'in de değindiği ara işlemler kısmına gelelim. Bu Fransız doktrininin ortaya çıkarttığı bir husustur. Ara işlemler orada daha çok tartışılıyor. Bazı konularda karar verilemiyor. Türk hukukunda da karar verilemiyor ama; karar verilemediği zaman biz çok dert etmeden geçiyoruz.

Bu ara işlemlerin özelliği, genel mi birel mi olduğunda tereddüt edilen işlemler olması hususundadır. Mesela; Süleymaniye bölgesini sit alanı ilan ediyorsunuz. Süleymaniye bölgesi sit alanı ilan edildiği zaman bu genel mi birel mi problemini çıkıyor. Niye bu problem ortaya çıkıyor? Süleymaniye bölgesi baktığımızda bir bölge, birel gibi gözüküyor; ama Süleymaniye bölgesi dediğimiz zaman da içinde onlarca sokak ve onlarca ev var. Hepsinin hukuki statüsünü etkiliyor. Birel mi? Neye göre bakacağız? İşlemin neresinde durup ona bakacağız? Eğer işlemin karşısında durup Süleymaniye diye bakarsak birel, Süleymaniye kısmında durup içeriye doğru bakarsak da yüzlerce parseli etkilediği için geneldir. Bunun içinden çıkılmadığı için ara işlem deniliyor, "İster öyle say, ister böyle say." gibi. Bunun başka örneklerini Kemal Gözler veriyordu.

Mesela trafik levhaları var. **İşlemler mutlaka yazılı değil gösterici de olabilir.** Işıklar da bir işlem, kırmızısı var, yeşili var ve hepsi gözüküyor. Yeşil yanması demek, acaba gösterici işlem olarak birel bir işlem mi yoksa genel mi? Çünkü trafikte bekleyen veya gelip geçen bütün araçlara "Geç" diyor, kırmızıda da bütün araçlara "Dur" diyor.

Eğer; etkisi açısından bakarsanız genel, ama karşıdan bakarsanız "Dur" diyor veya "Geç" diyor, sadece hukuki durum bakımından bir düzenleme yapıyor.

Trafik polisinin jestleri ile işlemler yapılabilir. Buna da jestle yapılan işlemler deniliyor. Bu da bir idari işlem sayılıyor.

Bunun sonucunda bir zarar meydana geldiğinde idarenin sorumluluğu var. "Yol ver", "Dur" gibi levhaların hepsi birer idari işlem. Ama genel düzenleyici işlem mi? Yoksa birel koşullu işlem mi? Doktrin bunun içinden çıkamadı, belki siz henüz fazla idare hukuku okumamış berrak zihinler olarak çok rahat ve mantıklı açıklamalarla bunu çözebilirsiniz. Bence idare hukukunun güzelliği burada. Yıllarca uğraşanların çözemediği bir problemi, yeni uğraşmaya başlayanların çözme ihtimali her zaman var.

Medeni hukukta böyle bir ihtimal yok, ticaret hukukunda böyle bir ihtimal yok; çünkü idare hukukunda üzerinde düşündükçe batağa saplanıyorsunuz, çalıştıkça iş karmaşıklaşıyor. Hareket ettiği için, diğerleri ise sabit. Hareket eden bir alanda siz onun hareketini yakalayamazsanız, başınız dönüyor veya çok yakından siz de onunla

hareket ederseniz, onun her dönüşünde başınız dönüyor; ama belli bir mesafeden sabit bir noktadan bakmayı sağlarsanız netleştiriyorsunuz. Hukuktaki en büyük başarı, zihin berraklığı ile netleştirmek, hukuki durumun teşhisini koyabilmektir. Bunun içinden çıkılamadı: ara işlemler denilerek çıkıldı. Kimisi genel nitelikteki işlemler dedi, genel düzenleyici işlem dedi; çünkü burada kavşakta yol ver işareti herkesi etkileyen bir işlem, adeta etkilemesine bakıldı.

Dolayısıyla; o “herkesi etkilemek” işin kriteri midir? Yoksa konusu mudur?

Burada kimisi de dedi ki, “Bu konudur, yolun bu kısmına gelen bu işaret kısmında durması buradaki yolun dahil edildiği statü nedeniyledir, yoksa herkese etkili olması nedeni ile değil. Yolun bu kısmını park edilmez alan olarak belirliyor, bu yola ilişkindir, bireldir, sadece yolun o kısmına ilişkindir, başkalarını etkilemesi bunu genel hale getirmez. Yolun o statüsünü belirliyor sadece”. Diyelim ki, sizin başarılı bir meslek hayatına girip çok para kazanmanız eşinizi dostunuzu, yemek ısmarlayacaklarınızı, arkadaşlarınızı, akrabalarınızı, borç para verecekleri ve daha birçok kimseyi etkiler. Ona bakarak sizin bir mesleğe girmenize genel nitelikte bakılamaz diye vulgarize etmek lazım. Bazen anlaşabilmek için, olmayacak ihtimallere, kötü örneklere götürüp mantıklı cevap verip vermediğini denemek de bir yöntem. Burada birellik niteliği mi genellik niteliğinde mi karar verilemedi.

Şimdi de işlemlerin bir başka unsuruna gelelim.

Karma işlemi anlatırken size şunu da söyledik: işlemlerin hepsi yazılı olmaz, sözlü olabilir, jestlerle yapılan işlemler olabilir, levhalarla gösterilen işlemler olabilir. Ama; bu işlemlere sonuç bağlamak lazım. “Bisiklet giremez.” işareti bu sonucu bağlayan nedir? Esasında bir genel düzenleyici işlemdir, Karayolları Trafik Yönetmeliği’nde trafik levhalarının ne anlama geldiğini belirliyor. Esasında işlem düzenlemiyor bunu, bunu düzenleyen yönetmeliktir. Yani esasında bu işarete bağlanan sonuç, yönetmeliktedir. Bu işaret başka bir işaret şeklinde de değiştirilebilirdi.

O zaman bunu belirleyen, bunu düzenleyen belirleyen işaret mi olurdu? Hayır. Bunu düzenleyen bu işarete hukuki sonuç bağlayan yönetmelikte, genel olan yönetmeliktir. Kırmızı ışıktaki geçilmezlik niteliğini kırmızı ışık sağlamıyor, kırmızı ışık yönetmelikte kırmızı ışıkta geçilmez, durulması gerektiğini gösteren bir hukuki durumun gösterici niteliğinde, somutlaşmış alanı oluyor.

Orada bir trafik ışığı konulmakla, orada yanıp sönmeyle, belli bir alanda geçilmez mesajını vermekle yerine getiriyor. Esasında bunun hukuki sonucunu bağlayan yönetmeliktir. İleride bir gün, “Renk körü olanlar kırmızı ışığı göremiyor, renk körü olanların görebileceği başka bir renk ‘Dur’ işareti yerine geçsin.” denilebilir ve durmak bakımından kırmızı yerine başka bir ışık getirilebilir.

Dolayısıyla; bu ışığın kendisinden kaynaklanan bir hukuki sonuç değil; bu renge sonuç bağlayan genel düzenleyici işlemin, düzenlemesi nedeni ile belli bir yerdeki ışığın gösterici niteliğidir. O yüzden de birellik niteliği sanki ağır basıyor, genel düzenleyici işlem onun gerisinde, kendisi genel düzenleyici olmaktan ziyade bir genel düzenleyici işlemin somut bir yerde uygulanması gibi gözüküyor. Bunu gösterdik size. Yani; jestlerle olur, hareketlerle olur, renklerle olur, tabelalarla olur, sözlü olarak olur. Özellikle kolluk faaliyetlerinde %50’nin üzerinde sözlü emirler

vardır: “Müdahale et.” der, “Gaz kullan.” der, “Silah kullan.” der, “Müdahale etme.” der, “Fotoğrafını çek.” der. Dolayısıyla oradaki işlemlerin hiçbirisi esasında yazılı değil; sonrasında ispat problemi olmasın diye ses kaydı alınıyor olabilir, telsiz konuşmaları kayda alınıyor olabilir, emir tekrarı alınıyor olabilir. Mesela; askerlikte emir tekrarı diye bir şey vardır. Yanlış anlaşılmasın diye ast-üst arasındaki ilişkide emir mutlaka tekrar ettirilir. Ast emri yanlış anlamış olabilir, üst asta tekrar ettirir, böylelikle işlemde bir tereddüt olmaz.

İdari işlemleri farklı açılardan değerlendirmeye devam ediyoruz. İlk dersteki çeşitli ayrımları yaptık, şimdi idari işlemlerin bir boyutunu daha gösterip artık içeriğine geçeceğiz.

Zımnî idari işlemler

Zımnî, örtülü demektir. İdari işlemlerin şeklinin sadece yazılı olmadığını; idari işlemlerin sözlü olabileceğini, idari işlemlerin işaretlerle gösterilebileceğini, idari işlemlerin jestlerle gösterilebileceğini belirttik. Bunların üstüne bir de zımnî idari işlemler var. Bunlar nasıl idari işlemlerdir? İdareden bir talepte bulunduğunuzda, “idarenin bir şey yapması gerekirken yapmamasına irade açıklaması sonucunu bağlamaktır”. İdareden bir talepte bulunuyorsunuz, idare belli bir süre içinde cevap vermezse, o süre sonunda -düzenlemeye göre- ya talebinizi reddetmiş sayılıyor ya da kabul etmiş sayılıyorsa ortada zımnî bir işlem var demektir. İdare açıkça iradesini dile getirmiyor, jest ile, sözlü olarak veya yazılı olarak bir cevap vermiyor, iradesini açıklamıyor; ama sizin talebinizi susmakla cevaplandırmış sayılıyor. Susmakla cevaplandırmış sayılmasına ilişkin bir hukuki altyapı olduğunda buna zımnî deniliyor; çünkü idare bir şey söylemiş değil, bir hareket yapmış değil, ama susmasına sonuç bağlanmıştır. Mecelle’de de buna ilişkin hükümler vardır. Bizim hukukumuzda da buna ilişkin hükümler vardır. Temel mantık şöyledir: Susan bir kimseye irade yüklenemez; ama söz söylemesi gerekirken söylemeyen reddetmiş sayılacağına dair genel kabuller var, istisnai bazı durumlarda da susmanın kabul anlamına geldiğine ilişkin düzenlemeler var.

Örneklerle gidelim.

İmar Kanunu’nun 30. maddesi, zımnî kabulü öngörmüş olan istisnai bir maddedir. Zımnî kabul çok istisnaen var. Yapı ruhsatında zımnî kabul yok; ama iskanda -yani yapı kullanma izninde- siz inşaatı bitirdiğinizi belediyeye bildirdiğinizde belediye orada verilen 30 günlük süre içinde gelip “Başvurunuzda eksiklik vardır.” demediği takdirde, 30 günün sonunda size iskan vermiş sayılıyor. Kanun bunu şu şekilde ifade etmiş: “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.” Niye bunu öngörmüş? Belediyeler, iş çokluğu vs. nedeni ile gelmezse, biten inşaatı insanlar gidip kullanamazsa, milli servet kullanılmazsa, kullanılması geciktirilirse sosyal

sıkıntı çıkar diye düşünölmüş ve “Eğer bir aksaklık varsa Belediye gelip bildirsın, bildirmezse artık kabul etmiş sayılsın.” diye öngörölmüş. Ama bu; dediğimiz gibi istisnai.

Esas kural İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 10. maddesidir. İYUK da idare bakımından genel kuralı öngörüyor. İdareye yaptığınız müracaata 60 gün içinde idare cevap vermezse talebiniz reddedilmiş sayılır. Hep pasaport örneğini veriyoruz: İdareye başvurduanız, 60 gün geçti, ama idare pasaportunuzu vermediyse genel kural olarak pasaport talebinizi reddetmiş sayılıyor. Dolayısıyla; siz bu red diye dava açabiliyorsunuz. Yani; idare açıkça red iradesini açıklamıyor, reddettiğini ortaya koyan başka bir muamele yapmıyor, ama hareketsiz kalmasına bir sonuç bağlanıyor; çünkü idareyi bekleseniz belki yıllarca bir cevap vermeyecek ve hiç hukuki mücadele yapamayacaksınız.

Öyle ise; **hukuk sistemi idarenin susmasına ya kabul ya da red sonucu bağlıyor.** Bizim hukukumuzda, genel kural idarenin suskunluğunun red sayılmasıdır, ama istisna olarak kabuller var. Fransız sistemi şimdi değiştii ve genel kural olarak kabule, istisna olarak redde döndü. (İYUK)10. maddenin II. fıkrasına bakalım: “Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.” Bu nasıl ispatlanacak problemi var. İspat şu şekilde oluyor, siz idareye bir dilekçe verirken 2 nüsha götürüyorsunuz. İdarede kalacak dilekçe taleple sonuçlanıyor, bu dilekçesi “... arz ve talep ederim.” şeklinde bitiriyorsunuz. Bu dilekçeyi idare alıyor, ikinci dilekçenizin üstüne de idare tarih ve sayı içeren “alındı” damgası vuruyor, siz bunu elinizde tutuyorsunuz çünkü idarenin zımni olarak ne işlem yaptığı, sizin müracaatınızla ilgilidir. Siz ne istediniz ki, idare onu reddetti? Bunu görebilmek. İdarenin işlemi sizin isteminize ses vermemek sureti ile olduğu için, ispat vasıtası sizin dilekçeniz oluyor. Mesela; idareye 9000 kişinin okuduğu yerde daha fazla tuvalet yapılması isteminizi içeren bir dilekçe verdiniz ve idare hiçbir cevap vermeyerek reddetti. Hiçbir şey söylemezse, talep 60 günün sonunda reddedilmiş sayıldığı için siz o red işlemi bir hukuka aykırılık gerekçesi ile dava konusu yapabileceksiniz.

Dolayısıyla; talep hakkının davaya dönüşmüş kısmını sağlayan mekanizma, zımni red mekanizması. O yüzden sizin ne talep ettiğiniz önemli ki reddetmiş sayılsın. Şöyle bir şeyde red işlemi oluşmaz: idareye “İstanbul Hukuk Fakóltesi’ndeki tuvalet sayısı hakkında ne düşünöyorsunuz?” diye sorsanız, idare de hiç cevap vermese ve sorunuzun üstünden 60 günün geçmesinin red sayılması mümkün değil; çünkü içeride bir talep yoktur. Görüş sorulmuş ve idare de görüş bildirmemiş. Bu görüşü açıklamaya zorlayacak bir şey değil; zımni reddi sağlayan haklı ya da haksız, hukuka uygun ya da aykırı, kabul edilebilir ya da kabul edilemez, mahkemede iptal edilir veya edilmez somut bir **talepte** bulunacaksınız ve idare onu açıkça reddederse zaten bir işlem var, açıkça reddetmez ve suskun kalırsa 60 günün geçmesi bir idari işlem anlamına geliyor. **60 gün sessiz kalmaya, reddetme sonucu bağlanıyor. 60 gün sessiz kalan idare, genel kural gereği zımnin reddetmiş sayılıyor.**

Böylelikle işlem tesis etmiş oluyor, talebinizi reddetmiş oluyor. “İşim çoktu, bakamadım.” gibi bir savunmaya karşı da İYUK madde 10’da deniliyor ki: “İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay’a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde

idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir.” Yani; idare “Talebiniz alınmıştır, yoğunluğumuz sebebi ile değerlendirme yapıp cevabı daha sonra size bildirilecektir.” dese, bu maddede diyor ki “Talepte bulunan olarak istersen bunu red cevabı sayıp dava açabilirsin istersen de 6 ay daha bekleyebilirsin.” Böyle de bir imkan getiriyor. Genel kural bu: zımni red. İdare suskun kaldığı zaman, idareye bir irade isnat ediliyor.

Şimdi istisnaları gösterelim.

İstisnaları bilerseniz diğerlerini çözmek daha kolay olur. Birinci istisna, yapı kullanma izni idi. Süre 30 gündür. 30 günde idare bir şey yapmazsa, eve gidip oturmaya başlıyorsunuz, -zımni kabulü anlar ve kabul ederlerse- elektrik ve su bağlatıyorsunuz. Normalde iskan denilen yapı kullanma izni olmadan elektrik, su, doğalgaz vs. bağlanamaz. Kanun gereği de siz idareye başvurduğunuzda 30 gün içinde idare eksiklik bildirmezse iskan verilmiş sayıldığı için esasında iskan istenen yerlere üzerinde alındı damgası olan dilekçeniz ile gideceksiniz ve “Bende bir iskan belgesi yok, ama kanun maddesi açık. Şu tarihte başvurdum, geçen süre de ortada, idare de bir şey söylemedi. Dolayısıyla; hükmen benim iskanım var. Hükmen, yani kanun gereği. İdarenin bu durumda sessiz kalması kabul anlamına gelir.” Bürokrasinin bu durumu anlaması çok zor; çünkü genel yaklaşımda idarenin sessizliği red anlamında kabul ediliyor.

Bir başka istisna olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 10. maddesine bakalım: “Kurulun, süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanır.” Yani Rekabet Kurulu şirket birleşmeleri ve devralmalarında, piyasadaki rekabeti bozucu sermaye yoğunlaşması oluyor mu, bütün iş tek elde mi toplanıyor mu, buna bakacak. Dolayısıyla; siz şirket devralırken, şirketinizi büyütürken veya başka bir şirketle birleşirken Rekabet Kurulu’ndan “Rekabet bakımından sakınca yoktur.” şeklinde izin ve görüş almanız lazım. Burada da ticari faaliyetlerin gecikmeye tahammülü olmadığı hususunu da göz önünde bulundurup Rekabet Kurulu’nun cevabını geciktirmesi ihtimalini dikkate alarak, Kurul 30 gün içinde bir şey söylemez ise birleşme devralmaya olumlu görüş bildirdiği kabul edilir deniliyor.

Devlet Memurları Kanunu’nda çekilmiş sayılma ile çok tartışılabilir ilgili bir husus var: “Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunmuş sayılır.” Gerçi bunun da mazeret olup olmadığına bakmak lazım.

Dolayısıyla değindiğimiz bu hususu da değerlendirmenize sunmuş oluyoruz.

Artık işlemlerin içeriğine giriyoruz. İşlemlerin hukuka uygunluk ve aykırılık kısmını anlayabilmek için işlemleri parçalayacağız.

Tekrar edelim: İdari işlemlerin hukuki rejimi üzerinde duruyoruz, işlemleri farklı açılardan tasnif ettik, çeşitli hukuki sonuçları olan unsurlarına baktık, şimdi (dekonstrüksiyonunu) -yapı sökümünü- yapıyoruz.

Bir işlemi söktüğünüz zaman içinde kaç parça var ve bu parçalar hukuka uygun mu aykırı mı nasıl değerlendirilecek?

İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI

Yetki Unsuru

İşlemi söktüğümüzde birinci parça olarak **yetki unsuru** çıkıyor. “İşlemi kim yapmış?” ve “Kim yapmalıydı?” hususuna bakacağız. “İşlemi kim yapmış?” bir vakianın tespiti, yetkili mi yetkisiz mi bakmadan sadece işlemi yapana bakıyoruz. İşlemi yapması gereken kişilere, bunu yapıp yapamayacağına da mevzuattan bakılınca bir uyumsuzluk varsa yetki sakatlığı ortaya çıkıyor. İşlemi yapabilecek birisi işlemi yaptıysa yetki sakatlığı yok demektir. Dolayısıyla, unsurlardan biri yetkidir. “Kim yapabilir?” ve “Kim yapmış?” arasında fark var ise, sakatlık var demektir. Bunun için; mevzuat bilgisine ve işlemi kimin yaptığını tespit edebilecek bakış açısına ihtiyacımız var. İşlemin sakat olup olmadığını anlayabilmek için, önce içinden yetki unsurunu bulup çıkarmamız ve o yetkiyi kim kullanmış, onu bulmamız gerekir.

Yetki Unsuru (Devam)

Şu cümle önemli: **İdare hukukunda yetkisizlik asıldır.**

Yani idare hukukunda hiçbir makam kendiliğinden bir yetkiye sahip değil, olağan bir yetkiye sahip değil, genel bir yetkiye sahip değil. İdare hukukunda her makam, Anayasayla, kanunlarla, tüzük ve yönetmeliklerle kendisine ne yetki verilmiş ise, ancak o yetkiye sahip. Dolayısıyla genel bir yetkiye sahip değildir. Türkiye Cumhuriyeti’nde hiçbir makam yok ki, kendiliğinden tüm yetkilere sahip olsun. Bu hukuk devleti fikrini sağlamak için de böyle. Yetkisizlik asıldır. Ancak verilen yetki var, kendiliğinden yetki alınmaz, olmayan yetkiyi kendisi ihdas edemez, yetkinin kaynağı kanunlardır. Temel hak ve özgürlükler ile karşı karşıya gelen alanlardaki yetki, anayasal ilkeler çerçevesinde kanunlarla düzenlenir, sınır problemi vardır. Bu nedenle; **“Yetkisizlik asıldır”** söz grubu önemlidir.

İdare hukukunun hukuk devleti fikri ile evirildiği alan budur. Kralların her türlü yetkiye sahip olduğu mülk-devlet, polis-devlet teorisinden hukuk devleti, hukukun üstünlüğü noktasına geliş, ancak hukukun verdiği kadar yetkinin olduğu noktasıdır. Öyle ise, idari işlemde yetki kritik bir önemi haizdir.

Yetkisiz bir makam, idari işlem yaparsa, tek başına bu idari işlem sakat olur. Yetkisiz makam topluma faydalı bir işlem yapsa da sakat olur, kötü bir işlem yapsa da sakat olur. Öyle ise yetki özellikle hayati nitelikte bir unsurdur, o yüzden içine girerek incelemek gerekir. Yetki sakatlıkları nasıl çıkabilir ona bakmak lazım. Günümüzde yanlışlar, yalanlar, sakatlıklar kaba olarak ortaya çıkmaz. Mesela siz

hukukçusunuz hukuk dünyasında size söylenecek yalanlar, size karşı yapılabilecek manipülasyonlar, size yönelik algı operasyonları mutlaka yanlış şeylerin üzerinden olmaz, doğruyu eksik bırakılarak da yapılabilir. Yani söylenende hiçbir yanlış yoktur, siz doğru söylüyor dersiniz, ama eksik bıraktığı önemlidir. Bunun örneklerini yetkide de görebilirsiniz. Kabaca yetki sakatlığı artık az görülür. Yani; Valinin yapması gereken bir işlemi belediye başkanının yapması artık çok gözükmüyor. Belediye başkanı ile bakanın bir işlem yapması çok gözükmüyor. Üniversitenin yapması gereken bir işlemi başka bir üniversitenin yapması çok görülmez. Yetki sakatlıkları incelenmiş, ayrıntılarda gizlenmiş sakatlıklar olarak karşımıza çıkabilir.

Çok kaba yetki sakatlıklarına, **fonksiyon gaspı, yetki gaspı** diye ifadeler kullanılıp bir kenara bırakılmıştır.

Mesela fonksiyon gaspı nasıl ortaya çıkar? Vali, polise birisini gösterip “Şunu tutuklayın.” derse, bu bir fonksiyon gaspı olur; çünkü tutuklamaya yargı karar verir. Valinin tutuklatma yetkisi yoktur. Bu yargının yapacağı bir şeye idarenin kalkışmasıdır, bir fonksiyon gaspıdır. Ya da diyelim ki, kanunla yapılabilecek bir şeyi idare genel düzenleyici işlem ile yapmaya kalkışmıştır, bu da bir fonksiyon gaspıdır. Çünkü TBMM’nin işlevine giren ancak kanunla yapılabilecek bir işi idare yapamaz. Bu ağır sakatlıklar, yetki sakatlığı halinden çıkartılıp böyle farklı kelimelerle karşılanmak sureti ile düşünce odaklansın diye gündemden ayıklanmıştır. Düşünce kaba sakatlıklara odaklanırsa, ince sakatlıkları göremez. O yüzden kaba sakatlıkları fonksiyon gaspı, yetki gaspı diye ayırmıştır.

Başka kuruma ait olduğu açık olan unsurlar yapılmışsa **yetki gaspı** söz konusu oluyor. Böyle ilginç şeyler bizim hukuk tarihimizde var. Mesela; Tokat Belediyesi, İstanbul’da okuyan Tokatlı öğrenciler için Aksaray’da bir binayı kamulaştırmaya kalkmış. Tokat Belediyesinin Tokat Belediyesi sınırları içinde kamulaştırma yetkisi var, ama öğrenciler için yurt yapmak Kredi ve Yurtlar Kurumu’nun işi, üstelik Tokat’ta yapmaya kalkışabileceği bir işi artık İstanbul’da yapmaya kalktığına da hukuka aykırılık ortaya çıkar. Bu bir **yetki gaspı** meselesidir.

Yetki sakatlığı, çeşitli biçimlerde çıkar, kişi, zaman, konu, yer bakımından çıkabilir.

Kişi-Zaman Bakımından Yetki Sakatlığı

Mesela, kişi bakımından nasıl çıkar? Bir kişi göreve atanmadan bir işlem yapamaz. Koç Üniversitesi Harvard’dan örnek almış ve rektörünü 6 ay önce seçiyor. Yani; yeni rektör eski rektörün görevinin bitmesine 6 ay kala seçiliyor ve yeni rektör 6 ay boyunca görevde olan rektör ile birlikte devam ediyor, böylelikle işleri görüyor ve 6 ay sonra başlıyor. “Ben yeni rektör seçildim.” diyerek 6 ay sonra başlayacağı göreve, daha başlamadan bir işlem yapmaya kalksa, zaman bakımından bir yetki sakatlığı olur. Seçilmiş, ama 6 ay sonra göreve başlamak üzere seçilmiştir. Diğerinin görevi 1 Ocak’ta bitecek ama yeni rektörü 1 Haziran’da seçmiştir. Hala diğer rektör kişi olarak yetkili, dolayısıyla bir işlem yapamaz. Niye böyle bir şey yapmışlar? Beraber işi öğrensin, görsün vs. diye. Bazen de, kişi izne çıkmış olabilir, vekalet verebilir. Şimdi elektronik belge sistemi diye bir sistem çıktı. İzne çıkan dekan gittiği

yerden elektronik imza ile belgeleri imzalıyor. Mesela; dekanımız yurtdışında bir konferansa gitmek için izne ayrıldı, vekil dekan var. Eğer dekanın hoşumuza gitmeyen bir direktifi veya emri olursa görevsizdir diyebileceğiz. Niçin görevsizdir diyebileceğiz? Çünkü zaman bakımından görevli değildir.

Şekil ve Usul Unsuru

İkinci unsur; şekil ve usul: Şekil ve usul olarak işlem hangi şekilde yapılmış? Hangi usule uyulmuş? Zımnî red veya zımnî kabul mü? Yazılı mı yapılmış? Hareketlerle yapılan bir işlem mi? Levha mı? Bu işlemin yapılması gereken şekilleri arasında bu var mı? İşlem yapılırken uyulması gereken usule uyulmuş mu? Usule aykırılık var mı? Nasıl yapılmış? sorularının cevabında da bu değerlendirmeyi yapacağız.

Yani; işlemin içinden şeklini ve usulünü çıkartacağız, sonra ilgili mevzuatta düzenlenmiş biçime uygun yapılıp yapılmadığına bakacağız. Mesela; özel hukukta gayrimenkul ile ilgili alım-satım işlemleri mutlaka şekle tâbidir ve tapuda yapılması gerekir. Öyle ise, şekil-usul bakımından tapuda yapılması gereken bir işlem olması, onun mevzuatta düzenlenmiş kısmıdır. Tapuda yapılmamış, sadece adi sözleşme ile yapılmış somut bir gayrimenkul alım-satımında; önce bu alım-satım sözleşmesi adı altında tapuda yapılmayan sözleşmedeki usulü çıkartacağız, sonra bunun olması gereken usule uygun olup olmadığına bakarak “Bu gayrimenkul satış vaadi midir?”, “Geçerli midir?”, “Tapuda yapılmadığı için bu işlemde şekil unsuru sakatlığı var mı?” şeklinde değerlendireceğiz.

Dolayısıyla; burada iki tane husus var. Birincisi; var olan işlemin şekil-usul unsuru kapsamında ne maceralar yaşadığını bulup çıkartmak, sonra bunun mevzuata göre uygun olup olmadığını değerlendirmek.

(Esas) Sebep ve Konu Unsuru

Bir diğeri eskiden tek unsurmuş ve ismi esasmış, şimdi 2 unsur haline geldi ve sebep ve konu oldu. “Bu işlem niçin yapılmış?” sorusunun cevabı sebep; “Ne yapılmış?” sorusunun cevabı da konu unsurudur. Bunlar da mevzuatta var. Bir öğrenciye disiplin cezası verilmesi, herhangi bir gerekçe ile olmaz, bir sebebi olması lazım. Disiplin cezası almasının sebebi kopya çekmek ise: Niçin bu disiplin cezası verilmiş? Kopya çektiği için. Ne yapılmış? 1 ay uzaklaştırma cezası verilmiş. Kopya çekene 1 ay mı uzaklaştırma cezası veriliyor 1 hafta mı veriliyor? Orada bir sakatlık yapmışsa ve 1 hafta uzaklaştırma cezası verilmesi gerekirken 1 ay uzaklaştırma verilmişse konu sakat. Kopya çekildi diye verilmiş; ama esasında kopya çekmemiş ve yanlış anlaşılmış ise bu durumda sebep sakat. Dolayısıyla; sebep ve konunun olay bazında değerlendirilmesi ve ayrışması lazım.

Maksat Unsuru

En sonuncu unsur ise, diğerlerinden çok farklı bir unsur: amaç -kimi kitaplarda maksat diye geçiyor- unsurudur. Anlaşılması en zor unsur bu diyerek, bu unsuru anlatmaya başlayalım. Maksat, bir karineden yola çıkıyor, diğerlerinin bir karinesi yok; diğerlerinde bir araştırma var, bunda bir karine var. Karine şu: “İdare yapmışsa mutlaka kamu yararı için yapmıştır.”.

Amaç unsuru her zaman kamu yararı. Niçin karine ile gidiyor? Siz idarenin bu işlemi kamu yararı dışında bir amaçla yaptığını ispat edebiliyorsanız bu durumda maksat sakattır. Mesela; İzmir’de bir belediye başkanı, Karşıyaka’da bir binayı “Yol açacağım.” diyerek kamulaştırmaya girişmiş. Davacı da diyor ki; “Ben yaklaşan seçimlerde onun en kuvvetli rakibiyim. Esasında burada yol açılmasına gerek yok, zaten önünden arkasından cadde geçiyor. 2 caddenin birleşeceği sokağa da ihtiyaç yok, 3 bina ötede bir sokak var. Bunu sadece bana zarar vermek için, siyasi maksatla yapıyor, belediye seçimlerinde ona rakip olmayayım diye yapıyor.” Esasında kamulaştırma yapılabilir, yol için bir bina kamulaştırılabilir, yıkılabilir, bunun için sebep-konu vs. gündeme gelebilir; ama buradaki niyet esasında gerçekten ilgilinin dediği gibi siyasi bir niyet ise, kamu yararı karinesi ortadan kalktığı için işlem maksat unsuru açısından sakattır. Dolayısıyla maksat unsuru her zaman, her işlemde kamu yararı amacı ile yapıldığı kabul edilen bir unsurdur. Her işlemin maksadı ayrıca araştırmaya gerek kalmadan kamu yararı sayılıyor; fakat bu sefer dönülüyor, işlemin yapılışında kamu yararı olmama ihtimalini doğuran hususlar var mı o araştırılıyor.

Mesela; Bütün Küçük Armutlu kaçak yapılaşmıştır. Gecekonduların hepsi hakkında yıkılma kararı var, ama hiçbirisi yıkılmıyor. Belediye geliyor içlerinden bir tanesini yıkmak üzere, en yola yakınını değil, en denize yakınını değil, en sağda olanını değil, en solda olanını değil, içlerinden birisini “Yıkım kararı var, uygulayacağım.” diye gündeme getiriyor. Baktığınızda; Kaçak mı? Kaçak. Sebep var mı? Var. Kaçak yapılar yıkılır mı? Yıkılır. Konu sakatlığı da yok. Şekil-usul bakımından ilgiliye tebligatta bulunmuş mu? Diğerlerine bulunduğu gibi bulunmuş. Yetki kimde? Yetki de belediyede. Ama rahatsız eden bir şey var: Niye diğerleri değil de bu? Niye hepsi değil de bu? Orada “Bu bana karşı husumetinden, siyasi çekişmeden, zarar vermek amacından, başkasını kayırmak istediğinden ötürü” denilebiliyorsa, başka unsurları bakımından sakatlık olmasa bile bu unsurda sakatlık ortaya çıkabiliyor.

Dolayısıyla; siyasi bir amaç gütmüşse, zarar verme kastı varsa, başkasını veya kendisine menfaat temin etmek amacını gütmüşse, idare bu kamu yararı amacı dışında bir amaçla işlem yapmışsa sakatlık olabilecek bir unsur olarak ortaya çıkıyor. Bu; hukuk düşüncesinin geliştirdiği mantıklı bir yaklaşım. Karine koyuyor, tersini ispat etmeyi iddia edene bırakıyor.

Maksat unsuru, işlemin unsurlarından birisidir ve her işlemin maksadının kamu yararı olduğu kabul edilir. Maksat unsurunun sakatlığı, kamu yararı dışında başka bir işlem yapıldığı durumda ortaya çıkar. Kamu yararı dışında işlemin yapıldığının ortaya çıkmasının da belli emareleri vardır. Bu emarelerden birisi, bahsettiğim siyasi yaklaşımlardır. Bu emareleri de kuvvetlendiren unsurlar vardır.

Mesela; sebep unsurundaki ağır sakatlık buna örnek verilebilir. Diyelim ki; birisi işe 1 gün geç gelmiş ve bunun üzerine kurum amiri derhal istifa etmiş saymış. O zaman siz “Burada bir kere sebep sakat. 1 gün geç gelen istifa etmiş sayılmaz. 10 gün mazeretsiz olarak üst üste işe gelmeye çekilmiş sayılma cezası veriliyor. Ama 1 gün dolayısıyla beni çekilmiş saydı; çünkü esasında bu derece ağır sebep sakatlığını sırf bana mobbing yaptığı için, beni farklı siyasi görüşte gördüğü için, burada bulunmamı istemediği için yaptı. Bu da açık delilidir. İşe 1 günlük gelmemeye bu yaptırımı uyguladı.” Bu kadar ağır bir sebep sakatlığı, ancak kötü maksatla yapıldığında olur denebilir. Dolayısıyla; bu tip ağırlıklar, maksattaki kötü niyeti de gösterilir. Bunun ispatı zordur, ispat külfetinin kişiye düşmesi önemli bir yükür. Nasıl ispatlayacaksınız? İspat etmenin en iyi yollarından birisi diğer unsurlardaki sakatlıkların hayatın olağan akışına uygun olmayan ağırlıklarıdır. Bu kadar bahane kabul edilemez. Örneğin; kamu görevlisi günün bir saatinde odasında bulunamadı diye zabıt tutulmuş olabilir, ancak o kamu görevlisi; “Ben buradayım. Şununla görüşüm, kütüphaneden şu kitabı aldım geldim. 8 saatin 8inde de odamda bulunmak gibi bir zorunluluğum yok, görevin gerektirdiği yerlerdeydim. Beni şunlar gördü.” dediğiniz zaman, oradan yola çıkarak “Özellikle kendisinin odasında olmadığı saat kollanarak gelinip tutulmuş bir rapordur.” denebilir. Bu esas olarak maksat sakatlığıdır.

Maksat sakatlığının özelliği nedir?

Maksat sakatlığını ispat ederek davayı kazanmış bir kimse, o işlemi yapan kimsenin disiplin soruşturmasına ve ceza soruşturmasına maruz kalmasını sağlayabilir. Diğer sakatlıklarda bir takdir hatası olabilir, idare işlemi yanlış yapabilir, yanlış değerlendirebilir; ama maksat sakatlığı kasıtlı yapılabilecek bir şey. Bu durumda, problem, kasıtlı hakkınızda sakat bir işlem yaptığını ispat ettiğiniz kişinin, kendisine döner, başkasına zarar vermek isterken kendisini hukuki bakımdan sıkıntılı bir pozisyona sokmuş olur.

Maksat sakatlığının, “**yetki ve usul saptırması**” denilen bir ifade tarzı var. Burada “yetki ve usul saptırması” unsurlardan olan yetki ve usulü çağrıştırdığı için insanlar şaşırıyor. Yetki ve usul saptırması şeklinde Danıştay kararlarında geçen ifade biçimi, maksat sakatlığını ifade etmek içindir. Yani yetkiyi ve usulü öylesine saptırması ki bu maksat sakatlığı olmuştur.

Biraz önce verdiğimiz örnekte; belediye başkanının yaptığı buna emsal teşkil eder. O yer imar planında yol olarak gözükmüyor, böyle bir soyut yetkisine ve usulüne dayanarak kamulaştırma süreci başlatmış, yetkisi de var, usul olarak kamulaştırma imkanı da var. Ama; yetkiyi ve usulü saptırması. Yani; konulma gerekçeleri dışında kullanmış. Kamulaştırma yetkisi var, ama bu yetki kamu yetkisinin zorunlu kıldığı arsaları elde etmek için var; zarar vermek için değil. Bu yetkisini böyle kullandığı zaman yetkisini saptırıyor.

Dolayısıyla; **yetki ve usul saptırması denildiğinde**; örneğin; kamulaştırma diye bir usulü var ama bu kamulaştırma usulüne müracaatı hizmete mal sağlamak için değil; zarar vermek amacı ile kullanıyor. Burada esas belirleyici kelime: “saptırma”dır.

“Bu yetki ve usul saptırması yapmıştır.” denildiğinde maksat sakatlığı yapmıştır denilmek isteniyor. Yetki sakatlığı demiyor, usul sakatlığı demiyor, onlar dışında maksat sakatlığı vardır diyor.

Bu maksat unsuru sakatlığı çoğunlukla başka unsurlardaki sakatlığın ağırlığı ile ispatlanabiliyor; ama bunun verdiği bir imkân var ve diğer unsurlarda hiçbir sakatlık olmasa bile işlemin sakat olmasına yol açabilen bir durum olabiliyor. Mesela; burada kaç kişinin masasında su var; ama sadece bir kişinin “Su içiyorsunuz, sizi disipline vereceğim.” diye ismi soyadı istense, sınıfta su içmek yasak da olsa ve bu gerçekten disiplin cezasını da gerektirse, burada diğer unsurlar bakımından bir sakatlık olmasa bile bir maksat unsuru sakatlığı, hukuki mücadelenin temelini oluşturur. Herkes bunu içerken, bir anlamda meşrulaşmışken, kimseye zararı yokken niçin ben? Bunu söyleyebilmenin imkânı maksat sakatlığındadır.

Maksat unsuru sakatlığının iki görünümü var. Bir görünümü diğer unsurlardaki sakatlığın ağırlığı nedeni ile hem o unsurun sakatlanması hem de maksat unsurunun sakatlanması, ikinci ve en hassas görünümü ise diğer unsurlarda bir sakatlık yokken, işlem diğer unsurlar bakımından tamamen hukuka uygun iken, niyet bozukluğunu, maksat bozukluğunu ortaya koyabilecek bir zemin hazırlaması. İşlemin kamu yararı dışında başka bir maksatla yapıldığı ispatlanabilirse, o zaman maksat sakatlığı çıkıyor.

İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI DEVAM...

Bir işlemin tanınmasına yönelik faaliyetimiz, işlemin yapıcısı, işlemin konusu, işlemin etkisi, işlem dava konusu olduğu zaman hangi yargı yerine gideceğine ilişkin açıklamalarla başladı. Şimdi ise işlemin hukuka uygun olup olmadığını görmek için yapılan muameleyi değerlendirmelerinize sunuyoruz. Bu muamele, işlemi unsurlarına ayırmak, işlemin unsurlarını tespit etmek ve daha sonra bu unsurları; mevzuat, yargı kararları ve somut olay çerçevesinde değerlendirerek hukuka aykırı olup olmadıklarını araştırmak şeklinde olacak. Birbiriyle karıştırılmaması gereken 2 aşama var: ilki unsurların tespiti; diğeri ise bu unsurların olması gerekenini belirlemektir. Olması gereken ile arada bir fark varsa bu sakatlığı gerekçelendirmek ve değerlendirmek gerekir.

İşlemin unsurlarının nasıl belirleneceğine ilişkin çeşitli açıklamalar yapılıyor. Bu unsurlara ilişkin kabul edilmiş hukuki bilgileri veriyoruz. Öncelikle 5 unsur olduğu söyledik: yetki, şekil/usul, sebep, konu, maksat. Daha sonra hızlıca bu unsurların kapsamına değindik. Şimdi de bir kez daha üzerinden geçip ayrıntılarına girmeye çalışacağız. Böylece her konuyu tekrar üzerinden geçerek farklı anlatma biçimleriyle anlatıyoruz.

YETKİ UNSURU

Yetki ile anlatmaya başladık. Yetki, işlemin unsurlarından birisidir. Yetkiye ilişkin öğrenilmesi gereken çok az sayıda hukuki esas var. Örneğin "idare hukukunda

yetkisizlik esastır" kuralı olduğunu söyledik. Bu ne demektir? İdare, idare olmaktan dolayı her şeyi yapabilmek yetkisine sahip değil, kendisine ne yetki verilmişse ve ne şekilde verilmişse o yetkiyi kullanır. Yetki de Anayasanın veya kanunun ya da kanunun verdiği açık izne dayalı idari kararlarla verilebilir. Dolayısıyla yetkisizlik asıldır ifadesi yetki unsuruna ilişkin açıklamalarda önemlidir. Bağımsız İdari Otoriteler'deki yetkinin nasıl verildiği/verilmediği hususu da ayrıca tamamlanması gereken yeni bir tartışmadır.

Yetkiyi anlatırken idarenin hukuk devleti olma vasfını gerçekleştirmek için yetkinin bir elde toplanmasının sakıncalarını gidermek için nasıl tüzel kişiler oluşturduğunu ve yetkiyi tüzel kişilere dağıttığını kısaca anlattık. Bunu teşkilatta detaylı olarak göreceğiz. Teşkilatta "çokluk içinde birlik" sağlanmasına yönelik bir yaklaşımın ve teşkilatın idare denilen bir bütün olmasına rağmen binlerce parçadan oluşan bir bütün olmasının mantığının, bu yetkileri dağıtmak, tek elde toplanmasına engel olmak, kötüye kullanılmasına engel olmak ve birbirini dengelemesini sağlamak, yetkiyi paylaşmak suretiyle farklı karar mercilerin ortaya çıkması ve bu mercilerce verilen kararların ortak aklın süzgecinden geçmesini sağlamak gibi etkileri, anlamları ve sonuçları olması olduğuna değindik.

Yetkinin hepsinin bir makamda toplanmaması ve farklı makamlara dağıtılmış olmasının hukuk devleti fikriyle bağlantısı kurulabilecek bir gereği var, teşkilatlanmayı etkileyen bir yönü var ve işlemlerde ortaya çıkan bir boyutu var. Dolayısıyla işlemi yetkili olmayan bir merci yaparsa işlem sakat hale gelir. İşlem doğru ve isabetli de olsa, yapılması gereken bir işlem de olsa, sonuçta böyle bir işlem yapılmalıydı dense, hatta yetkili makam sonradan icazet verse bile, genel kabule göre bu icazet işlemi geçerli hale getirmez ve yetki açısından yine sakattır, yeniden yapılması gerekir. Mesela belediye, bakanlığın yetkisindeki bir hususta işlem yapsa ve bakanlık ben de bu yönde işlem yapacaktım diyerek icazet verse bile bu işlemin yeniden yapılması gerekir. Bu icazet geçerli olmaz, işlem iptal edilir ve yetkili makamca yeniden yapılır. Yetki unsurunun bu derece önemi var. Kim yetkili ise ancak o yapabilir. Öyleyse işlemdeki yetki unsurunu tespit etmek, sakatlığı tespit etmenin yollarından birisidir. Önce işlemi kimin yaptığını belirlemek, daha sonra işlemin diğer unsurlarına bakarak bu işlemi hukuken kim yapmalıydı hususunu tespit etmek ve arada bir fark varsa da bunu belirlemek şeklinde bir düşünceye gerek var. Bir kaç tamamlayıcı bilgidan sonra yargı kararlarına bakacağız.

"Yetkide ve usulde paralellik" diye ikinci bir ilke var. Bir işlemi yapmaya kim yetkili ise değiştirmeye ve kaldırmaya da o yetkilidir. Usule ilişkin kısmı da öyledir. Bir işlem hangi usul izlenerek yapılabilir ise değiştirilmesi de aynı usul izlenerek yapılabilir. Tüzük, Danıştay incelemesinden geçirilerek Bakanlar Kurulu kararı ile yapılıyorsa, değişikliği de aynı şekilde olur. Dolayısıyla yetkide ve usulde paralellik yetkisi, işlemin yetki unsurunun, aynı zamanda işlemi yapma yetkisi yanında değiştirme ve kaldırma yetkisini de içermesini sağlar.

İki ilkedan bahsetmiş olduk: **"yetkisizlik asıldır."** ve **"yetkide ve usulde paralellik"**. Bu iki ilke birçok şeyi çözmeye yarayacak. Bunlar, yargı kararları ve doktrinle ortaya çıkmış ilkelerdir. Esas önem verilen nokta bu, buna "hukuk üst dili" denir. Kanunu bildiğiniz zaman, kanunu uyguladığınız zaman buna ilişkin problemleri

çözmek kolay; ancak bu ilkelere ilişkin problemleri kanunla çözemiyorsunuz. Bir kanun sadece yetkiyi göstermiş de geri almayı göstermemişse ne olacak? Burada yetkide ve usulde paralellik ilkesi devreye girecek. Diğer bir kanunda düzenlemeye yetkili olanla kaldırmaya yetkili olan ayrı idareler belirlenmiş olabilir. Neden? Çünkü yetkide ve usulde paralelliği bertaraf etmek için açıkça kanuni düzenleme yapmak istenmiş, yapıldığı kadar kolay kaldırılamasın istenmiştir. Dolayısıyla yetki ve usulde paralellik ilkesi öyle bir ilke ki idareler bunun tersini kanunda göstermek zorunda kalıyor.

VEKÂLET

Bu bir ilke değil; ancak vekâlet nedir, nasıl bulunur? Bunlar değerlendirilmesi gereken hususlardır. Vekâlet yetkiyi ilgilendiren bir şeydir. Yetkili makamın veya kişinin vekil tayin etmesi veya buraya bir vekil atmasıdır. Bunun bir kaç boyutu var. Bu boyutlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar var. Önce şunu dile getirelim: bir makama vekâlet bir kaç türlü olabilir. Türk hukukunda bunun ismi değişik değil, o yüzden insanlar bunu karıştırıyor, mahkemelerin bile zihni karıştırıyor. Bir makama vekil olmak başka bir şey, bir makama izin veya hastalık dolayısıyla vekâlet etmek başka bir şeydir. Bizde ikisine de vekâlet deniyor. Örneğin üniversitemizin rektörü seçimlere girmek için istifa etti, istifa edince yeni seçimle atama süreci başlayana kadar birisi vekâleten atandı ve vekil rektör oldu. Sonra seçim ve atama yapılırken da bir rektör tayin oldu, o rektör yurtdışına gittiği zaman, hasta olduğu zaman, yerine de vekâleten bir vekil atıyor. İki vekil aynı değil, birinde makam dolu ve yerine vekâleten bakılması isteniyor; diğerinde makam boş, atama vekâleten yapılıyor. Bunun farklı sonuçları var.

Ayrıca, vekâleten atanan bir kimse gerekli şartları taşıyorsa bile tedvir atanmış olduğu için ancak rutin işleri yapmak üzere asil atanıncaya kadar tedvir etmekle yükümlü olan kimseyi gösterir. Uygulamamızda şöyle bir şey yapılıyor: V. Rektör yazarak vekil rektör olduğunu belirtiyor ve imzalıyor. Diğer halde ise hastalık ve izin dolayısıyla başka birisine vekâlet verilmişse o da Rektör V. yazıyor. Sadece yazım şekli önemli ve bunun hukuki sonuçları olduğu söyleniyor. Aslında bu sonuçları tekleştirmek gerekiyor. Buradaki sorun esas yetkili olmayan vekilin yetkili makamı geçici süreyle de olsa işgal etmesidir. Esas yetkili olmasa da geçici süreyle işgal ettiği için, makamın kullanabileceği yetkileri kullanabiliyor. Sadece örneğin vekil rektörde şöyle bir prensip var: kişi vekâleten atanmışsa ve henüz asil atanmamışsa, sadece rutin işleri yapabileceği kabul ediliyor, bunun işin âdetinden olduğu kabul ediliyor. Esaslı karar alamayacağı; çünkü asıl yetkilinin karar vermesi gereken hususlar olduğu belirtiliyor. Dolayısıyla vekâleten atama ile vekil olarak vekâlet eden arasında bir fark oluşuyor.

Makam boşken neden asil atanmıyor da vekil atanıyor? Bunun çeşitli sebepleri var. Bunlardan biri üçlü kararname ile atanma hususudur. Bakan, cumhurbaşkanı ve başbakanının müşterek kararnamesi ile atanması gereken yüksek memurlarda cumhurbaşkanı atamayı onaylamayabiliyor. Bakan ve başbakan da uygun birisini bulana kadar vekâleten görev yapacak birini buluyorlar. Dolayısıyla üçlü imza ile

atanılacak görev için, şartları taşıyor olsa bile, bütün yetkili makamların mutabık olamadığı bir durum olduğu zaman boş kalmaması için vekâleten atama yapılıyor.

İkinci bir gerekçe biraz daha mantıklıdır. Kişinin performansına bakma ihtiyacı duyuluyor. Bir kere atandıktan sonra başarısız olmadıkça görevden almak mümkün değil, başarısızlıktan ziyade hata yaparsa görevden almak daha kolaydır. Dolayısıyla asaleten atamadan önce vekâleten atayarak performansını değerlendiriyor. 6 aya kadar vekâleten atama yapmak mümkündür. O sırada yaptıklarına bakılarak o makamın hakkını verebilecek biriye asaleten atanabiliyor. Üçüncüsü ise zamanından önce boşalan yerlerde söz konusu oluyor. Yine seçim zamanında olduğu gibi, seçimlerde 3 bakan istifa etmesi ve yerine başkasının atanması hususu var. Onlar vekâleten atanmış sayılmıyor, Anayasa gereği atanıyorlar. Ancak onlar da sadece seçimlerin sağlıklı yürümesi için atandıkları için, tıpkı vekâleten atanarlarda olduğu gibi, rutin işler dışında işler yapmamaları gerektiği kabule ediliyor. Reform yapamazlar, bütün sistemi değiştiremezler. Bakanlığın bütün yetkilerini kullanamaz, sadece seçim döneminin adaletli geçmesi için içişleri adalet ve ulaştırma bakanlarının değişmesi söz konusu. Yani bunun bir hizmetten kaynaklanan gerekçeleri var, bir atamaya ilişkin makamların anlaşamamasına ilişkin gerekçesi var ve kişinin performansının ölçülmesi gibi pratik sebeplerden ortaya çıkan gerekçesi var.

Dolayısıyla vekâleten atamada, asaleten atamadan farklı olarak makamın doldurulması ancak yetkinin teorik olarak kısıtlı olması söz konusu. Diğerinde ise makam dolu, orada işlevi yerine getirecek kimse var. Bir kaç üniversiteden ve dışarıdan örnek verelim. Bir anabilim dalı başkanı veya dekan yurtdışına çıktığı zaman bunların vekil atamasına ilişkin farklı ilkeler var. Anabilim dalı başkanlarının rutin işleri çok yoğun olmadığı için 6 aydan fazla çıkacağı zaman yerine bir başkasının vekil olarak atanması gerekir. Ancak dekan 1 gün için Ankara'ya gidip gelecek olsa bile, yerine başka birisinin dekan vekili olarak, atamaya yetkili olan (rektör) tarafından onaylanmış bir vekâletle görevlendirilmesi lazım. Çünkü dekanın günlük işleri 1 gün bile boşluk kabul edilmiyor, anabilim dalı başkanı için ise bu öngörülmemiş. Örneğin İstanbul Valisi günde 3 bin kadar imza atıyormuş. Çeşitli işlemleri, ruhsatları, çeşitli atamaları imzalıyor. Bütün bakanlıkların il içinde yapacakları atamaların kararları, direktif bakanlıktan gelse bile, vali tarafından alınıyor. Dolayısıyla 1 gün dahi görevin boşalmasına tahammül edilecek bir rutin değildir. Vali yerine mutlaka bir vekil bırakmalıdır. Ama valilik makamı ölüm nedeniyle boşalsa ve yerine yeni vali atanana kadar vali yardımcılarında birisi atanmış olsa, yeni vali atanıncaya kadar göreve devam edecek. Aradaki nüansı şöyle gösteriyorlar: vekâleten makama atanan her işi yapmaz, rutin işleri yapar deniyor; ancak bunu zorlayan bir kanun maddesi yoktur. Diğer halde, yani asil varken yerine vekil atanmışsa, vekil her türlü işi yapabilir. Çünkü asil olarak doldurulmuş bir makamı doldurmaya devam ediyor. Asil olanın ona makamı bırakırken gerekli direktifleri vermiş olabileceği kabul ediliyor.

Günümüzde yetki sakatlığı anlayışı değişmeye başlayacak. Artık e-imza ile belgeler gittiği için, buldukları yerde de, mesai saatleri dışında da, izin oldukları zaman da imzalayabilecek hale geliyorlar. Ancak bir yanda da vekil var, nasıl olacak? Şu an yargı kararları zaman bakımından yetkisizlik olarak görüyor. Yani vali vekil bırakıp ayrılmış ise vekilin karar vermesi lazım kendisi karar veremez.

YETKİ DEVRİ - İMZA DEVRİ

İkinci belirtilmesi gereken nokta yetki devri ile imza devri kavramlarıdır.

Yetki devri vekâletten farklıdır. Burada bazı yetkilerin hiyerarşik bir asta verilmesi söz konusudur. Örneğin, İstanbul Valisi sağlıkla ilgili işleri il sağlık müdürlüğüne devrediyor. Sağlıkla ilgili geçici izinler, il sağlık müdürünün imzası ve ilgili vali yardımcısının onayı ile yapılacaktır deniyor. Böylelikle karar vereceği noktalardan bir kısmını devretmiş oluyor. Bunu da kanunda yasaklanmadığı için hiyerarşik astına devretmektedir. Bir vali yardımcısını da ilgili kılarak il sağlık müdürlüğüne devrediyor. Bunun gibi il emniyet müdürlüğüne de güvenlikle ilgili bazı hususlarda yetki devri yapıyor. Bu konularda yetki alan makamlar, valiye gitmeden karar alabilmekte ve tesis edilen işlem yetki unsuru yönüyle hukuka aykırı olmamaktadır. Vali örneği üzerinden gidildiğinde, asıl yetkili olan vali kanunla yasaklanmamış hususta yetkisini devredebilir. Buna ilişkin bazı ilkeler vardır.

"Bütün yetkiler devredilemez". Sağlıkla ilgili bütün işleri devredemez; ama geçici görevlendirmeye ilişkin işlemler için yetki devrinde bulunulabilir. Burada kişiye değil makama yapılan bir devir söz konusudur. Örneğin, İl sağlık müdürüne değil, il sağlık müdürlüğüne devrediliyor. İl sağlık müdürü değişse bile yetki devri yine devam eder. Dolayısıyla yetki devrinde hiyerarşik asta devredilirken, devredilen kişi kullansın diye yapılması söz konusudur. Devreden kişi, yaptığı yetki devrini geri alabilir.

İmza yetkisinin devrinde ise, bir makama değil, tercih edilen bir kişiye devretme söz konusudur. İmza yetkisi kişiye özel bir devirdir. Belli bir konudaki evrakları imzalamak konusunda vali yardımcısına imza yetkisini devrediyor. Örnek olarak imza yetkisi devredilenlerde "Vali A." yazar, vali adına" demektir. Yani imza vali adına yapılır. İmza yetkisi kişiye yapıldığı için, imza devri yapılan kişi görevden ayrılrsa, devrin yenilenmesi lazım, sonra atanan kişiye devam etmez. En önemli fark olarak bu gösteriliyor. İkisinde de yetkinin kullanımı başkasına bırakılıyor; ancak birinde makama bırakılıyor, makamda kim varsa o kullanıyor. Diğerinde ise kişiye devrediyor, o kişiyle birlikte sona eriyor.

Bunların amacı yetkili makamın üzerindeki yükü azaltmaktır. Amaç örneğin 1000 tanesini il sağlık müdürüne bırakmak, 1500 tanesini emniyet müdürüne bırakmaktır. Sağlıkla ilgili işlerde veya içişlerine ilişkin işlerde de ayrı ayrı vali yardımcılarını ilişkilendirilmek suretiyle, valilik adına imzalanarak tekemmül etmesi, tamamlanması sağlanıyor. Sonuçta yapılan işlem bir valilik işlemi oluyor.

Bu devirler aynı zamanda sorumluluğun devri anlamına da gelir mi? Bu noktada Türk hukuku ile Fransız hukukunun yaklaşımı farklıdır. Fransız hukukuna göre yetki devredildiği zaman sorumluluk da devredilir. Buna ilişkin açıklamalar Kemal Gözler'in kitabında var. Türk hukukunda ise sorumluluğun kalkmadığı kabul edilmektedir. 3046 sayılı kanunda buna ilişkin bir hüküm de var. Bunun sebebi, uygulamada sorumluluk doğurabilecek kritik işlemlerden kaçmak için, makam yetkililerinin izin ve rapor olarak yetkilerini alttakine bırakıp sorumluluktan kaçınması gibi bir sorun olmasıdır. Dolayısıyla yetkiyi devretseniz de, imza yetkisini de devretseniz, devralan kişinin sorumluluğu ile birlikte sizin de sorumluluğunuz olacağı kabul edilmiştir. Burada yetkiye ilişkin değil de denetlemeye ilişkin bir sorun var.

Devreden kişinin sorumluluğunu üstlenecek kişinin niteliklerinin tespitine ilişkin bir sorumluluk söz konusudur. Bu tespitın yapılması devredenın sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir. Ama buradaki sorumluluk kanaatimce denetim sorumluluğu şeklinde olabilir. Yani denetlemeyi yapmamışsa, uygun seşmemişse sorumluluk olabilir. Tşrk hukukundaki amaç da yetkili mercilerin vekâlet suretiyle ve yetki devri suretiyle sorumluluktan kaşınmasına engel olmaktır. Dolayısıyla hukukumuz Fransız hukukundan farklılaşmış ve hayatın gerçeklerine daha uygun bir hal almıştır. Yetki neden o kişiye/makama verilmiş? O makam seviyesinde değerlendirilmesi gereken bir işlem olduğu için. Eğer astlarına devredip sorumluluktan kurtulabilecekse yetki devrinin mantığı kalmaz. Buna engel olmak için de "bştşn yetki devredilemez" deniliyor, yani yetki devriyle bştşn işler, bştşn imzalar devredilemez. Ancak sınırları, kapsamı ve şartlarını belirlediği bir devir söz konusudur.

Hiyerarşik olarak yetkisi devrettiği için, imzasını devrettiği kişiye direktif de verebilir.

Mesela silah ruhsatlarını vali adına vermek konusunda vali yardımcısına imza yetkisi verilebilir; ancak silah ruhsatının kesinlikle polis raporu olmadan, soyut ifadelerle, can gşvenliği gerekçesiyle isteyenlere verilemez diye şerh koyulabilir. Ya da belli sayıda işiçi çalıştıran, kuyumcu, bankacı gibi para taşıyan kimselere verebilirsin gibi kısıtlamalar öngörebilir. Dolayısıyla kişi sadece imza atacak, hiyerarşik üstşn belirlediği şartlara uyan ruhsatları imzalayacak. Buradaki amaç da zaten imza kşlfetinden kurtulmaktır. Kullanılış, veriliş şartları ve hangi hallerde verilmeyeceğini hiyerarşik üst belirliyor, imza yetkisini ise bir yardımcısına devrediyor. Burada eğer bştşn sorumluluk o yardımcıya gider dersiniz, esas sorumlu olan kişiye perdelemiş olursunuz. Dolayısıyla bu şartlar kapsamında sorumluluk valide kalıyor, eğer hiç bir şart belirlemediyse bu seferde hiç bir şart belirlemediği ve tamamen takdire bıraktığı için sorumluluk yine valide kalıyor.

Kanunlarda yetki verilirken vali demesi ile valilik demesi arasında hukukumuzda bir ayırım yapılıyor. Mesela silah ruhsatları veya 6183'e göre ihtiyati haciz kararı valilik tarafından verilir derse farklı, vali tarafından verilir derse farklı. Çünkü valilik derse bunu tamamen şahsa verilmiş bir yetki olarak kabul ediyor, dolayısıyla şahsa verilmiş olduğu ve yardımcısına dahi devredemeyeceği kabul ediyor. Ancak valilik derse ister vekâleten ister yetki devriyle olsun, bunun devredilmesini mümkün görüyor. Çünkü valilikte bir kurum var, yetki o kuruma verilmiş. O sırada kurumu kim temsil ediyorsa onun yapmasında bir aykırılık görşlmüyor. Ama vali derse o kurumu işgal eden, dolduran kişinin şahsen buna karar vermesi gerektiğini belirlemiş oluyor, onun dışında kimse karar veremez, imza atamaz. Yardımcısı da vekili de imzalayamaz. Doktrinde vali vekili imzalayamaz ama vali vekili imzalar mı çerçevesinde tartışılıyor. Vekil vali başka vali olmadığı bir durumda vali yerine geçtiği için imzalayabilir; ama valinin vekili olan kişi imzalayamaz diye bir ayırım yapılıyor.

*Danıştay 5. Dairesinin Aile Sağlığı Merkezi Kararı incelendi³.

³ DANIşTAY 5. DAİRE E. 2012/11782 K. 2015/5057 T. 14.5.2015

*Ruhsatsız Baz İstasyonuna ilişkin karar incelendi⁴.

*Kilis valisini görevden alan bakanlar kurulu kararına ilişkin yargı kararı incelendi⁵.

*Belediye başkanının görevden alınması ve üye yeter sayısına ilişkin yargı kararı incelendi⁶.

*Karayoluyla Yurtiçi Taşımacılık hakkında karar incelendi⁷.

Yetki, bir işlemi kim yapmış sorusunun cevabıdır. Kim yapmalıdır arayışı sonunda bulunan veriyle uygunluğu denetlenir. Yetkiye ilişkin bilinmesi gereken az sayıda veri vardır, bunlar:

- 1) Yetkisizlik asıldır.
- 2) Yetkide ve usulde paralellik.
- 3) Vekâleten atama ile bir makama vekâlet etme arasındaki fark.
- 4) Yetki devri ve imza yetkisi devri.

Ayrıca kitaplarda kişi bakımından, konu bakımından, zaman bakımından yetki gibi açıklamalar var.

Kişi bakımından yetki bir makama atanan kişi kimse, o yetki ancak o kişi tarafından kullanılabilir. Kişi göreve başlamadan veya görevden alındıktan sonra bu yetkiyi kullanmasının bir yetki sakatlığı olduğu dile getiriliyor.

Zaman bakımından yetkide de aynı örnek üzerinden gidip görevli olunan zaman çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilir.

Konu bakımından yetkide bazı hususlarda konu bakımından ayırım yapılıyor. Örneğin imar konusunda belediye yetkili ancak kıyılarda bakanlık yetkili kılınıyor. Dolayısıyla imar yetkisinin bir kısmı belediye sınırları içinde olsa bile bakanlığa geçiyor. Dolayısıyla konu bakımından bir belirleme yapmış oluyor. Başka bir örnek: okul yapmakla milli eğitim bakanlığı görevli ama kanun il içindeki ilkokulları yapma işini il özel idaresine vermiş, yani konu bakımından ilkokul yapma görevi il özel idaresine verilmiştir. Böyle konu bakımından çeşitli paylaşımlar gündeme gelebiliyor, bunlar konu bakımından yetki kapsamında gündeme geliyor.

ŞEKİL/USUL UNSURU

Şekil/usul tek bir unsur; ancak iki parçadan oluşuyor. Aslında birbirlerinden farklı şeyler. Usul, işlemin yapımı sırasındaki aşamaları gösteriyor. Şekil ise işlemin bütün olarak şeklini gösteriyor.

Dolayısıyla kanunlarda buna ilişkin farklı düzenlemeler olabiliyor. Birçok idari işlem için ise ne şekil ne usul düzenlemesi var. Şekil/usul düzenlemeleri kanunlarda

⁴ DANIŞTAY 14. DAİRE E. 2012/4962 K. 2012/6897 T. 10.10.2012

⁵ DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULU E. 2007/36 K. 2012/1271 T. 26.9.2012

⁶ DANIŞTAY 8. DAİRE E. 2010/9303 K. 2013/6778 T. 1.10.2013

⁷ DANIŞTAY 10. DAİRE E. 2008/1207 T. 6.12.2011

ve kanunun açık iznine bağılı olarak düzenleyici işlemlerde gösterilmiş olabilir. Gösterilmiş ise buna uyulmaması sakatlık oluşturur; ancak birçok kanunda bunlara ilişkin düzenleme yoktur. Çünkü Türkiye'de genel bir idari usul yasası getirilmemiştir. İdari Yargılama Usulü var ama genel bir idari usul yasası yoktur. Genel bir idari usul yasası olmadığı için işlemlerin yapılma usulüne ilişkin genel kurallar yok. Mesela bir yaptırım uygulanmadan önce kişinin açıklamasını istemek genel bir usul yasasıyla düzenlenmesi gereken bir kuraldır. Bu kural, disiplin cezaları bakımından Anayasa'da var, savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Suçüstü yakalansa, hiç tereddüt olmasa bile yine de savunma almadan yaptırım uygulanırsa işlem sakatlanıyor. Usule uyup itham bildirilmeli, aleyhindeki delilleri bilen kişi savunma yapacak ve daha sonra değerlendirilerek disiplin cezası verilecek ya da verilmeyecektir. Belki suçüstü yakalanan kâğıtta sınava ilişkin bir kopya değil de çıkışta buluşalım yazan bir kâğıttır. Kâğıtta yazan derse ilişkin bir şey olmayabilir, dolayısıyla sınavda kâğıt verirken görme %99 ihtimalle kopya çekildiğine işaret etse bile, açıklamalar, tanıklar, deliller kapsamında değerlendirilince durumun öyle olmadığı ortaya çıkabilir.

Dolayısıyla suçüstü olan hallerde bile savunmaya ilişkin hususlar var. Bazı durumlarda bir yaptırım olup olmadığı belli olmayan yaptırımlarda tereddütler doğuyor. Örneğin memurlar için 10 gün üst üste mazeretsiz işe gelmeyen memurun çekilmiş sayılması söz konusu, memur istifa dilekçesi vermiş gibi sayılıyor. Bunda da aynı kuralı uygulamak gerekir mi gerekmez mi? İdare bunu uygulamıyor, tutanaklara bakarak 10 gün üst üste gelmeyen memurun çekilmiş sayılmasına ilişkin bir işlem tesis ediyor, maaşını keserek kişiye bildiriyor. Açılan davalar sonucunda idari yargı, burada da mutlaka bir açıklama istenmelidir diyor. Çünkü işe gelmemesi irade dışı olabilir. Hastalık nedeniyle gelmemiş olabilir, hastalığın niteliği dolayısıyla rapor getirememiştir, trafik kazası dolayısıyla komaya girdiği için irade bildirecek durumda değildir. Kendi iradesi dışında gelmesine engel olan durumlar olabilir. Tutuklama bu kapsamda değerlendiriliyor. Memur tutuklanmış ise memuru müstafi addetme şartı gerçekleşmemiştir diye karar veriliyor; çünkü gelmemesi için mazereti var, kendi iradesiyle gelmemezlik yapmıyor. Tutuklandığı veya hüküm giydiği şeyden dolayı ayrıca disiplin cezaları olabilir ama işe mazeretsiz gelmemiş olma sayılmaz yönünde karar veriliyor, dolayısıyla açıklama alınmalıdır deniliyor. Açıklama alındıktan sonra gerçekten kabul edilebilir bir mazereti yoksa müstafi sayılabilir deniyor. Birçok şeyde idari yargı bu yönde kararlar veriyor, idari yargı usul kuralları getirmeye çalışıyor.

Yargı yerleri, kişinin hak kaybına uğrayacağı bir durum, bir yerden bir statüden çıkartmak, bir ceza yaptırımı sonucu taşıyacak bir işlem söz konusu ise önce bildirilmeli ve sonra açıklama alınmalıdır diyor. Böylece bir usul kuralı getirilmiş oluyor. Buna uyulmamışsa da usul bakımından sakatlık gündeme geliyor. Belki bu usul uygulanırsa da aynı sonuç gerçekleşecektir. Gerçekten mazeretsiz olarak gelmemiş, bir şeye kızıp işe gelmiyor olabilir ve gerçekten de istifa iradesi anlamına gelecek bir tutumu var. Durum bu olsa bile, burada da sonradan icazet vermek suretiyle geçerlilik kazandırmak mümkün olmaz. Meslekten çıkartma usul sakatlığı dolayısıyla aykırı bulunuyor; ama bu tekrardan aynı gerekçeyle meslekten çıkarılamaz anlamında bir hukuka aykırılık değil, sadece usule uyulmadığı için hukuka aykırılık söz konusu

oluyor. İdare usulü gerçekleştirdiğinden kişinin geçerli bir mazereti yoksa yine aynı yaptırım uygulanır.

Gelişmiş hukuk sistemlerinde usulü belirleyen yasal hükümler var. Bizde de kişiler bakımından temel hakları etkileyecek hususlarda kanunlarla usuller getirilmiştir. Mesela kamulaştırma işleminin çok çetrefil ve ayrıntılı bir usulü var. İdare ben kamulaştırdım diyerek taşınmaz el koyamaz. Öylesine bir usul var ki idare kamulaştırmaya karar verdiği zaman, adli yargıya başvurup taşınmaza değer biçiyor ve adli yargı vasıtasıyla taşınmazın adına tescilini talep ediyor, dolayısıyla mahkeme kararıyla işini yürütüyor. Kamulaştırma mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu için idarenin iradesi yeterli görülüyor, usul olarak idarenin mahkemeye başvurarak mahkemeden karar alması gerekliliği getiriliyor. Acele hallerde de idare yine mahkemeye başvurarak acele kamulaştırmada kıymet tespitine yarayacak unsurları belirtmesini istiyor. Dolayısıyla bazı hususlarda usul öngörülmüştür. Disiplin cezalarında var, kamulaştırmada var, ihalelerde var, mahkeme kararlarıyla ortaya konmuş usuller de var. Yaptırımlarda illa ilgilinin açıklaması alınması kuralı böyle yargı kararıyla gelmiş bir usul kuralıdır. Diğer idari işlemler açısından da bir idari usul kanunu çıkarılması gündemdedir. Bu kanunda idari işlemlerin her birinin yapılabilmesi için farklı bir usul öngörülecek ve bu usullere uyulmamasının sonuçları bu kapsamda değerlendirilecektir.

Burada bir nüanstan bahsettik. Her usul sakatlığı iptali gerektirmez, buna ilişkin bir içtihat var. Bu içtihat düzenlenmiş bazı usullerin esası belirlemede etkili olmamasından kaynaklanan bir içtihattır. Bazı şekil unsuru aykırılıklarında sakatlık olmadığı söyleniyor, bu husustaki içtihat da giderek geliyor ve farklılaşıyor. Eskiden sınavlarda cüppe giyilmemesi usul sakatlığı olarak görülüyordu; ancak esası etkilemediği için artık sakatlık olarak görülüyor. Dolayısıyla sonucu değiştirmeyecek usul sakatlıklarını yargı bir iptal gerekçesi olarak görmüyor.

İdari İşlemler (Devam)

İşlemler, idare hukukunun problemleri noktalarından biridir. Biz konuya bu işlemleri tanımaya çalışarak başladık. İşlemler idarenin hareket aracıdır, diğer bütün konularda işlemler aracılık eder. Dolayısıyla idarenin faaliyetleri konusunda mutlaka hukuki rejimi değerlendirilmesi gereken hukuki muamele türü idari işlemlerdir. Bunu çeşitli açılardan tanımaya çalışarak unsurlarına giriş yaptık. Yetki, usul ve şekle ilişkin unsurlara ikişer defa değindik, şimdi diğer unsurlardan devam edeceğiz.

İşlemin 5 unsuru olduğundan bahsettik.

Yetki: işlemi kim yapıyor.

Şekil/usul: işlemin yapılış biçimini,

Sebep, konu ve maksat kaldı. Bunların hepsi bir bütünün parçasıdır, bütün işlemdir. Bütünün içinde bu unsurların nasıl tespit edileceği problemi vardır. Bütünün parçaları nasıl tespit edilecektir? Bütüne ilişkin nispet ederek tespit etmek problemlidir.

Şekle baktığımızda problem çıkmıyor. Bütüne "işlemi kim yapmış" diye soruyoruz. İşlemin yapılmasına bir usul öngörülüp mü, bir şekil var mı, işlemin belli bir şekli var mı, bunları bütüne sorarak cevaplandırabiliyoruz. Ancak sebep ve konuyu nasıl ayıracağız problemi var.

Sebepl Unsuru

Sebepl bir işlemin yapılmasının gerekçesi, işlemin yapılmasına yol açan hukuki unsurdur. Sebebin sorusu (teknik bir soru olmasa da sebebi bulmak için kolaylaştırıcı bir soru) "niçin", bu işlem niçin yapılmış sorusunun cevabı bir anlam ifade edebilir. Ancak gerçek sebebi bulmak bakımından şöyle bir problem var: işlem dediğimiz şey esasında sebep ve konudan oluşuyor. Örnekleri ele alalım. Kişinin yurtdışına çıkış yasağı varsa, ona pasaport verilemez. Bu işlemin yetkisi, şekil/usulü ve maksadına ilişkin bir şeyler söylenebilir; ancak bu işlemin ana gövdesini sebebi ve konusu oluşturur. Yurtdışına çıkış yasağı olması hukuki sebep, bu yüzden pasaport verilmemesi ise konu unsurudur. Kamu görevlisine disiplin cezası verilmesinde kamu görevlisinin yaptığı fiil dolayısıyla ceza verilmesi söz konusudur. Diğer unsurlar da bu işlemin bir parçası ancak işlem denilen şeyin ana gövdesi sebep ve konu unsurudur. O yüzden eskiden bu iki unsura birlikte "esas" unsuru denilerek tek bir unsur olarak anılmaktaydı. İşlem bundan ibaret olduğuna göre, işleme hangi soruyu sorup da sebep ve konu unsurlarını ayıracağız problemi gündeme gelmektedir. Mesela pasaport vermeme işlemi niçin yapılmış? Yurtdışına çıkış yasağı olduğu için yapılmıştır. Burada sebep mi sakat konu mu sakat? Yurtdışına çıkış yasağı gerçekten yoksa sebep sakat denebilir; ama çıkış yasağı yokken bir kişiye pasaport verilmemesinde aynı zamanda konuyu sakatlar denebilir. Çünkü bu halde pasaport verilmesi gerekmektedir. Öyle bir bağlantı var ki doktrin bunun altından çıkamamaktadır. Sebepl sakat olduğu her zaman konu da sakat mıdır? Eğer sebep o konuyu gerektirmiyorsa konuda da sakatlık ihtimali doğuyor denmektedir. Burada soracağımız soruyu nereye soracağımızla ilgili bir problem var. Pergelin sabit ucu nerede olacak? Konuda mı sebepte mi? Yurtdışı çıkış yasağı işlemi üzerinde durarak tek tek değerlendireceğiz. Kim koyabilir? Yasak niçin, Hangi gerekçelerle konabilir, bu gerekçeler var mı? Yurtdışına çıkış yasağı koyma usulüne uyulmuş mu? Yurtdışına çıkış yasağının şekli nedir ve buna uyulmuş mu? Buradan şunu anlıyoruz: konunun üzerinde durduğumuz için sanki konu hiç bir zaman sakat olmazmış gibi geliyor.

Bu durum düşüncenin de açmazlarından birisidir. Bir bütünü parçalara böldüğümüz zaman parçalardan hareketle bütün nasıl değerlendirilmelidir? Çünkü bütün parçaya sığmaz. Dolayısıyla her bir parçaya ayrı ayrı incelemek için sabit durmanız gereken bir nokta vardır. Bütün parçalandığına göre artık bütünde de durulamaz. Dolayısıyla bir parçanın sakatlığını nasıl tespit edeceğiz? Sebebin sakatlığının önce unsurlarını göstermek gerekir. **Sebebin iki tür sakatlığı bulunmaktadır:**

Hukuki Sebep Sakatlığı ve Maddi Sebep Sakatlığı

Hukuki sebep sakatlığı mevzuat bakımından yanlış bir gerekçe ihdas etmekten kaynaklanabilir. Örneğin, kamu görevlisine izin almadan yabancı ile evlendi diye disiplin cezası verilmiş. Askerlerde böyle bir yasak var, yabancı ile evlenen izin almak durumunda; ancak bu kural tüm kamu görevlileri için yok. Dolayısıyla hukuki sebepte bir sakatlık söz konusudur. Böyle bir mecburiyet getiren kanun maddesi olmadığına göre, buna yönelik bir işlem tesisinde hukuki sebep sakatlığı vardı. Bunu gerektiren gerekli ve yeterli hukuki sebep yok.

Bazen hukuki sebep olsa da maddi sebep olmayabilir.

Aynı örnekten gidersek muvazzaf subay olan asker yabancı ile evlendi gerekçesi ile disiplin cezası almış; ancak evlendiği kişi yabancı kökenli olsa da Türk vatandaşı, dolayısıyla ortada bir yabancılık yok. Burada da ki sakatlık hukuki sebebe ilişkin değildir. Hukuki sebep var, kişinin yabancı ile evlenmesi yasak ve buna ilişkin yaptırım öngörülmüş. Ancak olayda yabancı ile evlenme fiili mevcut değil. Dolayısıyla burada maddi sebep konusunda bir sakatlık var. Memur hırsızlık yapmaktan ceza alsın ve hırsızlık yapmadığı ortaya çıksa maddi sebep olmadığı söylenecektir. Hırsızlık yapan kişi kamu görevlisi ise elbette ki disiplin cezası verilir. Ama hırsızlık yapmadığı ortaya çıktığında hukuki sebebin maddi vakıası gerçekleşmemiş olur ve sakatlık var denir.

Yani sebebin bir hukuki bir de maddi sebebi vardır denebilir.

Sakatlık her ikisinde de olabilir, sadece birinde de olabilir. İdareler bazen büyük yanlışla yapıyor, bu durumlarda hem hukuki sebep hem de hukuki sebebi gerçekleştiren maddi sebep işlemde eksik olabiliyor. Bir kamu görevlisine yabancı ile evlendi diye disiplin cezası verilse, hem yabancı ile evlenmemiş olsa hem de evlenme yasağının kapsamında olmayan bir kamu görevlisi olsa, hem hukuki sebep hem de maddi sebep sakat olacaktır. Sebep idare hukuku bakımından önemlidir, önemi de şuradan kaynaklanır: "İdare sebepsiz bir işlem yapamaz". Yani takdirini mutlaka somut bir sebebe bağlamalıdır, maddi ve hukuki bir sebebe bağlaması gerekir. Özel hukuktakinden farklı olarak böyle bir ihtiyaç doğmuş. Özel hukukta siz malınızı saik tartışması olmaksızın, bağışlayabilirsiniz. Kişi malını istediği fiyata satabilir, değerinin üstünde veya altında satabilir, bağışlayabilir. Dolayısıyla özel hukuk, esas olarak sebebin insanın içinde kaldığı, saikin insanın içinde kaldığı iradeyi ifsat eden hususlar yoksa işlemin tartışılmadığı bir hukuk düzeni iken; idare hukukunda idare sebebe bağlı işlem yapmak zorundadır. Hiç bir işlemi sebep olmadan yapmaz. Takdir yetkisi olan hususlarda bile sebep olmadan yapamaz.

Takdir yetkisi, sebep olmadan işlem yapma yetkisi değil, sebebi takdir etme yetkisidir.

Dolayısıyla yine bir sebep var ancak bu sebebe ilişkin idarenin bağlı yetkisi yok. Burada takdir yetkisi ve bağlı yetkiye değineceğiz. Bunlar her halükarda sebep ve konunun olmadığı anlamına gelmez. Bunlarda yetki kelimesi geçmesine rağmen sebep ve konuyu ilgilendiren hususlardır. Mesela usul ve yetki yaptırması amaç unsurunu ilgilendirirken, takdir yetkisi ve bağlı yetki sebep ve konu unsurlarını ilgilendiriyor.

Tekrar sebebe dönecek olursak; ilk değerlendirmenize sunulan şey "idare sebepsiz bir işlem yapamaz." İdarenin bütün işlemlerinin hukuki sebebi olması gerekir. Bu sebebin de mevzuatla düzenlenmiş ve kabul edilmiş, işlem yapmaya yeterli bir sebep olması gerekir. Dolayısıyla sebep, idarenin sadece tercih ettiği veya dayandığı maddi olay değil, aynı zamanda buna bir işlemin sebebi olma sonucu bağlamış bir hukuki düzenlemenin de gereğidir. Yani bir işlemin sebebi aslında bir hukuki düzenleme "bu işlem bu sebeple yapılabilir" dediği için ayrıca araştırılır. Sebebin işlemle olan bağlantısı hukuki düzenleme ile kurulmuştur. Bir işlem ancak hukuki düzenleme ile bağlantısı, kurulmuş bir sebebin varlığı veya yokluğu iddiasına dayanılarak yapılabilir. Kişinin değerlendirme yapabilmesi, hak ve statülerin belirlenmesi, taleplerinin reddi veya kabulü için mutlaka bir sebep gerekmektedir ve bu sebep idarenin serbestçe icat ettiği, serbestçe bağlantısını kurduğu bir sebep değil, hukuki muamelelerle bağlantısı kurulan bir sebeptir.

İkinci husus sebebin iki boyutu olduğuydu: maddi boyut ve hukuki boyut.

Maddi boyutta, sebebin maddi alemde vakıa olarak gerçekleşmesi, gerçekten var olup olmaması, örneğin "gerçekten işe devam edilmiş mi edilmemiş mi, isnat edilen fiil gerçekten işlenmiş mi, böyle bir hakkı var mı", bunlara ilişkin taleplerin değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Hukuki boyut ise mevzuatta işlemin sebep unsuru olarak düzenlenmiş hususlar var mı ona bakılır. Sebep unsuru en net disiplin yönetmeliğinde görülür. Hem memurlara hem öğrencilere ilişkin disiplin yönetmeliklerinde sebep ve konu birbirinden ayrılmıştır. Düzenleme şu şekildedir: uyarma cezasını, kınama cezasını, aylıktan kesme cezasını gerektiren fiiller şunlardır diyerek sayar ve gösterir. Bu sayılanlar, bu cezaların verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken sebeplerdir. Bu sebeplerden birisi gerçekleşmişse cezayı gerektirir. Dolayısıyla örneğin aylıktan kesme cezasını gerektiren fiiller, hukuki olarak aylıktan kesme cezasının altında düzenlendiği için, sayılan hususlar fiilen gerçekleşmişse disiplin cezası bakımından sebep unsuru vardır denmelidir.

Sebep unsurundaki yanılma sebep sakatlığın sebebiyet verir. Yanılmada kınama cezası gerektiren bir fiil, aylıktan kesme cezası olarak değerlendirilirse veya hiç gerçekleşmemiş bir fiile istinaden disiplin cezası verilmişse, burada da sakatlık gündeme gelecektir.

Bizim hukukumuz bakımından kritik bir nokta var: Hukukumuzda idare işleminin sebebini her durumda göstermek zorunda değil, bu garip bir noktadır. Ama işlemine ilişkin dava açıldığında işlemine ilişkin sebebi göstermek ve ispat etmek

zorunda, ispat külfeti idareye düşüyor. İdarenin herhalde hızlı hareket edebilmesini sağlamak için her işleme ayrıca sebep unsurunu yazma mecburiyeti getirilmemiş. Ancak bu, "sebebi unsurunu hiç bir idari işlemde yer almayacak" demek değildir. Hukuka saygılı bir idarenin yapması gereken sebep unsurunu göstermektir. Özellikle yaptırımlarda, yaptırım olması nedeniyle, sebebi gösterme mecburiyeti var; ama onun dışındaki idari işlemlerde sebebe ilişkin bir açıklamaya gerek yok. Ama tekrar etmek gerekirse dava açıldığında idare, sebebi göstermek ve ispat etmek zorundadır. Buradaki en önemli nokta, idarenin sebebin gerçekleştiğini ispat etmek zorunda olmasıdır. **Dolayısıyla idareye düşen bir yükümlülük var. Bu yükümlülük, işlemi yaparken sebep unsurunu değerlendirdiğini, sebebi belirlediğini, bu sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırdığını ve bu sebebe bağlı olarak işlem tesis ettiğini ispat etmek zorunda bırakmaktadır.**

Dikkat edilirse **ispat külfetinin idareye düşüyor olması** önemlidir. Kişiler için gerçekte böyle bir şey yoktur, ispat etmek zorunda değildir. Bunun yerine idare "böyle bir şey vardır" diye ispat etmek zorundadır. Örneğin disiplin soruşturması açıldı ve idare hırsızlık isnadında bulundu. Hırsızlık yapıldığını ispat etmekte bir zorluk var, garip bir zorluk var. Hâlbuki idare hırsızlık yapıldığını ispat edebilir. Şu kayboldu, o sırada şu kişi oradaydı, daha sonra yapılan aramada o kişinin odasında çıktı gibi hususları, kişinin hırsızlık yaptığını ispat edici unsurları idare araştırmak ve ortaya koymak zorundadır. Yani idare sebebin varlığını, işlemini yaparken bu sebebin gerçekleşmesi verisine dayandığını ispat etmek zorundadır.

Dolayısıyla sebep, işlemin önemli noktalarından birisi, yola çıkış noktası:

Teknik açıdan bakıldığında önce sebep ve yetki var, daha sonra işlem usulle devam ediyor, şekille bitiyor ve bütün unsurlar maksat unsurunda çevreleniyor. Konu da bunların bütününde ortaya çıkıyor. Bir sebep olmadan işlem süreci başlayamaz. Ortada mutlaka bir talep olmalı veya idarenin bir ihtiyacı olacak ki süreç başlasın. İdarenin işlemleri bakımından çeşitli işlemler gündeme gelebiliyor. Pancar ithalatına ilişkin bir tebliği yayınlamak isteyen idare bunu neden yapar? Pancar iç piyasada azalmıştır, pancar ithali gerekmektedir. Bu pancar ithalinin de düzenlenmesi gerekir ki iç pazardaki çiftçi korunabilsin. Dolayısıyla bu genel düzenleyici işlem açısından bir sebep ortaya çıkmıştır. Pancar yokluğu, pancar ithalatının gerekli olması ve bunun düzenlenmesi ihtiyacı, idareyi değerlendirmeler yapmaya ve işlemi belirlemeye sevk eder. Hangi şartlarda ithalat yapılacak, ithalat ne kadar tonla sınırlı olacak, gibi unsurlar bu işlemlerle belirlenir. Aynı şekilde idare spor müsabakalarında şiddetin artması üzerine, maçlara ilişkin passolig diye bir uygulama başlattı. Bu çok tepki toplayan bir uygulama oldu. İnsanlar temel özgürlüklere, ticaret özgürlüğüne aykırı olduğunu iddia ediyorlar. Bilgilerin verilmesinin bilgi güvenliği problemi çıkaracağı öne sürülüyor. Buna karşı bir dava açıldığında idare, sebebi ispat etmek durumundadır: "Şu olaylar oldu, şu ülkelerde benzer uygulama var, bu düzenlemede istediğimiz bilgiler ancak kimlik tespitine yöneliktir ve ancak amaca yönelik bir düzenlemedir.". Burada mahkemenin iptal etmesi veya talebi reddetmesi, sebepten de yola çıkılarak yapılacak bir değerlendirme gerektirir. Spor müsabakalarındaki şiddetin önlenmesi düzenlemesi ile kişilerden istenen bilgiler ve bu bilgilerin bankaya verilmesi sebebin gerektirdiği şeyler midir? Bu aslında konuya da giriyor.

Konu Unsuru

Aynı örnekte konuyu değerlendirelim. Sebep ve konu açısından istenen bilgiler konu unsurunu oluşturuyor. *Ne yapılmış?* sorusu ile konuyu araştırıyoruz. Konu denilen şey işlemin sonucudur, getirdiği düzenleme, hukuki durumdur. Yasaklama, cezalandırma, yaptırım uygulama, hak verme, hak talebini reddetme, örneğimizde passolig kartı verme veya vermeme hep hukuki durum ve konuyu ilgilendiriyor.

Konu açısından sakatlık nasıl ortaya çıkabilir? Bir kere mevzuatta hiç öngörülmemiş bir konuyu idare yapabilir. Mesela sınıfa geç gelen biri tek ayak üzerine tahtaya kaldırılsa, bu disiplin yönetmeliklerinde öngörülmüş bir ceza türü olmaz. O yüzden konu bakımından sakat olur. Sınıfa geç kalmak dolayısıyla müdürden geç kâğıdı alan orta öğretim öğrencilerinde konu bakımından sakatlık yok; ama kişinin disiplin fiilini işleyip işlememesinden bağımsız olarak yapılan cezalandırmanın konu bakımından yeri olmaması bir sakatlıktır. Dikkat edilirse burada kişinin bir aykırı fiili yoktur demiyoruz, sebep bakımından cezalandırmayı gerektiren bir sebep olabilir; ama verilen ceza, işlemin konusu, işlemin sonucu mevzuatta hiç öngörülmemiş bir konu olduğu için sakatlığa sebep verir. Örneğin memurlar disiplin yönetmeliğinde "yönetim görevinden ayırma" diye bir disiplin cezası vardı, sonra iptal edildi. İptal edilmesine rağmen birçok soruşturmada idareler bu cezaya hükmetti. Bunlar konu bakımından sakattır. Çünkü artık disiplin yönetmeliğinde böyle bir ceza yok. Olmasının gerekliliği başka bir şey, o genel düzenleyici işlemlere ilişkin bir tartışmadır. Hukuki bakımdan mümkün olmayan bir şeyin işleme ihdas edilmesi ise konu bakımından sakatlığa sebebiyet verir.

Kişi hem sebepsiz olarak geç kalmamış, örneğin servis geç kaldığı için, okulun servisi dolayısıyla geç kalmış -dolayısıyla kişi için cezayı gerektiren bir sebep yok-; hem de tahtada tek ayak üstünde bekletme gibi hukuka aykırı bir yaptırım uygulanmış. O zaman iki unsur da sakattır demeliyiz, hem sebep hem konu sakat. Tersine döndüğünde ise bir problem ortaya çıkıyor. Sebep aylıktan kesmeyi gerektiren bir sebep, konu olarak ise memuriyetten çıkarma cezası verilmiş. İşlemin bütünü başka bir sebebe dayanarak meslekten çıkarma cezası verilmiş. Aylıktan kesmeyi gerektiren fiile bakarak sadece konu sakattır mı diyeceğiz? Yoksa işleme bakarak hem aylıktan kesme sebebi olmaz, hem de konu bu fiile uygun değildir mi diyeceğiz? Buradaki problem işlem denen bütündeki iki parçanın sakatlığından kaynaklanıyor. İşlemin bütününden ayrıştığımız için, işlem diyerek neyin üstünde durarak sebebe bakacağız ve neyin üstünde durarak konuya bakacağız sorunu var. *Konunun üstünde durarak bakarsak sebep, sebepten bakarsak konu sakattır* denecek.

Hukukçular da ise farkında olunmadan değişken bir duruş tercih ediliyor. Hukukçular işlemi bütününe ayırıp önce sebebe bakıyorlar ve sebebin üstünde durarak konuyu değerlendiriyorlar. Sebepteki fiil bu konuyu gerektirir mi diye bakarak gerektirmediğini görünce konu sakattır diyor. Sonra konunun üstüne geliyor, konudan sebebe bakıyor, bu konuyu yerine getirebilmek için bu sebep yeterli midir diye bakıyor, değilse de sebep sakattır diyor. Örnek olarak mesai saatlerinde ticari faaliyette bulunma meslekten çıkartma cezasını gerektiriyor ancak aylıktan kesme cezası verilmiştir. Ticari faaliyette bulunmaya bakılınca bu aylıktan kesmeyi gerektirmez

konu sakattır deniyor. Sonra aylıktan kesmeye bakılıyor, buna ilişkin de ticari faaliyette bulunma uygun bir sebep midir diye bakıyor, dolayısıyla ikisi de sakattır diyor. Bir onda bir diğerinde durulduğu için, iki arasında uyumsuzluk varsa her iki unsur da sakat oluyor.

Kanaatimce şöyle bir yöntem izlemek gerek: sebebin gerçek olup olmadığından yola çıkarak değerlendirme yapılmalıdır.

Sebepler gerçekse bu sebep durulacak noktadır, bu sebepten yola çıkarak diğer unsurlara bakmak gerekmektedir. Gerçekten ticari faaliyette bulunmuş mu, sebepte bir sakatlık var mı yok mu? Bu sebep aylıktan kesme cezasını gerektirmediği için aylıktan kesme hukuka aykırıdır demeliyiz, yani konu bakımından aykırılık var. Sebep gerçekleşmiş ama buna bağlı olmayan bir ceza verilmiş. Aylıktan kesmeden sebebe bakmaya gerek yok, aylıktan kesmeden bakarsak bunu gerektirecek bir ceza yoktur deyip gerçek bir fiili görmezden gelmiş oluruz. Yola çıkış noktası sebep olacağı için işlemin çekirdeği sebep unsurudur diye düşünüp, sebebin gerçek olup olmamasına bağlı olarak etrafında pergel gibi dönmek gerekir. Yetki, şekil/usul, konu ve maksat, sebepten yola çıkarak değerlendirilmeli. Ancak bu benimsenen bir görüş değildir.

Danıştay'ın bulduğu daha kolay bir yöntem var. Danıştay bunlara hiç girmiyor, unsur sakatlıklarını açıklamıyor. Davaya bakarak sonunda *hukuka uyarlık* veya *aykırılık* görülmemiştir diye karar veriyor. Unsur konusu tartışmalı olduğu için, Danıştay bu unsurları incelese bile, sakatlık olduğuna kararlarda çok az yer veriyor. Yetkiye, şekil/usule ve maksat unsuruna kararlarda yer veriliyor; ancak sebep ve konuya ilişkin sakatlıklara çok az yer veriyor; çünkü ayırt etme problemi var ve düşünce bakımından çelişki oluşturuyor. Bunun sebebi de bütün-parça ilişkisi. Bütünü değerlendirirken parçadan yola çıkılıyor; ancak parça değerlendirilirken nispet edilecek bir sabit nokta bulunamıyor. Eskiden *esas* denerek esasta sabitlenmişken, hukuk düşüncesi bunu sebep ve konu olarak ayırınca bir problem doğdu. İki ayrı nokta ortaya çıkınca bir noktada sabit durulamaz oldu.

Genel kabul, denildiği gibi yer değiştirerek bakmak, sebepten konuya, konudan sebebe bakmaktır. Birçok durumda daha doğru sonuç veren, maddi bakımdan gerçekleşmiş sebepten bakmaktır. Zira muamele yapmayı gerektiren bu maddi sebeptir. Sebep işin öncülüdür, zaman bakımından önce çıkan *sebepler*. Bu sebebe göre diğer unsurlar belirlenmelidir. Konudan yola çıkılırsa, konu yanlış olduğundan, yetkili olanın sebebi yanlış olarak ele aldığı sanılabilir. **Dolayısıyla sebepteki sakatlık başta değerlendirilmelidir.**

İşlem genellikle konu unsuru bakımından karşımıza çıkıyor.

"Sınıfta sigara içmek yasaktır" işleminde sigaranın yasak olması cümlesi, yoğun olarak işlemin konusunu gösteriyor, diğer unsurlara ilişkin bir şey bu cümlede yok. Sonra kimin yaptığına bakıyoruz; dekanlık yapmış. Neden yapıldığına bakıyoruz; tütün ürünlerinin zararlarının engellenmesi ve toplu oturlan yerlerde içilmesinin sakıncası gibi bir hukuki sebepten dolayı yapılan bir düzenleme. Nasıl yapıldığına ilişkin olarak, yazılı olduğunu söylüyoruz. Maksat da kamu yararına uygundur diyoruz. Ama esasen karşımıza çıkan işlem *sınıfta sigara içmek yasaktır* ve bunun konusu da *sınıfta sigara içmenin yasak olması*. Yani yoğun olarak görünen konu unsuru, diğer unsurlar bu kadar açık görünmüyor.

Sebeup ve konunun değerlendirilmesinde karşımıza çıkan iki kavram var: *takdir yetkisi* ve *bağlı yetki*. Özellikle takdir yetkisi çokça önümüze çıkacak bir kavramdır. **Bağlı yetki** bir sebep gerçekleştiğinde zorunlu olarak devreye giren konudur. İdare adeta bağlıdır, o işlemi yapmak zorundadır. Dolayısıyla o sebep gerçekleşmişse idare bu konuyu tesis eden işlemi yapacaktır, işlemi yapıp yapmama ya da başka bir Şey yapma konusunda bir tercihi olamaz. Bu özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin hususlarda görülüyor. Böylece belirsizlik azaltılmış oluyor. Örneğin; mahkemece verilmiş bir karar üzerine idarenin yerine getirilmesi gereken işlemler hususunda bir bağlı yetkisi vardır. Sebep mahkeme kararının uygulanması gereği, konu ise idarenin bağlı yetki olarak mahkeme kararının isabetini dahi değerlendirmeden, mahkeme kararını tesis etmesidir. İtirazı varsa kanun yollarına gitmelidir.

Dolayısıyla sebep, uygulanması gereken mahkeme kararı, konu ise o mahkeme kararının gereğinin idarece yerine getirilmesidir.

Bu ve benzeri hususlarda sebep gerçekleştiğinde konu da belirlenmiş demektir. **Takdir yetkisinde** ise bir sebep gerçekleştiğinde, idare birden fazla konu seçme konusunda özgürdür. Ya da birden fazla sebep tek bir konuyu gerçekleştiriyorsa ya da birden fazla sebep birden fazla konu varsa, hangi sebebin hangi konuyu gerektireceği ya da hangi sebebe dayanılacağı idarenin takdirindedir. Bir sebep ve bir kaç konuya örnek olarak kişinin iş arkadaşıyla kavga etmiş olması fiilini gösterebiliriz. İş arkadaşıyla kavga etmenin farklı yaptırımları var. Memurluğa uygun olmayan davranıştan başka, üstünü veya astını taciz etmesi dolayısıyla başka ceza alabilir. Dolayısıyla bir fiil ve bu fiile karşılık olabilecek ayrı ayrı konular var. Burada idarenin durumu takdir etmesi söz konusu, burada tercih değil, takdir söz konusudur. Hangisini gerektirdiğini idare belirlemelidir. Kavga sözlü münakaşa olabilir, yumruk yumruğa olabilir, adeta pusu kurarak yaralamış olabilir. Sebebin değerlendirmesiyle hukuki tavsif dolayısıyla yaptırım değişecektir. Burada olay birdir; ama aynı Şekilde özetlenebilecek ve cezayı gerektiren birden fazla fiil olabilir. Kimisi bir haksızlığa karşı çıkma olarak değerlendirilebilir, kimisi aynı zamanda ceza hukuku sorumluluğunu da gerektiren yaralama gibi bir fiildir, kimisi de sadece saygısızlık memurluğa yakışmayacak fiil olarak değerlendirilebilir.

Dolayısıyla ortada bir maddi vakıa var; ancak birden fazla konu da söz konusu olabilir, buna idarenin takdir yetkisi denir. Karıştırılmaması gereken Şudur: **takdir yetkisi de yargı denetimine tabidir ve keyfi denetim anlamına gelmez**. Kendisine yapılan mobbinge artık katlanamıyorum diye isyan eden kişiye üstüne saygısızlıktan ceza verilmişse burada mahkeme, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını değerlendirip iptal edebilir. Burada idarenin keyfi bir tercih imkânı yoktur, olayın verilerine göre nitelendirme yapması gerekmektedir, takdir yetkisi budur. Bağlı yetkiden farkı bir değerlendirme marjı olmasındır. Bu değerlendirme gerekçeli olarak yapılmalıdır. Sebebe bağlı bir konu seçilmelidir ve dava açıldığında da bunu savunabilmeli, açıklayabilmelidir.

Dolayısıyla takdir yetkisi keyfi kullanılamaz ve hukuki/yargısal denetime tabi bir yetkidir. Buradaki zellikli durum, sebep veya konuda okluk olması ve bunlardan birisini tercih etme imkânı olmasındır; ancak bu tercih mutlaka olayın verilerine dayalı olmalıdır.

Diğer durumda birkaç sebep var, bu sebeplerden doğacak konuyu değerlendirmek gerekir. Bu tip takdir yetkisi genellikle kolluk alanında gündeme geliyor. İdare bakımından kamu düzenini bozan birden fazla olay ortaya çıkabilir. İdare kamu düzenini bozan eyleme karşı hiç müdahale etmeyip olayların büyümesini engellemeyi de tercih edebilir, silah kullanmaya kadar giden bir müdahaleyi de takdir edebilir. Burada kamu düzenini bozan fiilin ağırlığına göre, birden fazla yaptırımdan birini takdir etmelidir. Bu takdir de hukuka uygunluk denetimine tabidir; çünkü idare burada doğru bir değerlendirme yaparak doğru tedbir almak zorundadır.

Bir sebep, birden fazla konu olabilir; birden çok sebep, tek konu olabilir; hem sebep hem de konu birden fazla olabilir. Dolayısıyla takdir yetkisi açısından 3 farklı durum olabilir, bunların hepsinin hukuki denetiminin nasıl olacağı önemlidir. **İdarenin takdir yetkisinin olması idarenin hareketliliğinin bir gereğidir; ancak bu takdir yetkisi, keyfilik, denetlenemezlik değildir.** Takdir yetkisi sebep ve konu arasında bağlantı kurmakla ilgilidir. İdare işlemin sebebini ve bu konuyu gerektirdiğini ispat etmek zorundadır. Sebep ve konu arasında illiyet bağının kurulmasına ilişkin bir husustur.

Maksat Unsuru

Son unsur da maksat unsurudur. Diğer unsurlardan farkı, bir karineyle yola çıkan bir unsur olmasıdır. Bütün işlemlerin maksadının *kamu yararı* olduğu kabul ediliyor ve diğer unsurlardan farklı olarak burada idareye bir ispat külfeti düşmüyor. Burada "maksat unsuru sakattır" diyen, bunu ispat etmek zorunda. Diğer unsurlarda ise idare ispat etmek zorundadır. Burada idare karineden yararlanıyor, idare her işlemi **kamu yararı** için yapmış varsayılıyor. Bu unsurun sakat olabilmesi için iddia eden, idarenin bu işlemi kamu yararı için yapmadığı, husumet nedeniyle, kayırma amaçlı, kişisel yarar için, siyasi çıkar için yaptığı gibi iddiaları öne sürüp ispat etmelidir. Dolayısıyla burada ispat külfetinin yer değiştirmesi söz konusu ve işlemde var olduğu kabul edilen bir unsur olarak kamu yararı karşımıza çıkıyor. İdare bir işlemle kamu yararını nasıl güttüğünü kanıtlamak zorunda değildir. Ama idare diğer unsurları ispatlamak zorundadır.

1. Şekil usul sakatlığına ve araştırma görevlilerine ilişkin karar incelendi⁸.
2. Riskli Alanlara ilişkin karar incelendi⁹.
3. UKOME Kararı ve şekil eksikliğine ilişkin karar incelendi¹⁰.
4. Resen tarh edilen vergi ziyayı cezalı katma değer vergisinin kaldırılmasına ilişkin karar incelendi¹¹.
5. Usulde paralelliğe ilişkin Maliye Bakanlığı işlemine dair karar incelendi¹².

⁸ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 1988/2845 K. 1988/2749 T. 22.11.1988

⁹ DANIŞTAY 14. DAİRE E. 2013/1493 K. 2013/5670 T. 10.9.2013

¹⁰ DANIŞTAY 8. DAİRE E. 2009/7779 K. 2010/1593 T. 31.3.2010

¹¹ DANIŞTAY 9. DAİRE E. 2014/4977 K. 2014/4573 T. 16.6.2014

¹² DANIŞTAY 2. DAİRE E. 2007/2539 K. 2010/5023 T. 22.12.2010

6. Taş Ocağı ve Konkasör Tesisi Kurulmasına ilişkin karar incelendi¹³.
7. Gümrükler Muhafaza Genel Müdür Yardımcılığı görevi ve usulde paralellik ilkesine ilişkin karar incelendi¹⁴.

İdari İşlemlerin Sona Ermesi

İdari işlemlerin sona ermesi kısmına geldik; çünkü mantiki olarak baktığımızda ilk anlattığımız kısımlar bir hukuki muamelenin etrafında dolaştı. Öncelikle bu hukuki muamelelerin birbirleriyle farkını ortaya koymaya çalıştık; işlemler, eylemler ve sözleşmeler çeşitlerini. Sonra işlemlerin yapılış biçimi ve unsurlarına girdik. İşlemlerin unsurlarının özellikle sürekli olarak gündeme gelecek, yargılama hukukunda da kullanılacak bir malzeme olduğuna da işaret ettik ve yetki, sebep, şekil-unsur, konu, maksat unsurlarına girdik. Bir işlemin unsurlarının nasıl tespit edileceğini, tespit edilen unsurun hukuka uygun mu aykırı mı olduğunun nasıl değerlendirileceğine değindik. Size örnek yargı kararları okuduk. Bu yargı kararlarında işlemi yapmaya yetkili olanı belirleyen mevzuata aykırı işlem yapıldığı zaman nasıl değerlendirildiğini, sadece mevzuata aykırılık bakımından değil ilkeler bakımından da bu aykırılıkların nasıl kullanıldığına değindik. Yetkide ve usulde paralellik ilkesinin etkisine değindik, sebep ve konuda bağlı yetki, takdir yetkisi konularına değindik. Dolayısıyla; işlemlerle, ilkeler ve bu ilkelerin sonuçlarına ilişkin açıklamalarda bulunmaya çalıştık. Bu açıklamalar çerçevesinde gündemimize gelen işlemlerin bir de hukuk aleminden kalkışına bakmamız lazım. Böylelikle; işlemlerin varlığı, alternatifleri arasındaki yeri, işlevi, parçaladığımızda unsurları, bu unsurların hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmek ve kaldırılması şeklinde hususları görmüş olacağız.

Şimdi işlemlerin hukuk aleminden kalkmasının ihtimallerini değerlendirelim. Bütün bu ihtimallere kitaplarda her zaman değinilmiyor; çünkü farklı farklı alanların sonucu. Bir tanesi, artık çok fazla gündeme gelmiyor ama önemli: **işlemin kadük olması**. İkincisi; **işlemin yargı yeri tarafından iptal edilmesi**. Bu da işlemi hukuk aleminden kaldıran bir husus. Esas bizi ilgilendiren, kitaplarda yazan üçüncüsü ise, **işlemin, onu yapan idare tarafından sona erdirilmesi**. Bunun da birkaç ihtimali var: **Geri alma ve kaldırma** şeklinde farklı hukuki sonuçları olan iki biçimi var. Şimdi bunları göreceğiz.

İşlemlerin Mahkeme Kararı ile İptali

Yargısal iptal/yargı yolu ile iptal, bir hukuk devleti olmanın gereği olarak Anayasa'da da yazdığı üzere, *idarenin tüm eylem ve işlemleri yargısal denetime tâbi olduğu için*, unsurların birinde veya birkaçında bir sakatlık varsa ve buna karşı bir dava açılmışsa, bu işlem mahkeme kararı ile hukuk aleminden kaldırılır. *Mahkeme kararı ile hukuk aleminden kaldırılması demek, işlemin yapıldığı tarihten itibaren geçerli*

¹³ DANIŞTAY 14. DAİRE E. 2014/2688 K. 2014/6362 T. 3.6.2014

¹⁴ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 2011/433 K. 2011/3618 T. 24.6.2011

olmak üzere kaldırılması demektir. Yani; kaldırma tarihinden, mahkemenin karar verme tarihinden itibaren değil; ilk yapıldığı andan itibaren kaldırılmasına karar vermek. Bunun sonuçları olduğu için önemli. İlk yapıldığı andan itibaren kaldırma ne demek? Mesela; memurun 10.12.2015'te derecede yükseltilmesi gerekiyor; yükseltilmemiş. Dava açıyor, 10.10.2016'da karar veriliyor, bu karar verildikten sonra yükseltilmesi yapılmıyor, tıpkı 10.12.2015'te yükseltilmesi yapılması gereken durum mahkeme kararı ile tespit edildiği için bu tarihten itibaren yükseltilmiş gibi sonuç doğuruyor. Dolayısı ile; mahkeme kararı tarihi değil; hukuka aykırı işlemin yerine geçerek onun yapıldığı tarihten itibaren maaş ve mali hakları veriliyor, kıdemi ona göre belirleniyor. Dolayısı ile; tarihi geriye saran bir hukuki muamele. Hukuki anlamda tarihi geriye sarıyor. İptal edilen işlemi, yapıldığı anda hiç o işlem yapılmamış gibi olan bir duruma getiriyor. O tarihten itibaren kıdemi ilerlediği için 1 senelik kıdemi 10.12.2015'ten başlıyor ve mahkeme kararında ikinci bir kıdem alabilecek, ikinci bir derece/kademe alabilecek duruma geliyor. Bunun çeşitli farklı görünüşleri ve uygulama zorlukları var. Hayat aktığı için, nasıl geriye saracak? Yargı kararı nasıl uygulanacak problemi gündeme geliyor. Mesela; Kentbank Davası'nda Kentbank'a el konulmasını mahkeme iptal etti; fakat Kentbank'a el konulduktan sonra bir sürü masraf yapılmış, Kentbank ayrıca başka bir kişiye ihale ile satılmış, ortada artık Kentbank diye bir şey yok, ama mahkemenin iptal kararıyla el konulma işlemi hukuka aykırı hale getirilince o el konulma anına kadar götürüp, o andan başlayarak bir hukuki muamele yapmak gereği ortaya çıktığı için problem ortaya çıkıyor. Yani; hayat aktığı, tarih aktığı için yargı kararı ile yargı kararına konu olan işlem tarihine dönmeyi sağlayacak muamele yapmak her zaman mümkün olmuyor; ama teori bu açıdan ısrar ettiği ve yargı kararları çerçevesinde mevzuat da böyle düzenlendiği için her halükarda tazminat niteliğinde de olsa, hukuka aykırı işlem iptal edildiği zaman hukuka aykırı işlemin yapıldığı tarihteki duruma dönme mecburiyeti idareye yükleniyor. İdare fiilen gerçekleştiremese bile, tazminata dönüyor. O yüzden de **hukuki ve fiili imkansızlık** diye bir kavram var; *yargı kararının hukukten ve fiilen uygulamak imkanı olmazsa neler yapılacağını gösteren konu (4. sınıfta üzerinde durulacak)*-. Mesela; bir polis memuru yurtdışı elçilik koruma görevine atanmak için sınava girmiş, sınavda başarısız sayılmış, başarısız sayılma işlemine karşı dava açmış. Davayı kazandığı zaman rütbesi artmış emniyet müdürü olmuş ve artık, yurtdışına gönderilebilecek rütbede değil; ancak emniyet amirleri gönderilebiliyor, emniyet müdürleri gönderilemiyor. Şimdi "Tamam yanlış işlem yapmışız, geriye dönük seni gönderelim." deseler zamanı geçmiş, rütbesi geçmiş, artık oraya hukukten ve fiilen gönderilecek bir durumda değil. Yargı kararının nasıl uygulanacağı problemi var. İşte bunu çözebilmek için de bir tazminat hukuku mantığı gelişmiş durumda. Dolayısıyla; en fazla dikkat çekilmesi gereken ve anlaşılması bakımından işaret konulması gereken nokta şu: Yargı bir işlemi iptal ettiği zaman, iptal ettiği tarihten geçerli olmak üzere değil, o işlem yapıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere iptal ediyor. O işlemi hiç yapılmamış hale getirmek için hukukun gayret göstermesini istiyor. İptal edilen işlem hiç olmasa idi hangi hukuki durum olacak idiyse o durumun tesis edilmesi külfetini idareye yüklüyor. Bu da fiilen yerine getirmek, bu yönde işlem ve eylemler yapmak, hukukten ve fiilen

mümkün değil ise bunu tazminatla karşılamak gibi çeşitli boyutları ile birlikte karşımıza gelebiliyor.

İdari İşlemin Kadük Olması

İkinci olarak çok bahsedilmeyen kadük olmadan bahsedelim. Bazen işlemler hukuk aleminden esasında kimse kaldırmadan, mahkeme iptal etmeden, fiilen kalkıyorlar. Buna kadüsite (caducité) deniliyor. Bunun tespiti de yine bir yargı kararı ile oluyor ama şöyle örnekler verebiliriz. Mesela; belli yasaklar, zaman içinde uygulanmaya uygulanmaya artık yasak olmaktan çıkıyor. Nasıl olabilir? Mesela; eskiden gazete kağıdından kese kağıdı yapma yasağı vardı. Kitaplarda verilen en önemli örnek oydu. Gazete kağıdından kese kağıdı niçin yapılmaz? Çünkü; gazete üzerindeki matbaa mürekkebi, çok zehirlidir, kurşun içerir, kese kağıdına da yiyecek-içecek maddeler konulduğu için bundan kese kağıdı yapılırsa içinde taşıdığı gıdaya zarar verir diye. Fakat; her manav ve bakkal gazete kağıdından yapılmış kese kağıdı kullanırdı. Hatta; insanlar evlerinde ek gelir sağlamak için gazeteleri toplarlar kese kağıdı yaparlar, kiloyla bakkallara satarlardı. -Şimdi artık hepsi naylona veya başka taşıyıcılara döndü ama- bu yasak o kadar yaygın bir biçimde uygulanmıyor idi ki, bu yasağın kadüsitesinden bahsediliyordu. Mesela; sınıfta bir şey yiyip içmek -hep bu örnekler geliyor- diye bir yasak var, ama o kadar yaygın bir biçimde ihlal ediliyor, o kadar herkes yiyor içiyor ki artık bunun kadük olduğundan bahsetmek mümkün. Kimse kaldırmadı, yapan kaldırmadı, yasak hala devam ediyor; fakat genel olarak uygulanmıyor. Birçok reform yaşayan ülkede bu kadüsite problemi ortaya çıkıyor. Yeni düzenlemeler, kağıt üzerindeki düzenlemeler, hayattan haberdar olmadan yapılan düzenlemeler, davranış bozukluklarını gidermeden yapılan düzenlemeler tutmuyor, tutmadığı zaman kadüklük problemi meydana geliyor. Buna kadüsite denmese hukuk aleminden kaldırılmadığı kabul edilse, uygulansa adeta uygulanana piyango hissi verecek. “Hiç kimseye uygulanmıyor, bana uygulanıyor, niçin?” problemi doğacak. Dolayısı ile; böyle değerlendiriliyor.

Danıştay 5. Dairesi, önündeki bir davada bununla ilgili ilginç bir karar vermiş: Sağlık Bakanlığı Atama Yönetmeliği diye bir yönetmelik var, bu yönetmelik çerçevesinde Sağlık Bakanlığı personelinin atanma taleplerinin karşılanması gerekiyor. Birisi de, sene içinde atanma talebinde bulunduğu yönetmeliğe uymuyor diye reddetmişler; fakat ilgili dava açtığında şunu iddia ediyor: “Benimle aynı durumda olan şu personellerin atanmasına bakın, hepsi benim durumumda olmasına rağmen, bu yönetmeliğe uygun talepte olmamasına rağmen atandı. Dolayısı ile benim atanmamam hukuka aykırıdır.” diye iddia etmiş. Yani; kendi durumunun yönetmeliğe uymadığını kabul ediyor ama aynı durumda olanların da yönetmeliğe uygun olmadan çeşitli atamalara muhatap olduğunu iddia ediyor. Yargı bunu incelemiş ve bu durumu görünce, zımnen idare tarafından kaldırılmış olduğu değerlendirmesi yaparak önündeki davayı sonuçlandırmış. Yani; o yönetmelik yokmuş gibi davranmış. Madem ki o yönetmelik herkese uygulanmamış, hukuken yürürlükte olsa bile, -bu terimi

Danıştay 5. Dairesi önündeki bir davada bununla ilgili ilginç bir karar vermiştir. Sağlık Bakanlığı Atama Yönetmeliği diye bir yönetmelik var, bu yönetmelik çerçevesinde Sağlık Bakanlığı personelinin atanma taleplerinin karşılanması gerektiği iddia edilmiştir. Bakanlık bu talebi, sene içinde atanma talebinde bulunduğu ve bu sebeple yönetmeliğe uymadığı gerekçesiyle reddedilmiş; fakat ilgili dava açıldığında şunu iddia ediyor: “Benimle aynı durumda olan şu personellerin atanması incelendiğinde, benimle aynı statüde bulunmasına ve bu yönetmeliğe uygun talepte olmamasına rağmen atandı. Dolayısı ile benim atanmamam hukuka aykırıdır.” diye iddia etmiştir. Kişi, kendi durumunun yönetmeliğe uymadığını kabul etmekte ancak aynı durumda olanların da yönetmeliğe uygun olmadan çeşitli atamalara muhatap olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme, yönetmelik hükmünün zımnen idare tarafından kaldırılmış olduğu değerlendirmesinde bulunarak iptal etmiştir. Mahkeme, yönetmelik hukuken yürürlükte olsa bile, -bu terimi kullanmamasına rağmen- kadüsitesine, kadük olduğuna karar vermiştir. Dolayısı ile; bu da idari işlem bakımından dikkate alınması gereken bir ortadan kalkma yoludur ve hukuken veya teknik olarak yürürlükte olan bir işlemin gerçekte yürürlükte olup olmadığı temeline dayanır. Bir işlemin hukuka aykırılığı değerlendirilirken, işlemin herkes bakımından hala yürürlükte olup olmadığı değerlendirilmesinde bulunmak ve bunun tespit edilmesi önemlidir.

İdarelerin de bu tip kanunları tespit edip, kaldırması gerekir. İdarenin bazen kadüklüğün tespiti yolu ile kaldırılması yönünde hazırladığı tasarılar, yasalar kadük olmayan kanunları da kaldırdığı zaman problem oluşturabilir.¹⁵

Bir hukuk sisteminde kadük hiçbir düzenleme olmaması gerekir. Hukuk sistemine uyma inancının bir gereği olarak düzenlemeler eğer uygulanmıyorsa, idarenin uygulanacak tedbirleri alması gerekir; uygulanması gerekmiyor ise kaldırması gerekir.

Bizim ülkemizde fiilen gerçekleşen bu hususlara kimi zaman *zımni işlem* özelliği veriliyor.¹⁶ Gelişmiş ülkelerde görülmeyen ve idarenin sessiz kalmasından

¹⁵ 1980’lerde kadük olmuş kanunların kaldırılmasına dair bir çalışma yapıldı ve bir Danıştay üyesi -Muammer Oytan- başkanlığında bir heyet oluşturuldu. Bütün kanunlar incelendi ve artık uygulanma kabiliyeti kalmamış, kadük olmuş kanunlar, uygulama niteliği kalmadığı gerekçesiyle yürürlükten bir kanunla kaldırıldı. Fakat, bir kimse kaldırılan kanunları incelediğinde, bu kanunlar arasında cumhurbaşkanlığından PTT’nin telefon ücreti almayacağına dair de bir kanun hükmü olduğunu farketmiş ve “Cumhurbaşkanlığı teşkilatındaki telefon ücretlerinin PTT tarafından alınmamasına ilişkin kanun kalktığına göre, telefon bedeli isteyin” talebinde bulunmuştu. Bu iddia sükse yaratınca, “gerçekten bu kanun yanlışlıkla mı kaldırıldı?, “böyle bir kanun sebebi ile mi ücret alınmıyordu?” ve “şimdi ne şekilde değerlendirilecek?” soruları gündeme gelmişti. Tekrar yeni bir kanun çıkarılarak çözülmüştü. Sonuç itibarıyla Bu noktada dikkatli davranmak gerekir.Hukukun yüklerini, safralarını atma meselesidir.

¹⁶ Bahçedeki inşaatlar nedeni ile havuzlu bahçeye çıktığımızda karşı tarafa geçebilmek için havuzun yanından geçmeniz, dibe kadar gitmeniz, sonra kapıya veya kütüphaneye gitmek için tekrar sağa dönmeniz gerekiyor; ama insanlar daha kestirme diye çimenlerin üzerinden geçmeye başlamışlar, şimdi orası fiilen yol olmuş. Baktığımızda artık çimen bitmiyor, tamamen topraklı yol haline gelmiş. Normalde hukuka saygılı

ötürü hak beklentisi oluşabilmektedir. Mesela, herkesin gecekonduyu yapması hali ve bir kimsenin yalnızca kendi gecekondusunun yıkılması halinde, kendisinin de hukuka aykırılığının dikkate alınmaması problemi söz konusudur. Bu durum kadüsiteyi aşmış bir durumdur. İdarenin suskun kalması ve ihmali dolayısıyla, mevcut hukuka aykırılığa karşı işlem yapmama ithamında bulunması durumudur. Bu tip uygulamalar, hukuk düşüncesini zedeler. Hukuka saygıyı zedeler ve fiili hallere hukuki sonuç bağlanması sonucunu doğurur. İstanbul'da kaçak yapıların olduğu ve imar aflarıyla yasalaşan, uzun süredir ayakta kalmaya devam eden bölgeler bulunmaktadır. Hukuka aykırılık söz konusu olsa, meşruluğu kabul edilmiş alanlar olabilir. Bu durum adeta *kanuni değil; ancak meşru* şeklinde ifade edilebilir. Kural olarak birşey hukuka uygunsuz meşru, hukuka aykırı ise gayri meşru olması lazım. Ancak durum böyle değildir. Kadüsitenin vücudu zehirleyerek çok değişik bir biçimde hukuk aleminde kendisini göstermesi biçimidir. Bu vücuda girmiş bir parazittir, bu parazit kimi zaman işlemin hukuk aleminden kalkması alanında kendisini gösterir, kimi zaman idare adına bir işlem yapılmış gibi gösterir, kimi zaman yaptırım engeller, kimi zaman kanunların düzenlenmesine yol açar. Bugün de imar affı ile ilgili olarak 1980'den beri devam eden İslah İmar Planı ve İmar Affı Kanunu yürürlükte.

Sonuç olarak, kadüklük meselesi, Türk Hukuku bakımından kitaplarda incelenmeyen ama gerçek hayat bakımından varlığı nedeni ile incelenmesi gerekir. Üstelik, temas ve mesafe dengesi korunarak incelenmesi gerekiyor. Şöyle ki, buna temas etmek ama bu duruma da kapılmamak lazım. Kişinin kadüsitenin varlığının kabulü, kadüsitenin kendi meşruluk anlayışını kabullenmesini, buna karşın bir hastalık hali olduğu için de mesafeyi koruyarak bu durumun tedavi edilmesi zorunluluğunu bilmesini gerektirir. Görmezden gelinemez, fakat meşru da kabul edilemez bir gerçektir.

İDARİ İŞLEMLERİN İDARE TARAFINDAN SONA ERDİRİLMESİ

Bu başlık altında idarenin kendi işlemleri bakımından hukuk aleminden kaldırılması konusu işlenecektir. Bunun için birbirinden ayrı iki kavram karşımıza çıkmaktadır: **geri alma** ve **kaldırma** işlemleridir.

Kaldırma için örnek vermek gerekirse; 20.11.2015 tarihinde yapılmış bir işlem söz konusudur. İşlem bir ay önce gerçekleştirilmiştir. Yapılan işlem bir kaldırma

bir ülkede fiilen yol oluşturmak diye bir durum olmaz, “Çimene nasıl basar?”, “Çimenden nasıl kestirme gider?”, “5 metre daha kısa gitmek için nasıl kestirmeden gider?” Olmaması gerekir, yapana ceza uygulanması gerekir veya hiç ceza uygulanmadan böyle bir şey olur mu diye arkadaşlarının kınaması gerekir. Ama; yol olmuş, hocalar da oradan gidiyor, öğrenciler de oradan gidiyor, idareciler de oradan gidiyor. Hukuk sistemi canlı olan bir ülkede; “Madem buradan geçmeyi engelleyemiyorsun, o zaman yol yapalım burayı. Hiç olmazsa hukuka aykırılık ihtimalini kaldıralım, fiilen zımni bir şeyi değiştirelim.” diye bir düşünce olur. Birçok durum böyledir, zımni olarak bazı şeyler uygulanır, uygulandığı zaman idarenin buna sessiz kalmasına bir sonuç bağlanmaya çalışılır.

işlemi ise, bu tarihten itibaren sonuç doğurmak üzere işlem hukuk aleminden kalkar. Kaldırma, söz konusu işlemin “20.11.2015’ten 21.12.2015’e kadar bu hukuk aleminde kaldığını, etkisini doğurduğunu; fakat 21.12.2015’ten itibaren sonuçlarını doğurmayacağını” ifade etmektedir. Bir kaldırma işlemi, belirtilen tarihten itibaren geçersiz kılınmasıdır.

Geri alma ise söz konusu işlem 21.12.2015’te yapılmıştır ancak 20.11.2015’ten geçerli olmak üzere geri alabilmektir. 20.11.2015’ten itibaren hukuk aleminden bu işlemi kaldırmaktır. Bu işlemi hukuk aleminden bütün izleri ile birlikte silmek, geri almaktır. Bir ay önce yapılan işlemi, yapıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere geri almaktır.

Sonuç itibariyle, geri alma bir işlemi hiç yapılmamış hale getirme iken, kaldırma ise, bir işlemi kaldırılmasına karar verildikten sonra hukuk aleminden kaldırmaktır. Kaldırma işlemine kadar yapılanlar, sonuçlar ve etkileri geçerli iken; geri almada ise geri alındığı için bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkmaktadır. Bunun sonuçları çok çetrefillidir. Geri alınmasıyla birlikte yapılan işlemlerin akıbeti ne olacaktır? Kaldırma ise, şimdiye kadar bu işlemden yararlananların, kaldırıldıktan sonra bu yarardan mahrum kalması ne şekilde değerlendirilmelidir.

Bu durumlar dikkate alınarak geri alma ve kaldırma sıkı şartlara bağlanmıştır. “Her işlem geri alınmaz.” şeklinde değerlendirilmektedir. İdare hukukunun hareketli boyutunu sağlayan şey, zıt amaçların çekişmesidir. Burada da iki çatışan değer söz konusudur. Burada, idare bir ay önce veya bir yıl önce yanlış bir işlem yapmış ise, bu işlemin yanlış olduğunun yeni tespit edilmesi ve geri alınması ile hukuka uygunluğu sağlamadaki menfaat, kamu yararadır. Diğeri ise, işlem yanlış da yapılmış olsa, süresinde dava açılmadı, ve işlem bir sonuç doğurdu ise, yanlış da olsa yanlış karşı bir denge sağlanmıştır: hukuki istikrar gereği bu artık geri alınmamalıdır. Çünkü, bir terazide denge sağladıktan sonra karşı taraftan da diğer taraftan da bir şey alındığında denge bozulacaktır, hukuki istikrar, hukuki devamlılık önemli ve öncelikli olduğu için “hukuka aykırı işlemi bile belli bir süreden sonra geri almamalısın” yaklaşımı söz konusudur. Sonuç olarak, tarif edilmesi gereken iki zıtlık şunlardır: birincisi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak, ikincisi ise hukuka aykırılık olsa bile oluşmuş olan istikrarın devamını sağlamaktır.

Yargı kararları ile çeşitli yaklaşımlar getirilmiştir. 1973 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, bu konuda önemlidir.¹⁷ 1973 tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı da belirleyici olmuştur.¹⁸ Davanın konusu, idarenin yanlışlıkla kamu görevlisine yaptığı fazlayı ödemeyi talep etmesine ilişkindir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı “*idarenin yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde süre aranmaksızın hatalı ödediği meblağı her*

¹⁷ T.C. YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU E. 1972/6, K. 1973/2, T. 27.1.1973. (Sitemizin ders gereçleri bölümündeki “açılış dersi...” başlıklı dosyadan görüntülenebilir.)

¹⁸ T.C. DANIŞTAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU E. 1969/8, K. 1973/14, T. 22.12.1973. (Sitemizin ders gereçleri bölümündeki “açılış dersi...” başlıklı dosyadan görüntülenebilir.)

zaman geri alabileceği ..” şeklindedir. Yeni tarihli kararlarında da söz konusu tarihte verilen karara atıf yapılmaktadır.¹⁹ Geri alma ve kaldırma meselesinde, geri almayı sınırlandırmak bakımından yargı kararı ile ilkeler getirilmiş. Kural, bir süreye bağlayarak o süre geçtikten sonra işlemlerin geri alınmasına engel olmak şeklindedir, yani istikrara itibar etmek gerekir. İdare tarafından belli bir süre içinde hukuka aykırılık fark edildiğinde geri almak mümkün kılınmalı, belirlenen süre geçtikten sonra artık idare geri alamamalıdır. Süre nasıl belirlenmelidir? Bu ise, idare, *kendi işlemine karşı dava açma süresi içinde* hukuka aykırı işlemi geri alabilmeli, dava açma süresi geçtikten sonra artık geri alamamalıdır, yani hiç yapılmamış hale getirilmemelidir.

Ancak bu sürenin her zaman mantıklı olmayabileceği, çok kaba hukuka aykırılıklar olabileceği, idare ile özel hukuk kişinin idare ajanı ile anlaşıp, hatalı ve açık hukuka aykırı işlemler yaptırabileceği, idarenin de kişilerin yanlış beyanları ile aldatılabileceği değerlendirilerek farklı bir yaklaşım da getirilmelidir. *Hülya Avşar kararı* bu noktada önemlidir. Bu karar göre, Hülya Avşar diye bir öğrenci, üniversite sınavına yerine başka birisini sokarak tıp fakültesini kazanmış, tıp fakültesine kayıt olmuş ve fakültede kendi okuyarak, derslerini geçerek 5. sınıfa kadar gelmiş; ama sonra ihbar üzerine sınavda yerine başkasının girdiği anlaşılmıştır. Bu durumda ne yapılacaktır? “Aradan 5 sene geçmiş, arada derslerini de vermiş ne yapalım bir kere şeytana umuş yerine başkasını sokmuş, bunu korumak mı lazım?” yoksa “bu sınavın ihlali herkesin hakkının yenmesidir, üniversite sınavında hile ile bir hak elde etmiş kimsenin hilesinin korunmaması mı gerekir?” diye düşünülmüş ve içtihadta da yer verildiği üzere; mahkeme “*hak kazananın hilesi varsa, yanlış beyanı varsa, aldatması varsa, süreye bağlı olmaksızın geri alınabilir*” şeklinde hükmetmiştir ve kaydı silinmiştir.

Kural olarak idari işlem, dava açma süresine kadar geri alınabilmelidir. Ancak, idareyi aldatarak, idareye yanlış beyanda bulunarak, sınavlarda hile yaparak kazanmış ise bu kazanma aradan yirmi sene geçse bile korunması mümkün olmamak gerekir. İlginç bir tartışma, İdare Hukuku İlimleri Dergisi’nin Ragıp Sarıca’ya Armağan sayısında bir makalede bulunmaktadır. Olayda, Milli Savunma Bakanlığı’ndan emekli olma aşamasına gelmiş bir kimsenin dosyasında diploması bulunamamış ve bu kimsenin emeklilik muameleleri sırasında emeklilik hakkını da kaybedecek ve esasında hiç hukukçu olmadığını, hiç avukatlık yapamayacağını tespit edecek bir işlem yapıp yapılmaması gündeme gelmiştir. Buna ilişkin raporu Ragıp Sarıca hazırlamıştı. Buna göre, Çanakkale Savaşı sırasında Hukuk Fakültesi 3. sınıfı bitiren öğrenciler savaşa gittikleri için 4. sınıfı okumadan da mezun hükmünde sayılmışlar, ayrıca diplomaları düzenlenmemiş. Dosyasında o belge bulunmuş ve gerçekten hukuk fakültesinin 3. sınıftan askere gitmiş, ama esasında o dönemki 3. sınıfı bitiren bütün öğrenciler mezun sayıldığı için diploması varmış. Diplomasının olmaması durumunda emeklilik işlemi yapılmayacaktı. Çalıştığı otuz veya kırk yıl hiç çalışmamış gibi sayılacak, emekliliği hak edemeyecekti; çünkü bir aldatma, gerçekte hukuk fakültesi mezunu olmadığı halde hukukçu diye girerek bir mesleği sürdürdüğü, yanlış beyanla,

¹⁹ Bu durum, idare hukukunun farkını ortaya koyuyor.

sahte belgeyle anlaşılmışsa süreye bağlı olmaksızın her zaman geri alınabilir. *Hukuk düzeni bakımından hileye hiçbir zaman meşrulaşamama sonucu bağlıyor. Hile değilse, idare hata yapmışsa bu sürenin geçmesi ile meşrulaşır, geri alınamaz; ama hile ise, hiçbir zaman meşrulaşamaz.*

Hile dışında ikinci bir şey de *açık kanuna aykırı* bir uygulama durumudur. İlgili hilede bulunmamış ancak açık kanuna aykırı bir şey yapılmışsa ne şekilde değerlendirilmelidir. İlgilinin hilesi olmadan diploma alması: uluslararası anlaşmaya dayalı olarak tıp fakültesine kayıt olan ve mezun olma aşamasına gelen; fakat üniversiteyi kazanmadığı, kazanmış olmadığı anlaşılınca bu uluslararası anlaşma çerçevesinde üniversiteye alınabilir miydi alınamaz mıydı değerlendirildiğinde, açık bir biçimde hukuka aykırıdır. Hiçbir şekilde üniversite sınavı dışında bu şekilde alınma mümkün olmadığı için, kişinin hilesi olmasa da, bütün işlemleri ilgilinin talebi üzerine idare yapmış olsa bile o kadar açık hukuka aykırı ki, burada hile belgesi olmasa bile ortaya çıkan açık kanuna aykırılık, bir hile derecesinde sayılmış ve onda da idare her zaman geri alabilir şeklinde değerlendirilmiştir.

Dolayısı ile; hile, aldatıcı bilgi ve belge vermek ve açık kanuna aykırılık hallerinde idare süreye bağlı olmaksızın işlemlerini geri alabilir. Mahkeme, “*geri alma; sakat bir idari işlemin idarenin alacağı bir kararla hükümsüz hale getirilmesi, alındığı tarihten itibaren hukuk aleminden silinmesidir*” şeklinde değerlendirmiştir.

KAZANILMIŞ HAK VE MÜESSES DURUM

Sıkça karşılaşılan kazanılmış hak, müesses durum gibi kavramlar bu başlık altında anlatılacaktır. Kazanılmış hak meselesini, geri alma ve kaldırmayla bağlantısını kurarak incelemeyi anlamak mümkün değildir. Bu sebeple, özel hukukun kullandığı anlamı ile kazanılmış hak, idare hukukunda tam anlamı ile yerine oturtulamamaktadır. Kamu hukuku boyutu ile kazanılmış hak kavramına bakıldığında yerini tespit etmek mümkün olabilir. Şimdi sistemli bir biçimde tekrar ele alıp gitmeye çalışılacaktır:

Geri alma, yargı kararlarında da özetlendiği ve dile getirildiği gibi bir işlemi yapıldığı tarihten itibaren hukuk aleminden kaldırmaktır. Kural olan, o işlemde hiç iz bırakmamaktır. Bu, idare tarafından hukuka aykırı bir işlem, hukuka uygun bir işlem karşısında idarenin yapabilirliği bakımından değerlendirmek lazım. Bu işleme muhatap olan kişiler bakımından da mevcut kazanımlarını koruyup koruyamaması açısından bakmak lazım. İdare açısından bakarsak, *idare, hukuka uygun bir işlemi hiçbir zaman geri alamaz.* Dolayısıyla idarenin geri alabilmesi için, işleminin hukuka aykırılık iddiası önşartı olması lazım. İdare, hukuka uygun bir işlem yaptıktan sonra pişman olup kişi nezdinde hukuka uygun işlemle doğmuş olan statüyü ortadan kaldıramaz. Dolayısıyla geri alma hukuka aykırılık gerekçesi olmadan zaten kullanılmayacak bir durumdur. Hukuka aykırılık gerekçesi olduğunda da hukuka aykırılığın boyutlarına göre değerlendirmek gerekir.

Öyleyse hukuka uygun işlemlerde geri alma ve hukuka aykırı işlemlerde geri alma diye ikiye ayırabiliriz. Hukuka uygun işlemler geri alınamaz, hukuka aykırı işlemler bakımından ise durumu değerlendirmek lazım. İdare açısından

baktığımızda, hukuka aykırı bir işlemin hukuk aleminde kalmaması lazım. Çünkü, hukuka aykırı bir işlem kişiye zarar verebilir, kişiye hak tanıyabilir. Örneğin, birisine disiplin cezası verilmiş ve sonrasında olayın faili ortaya çıkmıştır ve dolayısı ile disiplin cezası verdiği kimseye, “artık işlem yapılmıştır, geri alınamaz, dava açma süresi geçti vs” denilemez. Kişi lehine olabilecek bir geri almaya da sanki hukuki bir engel varmış gibi bir mantıki sonuç doğurur. *İdare, kişilerin aleyhine sonuç doğuran hukuka aykırı işlemleri, dava süresine de bakmaksızın her zaman geri almak zorundadır.* Geri alabilir değil, her zaman geri almak zorundadır. Burada, kişilerde bir beklenti veya hak doğuran işlemlerin geri alınmasında sorun ortaya çıkabilir. Hem hukuka aykırı, hem de bu hukuka aykırılığına rağmen bazı kimseler yararlanmış. İşte burada bir ayırım yapılmakta: hata, açık kanuna aykırılık, yararlananın hilesi, aldatıcı beyan söz konusu ise, ve sahte belge kullanmışsa o zaman her zaman geri alabilir. Onun dışında geri alamaz, kaldırabilir.

“Geri alamaz” kavramı, hemen kazanılmış hakka bitişen bir kavramdır. Kazanılmış haktan kastettikleri, esasında kimsenin dokunamaması gibi algılanan bir husustur. Bir kimse “benim kazanılmış hakkım var” dediği zaman esasında; “benim idari işlemlerle oluşmuş bir statüm var. Bu statü benim için kazanılmıştır. Bu statüye dokunulamaz” demektedir. Bu statüye dokunulamazdan kasıt, bu statüyü hiç kimse değiştiremez değil; bu statüyü kimse tazminat problemi olmadan geri alamaz. Dolayısıyla geri alınamaz duruma geldiğinde bir kazanılmış hak söz konusudur, fakat şimdi geri almaya bir parantez açalım: kazanılmış hak olan durum da, kaldırılabilir. Bir hile yapılmadan, aldatıcı beyanda bulunmadan hukuk fakültesini bitirerek hukuk fakültesi diplomasına sahip olduğunda kişi bakımından kazanılmış haktır. Bu hukuk fakültesi diploması size çeşitli imkanlar vermektedir. Bu imkanları vermesi, bu statünün kişinin elinden alınamaması şöyle bir sonuç doğuruyor: mezun olduktan sonra hukuk fakültesi beş seneye çıkartılsa, bu kişiyi etkilemez; çünkü kişi dört sene de okumuş olsa, hukuk fakültesi mezunu statüsündedir. Dolayısıyla hukuk fakültesi mezunu sayılabilmek için getirilen yeni şartlara tâbi değilsiniz. Ancak o diplomanın etkisi kaldırılabilir. Söz konusu diploma, sadece avukatlık stajına girerek avukat olabilme imkanı getiriyor iken, avukatlık hususunda yapılan yeni düzenleme ile hukuk fakültesi diploması yeterli olmayabilir, bir de staj sonunda sınavı başarmış olmak gibi bir şart getirilebilir ve kişi, “benim kazanılmış hakkım var, bana dokunmaz.” diyemezsiniz. Bu durum, statünün kaldırılmasıdır. Avukat olabilmek için, hukuk fakültesi diplomasının yeterli olduğu bir statüden, artı sınavın da gerekli olduğu bir statüye geçişte kazanılmış haktır. “artık ilelebet hukuk fakültesi mezunu olduğum sırada, hukuk fakültesi mezunlarının yapabileceği her şeyi yapma hakkına sahibim, benim bu kazanılmış hakkıma dokunulamaz.” İddiasında bulunulamaz. *Yeni düzenleme ve farklılaştırma mümkündür; fakat kişinin idari işlemle oluşmuş olan statüsünde değişiklik mümkün değildir, ama o statünün zincirleme etkileri bakımından değişiklik mümkündür.* Şöyle ki, bu işleme ulaştığınızda gerisi tartışılmaz, gerisi kaldırılmaz; ama bunun ilerideki sonuçları kaldırma işlemi ile, değiştirme işlemi ile, farklı bir idari işlem ile farklı şartlara bağlanabilir. Öyle ise; kazanılmış hakkın hiç kimsenin dokunamayacağı kısmını iyi idrak etmek lazım. Kimsenin dokunamayacağı

kısım ileriye dönük bir kısım değildir, geriye dönük kısım. Şöyle ki, geri alınamayacak bir statüye sahip olmak anlamına gelir.

İdare hukuku kitaplarında, kazanılmış hakka kimi zaman kazanılmış hak, kimi zaman da müesses durum denilmektedir. Müesses kelimesi, tesis kelimesinde gelir, oluşmuş, tesis olmuş durumdur. *Birel işlemlerde kazanılmış hak*, geri alma statüsü bakımından değerlendirilecek bir ortamın nitelendirmesidir. Geri alma ve kazanılmış hak meselesinde tamamlamak için şunu da belirtelim: sizin böyle bir müesses durumunuz olması yine de hiç dokunulamaz anlamına gelmemekte, tazminat yükümlülüğü anlamına gelebilmektedir. Bir ruhsat olarak hukuka uygun olarak bina yapıldığında, kazanılmış hakkınız söz konusudur. Ancak, bu durumda kamu hukuku bakımından bu binaya kimse dokunamaz anlamına gelmemektedir. Bu binanın yol yapımı için kamulaştırılması gerekiyorsa, kamulaştırılabilir. Burada kazanılmış hak, size verilecek olan mali karşılıktır. Dolayısıyla, kazanılmış hak olarak binayı muhafaza etmek değildir. İdare bir işlemle o alana ilişkin yeni düzenlemeler yapabilir. Özel hukuk kavramları ile karşılaştırsak idare hukukunda müesses durum anlamını daha iyi karşılamaktadır. Buna göre müesses durum, dokunulmayacak hak değil, hukuk tarafından korunan haktır, kişi bakımından teessüs etmiş bir haktır ve o yüzden de müessestir, müesses durumdur, gerçekleşmiş durumdur.

Genel Düzenleyici İşlemler ve Haklı Beklenti

Genel düzenleyici işlemler bakımından değerlendirip haklı beklenti bu başlık altında değerlendirilecektir. İşlemin ismine göre değil, doğurduğu sonuca göre nitelendirilir. İdare, kaldırma işlemi gerçekleştirdiğini iddia etse dahi, bu işlem geri alma niteliğinde olabilir. Sonuçları dikkate alınarak işlemin niteliği değerlendirilir. O yüzden geri alma ve kaldırma hukuki kavramlardır.¹ İdare buna çoğu zaman değişiklik demektedir. İmar planı değişikliği, veya yönetmelikte yapılan değişiklik şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁰ Dolayısıyla kullanılan kelimeler teknik kelimeler olmayabilir. Bu gibi ihtimaller, iki teknik kelime ile karşılanır: ya geri alma niteliğindedir, ya kaldırma niteliğindedir.

Genel düzenleyici işlem, adı üzerinde; kişiye yönelik, somutlaşmış, şahsileşmiş bir işlem **değildir**; gayri şahsi, soyut, doğurgan işlemlerdir. Genel düzenleyici işlemler yürürlükte iken doğurmuş ve ona dayanılarak bir sürü işlem yapılmış olabilir. Bu şu mantıki sonucu çıkarır: Hiçbir genel düzenleyici işlem geri alınmaz esasında. Niçin? Çünkü sürekli o sürede doğurmuştur, hukuka aykırı olsa bile doğurmuştur, hukuka uygun olsa da doğurmuştur. Dolayısı ile; genel düzenleyici işlemin fiilen kaldırılması mümkün olabilir, değiştirilmesi mümkün olabilir. Nasıl geri alacaksınız? “İmar Yönetmeliği’ni geri alıyorum.” diyorsunuz ama İmar Yönetmeliği yürürlükte iken (buna dayanılarak) birçok kimse imar ruhsatı almıştır, talepte bulunmuştur, onlara

²⁰ Değişiklik tek başına hukuki bir şeyi ifade etmez; değişiklik baştan itibaren sonuç doğurmaya yönelikse geri alma niteliğinde, yapıldığı tarihten itibaren sonuç doğurmaya yönelikse kaldırma niteliğindedir.

işlem yapılmıştır. Bunu (genel düzenleyici işlemi) geri aldım deyip, diğerlerini tek tek nasıl iptal edeceksiniz? Kimler bundan yararlandı nasıl bulacaksınız?

Dolayısı ile; genel düzenleyici işlem sakat da olsa sonuç doğurmuştur. Bu sonuç doğurması bakımından ortaya çıkan hukuki durumun değerlendirilmesi gerekir. Çeşitli eserlerde “Geri alınabilir ama ona dayanılarak yapılan işlemlerin hukuki durumu korunur.” denilerek bir açıklama yapılsa bile, bunun hukuki anlamı “geri alınamaz” demektir. Çünkü “Geri alınabilir, ama onun doğurduğu işlemler devam eder.” demek esasında “**kaldırma**” yapılıyor demektir. Bir işlemin geri alınmasının önemi, yapıldığı tarihten geri alma tarihine kadarki hukuki durumu temizlemektir, onu değiştirmektir. Onu değiştiremiyorsanız, ismine geri alma demenin bir anlamı yok. Onu geçerli kabul ediyorsanız, geri alma demenin geçerliliği yok. İşte burada bir kavram daha ortaya çıkıyor: Genel düzenleyici işlem değiştiğinde kazanılmış hakkımız ne olacak? Mesela, bir arsa alacaksınız, arsanın metrekaresi normalde 1000 TL ve imar planı ile arsanızın üzerine gökdelen yapma hakkı var. Siz de bu arsayı gökdelen yapmak için alıyorsunuz. Mesela; Zincirlikuyu’daki Zorlu arazisini esas alalım. Zorlu arazisi, ihale ile satılmış en pahalı toprak parçası, Karayolları’nın binası iken 2,5 milyar dolar gibi bir rakama satıldı. Orada Zorlu arazisinin 5000 m² olması (yani alanın büyüklüğü) değil, (oranın) “imar durumu” idi esas parayı kazandıran. Fakat imar planı iptal edilse ne olacak? Siz 2,5 milyara satıyorsunuz, üzerinde 20 katlı bina yapmak üzere, sonra açılan bir davada “Burada gökdelen yapılamaz yeşil alan olması gerekir.” diye iptal edilse, bu sefer kişi bakımından bir ruhsat alınmamışsa, kazanılmış hak yok (demektir). Genel düzenleyici işlem değişti, başvurup da ruhsat alabileceği bir genel düzenleyici işlem yok. Mal bir anda elinde kaldı. Veya sizin durumunuzu düşünelim. Hukuk fakültesini kazanamamışsınız ve Adalet Meslek Yüksekokulu’na girmişsiniz. Adalet Meslek Yüksekokulu’nu bitirdikten sonra Dikey Geçiş Sınavı ile hukuk fakültesine geçmek mümkün. Siz hukuk fakültesinde okumak için canla başla ona çalışıyorsunuz, fakat tam 2. sınıfa geldiğinizde hukuk fakültesine dikey geçiş hakkı kaldırılıyor. Artık; “Adalet Meslek Yüksekokulu mezunları hukuk fakültesine giremez.” deniliyor. Ne olacak? Girmiş olsanız, müesses durumunuz var kazanılmış hakkınız var ve değişiklik sizi etkilemeyecek; ama girmemişsiniz, ortadan da kalkmış, Dikey Geçiş Sınavı yok nasıl gireceksiniz? İşte bunu da ifade etmek ve mahkemenin değerlendirmesine sunmak için yeni bir kavram üretilmiş: **Haklı beklenti kavramı.** Dikkat edin; müesses durum değil, kazanılmış hak değil; çok da güzel bulmuşlar ismini haklı beklenti. Yani; böyle bir beklentide “hak” var. Şöyle olsa hakkı olmaz. Mesela diyelim ki, Anadolu Lisesi statüsü kaldırıldı, siz ilkokuldasınız, veliniz “Niye Anadolu Lisesini kaldırılıyorsunuz? Ben çocuğumuz Anadolu Lisesine sokacaktım, oradan hukuk fakültesine geçecekti. Oradan da mezun olacaktı, hakim olacaktı. Bizim hakim olma haklı beklentimizi engelliyorsunuz.” derse, ona haklı beklenti denilmiyor. Daha liseyi kazanmadı, daha hukuk fakültesini kazanmadı, daha hakimlik sınavını kazanmadı. ama; diğerinde dikkat ederseniz, beklentinin yakınlığı var. İmar durumu olan arsayı alıyor, imar durumu sonradan değişiyor. Adalet Meslek Yüksekokulu’na giriyor, o sırada Adalet Meslek Yüksekokulu mezunlarının gireceği bir sınav var ve o sınav kaldırılıyor, geçiş yolu kapatılıyor. Veya diyelim ki not ortalaması 3.00 olanların çift ana dal yapma imkanı var, aynı zamanda Siyasal Bilgiler

Fakültesi'nden de mezun olmak isteyecek; fakat tam o noktaya gelince bu imkan kaldırılıyor. Bu haklı beklenti korunur mu korunmaz mu? Tartışma budur.

Burada mahkemeler ilginç kararlar veriyorlar, bazıları çok gelişmiş kararlar. Şu şekilde bakıyor: Bir statüyü değiştiren genel düzenleyici işlem yaparken idarenin takdir yetkisi var, fakat geçiş hükmü getirmesi lazım. Geçiş hükmü getirilmeden bunu yapmaması lazım. Mesela; bunun haklı beklenti bakımından şöyle bir örneğini ortaya koyabiliriz: Eskiden katsayı olduğu bir dönemi düşünelim, şimdi çok önemi yok zannediyorum. Hukuk fakültesine giriş eşit ağırlıklı iken, Türkçe-Matematik'e döndü. Siz buna geçiş için bölümünüzü seçmişsiniz, fen yerine edebiyata veya sosyale gelmişsiniz, lisede 2 sene bunu okumuşsunuz ve tam üniversite sınavına gireceğiniz aşamada puan türü değişiyor. Sizin bütün hazırlıklarınız girmek istediğiniz yerin puan türüne göre, farklı bir puan türüyle alır hale geldiğinde ne olacak? Bu bir haklı beklentiyi etkiliyor mu etkilemiyor mu? Yasa koyucu çok basiretli olarak bunu avukatlık sınavı geldiğinde şöyle yaptı: Önce avukatlık sınavını getirdi, avukatlık sınavını getirirken dedi ki, "Bu hüküm, yasanın kabul edildiği tarihten sonra hukuk fakültesine girecekler için uygulanır." Yani 4 sene sonra da demedi. Bu avukatlık sınavının olduğunu bilerek hukuk fakültesini kazansın diye baktı ve dedi ki, "Avukatlık sınavı bu yasanın kabulünden sonra hukuk fakültesine girecek olanlardan, avukatlık yapmak isteyenler için olacak." O sırada insanlar kulisler yaptılar, şu oldu bu oldu avukatlık sınavı getiren yasa hükmü kaldırıldı. Kaldırılmasaydı, sınav getirilecekti; ama haklı beklentiyi dikkate alarak yasa kabul edilmeden önce hukuk fakültesine girmiş olanlar için sınavsız bir geçişi düzenleyecekti. İşte mahkeme böyle yaklaşıyor ve diyor ki, "Hiçbir geçiş hükmü gelmemişse, nasıl bir geçiş hükmü getireceksin ona ben karışmam. Bu tarihten sonra hukuk fakültesine girecek için mi getireceksin, 2 sene sonra uygulanacak diye mi getireceksin. Yoksa hukuk fakültesinde okuyanlar da bu sınava tâbidir diye açıkça tercihini mi belirteceksin. Haklı beklenti, bu konuda bir geçiş hükmü düzenlemeni gerektiriyor. Bir geçiş hükmü düzenle." diyor, özellikle genel düzenleyici işlemlerde. Geçiş hükmü düzenlememesini eksiklik nedeniyle hukuka aykırı görüyor, haklı beklenti ihlal edildiği için.

Dolayısı ile haklı beklentinin somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekiyor. "Ben bu arsayı aldığımda gökdelen imkanı vardı. Ben gökdelen yapacağım." denildiği zaman kabul edilmiyor. Bunu haklı beklenti olarak görmüyor. Ama özelleştirmeden satılmış olsa, bunu haklı beklenti olarak değerlendirebilir. "Ben girdiğimde sınav yoktu." diye ağlarsanız, belki kabul ediyor belki etmiyor. Dolayısı ile; haklı beklenti kazanılmış hak gibi değil, tam bir kriteri yok. O statüye giren herkesin, o statünün devamını istemek, beklemek ve olmazsa yargı kararı ile sağlamak imkanına sahip olduğu anlayışı kabul edilmiyor. Sadece bazı durumlarda önceden insanların durumunu belirlemesi gerektiği için, uzun süreçli bir işlem kapsamı olduğu için haklı beklenti isabetli görülüyor. Mesela; eğitimin böyle olması gerekir. Tıp fakültelerinde bu var daha çok. Kişiler, nörolog olduktan sonra çocuk nörologu olabiliyordu, baktığımızda bu 15 senelik bir şey(süreç). Tam yolun sonuna doğru "Nörologlar çocuk nörologu olamaz, ancak çocuk hastalıkları uzmanları çocuk nörologu olur." diye hüküm koyup, değişiklik yaparsanız, haklı beklentiyi ihlal etmiş olursunuz. Tamam o daha çocuk nörologu olmamış ama, bütün eğitimini bunun

üzerine kurmuş, adım adım gidiyor, buna engel olmayan bir beklenti içinde ve bu beklentisi haklı, kısa yol davranışı değil, objektif olarak belli bir süre yürürlükte kalmış ve herhangi bir aksaklığı çıkmamış bir uygulama. “Elbette idare bunu da değiştirebilir; ama değiştirirken haklı beklentileri karşılayacak intikal hükümleri düzenlemesi gerekir.” diyor mahkemeler kimi durumlarda.

Fakat bunun formülünü zorlaştıracak derecede farklı olaylarda farklı değerlendirmeler var. Her beklentiye haklı saymıyor, her beklentiye sonuç bağlamıyor, her beklentinin sonunda yargı yolu ile bir hukuki durumu sağlamaya imkan vermiyor; ama “Hiçbir durumda da haklı beklenti yoktur, müesses durum oluşmadıkça, kazanılmış hak oluşmadıkça idare istediği gibi değiştirebilir.” durumuna da imkan vermek istemiyor. Bakın işte bu, idarenin hareketli yönlerinden birisi. Özel hukuk olsa, bu konuyu kanunla düzenler, “Şunlar haklı beklentidir, bunlar kazanılmış hak, bunlar da değildir.” diyebilirsiniz. Fakat; kamu hukukunda bunu diyemiyorsunuz, çünkü zemin hareket ediyor sürekli. Sürekli yeni örnek olaylar çıkıyor, olayları önceden karşılayamıyorsunuz, bütün ihtimalleri önceden göremiyorsunuz. Ortaya çıkan durumların hakkaniyet bakımından bir temele kavuşturulabilmesi ve sağlanması gereken durumlar var, bunun için araçlar üretiyor idare hukuku ve yargı. Diyor ki: “Bu kazanılmış hak, böyle davranacaksınız.”, “Bu müesses durumdur, böyle davranacaksınız.”, “Bu haklı beklentidir, böyle davranacaksınız.”. Dolayısı ile “ben olaya bakarım, büyük bir hakkaniyete aykırılık varsa haklı beklenti kavramı üzerinden giderim, bu konuda düzenleme içermeyen idari işlemi, genel düzenleyici işlemi iptal ederim. İdare tekrar takdir eder, düzenler. Böylelikle ben idarenin alanına müdahale etmiş olmam, ama idare karşısında kişiyi de sahipsiz, savunmasız, kolsuz, kanatsız bırakmamış olurum. Bu haklı beklenti kavramını kullanarak olay adaletini araştırırım.” diyor. O yüzden de bunun mantığını anlamaya ihtiyaç var. Yani formüle edilemiyor, mantığı ile gidiyor.

Kararlardan gidelim. Bir kararda²¹; zeytin fidanı dikiminde dekar başına 250 lira destekleme yapılması, bir özendirme ve destekleme, kişinin bu konuda bir beklentisi oluşmuş; ancak zeytinde Gemlik çeşidinin ekolojisi dışında yaygınlaşması nedeniyle Bakanlık onayı ile Gemlik türü dışındaki zeytin fidanları için ödenmesine devam ederken, Gemlik türü zeytin fidanı dikiminde destekleme miktarı 45 liraya düşürülmüş. Yani; Gemlik türü zeytin çok olmuş anlaşılan ve herhalde zeytinyağı için de uygun değil, baya bir düşüklük var desteklemede. Bu haklı beklenti oluşturacak mı oluşturmayacak mı? Zeytin fidanı öyle 5 seneden önce verim verecek bir şey değil; 5 senelik bir projeksiyon lazım. Kişi de Gemlik türü zeytinde bu özendirme ve desteklemeden yararlanıyor, belki de hızlı büyüyor diye Gemlik fidanı dikti; şimdi destek kalkınca bütün hesaplar şaşacak, masraf hesapları şaşacak. Ne olacak? Bakın şöyle demiş: “*Bu yönüyle dava konusu düzenleme ile üreticilere ödenecek destekleme miktarları üreticilerin haklı beklentilerinin karşılanması amacıyla dikim tarihi esas alınmak suretiyle, daha önceki Genelge kapsamında dikim yapan çiftçilerin hakkını koruyacak nitelikte düzenleme yapılmadığından, dava konusu Genelge ve Bakan onayındaki hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikteki eksik düzenlemede hukuka uyarlık*

²¹ T.C. DANIŞTAY 10. DAİRE E. 2007/5427, K. 2011/2289, T. 14.6.2011

bulunmamaktadır.” Çok net ve güzel bir ifade. Tıpkı bu avukatlık sınavı meselesi gibi. “Sen bu desteği düşürüyorsan, dikim tarihi itibari ile düşüreceksin, yani bu desteği düşürdükten sonra dikilenler için 45 liraya düşüreceksin, diğerleri için 250 lira devam edecek. Daha doğrusu aynı statü devam edecek, hepsi birlikte 45’e düşüyorsa düşecek. Dolayısı ile; buna yönelik bir düzenleme yapmazsan eksik düzenleme var. Eksik düzenleme de haklı beklentiyi ihlal ediyor, dolayısı ile hukuka aykırı.” diyor. Dikkat edin kazanılmış hak değildir.

Başka bir karara²² geelim. Davacı, elektrik piyasasında üretim faaliyetinde bulunmak üzere su kullanım hakkı anlaşması imzalamış ve 4. maddenin kendisinin kazanılmış hakkını koruduğunu, sadece idarenin kullanım hakkı sözleşmesi imzalaması gerektiğini söylüyor. Danıştay da diyor ki; *“.. bir yönteme dair kural işlemlerin değişmesinin kişiler yönünden kazanılmış hak doğurmayacağı açıktır.”* Yani “Sen elektrik üretme hakkı almışsan, su kullanım hakkı sözleşmesini de beraberinde yapıp yapmayacağın kazanılmış hak değildir, idare ayrıca değerlendirir, ayrıca yapar. Karşı oyda ise; *“Olayın oluş biçimi itibariyle ortada tamamlanmış, bireyselleşmiş bir durum olmaması sebebiyle kazanılmış bir haktan söz edilemeyeceği düşünülebilirse de beklenen bir hakkın varlığının kabulü gerekmektedir. Aksine bir kabulün idareye duyulması gerekli olan güveni zedeleyeceği, süreç devam ederken yapılacak değişikliklerle bireylerin başlangıçta öngöremedikleri durumlarla karşılaşacakları, bunun da hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı açıktır.”* deniyor. Yani; diyor ki “Tamam, sözleşme daha imzalanmadığı için kazanılmış hak yok; ama bu bir süreç. Süreç içinde de bir haklı beklentisi var. Bu haklı beklentiyi karşılaman lazım”. Yani; hukuk fakültesine giren bir kimse, hukuk fakültesi diplomasını kazanılmış hak olarak elde etmemiştir ama “bu süreçteki düzenlemelerde diplomaya ulaşmak konusunda bir haklı beklentisi olduğu için bunu engelleyecek düzenlemeler konusunda kazanılmış haktan değil; haklı beklentiden giderek de talepte bulunabilir” anlamına gelen bir yaklaşım var.

İmarla ilgili başka bir karar²³a bakalım. Akaryakıt istasyonu meselesi. Bu akaryakıt istasyonu meselesi çok uyuşmazlık doğurmuş bir husustur. Artık şehir içinde akaryakıt istasyonları arasında zannediyorum 1 km. aralık olacak, şehir dışında 5 km. olacak. Ama yan yana olanlar var. Nasıl olabilir bu? Yan yana olanlar, eskiden yapılmış olduğu için kazanılmış hakları var. Tasfiye edilebilir bu eskiler, başka bir şey bu, ama yeni yapılacaklarda bir benzin istasyonu ile diğerinin arasında 1 km. olması lazım. Mevcut bir benzin istasyonunun 1 km. öncesinde 1 km. sonrasında (yani bu mesafelerden daha yakın yapmak) yapabilmek mümkün değil. Gerçi hukuk buna da ilginç çözümler buldu. Mesela; bir yolun kenarında bir benzin istasyonu var, diğeri de benzin istasyonu yapmak istiyor ve yol 500 m. Fakat; yeni benzin istasyonu yapmak isteyen ara yollardan, dolambaçlı yollardan hesaplama yaparak 1 km. şartını tamamlıyor. Bazen de böyle enteresan uygulamalar olabiliyor. Burada da demiş ki: mesafe miktarı, yer seçimi ve tesis izni verilmesi tarihi itibari ile yürürlükte bulunduğu

²² T.C. DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULU E. 2007/266 K. 2008/368 T. 20.3.2008

²³ T.C. DANIŞTAY 8. DAİRE E. 2008/1088 K. 2009/8114 T. 25.12.2009

için bu hususu değerlendiriyor ve bir karara gidiyor ve diyor ki yargı yeri “O mesafe şartının sizi etkilememesi için sizin önceden benzin istasyonu ruhsatınızın olması lazım.(yeni mesafe şartı düzenlemesi öncesinde almalıydın) Benzin istasyonu ruhsatına daha kavuşmadan bu mesafe şartı ile ilgili bir düzenleme yapılmış ise, mesafe düşülmüş ve sizi de etkiliyor ise, o zaman siz bir kazanılmış haktan bahsedemezsiniz.” diyor. Kazanılmış haktan bahsedebilmek için işlemin tesis edilmiş, müesses durum haline gelmiş olması gerekliliğini burada değerlendiriyor. Dolayısı ile toparlarsak idare (hukuku) hareketli olduğu için çokça karşımıza çıkan bir alana değindik. Adeta; idari işlemlerin en fazla uyumsuzluk çıkartan boyutunu gördük.

Geri alma, kaldırma, kazanılmış hak, müesses durum ve haklı beklenti

şeklindeki 5 kavramı kitaplardan bakarak da netleştirirseniz, hayatınız boyunca karşınıza çıkabilecek bu tip olaylarda bir açıklama getirebilirsiniz. Sadece kanun ezberciliği yapan kimseler, böyle olaylar geldiğinde ilgili kavramları gündeme getirip tartışmadıkları için ne yapacaklarını bilemiyorlar, tıkanıyorlar, bir kanunla da çözemiyorlar, sadece bir yargı kararına bakmakla da çözemiyorlar, anlamlandırmak lazım. Ne zaman kazanılmış hakkı anlamlandırmak lazım? Ne zaman haklı beklentiği anlamlandırmak lazım? Geri alma genel düzenleyici işlemler bakımından nasıl? Kaldırma geri alma birel işlemler için nasıl? Hukuka uygun işlemde nasıl? Hukuka aykırı işlemde nasıl? bunların hepsini değerlendirmek lazım. Özetlersek; hukuka uygun işlemler hiçbir zaman **geri alınamaz**; ama hukuka uygun işlemler **kaldırılabilir**, yeni işlem yapılabilir bu konuda. Hukuka aykırı işlemlerden kişilerde hak doğurmayanlar, kişilerin aleyhine olanlar her zaman geri alınabilir. Mesela; bazen idareyi şöyle söylerken duyuyorsunuz “Sana çok büyük haksızlık yapmışız ama, idari işlemi yaptıktan sonra 60 gün geçerse geri alamayız. Sana yapılan büyük haksızlık nedeniyle çok üzülüyorum; ama geri alamayız.” diyor. Yahu geri alamamak senin bakımından (idare bakımından) geri alamamak, yani benim (idare edilen) aleyhime geri alamamak, benim lehime(idare edilen) olan hukuki aykırılığı her zaman geri alabilirsiniz, almak zorundasın da, önemli olan hak doğuran bir işlemi geri alamamak. Yoksa; kişinin aleyhine olan, kişiye uygulanmış olan kişinin statüsünde değişiklik/olumsuzluk meydana getiren bir durum her zaman hukuka aykırı ise idare geri almak zorunda. Hatta; şöyle bir şey yapmak lazım, başka birisi benzer bir şeye karşı dava açıp kazanmışsa, “Bana da aynı muameleyi yap.” diye başvurup talep edebilmek imkanı var. Şimdi mesela; 30 seneden fazla emeklilik süresi emeklilik ikramiyesinde dikkate alınır alınmaz meselesinde yüzlerce binlerce dava var, kimileri de dava açmıyor. Dava açanlar kazandığı zaman idareye demeli ki, “10 sene önce bana tazminatı eksik ödemişsin. Bu konuda açılmış davalar da kazanılmış, bana öde.” “Artık bir kere ödememe işlemi yaptık, geri alamayız.” “Hayır bu benim aleyhime bir işlem. Benim mali hakkım yargı kararı ile tespit edilmişse sen de buna hak veriliyorsa 10 sene önceki durum da olsa hakkımı tasfiye et.” **Dolayısı ile; geri alma yasağı kişiler lehine** sonuç doğurmuş durumları değiştirme yasağı şeklinde; yoksa kişilerin **aleyhine**

olan durumu düzeltememe anlamında değil. Bunda da açık kanuna aykırılığı düşünmek lazım.

Her kanuna aykırılık, her hukuka aykırılık geri almayı meşrulaştırmıyor, **açık olursa**, bağırarak bir aykırılık olursa, göz göre göre idare ajanı ile anlaşma sureti ile bir hak elde etmiş ise (bu halde her zaman geri alınır). Hiç akaryakıt istasyonu verilmeyecek bir yere rüşvet karşılığı akaryakıt istasyonu almış, bu açık, bağırarak bir aykırılık olduğu için (bu hak) kazanılmaz(kazanılmış olmaz). Ama; idare ajanının sizin hatalı beyanınız olmadan yanlışlıkla yaptığı bir işlem varsa, bunda bir hukuka aykırılık yargılama sonunda ortaya çıksa bile her hukuka aykırılık açık hukuka aykırılık değildir. Açık, bağırarak hukuka aykırılık, göz göre göre yapılmış bir ihlal anlamına gelir.

Son olarak arada sorulan bir hususa da değinelim ve tartışalım. Bu herkesin aynı fikirde olmadığı bir alan. Dolayısı ile size soruyu soracağım ve vereceğiniz her cevap da doğru olacak. Sadece bu cevabın daha doğru olmasını sağlayacak şey, kullandığınız argüman olacak. Soru şöyle: size Hülya Avşar olayından bahsettik. Hülya Avşar isimli kişi, üniversite sınavında yerine başkasını sokmuş, sonra bu sınav sonucunda tıp fakültesine girmiş; fakat tıp fakültesindeki derslere kendisi devam etmiş, sınavlara girmiş ve 5. sınıfa kadar gelmiş. Bu hukuka aykırılık olduğu için üniversiteden kaydı silindi. Diyelim ki; tekrar üniversite sınavına girdi ve bu sefer kendisi çalışarak tıp fakültesini kazandı. Şimdi tıp fakültesini kazandığında 5. sınıftan mı başlayacak 1. sınıftan mı başlayacak? Ne dersiniz? Yani hukuka aykırı sınav meselesini değiştirdi, kaydı silindi, hapse girdi çıktı, bu sefer çalışarak üniversite sınavını kazandı ne olacak? (Öğrenci görüşü üzerine.) Yaygın görüş böyle. Arkadaşınız şöyle dedi: “Madem ki bir hile var. Bu hilenin yaptırımını olarak daha önce verdiği dersler sayılmaz.” diyor. O da şunu söyleyebilir: “Kadın doğum sınavında başarılı olmakla hilenin bir alakası yok, sonuçta o sınavın dersini gördüm ve sınavı da başardım, başkası nasıl başardıysa. Başka ülkelerde yeteri kadar genç yoksa kadro fazlaysa vs. belki üniversiteye giriş sınavı bile yoktur. Herhangi bir kimse girip başarmışsa dersi geçer, başaramamışsa kalabilir.” diyebilir. (Öğrenci görüşü üzerine.) Mesela; bakın hukuki bir argüman getirdi, esasında böyle gerekçeler söylemek daha enteresan olur. Bakın burada hakkaniyet duygusu bakımından olsa bile teknik bir şey söylüyor, “Madem geri alınmış, aradaki işlemler de geçersizdir.” diyor. (Öğrenci görüşü üzerine.) Buradaki kritik nokta şu: giriş sınavı kapı açıyor, bu kapıdan girişte bir sakatlık var diye buraya döndüğümüzde açılan kapıya girip de yapılan işlemler geçerli olur mu olmaz mı? Bu konudaki hakim görüş: madem ki hile ile girmiş değil sınavlarını geçersiz saymak ve mümkünse falakaya yatırmak. Azınlık görüş ise, “hukuka aykırılıkları birbirinden ayırmak lazım, birbirine sirayet eden ve etmeyenler var” diyor.

Dolayısı ile; geri alma niteliğinde olan şey, giriş sınavının geri alınması, giriş sınavının geri alınması ayrıca yapılmış tüm işlemleri geçersiz kılmaz. Kişinin dahiliye dersini vermesi, kadın doğum dersini vermiş olması, hilesi ile alakalı bir şey değil, o dersteki başarısı ile alakalı. Dolayısı ile; geri almaya rağmen geri alma ile organik bağlantısı olmayan, yani geri alınan işlemin etkisi ile sonucu belirlenmeyen işlemler yürür deniliyor; çünkü bu derslere girip not alabilmesi geri alınan üniversiteye giriş

sınavı ile alakalı ama, o sınavın doğrudan etkisi ile sonucu belirlenmiyor, kendi başarısı ile belirleniyor. Fakat; hakim görüş bu dersleri de saymamak noktasında. Tahmin edebileceğiniz gibi, ben kimseyi bulamazsam kendime muhalefet ediyorum, ben hakim görüşten yana değilim, bence geçerli sayılması gerekiyor. (Öğrenci sorusu üzerine.) Öyle ama, yani hırsıza da ceza veriyorsunuz, adam öldürene de. Hırsız diye bütün hayatı boyunca her şeyini elinden almıyorsunuz, hilenin de bir kapsamı var. Hilenin cezası belli bir ceza, dolayısı ile tekrar girip hatasını düzeltmişse hile olmayan kısmını elinden almanın imkanı var mı? O adeta hırsızın çaldığını alıp hapse koyduktan sonra evini barkını da elinden almaya benziyor, çok iyi yapmış diyecek halimiz yok ama kötülüğü kadar bir derecelendirme yapmak gerekir.

İdari İşlemlere İlişkin Genel Tekrar

İdare hukukuna özgü 3 cins idari muameleden bahsettik. Ayrıca idare bir tüzel kişilik olduğu için özel hukuk kişilerinin yaptığı hukuki muameleleri de yapabiliyor, sözleşme yapabiliyor, çeşitli şekillerde konularda sözleşmeler yaparak hareket edebiliyor; fakat bizi idare hukuku bakımından ilgilendiren kısım idarenin kamu hukuku kurallarına göre yaptığı hukuki muameleler idi. Bunu da idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler olarak 3'e ayırdık. Bu üçüne ilişkin genel bir bilgi verdikten sonra, idari işlemlere başladık. İdari işlemin ne olduğuna dair açıklamalarda bulunduk, birbirinden farklı idari işlemlerin hukuki statüsünü inceledik, genel nitelikteki idari işlemler ile birel nitelikteki idari işlemlerin farkını ortaya koymaya çalıştık, daha sonra idari işlemlerin unsurlarını değerlendirdik, unsur kavramına değinerek 5 unsuru açıkladık, idari işlemlerin geri alınması ve kaldırılmasını da dün anlattık. Böylelikle; idari işlemlere ilişkin kitaplarda yazan aşağı yukarı her noktaya değinmiş olduk. Bir iki husus var bunları tamamlayarak idari sözleşmelere geçelim.

İdari İşlemlerin Yürürlüğe Girmesi ve Uygulanması Arasındaki Fark

İdari işlemin uygulanabilir olması ve uygulanması farklı şeylerdir. Bir idari işlem yapıldığı zaman idare bakımından kesin olur, ama kişiler bakımından uygulanabilirliği o işlemin ilânı veya kişiye tebliğiyle olur. Mesela; idare kendi içinde bir düzenleyici işlem yapsa, belli hususlarda hangi muameleyi yapacağını düzenlemiş olsa ve personeline dağıtmış olsa; idari işlem vardır, idari işlem kesinleşmiştir ama idari işlem üçüncü kişiler bakımından uyulmasını gerektiren şekilde uygulamaya girmemiştir. Niçin? İlân edilmemiştir. Dolayısı ile; resmi gazetede ilân, panoda ilân, kişiye iadeli taahhütlü olarak tebliğ, elektronik tebliğ gibi usuller idari işlemin kişi bakımından da uygulanmasını sağlamak içindir. Özellikle; kişilerin hukuki statüsünü değiştiren nitelikte işlemlerin ilgiliye tebliğ edilmesi zorunluluğu vardır; tebliğ edilmediği takdirde kişiye uygulanması bakımından idari işlemin sakatlığından bahsedilebilir. Niçin? Kişilere tebliğ edilmesi, kişinin bu işlemin kapsamını anlayabilmesi, işleme karşı itiraz edebilmesi, hukuk yollarına başvurabilmesi anlamına geliyor. Genel düzenleyici işlemler bakımından da öyle. Kişinin uyması

gereken genel düzenleyici işlemler ilan edilmezse, kişi bunu öğrenebilecek bir durumda olmaz ise, bunun kişi bakımından uygulanabilirliği problem olur.

Öyle ise; bir işlemin yürürlüğe girmesi başka bir şey, uygulanabilirliği başka bir şey. Eski kitaplarda özellikle Lûtfi Duran'ın işlemlerle ilgili kısmında buna bir bölüm ayırmış ve anlatıyor.

Peki bu fark niçin önemli? Çünkü; bir işlem yürürlükte olmasına rağmen, uygulanabilir olmayabilir. Bir işlem, idareyi bağlayıcı nitelikte olmasına rağmen, kişileri bağlayıcı nitelikte olmayabilir. Niçin? Çünkü; kişilere yönelik ilân edilmemiştir. Ama; ilân edilmiş, kişi görmemiş bilmiyor vs. varsa onlar uygulanma bakımından etkilemiyor(yani artık uygulanır vaziyette).

Dolayısı ile; biz idari işlemleri incelerken esas olarak idari işlemin kendisine ve içine yönelik bir bakış atmaya çalıştık ama dışı ve dışarıya olan etkisine yönelik kısmı da bu bilgi ile tamamlamamız gerekiyordu ve bu hususu da anlatarak tamamlamış olduk.

Sebep İkamesi

Bir de kimi zaman gündeme gelen sebep unsuruna ilişkin sayılabilecek bir yaklaşım var. Bu yargının ortaya çıkarttığı bir husus: İşlemin sebep unsurunu ilgilendirir bir biçimde Türkçesi “sebep ikamesi”. *Sebep değiştirmesi, sebep konulması. Yasal temelin değiştirilmesi* diye de bahsediliyor. O da şu: bir sebep hukuka aykırı olmakla birlikte, aynı sonucu gerektiren başka bir sebep varsa bu işlemin ayakta tutulmasını sağlayan bir yöntemdir.

Şu şekilde ortaya çıkmış bizim hukukumuzda: Bir bekçi kendisine görev dolayısı ile verilen silahı başkasına verdi diye meslekten atılmış. Meslekten atılması üzerine dava açmış ve davada ortaya çıkmış ki; esasında kendisine verilen silahı başkasına vermemiş, o sırada sarhoşmuş, yanındaki kişi bir kaza çıkmasını diye bekçinin elindeki silahı almış. Bakıldığında; silahı başkasına verdiği için yapılmış bir işlem var, ama görev sırasında içkili olmak da göreve son vermeyi gerektirdiği için mahkeme demiş ki “*Tamam gösterilen sebep silahı başkasına vermek doğru değil; ama aynı sonucu yani görevden atılmasını gerektiren başka bir sebep var, o zaman ben bunu ikame ediyorum.*” Yani işlemin sakatlığını gideriyor. İşlem sakat ama, aynı sonuca yol açacak başka bir noktayı altına koyduğunda değişiyor. Bu da tıpkı şekil sakatlığındaki esasa etkili olan-olmayan gibi işlem unsurlarına yönelik ayrıksı bir durum. Normalde bir işlemin yapılma sebebi, yapılma konusu, uyulması gereken usul, yetkili mercii vs. gibi noktalarda bir sakatlık varsa genel mantık işlemi iptal etmek, yetkili idare bir daha yapsın sakatlık olmadan şeklinde bakmaktır; fakat burada adeta bir kolaylığı gerçekleştirmek için sebep ikamesi denilen bir yaklaşımla sakat sebebi aynı sonucu gerektirecek gerçek, olayda var olan başka bir sebeple ikame ederek sonuç olarak bir sakatlık olup olmadığını değerlendirmek şeklinde gerçekleşiyor. Tamam silahını vermemiş, ama meslekten atılmayı gerektiren başka bir şey yaptığı zaten sabit. Öyle ise; sonuçta meslekten çıkartılmamış mı? Çıkartılmış. İster silahını başkasına vermekten olsun, ister görev başında içkili olmaktan olsun. Aynı sonucu gerektirir diye bakılmıştır.

İDARİ SÖZLEŞMELER

İdari sözleşmeler, idarenin sözleşmelerinin bir türüdür. İki biçimde şema yapabiliriz: **Sözleşme** diye bir başlık yapabiliriz ve bu başlığı kendi içinde **özel hukuk sözleşmeleri** ile **idari sözleşmeler** diye ikiye ayırabiliriz. Bir ayrım bu. Yani; sözleşmenin iki çeşidinden birisi.

Bir başka ayrım yapabiliriz: **İdarenin sözleşmeleri** der ve bunu **idarenin özel hukuk sözleşmeleri** ve **idari sözleşmeleri** olarak ayırabiliriz. Dolayısıyla idari sözleşmeler, idarenin sözleşmelerinin bir çeşididir. İdare sadece idari sözleşmeler yapmıyor. Neredeyse böyle kelime oyunu yapıyor gibi geliyor ama, konunun netleşmesi bakımından buna değinmek lazım. İki tip sözleşme var. Bu iki tip sözleşmeyi de idare yapabiliyor: Özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme. İdare de bir tüzel kişilik olduğu için özel hukuk sözleşmeleri yapabilir.

Özel hukukta hukuki muamelelerin temeli sözleşmedir ve ayrıntılarıyla işlenmiş bir sözleşme hukuki rejimi vardır. Özel hukukta insanların kendi iradeleri ile yapabilecekleri hususlar dışında bütün temel muameleler sözleşme, akit biçimleri şeklinde karşımıza çıkar. Evlenme de, alım-satım da bir akit çeşidi olarak karşımıza çıkar. Bağışlamada bile bağışlayanın kabulüne ihtiyaç vardır, tek taraflı bağışlamayla olmaz. Dolayısıyla; sözleşme özel hukukta hayatidir.

İdare hukukunda ise sözleşme, özel hukuktaki görünümü ile ortaya çıkmaz. Özel hukuktaki görünümü ile ortaya çıkmamasının çeşitli sebepleri vardır. Bu sebeplerden en başta geleni, idari işlemdir. Çünkü; idare tek taraflı işlem yaparak hukuki rejimleri, hukuki statüleri etkileyecek bir güçle donatılmıştır: **kamu gücü** ile. Yani; karşı tarafla sözleşme yapmaya idarenin ne ihtiyacı var? İdare zaten istediği işlemi karşı taraf üzerinde geçerli olmak üzere yapıyor, hukuka aykırılık varsa kişi dava açıyor. Zaten idare her zaman kendisine ait görevleri müzakere ederek yapabilecek bir durumda değildir. Çünkü; kamu hizmetinin, kolluğun gerekleri hızlı hareket etmesini ve karşı tarafın kabul etmemesine rağmen statüler oluşturmasını gerektirir. Bir yerde arsaya ihtiyacı varsa, arsa sahibi arsayı satar mı satmaz mı diye müzakere ettikten sonra satmaya razı olmayan bir kimsenin bile elinden arsayı alacak kamulaştırma yetkisine *-usulüne uygun kullanılmak suretiyle-* sahiptir. Dolayısıyla, idare hukukunda sözleşmenin geri planda kalışı, tek yanlı işlem nedeniyledir. Tek yanlı işlem, idari işlem.

İdare genel düzenleyici işlemler yapar. Öğrencilerin hukuki statüsünü belirler, itirazlar üzerine değiştirebilir. Mesela; eğitime ilişkin hususu düşünün. Derslerin saati, derslerin çeşidi, hangi sınıflarda okutulacağı, sınavların tarihi vs. Bunların hepsi tek taraflı olarak idare tarafından belirlenir, ilan edilir, muhatapları da buna ilandan itibaren uyar, uymazsa uymamasının çeşitli sonuçları olur. Ama; sözleşme şimdi giderek güncelleşmeye başlamıştır. Niçin? Çünkü idare; artık bu tek taraflı, buyurgan, belirleyen yönünün her zaman isabetli sonuç vermediğini görerek, en akla gelmedik hususlarda bile sözleşme yapmaya başlamıştır. Öğrencilerden bahsettik, mesela MEB şimdi öğrencilerin disiplin kurallarına uyması, okula geliş gidişlere uyması vs. konusunda velilerle sözleşme imzalıyor. Sözleşme yapmasına gerek yok; ama adeta veliler kuralları bilsinler, bilincinde olsunlar, çocuklarına sahip çıksınlar, onların

ihtiyaçlarını gidersinler, okullarda ne gibi gerekliliklerle karşılaştıklarını bilsinler diye MEB oturuyor ve bir tip sözleşme üzerinde sözleşme imzalıyor. Veya ihracat rejimi bakımından; ihraç etmek üzere ithal edilen malların yurda sokuluşunda vs. kurallara uymazsa ne gibi yaptırımlara uğrayacağı hususunu da içeren sözleşmeler yapıyor. İdare artık birçok şeyi sözleşme ile yapmaya başladığı için güncelleşmiş bir alan, uyanmış bir alandadır.

Esasında sözleşmenin ortaya çıkışı 1800'lü yılların sonuna denk gelmektedir. İdare bakımından çok yeni olduğu söylenebilir. Mantığı şu: İdare eskiden de sözleşme yapıyormuş; ama şöyle bir durum ortaya çıkmış: İdare özel hukuk kişisi ile anlaşarak kamu hizmeti veya faaliyetlerine yönelik bir sözleşme imzaladığında ahde vefa gereği bunun ilkelerine uyması gerekiyor, fakat bu ilkeler zaman içinde değişebiliyor. Bu sözleşmede tâbi olduğu husus zaman içinde değişebiliyor. Belirli süreli bir sözleşme yaptığında, zaman değiştiğinde, şartlar değiştiğinde, hizmette yeni ihtiyaçlar ortaya çıktığında ne olacak? Mesela; sağlık alanında görüntüleme alanında bir sözleşme imzalıyor. Hastaların hastalıklarının teşhisi için devlet hastanesinin radyoloji bölümünde görüntüleme cihazları işletmek üzere bir şirketle anlaşılıyor. MR aletleri vs. var. 10 senelik bir sözleşme yapıyor ama ikinci senenin sonunda teknoloji geliyor, MR aletleri değişiyor, açık MR aletleri çıkıyor, teşhis yöntemleri değişiyor, başka aletler çıkıyor. Ne olacak şimdi? 10 senelik sözleşme var, bu sözleşme gereği 10 sene sözleşmenin yapıldığı tarihteki aletlerle mi devam edecek? Değilse, yeni aletleri almasını nasıl zorlayacağız? **Ahde vefa ilkesi** var. Yeni aletleri almaya zorlamak, sözleşmeyi ihlal etmek olursa, sözleşme rejimi buna müsait değil. Basiretli bir tacir gibi davranmış olmamıza rağmen o alanda tahmin edilemeyen gelişmeler oldu. Yeni teknoloji çıktı. Kamu hizmetinin uyarılma ilkesi var. Yeni teknolojik gelişmeleri uyarılması lazım, ama sözleşme idarenin elini kolunu bağlıyor. *İşte bunu gidermek için doktrin ve yargı idari sözleşme diye bir kategori çıkartmış.* **Bu kategorinin temel mantığı:** Sözleşme eğer alanın şartları gerektiriyor ise, değiştirilebilir. Bu değişikliğe özel hukuk kişisi karşı koyamaz. Sözleşmenin konusu gelişebilir. Kamu hizmetinin uyarılması ilkesinden etkilenir. Uyarılma ilkesi gereği idare, âkit taraftan (sözleşen taraftan) başka şeyler yapmasını da isteyebilir. Bu idareye çok üstün bir yetki veriyor. İdareyi ahde vefa ilkesi çerçevesinde eli kolu bağlı bir idare olmaktan çıkarıyor; idari faaliyetlerin sahibi, kamu adına, millet adına faaliyetleri gören bir organ olarak sözleşmede gerekli olan değişikliklerin yapılmasını isteme imkanı getiriyor. İdari sözleşmenin en hassas noktası budur.

Buna karşılık bir denge lazım; çünkü bu alan bir denge meselesi. “Sen yeni çıkan MR aletini de alacaksın, buna uymak zorundasın.” diyebilirsiniz, ama bunun parası kimden çıkacak? Bunun getirdiği mali külfet ne olacak? Bunun getirdiği ek personel maliyeti ne olacak? Eğer idare bunları düşünmezse, özel hukuk kişisi devam edemez. Özel hukuk kişisi iflas ederse, sözleşmedeki tek taraflı değişikliğin amacı *hizmeti daha nitelikli sürdürmek* iken bu sefer hizmet sürdürülemez hale gelir, hizmette kesinti meydana gelir. Öyle ise, idare karşı tarafa diyor ki; *“Bu değişikliği kabul etmek zorundasın, ama bu değişikliğin getirdiği ek mali külfetleri idare sana tazmin eder. Ama kabul edip etmemek konusunda herhangi bir tercihin yok, yoksa*

feshederim. Bunu yapamayacak durumdaysan da bu sefer feshedip çıkarırsın, yerine başka bir özel hukuk kişisini alırım.”.

Dolayısıyla; idareye değişiklik yapma gücü getiriyor, özel hukuk kişisine de bu değişikliklerin ortaya çıkarttığı mali hakları tartışmak, mali dengesini güvenceye almak araçları getiriyor. Yani özel hukuk kişisine de mali güvence getiriyor.

İdari Sözleşmelerde İdarenin Üstün Yetkileri Sahip Olması Hususu

İdari sözleşmeleri açıklarken kitaplar şöyle diyor: “*İdari sözleşmeler, idareye üstün güç veren sözleşmelerdir.*” Şimdi ben sizin değerlendirmenize konuyu anlamanız bakımından farklı bir yaklaşım sunuyorum: Üstün güç verme, özel hukuk sözleşmelerinde de olabilir. Özel hukuk sözleşmelerinde anlaşılırsınız; eğer ahlaka aykırı değilse, kanuna aykırı değilse, bir tarafa sözleşme ile tek taraflı davranma imkanı verebilirsiniz. Mesela; bir borç-alacak sözleşmesinde diyebilirsiniz ki: “*Ben şu kadar borç alıyorum, borç belirsiz süreli. Sen istediğin zaman hiç itiraz etmeden ödeyeceğim.*” Sözleşmeyi buna bağlarsınız. Baktığınızda; alacaklıya üstün güç vermiş gibi gözükebilir; ama bu sözleşmede tarafların -irade fesadı yoksa, hata, hile, ikrah gibi hususlar yoksa- yapabilecekleri bir düzenlemedir.

Buna karşın idari sözleşmelerdeki özellik, sözleşme dolayısıyla üstün yetkiler vermek değil; yani; idarenin sözleşmede yazan maddeler nedeni ile üstün güce sahip olması değil; *sözleşmenin tabi olduğu alanın niteliği gereği idarenin sözleşmede yazmasa bile üstün güce sahip olmasıdır.*

Biraz önceki örnekten devam edelim: Kamu hizmeti alanında özel hukuk kişisi ile görüntüleme hizmetleri almak konusunda sözleşme imzaladınız. Sözleşmede idareye verilen hiçbir üstün güç yok; ama bu alan kamu hizmeti alanı olduğu için, kamu hizmetini uyarılama ilkesi olduğu için, bu alandaki teknoloji geliştiğinde uyarılama ilkesi gereği sözleşmeye müdahale edebilecek bir üstün güce sahip oluyor idare. Yani; sözleşmede yazdığı için değil; sözleşme idari sözleşme olduğu için bu güce sahiptir.

Yani formül şöyle: Belli konularda yapılan sözleşme idari sözleşme; idari sözleşmeler de o belli konularda yapıldığı için idarenin, *sözleşmede yazmasa bile* hizmetin gerektirdiği hususları isteme noktasında bir hakkı var. Bu hakkın temeli de sözleşmeye idari sözleşme demekten kaynaklanıyor. Dolayısıyla idari sözleşme dediğimiz zaman, böyle bir zemine sahip olan sözleşmeden bahsediyoruz. İdarenin özel hukuk sözleşmesi dediğimiz zaman, böyle zemini olmayan bir sözleşmeden bahsediyoruz.

İdare, bir özel hukuk sözleşmesi yapmışsa -yani herhangi 2 vatandaş gibi bir sözleşme yapmışsa- orada idare sözleşmeye aykırı davranamaz. Birçok ilçede belediye pasajı vardır. Belediye orada sıradan bir dükkan sahibidir. Dükkanını kiraya vermiştir. Kiracısı da bir kiracıdır. Bu ilişkinin temel noktasında idare tek taraflı olarak davranamaz. Tek taraflı olarak değişikliği isteyemez. Genel tahliye sebepleri dışında, ben seni tahliye ediyorum diyemez. Nasıl kiracı-ev sahibi/kiralayan ilişkisi varsa, öyle bir ilişki içindedir. Ama belediyenin iradesinin oluşumunda idare hukuku ilkeleri

vardır, o başka. Özel hukuk sözleşmesi olduğunda, idarenin, sözleşme maddelerinin değişikliği meselesinde hiçbir üstün yetkisi yoktur; ama idari sözleşme olduğunda üstün yetkisi vardır. Bu üstün yetkisinin mantığı nedir? Sözleşmenin konusudur. Öyleyse; bir sözleşmenin kriteri, kitaplarda yazdığının aksine, idarenin üstün yetkilere sahip olması demek değildir. Sözleşme idari sözleşme olduğu için idare üstün yetkilere sahip oluyor, idare üstün yetkilere sahip olduğu için idari sözleşme değil; yani sebep-sonuç farkı var. İdarenin yaptığı sözleşme konusu nedeniyle idari sözleşme sayılıyor ise, idari sözleşme sayıldığı için sözleşmede yazmasa bile idarenin sözleşmede değişikliği talep etme imkanı var. Bir sözleşmede değişikliği talep imkanı var diye o sözleşme idari sözleşme olmaz. Niye? Çünkü; bu imkan sonradan çıkar. İdari sözleşme olmaktan ötürü çıkar.

Dolayısıyla, bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığını tespit edebilmek için üstün yetkileri var mı veya yok mu durumuna bakılmaz. Neye göre bakılacağını bulmak lazım. Neye göre bakılacağı da şudur: konusu kamu hizmetinin görülmesine ilişkin ise, idari sözleşmedir. Niye? Çünkü; kamu hizmetinin süreklilik ilkesi var, kamu hizmetinin eşitlik ilkesi var, kamu hizmetinin uyarılma ilkesi var. Konusu kamu hizmeti olduğu için idare sözleşmede bunlardan vazgeçemez. Sözleşmede yer almasa bile yeni şeyler isteyebilir. Halk otobüsleri ile saat 09:00 ile 22:00 arasında Topkapı-Kartal arasında hat işletmek konusunda anlaşmış olabilir; fakat ihtiyaç daha fazla ise, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi de kesintisiz olarak yapılmasını gerektirdiğinden, sözleşmede bu hüküm olmasa bile, idare otobüs sefer saatlerini uzatabilir. Eğer özel hukuk sözleşmesi olsaydı karşı taraf "Sözleşmemizde böyle bir şey yok, yapmıyorum." diyebilirdi. Ama konusu kamu hizmeti olduğu için ve hizmetin sürekliliği ilkesi 22:00'da bitmesini değil, 00:00'a kadar devam etmesini gerektiriyorsa idare: *Buna uyacaksın. Yapmazsan bu bir idari sözleşme olduğundan tek taraflı olarak feshederim. Bundan ötürü ek bir mali külfetin varsa ve bunu ispat edersen, bu karşılanabilir. Bu yetkimi keyfi kullanmıyorum, seyahat ihtiyacının ve toplu ulaşım ihtiyacının artması ortaya çıktı. Dolayısıyla; ben de bunu tespit ettim, kamu hizmetinin zorunlu kıldığı bu tedbiri alıyorum sen de sözleşen taraf olarak uyacaksın.*" Mantığı budur.

Sözleşmede "İETT Başkanlığı istediği zaman saatleri değiştirebilir." diye bir madde yer alsa da idarenin bu yetkisi var, böyle bir madde yer almasa da bu yetkisi var. Niye? Çünkü bu yetki sözleşmenin hükümlerinden kaynaklanmıyor, sözleşmenin kamu hizmeti alanında olmasından kaynaklanıyor. O yüzden buna idari sözleşme diyoruz, o yüzden yargı buna idari sözleşme diyor, o yüzden doktrin buna idari sözleşme diyor. Biz adına idari sözleşme dediğimiz için değildir.

Biz adına özel hukuk sözleşmesi desek de öyle olmaz. Nitekim; Anayasa değişikliklerinden önce yap-işlet-devret konusunda kanunlar çıktı ve kamu hizmeti alanında büyük yatırımlar yapmak isteyen kimseler idarenin böyle üstün yetkilerini gördükleri için şöyle bir farklı zemin istediler: "Bizim bu alanda yapacağımız sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi olsun. Elektrik alanında yatırım yaparız, doğalgaz santralleri kurarız, köprüler yaparız, barajlar yaparız, bu işlere talibiz; ama biz burada idarenin tek taraflı müdahalelerini istemiyoruz. Bize idari sözleşme rejimi içinde bir rejim sağlaman lazım." Bunun üzerine yap-işlet-devret kanunu çıktı ve bu kanunda açıkça "Yap-işlet-devret konusunda yapılan sözleşmeler özel hukuk

sözleşmeleridir." denildi. Anayasa Mahkemesi'ne gitti ve Anayasa Mahkemesi; "Sözleşmeye, kanun özel isim veremez. Taraf olarak sözleşmenin niteliğini belirleyemezsin. Kamu hizmeti alanında bir sözleşme yapılıyorsa, bu idari sözleşme olur ve idari yargının görev alanına girer, özel hukuk sözleşmesi rejimine tâbi olmaz, bu Anayasa'ya aykırıdır." dedi ve iptal etti. Tekrar bir yap-işlet-devret kanunu çıktı ve orada da "Özel hukuk sözleşmesidir." dedi, yine iptal edildi. Bunun üzerine Anayasa değişti. Anayasanın 47. maddesine "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir" cümlesi eklendi. Bunun üzerine kanun koyucu tarafından hangi işlerin özel hukuk sözleşmesiyle gördürüleceği belirlendi.

Özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmesinin mantığı ne? Hem akdin olması, hem de özel hukuktaki ahde vefa, sözleşmenin bağlayıcılığı, sözleşmede kararlaştırılanlar dışında bir kuralın uygulanmaması, yeni kural gelmemesi gibi bir beklentiyi karşılamak için getirildi. Ama bu kamu hizmeti alanı olduğu ve kamu hizmetini en fazla etkileyen de uyarılama ilkesi olduğu için idari sözleşmeler var. "Ben eskiden 90 yıllık sözleşmeler yapıyordum idare olarak, sonra 49 yıla düşürdüm, sonra 29 yıla düşürdüm sonra şimdilerde 10 yıllık yapıyorum"; ama hayat ve tarih o kadar hızlı akıyor ki 1 senelik sözleşme bile öngörülemez nitelikteki gelişmelerle eskiyor. Kamu hizmeti alanında metroları düşünelim. Eskiden yerin altını kazmak çok zordu, şimdi köstebek denilen bir alet çıktı, hızlı bir şekilde kazı yapabiliyor. Eskiden bir tünelin yapılması 30-40 sene sürüyordu. Dolayısı ile; sözleşmeyi uzun süreli yapsan altından kalkamıyorsun, gelişmeyi tahmin edemiyorsun. Mesela tünel meselesini ele alalım: Bolu Dağı tüneli yapı halindeyken bu alet çıkmış olsaydı sözleşmeciye denebilirdi ki; "Sen bu aleti al ve bu tüneli 30 senelik bir süre öngörülmuş olmasına rağmen 1 senede bitir." Sözleşmeci tarafın buna karşı çıkması ihtimali olsa bile bunu yapması gerekir; çünkü kamu hizmeti bu konudaki gecikmeyi kaldıramıyor. Bunun bir an önce açılması lazım. Sözleşmede otuz senelik bir süre öngörüldü diye, gelişen teknoloji karşısında bu sözleşme idarenin elini kolunu bağlamaz; çünkü bu kamu hizmeti alanı. Kamu hizmeti alanında olduğu için de idare bu yetkileri kullanmaya mecbur. Sözleşmeci taraf ise bu durumda mali dengesini sağlamak için tazminat isteyebilecek; idareyle anlaşma sağlanamazsa dava açma yoluna gidebilecektir.

Dolayısı ile bakın tekrar ediyorum; bu konuda idare hukukçularının da zihni karışık. Genel olarak "İdari sözleşmenin kriteri, sözleşmede tanınan üstün yetkililerdir." deniyor ancak şunu değerlendirmenize sunuyorum: **Üstün yetkiler sonuçtur.** Niye sonuçtur ve kriteri nedir? Bir sözleşmenin konusu idari faaliyet ise, o idari faaliyetin idareyi de bağlayan niteliği gereği, hareketliliğin sözleşmeye aktarılması lazım. O hareketliliğin sözleşmeye aktarılması da *idari* kelimesiyle olur. Sözleşmeye idari dediğinizde, idari sözleşme dediğinizde o hareketlilik metnin içine giriyor. Bunu İdare ihdas etmemiş, uyuşmazlıklar önüne geldiğinde mahkeme ihdas etmiş. Mahkeme nasıl ihdas etmiş? Bakmış; bir yandan sözleşme rejimi belli, bir yandan idarenin söylediklerinde haklılığı ortada, bir yandan özel hukuk kişilerinin söyledikleri ortada. İki taraf da haklı, ama nasıl çözecek? Bunu normal sözleşme rejiminin içinde çözemez, çöze sözleşmeye özel hukukun verdiği anlam çöker. Sonuç olarak diyor ki; "İdarenin

taraf olduğu sözleşmelerde sözleşmenin konusu nedeni ile bu konunun idare bakımından da bağlayıcılığı olduğu için, idarenin sözleşmede öngörülmemiş olsa bile üstün yetkileri vardır.” İdare, sözleşmenin konusunun gerektirdiği yenilikleri karşı taraftan talep eder, karşı tarafın ise sözleşmenin bozulan mali dengesi çerçevesinde tazminat hakkı saklıdır.

Ne yapıyor yargı? Önündeki olayı hakkaniyete göre çözüyor, çözerken de hukuk kavramlarının sıkıntıya girmemesi için sözleşme kavramını ikiye bölüyor ve bir kısmına özel hukuk sözleşmesi diyor, bir kısmına da idari sözleşme diyor. Taraflar oturup “Bu sözleşme bir idari sözleşmedir.” dese bile bunu kabul etmiyor. Taraflar oturup “Bu kesinlikle bir idari sözleşme değildir, bu bir özel hukuk sözleşmesidir.” dese bile kabul etmiyor. Kendisi karar veriyor.

İdari sözleşmelerdeki temel mantık şu; mali tartışmayı, mali problemi hizmetin gereklerinin gerisine atıyor. Hizmetin gerekleri yapılacak, bunun mali tartışması ayrı bir problemdir; bunun tartışılması için emprevizyon, fait du prince gibi çeşitli kavramlar var, ayrıca değerlendirilecek boyutu var.

Bir örnek verelim: Amfi 1’den çıkınca camlı bir kısım var, bu camlı kısım eskiden kantindi, kantin olarak bir sözleşme yapıldı. Sözleşme yapıldıktan birkaç gün sonra orada yapılan tostların, sandviçlerin, ısıtılan yiyeceklerin kokusu amfiyi sarmaya başladı. Bu kokular nedeniyle eğitim hizmeti aksamaya başladı. İdare de özel hukuk kişisi ile 1 senelik sözleşme yapmış. İdare özel hukuk kişisinin oradan sözleşmesine rağmen çıkarttırılmasına karar verdi. Özel hukuk kişisi “*Benim sözleşmem var.*” diye iddia ederek dava açınca, dava adli yargıya gitti, adli yargı da “*Bu idari sözleşmedir, kamu malından yararlanmaya ilişkindir. Sözleşmenin konusu sadece tost vermek değil, üniversite binası içinde kamu malından yararlanmaya ilişkin. Dolayısı ile; buna idari yargı bakar.*” dedi. İdare mahkemesine gidince de idare “*Burada eğitime tahsis önceliklidir. Kantin eğitim hizmetini aksatmış bir yapı olduğu için eğitim hizmetinin değerini düşürecek hiçbir şeye idare bu konuda sözleşme yapsa bile razı olamaz. Dolayısıyla; çıkartma işlemi eğitim hizmeti aksıyor ise hukuka aykırı değildir. Ama özel kişi de bu sözleşmeye dayanarak masraf yapmışsa bu masraflarını ve tazminat talep edebilir.*” dedi. Dolayısıyla; buradaki mantık ne olur? Bu özel hukuk sözleşmesi değil, ahde vefa meselesi yok; burada öncelikli olan öğrencilerin yemek ihtiyacı değil, eğitim ihtiyacı. Dolayısıyla; bunu kabul etmiyor.

Sonuç itibariyle bu, idare hukukunun hep söylediğimiz gibi öğrencinin de kendisini güvensiz hissettiği önemli alanı. İdari sözleşme mi diyecek yoksa özel hukuk sözleşmesi mi diyecek önceden anlayamazsınız. Bunu ancak unsurdan yola çıkarak ya da bir uyuşmazlık çıktığında değerlendirebiliriz.

İDARİ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ REJİMİ

İdari sözleşmelerde ortaya çıkabilecek bir hukuki rejim problemi var. Bunun idari sözleşme olmasını sağlayan da içeriğidir. Şimdi hızlıca idari sözleşmelerin hukuki rejiminden bahsedelim, ondan sonra örnek kararlar verelim.

İdari Sözleşmelerde Muhatabın Belirlenmesi

İdari sözleşmelerin hukuki rejimi bakımından muhatap edinme meselesi var. Özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak idarenin tüm sözleşmelerinin tarafını idare her zaman serbestçe seçemez. Bir ihale yapması lazım. Özel hukuk kişisi muhatabını kendisi seçer, ama idare muhatabını seçerken objektifleştirmek zorunda. Bir mal satarken ihaleye çıkması lazım; en fazla bedeli verene satmak zorunda. Bir şeyi alırken ihaleye çıkması lazım; en ucuzundan almak zorunda. Bir işi yaptırırken ihaleye çıkması lazım. İşte mesela -bugünlerde gazetelerde vardı- “3 katlı Boğaz tüp geçit ihalesi yarın yapılacak.” vs. diye çıkıyordu. İdare bu işi istediği şirkete veremez. Bir ihale açacak, bu işi yapabilecek yeterliliği olan şirketlerden en avantajlı teklifte bulunana verecek. En avantajlı teklif de süre bakımından, mali bakımdan, teknoloji bakımından, gelişebilirlik bakımından bir değerlendirmeye tâbi tutulmak demektir. Dolayısı ile; bir kere idari sözleşmelerde âkit tarafın seçimi bakımından bir prosedür var.

Kamu hizmeti imtiyazlarında serbestçe seçmesine yönelik özellikli durumlarda bazı imkânlar var. Mesela diyelim ki, bir kimse bir proje getiriyor: Boğaz Köprüsü'nün altında teleferikle yolcu taşıma. O proje orijinal bir proje olduğu için o projeyi ona verip vermeme konusunda idare ile bir pazarlık yapabiliyor; çünkü projeyi alıp da ihaleye çıkıp başkasına vermek olmaz. Yani kamu hizmeti imtiyazının özelliği, muhatabını seçme konusunda esnekliği var. Onun dışında seçim özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibidir. Fakat; bu sadece idari sözleşmeye özgü değil, idarenin tüm sözleşmelerine özgü. Yani; idarenin özel hukuk sözleşmeleri de böyledir. İdare özel hukuk sözleşmelerinde de âkit tarafı ayrıca belirleyecektir.

İdari Sözleşmelerin Tabi Olduğu Yargı Düzeni

İkincisi; idari sözleşmelerde bir uyuşmazlık çıktığında idari yargıya gider, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde bir uyuşmazlık çıktığı zaman adli yargıya gider. İdari sözleşmelerde bir yol ayrımı başlıyor ve uyuşmazlığa bakacak mahkeme değişiyor.

İdari Sözleşmelerin Tabi Olduğu Hukuk Düzeni

Üçüncüsü idari sözleşmelerde kamu hukuku kuralları uygulanır. Kamu hizmetinin uyarlanması, yetkili idare vs. gibi. Ama; idarenin özel hukuk sözleşmelerinde dahi borçlar hukuku kuralları uygulanır. Dolayısıyla; uygulanacak hukuk değişir.

Sözleşmenin Mali Dengesini Sağlama Araçları: Fait du Prince ve Emprevizyon

İdari sözleşmelerin zaman içindeki bu idareye tanınmış değişiminden kaynaklanan haklar çerçevesinde kişilere de verilmiş 2 tane imkan var. Size kamu

hizmetinin görülüş usullerini anlatırken değindim: *emprevizyon/öngörülemezlik ve fait du prince*.

Fait du prince Fransızca bir kelime; "Bey'in eylemi" "İdarenin eylemi" gibi tercüme edilebilir. Eğer idarenin bir eylemi nedeniyle, idarenin bir muamelesi nedeniyle sözleşmenin mali dengesi bozuluyor ise özel hukuk kişisinin bir tazminat istemesine imkan tanıyor.

Emprevizyonda da olağanüstü şartlar gerçekleşerek sözleşme dengesi altüst olmuşsa idareden tazminat istiyor. Öngörülemezlik. Emprevizyonun özelliği şu; herhangi bir tahmin edilmeyen gelişme değil, hiçbir şekilde tahmin edilemeyecek ve sözleşmeyi altüst edecek bir denge bozukluğu olması. Yani; bir hammadde girişinin yasaklanması, hammaddenin fiyatının 10 misline çıkması, bu tip şeyler olması. Buradaki temel mantık şu, idare mümkün olduğu ölçüde işi yapan özel kişiyi de korumak zorunda. Yani idare; *“Ne yapayım sen sözleşmeyi imzaladın, her şey altüst olsa, hammadde fiyatı 10 misline çıksa bile sen bunu sürdürmek zorundasın.”* dese, özel hukuk kişisi iflas edecek ve idarenin faaliyeti aksayacak. Dolayısı ile; mümkün olduğu kadar özel hukuk kişisini de batırmamaya çalışıyor. Ama; kriter açıkça şu: *“Özel hukuk kişisinin zarar etmesine engel olmak benim görevim değil, zarar edebilir. Çünkü bu bir sözleşme meselesidir kâr da var zarar da; ama iflasına engel olmak beni ilgilendirir.”* Tabi faaliyet ve sözleşme konusu ile ilgili bir iflas riski çıkarsa, yoksa *“kumar borcu var o yüzden batıyor, ben ona emprevizyon nedeniyle biraz para vereyim.”* değil. Sözleşmedeki hususlarda olağanüstü altüst oluş ve bu yüzden iflas edecek olan özel hukuk kişisine emprevizyon nedeniyle bir katkıda bulunmak, böyle bir çıkış noktası vermek; esasında kamu hizmetini düşünmek nedeniyle, kamu hizmetinin görülmesine katılan özel hukuk kişisini ayakta tutmaya yönelik bir şeydir.

Bunun yargı kararları ile oturmuş, çıkmış örnekleri var. Danıştay kararlarına bakarsanız haraç vermek zorunda kalmış bir özel hukuk kişisinin bile idareden tazminat istediği bir hal var. Özel hukuk kişisi bir terör örgütüne haraç vermek zorunda kalmış, *“Ben bu haracı taşıyamam, bana masrafını vermeniz lazım. Çevrenin koşulları nedeniyle öngörülemez hal var.”* deyince idare de *“Böyle bir şey söz konusu olamaz, güvenlik tedbirlerini almak başka bir şey bunun idarece tazmin edilmesi başka bir şey.”* demiş. Hammaddeler konusunda yasaklamalar getirilen ağır yükler, vergi yükleri, hammadde teminindeki güçlükler, dünya piyasasındaki allak bullak olma vs. gibi hususları değerlendiriyor ve tartışıyor, bazı hallerde kabul ediyor bazı hallerde kabul etmiyor. Kabul etmeme gerekçesi ne? Bu katlanılabilir bir ticari zarardır. Öngörülecek bir şey olmasa bile muhtemel bir şeydir ve katlanılacak bir şeydir. Kabul ettiklerinin gerekçesi; olağanüstü, sadece öngörülemez değil bütün mali dengeyi de altüst eden bir durum. Dolayısı ile; öngörülemezlik lafı tam olarak durumun vehametini ifade eden bir kelime değil. Her öngörülemeyen şeyin tazminini de öngörmüyor, öngörülemezlik derecede öngörülemezliğin tazminini öngörüyor.

Sözleşmenin Sona Ermesi

Sözleşmeler bahsinin son kısmı sözleşmenin sona ermesi. Sözleşmenin sona ermesi çeşitli biçimlerde ortaya çıkıyor.

Türkiye'de sözleşmelerin sona ermesine ilişkin onlarca yıldır devam etmiş ve hala devam eden muhteşem bir uyuşmazlık var: Çukurova Elektrik Anonim Şirketi'ne (ÇEAŞ) elkoyma. Uzan ailesinin yürüttüğü bir kamu hizmeti imtiyazı söz konusuydu. Şartları yerine getirmediler diye idare sözleşmeyi süresi bitmeden feshetti ve şirkete el koydu. Libananco davası ile uluslararası tahkimde 1 milyar dolarlık tazminat talebinde bulundular. Davaların bazıları bitti bazıları devam ediyor. Dolayısı ile; büyük bir uyuşmazlık doğuran bir davadır²⁴.

Sözleşmenin nasıl sona erdiği esasında devletlerin ve idarelerin güvenilirliğini gösterdiği için feshetme normal zamanlarda olacak bir şey değil; ancak yaptırım. Mesela; ÇEAŞ'la olan sözleşmenin feshi, EnerjiSA'nın ürettiği enerjinin fazlalığını almak istemediği için uygulanan bir yaptırım. EnerjiSA “Ben enerji üretiyorum, bunu depolamak da mümkün değil. ÇEAŞ'a satayım.” dedi, ÇEAŞ da “Almam ben yeteri kadar üretiyorum.” dedi. Enerji Bakanlığı “Alacaksın.” dedi. ÇEAŞ “Ben özel şirketim, neyi alıp almayacağına sen karışamazsın.” dedi. Devlet “Bir kamu hizmeti imtiyazı sürdürüyorsun, kamu hizmeti gerekleri kapsamında enerjiyi alacaksın.” dedi. Ve ÇEAŞ almamakta ısrar edince el konuldu. Sonra da bir hukuki rejim ve bir hukuki tecrübe ortaya çıktı.

Fesih, tek taraflı, idarenin üstün yetkisi. Dikkat edin, bu yetki, sözleşmede olsa da var olmasa da var. Niye? Çünkü kamu hizmetini aksatan nitelikte ise, idari faaliyeti aksatıyor, kurallara uymuyor ise el koyabilir. Bu da idari sözleşme olmasından kaynaklanıyor. Bu yetki sözleşmenin idari sözleşme olmasının sonrasında ortaya çıkan hukuki rejimde var.

Genel olarak idari sözleşmelerin sona erme halleri;

“rachat” dedikleri tekrar satın alma, anlaşarak sona erdirme, sürenin bitmesiyle sona erme, yaptırım olarak el koyma, feshetme. Yani; sözleşmede yazıyor diye değil,

²⁴ Türk hukuku aslında çokça örnek olaylara sahip olduğu için sizin diğer ülkelerdeki hukukçulardan daha iyi yetişme ihtimaliniz var; çünkü örnek olay çok fazla. Başka bir hukukçu bu kadar kamu hukuku problemi görmüyor. Mesela; İsviçre çocuk adalet sistemini anlatıyor 30 suça sürüklenmiş çocuk için 90 personelle çocukların nasıl topluma kazandırılacağını araştırıyor. Senede 300 kadar çocuk bu duruma düşüyormuş, “Sizde ne kadar?” diye sordular. 100 bin suça sürüklenmiş çocukla uğraşan idarenin elde ettiği tecrübe ile 30 çocukla uğraşan idarenin elde ettiği tecrübe aynı olur mu? Bu övünülecek bir şey değil ama, sonuçta büyük bir bağışıklık ve dayanıklılık kazanıyor. O yüzden idare hareket ediyor. Yani; idare aynı zamanda sorunlarla karşılaştıkça çözüm üretmeye çalışıyor. 30 kişinin, 300 kişinin topluma kazandırılması ile uğraşmak nerede, 100 bin kişinin topluma kazandırılmasıyla ilgili olarak uğraşmak nerede? Dolayısı ile; idare hukuku alanındaki bu örnekler, karşılaşılan olaylar, ihlal biçimleri, bunların değerlendirilmesi, yargının bu konuda bulduğu çözümler çok değerli. İdareleri geliştiren; olay tecrübesidir, mümkün olduğu kadar hızlı işleyen olay tecrübesidir ve olaylardan tecrübe alıp bir daha aynı şeyi tekrar etmesine engel olma hızıdır. Böylelikle; bağışıklık oluşturur.

sözleşmede ayrıca buna ilişkin bir düzenleme yapabilirsin belki ama sözleşmede yazmasa bile, bunlar bir idari sözleşme olmanın nitelikleri olarak ortaya çıkabiliyor.

Şimdi sözleşmelerden yola çıkarak kararlara bakalım:

Şişli Belediyesi Evlendirme Memurluğu Nikah Salonunun işletilmesi (fotoğraf ve video çekimi) işini yıllık 100 milyon liraya vermişler. Bu acaba bir idari sözleşme midir yoksa bir özel hukuk sözleşmesi midir bu tartışılıyor. Bakın: *“İdare, tıpkı özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi; kamusal yetkisinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan sözleşmeler de yapar ki, idare hukuku esaslarına tabi bulunan bu sözleşmeler ‘idari sözleşme’ olarak adlandırılırlar.”* Niye mahkeme kararlarında böyle yazıyor? Çünkü bunlar bir kanunda yazmıyor, yani mahkeme kararları böyle doktrinel, ders kitaplarında yazan şeyleri yazmak sureti ile bunlara itibar ettiklerini gösteriyorlar. Hukuki rejimin bu olduğunun temellerini atıyorlar. O yüzden kanuna dayanmayan bir alanın hareketi, yargı kararlarının verdiği meşruiyetle, benimsediği tanımlarla oluyor.

Karar devam ediyor: *“İdarenin, genel ehliyetini kullanarak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği gözetilerek gerçekleştirdiği sözleşmelerinin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla bunların yargısal denetiminin adli yargı yerlerinde yapılmasına karşılık; 2577 sayılı Yasanın idari dava türlerinin sayıldığı 2/1-c. maddesinde ifade edildiği üzere “genel hizmetlerden birinin yürütülmesi” amacıyla ve kamusal nitelikte üstün hak ve yetkilere dayanarak yaptığı idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde ise, idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır. Ancak idare, gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme yapılmadan önce çeşitli usul kurallarına uyulması gerekir. Hangi hukuki rejime tabi olacağına tespiti, bu sözleşmenin konusu ile içerdiği hüküm ve koşullar yönünden yapılacak incelemeyle mümkündür.”* Yani mahkeme; tarafların verdiği isme değil, sözleşmenin içeriğine bakarak karar vereceğiz diyor. Olayda, Şişli Belediyesince, fotoğraf ve video çekimi işine ilişkin davacı ile akdedilen sözleşme var. Burada evlendirme kamu hizmeti ile bağlantılı olan bir durumu yok fotoğraf çekiminin. Bunu değerlendirmesi lazım ve diyor ki: *“... akdedilen bu sözleşme, 1580 sayılı Belediye Kanununda sayılan belediyenin görevleri arasında yer almayan konusu itibarıyla, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi amacını taşımaması (yani bu belediyenin yapması gereken bir iş değil; belediye evlendirmeyi yapmak zorunda, evlenenlerin hatıra fotoğrafını çekmek diye bir görevi yok) ve belediyeye kamusal nitelikte üstün hak ve yetkiler tanıyan hüküm ve koşullar içermemesi nedeniyle, idari sözleşme olmadığı; ancak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliğine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, idarenin özel hukuk sözleşmesinden doğan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.”*

İşte bu kararda sapma noktası bana göre nerede? *“Madem üstün yetkisi yok, o zaman özel hukuk sözleşmesidir.”* diyor. Burada üstün yetkisi olabilecek bir konu yok, belediyenin görmek durumunda olduğu bir iş değil, burada zaten üstün yetki kullanabileceği bir alan yok. Sözleşmede üstün yetkiyi kararlaştırmışlarsa dahi, o bile

idari sözleşme yapmayacaktır bunu. Bu bir özel hukuk sözleşmesidir. İster özel hukuk sözleşmesi olarak taraflar bir irade fesadı olmadan anlaşarak idareye bir üstün yetki versin, ister vermesin. Sonuçta eşit bir biçimde müzakere edilmiş bir sözleşme bu. Dolayısı ile uyuşmazlık adli yargıda görülür sonucuna varılıyor.

Bir diğer karar:

Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararı. Taksitle konut alımı sözleşmesi değerlendirilmiş. Yargıtay cumhuriyet savcısı, konut taksitlerine ilişkin akışı gündeme getirmiş. *“İdari işlem ve sözleşmelerde, idarelerin tek yanlı iradeleriyle işlem veya sözleşmelerin konularını ve koşullarını belirlemeleri asıl olup, özel hukuk sözleşmelerinde ise, taraflar karşılıklı ve birbirine uygun, serbest irade beyanlarıyla belirlenen konularda kendilerini hukuken bağlamaktadırlar.”* Şartlar bu olduğu için bundan bahsetmiş, yoksa idari sözleşmede müzakere edilmeme gibi bir durum yok. Devam etmiş, *“İdari sözleşmelerde, taraflara tanınan olağan haklar dışında kamu gücünü kullanan idarelerin ayrıcalıklı üstün hak ve yetkileri bulunması gerekmektedir.”*

“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. Davacı ile davalı idare arasında ferdi nitelikli alacak-borç ilişkisi doğuran bu sözleşmenin özel hukuk kurallarına göre düzenlendiği anlaşılmaktadır.” Yani; idare, memuru ile konut satış sözleşmesi yapmış, sonra zam yapmış vs. Bu zamma ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıkıp yargı önüne geldiğinde mahkeme de içeriği inceleyerek *“Bu özel hukuk sözleşmesidir.”* diyor.

Bir başka karar:

Bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararı. Spor Toto Teşkilat Başkanlığı ile bayi arasında gerçekleşmiş. Bayinin, bayilik sözleşmesini iptal etmiş. Çünkü; bayilik sözleşmesinde bayi yapmaması gereken şeyler yapmış. Yapmaması gereken şeyleri yapınca da bunun sözleşmesi feshedilmiş. Burada da özel hukuk sözleşmesi mi değil mi diye tartışılıyor. Bunda da *“Bayilik ruhsatının Futbolda Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliğinin anılan hükümleri uyarınca tek taraflı olarak iptal edilmesi nedeniyle buna idari yargı bakacak.”* denilmiş. Yani; sözleşmede Spor Toto Teşkilatı'na tek taraflı fesih yetkisi vermeyi üstün güç olarak kabul ediyor.

Karşıoy diyor ki: *“Bu bayilik sözleşmesi bir idari sözleşme değildir, özel hukuk alanına giren bir sözleşmedir. Bu zaten tarafların akdettiği bir yetki meselesidir. Sonuçta bu onun özel hukuk sözleşmesi olmasını değiştirmez; çünkü Spor Toto bayilerinin müşterek bahis oynatması bir idari faaliyetle ilgili bir şey değil, ticari bir faaliyet, kumarın bir çeşidi, meşru olarak yapılan bir şey.”* Oynatma yetkisini vermiş, şartlarına uymaması üzerine iptal etmiş. Oynatan Spor Toto olduğu için de *“Sen benim kurallarım dışında bir ihlal yaparsan feshederim.”* demiş. Karşı taraf da kabul etmiş, bu onun bir özel hukuk sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştirmez." diyor -tam böyle demiyor ama ben kendi görüşümü de nakledeyim.- Şimdi bir Nissan satıcısı Nissan bayilik sözleşmesi yapabilir. *“Garajında Nissan dışında bir araba satarsan, bayiliğini iptal ederim.”* diye bir hüküm koyabilir. Kişi de bunu imzalayarak bayi olmuş ise,

başka bir marka araba sattığı tespit edildiğinde iptal eder. Bu onu idari sözleşme haline getirmez. Bayi ile satıcı arasındaki bir sözleşmede tarafların anlaşması ile koyduğu bir hüküm, üstün yetki demek isabetli değildir.

İDARİ EYLEMLER

Şimdi başta kısaca geçtiğimiz ve yine kısaca değineceğimiz idari eylemlere değinip, idarenin hukuki muamelelerini tamamlamış olacağız. İdarenin hukuki muameleleri başlığı altında, idari işlem, idari sözleşme ve idari eylem olarak anlatıldı. İdari işlemi ve idari sözleşmeyi daha etraflıca anlattık, şimdi idari eyleme de biraz daha değinip, üzerinden iki kere geçmiş olacağız.

İdari eylemler konusunda en önemli söz şudur: maddi âlemde değişiklik anlamına gelen eylemin idari eylem olabilmesi için kökeninde bunu gerektiren bir sözleşme veya işlem olmaması gerekir. İdari eylemin özelliği, öncesinin bir hukuki muameleye bağlı olmamasıdır. Dolayısıyla idari eylem=eylem denemez. Eylemin sadece sözlük anlamıyla değerlendirme yapmamak gerekir. Bunu eylem kılan şey kökeninde bir işlem olmamasıdır. Kökeninde bir işlem varsa, işlemin icrası sayılır. Mesela yıkım kararı alınmış ise, yapılan idari eylem değil, işlemin icrasıdır. Çünkü yıkım işleminin gerektirdiği yıkım muamelesi yapılıyor. Bir dükkân kapatılmışsa mühürlenmesi işlemin icrasıdır. İşlemler icra edilmeseler bile hukuki sonuçlarını doğururlar. Bir dükkân kapatılmış ise, fiilen kapatılmasa bile kapatılmış dükkân statüsünde olduğu için birçok yaptırıma maruz kalır. Bir kamu görevlisi görevinden ihraç edilmiş ise, her gün göreve geliyor olsa bile, ihraç edildiği için maaş, emeklilik gibi hakları ortadan kalkar. Dolayısıyla, fiilen işe gelip gelememesinden bağımsız olarak işlemin sonucu doğar. Yıkım kararı verilmiş bir bina, alım satıma konu olamaz, binaya elektrik, su bağlanamaz. Çünkü hukuki statüsü yıkılacak binadır. 20 yıldır yıkılma kararı olmasına rağmen yıkılmamış olsa bile hakkında yıkım kararı alınmış binadır.

İşlemin icra edilip edilmemesi başka bir şey, işlemin hukuki sonuç doğurmaması başka bir şeydir. Bir işlem hukuki sonucunu yapılmakla doğurur, icrai sonucunu ise icra edilmekle doğurur. Sözleşmede de öyledir. Bir sözleşme gereği karşılıklı yapılması gerekenler, sözleşmenin icrası kapsamında yerine getirilir. Bunlar idari eylem sayılmaz, eylem olmasına rağmen idari eylem sayılmaz. Çünkü idari eylem farklı bir kategori, farklı bir hukuki rejime sahiptir. Kökeninde işlem veya sözleşme bulunmaz.

Şimdi yargı kararlarından bir kaç örnek verelim:

İmar Bankası Kararı incelendi²⁵.

Gazetede çıkan yazının panoya asılmasına ilişkin karar incelendi²⁶.

Büyükbaş hayvanlara yönelik ayı saldırısı ve av yasağına ilişkin karar incelendi²⁷.

²⁵ DAN. İDDK, E. 2006/109 K. 2006/353 T. 4.5.2006

²⁶ DAN. 10.D, E. 2007/4437 K. 2010/1839 T. 9.3.2010

²⁷ DAN. 10.D, E. 2006/237 K. 2008/172 T. 25.1.2008

Kimlik tespitine ilişkin karar incelendi²⁸.

Milli Eğitim Bakanlığı'na ilişkin doğrudan kanunla ortaya çıkan bir idari işlemin ortaya çıkmasına ilişkin karar incelendi²⁹.

Dereden kum alınması ve dere yatağının değişmesine ilişkin karar incelendi³⁰.

²⁸ DAN. 10.D, E.2007/4203 K.2010/8279 T.20.10.2010

²⁹ DAN. 2.D, E. 2014/8861 K. 2015/1735 T. 24.2.2015

³⁰ DAN. 10. D, E. 2004/8703 K. 2006/2507 T. 18.4.2006

İDARENİN FAALİYETLERİ

İdarenin faaliyetlerini ayırmak mı gerekir, yoksa bunların hepsine kamu hizmeti demek mi gerekir. Bunları değerlendirerek gerçekten bir tasnif mi yapmak gerekir, yoksa idarenin yürüttüğü bütün faaliyetler kamu hizmeti dediğimiz hizmetten ibarettir sonucuna mı varmamız gerekir. Kamu hizmeti dediğimiz faaliyet, toplumun ortak ve genel bir ihtiyacını tatmin etmeye yönelik sürekli ve düzenli faaliyetler olarak nitelendirilir. Yani idarenin öyle faaliyetleri vardır ki, bunlar toplum içerisinde özel kişiler tarafından yeterince karşılanmayacağı zaman, toplumda bir rahatsızlık meydana geleceği varsayılır. Örneğin ulaşım hizmetini gereği gibi karşılamadığınızda, bunun toplumun ortak ve genel bir ihtiyacı olmasından dolayı toplumda bir rahatsızlık ortaya çıkacaktır. Çok ana hatları ile bu tanıımı yapıyorum. Çünkü kamu hizmetinin tanıımı konusunda da maalesef bir uzlaşma yoktur. Çok farklı bakış açıları vardır. Bunlara daha sonra değinilecektir. Ancak genel anlamı ile bakıldığı zaman, kamu hizmetinde, bireylere topluma bir ihtiyacı gidermeye yönelik bir edim sunma vardır. İdare yol yaparak ulaşım hizmetini karşılamaktadır. Belediye otobüsleri ile vs. bir takım ulaşım ihtiyaçları karşılar. İdare hastane açarak sağlık ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Hata ve hatta kamu hizmetlerinin boyutları veya ihtiyacı niteliği toplumdan topluma zamandan zamana değişebileceği için de kimi zaman giyim ihtiyacının karşılanması bile idare tarafından kamu hizmeti olarak üstlenebilir. İdare yeri gelmiş şeker üretmiştir. Kimi zamanda halk ekmek faaliyetinde olduğu gibi piyasayı dengelemek amacıyla ekmek üretimi yapmaktadır. İstanbul’da halk ekmeğin bulunması ekmek fiyatları bakımından ciddi bir denge unsurudur. Bu nedenle nelerin kamu hizmeti olacağı, hangi ihtiyaçların idare tarafından giderileceğini yasa koyucu karar verir. Yasa koyucunun takdirinde olan bir husustur. Ama bu da toplumun ihtiyaçları ile de orantılı bir şeydir.

Peki, idari faaliyetler sadece bir takım ihtiyaçlarımızı yani edimsel anlamda ihtiyaçlarımızı tatmin etmeye yönelik midir? Hayır değildir. Mesela güvenlik ihtiyacımız da vardır. İdare toplumda güven içinde yaşamamıza yönelik bir takım faaliyetler yürütür. Kamu düzeni dediğimiz düzeni sağlamak için de idare bir takım faaliyetler yerine getirir. Bunun için denetim kurumları kurar, kolluk dediğimiz teşkilatı oluşturur. Polis, jandarma ve özel güvenliğe kadar bir takım denetim mekanizmaları oluşturur. İdare sadece can ve mal güvenliği değil bunun yanında sağlığı da korur. Örneğin, lokantaları, gıda üreten yerleri denetlemektedir. Tarihi geçmiş veya gıda standartlarına uygun olmayan ürünlerin denetimini yapıyor. İdare bunu yaparken de sağlığı korumak için yapıyor. Hatta idarenin kollukla ilgili daha da sofistike yetkileri vardır.. Dolayısıyla bunlar da ayrı bir faaliyet türü müdür? Yoksa bunlar da kamu hizmetinden başka bir şey değil midir? sorusunu gündeme getirmektedir.

İdare zaman zaman toplumun çeşitli kesimlerine değişik amaçlarla ama en nihayetinde kamu yararı amacıyla bir takım faaliyetler yürütmektedir. Diyelim ki ülkemizin ekonomik bakımdan az gelişmiş bölgelerinde istihdam oluşturmak amacıyla idare yatırımları teşvik etmektedir. Örneğin bazı illerde yatırım yapanlara elektrik ücretinin indirim yapılması, vergi muafiyeti tanınması, SGK primlerinden belli bir süre

muaf tutulması gibi teşvik edici önlemler alınmaktadır. Ancak bu teşvikler sadece ekonomik alanlarla sınırlı değildir. Örneğin bazı kültürel faaliyetlerde veya kaybolmaya yüz tutmuş yerel sanatlarının canlandırılmasında bir teşvik uygulaması yapılabiliyor. O işi yapacak olanlara faizsiz, uzun vadeli krediler ile desteklenebilmektedir. Bütün bunlar kamuya yararlı faaliyetleri geliştirmeye yönelik almış olduğu tedbirlerdir. Dolayısıyla bu faaliyetlerin de ayrı bir faaliyet türü mü yoksa kamu hizmeti midir? Sorusunun başka bir yönünü oluşturmaktadır.

Son dönemlerde ortaya çıkan regülasyon denilen bir faaliyet vardır. İdare özellikle liberal devletlerde serbestleştirme ve özelleştirme dediğimiz uygulamalar neticesinde pek çok faaliyeti özel sektörün faaliyette bulunmasına imkân sağlayacak hale getirmiştir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere elektrik üretimimin önceden idare tarafından bızatihi tekel olarak sunulması söz konusuysen şimdi mevzuata uygun bir şekilde gerekli izinleri almak koşuluyla özel hukuk kişileri de elektrik üretimine katılabilmektedir. Dolayısıyla idare uygulamalar neticesinde pek çok faaliyeti özel sektörün faaliyette bulunmasına imkân sağlayacak hale getirmiştir. İdare bu tür daha önce tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olarak yürüttüğü ya da bir idare faaliyeti olarak ifa ettiği görevleri özel sektöre açmakla beraber burayı tamamen başıboş bırakmamıştır. Bu alanları düzenlemekte ve bu alanları denetlemektedir. Buraları düzenlemek veya denetlemek için de çoğunlukla regülasyon kurumları dediğimiz ya da bağımsız idari otoriteler dediğimiz ya da denetleyici düzenleyici kurumla dediğimiz BDDK, SPK, EBTK gibi kurumlarla teşkilatlanmaktadır. Ancak bu alanları düzenleyip denetlerken de o faaliyetin niteliğine nüfuz eden niteliğine ilişkin bir takım kurallar koymaktadır. Normalde bir bakkalın da idare tarafından denetlendiğini biliyoruz. Buradaki denetim bir takım kuralların uygulanması ile sınırlıdır. Bozuk gıda satılıp satılmadığı, hijyen kurallarına uyulup uyulmadığına yönelik dışsal bir denetim yapılmaktadır. Ancak toplum hayatı bakımından önem taşıyan özel hukuk kişileri tarafından yürütülen bazı faaliyetler ise, nitelikleri be toplum hayatı bakımından önemleri sebebiyle daha yoğun bir şekilde düzenlenmekte ve denetlenmektedir. Regülasyon denilen bu faaliyet ile önemli ve hassas bazı özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin, daha yoğun şekilde düzenlenmesi ve denetlenmesi öngörülmektedir. Dolayısıyla idare özelleştirdiği bu alanlarda normal bir denetimin ötesinde, hem düzenliyor, kural koyuyor hem de bunu denetlemekte ve bir aykırılık görürse yaptırım uygulamaktadır. Buna da acaba regülasyon adı altında farklı bir faaliyet türü mü demek gerekir yoksa bu da aslında kamu hizmetinden veya kolluktan farklı bir şey değildir, bir çeşit kamu hizmeti midir demek gerekir? Sorusunu gündeme getirmektedir.

Bir de idarenin planlama, öngörme dediğimiz bir takım faaliyetleri vardır. Örneğin idare beş yıllık kalkınma planı hazırlamaktadır. Önceden adı Devlet Planlama Teşkilatıydı. Şimdi Kalkınma Bakanlığı oldu. İdare önümüzdeki beş yıl içinde eğitimden kültüre kadar, ekonomiden sanata kadar her alandaki kalkınma öngörüsünü, vizyonunu ortaya koymaktadır. Bu kalkınma planlarının birer yıllık uygulama planları vardır. Bu bir yıllık süre içerisinde hangi hedeflere ulaşılabileceğini de idare ortaya koymaktadır. Bu kalkınma planları kamu sektörü için bağlayıcı bir öngörü

niteliğindedir. Ancak özel sektör için bir çeşit referanstır. Örneğin idare kalkınma planında bundan sonra ürün çeşitliliğini arttırmak için farklı ürün yetiştiricilere teşvik vereceğini diyebilir. Bir yatırımcı da bunu dikkate alarak, kalkınma planında farklı ürün yetiştiricilere teşvik verilecektir diyerek kendisi için bir yol gösterici olarak görebilir. Acaba bu alandaki bu tür öngörü ve planlamaları kamu hizmetinin bir parçası olarak görmek mi gerekir yoksa Lütfi Duran hocamız gibi farklı bir faaliyet olarak mı görmek gerekir.

Son olarak, idarenin bu faaliyetleri yerine getirebilmek için kendi iç işleyişi vardır. Bu iç işleyişi için bir takım düzenlemeler yapar. Örneğin personelin izinlerini düzenler, kendi iç işleyişini düzenler. Öz yönetim dediğimiz kendi kendini yönetmesi kapsamında bir takım başka faaliyetler yapar. Acaba bu faaliyetler de bahsettiğimiz üzere ayrı bir faaliyet kategorisi olarak değerlendirmek gerekir. Yoksa bunları da diğerleri gibi aynı torbaya atarak hepsi kamu hizmeti midir demek gerekir.

İdare hukukunda bugünkü yaklaşım, bugün gelinen noktada, idarenin tüm faaliyetlerinin ortak özelliğinin bireylere ve topluma yönelmiş olması ve bireyin ve toplumun ortak bir ihtiyacını karşılamaya yönelmiş olmasıdır. Dolayısıyla hepsinin ortak amacı kamu yararı amacını gerçekleştirmektir. Kamu yararını sağlamaktır. Bu ortak özellik bütün bu idari faaliyetlere egemen olan temel bir özelliktir. Ancak bu faaliyetler arasında nitelikleri bakımından, konuları bakımından kullanılan hukuki araçları ve usuller bakımından bir takım farklılıklar vardır. Dolayısıyla bu farklılıkları dikkate aldığımızda, nitelik ve konu bakımından da farklılıkları dikkate aldığımızda idarenin faaliyetlerini alt başlıklar altında incelemek daha doğru bir yaklaşım olabilir. Bu nedenle bugünkü idare hukukunda idari faaliyetlerin kamu hizmeti ve kolluk başlığı altında incelenmesi genel kabul görmüş bir yaklaşımdır. Ancak bunun dışındaki özendirme ve destekleme faaliyetlerini ayrı bir kamu hizmeti olup olmadığı konusu tartışılmaktadır. Bu bir kamu hizmetidir diyenler veya kamu hizmeti değildir ayrı bir faaliyet türüdür diyenler vardır. Ancak genel yaklaşıma göre idarenin faaliyetleri bu iki faaliyet türü olarak, yani idare kamu hizmeti yürütür, kolluk faaliyeti yürütür. Dolayısıyla regülasyonu da kolluk faaliyeti olarak kabul eden bir yaklaşım vardır. Bu nedenle bu hususlar göz önünde bulundurularak idarenin faaliyetleri ele alınacaktır.

Ayrıca idare bireylere bir takım yükümlülükler getirebilir. Örneğin askerlik yükümlülüğü getirebilir. Olağanüstü dönemlerde olağanüstü hal ilan edildiğinde sıkıyönetim ilan edildiğinde bireylere yönelik bir takım çalışma yükümlülükleri getirebilmektedir. Para ve mal yükümlülüğü getirebilmektedir. Örneğin olağanüstü hal ilan edildiğinde veya bir yerde deprem olunca iş makinasına ihtiyaç duyulduğunda idarenin istimal dediğimiz bir usulle özel kişilere ait iş makinalarına el koyma yetkisi vardır. İdare bütün bunları yaparken bir takım yükümlülük getirmektedir. Bunlarda aslında sonuçları itibarıyla kamu hizmeti gerçekleştirmeye yönelik faaliyetlerdir. Bizatihi kendileri bir kamu hizmeti olmasa bile neticede bir kamu hizmetini sağlamaya yönelik olarak getirilen yükümlülükler ve sorumluluklardır. Yani idare askerlik yapma yükümlülüğü getirirken savunma kamu hizmetinin ifası amacıyla böyle bir

yükümlülük getirmektedir. İstimval yükümlülüğü getirirken bireylerin olağanüstü hallerde korunması veya mal ve can güvenliğini tesis etmeye yönelik faaliyetleri yürütmek için getirmiş olur. Dolayısıyla bu tür yükümlülükler de kamu hizmetini ifa etmeye yönelik yükümlülükler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Tasnif

İdarenin faaliyetleri kamu hizmeti, kolluk, özendirme ve destekleme diye çeşitli biçimlerde açıklanmaktadır. Ayrıca regülasyon faaliyeti diye isimlendirilen bir faaliyet de var. Buna ek olarak idare, Borçlar Hukukuna tabi olarak bir özel hukuk kişisi gibi de davranabilmektedir. Dolayısıyla idarenin bizi ilgilendiren kısmı borçlar hukuku kişisi olarak faaliyet gösteren kısmı değil idare hukukuna ilişkin boyutudur.

KAMU HİZMETİ TANIMI

Kamu hizmeti, sadece faaliyetin hukuki rejimine verilen isim olmaktan çok İdare Hukukunun anahtar kavramlarından birisidir. *Kamu yararı* da *kamu gücü* de anahtar birer kavramdır. Bu kavramlar çeşitli yerlerde boy gösterip işlevler üstleniyor. Farklı biçimlerde ortaya çıkıyorlar. Bu da hukuki bakımdan zor bir düşünme alanı oluşturuyor.

Kamu hizmetlerini gördüğümüzde bunun ‘bir faaliyetin hukuki rejimini ifade eden bir müessese olarak kamu hizmeti’ mi yoksa idare hukukunun başka alanlarında kullanılmış, farklı bir anlam yüklenmiş kamu hizmeti terimi mi olduğunu anlamaya ihtiyaç vardır. Dolayısıyla “Kamu Hizmeti” geçtiği her yerde aynı anlamda değildir. Geçtiği her yerde bir faaliyeti ifade etmek için kullanılmamaktadır.

Sıddık Sami Onar Türkiye’de Kamu Hizmeti Ekolünün kurucularından biridir. **İdare Hukukunun Umumi Esasları** diye 3 ciltlik bir kitabı bulunmaktadır. Bu kitabın bölümlerini hep Kamu Hizmeti terimi ile ifade etmiştir. Mesela idarenin teşkilatını anlatırken “*Kamu Hizmetinin Teşkilatı*” demektedir. İdarenin personelini anlatırken “*Kamu Hizmetinin Personeli*”, İdarenin mallarını anlatırken “*Kamu Hizmetinin Malları*” demektedir. Yani neredeyse İdare eşittir Kamu Hizmeti, İdare Hukuku eşittir Kamu Hizmeti gibi bir işleve sahip olduğunu vurgulamıştır.

Duruma sosyolojik açıdan bakıldığında, idarenin neredeyse varlık nedeni olarak, var olmasını doğrulayan kavram olarak Kamu Hizmeti tek başına önemli bir işlev görmüştür. İdare ne için var? İdare, ticari faaliyetler dışında kişilerin ortak ve genel ihtiyaçlarını gidermek için, faaliyet göstermek için, yani kamu hizmeti sunmak için var olduğu denile gelmiştir.

Dolayısıyla Kamu Hizmeti bir faaliyetin, üstelik idarenin yaptığı bütün faaliyetlerin değil; yaptığı faaliyetlerden bir tanesinin ismi ve hukuki rejimini belirleyen kavram olmaktan çıkmış veya bu kavram haline gelmeden önce, bu seviyeye gelmeden önce birçok anlamla İdare Hukukunda işlev görmüştür. İdare Hukukunun kendisi Kamu Hizmeti Hukuku olmuştur. Kamu hizmeti, İdare Hukukunun çeşitli alanlarını açıklamak için gündeme gelmiştir.

Kamu personeline ayrı bir hukuki rejim vermenin gerekçesi onun kamu hizmeti personeli olmasından kaynaklanmaktadır. Niçin memurlar işçilerden farklıdır? Neden memurlar iş hukukundan farklı bir hukuki rejime sahiptir? Neden memurlarda işveren-işçi/hizmet eden ilişkisi yok?

Bunu açıklayabilmek için; *bunlar kamu hizmetinin personelidir, patronu yöneticiler değildir; patronu millettir bunlar Anayasaya ve kanuna göre faaliyet gösterirler yöneticileri gelip geçicidir, esas olarak misyonları böyledir, ana gövdesini oluşturmak için korunaklı bir hukuki rejimi vardır, görevlerine hemen son verilemez belli başlı bazı hakları vardır* diye bir hukuki rejim oluşuyor ve bu hukuki rejimin meşrulaştırıcı kavramı Kamu Hizmeti personeli olmasıdır. Dolayısıyla Kamu Hizmeti sadece şimdi anlatacağımız hukuki rejimden ibaret değil; aynı zamanda bir kavramdır. “Maymuncuk” niteliğinde kavramdır. İdare hukukunun birçok alanını dolaşan, farklı görünümde ortaya çıkan, farklı işlevlerde ortaya çıkan bir kavramdır. Bu kısım insanın gözünde canlanmazsa kamu hizmeti terimini gördüğü her yerde başta indirgediği alan dışında bir kapsam görünce, şaşırtıcı olabiliyor. Yani bir yandan anlatılan boyutuyla bir kamu hizmeti var iken diğer yandan kitaplarda yazan bir kamu hizmeti vardır. Ayrıca bir de çeşitli hallerde karşımıza çıkan bir Kamu Hizmeti var.

Mesela: Anayasa'nın 70. maddesi *Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı* ana başlığını taşıyor. Bu hükme göre “*Her Türk vatandaşı kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*”. Kamu Hizmetlerine girme burada adeta bir kamu personeli olma hakkına sahipliği ifade ediyor. Dolayısıyla bunun niçin Anayasal güvenceye alındığı gündeme geliyor.

Kamu Hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırım gözetilemez. Bir kayırma yapılamaz. İdare istediğini seçemez; ancak hizmetin gerektirdiği nitelikleri arar. Kamu görevliliği herkese açık bir statü olduğu için bir yeterlik ve yarışma sınavı açmak gerekir, personeli ancak böyle seçmek gerekir. Ama buradaki *Kamu Hizmeti* teknik anlamda şimdi anlatacağımız Kamu Hizmeti olarak değil; idareyi anlatmak için kullanılmıştır. Yani her Türk vatandaşı Devlet teşkilatına personel olarak girme hakkına sahiptir. Burada buna ilişkin bir Anayasal güvence vardır. Dolayısıyla Kamu Hizmeti burada farklı bir içerikte kullanılmıştır. Şimdi anlatacağımız şey ile buradaki Kamu Hizmeti aynı değildir. Hatta bazen bir işe verilen önemi anlatmak için de Kamu Hizmeti ifadesi kullanılmaktadır. Mesela Avukatlık Kanunu'nda “*Avukatlık bir kamu hizmetidir*” denilmektedir. Baktığımızda avukat serbest çalışıyor, kamuda görevli değil, maaşlı bir personel değildir. Ama yargının olmazsa olmaz bir parçası olduğu için, avukat olmadan yargı eksik olacağı için ve yargı sisteminin işleyebilmesi için mutlaka avukatlık işlevine, misyonuna gerek duyulduğu için adeta bu mesleğin kanunla düzenlenmesine verilen önemi göstermek için “Kamu hizmeti” olduğu belirtilmiştir.

Baktığımızda teknik olarak Kamu Hukuku bakımından ve hukuki rejim bakımından bir etkisini göremiyoruz; Yani kamu hizmeti ise Kamu Hizmeti ilkelerine mi tabidir? Sorusu gündeme gelmektedir.

Avukat olmadan özellikle ceza davalarında kişilerin sorgusunu yapamazsınız. Kişinin avukatı yoksa baro ona avukat atar. Kişilerin adli yardımdan yararlanma imkânı vardır. Dolayısıyla avukatın korunaklı bir hukuki statüsü bulunmaktadır. Bu

statünün farklılaştırılması, ona bir özel meslek olmasına rağmen yaptığı kamusal yararı olan faaliyet dolayısıyla özel bir statü kazandırmaktadır. Kamu hizmeti kavramı kullanılarak avukatlık mesleğinin önemi vurgulanmaktadır.

Ancak Avukatlık teknik olarak Kamu Hizmeti değildir. Yani kimi zaman kamu hukukunu kullanmak için getirilen bir kavram, kimi zaman idari faaliyeti göstermek için getirilen bir kavram, kimi zaman kamu hukukunun değişik konularını açıklamak için kullanılan bir kavramdır. Ancak teknik olarak başka bir birimle karşılanamayacak esas işlevi **bir idari faaliyetin hukuki rejimidir.**

İdari faaliyet dediğimiz zaman birkaç şeye ihtiyacımız vardır. Bir idareye ve faaliyeti sürdürecektir araçlara ihtiyacımız vardır. Ondan sonra bu faaliyetin hukuki rejimini bilmeye ihtiyacımız vardır. İdare hukukuna buradan başlıyoruz. Daha sonra idareyi tanımlamaya çalışacağız. Yani sondan geriye doğru, daha sonra araçları tanıyacağız: işlemler, eylemler, sözleşmeler... **Faaliyetten başlıyoruz.**

İdarenin çeşitli faaliyetleri vardır. Bu faaliyetlerden hangisinin olayda gerçekleştiğini bilirsek, o faaliyete hâkim olan ilkeleri ve hukuki rejimi gündeme getirilebiliriz. Yapılan faaliyetin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirebilecek bir zemin belirlemiş oluruz. Dolayısıyla gündemimiz birkaç tane alternatiften birisi olarak “kamu hizmeti”ni teşhis etmektir.

Kamu hizmetinin hukuki rejimini bulmaktır. Bunun üç adımı var; üç toplu hukuki boyutu vardır:

Birincisi, kamu hizmetinin kurulması ve kaldırılması ile ilgili boyutudur. Yani bir faaliyet ne zaman kamu hizmeti olur? Ne zaman bir kamu hizmeti olmaktan çıkar?

Bunu bilmeye ihtiyaç vardır. Bunu bilmeye ilişkin bilgilere ihtiyacımız vardır.

İkinci boyut, bir faaliyet kamu hizmeti olunca, bir şeye kamu hizmeti deyince onun ne olduğuna ilişkin genel hukuki ilkeleri bilmektir. Faaliyetin kamu hizmeti olduğunu teşhis ettikten sonra buna hangi ilkeler hâkim olacak? Buna ilişkin boyutu bilmek gerekir.

Üçüncüsü ve güncel bakımdan çok önemlisi, kamu hizmetinin görülüş usullerine ilişkin ilkeleri bilmektir. Yap-İşlet-Devret’ler, kamu hizmeti imtiyazları, emanet usulü, şimdi PPP (public private partnership) dedikleri kamu-özel ortaklığı usulleri gündeme gelmektedir. Kamu hizmetinin nasıl görüldüğüne ilişkin hukuki rejimi bilmek gerekir.

Üçüncüsü çok güncel ve çok malzeme yüklüdür. Buna ilişkin çeşitli kanunlar mevcuttur. Bu üçüncüsüne ilişkin Osmanlı döneminden kalma kanun bile var ve halen yürürlüktedir. *Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun.*

İşte bu kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin bir usulü düzenleyen bir kanundur. Dolayısıyla bu şekilde bir sürü malzeme vardır. Şimdi Yap-İşlet-Devret Kanunu var. Sağlık Bakanlığı mevzuatında başka görünüşleri de ortaya çıkan yasal düzenlemeler bulunmaktadır.

Birçok düzenlemenin ortaya çıktığı, birçok uyuşmazlığın çıktığı, birçok yargı kararının verildiği, kendine göre ilkelerin ortaya konduğu ve bu ilkelerin de sürekli geliştiği, güncellendiği, hatta krize girdiği, yeni yeni usullerle zorlandığı, usullerin alt

usullerinin ortaya çıktığı bir alandan bahsetmekteyiz. Buna ilişkin, hukuki rejime ilişkin hukuki bilgi yani kamu hizmetinin kurulmasına ve kaldırılmasına ilişkin hukuki bilgi gereklidir. Bu konuya çalışırken bu üç şeyi bilmek gerekir. Bu üç basamaktaki ilkeleri bilmek gerekir. Bu bilgileri toplasanız bir A4 kâğıdından fazla bilgi gerektirmez. Fakat bu bilgileri yerli yerinde bilip kullanabilmek üzerinde bir düşünmüşlük gerektiriyor. Yani okumakla oluşabilecek bir şey değildir. Parçalara ayırıp parçaların üzerinde bir düşünmek gerekir. Zihinde bu şekilde ayırımları oluşturacak ve her birini ayrı ayrı çözecek bir biçimde antrenmanla alıştırmak gerekir.

Bu üç parçaya ilişkin çözücü bilgiye ihtiyaç vardır.

KAMU HİZMETİNİN KURULMASI VE KALDIRILMASI

Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını teşhis etmek meselesidir. Faaliyet ne zaman kamu hizmeti oluyor? Ne zaman kamu hizmeti olmaktan çıkıyor? Çünkü bu kamu hizmeti hukuki rejimini uygulamak için elzem bir şeydir.

Kolluk faaliyetine kamu hizmeti dersiniz baştan yol ayırımını kaçırmış olursunuz. Dolayısıyla sonra yazılanlar tutarlı da olsa olayı çözemez.

O halde nedir Kamu Hizmeti?

Buna ilişkin bir bilgiye ihtiyacımız vardır. Bu bilgiyi sınırlayarak içselleştirmeye ihtiyacımız var. Bu da biraz sonra göreceksiniz esasında özetlediğimizde birkaç cümlelik bir şeydir. Ancak bu birkaç cümle için size şimdi bu iki saat boyunca durmadan bir şeyler anlatacağım. Sadece o birkaç cümle için anlatacağım. Sonra da o birkaç cümleyi söyleyeceğim. Bu birinci aşamadır. İkincisi ise kamu hizmeti söz konusuken ne olduğunu bilmektir. Bunun için kamu hizmeti ilkelerini, yani hukuki rejimi anlatacağım. Çünkü bir faaliyet kamu hizmeti olduğunda, derhal

gündeme gelen ilkeleri bilmek gerekir. Bu önemlidir. Çünkü bu ilkelerin çoğu zaman istisnaları vardır. İstisnaları anlayabilmek için sabit ilkeleri bilmeye ihtiyaç vardır. Yani ilkeyi bileceksiniz ki istisnanın geçerli olup olmadığını ilke ile karşılaştırabilirsiniz. Bu da toplasanız 3 tane ilkedir. Kimisi beşe altıya çıkarıyor ama üç ilke olarak özetlenebilmektedir.

Kamu hizmetinin görülüş usulleri konusu ise ülkemizde çok canlı olan, dünyada çok canlı olan, çok ihtilaf çıkartan - mesela üçüncü köprü, Yalova geçişi, İzmit Körfez geçişi- bunlar hep kamu hizmeti görülüş usulleri ile ilişkili konulardır. Türk Telekom özelleştirmesi gibi bunlar da hep kamu hizmeti görülüş usullerini ilgilendirmektedir. Şimdi adeta neredeyse idareler bütün dünyada (1980 sonrası yaygınlaştı Thatcher'la İngiltere'de başladı) kendi yatırımlarını kendi kaynakları ile, elemanları ile ve personeli ile yapmayıp, kamu hizmetini özel kişilere sözleşmelerle gördürme usulü ile işlem yapıyor. Örneğin Avrupa'nın en büyük üçüncü havalimanı devletten para çıkmadan Yap- İşlet- Devret usulü ile yapılıyor. Şu kadar yıl sonra verilecek, şu kadar gelir getirecek diye öngörülüyor. Bu kamu hizmeti görülüş usulünün kamuoyu nezdinde değerlendirmeye sunulmasıdır. Aleyhte lehte görüşlerle birlikte değerlendirilmeye sunulmasıdır. Ama bu anlamın idare hukukunu ilgilendiren teknik boyutu kamu hizmeti görülüş usulüdür.

Hangi usule tabidir? İlkeleri nelerdir? Hukuki rejimi nedir? Somut bir olayda buna uyulmuş mu uyulmamış mı? Bunun yapılaş sebebi nedir? Bundan beklenen fayda nedir? Hukuki altyapısı nedir?

Bunlara ilişkin bilgileri sunmak ve olayları gelişmeleri bu bilgilerle birlikte değerlendirmek gerekir. Esas olan bu üçüncü kısım görülüş usulleri meselesidir. Hareketli alan bu üçüncü kısımdır. Bu kısım zorluyor hatta kamu hizmetini krize sokuyor. Yani kamu hizmetinin ilkelerini dönüştürmeye çalışıyor. Kamu Hizmetinin varlık sebebini dönüştürmeye çalışıyor. Daha rekabetçi, daha ticari, daha özel hukuka tabi faaliyetler haline getirme konusunda kreditorlerin talebi nedeniyle, finansman biçimlerinin beklentisi nedeniyle, bir gelişme yaşanıyor. O yüzden hukuk sistemleri değişiyor. Buna Fransızlar önce teşhis koydu: *Americanization du droit* dedi. Hukukun Amerikanlaşması denildi. Sonra daha ilginç bir kelime getirdiler. *McDonaldizasyon* diye Hukukun McDonald sandviçi haline gelmesine benzettiler. Yani kredi sahibi diyor ki benim beş milyar dolarım var bu beş milyar dolarımı bir işe yatıracam; ama benim yatıracam işte şu şartların olması lazım: Sizin Ülkenizin yargısına tabi olmak istemem diyebilir. Çünkü Yargı kendi ülkesini kayırabilir. Bu noktada Tahkim gerekir, uluslararası tahkim gerekebilir. Bunu isteyen ülkeler, bizde olduğu gibi, Anayasalarında bir değişiklik yaparak kabul ediyor. İdari uyumsuzluklarda sözleşmelerde tahkimi getiriyor.

Onun üzerine Yap-İşlet-Devret sözleşmesi gereği hazine garantisi olması şartı aranıyor. Şu olması lazım, bu olması lazım, yoksa ben gelmem. O paranın gelmesini istiyorsanız düzenleme yaparak onu getiriyorsunuz. Böylelikle, dünyada dolaşan para, finans, ülkelerdeki kamu yatırımlarına ancak o ülkenin hukuku McDonalds sandviçleri gibi bir standarda gelirse o zaman geliyor. O da kamu hizmeti ilkeleri ile bu hukuki dönüşümün bağdaşp bağdaşmadığı problemini doğuruyor ve sürekli değişiklikler bu noktada gündeme geliyor. Bu noktada iki kere Anayasa Mahkemesi Yap-İşlet-Devret kanununu iptal etti. Sonra Anayasa değişikliği oldu. Sonra tekrar kanun çıktı. Yani dolayısıyla bu Türkiye’de derinliği olan bir tartışmadır. Hukuki gelişimi, derinliği olan bir tartışmadır. Bunu böyle gayet renksiz olarak ortaya koymak gerekir. Üçüncü olarak bunu ortaya koymaya çalışacağız.

Şimdi birinci problemten başlayalım: Kamu hizmeti nedir. Bu birinci problem öncesi açtığımız parantezi tekrar hatırlatalım: kamu hizmeti kavramı sadece şimdi anlatacağımız haller için kullanılmıyor. Bunun dışında da kullanıldığı haller vardır. Dolayısıyla öncelikle bir idari faaliyetin teşhisi için kullanılan kamu hizmeti kavramından bahsettiğimize işaret edelim. Başka işlevler çerçevesinde de kullanıldığı halleri görebilirsiniz onu ayırmak gerekir. Anayasa’da farklı, kanunlarda farklı içeriklerde kamu hizmeti terimi geçiyor, bu terimin teknik bir kavram haline geldiği nokta idari faaliyettir.

İdarenin faaliyeti dediğimiz zaman idarenin yaptığı işler ve eylemler gündeme gelmektedir. İdare niçin vardır? Ne yapmak için vardır? Yaptığı şeyde tabi olduğu hukuk nedir? Hukuk devletini gerçekleştirebilmek için yaptığı işi yaparken nelere tabi olması lazım, nelere dikkat etmesi lazım? Bunu belirlemek gerekiyor. Çünkü idarenin takdir yetkisine sahip olması keyfi davranması demek değildir. İdare faaliyetlerini yerine getirirken mutlaka bazı ilkelere bazı kurallara bazı hukuki rejimlere tabi

olmalıdır. Dolayısıyla bu hukuki rejimlerin önceden düzenlenmiş, ilkeleri belirlenmiş olması gerekir ki idarenin bunu uygun davranıp davranmadığını hem idare personeli hem de varsa bundan zarar görenler bilsin ve hukuki mekanizmayı çalıştırsın ve yapılan işlen hukuka aykırı ise durdurmaya çalışsın, bir iptal davası açsın.

Buna ilişkin bir hukuki rejim var. Bu hukuki rejimin ismi kamu hizmetidir. Bizim şimdiki problemimiz o hukuki rejime girildiği anı tespit etmektir.

Değişik idare hukuku kitaplarındaki kamu hizmeti tanımları inceleyelim. Kemal Gözler diyor ki: *“Bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafından veya onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetler.”*

Tanımda, her durumu karşılayacak bir açıklama var ama baştan anlamakta zorlaştıracak bir yönü olabilir. Çünkü bakın burada ne diyor? *“bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen”* ya o görecektir ya da özel kişi görecektir *“kamu yararı amacına yönelik faaliyet”*

Buradaki problemlerden birisi *“kamu yararı”* yani bir tanımda bir bilinmeyeni başka bir bilinmeyenle açıklamak meselesidir. Bu tanım bakımından zayıf olabilir. Buradaki bilinmeyen *“kamu yararı”* yani *“kamu yararına yönelik”* hususun ne olduğudur. Dolayısıyla tanım bakımından tam açmıyor; fakat bu alana ilişkin birçok şeyi dinledikten sonra bu tanıma bakarsanız bu tanım aklınızda kalırsa konuyu çözmeye yarar. Dolayısıyla bu tanım sonradan bakışı karşılayan bir tanımdır. O yüzden takdir etmek gerekir.

Turan Bey’in (Turan Yıldırım vd.) kitabına gelelim. *“Kamu hizmeti, kamu tüzel kişileri veya kamu tüzel kişilerinin gözetim ve denetimi altında yerine getirilen...”* bakın bir önceki tanım ile aynı kısım var. Yani sadece kamu tüzel kişisi görecektir değil; onun yanında onun denetimi altında özel kişi de bu faaliyeti yerine getirebilir, kısmını ikisi de bu şekilde vermiş *“...ve giderilmesinde kamu yararı bulunduğu siyasi organlar tarafından kabul edilen kamu yararı kavramını kullanmış fakat bir ek var siyasi organlar tarafından kabul edilen...”* biraz daha somutlaştırmıştır.

Turgut Tan’a bakalım: *“kamu yönetiminin temel kavramlarından olan kamu hizmeti kamu yönetiminin uğraş alanının belirlenmesine yardımcı olan bir kavramdır.”* bu işte en genel anlamı ile kamu hizmetidir.

Kamu Hizmeti deyimini değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Kamu Hizmeti kimi zaman faaliyet, iş, uğraş; kimi kez de kamu kuruluşları anlamında kullanılır, buna değindik. Ama bu faaliyeti belirlemek bakımından biraz daha malzemeye ihtiyaç var.

Birçok yazar mesela Bahtiyar Beyler (Bahtiyar Akyılmaz vd.) : *“Yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendiren, idare ya da onun denetim ve gözetimi altından özel kişilerce kamu yararı amacıyla toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yerine getirilen faaliyete verilen isimdir.”* Dikkat ederseniz bu da diğerleri ile aynı ortak ve genel ihtiyaç kavramı var. Bunların hepsi doğru tanımlardır. Fakat size söyledim zannediyorum hukukun en büyük problemi kendi içinde doğru olup eksiklik içerenleri bulmak veya işlevsel olanı bulmaktır. Doğru ama bir işimize yarıyor mu, sorunu çözmeye yarıyor mu? Bizim problemimiz bu noktada belirmektedir.

Bir faaliyette neyin kamu hizmeti olduğunu bilmek önem arz etmektedir. Mesela saray pidesini ele alalım saray pidecisi öğrencilerin çokça gittiği bir

pidecidir. Saray pidesine öğrencilerin gitmesinin sebebi: öğrencilere indirim yapıyor, hazır pideler yapıyor. Toplumun ortak ve genel ihtiyacı ne? Yemek ihtiyacı toplumun ortak ve genel bir ihtiyacıdır. İnsanlara daha az fiyatla veriyor bunda kamu yararı var mı? Denilebilir ki burada özel kişi, ticaretten ziyade kamu yararını düşünüyor. İdare denetlemiyor mu? Evet sağlığa uygun mu değil mi denetliyor.

O halde Saray pide kamu hizmeti yapıyor mu? bunu değerlendirmek gerekir. Biz neyi niçin kamu hizmeti olarak belirleyeceğiz? Örneğin öğrenci yemekhanesinde yemek vermekle saray pidesininin yemeği arasında bir fark olabilir mi? Hatta şöyle olsa saray pidesi bazı günlerde öğrencilere bedava yemek verse kamu hizmeti yapmış olur mu? Yani baktığınızda topluma yararlı kamuya yararlı gibi görünüyor. Ortak ve genel ihtiyacı gideriyor. Bu tanımlar saray pidenin yaptığının kamu hizmeti olmadığını, üniversitede verilenin kamu hizmeti olduğunu nasıl belirler? Faaliyetin kendisine baksak ikisi de açlığı gidermek değil mi? Öğlen yemeği ihtiyacını gidermek, tabii bir ihtiyacı gidermek! Dolayısıyla faaliyetten yola çıkamayız.

Keza fırıncılarla halk ekmeğin yaptığını; fırıncılar da kamu hizmeti yapıyor demek mümkün müdür? O fırınlar çalışmasa gerçekten de ortak ve genel bir ihtiyaç olarak problem olur. İnsanlar ekmeksiz duramaz. Ne kadar problem olur. Dolayısıyla kamu hizmeti yapıyor denilebilir mi?

Kamu hizmeti yapıyor dediğimiz anda hukuki rejim devreye girecek ve çeşitli ilkeler gündeme gelecektir. Mesela kamu hizmeti yapan kişi kendiliğinden işi bırakamaz. Belirlenen süreler içinde çalışması gerekir. Bir mal veya hizmeti istediğine satıp istediğine satmamazlık edemez. Onun fiyatını kendi belirleyemez. İdare belirler. Hizmeti denetleyen idare belirler. Kamu hizmeti yürütenlerin birçok yükümlülükleri vardır.

Acaba fırıncılar kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutulabilir mi? Kamu Hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulabilecek bir faaliyet yapıyor olabilir mi? Bu faaliyeti yapıyorlar diye idare onlara sen kamu hizmeti yapıyorsun, İdarenin kolluk denetimi dışında denetimindesin, senin fiyatını da idare belirler, kaçta satacağını da idare belirler, diyebilir mi? Problem burada ortaya çıkıyor. Dolayısıyla bu tanımlar neyin kamu hizmeti olup neyin olmadığını tek başına açmaya yaramıyor.

Problemi çözmek için öyle bir şey bulmalıyız ki, öyle bir teknik bulmalıyız ki; bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını hemen anlayabilmeliyiz. Bu faaliyet kamu hizmeti olmalı mı diye tartışabiliriz, bu niye kamu hizmeti değil, kamu hizmeti olmalı diye tartışabiliriz veya bu

kamu hizmeti olmaktan çıkartılsın diye tartışabiliriz o başka bir şeydir. Ancak bu faaliyet teknik olarak kamu hizmeti hukuki statüsünde mi, onu anlayacak açıklamaya ihtiyacımız var.

Tanım onu anlamaya yaramıyor. Çünkü bir faaliyetin ortak ve genel sıfatı birçok ihtiyaç için kabul edilebilir. Mesela kamu yararı? Bize göre kamu yararı olan size göre olmayabilir.

Kamu hizmeti denetimi ile kolluk denetimi arasında fark vardır. Yani saray pide sağlığa aykırı mal satmasın diye yapılan denetim kolluk denetimidir. Saray Pide kamu hizmeti yapıyor olsa, idarenin yapacağı denetim fiyat, gramaj, kalori hesabı gibi faaliyetin esasına yönelik bir denetim olur. Sağlık bakımından bir denetim olmaz.

Dolayısıyla oradaki denetim de yanılıcı bir denetimdir. Her ticari faaliyet denetime tabiidir. Ama o faaliyetlerin denetimi ticari yönlerini ilgilendiren bir denetim değil; kolluk bakımdan, ekonomik kolluk bakımından, sağlık kolluğu bakımından, genel idari kolluk bakımından bir denetimdir. Öyle ise sonda söyleyeceğimizi fazla uzatmadan başta söyleyelim, sonra üzerinde tartışalım.

Kamu hizmeti garip bir biçimde, bütün bu açıklamalara rağmen teknik bir yön içeriyor. O teknik yön de şu: bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi demek o faaliyetin bir kısmının idareye görev olarak verilmesi demektir. Bütün mesele idarenin görmesi gereken bir faaliyetin ona görev olarak verilip verilmemesidir. Yani faaliyetin ortak ve genel ihtiyacı gidermeye yönelik olması, o tatmin edilmediği takdirde huzursuzluk çıkacak olması, o faaliyetin kamu yararı taşıyor olup olmaması gibi hususlar önem taşımaktadır.

Fakat bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirebilmek için değerlendirilmesi gereken unsurlar var. Faaliyeti kamu hizmeti haline getiren teknik bir aşama vardır. Bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için o faaliyetin yürütülmesi idareye görev olarak verilmelidir. Faaliyet kanunla veya kanunun açık izniyle idareye görev olarak verilmemişse ne kadar önemli bir faaliyet olursa olsun kamu hizmeti olma ihtimalini yitirir. Ancak bir faaliyet idareye görev olarak verilmiş ise de sadece kamu hizmeti değil aynı zamanda kolluk faaliyeti veya başka şeyler de olabilir. Ama kamu hizmeti bakımından ilk şart faaliyetin idareye görev olarak verilmiş olmasıdır.

Mesela bakın öğrencilerin ve personelin öğlen yemeği ihtiyacı, İstanbul şartlarında herkes evine gidip öğlen yemeği yiyemeyeceği için ve lokantalarda öğlen yemeği ihtiyacının karşılanması masraflı olacağı için, ayrıca öğrencilerin gelir düzeyine bakıldığında ne kadar zengin bir ailenin çocuğu olursa olsun öğrenci her zaman parasızlık potansiyeli taşıdığı için, öğrencinin harcayacağı para meselesi olduğu için, ayrıca alacağı kalori zihninin çalışması, eğitim faaliyetinin sürdürülmesi bakımından önem taşıdığı için bu faaliyet idareye görev olarak verilmiştir.

Dolayısıyla idare burada, faaliyetin masrafını çıkaracak bir bedel değil; istismar edilmesine engel olabilecek bir bedel belirlemek şeklinde bir fiyat belirlemek durumundadır. Meccanilik kamu hizmetinin ilkelerinden olduğu için idare bu faaliyetten kar etmek için bedeli yükselttiği takdirde, bir kamu hizmetinin ticari düşünce ile kar etmek amacıyla fiyatlandırılmayacağı itirazı olacaktır. İdare yeni ilkelerdeki gelişmeler çerçevesinde ancak masraflarının bir kısmına katılım için bir karşılık alabilir. Yoksa kamu hizmetinin temel ilkesi meccaniliktir (bedavalılık). Kamu hizmetinden yararlanacaklara temel ihtiyaçlar bedava verilir. Zaman içerisinde bu ilke pörsümüştür. İkinci bölümde anlatacağım ilkeler çerçevesinde çeşitli tartışmalara açılmıştır. Ancak kamu hizmetinin temel özelliği meccanilik olduğu için saray pideden bir şey talep edemezken idareden talep etme yetkimiz bulunmaktadır.

Çünkü idare bir lütuf olarak değil bir görev olarak kamu hizmetini yerine getiriyor. O faaliyetinin tabii olduğu bir hukuki rejim var. O hukuki rejime aykırı davranmak hak ve

yetkisine sahip değildir. İdare aykırı davrandığı takdirde bir talep hakkı, dava hakkı doğuyor. Bunun hukuki rejimini belirleyen kamu hizmeti; faaliyetin nasıl görülmesi gerektiği bakımından hem idare hem de hizmetten yararlananlar için bir

kriter belirliyor. Hâlbuki diğesinde(saray pide) geçici belki bir müddet sonra indiriminden vazgeçebilir. Dolayısıyla saray pideyi indirimde zorlayamazsınız. Ayrıca kalori hesabı, dengeli beslenme, sebze, et, tatlı dengesini sağlamak kamu hizmetinin yükümlülüğüdür. Ama diğesinde böyle bir yükümlülük yoktur. Bu durum kişinin kendi tercihine bağlıdır.

Halk ekmekte mesela, niye halk ekmek idare tarafından yapılıyor? Esasında bir yandan fırıncılık serbest bir teşebbüstür. Ancak bir yandan da hem fiyatları belirli bir oranda tutabilmek hem de glütensiz ekmek veya farklı türlerde ekmek üretimi gerekli olabilmektedir. Örneğin Halk Ekmek çölyak hastalığı olanlar, değişik hastalıkları olanlar için fazla raf ömrü olmayan ekmekleri de çıkartıyor. Bunu normal fırıncılar çıkartmıyor. Çünkü her semtte birkaç tane çölyak hastası ya var ya yoktur. Fırıncılar onu ticari bakımdan gerekli görmüyor. Ama halk ekmek bunu çeşitli olarak çıkartıyor, fiyat olarak buna göre belirliyor. Dolayısıyla bir ticari faaliyet olmaktan çok idarenin 17 milyonluk bir şehir ortak ve genel bir ihtiyacı olan ekmeğin sadece ticari inisiyatife bırakılmasının doğurabileceği spekülasyon ve aksaklıkları gidermek için fırıncıların yaptığı faaliyete paralel olarak idarenin, kendisinin de ekmek üretmesi şeklinde bir görev edinmesine yol açıyor. İdare bir meclis kararıyla kendi kendine bu faaliyeti görev ediniyor.

Dolayısıyla buradaki kritik nokta:

Ekmek üretmek kamu hizmetidir demiyoruz, yemek çıkarmak kamu hizmetidir demiyoruz. Yemeğin, öğrencilerin ve personelin yemek ihtiyacının giderilmesine ilişkin kısmı idareye görev olarak verildiğinde kamu hizmetidir diyoruz. Dikkat ederseniz bir faaliyetin kendisi kamu hizmeti değildir. İdareye görev olarak verilen kısmı kamu hizmetidir.

Mesela ulaştırma, şehir içi ulaştırma (toplu taşıma) belediyeye görev olarak verilmiş kamu hizmetidir ama şehirlerarası toplu taşıma idareye görev olarak verilmemiştir. Bir ticari faaliyettir. Şehirlerarası toplu taşımada bir sürü firma vardır. Bunların hepsi rekabet çerçevesinde kendi faaliyetini yapıyor, ticari faaliyet yapıyor. Ucuz veya pahalı belli saatlerde kalkıyor, müşterisi olan saatlere yoğunlaşıyor olmayan saatlerde azalıyor. Ama belediye otobüslerine ve belediye otobüsleri ile birlikte çalışan onların içsel denetimi altında çalışan halk otobüslerine bakın; müşteri olmasa da belirli saatlerde kalması zorunludur. Müşteri olmasa da bu araçların durakların sonuna kadar gitmesi ve her durakta durması gerekir. Zarar ediyor olsa da, belirli anda eğer çalışıyor olması lazımsa, sabah belirli saatlerde akşam belirli saatlerde bazen bir yolcu ile gidiyor olsa bile o faaliyeti yapmak durumundadırlar. Çünkü kamu hizmeti olduğu için gitmek zorundadır. Fiyatları idare (belediye) belirliyor özel halk otobüsleri kendisi belirlemiyor. Hatta artık para da almıyor halk otobüsü de olsa ücreti Ak-bil ile tahsil ediyor. Hâlbuki diğ toplu taşımaya bakın şehirlerarası toplu taşımaya tamamen bir ticari faaliyet olarak yürütülüyor.

En nihayetinde bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için o faaliyetin kamu yararına yönelik olması, ortak ve genel ihtiyacı gideriyor olması elbette önemli bir kriterdir. Ancak esas şey; Faaliyetin bir kısmının veya tamamının, bir kısmı ise hangi kısmının, idareye görev olarak verilip verilmediğine bakmak gerekir. Dolayısıyla mevzuata bakmak gerekir.

İdareye görev olarak verilmek demek; idare bu işin sahibidir, yapıcısıdır demektir. Bazen bir faaliyet idareye tekel olarak verilir. Mesela eskiden Türk hava yolları tekel olarak idareye

verilen bir faaliyet idi. Artık özelleşti, başka hava yollarına da yetki verildi. Mesela yemek, tekel olarak yürütülen bir faaliyet değildir. Sadece idare verecek değil, bazen de o faaliyeti idare kendi yöneldiği kişiler bakımından yapar, özel kişilerle rekabet eder. Ama biliyorsunuz kamu hizmeti ile rekabet etmek çok mümkün değildir. Çünkü kamu hizmeti kâr amacı gütmmez, hatta ilk ortaya çıkışı bedavadır. Mesela şimdi kamu hizmeti olarak sizin dışınızda vakıf üniversitelerinde öğrenim görenler yılda belki 10.000 TL'den fazla öğrenim ücreti veriyorlar. Siz herhangi bir öğrenim ücreti vermiyorsunuz, üstüne size idare okuyasınız diye para bile veriyor, burslar veriyor. Siz yeter ki çalışasınız diye kütüphaneleri açık tutuyor, zihninizi iyi çalışsın diye yemekler hazırlıyor, belki bir müddet sonra da annelerin yaptığı gibi ağza yedirme servisine başlayacak, siz okurken yemekle uğraşmayasınız diye yemeğinizi kaşıkla yedirecektir. Dolayısıyla kamu hizmeti esasında bu tanımlarda yazdığından daha realist bir durumdur. Yani diğer şeyleri söylemek idare hukuku bakımından canlandırıcı olabilir, teşvik edici olabilir ama çok realist bir hukuki rejimdir.

İnsanların takdirine göre bir faaliyeti kamu hizmeti sayma imkânı yoktur. Bu kamu hizmeti olmalı demeniz ancak siyasi iktidara oylarınız dolayısıyla, yönetime katılımınız dolayısıyla bir kamu hizmeti yapma konusunda teşvik edici olabilir. Yoksa sizin takdirinize göre bir şey kamu hizmeti oluyor veya kamu hizmeti olmaktan çıkmıyordur. Bu ortak ve genel ihtiyaç da bir çeşit izafidir. Buna kitaplarda en büyük örnek opera ve bale için getiriliyor. Opera ve bale; Avusturya'da aylar öncesinden bilet alınması gereken, bilet kalmama problemi yaşanan özel bir faaliyet, kültürel faaliyettir. Ama Türkiye'de bileti bedava olmasına rağmen, mesela klasik Türk müziği konserleri ayıp olmasın diye davetiyelidir. Davetiyeler de gişede bedavadır. Dolayısıyla dinlemeye gidenler olsun diye, sanatçı ve işletim masrafları karşılansın diye bu faaliyet kamu hizmeti haline getirilmiştir. Yani her zaman kamu hizmeti çokça talep edilen bir alan değildir. Faaliyet çokça talep edilmese bile toplumun geldiği seviyede olması gereken bir faaliyet ise kamu hizmeti haline getirilebilir.

Cümlemiz neydi kamu hizmeti olmak, hukuki sonuçları olan bir iştir, bir statüdür. Dolayısıyla sadece kişinin takdirine bağlı bir husus değildir. Ama neyin kamu hizmeti olup olmadığını bu alandaki idarenin faaliyetlerinin belirlenmesi bakımından eleştirmek önemlidir. Ama bir kamu hizmeti statüsüne girmek demek idareye görev olarak verilmesi demektir. Dikkat edin idareye görev olarak verilmek demek idarenin bizzat görmesi anlamına gelmiyor. Tanımlarda; "İdarenin bizzat gördüğü veya denetimi altında özel kişiye gördürdüğü" yani idare ya kendi elemanlarıyla araç gereciyle bunu görecektir, ya da kendi içsel denetimi altında özel kişiye gördürecek.

İçsel denetim: Kamu hizmetinin yani idarenin kendisine ait faaliyetin nasıl yerine getirileceğini belirlemektir. Yani bu sadece faaliyeti güvenlik yönünden denetlemek değil; fiyatı, alınacak karşılığı belirlemek, saatlerini belirlemek niteliğini belirlemektir. Dolayısıyla kamu hizmetini özel kişiye gördürmek, idarenin kendisine ait bir işi özel kişiye gördürmesi, kendi yapması gereken bir işi özel kişiye

gördürmesidir. Yoksa özel kişiler alanına bırakılmış bir faaliyeti özel bir kişinin görmesi durumu değildir. O yüzden kamu hizmetini gören özel kişi de kendi isteğine göre değil idareyle yaptığı bir sözleşme veya bir ruhsat ilişkisiyle kamu hizmeti görülmesine katılabilecektir.

Bu hususu yargı kararlarından biraz inceleyelim. Her zaman usulümüzün şöyle olması lazım; teorik açıklama, kanunlardaki görünümü, yargının algılayışı. Sonuçta yargı bu alanı geliştiren aktördür. Yargı kamu hizmeti alanına nasıl bakıyor bunu belirlememiz gerekir.

Örneğin yargı diyor ki; kamu hizmetinin öyle teknik bir boyutu var ki devlete görev olarak verilmesi hikâye ben faaliyetin niteliğine bakarım. Elektrik, su ihtiyacının karşılanması, ulaşım gibi niteliği gereği herkesi ilgilendiren bir faaliyet söz konusuysa bu faaliyet kamu hizmeti niteliğine sahiptir.

Bu usulün savunucusu görüşler var. Bu alana en büyük karşı çıkış şu mantıktan geliyor: idare özel kişinin gördüğü bir faaliyetin toplum için önem taşıdığını tespit ettikten sonra başka hiçbir şey yapmadan onu kamu hizmeti ilkelerine tabi tutarsa özel teşebbüse pranga vurmuş olur. Böylece idareye müdahale yetkisi vermiş olursunuz, idarenin her faaliyete müdahale etmesine imkân vermiş olursunuz, dolayısıyla bu doğru değil diye savunuluyor. Herkesin burada farklı kanaatte olabildiği bir örnek gösteriliyor: “Taksi” esasında bir özel faaliyet sayılmaktadır. Hatta taksi plakası bilmiyorum takip ediyor musunuz bir milyon üç yüz bin TL gibi bir rakama çıkmıştır. Çok da önemli bir ticari imkân veriyor, ama taksiler bazen yolcu almıyorlar. Hatta yağmurlu havalarda bile yolcu almadıkları oluyor. Keza eskiden trafiğin yoğun olduğu yerlere gitmiyorlardı. İdare diyor ki bu taksi toplumun ortak ve genel bir ihtiyacını gideriyor kamu hizmeti niteliğinde sayılır dolayısıyla ben buna müdahale edebilirim. Yolcu almazsan plakanı iptal edeceğim, almazsan şu cezai yaptırımını uygulayacağım gibi uygulamalara tabi tutabiliyor. Dolayısıyla bunlara virtüel kamu hizmeti denilmektedir. Kamu hizmeti usullerine göre kurulmamış; ama kamu hizmeti beklentileri içeriyor.

Bunu kabul ettiğiniz takdirde belki hukuk düşüncenize uygun olabilir, hatta insanlara çok da cazip gelebilir. Elbette taksiye niye kurallar konmasın? Taksi istediğini alıp istediği yere giderse olur mu? Nitekim idarenin, birçok ticaret erbabı bakımından piyasaya sunulan malın hizmetin farklılaştırılmayacağına ilişkin koyduğu kurallar var. Ancak kolluk anlamıyla getirebilecek hükümlerle kamu hizmeti anlamıyla getirilecek hükümler birbirinden farklıdır.

Bu durumda düzen sağlansın diye taksimetrenin işleyiş biçiminde kaç km de bir para yazacağını idare belirliyor. Hatta her şeyi idare belirliyor. Adeta deniliyor ki taksi bir kamu hizmetidir. Ama taksi faaliyeti idareye görev olarak verilmemiştir. İdarenin bunu kendisinin görmesi diye bir şey yoktur. İdare denetliyor mu? Evet. Toplum için önem taşıyor mu? Evet. Ortak ve genel bir ihtiyaç mı? Evet. Böyle beş altı şeye baktığımızda kamu yararı var mı? Evet.

Ancak bütün bunlara bakarak bir faaliyete kamu hizmeti dersek, idare yarın öbür gün her şeye kamu hizmeti diyebilir. İdarenin her şeye kamu hizmeti diyebileceği bir hukuki ortam da esasında temel hak ve hürriyetlere idarenin kontrolsüz müdahalesi demektir. Normal teori şunu diyor: Eğer idare bir faaliyetin kamu hizmeti olmasını

istiyor ise, öncelikle düzenleme yapmalıdır. Tıpkı halk otobüsleri meselesinde olduğu gibi düzenleme yapmalıdır. Şehir içi toplu nasıl taşımayı belediyeye görev olarak veriliyor, nasıl halk otobüslerini ancak idareden ruhsat alarak idarenin belirlediği fiyatla, idarenin belirlediği renklere boyayarak, idarenin belirlediği hatlarda çalışıyor ve hatta karşılığında bir para alınıyorsa bunu da aynı şekilde kamu hizmeti haline getirmek gerekir.

Fransız Doktrininde taksi kamu hizmeti olamaz deniliyor. Bunu biraz daha geliştirmişler Chéneau diye birisi çıkartmıştı. Taksilere getirebilir, çünkü taksiler kamu mallarını (yolları)

1 Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K. 9.12.1994, Resmi Gazete Tarihi: 24.01.1995.

kullanıyor, Yani kendi dükkânında bir iş yapmıyor, genel yolları kullanıyor, trafiği ağırlaştırıyor, kamu malından yararlanıyor. Bu yüzden taksi başkadır deniliyor. Birçok şeyde Fransa'dan esinleniyoruz. Bunun ulaştığı zirve noktalar var. Mesela bizde Fransa'dan önce oldu. Pera Palas satılıyor idi. Pera Palas Agatha Christie'nin falan da esrarlı günler geçirdiği bir yerdir. Tarihi mobilyaları var. Ama sonuçta bir oteldir. Burası işyeri vesaire olacaktı. Kültür Bakanlığı ile yaparsın yapamazsın problemi çıktı. İdarenin böyle bir yetkisi olur mu? Sonuçta bir otelcilik şirketi aldı, o tartışma sona erdi. Fransa'da daha geniş bir tartışmaya yol açtı. Yazarların şairlerin oturduğu bir kahveyi şehir merkezinde artık iş merkezi olarak daha fazla para yapıyor diye sahibi sattı. Kahveyi kapatılıp yıkılıp yeniden yapılacağı zaman kıyamet koptu. Burada Fransa'nın ruhu var, hatırası var. Burada Jean Paul Sartre oturdu, burada şu şununla tanıştı, burada takipçileriyle konuştu vesaire diye... Fransa kültür bakanı Lang (Jack) da idari bir statü uydurdu. Çok da güzel uydurdu. Burası "hatıralarda yeri olan mekândır" özel teşebbüstür; Dolayısıyla mekânı değiştiremezsin, satarsın; ancak kahve kapanamaz dedi. Ama onun üzerine tabi kıyamet koptu. Yani bu idare her şeye böyle müdahale edebilir mi? İdarenin kanunu olmadan burası "hatıralarda yeri olan mekân" burası şu burası bu olabilir mi? Eğer kültürel bakımdan korunması gereken bir yer ise Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu çerçevesinde, bizde olduğu gibi onlarda da alınabilecek yetkiler var.

Kamu hizmetinin müdahale yetkisini sınırlamak bakımından liberal düşünce, virtüel kamu hizmeti yaklaşımını kabul etmiyor. Uygulamada da Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın bir kaç kararı dışında böyle virtüel kamu hizmeti alanını görmüyoruz. Bir şey kamu hizmeti kurulması aşamalarına uyulmadan gösterdiği yaygın fayda nedeniyle kamu hizmeti statüsüne kendiliğinden geçemez; ancak yasal bir düzenleme ile bunu geçirmek gerekir. Böyle bir potansiyel doğuramaz denilebilir. Doğurabilir ama bunun yasal bir altyapısı olması gerektiği kanaati var. Fakat birçok kitapta bu virtüel kamu hizmetini görebilirsiniz. Virtüel kamu hizmetinden bahsediliyor.

Size tekrar ediyorum; buradaki bakış açısı, kamu hizmeti listesinin doğru olup olmadığı tartışması değildir. Kamu hizmeti listesi yanlış olabilir. Ama kamu hizmeti statüsü idareye üstün yetkiler tanıyan bir statü olduğu için, idarenin kendi kararıyla bu statüye sokabileceği faaliyetler olmaktan çıkartılması gereken bir statüdür. O yüzden

bunun bir usule bağlanması gerekir. Teknik bir aşamaya bağlanması gerekir. Bir aşamadan sonra kamu hizmeti statüsüne girdiğinde herkesin hem fikir olması lazım ki idare her istediğine her istediği uygulamayı yapmasın.

Dolayısıyla yargı bu kamu hizmetinin niteliğine bakarım diyor uyumsuzluk çıkarsa ben karar veririm diyor. Bir başka davaya gelelim:

Bunda da benzer bir kamu hizmeti tanımı var. Bakın burada tam damardan bir noktaya değinmiş, baştan bütün tartışmayı ortadan kaldıran bir şey söylüyor: “*kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır*”².

Böyle dediği zaman ne oluyor? Sanki hukuki bir statü birçok hukuki birçok yargısal sonucu olan, birçok maddi sonucu olan bir statü belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Öyleyse bu bana göre böyle, sana göre böyle, mühür kimdeyse ona göre nasılsa öyle gibi sonuçlara götürüyor.

2 Anayasa mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, K. 28.6.1995, R.G. Tarihi: 20 Mart 1996.

Hukuk böyle olamaz. Kavramın belirsizliği konusundaki görüş; kavramın çok yerde baş göstermesi nedeniyledir. Başta ona dikkat çektik. Her kamu hizmeti geçen yerde aynı şeyden bahsedilmiyor. Farklı şeyden bahsediliyor. Teşkilattan bahsediliyor, personelden bahsediliyor, idare hukukunun görev alanından bahsediliyor diye vurguladık. Dolayısıyla faaliyetteki belirsizlik katlanılabilir bir belirsizlik olmaz.

“*Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanımına göre kamu hizmeti devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetimi veya denetimi altında genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını...*”

Kamu çıkarı diye bir şey ortaya çıkıyor;

“*Kamu yararı veya çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*” Yani bir ticaret alanı çok para getirirse kamu çıkarı var diye idare burada şimdi bu ticareti ben yapacağım mı diyecek? Bu tanım da bakın işte diğer tanımlardan yararlanılmıştır. Çok şey söylemiş gibi gözükken, işi yuvarlayan ve belirsizleştiren ortak ve genel bir tanımdan ibarettir.

Hayatta hep böyle lastik kavramların bir adım gerisini görmek gerekir. İstenilen yere çekilen kavramlarla düşünülemez, konuşulamaz, anlaşılabilir, münakaşa, münazara edilemez. Önce bir kavramda anlaşmak lazım ki, sonra o kavramın içini doldurarak kendi görüşlerimizle tartışmada gerekçe olarak kullanalım. Bana göre böyle, sana göre böyle... Hayır, böyle bir şey değildir! *Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler niteliği gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür* diyor. Ancak toplumsal yaşamın gereksinimlerini

her faaliyet karşılamaktadır. Toplumsal yaşamın zenginliği faaliyet çeşitliliğiyle ilgilidir. Gelişmekte olan toplumlarda 5 bin kadar iş kolu varken gelişmiş toplumlarda 35 bin kadar iş kolu vardır. Her biri olmazsa onun gelişmişliği ve bulunduğu seviye bakımından bir eksikliklerdir. Yani şu olmazsa da olur diye bakarsanız

bu yanlış bir şey olur. Mesela sizin için opera ve bale olmazsa da olur. Siz belki bununla yaşayabilirsiniz; ama toplumda böyle bir faaliyet olmaması toplumun kültürel çeşitliliği ve zenginleşmesi için bir eksiklik. Siz sevmiyor gitmiyor olsanız bile toplum bakımından bir kültürel eksiklik. Bir ayakkabı tamircisinin olmaması bir eksiklik. Bir gereksinimin eksikliğidir. Dolayısıyla işlerin önemi, eksikliği, varlığı, işlevi, zorunluluğu çok izafi bir şeydir ve böyle bakılamaz. Tamam, ekmek su olmadan olmaz, elektrik olmadan olmaz vs gibi bazı şeyleri söyleyebilirsiniz. Ama bir müddet sonra bazı şeyler olmadan yine olmayacağını hissedersiniz. Bu olmazlık sadece o anda yaşayamamanız, nefes alamamanız, ölmeniz hastalanmanız ile ilgili değildir. Giderek sıradanlaşmanız, kültürel bakımdan gelişmemeniz, hayatınızın rutine binmesi, kendinizi geliştirememeniz, toplumda nefes alamayacak hale gelmeniz, bunların hepsi de zorunlu gereksinimlerin ortaya çıkarttığı problemlerdir. Dolayısıyla bunu böyle tarif ettiğiniz zaman bazı işler bazı işlerden daha önemlidir diyorsunuz, bir eksiklik ve yanlışlık çıkıyor.

Bakın diyor ki *“düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü bunların yokluğu toplum yaşamını altüst eder...”* hâlbuki bu önce değil sonra gelen bir şeydir. *“Bir yörede belli bir toplum gereksinimini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla hizmetin ülkesel yöresel ve toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. Kamu hizmeti kavramı gerek öğretide gerek uygulamalarda devletçe öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamında gittikçe genişlediği de bir gerçektir.*

Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleriyle sınırlandırılmaz” Bu bir yargı kararında olması eleştirecek çok genel ve boş bir ifade tarzıdır. Yani çok doğru şeyler söylüyor ama çok boş ifadelerdir. Yani kimse zaten buna karşı çıkmıyor. Dolayısıyla bunlar bir sonuç vermiyor.

Burada bir şey yazılacaksa bunun çözücü bir etkisi olması gerekir. Niye kamu hizmeti diyorsun, niye demiyorsun, yol ayrımı nerede? Nitekim *“Elektrik üretimi ve dağıtımı da bir kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler kamu yararına dönük toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik düzenli ve sürekli etkinliklerdir”* cümlesi bugün yanlışlandı. Niye yanlışlandı? Çünkü artık özel kimseler de çeşitli ülkelerde, çeşitli rejimlerde elektrik üretiyor, satıyor, çünkü elektrik ticari bir meta haline gelmiştir. Eskiden elektrik niye kamu hizmetiydi? Çünkü depolanamıyordu, şimdi de depolanamıyor. Ayrıca elektriğin ortak bir ihtiyaç olduğuna hiç kuşku duyulmamaktadır. Ama elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı, ancak idarenin yapabileceği büyük bir finansman gerektiriyor. Barajlar, santraller, hatlar, direkler vb. araçlar gerekiyor. Elektrik hizmeti, bu kabiliyet olmadıkça yapılabilecek nitelikte bir faaliyet değildir.

Elektrik kamu hizmeti eleştirilebilir. Çünkü önce idareye kanunla görev olarak verilmiş daha sonra 4628 sayılı kanunla elektrik faaliyetlerinin özel kişilerce lisans alınarak yapılabilmesine de imkân tanınmıştır. Bugün lisans aldığınızda dağ başında bile elektriği üretilip satabiliyorsunuz. Örneğin, Hatay’da elektrik üretilip Edirne’deki fabrikaya satabiliyorsunuz. Devlet sizden hatlardan geçme parası alıyor. Daha ucuzsa Hatay’daki elektrik üreticisinden alıyorsunuz. Daha ucuzsa diyelim ki

Çamlıhemşin'deki elektrik üreticisinden alabiliyorsunuz. Bu durum bir anda garip bir ticaret haline geldi. Kamu hizmeti niteliği devam ediyor mu etmiyor mu tartışılabilir. Ama elektrik hizmeti sadece ve sadece kamu hizmeti olarak görülebilir.

Dolayısıyla şunlar niteliği gereği kamu hizmetidir, şunlar asgari kamu hizmetidir dedirtebilecek argümanlar azalıyor. Hatta kamu hizmeti dışında olmaz denilen güvenlik hizmeti bile özel güvenlik şirketleri nedeniyle ortadan kalktı. Amerika'nın skandalları gazetelerde yazıldı. ABD, Irak'ta Afganistan'da birçok işini kendi ordusuyla değil özel güvenlik şirketleri istihdam etmek suretiyle para karşılığı adeta bir tür lejyonerler ortaya çıkartarak yürüttü. Dolayısıyla ticaret mantığı; her şeyi ticarete dönüştürebildiği, para kazanma usulü yapabildiği için, niteliği gereği kamu hizmeti diye bir liste pratikte ortadan kalktı.

Biz dünya görüşümüze göre diyebiliriz ki; şu hizmetler olmadan topyekûn yaşam olmaz. Ama problem o hizmetler olmasın problemi değil; o hizmetleri idare mi yapsın, yoksa özel kişilere mi bırakılsın. Bütün dünyadaki (Avrupa'daki AB'nin de kriteri de) şu andaki akım her şey ticarete yapılabilir her şey ticaret potansiyeline dönüşebilir. Bunun için de "service universal" (evrensel hizmet) diye bir kavram çıktı. Service universal yaparsınız idare dıştan denetler, her şeyi özel kişi yapar. İdare sadece düzenleyici, denetleyici, gerektiğinde ceza kesici, yaptırım uygulayıcısı konumuna geçer.

Bu yaklaşımın temelinde; İdare bir şey yapmaz, idare bir şey yapmaya çalıştığı zaman niteliksiz yapar, iyi eleman istihdam etmez, idarenin yaptığı faaliyet pahalıya mal olur. Bu yüzden her şeyi özel kişi yapsın şeklinde bir düşünce yerleşmiştir.

Dünya, kuraklık ve bolluk dönemleri gibi, hukuk mantığı ve iktisadi anlayışlar bakımından dönemler geçiriyor. Bundan önceki dönemde ise *"toplumun gelişebilmesi için idare sosyal devlet olarak ne kadar çok şey yapabilirse yapmalıdır. İnsanlarına fırsat eşitliğini sağlamalıdır."*

Herkese bedava kamu hizmetleriyle, eşitleştirici uygulama yapmalı ve toplumdaki gelir dağılımının adaletsizliğini giderecek faaliyetleri yürütmelidir. İdare her işe bakmalıdır. Suyu, elektriği her zorunlu ihtiyacı, insan olmanın asgari şartı olan her şeyi idare para almadan sağlamalıdır. Bütün faaliyetleri idare yapmalıdır." şeklinde bir anlayış vardı; Şimdi sosyal devlet kavramının bile içi farklılaşıyor ve her şey ticarileşiyor.

Şu anda regülasyon konusunda anlatacağımız "Service universal" denilen kavram gelişmektedir. "Evrensel hizmet" denilen yaklaşımla çözülmeye çalışılıyor. Örneğin, TV'de 11880 gibi bilinmeyen numaralar reklamlarını görüyorsunuz. Değişik artistler çıkıyor reklam yapıyor. Beni ararsan şöyle olur, acıktığınızda bile aradığınızda en yakın lokantayı söyler, çilingiri hemen gönderir şeklinde hizmetler sunulmaktadır. Niye reklam yapılıyor? Eskiden bilinmeyen numaralar 118 idi. Bilinmeyen numaraları aradığınızda az personeli olduğu için veya meşgule aldığı için saatlerce ulaşamazdınız. Bilinmeyen numaralara ulaşmak önemli bir sorundu. İdare şimdi bu işi ticari şirketlere verdi. Bu ticari şirketler ne kadar aranır o kadar para kazanıyorlar. Parayı nereden kazanıyorlar? Bu şirketler, diğer telefon şirketlerinin yaptığı faaliyetlerden elde ettiği kârlardan kesilen yüzdelerle oluşmuş evrensel hizmet fonuna aktarılmış olan paradan, yaptıkları hizmet kadar para çekiyorlar.

Dolayısıyla bilinmeyen numaraları aradığınızda normalde bir ticari faaliyet yoktur. Ancak idare bu hizmeti; para kazanılacak bir ticari faaliyet haline getirip, birbiri ile rakip şirketlerin ortaya çıkıp daha iyi hizmet sunmak için reklam yapar hale getirmek için bu özel faaliyeti diğer özel faaliyetlerden kestiği paralarla oluşmuş pastadan pay alır bir hale getiriyor. Yani ticarileştiriyor. Böylelikle ne yapıyor? Saf rekabetle çözmeye çalıştığı tamamen özelleştirdiği tamamen liberalleştirdiği bir piyasada normalde kendi başına gelir getirmeyen iştah kabartmayan alanları Service universal ile iştah kabartır, gelir getiren alanlar haline getiriyor. Bu service universal yani evrensel hizmettir diyor. Bu hizmet kendi başına para kazanamaz; buna oluşturduğumuz fondan şirketin yapmış olduğu faaliyet kadar para aktarırsanız, o da o parayı almak için beni ne kadar ararsanız ben o kadar para kazanacağım diye reklam yapar.

Bu alana para aktığı için: Arayın size ne istiyorsanız söyleyelim, istiyorsanız günlük burcunuzu söyleyelim, istiyorsanız trafiğin açık olup olmadığını söyleyelim, isterseniz bilinmeyen numaraları söyleyelim en yakın lokantayı benzinciyi söyleyelim gibi hizmetler sunulmaya başlandı. Böylece idare 118 diye yaptığı gelir getirmeyen bir faaliyeti, gelir getirebilen bir faaliyet haline dönüştürüyor. İdare özel kişileri kendi arasında yarıştırtıyor ve idare olarak da denetliyor.

Bu yöntem idarelere çok cazip geldi. Yatırım bütçeleri azaldı. Vergiler idarenin bütçesinde kaldı. Yani başka işlerde kullanılacak hale geldi. Yatırım bütçesi bakımından idare de bir yatırım yapmadan ‘şu kadar milyar dolarlık iş yapıyoruz’ diyecek noktaya geldi.

Dolayısıyla liberalleşme, kamu hizmetinde niteliği gereği kamu hizmeti kavramı meselesini sarstı. Niteliği gereği kamu hizmeti esasında liberal düşüncenin ortaya çıkarttığı bir kavramdır. Buna göre her şey kamu hizmeti haline getirilemez, az konuda niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyet var. Ancak onlar kamu hizmeti haline getirilebilir. Onlar dışındakiler kamu hizmeti yapılmışsa bile bir müddet sonra özelleştirilmesi gerekir. Fakat liberal düşünce sanıldığından daha hızlı yayıldı. Adeta bir “tsunami” gibi bütün dünyayı kapladı ve artık niteliği gereği kamu hizmeti olmayı da geçti. Sonuçta, her şey kamu hizmeti olmaktan çıkarılabilir haline geldi.

Bir devletin tarihi, ekonomik, sosyal geçmişine, verilerine, tercihlerine dayalı olarak kamu hizmeti listesi var. Kamu hizmeti olması gerekenleri belirlerken esasında ilk olarak Anayasadan

başlamak gerekir. Mesela Anayasa diyecek ki; korunmaya muhtaç çocukları devlet korur. Dolayısıyla artık bu bir kamu hizmeti olarak, teşkilat kurmayı ve faaliyet göstermeyi gerektirir. Bu gereklilik; Anayasanın devlete verdiği görevlerden başlayıp, kanunlarla devlete verilen görevlerle devam edip sonra kanunların açık iznine dayalı olarak (özellikle yerel yönetimlerde genel karar mercilerinin) aldığı kararlarla gelişir. Bu yüzden kamu hizmeti olmak teknik bir iştir.

Ayrıca bunun sosyal boyutunun göz ardı edilmemesi gerekir. Kamu hizmetinin sosyal boyutu; onun sağlamlasını yapmak bakımından önemli teknik bir iştir. Keyfi bir iş değildir. Yasa koyucu veya meclis keyfi olarak bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmamasına karar vermez. Ülkenin ihtiyaçları, öncelikleri kamu hizmeti listesi bakımından önemlidir. Dolayısıyla kamu hizmeti listesinin sosyal boyutunu önemli

kabul etmekle birlikte, hukuki rejime gitmeyi teknik bir aşama olarak kabul etmek zorundayız.

KAMU HİZMETİNİN SONA ERMESİ

Şimdi tersinden bahsedelim. Bir işin anlaşılması tersiyle de ortaya çıkar, bir faaliyet nasıl kamu hizmeti olmaktan çıkar? Garip bir biçimde bizim ülkemizde aynı kavramların kullanıldığı haller var. Hemen “özelleştirme” akla geliyor. Fakat özelleştirme bir kamu hizmetini mutlaka kamu hizmeti olmaktan çıkartan bir usul değildir. Özelleştirmenin aslında üç anlamı vardır;

-İlk anlamı bir kamu hizmetini kamu hizmeti olmaktan çıkartmaktır. Mesela Sümerbank bu şekilde özelleştirilmiştir. Sümerbank bir fabrikadır. İhtiyacı karşılamak için kurulmuş önemli bir müessesedir. Sümerbank kurulduğunda o dönemki herkesin hatıralarında, yazdıklarında şu var: ölüleri cenazeleri defnedecek kefen bezi bulunamıyorduk. Düşünün kefen bezinin bulunamadığı bir dönemden geçilmiştir. Bez üretilmiyor. Özel teşebbüsün fabrika kurabilecek sermaye birikimi yok. Dolayısıyla bunları hep ithal ediyorsunuz. Zaman içinde bir anda zorunlu ihtiyaç haline gelmiş bir ihtiyaç var. İşte böyle bir kamu hizmetine “niteliği gereği” demek mümkün değildir.

Kefen bezi bulamadığımız bir dönem devlet Sümerbank kurmuş, fabrikalar kurmuş, makinalar getirtmiş, elemanlar istihdam etmiş, işçiler istihdam etmiş ve üretim yapmıştır. Fakat gün gelmiş Türk tekstil sanayi öyle gelişmiş ki, Sümerbank artık ondan daha kalitesiz ve ondan daha pahalıya mal ediyor hale gelmiştir.

Üç yüz kişiyle yeni teknolojiyle üreten özel sektör var. Siz idare olarak üç bin kişiyle eski teknolojiyle daha kötü üretiyorsunuz. Bir müddet sonra bakılmış ki zaten toplumda bez ihtiyacı sona erdi. Bunun üretimini devam ettirmeye gerek yok, bu üretim aynı zamanda avantajlı bir şey olmaktan çıktı.

Esas bakış açısının böyle olması gerekir. Artık ortak ve genel ihtiyacın rekabet kuralları çerçevesinde daha kaliteli daha ucuz karşılanma imkânları ortaya çıkmıştır. Kamu hizmetinin daha kaliteli, daha ucuz, sadece idare için daha masraflı olması değil, hizmetten yararlanalar için de daha ucuz olması gerekir.

Burada özelleştirme demek; idarenin o alanda üretici olmaktan, bir kumaş üreticisi görevinden sarfi nazar etmesi demektir. Nasıl olacak? Tersine bir işleme olacak. Kamu hizmeti kanunla kurulmuşsa kanunla kaldırılacaktır.

Burada şöyle bir problem çıkmış: Her bir kamu hizmetini kanunla kurarken, Sümerbank’ın özelleştirilmesi özelleştirme kanunu maddesine dayanarak yapılmıştır. Yani kanunla

yapılmamıştır. Özelleştirme yüksek kurulu bu kamu hizmeti özelleştirmeye alınsın diye karar veriyor. O hizmet özelleştirmeye alınınca da ihaleye çıkartıyor. Özelleştirme işleri başkanlığı da ihalede en yüksek bedeli verene hizmeti devrediyor. Almanya falan özelleştirmeyi yaparken daha ilginç yaptı. İşçilerin kıdem tazminatları falan var diye satacağı bazı şeylerin üstüne para verdi. Bulgaristan da öyle yaptı. Rusya ise başarısız yaptı. Rusya’nın özelleştirmeleri nedeniyle Rus oligarklar çıktı. Aldığı fabrikalardan büyük paralar kazanan (Abromoviç vs. gibi) milyarder Ruslar ortaya

çıktı. Ama Almanya iyi hesapladı; alanı batırmayacak, ama alanı da devam ettirecek şartlarla satış gerçekleştirdi.

Mesela Maltepe'deki sigara fabrikasını alanlar fabrikayı derhal kaldırarak yerine inşaatlar yaptı. Böylece verdiği paranın kat kat fazlasını kazandı. Dolayısıyla kamu hizmetinin esasında bir de sosyal yönü olduğu için özelleştirirken kimi zaman regülasyon gereği “sana satıyorum ama bunu fabrika olarak devam edeceksin, şu kadar sene işçi çıkartmadan devam edeceksin, kıdem tazminatları sende olacak, şöyle yapacaksın böyle yapacaksın...” diye şartlar koymalıdır. Bazı ülkeler böyle yaptı, bizde de sonradan uygulanmaya başladı. Bu durum, oldu! olmadı! Şeklinde büyük tartışmalar doğurdu. Özellikle 80’li yıllar bunun tartışmalarıyla geçti. Hatta böyle siyasi tarihe geçen “köprüyü satarım/sattırtmam” tartışmaları oldu. Dolayısıyla özelleştirmenin bir kısmı kamu hizmetinin sona erdirilmesi hususundadır. Artık idareye ihtiyaç kalmadığının düşünüldüğü durumda gündeme gelmektedir.

Fakat özelleştirmenin karıştırılması gereken ikinci bir anlamı var. O da şu; mevzuatımız özelleştirmeyi şunun içinde kullanıyor: Bir kamu hizmeti, kamu hizmeti olmaya devam ediyor ama artık idare tarafından değil özel kişi tarafından yürütülüyor. Mesela telekomünikasyon hala kamu hizmeti ama Türk Telekom’u artık idare değil onun 20 seneliğine devrettiği özel kişi görüyor. Burada da özelleştirmeden bahsediliyor ama burada dikkat edilirse faaliyet kamu hizmeti olmaya devam ediyor. Belirleyici olan unsur yine idaredir. Sadece kamu hizmetinin görülüş usulü özelleşiyor. Kamu hizmeti, idarenin kendi araç gereç ve personeliyle görülmesinden, özel kişinin araç gereç ve personeliyle görülmesine geliyor. Mesela havaalanı yapmak buna örnek gösterilebilir. Burada idare kendi görevi olan, havaalanını yapmak ve işletmek işini şu kadar para karşılığında şu kadar süreliğine devrediyor. İdare özel kişiye; havaalanını yapacaksın, yirmi sene çalıştıracaksın, yirmi senenin sonunda havaalanını işler bir halde bana devredeceksin. Örneğin Yeşilköy havaalanı idarenin yaptığı bir havaalanıydı. Daha sonra TAV'A devretti. Sabiha Gökçen’i başka bir konsorsiyuma devretti.

Böylelikle idare kamu hizmeti görülüş usulleri kısmında anlatacağımız, özel kişiler yönetimiyle kamu hizmetlerinin görülmesini sağlıyor. Bunda idarenin beklediği menfaatler nedir? Ona ayrıca değineceğiz. Neyi belirlemiş oluyoruz? Özelleştirme kamu hizmetinin her zaman sona erışı için kullanılan bir terim değildir. Kamu hizmetini sona erdiren hali, idarenin o alandan elini çekmesi ve görevli olmaktan çıkartması şeklinde olur. Eğer eski usul olsaydı şöyle olacaktı; kamu hizmetini idareye görev olarak veren kanun maddesi ortadan kaldırılacaktı. Ama bu şimdi Özelleştirme Kanununa dayanarak idari kararlarla yapılıyor. İdare artık kendisine ait bir işi yapmaktan çıkıyor. İşte hava yollarında da böyle oldu. Demiryollarında da yakında aynı durumun gündeme geleceği konuşuluyor. Demiryollarında özel şirketlerin yük ve insan taşımacılığı konusunda idare şöyle yapacak; ben demiryolunun sahibiyim artık demiryolu taşımacılığını ben yapmayacağım. Tıpkı taksilerin dolmuşların özel otomobillerin yolun üzerinde gitmesi gibi demiryollarında da özel kişilerin işlettiği trenler taşımacılık yapacak idare sadece demiryolunu düzenleyecektir.

KAMU HİZMETİNİN HUKUKİ REJİMİ

İdarenin faaliyetlerinden kamu hizmetinin hukuki rejimi konusundayız. Kamu hizmetini üç değişik safhada anlatıyoruz dedik. Üç önemli başlığı var kamu hizmetinin. Ara birçok başlıkları var, değinilecek birçok hususları var ama önce temel noktaları ortaya koymak lazım. İlk problem, bir faaliyetin ne zaman kamu hizmeti rejimine tabi olduğunu bulmaktır. Kamu hizmeti hukuki rejimi hukuksal sonuçları olan bir durumu ortaya koyduğu için, kamu hizmeti olmak ya da olmamak konusunda verilecek karar bir hukuki rejimin gündeme gelmesini sağlayacak karardır. Dolayısıyla kamu hizmeti olma anını, kamu hizmeti olmaktan çıkma anını belirlemeye ihtiyacımız var. Ve bunun kişiden kişiye değişmemesi lazım. Bir hukuki rejim sonucunu doğurduğu için, buna göre uyumsuzluklar çözüleceği için, uyumsuzluk çözümünde kullanılacak malzemeyi vereceği için bu noktada bir bilgiye ve işler bir kritere ihtiyacımız var. Kitapların bu konudaki tariflerine baktık, yargı kararlarındaki tariflere baktık: "Toplumun ortak ve genel ihtiyacı giderilmediği takdirde toplumda sıkıntı doğuracak ihtiyaç", "Kamu yararına yönelik faaliyetler" gibi açıklamalar var. Bunların hepsi doğru, ama işe yarama bakımından eksiklik içeriyor. Çünkü bunlar kullanılarak bir şey hakkında kesin karar vermek mümkün değil. Bu değerlendirmeyi yaptık. Kesin kararı verebilecek aşama, bu veriler nedeniyle yasa koyucunun bir faaliyeti kamu hizmeti statüsüne alması olarak değerlendirilebilir. Bu statüye almak da "bu artık kamu hizmetidir" demek şeklinde değil, şu veya bu şekilde dolaylı bir biçimde bazen kendisinin de yaptığı şeyin sonucunu idrak edip etmediğini tereddüt ettirecek bir biçimde, faaliyetin bir kısmını veya tamamını idareye görev olarak vermesi. Kolluk, kamu hizmeti, özendirme ve destekleme gibi birkaç faaliyet türünden birisi olabilir ama bir kere diğer özel faaliyetlerden ayıran nokta **idareye görev olarak verilmesi**. Ama tekrar ettik, ne dedik, sadece idareye görev olarak verilen kamu hizmeti değil, kolluk da var, özendirme-destekleme de var. Dolayısıyla onları da anlattıktan sonra bunların arasındaki farka değinmek lazım. Ama sonuçta ya bir kanun, ya kanunun açık iznine dayanılarak bir idari işlemle bir kamu hizmeti kuruluyor. Kamu hizmetinin böyle kurulmasının teknik gerekleri de var. Çünkü bir kamu hizmeti kurduğunuz zaman ona bütçeden bir pay ayırmanız lazım. O kamu hizmetini görececek belki bir kamu tüzelkişisi kurmanız lazım. Onun için eleman istihdam etmeniz lazım. Bunların hepsi; kadro, bütçe, tüzelkişilik hep kanunla olabilecek şeyler. Dolayısıyla bir faaliyetin kamu hizmeti haline gelmesi, öncesinde ve sonrasında bir hazırlığı gerektiren ve idarenin yerine getireceği bir iş.

İdare kamu hizmetlerindeki anlayış gereği, haftaya göreceğimiz özel kişiler tarafından görülme usulü gereği, bunu içten denetim altında özel kişiye de gördürebilir ama kendisinin görmemesi kamu hizmeti olmaktan çıkartmaz. Tek problem, görevin kendisine verilmesi, kendisine verilmiş bu görevi bir başkasına gördürebiliyor olması. Bunlara değindik. Şimdi geldiğimiz nokta mantıki bakımdan bunu takip eden bir nokta. Peki kamu hizmeti hukuki rejimine girdiğinde ne oluyor? Bunu size anlatmak için, daha önce izlediğimiz yolu kullanacağız; biraz kitaplarda yazarlardan bahsedeceğiz, biraz ben anlatacağım, sonra esas aradan çekilip yargı kararlarını size

sorarak değerlendireceğiz. Yani anlatacağımız bu ilkelerin esasında bir bütünlük içinde hukuk hayatına etkili şeyler olduğunu göstermeye çalışacağız.

KAMU HİZMETİNE HÂKİM OLAN İLKELER

İlkeler biraz soyut, ne işe yaradığı konusunda soyut olarak bakıldığında insan zihni şaşabilir. Sonra ilkeleri sadece öğrenmek değil, ilkelerin esas işlevi sonuç doğurucu, hukuki rejimi belirleyici etkisi bunu göstermeye çalışacağız. Bu ilkeler öylesine bünyeye nüfuz etmiş, genlere yerleşmiş ilkeler ki yasakoyucu bazen bir kamu hizmeti alanını düzenlerken bu ilkeler dışında bir düzenleme yapmayı düşünüyor ise, bu ilkelerin hakim olmasını düşünmüyor ise, tercih etmiyor ise aksini açıkça kanunda düzenliyor. Yani o kadar hakimiyeti olan ilkeler ki, kanuna bağlı ilkeler olmamasına rağmen kanunlarda tersinin düzenlenmesi gerekiyor. Dolayısıyla orada da bir karışıklığa yol açmamak lazım. Birçok kanunda bu ilkelerin istisnası olması ilkelerin işe yaramadığı, eskide kaldığını değil; işe yaradığını, kanunkoyucunun istisna getirmek istediğini gösteriyor. Dolayısıyla ilkeler, hem düşünceye hakim unsurlar, hem düşünceyi taşıyan araçlar, hem de pozitif hukuku etkileyen, kanunlaşmayı etkileyen yönleri var ve ayrıca yargı kararları da bunu önündeki olayı değerlendirirken, hükme bağlarken kullanıyor. Gerekeç olarak da kullanıyor.

SÜREKLİLİK İLKESİ

Bu ilkelerden ilki çok kolayca nüfuz edebileceğiniz bir ilke, süreklilik ilkesi. Öncelikle kitaplardan bakabiliriz yazarların nasıl değerlendirdiğine. Turgut Tan, "kamu hizmetlerinin genel ilkelerinde süreklilik ilkesi" diyor. Süreklilik ilkesi, kamu hizmetlerinin önemli ilkelerinden birisi. Buradaki süreklilik yerine bazen devamlılık tabiri de kullanılıyor. Bu sürekliliğin en tabi görünümü bazı hizmetler bakımından 7 gün 24 saat devam etmesi; itfaiye hizmeti, ambulans hizmeti, elektrik-su ihtiyacının karşılanması gibi. Dolayısıyla süreklilik kelime anlamı bakımından bunu gayet rahat karşılıyor. Denilebilir ki bir faaliyet kamu hizmeti olduğunda süreklilik ilkesine tabi olduğu için hiç kesilmeden devam etmesi lazım. Ama süreklilik hiç kesilmeme anlamına gelmiyor esasında. **Süreklilik ihtiyaçlarının tatmini anlamına geliyor.** Hiç kesilmeden devam etse bile iyi nitelikli değilse, mesela su kaliteli değilse, kirli ya da zehirli ise bunun sürekli olarak veriliyor olması, süreklilik ilkesinin yerine getirildiği anlamına gelmez. Sonra bazı faaliyetlerde de sürekliliğin anlamını düşünmek lazım. Mesela eğitim faaliyetinde eskiden sabahtan akşama kadar süren hukuk eğitiminin sabahtan akşama kadar sürmemesi, belli bir saatte kesilmesi, sadece öğrenci sayısı vs. sebebiyle değil, bir yandan da bu hizmeti verilen eğitim çerçevesinde insanların düşünmesi, araştırması, çalışması için boş bir zamanı gerektirmesini de içeriyor. Dolayısıyla bu da süreklilik ilkesi içinde değerlendiriliyor. Yani süreklilik, zaman bakımından bir kesintisizlik değil, ihtiyaçların tatmini bakımından bir kesintisizlik. İhtiyacın tatmini nasıl bir devamlılık arıyor ise, nasıl bir süreklilik arıyor ise bu

süreklilik ilkesinin kapsamı o şekilde değerlendiriliyor. Dolayısıyla bu ilkenin üzerinde düşündükçe yansımalarıyla, etkileriyle, kapsamıyla ilgili veriler çıkarıyoruz.

“Nasıl etkiler” bakımından düşünelim. Süreklilik ilkesi, memurların, kamu hizmeti sunan kimselerin mesai saatleri bakımından devamlılığı da gerektiriyor. Bu çerçevede tartışılacak noktalardan birisi, süreklilik ilkesi çerçevesinde memurlara grev hakkı tanınıp tanınmayacağı. Bu hususta iki tane görüş hakim olmuş:

- 1) Kamu görevlilerine grev hakkı tanınmaz. Çünkü diğer personelde, işçilerin grev yapması, bir anlamda haklarını alabilmek için işvereni zorlamak içindir. Halbuki kamu personeli grev yapsa, grev yapması kabul edilse, burada zarar görecektir olan hizmetten yararlananlardır, işveren

konumunda olan idare değil. Dolayısıyla burada grev hakkı olmaz, süreklilik ilkesi grev hakkına engel olur diye düşünülmüş.

Sonra yeni bir bakış açısı gelişmiş ve denmiş ki;

- 2) Grev bir eksikliğin, bir aksaklığın, bir ihtiyacın başka türlü anlaşılmadığı için dile getirilme yollarından birisi. Bunu dile getirmek için grev yapmak esasında kamu hizmetinin sürekliliğini etkiler gibi gözükse de, sürekliliğini sağlamak içindir. Dolayısıyla süreklilik ilkesinde grev hakkı meselesi de bununla ilgili bir şey. Şimdi yeni anlayış grev hakkını sürekliliğe engel görmüyor, niçin? Grev yapıldığı zaman, kamu görevlileri de grev yaptığı zaman, bu aksaklık düzelebilecek bir aksaklık ise, bunun düzelmesi ve nitelikli olarak gitmesi daha önemli. Dolayısıyla süreklilik ilkesini sağlamak için kamu hizmetinin işleyişinin kesilmesi süreklilik ilkesinin bir gereği olarak görülebiliyor. Dolayısıyla kavram zaman içinde bir boyut alıyor, bir hareket kazanıyor. Sadece “devamlılık” diyerek “24 saat kesintisiz devam etmesi” şeklinde tanımlar, dondurursanız, bunun işlevini takip edebilmek mümkün değil. Bakın, işlevi grev yasağıyla başladı, sonra grev yapılmasına imkan tanınması gereğiyle devam etti. Tamamen farklı virajlar alıyor ve hepsinde de süreklilik ilkesi esas hedef. Bu süreklilik ilkesi gereği kamu hizmetlerinin görülmesinde asli ve sürekli görevlerde memurlar istihdam ediliyor ve memur istihdamının sebebi nitelikli olarak faaliyetin devam etmesini sağlamak. O yüzden memurlara hukuki güvenceler veriliyor. Bir memur hemen atılmıyor çalışmıyor diye. Böyle gerekçelerle atılabilmesi en az üç yıl alıyor. Amaç tembeli korumak değil, amaç memurun hukuki statüsünü korumak suretiyle asli ve sürekli görevlerin kesintiye uğramadan devamını sağlamak. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin de kesintiye uğramaması için kamu hizmetinde çalışan personele ayrı bir hukuki statü veriliyor. Ve kamu hizmetinin personeli denmesinin ilk baştaki nedeni de o. Diğer işçilerden, özel beyaz yakalılardan farkı bunlara kendileri hak ettiği için değil, yaptıkları iş nedeniyle, farklı bir hukuki statü vermek ve böylelikle bu hukuki statü çerçevesinde kamu hizmetini korumak. Dolayısıyla zincirleme etkiler var. Bu etkiler arasında sürekliliği gerçekleştirmeye yönelik farklı hususlar var. Mesela bunlardan birisi de sürekliliği sağlamak için özel hukuk kişileri tarafından görülen kamu hizmetlerine getirilen kurallar. Özel hukuk kişilerinin sürekliliği sağlamak için yapmakta oldukları faaliyeti kesintiye uğramadan yapmaları gerekiyor. Halk otobüslerinin hiç müşterisi olmasa bile güzergahını tamamlaması lazım, belirtilen saatlerde kalkması lazım süreklilik

ilkesi gereği. Aksi takdirde müeyyidesi özel hukuk kişinin kamu hizmeti yapmaktan çıkartılması. Süreklilik müeyyideye bağlanarak sağlanıyor.

Size bir karardan bahsedeceğim. Kadınlara yönelik, bazı hizmetlere kadınların alınamamasına ilişkin kanun 1963'te Anayasa Mahkemesi önüne gitmiş, sonra hukuki rejim değişti ama bu karar ilginç olabilir. Kararın ilgili kısmı şöyle:

“Kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin, her bakanlığın memurlarına ait yasalarda gösterilmesinin Anayasaya aykırı bir yönü yoktur.” (T. 25.10.1963, E. 1963/148, K. 1963/256)

Anayasa Mahkemesi o zaman süreklilik ilkesini kullanarak Anayasaya aykırılık bulmamış. Sonra da süreklilik ilkesine aykırılık oluşturmadığını düşünerek bu konuda değişiklikler olmuş kanunlarda. Buradaki esrarlı şey ilkenin gelişimi, hareketi. Birbirine ters şeylere kaynaklık

teşkil etmesi. Bu önemli bir husus. Hukuk düşüncesini kırılmalar, çatlama olmadan, kopukluklar olmadan sürekli bir biçimde değiştiriyor. Yani süreklilik ilkesi artık çöpe atılın denmiyor, süreklilik ilkesinin içeriği zaman içerisinde değişiyor bir kırılma-çatlama olmadan. Bazen krize giriyor, ama bir süreklilik içinde süreklilik ilkesi gidiyor. Dolayısıyla böyle zamana dayanmış ilkeler hukuk düşüncesi bakımından tartışma zeminini oluşturuyor. Bu ilkeleri sadece tanımıyla değil, işlevleriyle, geçmiş sonuçlarıyla birlikte değerlendirmek gerekiyor. Böylelikle ilke hazmedilirse, bunun hareket biçimi izlenebiliyor. İleriye yönelik gelişmesi izlenebiliyor.

Süreklilik ilkesi çeşitli kararlarda gündeme gelmiş, bir başka Anayasa Mahkemesi kararı, askerlikle ilgili:

“Kamu hizmetlerinin kesilmeden, aksamadan yürütülmesi gerekir. Askerlikle yükümlü olduğu halde bu yükümlüğün gereklerini yerine getirmemiş kimse kamu hizmetine alınır, memur (olan kişi), kısa bir süre sonra askere gitmek üzere görevinden ayrılmak zorunda kalacağından kamu hizmeti kesilmeden ve aksamadan yürütülemez olur.”

Anayasa Mahkemesi'nin 1963 tarihli bir başka kararı. Askerlik yapma şartını aramak, hizmetin gerektirdiği şartlardan birisi midir değil midir diye Anayasa Mahkemesi önüne gitmiş. Anayasa Mahkemesi bunu Anayasaya aykırı bulmazken kamu hizmetlerinde süreklilik ilkesini kullanıyor. Anayasada, kanunda bir temeli olmamasına karşın hukuk düşüncesine o kadar hakim olmuş bir ilke ki, Anayasa Mahkemesi iptal kararı verirken bu ilkeyi kullanıyor. Dolayısıyla adeta Anayasal değerde bir ilke haline gelmiş durumdadır.

UYARLAMA İLKESİ

Süreklilik ilkesinden sonra, süreklilik ilkesini tamamlayan bir başka ilkeden bahsedebiliriz. Buna farklı isimler veriyorlar; değişkenlik, uyarlama gibi. Uyarlama ilkesi kapsamını ifade ediyor. Uyarlama ilkesi, zamanın gelişmesiyle kamu hizmetlerinin farklı görülüş usullerinin gündeme gelmesiyle uyarlanabilmesine imkan veriyor. İlk olay şöyle gündeme gelmiş Fransa'da. Yanlış hatırlamıyorsam Bordeaux şehrinde Belediye kendisine verilmiş şehrin sokaklarını aydınlatma görevi için bir şirketle anlaşmış, kamu hizmeti sözleşmesi imzalanmış. O zaman elektrik yok ve doğalgaz var. Şirket ince doğalgaz borularını döşemiş, sokak lambalarını yapmış, doğalgazı açacak kapayacak düğmeleri belirlemiş, elemanlar istihdam etmiş; hava karardığı zaman doğalgazla yakıtı gelen lambaları yakacak, hava aydınlandığı zaman da kapatacak ve 99 yıllığına bu hizmet karşılığında bedel alacak belediyeden. Fakat aradan bir müddet geçtikten sonra elektrik yaygınlaşmış, daha nitelikli aydınlatıyor. Ama bir yandan da sözleşme var, ahde vefa ilkesi (pacta sunt servanda) var. Ne olacak? Siz taahhüt etmişsiniz, anlaşma yapmışsınız. İlgili yatırım yapmış. Ama anlaşma yaptık, eleman istihdam etti, zarara uğrayacak diye elektrikli aydınlatma yaygınlaşmışken, daha kaliteliyken, amacı daha iyi gerçekleştirirken diyelim ki kalan 50 sene boyunca da doğalgazla gidecek miyiz? Mahkemeye intikal ettiğinde buna çözüm olarak uyarlama ilkesi gelmiş. Tamam, sözleşmeye uyma ilkesi var ama kamu hizmetinin ihtiyaçların tatmini bakımından teknolojik gelişmelere uyarlanması gerekiyor. Kamu hizmetinin uyarlanması idare bakımından bir yükümlülük. Dolayısıyla uyarlanmayı istemek ve beklemek sözleşmeye aykırılık sayılmaz ama kişinin maruz kaldığı zararı idare tazmin eder. Bu, ahde vefadan vazgeçmek değil. Sözleşmenin konusu

bir kamu hizmeti olduğu için, kamu hizmetine de uyarlama ilkesi hakim olduğu için sözleşme konusu olan kamu hizmetinin görülme biçimi teknolojik olarak değiştiğinde, sözleşmenin de buna uyarlanması kaçınılmazdır. Dolayısıyla idarenin bunu istemeye hakkı vardır, ilgilinin de buna uymaya hakkı vardır. Ama ek mali zararlarının tazminini isteyebilir. Yapamayacak durumdaysa da sözleşme feshedilir ve yeni birisiyle yapılır. Dikkat edilirse uyarlama bir anda idarenin mızıkçılık yapması gibi gözükür ama esasında kamu hizmetini esas alan, tarafların hakları ve yükümlülüklerinden daha önemli kamu hizmetidir. Çünkü kamu hizmetinden yararlanan vardır. Yararlananın ihtiyacının giderilmesi önemlidir. Sürekliliği sağlamak için değişkenliği de sağlamak gerekir; dolayısıyla kamu hizmeti uyarlanacak. Kamu hizmetini uyarlama ilkesi sözleşmede yer almasa bile sözleşmenin konusu nedeniyle, sözleşme idari sözleşme sayılır. İdari sözleşmede de idarenin tek yanlı olarak böyle şeyleri isteme hakkı vardır. Bakın bir anda bu ilke bambaşka bir hukuk düşüncesi açıyor ve idari sözleşme denilen bir kategori ortaya çıkartıyor. İdari sözleşme denilen kategoride idare ve özel hukuk kişinin yaptığı sözleşme özel hukuk sözleşmesi hükümlerine tabi değil, bunun ayrı bir hükmü var. Sözleşmenin konusu kamu hizmeti olduğu için idari sözleşme olduğundan, bu sözleşmede idare sözleşmede yazmasa bile değişiklik isteme yetkisine sahip. Bunun da çeşitli unsurları var. Bu unsurlarından en önemlisi üçüncü kişiyi korumak, âkit tarafı korumak için tazminat

isteme hakkı. Uyarlanmanın ortaya çıkardığı ek mali yükü idarenin karşılaması. Bu süreklilik ilkesi de idari sözleşmelerde değişiklik yaptı. Onda da *fait du prince* ve *emprevizyon* denen iki nazariye var. Onlar da ortaya çıkan mali zararın bir kısmının idare tarafından üstlenilebilmesine imkan veriyor. Dolayısıyla dehşetli etkisi olan bir ilke. Yeni idare hukuku alanları çıkartıyor, yeni idare hukuku konuları çıkartıyor ve bu konuları kendi içinde geliştiriyor uyarılma ilkesi. Öyleyse süreklilik ihtiyaçların tatminini amaçladığı için, ihtiyaçların tatmini de o hizmete ilişkin teknolojik gelişmelerin uyarlanmasıyla olabileceği için tamamlayıcı bir ilke olarak uyarılma ilkesi var. Uyarlanmazsa ihtiyacı da iyi tatmin etmez. Bu özellikle sağlık hizmetleri bakımından çok önemli. Sağlık hizmetlerinde dünyada en hızlı gelişme sağlık teknolojisinde gündeme geliyor. Artık biyomedikal denen bir alanla sadece tıp mensuplarının değil, fizikçilerin, kimyacıların çalıştığı bir alan haline geliyor. Dolayısıyla sağlık alanındaki gelişmeler sürekli olarak o kamu hizmetinin görülmesi bakımından bir gündem oluşturuyor: Yeni ameliyat araçları-gereçleri, yeni teknolojik tanı yöntemleri, bilimsel bakımdan tedavi protokolleri. Dolayısıyla bunu uyarılma ilkesi hem tıp fakültesi eğitimini uyarlamayı gerektiriyor, hem hastaneleri uyarlamayı gerektiriyor, hem de bu hastanelerin bulunmadığı yerlerde teknolojik gelişmelerden yararlanacak hastaların tedavinin olacağı yerlere götürülmesi gerektiğini içeriyor.

“Uyarılma ilkesinin bir sınırının olması gerekir mi?” problemi ortaya çıkıyor. Çünkü her ilçede beyin ameliyatı yapacak standartları sağlamak mümkün değil. Her gelişmeyi aynı anda uyarlayacak imkanlar mümkün değil. Bazı hastalıkların tanısını koyabilmek için gereken laboratuvar kitleri çok pahalı. O hastalığın görülme sıklığı da diyelim ki on milyonda bir. Buna rağmen olacak mı olmayacak mı, uyarılma ilkesi nerede duracak? Buna ilişkin bir düşünce gelişmiş ve şöyle denmiş; teknolojik olarak uyarlayamasa bile hastayı tedavinin olacağı yere götürmek uyarılma ilkesinin bir gereğidir denmiş. O yüzden sağlık hizmetinden yararlananların yurtiçinde tedavisi yoksa, yurtdışına götürülmesi ve orada tedavisinin yapılması uyarılma ilkesinin bir gereği. Yani onu tedavi için, ona hizmeti götüremiyorsan, onu tedavi edilecek yere götürme hizmetini uyarılma gereği yapacaksın. Dolayısıyla uyarılma ilkesi sadece hizmetin

görülmesi değil, nitelik bakımından da hizmetin görülmesinin belirlenmesi bakımından önemli. Bunların hepsi aynı zamanda talep hakkı veriyor. İdareye talep hakkı veriyor, personeline talep hakkı veriyor, hizmetten yararlananlara talep hakkı veriyor. Anayasada bir madde var, bu uyarılma ilkesiyle bağlantılı kullanılabilir, fakat uyarılma ilkesinin sadece bir kısmıyla bağlantılı kullanılabilir. “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı”, 65. madde şöyle diyor:

“Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

“Sosyal ve ekonomik alanlarda” diyor, yani temel haklara ilişkin getirilmiş bir sınırlama değil. Kamu hizmeti temel haklara ilişkin kısımlarda da gündeme geldiği için sadece bir kısmı için bu madde kullanılabilir. Yani “mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” ve “öncelikleri gözeterek” şeklinde iki kriter getirmiş. Dolayısıyla her

faaliyet aynı şekilde gidemez, mali istikrarı sarsabilir; öyleyse faaliyetlerin önceliklerini belirleyeceksin. Bunlara yönelik de mali imkanların çerçevesinde, yeterliliği ölçüsünde yerine getireceksin diye adeta kamu hizmetinin uyarlanmasının belli hususlardaki bir sınırını getirmiş. Bundan sonrasında artık idare sorumlu tutulamaz. İdare yapacağı uyarlamayı, önceliklere göre, mali kaynaklarının yeterliliği içerisinde yapacak. Bunu aşan noktalarda uyarlamayı gerçekleştirmediğini söylemeyeceğini belirlemek bakımından böyle bir Anayasal sınır getirilmiş. Çünkü uyarlamaya uymamak, sürekliliğe uymamak, idareye karşı açılacak tam yargı davalarında tazminat istemini doğuruyor. Tazminat talebinin içeriğinin dolması bakımından nede uymuş, nede uymamış buna ilişkin belirleme yapma ihtiyacımız var.

Ben üç ilke anlatacağım ama kitaplarda farklı sayıda ilkeler var. Mesela kamu hizmetinin genel ilkeleri hakkında Turgut Tan şöyle diyor: Kamu hizmetinin genel ilkeleri denir, süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyumdur. Değişkenlik ve uyum şeklinde ortaya koymuş. Ancak yakın tarihlerde bu klasik ilkelere yenilerinin eklendiği görülmektedir. Bu cümleden olarak katılma, şeffaflık, basitlik, sorumluluk, ulaşılabilirlik ilkelerinden söz edilebilir diye ilkeleri çoğaltmış. Katılma, kamu hizmetlerinin görülmesine katılma, karar verilmesine katılma gibi gündeme gelen ilkeler. Bunlar usule ilişkin hususlar. Şeffaflık idarenin yaptıklarının aleni olması, insanların görebilmesi. Basitlik, karmaşık hukuki gerekler içermemesi, herkesin anlayabilip, katılabileceği hususlar olması. Sorumluluk ve ulaşılabilirlik de bununla ilgili. Bir başka yazar, Kemal Gözler de şöyle diyor: Kamu hizmetlerine hakim olan ilkeler, kamu hizmeti kanunları denir. Bu ilkelerden ilkinde süreklilik yerine devamlılık demiş Kemal Gözler. Devamlılık ilkesi, hizmetlerin kanunların öngördükleri dışında kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesini öngören bir ilkedir diyor. Kanunlar ancak kesintili sayabilir diyor. Değişebilirlik ilkesini bu uyarlama bakımından getirmiş, aslında adaptasyon. Buradaki problem değişebilirliği değil, uymak için değişiyor olması. Yoksa, mesela bu sözleşmelerde idare başta aklına gelmemiş bir şeyi uyarlama ilkesi gereği talep etse, mahkemenin onu iptal etmesi lazım. Çünkü burada idarenin idari sözleşmeyi değiştirebilme yetkisi kapsamında idare bunu, hizmetin uyarlanmasını gerektiren teknolojisinde ve görülüş biçimlerindeki değişikliklere uyarlanma amaçlı olarak yapabilir. Yani idare tek başına değiştiremez, uyarlama mecburiyeti nedeniyle değiştirebilir. Tarafsızlık ilkesinden de bahsediyor Kemal Gözler. Tarafsızlık ilkesi eşitliğin doğal bir sonucudur diyor. Kamu hizmetini yürüten personel kendi siyasal, sosyal, dinsel eğilimlerini dışa yansıtılmakla yükümlüdür diyor. Ben biraz sonra size eşitliği anlatacağım. Ben şurada düşüncenizi sarsmak için bunun tersi bir şeyi size söyleyeceğim, bakalım nasıl tepki

göstereceksiniz. Kamu personelinin tarafsız olması başka bir şey, tarafsız görünmesi başka bir şey. Şimdi değişti mesela, üniversite öğretim üyeleri siyasi parti kurucusu ve merkez karar yönetim kurulu üyesi olabiliyorlar. Baktığımızda tarafsızlık ilkesi çerçevesinde olmaması lazım. Nasıl oluyor bu? Siyasi partilere üye olamazlar, dinsel tercihlerini gösteremezler, herhangi bir düşünce grubuna taraf olduklarını gösteremezler şeklindeki yaklaşım eşitlik ilkesi yaklaşımı, esasında şöyle bir kafa karışıklığını gerektiriyor; kişiler tarafsız görünmek zorunda değil, tarafsız davranmak

zorunda kamu hizmetinde. Böyle olduğu için de, tıpkı grevde olduğu gibi, şöyle bir anlayış daha etkili olabilir: Bir kimsenin neye taraf olduğunu göstermesine izin vermek gerekir ki, kamusal yetkisini kullanırken o taraf olduğu duruma göre mi kullanıyor; birisinin lehinde mi aleyhinde mi kullanıyor. Dolayısıyla esasında kamusal yetkisini tarafsız kullanması gerektiği için, tarafgir davranıp davranmadığını denetleyebilmek için taraf olduğunu göstermesini özellikle teşvik etmek lazım. Toplumun büyük bir kısmı kamu görevlisi. O zaman siyasetten, hayattan, düşünce dünyasından bunların hepsini çekecek misiniz? Bunlar hiç katılmayacaklar mı toplumdaki düşünce tartışmalarına? Burada esasında tam tersine bir şey öne sürüyorum; tarafsız görünmesi değil, tarafsız davranması. Ve iddiam da şu; bir kimsenin tarafsız davranıp davranmadığını anlayabilmek, neye taraf olduğunu ortaya koymasına imkan vermekle ilgilidir. Çünkü neye taraf olduğunu gösteren objektif davranır veya kayırma yapıyorsa hemen anlaşılır.

Bir diğer ilke, laiklik ilkesi. Bu laiklik ilkesi de kamu hizmetinin evrensel ilkelerinden biri değildir. Tarafsızlıkla beraber olarak konmuş, ama mesela Fransa'yı esas olarak alıyor. Fransa'da Alsace-Lorraine bölgesinde din hizmetlerinin gereğini devlet karşılıyor. Dolayısıyla din hizmetleri olmaz demek de, olur demek de kamu hizmetinin bir gereği değil. İdare kimi durumlarda din hizmetlerini alabilir; cenaze defni dolayısıyla alabilir, kimi durumlarda belli bir çoğunluğun ihtiyacını tatmin etmek için alabilir, kimi zaman da bizim ülkemizde olduğu gibi dini kontrol etmek için alabilir. Dolayısıyla bu bir sadece kamu hizmeti ilkesi değil. Başka bir yaklaşım meselesi.

Her kamu hizmetinin kanunla veya düzenleyici işlemlerle getirilmiş bir hukuki rejimi var ama biz her bir kamu hizmetinin hukuki rejimine tek tek bakabilmek durumunda değiliz, zaten zaman içerisinde de değişir. Bunların hukuki rejimini belirleyen ilkelere yola çıktık. Bu ilkeler her kamu hizmetinin faaliyetleri sırasında belirleyici olan, etkili olan ilkeler. Dolayısıyla başka birçok şeyden bahsedebiliriz ama başka birçok şeyden bahsetmiyoruz, sadece etkili, hukuki rejimi belirleyici olanlardan bahsediyoruz. Bu belirleyicilikten kastettiğimiz, bunlar öylesine belirleyici ki, o kamu hizmetinin hukuki rejimi oluşturulurken, ya bunlar çerçevesinde düzenleme yapılıyor veya bunlara aykırı bir şeye gereklilik hissediliyor ise kanunla, istisnai husus düzenlemeye konu oluyor. Dolayısıyla buradaki bütün veriler kamu hizmeti ilkelerini destekliyor. Bu ilkeler 1900'lü yıllardan beri denetimden geçmiş, zamanın sınavından geçmiş, yargı kararlarında kullanılmış, iptal veya iptal talebinin reddi gerekçesi olarak kullanılmış olduğu için şimdi hukuki rejimin ana ilkeleri olarak alıyoruz. Dolayısıyla sadece süreklilik dediğimizde bir kelimeyle açıklanabilecek, bir cümleyle kapsamı anlaşılacak bir şey değil, hareketli, işlevi olan, sürekli bir yere giren, bir şekilde hem girdiği yeri dönüştürüyor, hem kendisi dönüşüyor. Giriyor, sözleşmeyi değiştiriyor, idari sözleşme yapıyor. Kişilerin grev hakkı meselesine giriyor, farklı görüşler arasında kendisi de dönüşerek bir noktada gerekçe

oluşturuyor. Sürekli olarak idare hukuku konularında gündeme gelen ve karşılıklı beslenmeyle gelişen ve zamana karşı koyabilen ilkeler. Zamana karşı

koymayan, evrensel niteliği olmayan, hukuki rejimi belirleyen hususları ilke diye yazıp öğrenmek esasında zihnimize bir yük oluşturur. Önemli olan o sınamadan geçmiş ilkeleri bulmak. Bunlardan birisi eşitlik. Kitaplarda yazan bazı ilkelerin de bu eşitlik ilkesi içinde bir alt başlık olduğu şeklinde açıklama yapacağım.

EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik adı üstünde kamu hizmetlerinin görülmesinde de gündeme gelen bir ilke. Fransız devriminden kaynaklanan bir mücadele kapsamı var. Eşitliğin, kanun önünde herkesin eşit olduğuna dair Anayasal temeli var. Kamu hizmeti ilkeleri olarak da bir eşitlik ilkesi var. Ama bu eşitlik, klasik eşitlik ilkesinin Anayasal boyuttaki görünümünden farklı işlevleri var. Öncelikle kamu hizmetinden yararlananlar bakımından ele alalım. Kamu hizmetinden yararlananların eşit olmasına ilişkin bir boyutu var. Eşit olması ne demek? Yani herkes o kamu hizmetinden yararlanacak. Kamu hizmetinden yararlananlardaki eşitliğin bir işlevi var. Bunun problemleri noktalarına girersek, mesela, her genç üniversite eğitimi alamıyor, her genç istediği fakültede eğitim alamıyor. Bu, kamu hizmeti bakımından eşitliğe uygun mu, aykırı mı tartışılabilir. Orada eşitleştirici yaklaşım nasıl? Bir genel ve ortak sınava alınıyor, bu sınavda alınan puanlara göre yerleştiriliyor. Ama burada eşitlik ilkesini eğitim açısından bir adım daha götürürsek çok esasında deşilebilecek noktaları var. Bu sınava girenler arasında fırsat eşitliği yoksa, o sınava hazırlanma bakımından eşitlik yoksa, bu sınav esasında eşitleştirici mi diye değerlendirilebilir. Ama eşitlik diye bir kriterimiz var ve eşitliğe aykırı bir uygulama olması bunun iptalini veya tazminatı gerektirir. Neyin eşitliğe uygun-aykırı olduğuna bakmak gerekir.

Genel kabul edilen şudur, hizmet gereklerinin ortaya koyduğu farklılıklar yapılabilir ama kimseye imtiyaz sağlanamaz. Bunun da bir sürü problemi var. Mesela Fransız hükümetiyle yapılan uluslararası anlaşma gereği Galatasaray Üniversitesi kuruldu. GSÜ'nün kontenjanının yarısı genel sınavdan gelenler arasından alınıyor, yarısı da Fransız liselerinden ve Galatasaray lisesinde okuyanlar arasındaki sınavdan alınıyor. Bu eşitliğe aykırı mı değil mi? Fransız liselerinde okuyanlara bir imtiyaz sağlanmış oluyor mu olmuyor mu? Bu farklılık eşitlikle açıklanabilecek bir farklılık mı? Hukuk sistemi bakımından tartışılabilir. Eşitlik kamu hizmetinden yararlananlar bakımından önemli bir problem. Kamu hizmetini sunanlar bakımından da eşitlik önemli. Nitekim Anayasanın 70. maddesi bunu güvence altına alıyor.

"Kamu hizmetlerine girme hakkı her Türk vatandaşına tanınmıştır." diye birinci cümlesinde eşitliği gündeme alıyor. Farklılık oluşturabilecek kısmı da maddenin ikinci cümlesiyle güvence altına alıyor; *"Hizmetin gerektirdiği nitelikler dışında nitelik aranmaz"* diyerek, özel şartlar konulup da bazı kimselere imtiyaz getirilmesine engel olunmaya çalışılıyor. Dolayısıyla herkesin yararlanması bakımından eşitliğin olması gerekiyor. Bu noktada eşitliğin gereklerinden birisi tarafsızlıktır diyebiliriz. Ama buradaki tarafsızlığı, eşitliği almakla neyi sağlamış oluyoruz? Memurlar kendi görüşlerine göre siyasi parti üyeliklerini vs. yapabilseler bu esasında tarafsızlığa aykırı olur, hizmetleri aksatır, baskı oluşturur dendi. Ama işte öğretim üyeleri için bu imkan

var, niye diğer memurlar için olmasın? Burada tek eşitlik ilkesinde alınır sa tarafsızlık, hizmetten yararlananlara karşı tarafsız davranmak önemli. **Tarafsızlık**, hizmetten yararlananlara eşit davranmayı sağlamak için. Kayırma veya lehte çalışmaya engel olmak için. Bunun için de taraflı davranıp davranmadığını anlamaya gerek var. Taraflı davranıp davranmamak da kolay anlaşılacak bir şey değil. Anlaşılmayı kolaylaştıracak bir yöntem de, kişinin neye tarafsızla çekinmeden, legal bir biçimde taraf olduğu şeyi ortaya koyabilmesini sağlamak. Bu, taraflı davranmasına cevaz vermek değil. Taraflı davranmasın diye tarafını gösterebilmesine imkan vermek. Ama genel kabul böyle değil. Yavaş yavaş bu yöne gidecek. Nasıl kamu öğretim üyelerinden başladı; öğretim üyeleri için önemli değil mi tarafsız davranmak? Bir parti kurucusu, yöneticisi öğretim üyesi öğrenciler bakımından, dersi vermesi bakımından bir problem olur mu? Anlatmasında kendi partisinin propagandasını yapmıyorsa, olması gereken şeyleri anlatıyorsa, farklı fikirler ortaya koyuyorsa, hangi partiye üye olursa olsun. Tam tersine bir görüş biçimini çok yoğun olarak anlatıp, adeta ibram ederek, adeta tek doğru budur, başka şey yazarsanız düşük not alırsınız gibi bir tavır içerisinde taraflı olduğu çok net bir şekilde ortaya çıkar. Dolayısıyla eşitlik ilkesi içinde önem taşıyor tarafsızlık, eşitlik ilkesinin bir gereği. Eşitliğin de esas varlık sebebi kamu hizmetlerinden yararlananların eşitliğini sağlamak. Çünkü kamu hizmeti idarenin gerekirse para almadan bir ihtiyacı gidermek için kamu yararına yaptığı faaliyetler. Zaten bu özelliği nedeniyle herkesi ilgilendiriyor. Herkesi ilgilendiren bir faaliyetin eşitlik içinde kullanılması, sunulması, kimseye imtiyaz sağlanmaması önemli. Eşitlik ilkesinin bir diğer gerekçesi de, mesela **laikliği** de eşitliğin içinde ele alabiliriz. Kimseye dini, vicdani kanaati nedeniyle farklı muamele yapılmaması eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Dolayısıyla o da eşitlik ilkesi içindedir.

Esas kritik nokta **meccanilik ilkesi**. Kamu hizmetinin kuruluşundaki en büyük önem meccanilik ilkesine verilmiş. Meccanilik, bedelsizlik demek. Karşılık alınmaması. Böyle kelimeler eskidiği için bazen diğer kelimeler tam anlamı vermiyor. Meccaniliği tam olarak bedelsizlik de karşılamıyor.

Kamu hizmetlerinde para alınmaması esasmış. Çünkü, madem ki ortak ve genel bir ihtiyaç, mali imkanları yeterli olmayan da o ihtiyacı karşılamak için verilen hizmetten yararlanması lazım. Dolayısıyla kamu hizmetinin parasız olması gerekir şeklinde bakılmış ve meccanilik ilkesi uzun süre devam etmiş. Zaten devlet vergileri kamu hizmetlerini sunmak için alıyor. Dolayısıyla kişilerden aldığı parayla finanse ettiği faaliyetleri yeniden kişilere parayla satıp bir tüccar gibi kar etmesi beklenemez. Varlık sebebi zaten bu hizmetleri sunması. Bu hizmetleri sunarken de toplum için önem kazandığını düşündüğü faaliyetleri kamu hizmeti haline getirdiği için, bunlar karşılığında bir para almaması gerekir diye bakılmış. Fakat sonra hayat bu şekilde cereyan etmemiş. Önce iktisadi hayat bunlardan bir karşılık alınmasını başlatmış. Arkasından koşan idare hukukçuları da, "tamam para alınıyor ama biz yine meccanilik ilkesinin taraftarıyız" demeye başlamışlar. Sonra bakmışlar yakalayamayacaklar, bu sefer para alınmasının meccanilik ilkesine niçin aykırı olmadığını açıklamaya

girişmişler. İstismara engel olmak için para alıyoruz. Fiyat almıyoruz, maliyet+kar almıyoruz. Yani gerekli gereksiz kullanılmasın diye. Hatta bazen eşitliği sağlamak için para alıyoruz bile denilmiş. Mesela boğaz köprüsünden bazıları her gün iki kere geçiyor. Ama boğaz köprüsünün yapımı için vergisi kullanılan bazıları ayda yılda bir kere geçiyor. Dolayısıyla her gün geçenle ayda yılda bir kere geçen arasında eşitliği sağlamak için, her gün geçenden bir para almak lazım. Bu esasında "Eşitliği sağlıyorum, istismara engel oluyorum. Bunun karşılığında aldığım bedel hiçbir zaman fiyat değil. Kar etmek

için almıyorum" gerekçesi. Sonra bakmışlar ki idare cayır cayır da kar ediyor. Mesela boğaz köprüsünün parasını birkaç yılda çıkardıktan sonra şimdi darphane gibi boğaz köprüsü para basıyor. Değil millet para vermemeyi söylemek, yeter ki geçebilsin diye boğaz köprüsünü günün her saatinde yoğunluğunda kullanıyor. Sadece bayramlarda bedava oluyor. Bedava olduğu zaman da devlet şu kadar para kaybetti diye hesap yapıyor. Nasıl açıklanacak bu? İdare hukukçuları buna şöyle diyor; bir para kazanılıyor ama bu kar değil, bu benzer yatırımları yapmak için alınan bir bedel. Dolayısıyla bu maliyet+kar usulüne göre alınan bir şey değil, benzer yatırımlar için bir tür finansman ve zaten eşitliği sağlayıcı bir şey. Bunun Jules Verne'in keşfettiği komik bir istisnası var. Jules Verne'in bir romanında, boğazdaki kayıkçıya kızmış ve kayık parası vermemek için Balkanlar, Rusya, Kafkasya, Karadeniz üzerinden dolaşarak karşıya geçmiş. Açıklamalardan bir tanesi de bu. Paralı bir şey yapıyorsak, parasız alternatifini koyuyoruz. Yani İstanbul-Ankara otoyolu var paralı ama İstanbul-Ankara arasında parasız alternatifini de var. Dolayısıyla bu kamu hizmetinin daha nitelikli sunulması karşılığında alınan bir para meccaniliğe aykırı değildir denmiş. Şimdi ama gerçek olan bir şey var. Meccanilik başta olsa bile şimdi yok. Ama yok diye tamamen ortadan kaldırıp etkisizleştirecek, istenilen bedelin alınmasına imkan verecek bir hukuki rejim de doğru değil. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin altına çekilmiş. Eşitlik ilkesinin altında nasıl bir faaliyet gösteriyor? Diyor ki; en düşük gelirli kimsenin yararlanmasına engel olabilecek bir bedel konulamaz. En düşük gelirlinin yararlanma sıklığı dikkate alındığında yararlanmasına engel olacak bir fiyat konulamaz. Yani insanca yaşayabilmek için belli bir suya ihtiyaç var. Bu su, ilk kademedede oldukça düşük bir fiyatla verilecek. En düşük gelirli kimsenin bile ödeyebileceği bir su fiyatı olacak. Ama belli bir miktarın üstü kullanımında kademe kademe artacak. Dolayısıyla istismara da engel olabilecek. Hatta deniliyor ki, en düşük gelirli kimsenin mali imkanı çerçevesinde yararlanamayacağı durumda bir hizmet olur ise, bunu idarenin başka sosyal yardımlarla karşılayabilecek imkanı getirmesi lazım. Misalen genel sigortayı, sosyal yardımı getirmesi lazım. Kişilerin kamu hizmetlerinden sırf karşılığı nedeniyle yararlanamaz duruma düşmemesini sağlamak lazım. Düşerse eşitlik ilkesine aykırı olur. Dolayısıyla meccanilik esasında eşitlik koruması altında. Eşitliğe aykırı olmayacak şekilde hizmetten yararlanmaya engel olmayacak şekilde bir bedel tespiti mümkün olabilir. Bu açıdan eşitlik ilkesi gündeme gelmiş. Dolayısıyla eşitlik ilkesini birçok açıdan değerlendirmek lazım. Eşitlik ilkesi çerçevesinde çeşitli düzenlemeleri yapmak zorunda. Mesela bizde de şimdi engelliler için yapıldı ama özellikle batıda engelliler için bütün otobüslere konulan sistem var. Otobüs, engellilerin binebilmesi için şoförün bir düğmeye basmasıyla yana yatıyor, platform aşağı düz bir biçimde

iniyor, ondan sonra kapanıyor. Bunun için bekleme dakikalarını dikkate almışlar. Bizde mesela engelliler için ayrı taşıma sistemiyle bu giderilmeye çalışılıyor. Ama bu bile eşitlik bakımından tartışılabilir. Yani insanlara farklı hizmetler sunmak hayata, topluma katılmalarını engellemek de eşitlik ilkesi çerçevesinde tartışılabilir. Ayrı bir otobüs değil de aynı otobüs içinde bütün otobüslerin buna uygun olup olmaması gerekliliği, kamu hizmetinin eşitlik ilkesi çerçevesinde düşünülebilir. Dolayısıyla bu kavramlar üzerinde alışılmadık taleplerin de formüle edilebileceği bir esneklikler, hareket içindeler ve bunu karşılayabilecek kapsamları var. Yoğun bir tecrübe birikimleri var, yoğun bir yargı kararı birikimleri var. Dolayısıyla bunlar üzerinde düşünülmeyi bekliyor, istiyor. Ve bunlar üzerinde düşünüldükçe, bunlar üzerinde yazılıp çizildikçe idare hayatının standartları değişiyor. Sunduğu hizmetlerin nitelikleri değişiyor. Eskiden çok lüks gözükene, gereksiz

gözükene faaliyetlerin yapılması artık idarenin bir mecburiyeti haline geliyor, bir lütuf olmaktan çıkıyor, bir görev haline geliyor.

Asker kararına bakalım; birisi dava açmış. Kabinde kullandığı telefon ücreti dört liraymış o zaman. Askeri birliklerdeki telefonlar ise iki buçuk liraymış, bu eşitliğe aykırı diyor. Burada uyuşmazlık şöyle, kontrollü telefonların bulunduğu yer bakımından fiyat farkı var. Davacı da diyor ki, ben asker değilim, dışardan telefon açarken dört lira ödüyorum, halbuki tesislerde iki bin beş yüz lira diyor. Davacı kontrollü gişe telefonundan yaptığı görüşme sırasında kendisinden ankesörlü telefonlara uygulanan ücretten daha fazla ücret alındığı, bunun yasal dayanağının bulunmadığı, askeri birliklerdeki kontrollü gişe telefonlarına farklı ücret uygulanmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla, farklı ücret alınmasına ilişkin işlem ve dayanağının iptaline dair dava açıyor. Siz ne dersiniz? *(Sınıftan verilen cevaplar üzerine)* Sonuç olarak eşitliğe aykırıdır diyen de oldu, aykırı değildir diyen de oldu. Gerekçe olarak kullanılan; "asker yoksuldu". Karşı gerekçe de "dışarıda daha yoksul kimseler de var". Bir diğer gerekçe de

"alternatifi yok, diğer telefonları kullanma imkanı olmadığından sadece ankesörlü telefonları kullanabilir". Şimdi diğerlerinden daha hukuki bir gerekçe bu. Çünkü fakir olup olmama kriterini alsanız, gerçekten askerde de mali geliri iyi olan kimse olabilir, dışarda da daha mali geliri az olan kimse olabilir. Dolayısıyla bunu mali geliriyle açıklamak bunu ne lehinde ne aleyhinde tam olarak desteklemez. Ama askerde başka telefon kullanma imkanının olmaması gerekçesi hukuki bir gerekçe. Cep telefonu kullanma imkanı yok, şimdi sınırlı olarak verildi galiba. Dolayısıyla tek alternatif bu, dışardakilerin başka alternatifi var. Şimdi size önce bir yaklaşım biçimini değerlendirmenize sunayım; bir şeyi değerlendirirken kendi dünya bakış açımıza göre gerekçelendirmeye girer isek hukuki olmaktan uzaklaşır, kabul edilebilir olmaktan çıkabiliriz. Şöyle yapmak lazım; bu eşitlik ilkesiyle ilgili tartışılan bir husustur. Eşitlik ilkesi farklı statüdekilere farklı uygulamayı mümkün kılar. Burada önemli olan farklı statü saymayı gerektirecek unsurlar taşıyıp taşımadığı askeri birliklerin. Bundan sonra da kendi gerekçenizi sunacaksınız. Burada bir hukuki değerlendirmeyi önce bir hukuki zemine oturtuyoruz, sonra o hukuki zemin içinde tartışıyoruz. Burada önemli olan şu, farklılık getirilemez değil, getirilebilir. Ama bu farklılığı haklı kılan unsurlar var mı?

Çoğunlukla verdiğiniz cevaplar teknik cevaplar değil, yani "bana göre" diye başlıyorsunuz. Burada verilecek cevabı mümkün olduğu kadar hukuki zemine oturtmak ihtiyacı var. Mahkeme de her zaman hukuki zemine oturabiliyor değil ama şöyle karar vermiş:

"Davalı idare yaptığı iş ve yürüttüğü hizmetlerin karşılığı olarak alınacak ücretleri karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda belirlemekte serbesttir. Ancak idarenin konuya ilişkin her türlü işleminin kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak hukuka uygunluğunun denetleneceği açıktır.

Davalı idarenin hukuki statüsüne ve aktarılan düzenlemelere göre, kontrollü gişe telefonları önünde oluşan izdihamın önlenmesi, kullanıcıların kartlı ve jetonlu telefonlara yönlendirilmesi amacıyla kontrollü gişe telefonlarından farklı ücret alınmasına ilişkin düzenleme yapılmasında kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık görülmemiştir."

Öncelikle kontrollüyle diğerleri arasında bir fark oluşturmasının mümkün olduğuna getiriyor, burada bir teşvik sonucu vardır diyor. Askeri birliklerdeki meselede ise:

"Askeri birliklerde yasa önünde eşitlik ancak nitelikleri benzer ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir. Kimi vatandaşların başka bir kurala bağlı tutulması haklı

bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda yasa önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez. Başka bir deyişle eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusu olabilir. Bu nedenle Anayasa'da her Türkün hakkı ve ödevi olduğu belirtilen askerlik hizmetini ifa edenlerin yararlandığı askeri birliklerdeki kontör ücretlerinin farklı belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırılığından da söz edilemez."

diyor. Yine çok etraflı bir hukuki gerekçe olduğundan bahsedilemez ama dikkat ederseniz bir hukuki gerekçe var.

Diğer bir kararda lise mezunlarının alınacağı bir sınava üniversite mezunu girmiş. Üniversite mezunu girip kazanmış, sözleşme imzalamış, lise mezunu değil üniversite mezunu olduğu anlaşılınca sözleşmesine son verilmiş. Bunun eşitliğe aykırı olmadığı düşünüldüğünde lise mezunlarına hayat hakkı tanınmaz diye düşünüyorum. Bir sürü hiçbir şey öğrenmemiş üniversite mezunu var ön kapıdan girip arka kapıdan çıkan. Lise mezunlarına ayrılan bir işe üniversite mezunları başvurursa, lise mezunlarının iş alanı kapanmış olur. Dolayısıyla burada lise mezunu aranmasının sebebi, asgari yeterlilikten ziyade lise mezunlarına bir istihdam sağlamak diye bakıldığında eşitliğe aykırı demek gerekir. Neden eşitliğe aykırı? Üniversite mezunu haydi haydi o niteliği içeriyor ama üniversite mezunlarına başka alanlar var, başka alanlarda yarışması lazım. Burada aynı düzeyde olmayan birisiyle yarışmak eşitliği bozan bir şey. Sen lise mezunu ile üniversite mezununu aynı yarışa koyarsan tavşanla kaplumbağa hikayesi gibi olur, kaplumbağanın kazanma ihtimalini azaltır. Kaplumbağanın da yaşaması lazım, ona da kamu hizmetlerine girme imkanı vermek lazım. Bu alanda farklı fikirler olabilir, hiç kuşku yok. Yargının da farklı fikirleri var. Yargının aynı konuda iki farklı kararı var, üniversite mezunları da haydi haydi

girebilir, eşitliğe aykırılık yoktur dediği kararları da var. Ama özellikle adalet meslek yüksekokulu mezunları ile hukuk mezunları arasında böyle problemler var. Bazı hukuk fakültesi mezunları da icra memuru, icra müdürü olmak istiyorum diyor. Ama adalet meslek yüksekokulu mezunları ile olan eşitliği bozduğu için adalet meslek yüksekokulu mezunlarının gireceği alana hukuk fakültesi mezunlarının girmesini hukuka aykırı gördüğü kararlar da var.

KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLÜŞ USULLERİ

Kamu hizmetinin yürütülmesi, hizmetten yararlananlar, hizmeti görenler ve hizmetten etkilenenler bakımından bir hukuki rejim ve bir belirginlik gerektirmektedir. Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi bir problem oluşturabilir ama bu problemin uyuşmazlık doğuran ucu, kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında ortaya çıkmaktadır. Çünkü bir faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesi ayrı bir hukuki rejime tabidir. Dolayısıyla bundan kaynaklan bazı sorunlar vardır.

Mesela bu sorunlardan ilk planda giderilen, “rekabet” problemi oldu. AB’nin de etkisiyle kamu hizmetinin yürütülmesinde özellikle “meccanilik” ilkesi bir dönüşüm geçirmektedir. İdarenin kar amacı gütmemesi, aynı alanda çalışan ve kar amacı güden ticari şirketlerle birlikte bir rekabet bozukluğu oluşturduğu düşünülmektedir. Bu yüzden meccanilik ilkesinin rekabet bozukluğu oluşturacak bir hukuki rejimden çıkarılması adeta gelişmelerin ana hedefi oldu ve bir müddet sonra rekabeti sağlayıcı değişik unsurlarla birlikte kamu hizmetinin rejimi de dönüşmeye başladı. Üstelik eklenerek, farklı bir biçimde dönüştü.

Bu dönüşüm, birbirinden farklı birçok gündem oluşturuyor. Hizmetten yararlananlar bakımından kamu hizmetinin bu dönüşümü, onun ticarileşmesi anlamına geldiği için meccanilik ilkesinin ortadan kalkmasına yol açtığı için, adeta bir ticari faaliyet gibi her faaliyet idare tarafından görülmeye başladığı için, ayrı bir problem ortaya çıkarttı.

Kamu hizmetinin görülüş biçiminde yeni özellikler ortaya çıktıkça memur rejiminde de değişiklikler oldu. Nitekim artık kamu personeli yerine sözleşme ile işçi statüsünde alınan kimseler çoğaldı. Mesela eskiden tamamen kamu personelinin olduğu ticaret ve sanayi odalarında şimdi kanununda çalışanların hizmet sözleşmesine tabi olduğu yazıyor. Ayrıca idare değişmeye başladı. İdare özel hukuk kişileri şeklinde kurulmaya başladı. Ve farklı farklı görünüşler ortaya çıktı. Dolayısıyla bu alanın üzerinde düşünüldüğü takdirde bu alanın zincirleme etkileri olan birçok başlık vardır. İlk halkadaki etkiyi tespit etmek kolay ama üçüncü dördüncü halkalardaki etkileri tespit etmek için üzerinde özel olarak durmayı gerektiren hususlar vardır.

Emanet Usulü

İdarenin kendi araç gereç ve personeli ile kamu hizmetini görmesidir. Diğeri ise kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesidir. İdarenin kamu hizmetini kendisinin görmesi ve özel kişilere gördürmesi şeklinde ikiye ayrılır. Bunların ikisi birbirinden

tamamen farklı hukuki rejime tabiidirler. İdarenin kamu hizmetini kendisinin görmesinin teknik bir ismi vardır. Buna **emanet usulü** denir.

Özel kişilerin görmesinin ise giderek artan sayıda alt hukuki rejimleri vardır. Klasikleşmiş olanları var ayrıca sürekli yeni yeni ortaya çıkanları var. Dolayısıyla öncelikle bu ana başlık üzerinden gitmek gerekir. Daha sonra ise ayrıntılara girmek gerekir. Nitekim bu ayrıntılara girildiği zaman bazen içinden çıkılamayacak derecede kendi içinde derinliği olan konular belirmektedir. O yüzden bütünü görmek önemlidir. Bütüne baktığınız zaman kamu hizmetinin görülmesinde iki çeşit yaklaşım vardır. Birincisi idarenin kendisinin kamu hizmetini görmesidir. İkincisi ise kendi iç denetimi altında özel kişiye kamu hizmetini gördürmesidir.

Kendi iç denetimi altında gördürmesidir. Bu faaliyeti sadece yasalara uyuyor mu? Güvenlik kurallarına uyuyor mu? diye denetlemek değil. Hizmetin sahibi olarak idarenin faaliyete yön vermesi anlamına gelir. Yani bu denetim faaliyetten alınacak karşılığı belirlemek, faaliyetin yapılacak biçimini belirlemek, faaliyetin standartlarını belirlemek gibi iç denetim denilen bir işleve sahiptir. Bu öyle bir kontrol ki, faaliyeti idare adına yapan kimseye tamamen yön vermek anlamına gelen bir kontroldür. Sadece faaliyetin emniyet kurallarına uyup uymadığı değil, emniyet kurallarına uyup uymadığını denetleyen zaten kolluk denilen idari faaliyetlerin başka bir boyutu vardır. İdare özel kişilerin yaptığı diğer faaliyetleri de denetlemektedir. Örneğin özel kişiler sağlığa aykırı mal satıyor mu diye ticarethaneleri denetlemektedir. Ya da trafikte seyreden araçların kurallara uyup uymadığı şeklinde onları da denetlemektedir. Bu denetim dış denetimdir. Bir faaliyetin topluma yansıyan yönünün denetimidir. Hâlbuki burada içten denetimle, faaliyetin sahibi olmak sıfatıyla, faaliyetin esas yükümlüsü olmak sıfatıyla, faaliyeti başkasına yaptırırken denetlemesi ve kendi gözetimi altına alması söz konusudur. Bu günlerde (belki son yirmi senedir, belki önümüzdeki on sene daha ömrü olur mu bilinmez) bu alan çok gündemde ve gelişmektedir. Sürekli kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi konusunda yenilikler ortaya çıkmaktadır. Bu gelişime bazı alanlarda önce doktriner olarak başladı.

Doktriner olarak başladığında idare özel kişilere versin kendisi denetlesin, sadece belli işlere baksın şeklinde bir bakış vardı. Şimdi ise adeta idare artık her şeyi özel kişilere gördürsün, her şeyi kontrol etsine gelen bir nokta vardır. Dolayısıyla kamu hizmetini özel kişiler yoluyla gördürme su anda revaçtadır. Ayrıca buna ilişkin yeni yeni usuller ortaya çıkıyor. Finansman modelleri ortaya çıkıyor. Hukuki rejimler ortaya çıkıyor. Yeni gelişen görülüş usullerine ilişkin kanunlar yapılıyor. Yeni yaklaşımlar ortaya çıkıyor. Bu yaklaşımlar yeni terimlerle karşılanıyor. Buna ilişkin yeni hukuki rejimler oluşuyor. Altında öbek öbek çok derinliği olan, teferruatı olan hukuki rejimler ortaya çıktı.

Kamu hizmeti görülüş usullerinin temel kırılma noktası; idarenin kendisine verilen görevi, kendisine görev olarak verilen bir kamu hizmetini en klasik şekilde esasında kendisi görmesi hususunda başlamaktadır. Çünkü idare zaten bu kamu hizmetini kurmak için vardır. Yani TEK (Türkiye Elektrik Kurumu) kuruluyorsa adı üzerinde elektrik üretimi dağıtımı ile ilgili bir iş yapmak için kuruluyordur. Dolayısıyla bu kurumun personel alımı da, yöneticileri de, bütün araç gereci de esasında elektrik

üretmek iletmek ve dağıtmak için vardır. Zaten idarenin varlık sebebi budur. Zaten içindeki personelin istihdam sebebi budur. Zaten kişilerin uzmanlığı budur. Dolayısıyla elektrik üretimini de iletmesini de dağıtmasını da idarenin kendisinin yapması beklenir.

Karayolları Genel Müdürlüğü kuruluyor ise buradaki geçici işçiler, mühendisler, karar mercileri, bölge müdürlükleri karayolları yapmak için vardır. Karayollarının nasıl yapılacağı, eğimin nasıl verileceği, yoldaki hıza yönelik olarak kazaları engel olacak tedbirlerin alınması, çizgiler vb. bunların her birisi zaten uzmanlık gerektiren işlerdir. Zaten Karayolları Genel Müdürlüğü'nün varlık sebebi budur.

Bazen de bir kamu hizmeti kurulduğunda, kamu hizmeti olmasının nedeni olarak orada kurulmuş bir teşkilata görev olarak veriliyor. Mesela belediyeye kanalizasyonu yapmak da görev olarak veriliyor. Park ve bahçeler yapmak da veriliyor. Belediye zaten var ona kanunla bir görev veriliyor.

Kamu hizmeti ya var olan bir tüzel kişiye görev olarak veriliyor. Ya da sadece bu faaliyeti yapmak için bir tüzel kişilik kuruluyor. Kanunla bir üniversite kurulması; zaten üniversitenin kamu hizmeti olarak kurulması personeliyle, binalarıyla, bütçesiyle, her şeyi ile bizzat eğitim hizmeti yapmak için kurulması demektir. Dolayısıyla ilk plandaki beklenti, işin mantığı, bir kamu hizmetinin kurulması ve idarenin kendi araç gereç ve personeli ile bunu görmesidir.

Bu usule verilen isim “**Emanet**” usulüdür. Dikkat ederseniz özel kişilerin kamu hizmeti görülüş usulüne verilen isim değil, esasında özel kişilerin görülüş usulüne verilen isim “emanet” olsa daha mantıklı olur gibi gözüküyor. Bu “emanet” usulü idarenin kendi araç gereç ve personeli ile kamu hizmetlerini görmesine verilen isimdir. Sonuçta emanet dediğimiz usul idarenin kendisine görev olarak verilen kamu hizmetini kendi araç gereç ve personeli ile yürütmesidir. Bu gayet basit bir tanım olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat zaman içinde problemler ortaya çıktı. Emanet usulünün acaba dedirten alt unsurları, varyantları ortaya çıktı. Mesela İstanbul Üniversitesi bahçesinin ve üniversite içindeki yolların asfaltlama ve ağaç bakımını İstanbul Büyükşehir Belediyesi yapıyor. Şehzadebaşı Camii'nin de dışına asılan yazıda; “Bu caminin bakım ve temizliği Büyükşehir Belediyesi tarafından yapılmaktadır” diye yazıyor. Baktığınızda diyanet işlerine verilen bir görev ve işi, büyükşehir belediyesi yapmaktadır. Yani faaliyet kendisine görev verilen idarece değil de bir başka idare tarafından yapılıyor. Burada da acaba

kamu hizmetinin görülüş usulüne “emanet” demeli miyiz? İdare bir başka idareden destek alarak, anlaşma yaparak, belki bir bedel ödeyerek işin bir kısmını ona yaptırdığında hangi usul gündeme gelecek? Bu bir tereddüt doğurmuştur. “Emanet” usulü acaba kanunda kendisine görev olarak verilen kamu tüzel kişisinin yapması mı? Yoksa bir başka kamu tüzel kişisinin de yapması emanet sayılır mı?

Bir başka sorunu gündeme getirelim: İdarenin Kılık Değiştirmesi

Bazen de idare kamu hizmetini görmek için kılık değiştiriyor. İdare özel kişi gibi görünüyor. Mesela sosyal yardımların yapılmasını sağlayan idare örgütlenmesi

kanunla ve yönetmelikle yani FAKFUKFON dediklerimiz (sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları) birer vakıf gibi ortaya çıktı. Tıpkı vakıf gibi asliye hukuk mahkemesine vakıf siciline tescil ediliyorlar. Tıpkı bir vakıf gibi kuruluyor, vakıf gibi çalışıyor. Vakıf çalışanlarının istihdam ettikleri kimseler memur değildir. Ama bu vakfın giderleri bütçeden aktarılıyor. Bu vakfın mütevelli heyeti başkanı kanunla, yönetmelikle belirlenmiş o yerin kaymakamı, müftüsü, mal müdürü gibi kimselerden oluşuyor. Baktığımızda idare, ama kendisi idare gibi gözüküyor. Vakıf gibi gözüküyor. Sanki yardıma muhtaç olan kimselere yardım etmek için kurulmuş her hangi bir vakıf gibi sosyal yardım alanına o kılıkla çıkmıştır. Bir idare olarak çıkmıyor. Bir kaymakamlık olarak yapmıyor. Vali, kaymakam işin başında ama baktığımızda kararı vakıf mütevelli heyeti olarak veriyor.

İdarenin bu şekilde ortaya çıkmasının sebebi, idari usullerin ağırlığının bazı faaliyetleri yerine getirirken uygun olmamasıdır. Mesela yardıma muhtaç olan kimseye yardım yaparken, yardımın cinsini belirlerken, bunun idari usullere belgelenmesi her zaman mümkün değildir. Örneğin yolda kalmış kimseye bilet alıyorsanız bileti esasında bir evrak olarak oraya koyabilirsiniz. Kömür alıyorsanız koyabilirsiniz. Ama borcunu ödeyecek bir kimseye borcunu ödeyebilmesi için para veriyorsanız, bunu nasıl belgeye bağlayacaksınız. Bunu kaymakamlık usullerine göre yaptığımızda daha sonra denetimlerde problemler ortaya çıkıyor. Dolayısıyla bu yardımlar vakıf usulüne göre olsun, gerekirse vakıflar genel müdürlüğü bunları denetlesin ama burada idare vakıf gibi davranmazsa bu alanın gerektirdiği faaliyete uygun bir faaliyet göstermiş olmaz. Dolayısıyla idare yine kendisi faaliyeti yapıyor ama baktığımızda kendisi gibi gözüküyor. Bir özel hukuk kişisi gibi gözüküyor.

Bunun çokça tartışılan bir başka örneği, idare ekonomik alana girerken kılık değiştirmesi ile görünüyor. Mesela THY uzun zamandır tartışılıyor. THY'yi Sayıştay'a denetleyebilir mi? THY ben özel kişiyim diyor. Her ne kadar kuruluşu idarenin insiyatifiyle ve parasıyla olsa da, her ne kadar uçuş hakları bakımından eskiden kalma idarenin sağladığı imkânlar varsa da bir anonim şirkettir. Normal ticaret hukuk kurallarına tabidir. İdare, bu alanda idare olarak, bir tüzel kişilik olarak, kamu hukuku usullerine göre çıktığında "faaliyet göstermezmiş" kanaati olduğu için şirketler kurmaktadır. Hatta o kadar şirket kuruyor ki, belediyeler birçok işlerini şirketlere yaptırmaktadır. İBB'nin şirketlerine verilen ilginç bir kısaltma isim vardır. Bu kısaltma aynı zamanda bir şeyler ifade ediyor. BİT yani belediye iktisadi teşebbüsleri adı veriliyor. Belediye asfaltı bu şirketlere veriyor. Kültür ve sanat işlerini, birçok yapacağı işi bu anonim şirketlerine yaptırıyor. Baktığımızda bu şirketlerin bütün sermayesi belediyeye aittir. Karar mercileri bakımından belediyenin personelinin karar mercilerinde olduğunu görüyorsunuz. Ama diğer taraftan bir anonim şirket var. Yani idare kılık değiştirmiştir. Bir kamu tüzel kişisi gibi değildir.

Hukuki rejimi değiştirerek o işi görüyor. Dolayısıyla bu durumda da idare kamu hizmetini kendisi görüyor diyebilir miyiz? Burada da emanet usulü diyebilir miyiz?

Dolayısıyla idarenin kendi araç gereç ve personeli ile faaliyetleri görmesi emanet usulü deniyor ama bu kadar basit değil, bir sürü altına baktığımızda tereddüt doğurabilecek farklı fikirlerin ortaya çıkabileceği haller vardır.

Görev Verilen İdare Dışında Başka Bir İdarenin Kamu Hizmetini Yürütmesi

Kendisine görev verilen idareden başka idare kamu hizmetini görüyorsa yine emanet usulü mü diyeceğiz? Kamu hizmeti kendisine görev olarak verilen idare, özel hukuk kişisi gibi faaliyeti yürütürse yine emanet mi diyeceğiz.

Bu usuller Fransa'da yoğun olarak gelişip sonra zaman bakımından Türkiye'ye geldi. Fransa'da kamu hizmeti görülüş usulleri bakımından "emanet" usulünün altında bir ayırım daha var. Kamu kurumu aracılığıyla görmek diye bir ayırım var. Kamu kurumu aracılığıyla görmek bir idarenin sadece bir faaliyet için kanunla kurulduğu zaman verilen ismi nitelendiriyor. Yani Karayolları Genel Müdürlüğü Ulaştırma Bakanlığından ayrılmış bir tüzel kişiliktir. Niçin ayrılmış çünkü sadece karayolu yapmak için kurulmuştur. Dolayısıyla karayolunu Ulaştırma Bakanlığı yapıyorsa bu emanettir. Ama Karayolları Genel Müdürlüğü'nün sırf bu iş için kurulmuş olması kamu hizmetinin kamu kurumu eliyle, kamu kurumu aracılığıyla yürütülmesidir, deniliyor.

Ancak bizim hukukumuzda kamu hizmetini ister görev verilen kamu tüzel kişisi yapsın ister ayrı bir tüzel kişilik olarak kurularak başka bir idare yapsın, ister genel görevleri arasında bulunarak yapsın bu sonuçta idarenin kendi araç gereç ve personeli ile görmektedir ve bu da sonuç da emanet usulüdür.

Emanet işlerde ihale usulü gibi yönetmelikler görebilirsiniz. Bu emanet işlerin bir özelliği de faaliyetin kendisi idare tarafından görülür ama bir parçası özel kişi tarafından yürütülebilir. Mesela üniversitenin temizlik işlerini yürüten kişiler bir ihale ile temizlik hizmetinin alınması şeklinde yürütmektedir. Burada eğitim hizmetini özel kişi görmüyor. Eğitim hizmetini idare yapıyor fakat o hizmetin hizmetle alakalı olmayan bir parçasını özel kişiye yaptırıyor. Buna da emanet işler konusundaki yaklaşım deniliyor. Yani özel kişi var ama görülüş usulü tamamen özel kişiye bırakılmamıştır. Sadece idarenin kendi yaptığı bir hizmetin belli hususlarını özel kişiye yaptırıyor.

Emanet Usulünün Önemi

Bu usul gevşemeye başladı. Çünkü şöyle bir problem çıktı. Her emanet yapılan işte denetim problemi ortaya çıktı. Standart problemi ortaya çıktı. İdare kendi kendisini denetleyemiyor. İdare kendisi bir faaliyeti nitelikli ve ucuza mal etme işini beceremiyor. Mesela Türkiye Kömür İşletmelerini idare olarak çalıştırsak hem birçok kaza gündeme gelebiliyor, son standartları kullanamıyoruz hem de üç yüz kişi ile çıkacak kömürü yedi bin kişi ile çıkarıyoruz. Bunların altı bin kişisi masa üstünde saha içinde bin kişisi maden de çalışıyor. Dolayısıyla üsttekilere boşuna para veriyoruz. Bir ton kömür ürettiğimizde dünya piyasasındaki kömürden üç kat pahalıya mal ediyoruz. Dolayısıyla kapatalım kazalar da olmaz, zarar da etmeyiz düşüncesi gündeme geliyor.

Dolayısıyla emanet işlerine fayda maliyet bakımından bakıldığında idarenin aleyhine gelişen hususlar var. Emanet işlerin yapıldığı iktisadi alanda idarenin

piyasaya çıkardığı ürünlerin pahalıya mal edildiği düşünülüyor. Emanet usulü ile yapılan faaliyetlerin nitelikli yapılmadığı düşünülüyor.

Yani ülkede sadece devlet hastaneleri olsa ve o hastanelere sadece memurlar, sosyal güvenceleri olanlar gitse bile, eskiden olduğu gibi sigorta hastanelerindeki gibi hem çok sıra bekleyecekler, hem de gereği gibi bakılamayacaktır. Bir günde yüz kişiye bakan doktor hastalara yeterince vakit ayıramayacaktır. Dolayısıyla bu faaliyeti özel kişilere de verelim onlar da yürütsün, böylece hastalar özel hastanelere de gitsin. Özel hastanelere hizmetin parasını verelim daha ucuza gelir. İdare hastane çalıştırmak yerine hasta başına özel hastanelere para verirse ve onlar hastalara bakarsa idare için daha ucuza gelir gibi bir yaklaşım var. Dolayısıyla emanet yıpranmış bir usul olarak gözüküyor. Hâlbuki öyle değildir.

Emanet usulü esasında bir ülkenin belkemiğidir. Mesela idare olarak kömür işletmenizi pahalıya mal oluyor diye kapatırsanız, rakip olmaktan çıkarsanız, dünyada şimdi ucuz olan kömür çok pahalandığında ona mahkûm olursunuz. Mesela geçen hafta televizyonda vardı. Rusya ile enerji alanında tahkime gitmişiz. Isınmamızın yüzde altmışını Rusya'dan sağladığımız doğalgaz ile sağlamaktayız. Diğer ısınma usullerini tasfiye etmişiz. Bütün şehirlerdeki yapılarda ısınma usulünü daha temiz bir yakıt diye doğalgaza dönüştürmüştük. Ancak biz doğal gaz çıkarmıyoruz. Evlerde soba kurulacak bacada bulunmamaktadır. Rusya doğalgazı keserse kışları Ukrayna'da olduğu gibi tıkanıp kalabiliriz. Soba kuramayız, kömür temin edemeyiz. Ağaç yakıtı bulamazsınız, tezeğe zaten şimdi elini süren yok, köylerde insan kalmamış, sonuçta yakıt olarak tezek de kullanamazsınız. Dolayısıyla bunların emanet usulü ile gidiyor olması sadece bir para veya maliyet meselesi değildir. Aynı zamanda idarenin hayatta kalmasının varlık nedenlerindedir. Hayata tutunabilme nedeni; rekabet nedeni, bir şeye bağlı olmamak meselesidir. Bir şeyi tamamen bırakmamak meselesidir. Dolayısıyla emanet usulünün başka mantığında savunma gerekçeleri var. Her zaman belli bir usul yönüyle yapılıp ikna edici argümanlar ortaya çıkmaktadır. Yani emanet usulünü size öyle anlatabiliriz ki bir an önce bu emanet usulünü bitirelim diye düşünebilirsiniz. Eğer süzgeçten geçirmiyorsanız o zaman yanılmış olursunuz. Veya emanet usulünü göklere çıkararak anlatabiliriz. Birçok buna ilişkin kullanılacak argüman da var. Yine yanıltıcı olabilir.

Dolayısıyla bu alanda insan tecrübesiyle, kendi araştırmasıyla, bakış açısıyla değerlendirmesi, üzerinde tefekkür etmesi, derin düşünmesi ve kendisi bakımından en azından sonradan değişilebilecek bir değer hükmü verebilmesi gerekir. İki yönde de veriler vardır. Bir idarenin varlık sebebi kamu hizmetleri olduğuna göre idare kamu hizmetlerini emanet usulü ile görmekten çıktığı takdirde başkasının yaptığı kamu hizmetlerine tabi olur. Başkasının girdisine tabi olur. O işle ilgili tecrübesini yetiştirmiş elemanını yitirir. Deprem olan bir ülkede yeterince madencinin olmaması halinde ortaya çıkabilecek zararları düşünsenize! Yalova depreminde birçok sağ kurutulan kimseyi afad vs. den ziyade madenciler kurtardı. Madencilerin tünel açma ve tahkim etme tecrübesi olduğu için daha çok yardımcı oldular. Bu iş sadece bir insana bakmak meselesi değildir. Dolayısıyla bir madencilik tecrübesine, bir damarına, bütün maliyetine rağmen tutmak ve bunu emanet usulü ile görmek ile bunun maliyetinin dünya piyasasının iki üç misline çıkması arasındaki tercihte birbiriyle

karşılaştıramayacağımız çok sayıda farklı unsur vardır. Farklı veriler vardır. Bu verileri değerlendirmek gerekir. Yani hepsi değeri paraya çevrilip de hangisi daha değerli denilemeyecek çok taraflı sonuçları vardır.

KAMU HİZMETİNİN ÖZEL KİŞİLER TARAFINDAN YÜRÜTÜLMESİ

Özel Kişiler Niçin Kamu Hizmetinin Yürütülmesine Katılır?

Özel hukuk kişileri kamu hizmetinin yürütülmesine hayır yapmak için katılmazlar. Kamu yararı için katılmazlar. Çünkü özel hukuk kişisi kar etme amacı güder. Özel hukuk kişileri hayır yapmaz diye bir şey elbette yoktur. Ama hayır yapmak istiyorsa bağışta bulunur veya vakıf kurar veya başka davranışlarda bulunur. Hatta daha sonra anlatacağız, özel kişilerin hayır yapmasını özendirici idari faaliyetler vardır. Mesela özel kişi kamu yararına kurulmuş bir vâkıfa bağışta bulunursa o yaptığı bağışı vergi matrahından düşürebileceği için vergi avantajı oluyor. Özel kişi bazen bir milyon lira bağışta bulunduğunda iki buçuk milyon lira vergiden kurtarabiliyor. Dolayısıyla idarenin özellikle böyle teşvik mekanizmaları vardır. Ama özel kişi kamu hizmetinin görülmesine bir profesyonel iş olarak katıldığı zaman kar amacı gütmektedir.

Peki devlet kamu tüzel kişisi niçin özel kişiye bunu gördürüyor?

Şu argümanlar kullanılıyor. Bazı kamu hizmetlerinin yürütülmesi çok büyük bir finansal kaynak gerektirmektedir. Örneğin üçüncü havaalanının, üçüncü köprüünün yapılması büyük kaynak gerektirmektedir. Bu kaynağı idare kendi bütçesinden ayırdığı takdirde o yıl ki programı ve öncelikleri şaşabilir. Böylelikle iktisadi düzen bakımından bozukluk meydana gelecektir. Dolayısıyla idare, hizmeti özel kişiye yaptırırım özel kişi finansmanını bulsun, idarenin cebinden bir para çıkmasın, özel kişi bu finansmanı getirmesi sayesinde bir para kazansın, sonra da idareye devretsin diye düşünmektedir. Nitekim idarenin bu bakış açısı, finansman yükünden kurtulmaktır. Örneğin Türk Telekom'u devretmesi çokça tartışıldı. Türk Telekom'u idare özelleştirirken yani hizmetin özel kişiler lehine özel kişiler tarafından görülmesini sağlarken kendi iç işleminde şunu esas almaktadır:

Bu eski telefon hatları hızla eskimiş durumdaydı, yenilenmesi gerekiyordu. Üstelik fiber kablolarla yenilenmesi gerekmektedir. Fiber internet bağlantısı ile sadece veri değil görüntü de gelebilmesi için gerekliydi. Bunu da bütün Türkiye'de yapmak bir (know how) gerektiriyor. Yani bunu herkes yapamaz. Sadece para meselesi değil aynı zamanda bilgi gerektiren bir meselesidir. Bunu bu alanda çalışan bir şirkete vereyim, şirkete de 25 yıl boyunca onu işletme hakkı vereyim. Şirket bunu yenilesin, işletsin para kazansın.

Şirketin beş yılda kazanacağı anlaşılan paraya Türk Telekom özelleştirildi. Baktığınızda 15 yıl boyunca şirket kar edecek. Ama diğer taraftan baktığınızda da

idarenin cebinden para çıkmadı, teknolojisi yenilendi, yatırım maliyetini bir anda karşılamak durumunda kalmadı. Özel kişi bu 15 yıl boyunca kar eder hale gelebilmek için yatırımı hızlıca yaptı. Böylelikle yatırım zaman yayılmadan hızlıca gerçekleşti. Ayrıca sabit telefonlar da giderek para kaybediyor. Dolayısıyla bunu 20 yıl için versem bile ben olsam kar etmezdim, özel kişi kar ediyorsa etsin. Zarar ederse de zarar etsin. İdare benim için teknolojinin gelişmesi önemlidir diye baktı. Ama sonuçta idare bunu başarabilse aldığı paranın dört misli daha kar edecek. Dolayısıyla bu problem var.

Kamu Hizmeti Yürütmenin Özel Sektör Açısından Cezbedici Yönleri

Özel kişiler kamu hizmetinin yürütülmesine kar etmek amacıyla katılıyor. Çünkü günümüzde dehşetli bir rekabet var. Kamu hizmetlerinin yararlanıcısı bellidir. Mesela kamu hizmeti olarak elektrik işine girdiğinizde veya telefon işine girdiğinizde birçok aboneniz olacaktır. Yeni abone edinmeyeceksinizdir. Beş milyon aboneli bir işe gireceksiniz. Dolayısıyla parayı yatırdığınızda pazarlama probleminiz adeta yok gibidir. En nihayetinde müşterisi hazır bir alandır. O yüzden özel kişi bu alana girmeyi tercih ediyor. Örneğin özel kişi 20 milyar dolar yatırması gereken bir işte, bunun hepsi cebinden çıkmayacak, devlet garantisi ile kredi imkânı olacak, bu parayı üç sene içinde değerlendirmeye başladığında bu paranın bir kısmı ile banka faizini ödeyip her sene de yarım milyar dolar kar etmiş olabilecektir. Yirmi sene de bu çok iyi bir para yapar ve üstelik pazarlama problemi bulunmamaktadır. Ayrıca müşteri de artabilir. Yararlanalar da artabilir. Risk oranı düşebilir. Sonuçta parayı güvenceli bir alana yatırmış olur.

Bunun birçok ek problemi vardır. Mesela bunu özel kişi bu kadar parayı kendi mal varlığından ayıramıyor. Arada bankalar olması gerekiyor. Bankalar da para vermek için idare güvencesi arıyor. Kimi zaman yapılan işi şirket yapmazsa, parayı kötü harcansa alıp başkasına verebilme hakkını alıyor. Hatta bazen finansmanı bankalar da sağlayamıyor. Eximbank ve benzerlerinde devlet kredileri olarak gündeme geliyor. Mesela nükleer santral öyle yapılıyor. Dünyada sadece iki tane nükleer santral yapabilen şirket var. İkisi de nükleer santral yapma işini devletlerden alabilmek için kendi devletlerinden kredi alıyorlar. Kendi devletleri o özel şirketleri destekliyor. Nükleer santrali ben yapayım, sen benden yılda şu kadar enerji almayı taahhüt et, ben de sana şu kadar yıl sonra nükleer santrali çalışır vaziyette teslim edeyim.

İdare, özel kişiye kendisinden para falan istemeyeceğini bildiriyor. Böylece idare; bir şey yapmadan, işletmeden bu alandan para kazanacağı gözüyle bakmaktadır. Özel hukuk kişisi de bende bir “know how” var. Bunun için mutlaka iş bulmam gerekir gözüyle bakıyor. Bu faaliyeti artık dünyada yapabilen başka kimse yok. Bu ekibi dağıtırsam bir daha toparlayamam ama bu mühendislere, bu işçilere, bu “know how”a mutlaka bir iş bulmam, para kazanmam gerekir. Dolayısıyla kendi finansmanımı sağlayarak dünyanın neresinde nükleer santral yapma işi varsa gidip yapmak gerekir diye düşünüyor. Özel kişi kendi devletinin de desteği ile para kazanmayı, bu konudaki bilgiyi elinde tutmayı, tekeli elinde tutmayı düşünüyor. Karşı taraftaki devletler ise; bu nükleer enerji santralini yapacak eleman kolay kolay bulamam. Bunu bu özel şirkete vereyim, onları getireyim getirirken de sözleşmeye yükümlülükler koyayım. Kendi

mühendislerimi yetiştirme şartı kopyayım. Kendi mühendisime bilgiyi aktarma tecrübesi koyayım. Bakım onarım gibi işlerde kendi mühendislerime bir kısmını öğretim mükellefiyeti koyayım. Hem yaptırayım hem de bu alanda daha da gelişeyim. Bu alanda alabildiğimi alayım diye bakıyor. Tarafların düşündüğü çok farklı çıkarlar var.

Dolayısıyla bunların hangisi stratejik bakımdan daha doğru daha yanlış bunlar tecrübe birikimi ile olay birikimi ile geçmiş uygulama birikimiyle, sakın biçimde ilgilenilecek, karar verilecek bir şeydir. Hiçbir zaman oturup da böyle ilk başta, bana göre denilecek bir iş değildir. Bunun bütün özelliklerini biliyor musun? Finansman işinde çalıştın mı? Teknoloji işinde çalıştın mı? Bunun fayda ve zararlarına ilişkin veriler konusunda çok taraflı bir veri derlemesi yaptın mı? Üzerinde zamana yayılı dayalı yayılmış örneklerinden yola çıkarak modellemeler yaptın mı? İleri doğru projeksiyonlu hangi modeller yaptın. Bunları açıklamak gerekir. Ondan sonra bana göre demek gerekir.

Ama hukuki boyutu; taraflar bunlarda karşılıklı fayda beklentileridir. İdare giderek daha çok bir biçimde bunu özel kişilere vermek istiyor. Giderek daha büyük işler özel kişilere veriliyor. Daha büyük işler özel kişilere verildikçe de hukuki rejim arayışları doğuyor. Mesela özel kişi yirmi milyar dolar yatırıyor ise bir uyuşmazlık çıktığında karşı taraf devlet olduğu için senin mahkemende yargılanmak istemiyor. Uyuşmazlık için tahkim yolunu istiyor. İdare olarak yirmi milyar dolarlık bir finansman gelsin istiyorsan mevzuatını değiştirmek zorunda kalıyorsun. Gerekirse Anayasayı değiştiriyorsun. İdari uyuşmazlıklarda tahkime imkân tanıyor. Sözleşmeleri buna göre yapıyorsun. Tahkimi yapabilecek hukukçu istihdam ediyorsun. Yabancı dile hâkim tahkim uyuşmazlıkları konusunda uzman kişiler yetiştiriyorsun. Mesela Türk Telekom tahkiminde çalışan Türk Telekom'un avukatı, şimdi bir yöneticisi; (doktora yapmış birisi) dört tahkimi kazandı. Bu aynı zamanda, buna göre bir yetiştirme meselesini de gerektirmektedir. Dolayısıyla özel kişinin kamu hizmeti görmesine katılması için sabit olmaktan çıkmış usuller var. Sınırlı değil, giderek ortaya çıkıyor. Bazıları usul değil finansman yöntemi olarak geliyor. Bu sebeple, usulle finansman yöntemini ayırmak gerekir. Finansman yöntemi parayı garanti vermek için, finansmanın maliyetini belirlemek için, finansman hareketlerini belirlemek için var. Hukuki alt yapı yani hukuki esas ise hizmetin işleyişine ilişkin alt yapıdır. İşleyişine ilişkin alt yapılarda bilinen klasik usuller var. Bunlardan ilki;

KAMU HİZMETİ İMTİYAZI

Osmanlı son döneminde kaldırılan “kapitülasyonlar” bunları ifade etmektedir. Mesela şehir hatları Fransızların elindeydi. Tünel işletmesi Fransızlara aitti. Demiryolu yapımı Almanlara verilmişti. Hatta sözleşmede; civarındaki tarihi eserleri de Almanya'ya götürebilme imkânı verildiği için demiryolu zikzaklar çizilerek yapılmıştır. Demiryolu çevresindeki tarihi eserler değil, demiryolu tarihi eserlerin çevresinden geçmiştir. O yüzden de alman müzeleri bizim tarihi eserlerimizle doludur. Kamu hizmeti imtiyazı Osmanlı'nın son döneminde güçlenmiştir.

Çıkar için çalışan özel hukuk kişisi sizin çıkarınızı da sizden daha fazla düşünecek değildir. Dolayısıyla Osmanlı'nın son dönemindeki bu kapitülasyonlar Cumhuriyetle birlikte kaldırılmıştır. Buna ilişkin Turgut Tan'ın çok esaslı bir makalesi bulunmaktadır. Osmanlı dönemindeki kamu hizmeti imtiyazlarını çok etraflıca tek tek incelemiştir.

Kamu hizmeti imtiyazı halen geçerli bir usuldür. Elektrik alanında mesela yedi tane imtiyaz vardır. Telekomünikasyon alanında Türk Telekom'a verilen imtiyaz vardır. Turkcell kamu hizmeti imtiyazı gören özel hukuk kişisidir. Avea kamu hizmeti imtiyazı gören bir özel hukuk kişisidir. Yani bu şirketler idareye ait olan telekomünikasyon işini kamu hizmeti imtiyazı ile belli bir süre görmek üzere almışlardır. Örneğin 4,5 g ihaleye çıktı. Tekrar bir yirmi senelik daha almış oldular. Birçok alanda kamu hizmeti imtiyazı vardır. Türkiye'nin gördüğü en büyük tahkim davalarından birisi Uzan'ların ÇEAŞ'a el konulması ile ortaya çıktı. Çukurova elektrik bir kamu hizmeti imtiyazı olarak Çukurova bölgesinde elektrik iletim ve dağıtım işini yaparken yolsuzluklar vs. oldu diye idare kamu hizmeti imtiyazını süresinden önce bitirip el koydu diye kaç milyar dolarlık tahkim uyuşmazlığı çıktı. Basında dönem dönem onların davalarını görüyorsunuz.

Dolayısıyla bu uyuşmazlık kamu hizmeti imtiyazının uygulanması biçiminden ortaya çıktı. Sabancı elektrik, (Enerji SA) orada ürettiği elektriği, elektrik depolanamadığı için ÇEAŞ'a

vermek istiyordu. Enerji Bakanlığı da ÇEAŞ'a fazla elektriği satın alma mecburiyeti getirdi. ÇEAŞ ise benim imtiyaz sözleşmem de böyle bir hüküm yok böyle bir mecburiyet getirmezsiniz dediğinde bir uyuşmazlık ortaya çıktı. Çıkan uyuşmazlıktan Enerji Bakanlığının talebini kabul etmediği için ÇEAŞ'a el konuldu. Bir büyük finansman imparatorluk böyle yıkılmış oldu. ÇEAŞ'a el konulunca bankaları battı. Bankalardaki iddia edilen yolsuzluklar ortaya çıktı. İlginç bir hukuki olay ceza davası ile birlikte ortaya çıktı. Kökeninde kamu hizmeti imtiyazının hukuki rejimi ihtilafı var³.

Kamu hizmeti imtiyazına böyle el konulup konulmaması bunun hukuka uygun olup olmaması gibi bir sorunu var. Güncel ve birçok zincirleme etkileri ile birlikte bir mali problem içeriyor. O yüzden hukuki rejim önemlidir. Bunu anlatmaya çalışıyoruz.

Kamu hizmeti imtiyazı özel kişilerin kamu hizmetini yürütmesi usullerinden biridir. Eskiden beri işlenmiş olan ilk usuldür. Osmanlı döneminden kalma bununla ilgili bir kanun var. Bu kanun "Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun" dur. Menafii Umumiye genel hizmetler demektir. Müteallik ilişkin demektir. İmtiyazat imtiyazın çoğulu demektir. Kamu hizmetini imtiyazını düzenlemek için yapılmıştır. Çünkü Osmanlı'nın son dönemlerinde de imtiyazlar var. Bu kanun Cumhuriyet döneminde de kaldırılmadığı ve yerine başka bir kanun koyulmadığı için halen devam ediyor.

Kamu hizmeti imtiyazının özelliği şudur: kamu hizmeti imtiyazında özel hukuk kişisi kar etme ihtimali ve zarar etme riski ile bir kamu hizmetini gördürülmesine katılıyor. Kar etme ihtimali ve zarar etme riski ile katılıyor. Burada yeni tabiriyle, kamu hizmeti işini yapıp işletip devretmek şeklinde bir sözleşme düzenlemesi var.

Mesela üç tane şirkete sözleşme ile verilebilecek frekans var. Cep telefonu işletmesini yapmak isteyenlere üç tane frekans var. Bu kıt kaynaktır. Her isteyene cep telefonu alanında frekans yayabilecek işletme verilmiyor. Ana üç tane şirket olacak, bu şirketlerden yararlananlar da başka ruhsat alan şirketler olacaktır. Ama frekans aralığı yani havada gidebilecek bu elektromanyetik (iyonize edilmemiş radyasyonla birlikte gidebilecek) dalgalar “enterferans” yapmadan yani birbirini zedelemeyen, birbirine karışmadan ancak üç şirketi götürebilir. Dolayısıyla bu sadece tamamen serbest özel kişilere bırakabilecek bir ticaret alanı değil devlete ait bir alandır. Elektromanyetik dalga alanına ilişkin bir şeydir. İdare bu işi kendisi yapmak yerine kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesiyle vermeyi tercih etmiştir. İhaleye çıkacak, talip olanlar ihaleye katılacak ve en fazla para veren ile sözleşme imzalanacaktır. Böylece bir kere para almış olacaktır. Oraya baz istasyonu kurmak için bu hakkı vermek için ondan para alacak sonra da imtiyazcıya diyecek ki; sen bunu yapacaksın, 20 yıl boyunca çalıştıracaksın sonra işler bir şekilde bana devredeceksin. Böylelikle 20 yıl sonra idare bunu tekrar geri almış olacak. Baz istasyonunu, bütün dalga yayma işlemi, bütün teknik yatırımları özel kişi yapacak, idare sadece bunu yapma hakkını ona verecektir. Yani sadece bir kâğıt verecektir. İdare tesis falan vermeyecek, tesisleri de imtiyazcı yapacak. O çalıştıracak. O sırada idare denetleme yapacak. Sözleşme bittikten sonra da idareye işler biçimde devredecek.

O yüzden mesela çok tartışılacak bir şey; bu şirketler bankalardan kredi almak istediklerinde baz istasyonlarını rehin göstermek istediler. Telekomünikasyon Kurumu sen bunu rehin gösteremezsin çünkü banka bu kredini ödemezsen baz istasyonunu alıp satar. Halbuki sen bu

3 DANIŞTAY 13. DAİRE E. 2005/5390 K. 2005/2879 T. 31.5.2005, Bu karara internet sitemizden erişebilirsiniz.

baz istasyonunu 20 yıl sonra idareye devretmek zorundasın. O yüzden bunu rehin göstermezsin. Şirketler de 20 yıl sonra devredeceğim için o zamana kadar istediğim gibi kullanım, değiştirim, idarede zaten teminatım var, devredemezsem teminatımdan alırsın, ben neden şimdiden idareye devredecekmiş gibi tutayım, bu özel kişi faaliyeti ise istediğim hareketin olması lazım diye kendini savundu. Bu olay Danıştay’a da gitti. Danıştay “burada rehin olmaz” diyerek kestirip attı. Bunun üzerine şirketler çok önemli finansal zarara girdiler. Çünkü karşılığında rehin gösteremeyince bankanın kredi puanı dolayısıyla faizler artmış oluyor.

Nihayetinde özel kişi hizmeti yapacak, işletecek ve devredecek ama sahibi olmayacaktır. Özelleştirme burada ikinci anlamda kullanılmaktadır. Yani işi özel kişiye satmıyorsunuz. İş belli bir süre için işletme ve yapım hakkını özel kişiye devrediyorsunuz. Dolayısıyla bu kamu hizmeti imtiyazında böyle bir husus vardır.

Burada da diyeceksiniz ki özel kişi niye giriyor. Çünkü diyelim ki, devlet bu işi devrederken şöyle hesaplar yapıyor: bir elektrik santrali kurarken 243Mhz santral için bir Mhz kaç mal ediyorum, örneğin 1000 dolara mal ediyor. Dolayısıyla özel kişi de bunun bu fiyata mal eder diye hesap ediyor. Sonra bunu işletirken yıllık işletme masrafı ne kadarsa bunu hesaba katıyor. Kendine göre bir hesap yaparak diyor ki bu

600 milyon dolar gibi bir rakama kurulur. Neticede kamu hizmetini bu maliyete göre özel hukuk kişisine devrediyor.

Özel kişi bunu spot piyasadan daha ucuza aldığı aynı kalitede malzeme ile 200 milyon dolara mal ederek 400 milyon dolar baştan kar ediyor. Çünkü idare kendi kriterlerine göre bunun muhammen bedelini 600 milyon dolar olarak görmüştür. Sonra işletme masrafını diyelim idare 1 milyon dolar olarak öngörmüş ama siz 200 bin dolara bunu işletebiliyorsanız daha az ve daha nitelikli personelle işletiyorsanız kar etmiş oluyorsunuz. İdare sonra elektrik kaçak kayıp oranlarını hesaplıyor. %98 kaçak kayıp olan yerleri var. Siz de o %98'i %60'a indirdiğinizde oradan da kar ediyorsunuz. Dolayısıyla idare kendi standartlarına göre belirleyerek sözleşme yaptığı için siz o standartlardan daha iyi işletmecilik gösterdiğinizde sadece sene içindeki normal karlar dışında dehşetli karlar elde etme imkânına sahip oluyorsunuz. Dolayısıyla burada işletmecilik başarısını bir havuç olarak tutarak bunu daha hızlı, daha ucuz, daha nitelikli yapılmasına bakılıyor. Buradaki kritik nokta işin işletmesine bakmaktır. Mesela Afşin Elbistan termik santrali Türkiye'de enerji kaynağının % 20 sinin karşılandığı yerdir. İdare 20 bu santrali senedir bitiremedi. Bitirememesinin nedeni Afşinliler ile Elbistanlılar arasında bir rekabet var. Afşinliler kabloyu döşediği zaman Elbistanlılar geldiğinde onları koparıyor. Onlar döşediğinde diğerleri koparıyor. Eleman istihdamından ilçeler arası rekabetten birbirlerini baltalamalarından, işletmemekten ötürü 20 senedir santral bitmedi. Belki de özel kişilere gitsin diye kötü niyetli kimseler yaptı. Özel kişi 3 senede onu işletmeye soktu. Dolayısıyla bu işler çok belli olmaz.

“Fait Du Prince” ve “Emprevizyon” Nazariyeleri

Kamu hizmeti imtiyazının en belirgin noktası kar etme ve zarar etme ihtimalinin olmasıdır. Zarar da edebilirsiniz. 600 milyon diye öngörülmüş bir husus dünya piyasalarındaki değişimler nedeniyle 800 milyona mal olabilir. İdareden artık 200 milyon isteyemezsiniz. Altı da size üstü de size aittir. Dolayısıyla işletmeci olmak işletmeci olarak 1 milyon dolara öngörülmüş bir şey işletme maliyetleri artar iki milyona çıkarsa idareden para isteyemezsiniz. Zarar edebilirsiniz. Nitekim şimdi imtiyazlı şirketler zarar ediyor. Elektrik piyasası, sanayileşme öngörüldüğü gibi

gelişmediği için imtiyazlı şirketler her ürettiği kW saat başına 1 sent falan alıyor. Bıraktıkları zaman da teminatları yakılacağı için canla başla zararlarına çalışıyorlar. Daha önceki senelerde kar etmişler ise karlarından yiyorlar. Daha önceki seneler de de kar etmemişlerse işletirken iflas bile edebilirler. İflas etmelerine karşı da teminatları var. Bu teminatları idare paraya çevirip işi bitirecek. O zaman daha sıkıntılı bir yere gidecek. O yüzden bu işte kar etmek gibi zarar etmek de var. Dolayısıyla işler öngördüğünüz gibi gitmeyebilir.

Bunun için de usulde getirilmiş imkânlar vardır. Şöyle imkânlar var. Mesela kömüre büyük bir gümrük vergisi getirildi. Bir anda ton başına 600 dolar zarar etmeye başladınız. Sizin kabahatinizden değil, sizin işletmecilik başarısızlığınızdan değil, idarenin yaptığı bir işin sonucu olarak olan bir durum var. İdare böyle bir işlem yaparken sizin de maliyetiniz arttı. Burada siz batmayasınız diye “fait du prince” diye

bir kural var. Yani idarenin eylemi nedeniyle maliyetiniz artmışsa bu hukuki rejimin bir gereği olarak sizin zararınızın yarısı kadar bir kısmı karşılmasına imkân veren bir hukuki usul vardır.

Tamam, zarar da size kar da size ama zarar sizin başarısızlığınızdan öngörememenizden değil sadece idarenin yaptığı bir işten kaynaklanmış ise idare olarak benim koyduğum bir vergiden idare olarak getirdiğim ek bir maliyetten kaynaklanmış ise bir kısmını idare karşılar anlamına gelen bir usul vardır. Buna “fait du prince” deniliyor. Anlaşamazsanız mahkemeye başvuruyorsunuz. Mahkeme adil bir dağıtım yapıyor.

“Emprevizyon” diye ikinci bir usul var. O da öngörülemelik diye addedilebilir. Bu da şartlarda öngörülemelik bir ağırlaşma meydana gelmişse sözleşmenin başında, yine idareden tazminat istemenize imkân verir.

İmtiyaz usulünün hukuki niteliği zaman içinde öyle gelişmiş ki karı da özel kişiye zararı da özel kişiye kuralı esnemıştır. Özel kişi kamu hizmeti yaptığı için onun haklı olduğu durumlarda yüklendiği maliyetin bir kısmını idare üstlenebilmektedir. Sonuçta özel kişi faaliyeti sürdürmeye devam etmek istediğinde bunda idarenin bir menfaati var. Özel kişi batsa faaliyet de sekteye uğrayacağından “süreklilik ilkesi” zedelenektir. O yüzden idare özel kişiden sonradan değerlendirmek üzere zararın bir kısmını karşılayabilmektedir.

Mesela halk otobüslerinde oldu. Bazı hatlarda hiç yolcu çıkmadı. Hiç yolcu çıkmayınca halk otobüsleri zararına çalışmaya başladı. Ama bir yandan da az da olsa o halk otobüslerinin sürdürülmesine imkân getirilmesi gerekiyor. İdare burada halk otobüslerinin yaşayabilmesi için bir takım öneriler getirdi. Çünkü onlar batsa idare kendisi otobüs alıp oraya koyması gerekir. Dolayısıyla idare onlar batmasın diye bu zarara bir yıl dayanmalarını, bir yıl sonra onları yolcusu bol olan bir hatta almayı taahhüt etti. Dolayısıyla bir yıl yolcusu yoğun, bir yıl az olan hatlarda dengeyi sağlamak istedi. Böylelikle idare hizmeti de sürdürüyor özel kişiyi de batırmıyor. Dolayısıyla özel kişi batsın diye bir sistem olmadığı için, özel kişiyi kabahati ve kendi işletmecilik başarısızlığı olmadan maruz kalabileceği zararlara karşı koruyan mekanizmalar gelişmiştir. Bunlardan ikisi sözleşme alanında “fait du prince” ve “emprevizyon” nazariyeleridir.

Kamu Hizmeti İmtiyazı Bir İdari Sözleşmedir

Kamu hizmeti imtiyazı en eski usul olmakla birlikte özel kişiler ile imzalanan bir sözleşmedir. Bu sözleşme idari sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmede idarenin üstün yetkileri vardır.

Sözleşme konusu hizmet öncelikle özel kişiye hizmetin yapılması, işletilmesi ve belli bir süre sonra idareye devredilmesi ile ilgili yetki veriyor.

Finansman modeli olarak, kamu hizmeti imtiyazı canlandırılmak istenildiğinde ismine yap- işlet-devret sözleşmesi denmiştir. “Yap-işlet-devret”in özetlenebilecek bir özelliği var. Kendine özgü bir hukuki rejimi var. Bu sözleşmenin özellikleri var. İdare ile özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuki rejimleri var. Kendine

özgü kanunları, mevzuatı var. Fransız ve Türk hukukunda 1800lü yıllardan beri bu alanda verilmiş kararlar var. Bu kararlar ile gelişmiş bir hukuki altyapı var.

Adeta “ıceberg” gibi kamu hizmeti imtiyazı dediğimizde böyle dehşetli bir hukuki rejimden bahsediyoruz. Böyle “ıceberg” gibi bir hukuki rejim oluştuğu için kamu hizmeti imtiyazına benzer de olsa bunun oluşmuş hukuki rejimden kurtulmak için yeni usullerle bu usul canlandırılmaya çalışılmıştır.

Özal zamanında yap-işlet-devret denilmesinin anlamı bu kamu hizmetinin oluşmuş hukuki rejimini kapatıp yeni bir sayfa açabilmek ve finansal bakımdan yeni bir başlangıç yapabilmektir. Yani açıkça bu oluşmuş hukuki rejim bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülme hallerine engel sayıldığı için yeni usuller geliştirilmeye çalışılıyor.

Çünkü imtiyaz usulünün yapısı oluşmuş, kemikleşmiştir. Hukuki rejimi bellidir. Yargı kararlarına işlenmiş, anlamı kapsamı belirlenmiş, tarafların hak ve yükümlülükleri oluşmuştur. Özel hukuk kişileri bunu kimi zaman istemiyorlar. Büyük sermayeler getirecek özel hukuk kişileri söz konusu olduğunda ise idareler; ben idareyim ister kabul et ister etme demiyor. Roller değişti. İdare ne olur gel bu işi yap diyor. Ne olur şu parayı getir diyor. Ekonomik bakımdan önemlidir diyor. Özel hukuk kişileri de; tamam gelirim ama hukukçularımdan görüş aldım, bunu kamu hizmeti imtiyazı ile yapamam bunun başka bir formülünü bulmak gerekir. Sözleşmede kamu hizmeti imtiyazı yazarsa bu benim yatırdığım para bakımından yeterli güvence olmaz.

Pakistan’da Türk şirketlerinin girdiği otoyol projesinde Pakistan’daki iktidar değişikliği nedeniyle, otoyol projesi iptal edilince ortaya çıkan uyuşmazlık 20 senedir sona ermedi. ve bir dönem çok ünlü müteahhit olan birisi battı. Böyle hiç batmayacak sanılan büyük bir inşaat şirketi batmış oldu. Dolayısıyla özel şirketler bu alana girdiği zaman bir güvence istiyor. O devletler nezdinde bir güvence istiyor. Libya’da Türk şirketleri de öyle senelerce süründü. Libya’da büyük problemler oldu, işçilerin paraları ödenemedi, işçiler çıkamadı. Kaddafi’yi ikna etmeye defalarca Devlet başkanları gitti geldi. Şimdi özel şirketlerin bu tecrübesi olduğu için özel finansman kuruluşlarının kendine uygun hukuki rejimi olmadıkça bu alana girmiyor. Dolayısıyla kamu hizmeti imtiyazı belli haller dışında azaldı. Çünkü o belli hallerde şirketlerin zaten büyük bir talebi var. Telekomünikasyon alanına girmek için (şimdi telefon kullanmayan yok) büyük bir talep var. Neticede bu alanın her dakikası para kazandırıyor.

Dolayısıyla bu alana girmek için hukuki rejim falan önemli değil. Kamu hizmeti imtiyazı da olsa özel kişi bu alana girmeyi kabul ediyor. Dolayısıyla burada biraz nimet külfet dengesinin ortaya çıkardığı bir sonuç var.

Hukuk ister istemez böyle ayak sürdüğü zaman bu böyledir isteyen gelsin isteyen gelmesin diyor. Ancak kamu idaresi ve finansman bakımdan ekonomi idaresi hayır bu konuda nereye kadar esneyebiliriz diyerek bize projeler geliştirin beklentisindedir. Hukukçular da bunu geliştirmedeği için “biz yaparız siz artık bundan sonrasını düşünün” diyorlar. O yüzden

yapılandan yola çıkarak bunun hukuki rejimi ne olur diye hukukçular düşünmeye başlıyor. O yüzden bir sürü sonradan gelişen rejim var.

Müşterek Emanet-İmtiyaz Karşılaştırması

Bu usulde “Emanet”i diğer kısımdan yani kamu hizmetini idarenin yürüttüğü rejimden almış “müşterek” ise özel hukuk kişisine yöneltilmiştir. Müşterek emanetin en önemli farkı şudur. Kamu hizmetini kurma işi devlete aittir. Özel kişi için sadece işletme ve devretme işi var. Mesela belediye otobüsleri var ama artık belediye eleman istihdam etmiyor. Bir şirkete diyor ki gel benim otobüslerimi sen işlet. Otobüsler belediyeden şoför ve işletme sadece özel hukuk kişisi tarafından temin ediliyor. O zaman bir “müşterek emanet” olabilir.

En fazla görülen usulde şöyledir: İmtiyazla karıştırılıyor. Mesela Türkiye’de öyle bir ihtilaf oldu.

Anadolu yakası elektrik dağıtım meselesi (AKTAŞ). İdare Kamu Hizmeti imtiyazı verirken Anayasamız ve kanunumuz gereği Danıştay’ın mütalaasını almak zorunluluğu var. Diğer usullerde Danıştay’ın görüşünü almak zorunluluğu yoktur. Anadolu yakası elektrik dağıtım işini AKTAŞ elektriğe Danıştay’ın görüşünü almadan vermişler. Sonra dava açınca Danıştay görüşü olmadığı için iptal edildi. İlhan Özay bu konuda mütalaa verdi. Kitabında var. Aktaş elektrik ondan mütalaa aldı. Aktaş elektrik ben burada bir şey yapmadım. Anadolu yakasının zaten var olan elektrik direkleri ve telefon direkleri ile sadece işletme ve bakım işi yapıyorum. Dolayısıyla bu Kamu hizmeti imtiyazı değil, müşterek emanettir dedi. Ama Danıştay bu sözleşmeye bakarak sadece var olan tesisleri işletmek değil, yeni yerlere hatlar çekmek, yeni trafolar yapmak şeklinde olduğu için (bütünü olmazsa bile bir kısmını yapmak da olduğu için) bu esasında kamu hizmeti imtiyazıdır. Danıştay görüşünü alınmadığı için hukuka aykırıdır dedi. İptal edildi ve onlardan geri alındı⁴.

Öyleyse burada yap kısmı yok. İşlet devret kısmı var. Hatta şimdi komik bir usul olarak bazen ondan da bahsediyorlar. İşlet-devretten sonra işlet “devretme” getirilmiştir. Bu da her sene sonunda tekrar yenilenme imkânı getiriyor. Mesela telekomünikasyon öyle yap-işlet-devretme şeklindedir. Çünkü diyelim ki Türkc cell hizmetin yürütülmesini aldı ve en avantajlı odur. Çünkü ilk önce o aldı. Bir anda 60 milyona yakın aboneye çıktı. Önce 36 milyona çıktı. Şimdi Türkiye nüfusundan fazla abonesi var. Dolayısıyla müthiş bir imkân kazandı. Bunu kaybetmemek için 3G çıktığında onu da aldı. Daha sözleşmenin henüz ortasında iken bir 25 yıl daha eklemiş oldu. Şimdi 4,5G jenerasyon geldi. Bir yirmi beş yıl daha aldı. Şimdi geldiğimiz sürenin üstüne bir 25 yıl daha eklenmiş oldu. Bununda ortalarına doğru 5G gelecek 6G gelecek. Belki de kıyamete kadar eklemleme eklemleme devam etmiş olacak. Dolayısıyla bu pratikte yap işlet devretmeye dönüşmüş olmaktadır. Bu da bir finansman yöntemi olarak düşünülebilir. Zaten idarede bunu yaparken böyle düşünmüş olabilir. Hiç bir zaman geri almayı düşünmeyebilir. Bir koyundan birkaç post çıkarmayı düşünebilir. Her yeni jenerasyondan biraz daha para alacak. Teknolojisini yeniletecek. Dolayısıyla bu da idarenin istediği bir şey olabilir.

4 Danıştay, 10. Daire, E. 1993/1752, K. 1991/1, T. 29.04.1993, Bu karar internet sitemizden erişebilirsiniz.

İmtiyaz usulü, bizim hukukumuzda göre anonim şirket şeklinde kurulmuş bir özel hukuk kişisi ile kamu hizmetinin kar ve zararı, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ait olmak üzere, özel hukuk kişisi tarafından işletilmesi usulüdür. Burada idareyle özel hukuk tüzel kişisi arasında bir sözleşme yapılıyor. Bu sözleşmeye karma işlem niteliğinde diyoruz. Çünkü hem idare tarafından tek taraflı olarak o kamu hizmetinin görülüşüne ilişkin usul ve esaslar belirleniyor- o kamu hizmetinin hangi esaslar çerçevesinde yürütüleceği, hangi kurallara göre yürütüleceği düzenleniyor. O nedenle bir düzenleyici işlem boyutu var. Bir de sözleşmenin tarafı olacak özel hukuk kişisinin mali haklarını düzenlediği için aynı zamanda bir sözleşme. Çünkü sözleşme diyebilmemiz için karşılıklı iki tarafın hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir metin olması lazım. İmtiyaz sözleşmesinde iki boyutu da gördüğümüz için karma işlem diyoruz bu sözleşmeye. Yani hem idarenin tek taraflı olarak o kamu hizmetini düzenlediğini görüyoruz, hem de sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisinin bir takım mali haklarının da burada düzenlendiğini görüyoruz. Dolayısıyla karma nitelikli bir işlem den söz ediyoruz.

İmtiyaz sözleşmesi ile sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisine o hizmeti sürdürmek konusunda tekel niteliğinde bir hak verilir. Dolayısıyla onun o bölgede münhasıran o hizmeti sunmak konusunda bir tekeli vardır. Başka bir özel hukuk kişisine aynı mahiyette bir iş yapılmasına müsaade edilmemesi gerekir. Bu imtiyaz sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinden biridir.

Yine imtiyaz sözleşmesinin mutlaka Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekiyor. Bunun da bir hukuki süreci var. Anayasamızın 99'dan önceki halinde "İmtiyaz sözleşmeleri Danıştay incelemesinden geçirilir" şeklinde bir hüküm vardı. Anayasa Mahkemesi Yap-İşlet-Devret sözleşmelerine dair çıkarılan bir kanunun iptaline ilişkin kararında; "Bu sözleşmelerin adı Yap- İşlet-Devret sözleşmesi olsa bile, imtiyaz sözleşmesinin özelliklerini taşıyor; dolayısıyla bunları özel hukuk hükümlerine tabi kılamazsın." şeklinde bir içtihat geliştirdi. İmtiyaz sözleşmelerini Danıştay incelemesinden geçirmeden bu sözleşmeleri yapma amacı vardı. Çünkü bu tür sözleşmeler bir yatırım sözleşmesi. Özellikle yabancı yatırımcıların gelip bu sözleşmeleri ülkemizde yapabilmesi için kendilerini hukuki bir güvencede hissetmeleri lazım. İmtiyaz sözleşmesinde ise idareye tek taraflı olarak üstün bir takım yetkiler veriyorsunuz. Bu üstün yetkiler sebebiyle idare sözleşmeye sürekli müdahale edebilir, sözleşmenin koşullarını değiştirebilir. Bu ise, özellikle yatırımcılar bakımından güvenceli bir şey değil. O nedenle Anayasa Mahkemesi de, "Bu (Yap-İşlet-Devret) imtiyaz sözleşmesi özelliği taşıyor, sen bunu başka şekilde isimlendiren bile ben bunu Anayasaya aykırı bulur iptal ederim." dediği için bu sefer yasama organı Anayasa koyucu olarak 99 değişikliği ile Anayasa değişikliğine gitti ve

"Kamu hizmetinin görülmesine ilişkin sözleşmelerin hangi hukuka tabi olacağına yasama organı karar verir" dedi. Böylece niteliği itibarıyla imtiyaz sözleşmesi olan bazı sözleşmelerin kanunlarla Danıştay'ın görev alanı dışına çıkarılması imkanı getirildi ve özel hukuka tabi tutulmuş oldu. Bunun da arkasındaki gelişme, yasal serüveni bu şekilde. Dolayısıyla bugün imtiyaz sözleşmesi niteliğinde

olsa bile bazı sözleşmeler kanunla özel hukuk hükümlerine tabi tutulabiliyor. Eğer kanunla özel hukuk hükümlerine tabi kılınmamışsa, bu bir idari sözleşmedir. İdari sözleşme olduğu için de Anayasamıza göre mutlaka Danıştay'ın görüşünün alınması lazım. Eskiden "Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerekir" diyordu. İncelemeyle görüş alma arasında önemli bir nitelik farkı var. Danıştay burada sadece görüş verecek, bu görüş idare açısından bağlayıcı değil. Bağlayıcı olmamakla birlikte böyle bir sözleşmenin iptali için

açılacak davada Danıştay 1. Dairesinin bu konudaki istişari görüşü bir veri olacaktır yargılama aşamasında.

Danıştay'ın önüne gelen bir imtiyaz sözleşmesinde, Danıştay öncelikle sözleşmenin gerçekten imtiyaz sözleşmesi olup olmadığına bakar, eğer değilse incelemeyi geri gönderir. İkincisi, imtiyaz sözleşmesinde bir hukuka aykırılık bulmaz, uygun görüşle bunu geri gönderir. Üçüncüsünde ise imtiyaz sözleşmesinde hukuka veya kamu hizmetinin gereklerine bir takım aykırılıklar bulabilir. Bunu da kendi görüşünde belirtir ve idareye gönderir. Dediğimiz gibi idare elbette ki bu görüşlerle bağlı değil. Danıştay'ın çeşitli kararlarına baktığımız zaman Danıştay, incelemesini sadece hukuka uygunluk, kanuna uygunluk açısından yapmıyor; aynı zamanda bu görüşlerini oluştururken yerindelik bakımından da bir denetim yapıyor. İmtiyaz sözleşmesinin yapılmasının kamu yararı bakımından doğru olup olmadığına ilişkin tespitler de yapıyor. Böylece Danıştay tarafından görüş alınarak da imtiyaz sözleşmesi süreci tamamlanmış oluyor.

İmtiyaz sözleşmesinin özel hukuk kişisine bir takım haklar ve yetkiler tanıdığını söyledik ve birini de söyledik. İmtiyazcıya tekel niteliğinde bir hizmet sunma imkanı verilir. Diğer bir yetkisi ise bir takım kamusal güçler kullanmasına izin verirsiniz. Mesela kendisi adına kamulaştırma yapılmasını talep edebilir. Diyelim ki bir otoyol yapım işini imtiyaz suretiyle bir şirkete yaptıracağız. Bu yolun yapımı için kamulaştırma yapmaya ihtiyacı vardır. Ama kamulaştırmayı bizzat kendisi yapmayacak, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan idareden kendi adına kamulaştırma yapılmasını talep edecektir. Bu da bir kamusal güç kullanımudur. Yeri geldiğinde imtiyazcı şirket ilgililere bir takım tutanaklar tutabilir, cezai müeyyideler uygulayabilir. Bunlar hep imtiyazcı şirkete tanınmış haklardır. Aynı zamanda sözleşmenin mali dengesi bozulduğunda **fait du prince** veya **emprevizyon** dediğimiz iki ilkeyle sözleşmenin mali dengesini yeniden koruma imkanı veriyor.

Fait du prince ilkesi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin mali dengesinin sözleşmenin tarafı olan idarenin tek taraflı olarak yapmış olduğu işlemler ve aldığı kararlar nedeniyle özel hukuk kişisi aleyhine bozulmasını ifade ediyor. Sözleşmenin mali dengesi bozulduğu için bu mali dengeyi yeniden kurmamız gerekiyor.

Emprevizyon (öngörülemezlik) olağanüstü bir sebepten dolayı veya tarafların önceden öngöremeyeceği bir sebepten dolayı sözleşmenin mali koşullarında anormal bir değişim, bozulma meydana geldiyse, yine bu sözleşmenin mali dengesini korumamız, yeniden tesis etmemiz lazım.

Niçin bunu yapıyoruz? Çünkü özel hukuk kişisi bir kamu hizmeti yürütüyor. Eğer özel hukuk kişisi o kamu hizmetini yürütemez hale gelirse kamu hizmeti aksayacaktır. Yani siz o hizmetten yararlanamayacaksınız demektir. Toplumla

yansıyan böyle olumsuz bir boyutu olduğu için de sözleşmenin mali dengesini yeniden kurmamız gerekiyor. Buradaki amacımız özel hukuk kişinin uğradığı bir ticari zararı karşılamak değildir. Zaten imtiyaz sözleşmesinde kar da zarar da özel hukuk kişisine aittir. Fait du prince ve emprevizyon kuramında da sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisine izafe edemeyeceğimiz bir sebepten dolayı sözleşmenin mali dengesi bozuluyor. Fait du prince'te sözleşmenin tarafı olan idarenin tek taraflı kararıyla diyelim ki yeni vergiler konuluyor- imtiyaz sözleşmesinin koşullarını tek taraflı olarak değiştirebiliyor. Bu bakımdan bir takım değişiklikler yaptığında idare, sözleşmenin mali dengesi bozulacaktır ve bu mali dengeyi yeniden kurmanız gerekir. Bu yüzden fait du prince kuramının uygulandığı durumlarda idare tam bir tazminat öder. Emprevizyonda ise sözleşmenin mali dengesini

yeniden tesis edecek kadar bir tazminat öder. Fait du prince Türkçesi olan bir kavram değil, egemen olgusu diye çevriliyor. Egemen olan kamu gücünü elinde bulunduran idaredir. Kamu gücünü elinde bulundurduğu için o kamu gücüne dayalı olarak yapmış olduğu işlemler sebebiyle sözleşmenin mali dengesi bozuluyor. Onun için buna fait du prince diyoruz. Egemenin, prensin gücüyle yapılmış bir değişiklikten bahsediyoruz. Dolayısıyla bu değişiklik sebebiyle sözleşmenin mali dengesi bozuluyorsa bunu tazminatla gidermemiz lazım.

Cep telefonu şirketleri imtiyaz sözleşmesi yapıyor idareyle, üç tane cep telefonu operatörü var ve her biri imtiyaz sözleşmesiyle bu hizmeti yürütüyor. Büyükşehir Belediyesi Kanunu değiştirildi. İmtiyaz sözleşmelerinin yapıldığı dönemde büyükşehir kavramı kanunda nüfusu 750.000'den fazla olan yerler, genellikle şehir merkezleri büyükşehirdir. İşte İstanbul, Kocaeli dışındaki yerlerde şehir merkezleri, 750.000 olan yerlerde büyükşehirdir. Erzurum da büyükşehirdi, Gaziantep de büyükşehirdi. Ama büyükşehir dediğimiz yer şehir merkezinin olduğu yerd. İstanbul ve Kocaeli ilinde kanunla mülkiye sınırlar büyükşehirdi. İmtiyaz sözleşmesinin yapıldığı dönemde Büyükşehir Belediyesi Kanunu buydu. Sonra çıkarılan bir kanunla yeni büyükşehirler kuruldu ve büyükşehirlerin sınırı il sınırı yani mülki sınırlar olarak belirlendi. Bütün ilçeler büyükşehir sınırları içine girmiş oldu. İmtiyaz sözleşmesinde şöyle hükümler var mesela: Beş yıl içinde bütün büyükşehirleri 3G hizmeti verecek şekilde kapsama alanına alacaksın. Yedi yıl içerisinde ilçe merkezlerini kapsama alanına alacaksın. On yıl içerisinde nüfusu on bine kadar olan yerleri kapsama alanına alacaksın. On beş yıl içinde de bütün köyleri kapsama alanına alacaksın diyordu. Kademeli olarak imtiyazcıya kamu hizmetini yaygınlaştırma yükümlülüğü getirmiş oluyorsunuz. Henüz on beş yıllık süre dolmadı ama kanun değişti, büyükşehir sınırları değişti. Köyler de büyükşehir belediyesinin mahallesi haline geldi. Böyle bir durumda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) bir yazı gönderdi bu üç şirkete, *"Kanun değişti, buraların hepsi büyükşehir oldu, sen bir yıl içerisinde bütün bu bölgelerin hepsini kapsama alanına alacaksın"* dedi. Bunu alabilmesi için çok ciddi bir zamana ihtiyacı var, hem de mali bakımdan en az birkaç milyar dolarlık yatırım yapması lazım. Birden olabilecek bir şey değil. Böyle bir durumda BTK'nın bu kararının iptalini istediniz, hangi kurama dayanabilirsiniz?

Bir arkadaşımız, "Burada bir değişiklik var ama sözleşmenin tarafı olan idarece yapılan bir değişiklik değil bu. İdarenin dışında yasama organı tarafından çıkarılan bir kanun sebebiyle bir sözleşmenin mali dengesi bozulacaksa bozulmuştur; dolayısıyla sizin emprevizyon kuramına gitmeniz lazım" diyor. Doğru mu söylüyor arkadaşımız?

Kısaca İmtiyaz sözleşmesinin sona ermesinden de bahsedelim. İmtiyaz sözleşmesi çok doğal olarak sözleşme süresinin bitmesiyle sona erer. İkincisi, idare tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebilir. Üçüncü olarak da idare gerekli gördüğü durumlarda, kamu yararını gerektiriyorsa tam bir tazminat ödeyerek o sözleşmeyi geri satın alabilir. İmtiyaz vermişsinizdir ama diyelim ki stratejik bir konudur, ülke güvenliğini ilgilendiren bir konudur. Güvenlik sebebiyle o hizmeti tekrar görmek istersiniz. İmtiyazı sona erdirmek istersiniz. Böyle bir durumda imtiyazı geri satın alırsınız. Geri satın alma durumunda da imtiyazlı şirkete tam bir tazminat ödersiniz ve şirketi mağdur etmemiş olursunuz.

Tek taraflı feshe ilişkin olarak ÇEAŞ kararına bakalım. Bir sabah polis ve maliye ekiplerince Çukurova Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye girilip, bütün bilgisayarlarına, verilerine, şirket yönetimine el koyuldu. Gerekçesi kararda yer almaktadır. Karara göre şirket "Kamulaştırılan taşınmazları şirket adına tescil ettirerek sözleşme hükmünü açıkça ihlal etmiş ve kusurlu davranmış. Hizmetin aksamadan yürütülmesi için gerekli yatırımların yapılması gerekirken şirket kaynakları grup şirketlerinin finansman açığını kapatmak amacıyla kullanılmış. Yıllar içinde yatırımların düşük seviyelerde kalması sonucu görev sahasında elektrik üretiminde fazla bir artış olmamış. Şirketin sattığı elektriğin büyük bir bölümünü yine Devlet'ten aldığı elektrikle karşılanması karşısında, şirketin sözleşmenin amacına aykırı bir biçimde davrandığı ortaya çıkmıştır. Davacının otoprodüktör şirketlerin Kanuna aykırı olarak faaliyet gösterdiği iddiası yerinde görülmemekle birlikte, tüm uyarılara rağmen davacının sözleşmenin 21/h maddesine aykırı biçimde 3096 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuatına uygun olarak kurulan otoprodüktör şirketlerin ürettiği elektrik enerjisini iletim sistemine bağlamaması veya bağlantısını haksız olarak kesmesi gibi davranışları şirketin kusurunu ortaya koymaktadır."

Bir elektrik dağıtım şirketinin sözleşmeye aykırı davranması ve bu aykırılıkların oluşturduğu sakıncalar sebebiyle idare tek taraflı olarak sözleşmeyi feshediyor. Kamu hizmetine bizzat kendisi el koyarak kaldığı yerden kendisi devam edebiliyor. Hâlbuki bir özel hukuk sözleşmesinde böyle bir şeyle karşılaşmanız mümkün değildir.

Müşterek emanet usulü adından da anlaşılacağı üzere emanet usulüne benzetilen bir usul. Müşterek emanet usulü, idare tarafından kurulmuş bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından yine bir idari sözleşme olan müşterek emanet sözleşmesi ile, özel hukuk kişisinin kendi bilgisi ile o hizmeti işletmesidir. Peki özel hukuk kişisi bunu niçin işletir? Özel hukuk kişisi o hizmetten yararlananlardan alınan bedel üzerinden sözleşme ile kararlaştırılan belli bir gelir alır. Müşterek emanet

usulünde de hasar ve zarar yani kar ve zarar idareye aittir. Özel hukuk kişisi işletmiş olduğu bu kamu hizmetinden elde edilen gelir üzerinden bir pay alma hakkına sahiptir. Eğer elde edilen gelir hizmetin maliyetinden düşüldüğünde hiçbir şey kalmamışsa, hiçbir şey de almayabilir. Ama genellikle sözleşmede gelir üzerinden bir pay alması kararlaştırılır ki böylece hizmetin riskinden korunmuş olur. Bu nedenle de bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmelerinden en büyük farkının da bu olduğunu söylemek mümkündür. Tabii imtiyaz sözleşmelerinde aynı zamanda kamu hizmeti özel hukuk kişisi tarafından kurulup, sermayesi özel hukuk kişisi tarafından sağlanıyordu. Burada kamu hizmetini kuran ve sermayeyi sağlayan idare, sadece işletmeyi özel hukuk kişisi yapıyor. Halbuki imtiyazda hem kurup hem işletme yetkisi özel hukuk kişisine ait oluyor. Müşterek emanet usulünde hasar ve zarar, bir başka ifadeyle kar ve zarar idareye aittir. Özel hukuk kişisi bunun hasarına ve zararına katlanmak zorunda değildir. Kazancı ise bu hizmetin sunulması mukabilinde hizmetten yararlananlardan elde edilen bedel üzerinden sözleşmeyle kararlaştırılan oran üzerinden kendisine kalacak olan gelirdir. Burada imtiyazdan en önemli farkı; imtiyazcı imtiyaz sözleşmesi kapsamında elde ettiği geliri bir şirket olarak kendi geliri olarak tahsil eder. Halbuki müşterek emanet usulünde bu geliri kendi adına değil idare adına tahsil eder. Gelir idarenin geliridir. Müşterek emanetçi hizmeti gelir üzerinden kendisine sözleşmeyle kararlaştırılan oranda verilecek olan bedel karşılığında yürütüyor. Kimi zaman hizmet için yapılan masraflar düşüldüğü zaman elde edilen gelirden hiçbir şey kalmayabilir.

Böyle bir durumda müşterek emanetçinin bir şey almayacağını da söyleyebiliriz. Ama çoğunlukla gelire orantılı bir şekilde bedel üzerinden anlaşıldığı için bu ihtimalin olması da düşük kabul ediliyor. Çünkü bunu yaptığınız zaman bir çeşit zarara da özel hukuk kişisinin katlanması sonucu doğmuş olur. Bu da müşterek emanet usulünün özelliğiyle bağdaşmaz. O nedenle müşterek emanetçiye bedel üzerinden belli bir oranda gelirden pay verirsiniz. Hatta kimi zaman müşterek emanetçinin daha verimli çalışmasını sağlamak, onu teşvik etmek için gelirdeki oranına bağlı bir prim ödemeyi dahi öngörebilirsiniz sözleşmeyle. Neticede müşterek emanet usulüyle bu hizmeti gören kişi, hizmetten yararlananlardan topladığı ücreti kendi adına toplamaz. İdare adına toplar.

İmtiyaz usulünde ise müşterek emanet usulüyle farklar var. Bunların en belirgin olanı, imtiyaz usulünde kamu hizmetinin sermayesi de özel hukuk kişisi tarafından temin ediliyor. Hizmeti de özel hukuk kişisi kuruyor ve işletiyor. Yine kar ve zarar kendi adına olmak üzere bu hizmeti işlettiği için özel hukuk kişisi o hizmetten yararlananlardan elde ettiği geliri de kendi adına toplar, idare adına toplamaz. Kar mı zarar mı edeceği imtiyazcının ticari becerisi ve o hizmetin sunulmuş şekliyle ilgili bir meseledir.

İLTİZAM USULÜ

İltizam usulü, idare tarafından kurulmuş olan bir kamu hizmetinin ve özellikle de bir kamu hizmetinin tesisinin özel hukuk kişisi tarafından adeta bir kiracı gibi işletilmesidir. İltizam usulünde mültezim veya iltizam sözleşmesinin tarafı olan özel

hukuk kişisi hizmeti işletmek için idareye belli bir bedel öder. Bunun mukabilinde o hizmetten yararlananlardan elde ettiği gelir de kendisine kalır. Böylece mültezimin idareye ödemiş olduğu para ile elde etmiş olduğu gelir arasındaki fark kendi kârını oluşturur. Kar ve zarar özel hukuk kişisine ait olacaktır iltizam usulünde. Diyelim ki idare kamu hizmetini gördürmek için ihale açtı ve siz bunu on milyon Türk Lirasına aldınız. Bu parayı idareye ödeyeceksiniz. Diyelim ki beş yıl için yaptınız bu hizmete ilişkin sözleşmeyi. Beş yılın sonunda siz bu hizmeti sunma karşılığında on üç milyon lira gelir elde ettiniz. Aradaki fark üç milyon lira. Masraflarınızı vs. düşüktükten sonra kalacak olan para sizin karınızı oluşturur. İşlettiniz elde ettiğiniz gelir sekiz milyon. Zarar ettiyseniz buna da katlanacaksınız.

İltizam usulü Osmanlı İmparatorluğu döneminde sıkça uygulanmış bir usul, özellikle mali iltizam sözleşmeleri yapılmıştır. Bazı özel hukuk kişilerine vergi toplama işini belirli bir ücret karşılığında yapma görevi verilmiştir. İltizam usulü bizim ülkemizde bir ara belediyelerin bu gelirlerini toplaması için düşünüldü. Daha sonra İçişleri Bakanlığının olumsuz görüş vermesi nedeniyle bundan vazgeçildi. Sadece sayaç okuma işi özel kişilere gördürülüyor.

RUHSAT USULÜ

Bazı kamu hizmetlerinin tekel niteliğinde hizmetler olduğundan bahsetmiştik. Bu hizmetler kamu hizmetleri ama tekel niteliğinde kamu hizmeti değildir. Belli bir alanı idare serbestleştirmiştir. Eğer tekel niteliğinde değilse kendisi o faaliyeti bir kamu hizmeti olarak yürüttüğü gibi özel hukuk kişilerinin de o alanda faaliyette bulunmasına izin verebilir. Bunun gibi bazı durumlarda idare yine kanunun izin vermesi kaydıyla kamu hizmetini ruhsat dediğimiz bir usulle yani özel hukuk kişilerine izin vermek suretiyle onların da bu alanda faaliyette bulunmasına izin verebilir. Ruhsat dediğimiz şey idarenin tek taraflı bir işlemidir, kararıdır. Dolayısıyla bir sözleşme değildir. Ama elbette ki bir sözleşme olmaması tek taraflı bir işlem olması idarenin tek taraflı kararıyla birilerini bir kamu hizmeti yapmakla görevlendireceği ya da bu kamu hizmetini yapmakla yükümlü kılacağı anlamına gelmez. Askerlik gibi bazı istisnaları olmakla beraber kural olarak hiç kimseyi siz bir kamu hizmeti yapmaya zorlayamazsınız. Dolayısıyla ruhsat usulünde de her ne kadar idarenin tek taraflı bir işlemi olsa bile özel hukuk kişisinin de bu tek taraflı işlemi kabul iradesini ortaya koyması lazım. Aksi halde siz tek taraflı olarak ben seni bu işi yapmakla yükümlü kılıyorum diyemezsiniz. Bu nedenle ruhsatın tek taraflı olması demek sadece ruhsat ve koşullarının karşılıklı bir müzakere sonucunda değil idarenin tek taraflı kararıyla belirlenmesi anlamını taşır.

Ruhsat usulünde bir kamu hizmetinin vermiş olduğunuz bir izinle, bir ruhsatla özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmesini sağlıyorsunuz. Özel hukuk kişisi de bu hizmeti ruhsatla belirlenen koşullar çerçevesinde yerine getirir ve hizmetten yararlananlardan elde edeceği bedel de kendi gelirini oluşturur. Ruhsat usulünün tipik örnekleri vardır. Mesela halk otobüsleri. Şehir içi toplu taşıma işi kamu hizmeti

belediyelere verilmiş bir görev. Kamu hizmeti olarak düzenlenmiş bir görev. Bunu İETT dediğimiz müessese tarafından bizzat kendi personeli, araç- gereci ile yerine getirebildiği gibi halk otobüsü dediğimiz özel kişilere ruhsat vermek suretiyle de bu hizmeti yerine getirebilir. Ama bunun özel kişiler tarafından yerine getirilmesi onu bir kamu hizmeti olmaktan çıkarmaz. Toplu taşıma yine bir kamu hizmeti olarak yerine getirilmiş olur.

Burada sınavlarda da karıştırılan bir husus var. Kavramsal bir benzerlikten dolayı karıştırıyorsunuz. Kolluk usulü olarak ruhsat ile kamu hizmetinin görülüş usulü olarak ruhsat birbirinden farklı şeyler. Kolluktaki ruhsat dediğimiz şey; kamu düzenini sağlamak için idare bazı özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini izne tabi tutabilir. Mesela evinizi yapacakken inşaat ruhsatı alıyorsunuz; bir imar düzeni var, bir İmar Kanunu var ve bunun öngörmüş olduğu yapılaşma kuralları var. Siz ancak yapılaşma kurallarına uygun olmak kaydıyla kendi araziniz üzerinde ev yapabilirsiniz. İşte idare sizin bu kurallara uygun davranmanızı sağlayabilmek, bunu denetleyebilmek için ev yapmanızı ruhsata bağlıyor. Burada sizin ev yapmanız bir kamu hizmeti olmadığı gibi idarenin size ruhsat vermesi bir kamu hizmeti değildir. Bu bir kolluktur. İmar düzenini sağlamak için, kamu düzenini sağlamak için idare sizin o faaliyetinizi izne tabi tutuyor. Bunun gibi günlük hayatınızda karşılaştığınız pek çok faaliyetinizi siz ancak idareden alacağınız izinlerle yürütürsünüz. Küçük bir işletme olarak bakkal açarken bile idareden işletme ruhsatı alıyorsunuz. Ama ruhsat almış olmanız bakkalcılığı bir kamu hizmetine dönüştürmez. İdarenin vermiş olduğu ruhsat bir kolluk işlemidir. Özel hukuk kişinin faaliyetini denetlemek üzere tesis etmiş olduğu bir işlemdir. Halbuki kamu hizmeti usulü olan ruhsatta idareye görev olarak verilmiş bir hizmet vardır, faaliyet vardır. İdare bu faaliyeti bizzat kendisi yerine getirebileceği gibi özel kişilere ruhsatlar vermek suretiyle de, izinler vermek suretiyle de o faaliyeti yerine getirebilir. İşte o zaman o faaliyet ruhsat usulüyle yerine getirilmiş olur.

Mesela özel hastanelere verilen ruhsatlar bir kamu hizmetinin ruhsat usulüyle görülmesini mi ifade eder yoksa bir kolluk usulü olarak ruhsatı mı ifade eder? Özel bir hastanede 500 TL muayene ücreti alınıyor, buna kamu hizmeti diyebilir miyiz? Bunlar kamu hizmeti değildir.

Bir faaliyetin topluma yönelik olarak yürütülen, toplumun genel ve ortak bir ihtiyacını karşılamaya yönelik bir faaliyet olması onu mutlak anlamda kamu hizmetine dönüştürmez. İdare, kimi zaman bir faaliyeti serbestleştirebildiğimiz kararlarla kendisi kamu hizmeti olarak yürütebildiği gibi özel hukuk kişilerinin de o faaliyeti ticari bir faaliyet olarak yürütmesine izin ve imkan verebilir. Özel hukuk kişisi tarafından yürütüldüğü zaman bir ticari faaliyettir. Mesela diyelim ki öğrenci yurtları. Öğrenci yurtları Kredi ve Yurtlar Kurumu'na kanunla verilmiş bir görev olarak KYK'nın öğrenci yurdu açması, işletmesi durumunda bir kamu hizmeti yürütür. Ama kanun koyucu serbest bırakmıştır. "Belirli koşullara uyan herkes öğrenci yurdu açabilir." dediği andan itibaren yurt faaliyetini tıpkı bir otelcilik faaliyeti gibi serbestleştirmiş oluyor. O zaman artık yurt faaliyeti özel hukuk kişileri bakımından yürütülen bir kamu

hizmeti değil; ticari bir faaliyet. Ama bunu idare, kanunla kendisine verilmiş bir görev olarak tevdi edildiği zaman hala da bir kamu hizmeti olarak yürütüyor.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olması için onun idareye kanunla bir görev olarak verilmiş olması lazım. Bu görev kimi zaman tekel niteliğindedir, başka hiç kimse o alanda faaliyette bulunamaz, sadece idare faaliyette bulunabilir. Bazen de öyle faaliyetler vardır ki, mesela Belediyeler kültürel kamu hizmeti yürütüyor; tiyatrosu var. Belediyeler tiyatro hizmeti verdiği zaman bunu kendisine kanunla verilmiş bir kamu hizmeti olarak yerine getiriyor. Bir sürü özel tiyatro var aynı zamanda. Bunlar ise kamu hizmeti değil ticari faaliyet olarak yerine getirirler. Tekel değilse özel kişiler de ticari faaliyet olarak yerine getirebilirler. İdareye görev olarak verilmiş bir faaliyeti de idare kimi zaman özel kişilere ruhsat vererek de yerine getirebilir. Yani bu faaliyeti yine ruhsat usulüyle yerine getiren, idare adına o faaliyeti yerine getirmiştir. Mesela tiyatro örneğinden giderssek, Kenter Tiyatrosu büyükşehir belediyesi ile anlaşsa. Sahne onun, kostümler, ışıklar vs. her şey var. Sen burada gel tiyatro oyunu sergile dese, burada ticari faaliyet mi yürütür Kenter Tiyatrosu? Burada oyuncu idare adına oynuyor. Büyükşehir Belediyesi Tiyatrosunun bir gösterisi olarak biz onu izliyoruz. Ama Kenter Tiyatrosu kendi sahnesinde istediği oyunu oynasa ticari faaliyet yürütmüş olur. Ruhsat dediğimiz şeyde idare size bir izin vererek kendisinin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmeti yerine getirtiriyor ise, burada siz ticari faaliyet yürütmüyorsunuz. İdare adına, idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetini ifa etmiş oluyorsunuz. İşte özel halk otobüsleri de bunun tipik bir örneğidir.

Deniz taşımacılığında bir tarafta şehir hatlarının iskelesi var, ondan idare kendi araç-gereciyle, personeliyle emanet usulüyle kamu hizmetini yürütmeye devam ediyor. Yandaki iskelede de Turyol gibi özel hukuk kişisine ruhsat vererek bu hizmeti yürüttürüyor.

Diş hekimi muayenehanesi, poliklinikler, özel hastaneler gibi virtüel kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetleri biz kamu hizmeti olarak kabul etmiyoruz. Çünkü bunlar idareye görev olarak verilmiş değil, serbestleştirilmiş. Özel kişiler de bunu ticari bir faaliyet olarak yürütebilir. İdareye bir görev olarak verilmişse, idare bunu kamu hizmeti olarak yürütecektir, özel kişiler ise ticari faaliyet olarak yapmaktadır.

İdareye görev olarak verilmemişse, toplumun geneline hitap edebilir, ortak bir ihtiyacı karşılamaya yönelik olabilir; bunlar olsa dahi neticede kamu hizmeti değildir. Bakkal da sonuç itibarıyla ortak ihtiyaçlarımızı karşılamaya yönelik ama bu onu kamu hizmeti haline dönüştürmez.

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin bütün usullerde özel hukuk kişileri de kamu hizmetine ilişkin temel ilkelere uymakla yükümlüdürler. Uymadığı zaman idare bunu kolluk yetkisini aşan bir şekilde içerik denetimi yaparak denetler. Mesela halk otobüslerinde otobüsün yaşı, temizlik, şoförün kılık-kıyafeti gibi bütün hususları denetleyerek kurallara uygun davranmalarını bekler.

Kurallara uygun davranmamaları sözleşmeyle ya da ruhsatla kararlaştırılan yaptırımların uygulanmasını gerektirir. Ruhsatın iptaline ya da sözleşmenin tek taraflı feshine varıncaya kadar bir takım yaptırım uygulama yetkileri var idarenin. Özel hukuk kişilerinin yürütmüş olduğu kamu hizmetlerinden dolayı bireyler zarara uğradığında bunun sorumlusunun kim olacağı cevabını da Danıştay'ın bazı kararlarında görmek mümkün. Mesela imtiyaz sözleşmelerinden dolayı imtiyazcının verdiği zarardan dolayı açılan bir davada, Danıştay diyor ki; burada hizmet idare adına yürütüldüğünden idarenin sorumluluğu söz konusudur. İdare bu zararı tazmin eder ama hizmeti yürüten özel hukuk kişisine rücu edebilir. Ama bazı başka örnek olaylarda ise doğrudan imtiyazcı veya özel hukuk kişisi aleyhine adli yargıda açılan davalara da bakılabilmektedir. Dolayısıyla burada vatandaşın adeta bir seçimlik hakkı var. İsterse hizmetin asli sahibi idare aleyhine idari yargıda, isterse de özel hukuk kişisi aleyhine adli yargıda dava açabilir.

KAMU HİZMETİNİN YENİ GÖRÜLÜŞ USULLERİ

Kamu hizmetinin şimdiye kadar anlattığımız görüş usulleri kitaplarımızda göreceğiniz klasik usuller. Yalnız kamu hizmetlerinin modern devletle beraber çeşitlenmesi ve hayatımızın her alanına doğru yaygınlaşmasıyla beraber bu usullerin yetersizliği ortaya çıkmıştır. Yetersizliğin de temel sebebi şu; eskiden devletin kamu hizmeti dediği şey bir takım gözetim ve denetim faaliyetlerinden ibaretti. Para basan, adliye hizmetleri yürüten, kolluk hizmetleri yürüten bir yapıydı devlet. Daha sonra insanların ortak ihtiyaçlarının artmasıyla beraber bu hizmetler çok çeşitlendi. Günlük hayatınızı düşünürseniz, ne kadar çok kamu hizmeti var ve ne kadar çok kamu hizmetine ihtiyaç duyuyorsunuz. Televizyon yayıncılığından tutun, ulaşım; yollardan, kaldırımlardan tutun hava ulaşımına kadar hizmete ihtiyaç duyuyorsunuz ve bu hizmetlerin büyük bir kısmı da kamu hizmeti olarak karşınıza çıkıyor. Ama bu hizmetleri yürütürken idarenin aynı zamanda finansmana, paraya ihtiyacı oluyor. Artık günümüzde kamu hizmetleri küçük yatırımlarla yürütülebilecek hizmetler değil. Hava yolu ulaşımı açısından baktığımızda, Sabiha Gökçen Havaalanında bazen yarım saat rötar oluyor pist yetersizliğinden ötürü. Yeni havaalanı yapmanız lazım, yeni pist yapmanız lazım. Ama yeni pist, yeni havaalanı yapmak milyon dolarlarla ifade edilen bir yapı. Okul yapılması, hastane yapılması çok büyük yatırımlar gerektiren faaliyetler. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin yeni usullerine duyulan ihtiyaç esasen kamu hizmetinin finansmanı konusunda arayışların ortaya çıkardığı çözüm önerileri. Yani finansman arayışları aynı zamanda kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi konusunda da idareyi arayışa yöneltiyor. Bu arayış sadece bizim gibi gelişmekte olan ya da

ekonomisi çok gelişmemiş olan ülkeler bakımından değil; İngiltere, ABD gibi gelişmiş ülkelerde de geçerli. Hatta bizim uyguladığımız pek çok usul aslında menşei olarak bu ülkelerin uyguladıkları usuller. Dolayısıyla bugün kamu hizmetlerinin finansmanı meselesi, devletler bakımından önemli bir problem. Çünkü devletlerin en önemli gelir kaynağı vergidir. Eğer ülkenizin körfez ülkelerinde olduğu gibi önemli bir kaynak teşkil edecek kadar doğal bir zenginliği yoksa vergi toplayacaksınız. Bu

elde ettiğiniz vergiler kamu hizmetinin yürütülmesi için yetersiz kalmakta ama bir taraftan da bu hizmetleri yürütmeniz gerekmekte. Nasıl yürüteceksiniz? İşte bu arayış devletlerin yeni yöntemler bulmasını sağlıyor. Şimdi size bizim ülkemizde var olan bazı değişik yöntemlerin örneklerini vereceğim ama mantıken niçin böyle yeni örnekler ortaya çıktığını da anlamak için bu örneği verdik.

Kanun örneklerine baktığımızda, mesela 3096 sayılı **Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun**. Hepimiz biliyoruz, Türkiye enerji ihtiyacı olan bir ülke. Bu enerji ihtiyacını temin için en önemli kaynağı hidroelektrik santralleri, su veya yeni yeni rüzgar santralleri vs. kuruluyor. Ama nasıl üreteceksiniz bunu? Devlet her yıl bir baraj yapmaya kalksa, kaç milyon dolar para harcaması lazım veya iletim hattını her yıl genişletmeye kalksanız yine bütçenizde önemli bir yer tutacaktır. Dolayısıyla da belli bir arayışa girince elektrik üretim, dağıtım ve iletim faaliyetlerini özel kişilere nasıl gördürebiliriz sorusunun cevabı olarak *görevlendirme* dediğimiz yeni bir yöntemle bu hizmeti özel kişilere gördürme imkanı sunan bir kanun ortaya çıktı. Kanun'un amacı 1. maddesinde düzenlendiği üzere, sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektir. Demek ki Türkiye'de artık elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticaretini özel hukuk kişileri de görevlendirme suretiyle yerine getirebiliyorlar. Görevin nasıl verileceği ise Kanun'un 3. maddesinde ifade ediyor: Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine; Devlet Planlama Teşkilatının (Eskiden Devlet Planlama Teşkilatıydı, bu kurum şimdi Kalkınma Bakanlığına dönüştürüldü) görüşünü havi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belli edilmiş görevleri bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin, yaptırılmasına karar verebilir. Yönetmelikle Türkiye Dağıtım Bölgelerine bölünmüş vaziyette. İstanbul'da iki tane dağıtım bölgesi var; biri BEDAŞ biri AYEDAŞ olmak üzere Avrupa Yakası ve Anadolu Yakasında faaliyet gösteren iki tane şirket tarafından elektrik dağıtım yürütülüyor. Bunun gibi dağıtım bölgeleri oluşturuldu. Bu bölgelerde dağıtım faaliyetleri görevlendirme dediğimiz bir usulle özel hukuk kişilerine gördürülebilir veya elektrik üretimiyle görevlendirebiliyorsunuz. Kanun'un 5. maddesi, görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebileceğini belirtiyor. Birinde görevlendirme vardı, burada da *işletme hakkının devri* kavramıyla karşı karşıyayız. Görevlendirme bir şirkete bir faaliyeti yerine getirmek üzere görev vermeyi ifade ederken, işletme hakkı mevcut, idare tarafından kurulmuş ya da kurulacak olan bir elektrik üretim, iletim veya dağıtım tesisinin işletme hakkının devri anlamına geliyor işletme hakkının devri dediğimiz bir sözleşmeyle. Görevlendirme süresi 99 yıla kadar yapılabilir. Bu yöntemlerde süre belki size çok uzun gelebilir ama burada bir yatırım yapılıyor, yatırım için bir para koyuluyor ve bu yatırımın karşılığı o hizmeti sunarken yararlanarlardan toplanan paralarla

sağlanacak. Bu yatırımların maliyetinin büyük olması, mesela bir nükleer santralin yapımı için milyon dolarlar yatırılması gerekir. Şirketler de bunu ticari amaçla yaparlar dolayısıyla idare şirkete bunu beş yıllığına yap diyemez, dediği takdirde yatırımı karşılamaz. Bu sebeple iktisadi bakımdan bir fizibilite yapılması gerekir. Uygun bir süre tespit edersiniz ama bunun maksimum süresini Kanun 99 yıl olarak belirliyor. Görev sona erdiğinde ise Kanun'un 8. maddesi uyarınca tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden arı olarak idareye bedelsiz olarak geçer.

Bir başka örnek; **Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun**. Otoyol yapımı da oldukça maliyetli. Kural olarak şehirlerarası yolların yapımı, bakımı ve onarımı görevi Karayolları Genel Müdürlüğü'ne ait bir görevdir bir kamu tüzel kişisi olarak. Ama artık Karayolları Genel Müdürlüğü'nün bütçesi, mali imkanları vs. bu tür faaliyetleri yerine getirmeye elverişsiz olduğundan çıkarılan bir kanunla otoyol yapımı konusunda da özel hukuk kişilerini görevlendirebiliyorsunuz. Örneğin İzmir Otoyolu bu usulle yapıldığı zaman kaç milyon dolarlık bir yatırımı idarenin cebinden hiç para çıkmadan bir özel hukuk kişisine yaptırmak mümkün. Özel hukuk kişisi belirli bir süre burayı işletecek, daha sonra borçlarından arı bir şekilde idareye devredecek. Mesela Kanun'un 4. maddesi uyarınca erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesinde sermaye şirketleri görevlendirilebilir. Yine aynı madde uyarınca Genel Müdürlükçe yapılmış ve yapılmakta olan otoyollar üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı ve işletilmesi şirketlere yaptırılabilir. Burada da işletme hakkının devri var. Buradaki süre 49 yıl olarak belirlenmiş. Kanun'un 6. maddesinde idareye verilen üstün bir güç olarak sözleşmeler, görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde, Genel Müdürlükçe süresinden önce de feshedilebilecektir. Yine Kanun'un 7. maddesinde tarifelerin idare tarafından Bakanın onayıyla düzenleneceğine ilişkin düzenleme yapılmış. Bütün bu usuller ve başka bu şekildeki usuller de kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi için, o hizmetin özellikleri dikkate alınarak yapılmış yeni yasal düzenlemeler ve yeni usullerdir. Tabii ki bunların bir kısmı imtiyaz sözleşmesine çok benziyor, imtiyaz sözleşmesiyle ortak özellikleri var ama pozitif hukuk bakımından getirilen her sürelerle ilişkin, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin, tabi olacakları hukuki rejime ilişkin farklılıklar sebebiyle bunları da biz ayrı başlıklar olarak yeni usuller diye adlandırıyoruz.

Yeni bir Kanun çıktı. **Kamu-Özel işbirliği** yine İngiltere'de ortaya çıkmış ve daha sonra dünyada değişik ülkelerde uygulanan bir yöntem. Aslında kamu-özel işbirliği modeli denilen model bir çatı kavram. Bu bir çatı kavram olduğu için de bizim hukukumuzdaki yap-işlet-devret ve imtiyaz veya bahsetmiş olduğumuz bu yeni modellerin hepsini bu kamu-özel işbirliği modeli altında görmemiz mümkün. Sağlık Bakanlığının şöyle bir uygulaması var, Kanun çıktı bunun için. Ana hatlarıyla Kanunla getirilen sistem şu; Hazineye ait bir arazi var. Bu Hazine arazisi üzerinde çok nitelikli,

bütün branşları olan şehir hastaneleri kurulacak. Sağlıkla ilgili bütün hizmetlerin bir arada sunulabileceği bir yapı öngörülüyor. Böylece sağlık hizmetlerine erişimin kolaylaşması, bir çatı altında bütün hizmetlerin sunulması hedefleniyor. Yani bu modelde devlete ait bir Hazine arazisi var. Bu Hazine arazisi üzerinde siz süresi 30 yılı geçmemek üzere özel hukuk kişisi lehine irtifak hakkı veriyorsunuz. Bu irtifak hakkından sonra özel hukuk kişisi

idarenin hazırlamış olduğu teknik şartnameyle, idari şartnameye uygun hastane binasını inşa ediyor. Tabi bu sözleşmenin içeriğine bağlı olarak da değişebilir. Hastane binasının tefrişini, yani yatakları vs. bunların hepsini kapsayıp kapsamayacağı sözleşmeyle kararlaştırıyor. Daha sonra idare bu hastaneyi özel hukuk kişisinden kiralyor. Kira ödeyerek burada kendi personeliyle sağlık hizmetini Sağlık Bakanlığı yürütüyor. Burada diğer yöntemlerden farklı olarak, gerçekten kelime anlamı itibariyle de bir işbirliği var. Çünkü özel hukuk kişisi bir taraftan kamu hizmetini yapıyor ama sözleşmeyle diyelim ki o kamu hizmetinin içinde yer alan otopark işletmesini, kafeterya işletmesini hatta bazı projelerde hasta yakınlarının kalması için otel yapılması, bir takım hususların işletilmesi yetkisini de özel hukuk kişisine bırakabilirsiniz. Veya laboratuvar işletilmesini, hastane içindeki yemek ihtiyacının, temizlik ihtiyacının giderilmesi hizmetlerini de özel hukuk kişisine bırakabilirsiniz. Siz de idare olarak burada minimum kamu hizmeti dediğimiz, en temel kamu hizmeti olan sadece sağlık hizmetini vermiş oluyorsunuz. Dolayısıyla sağlık hizmeti bir bütün olarak idareyle özel hukuk kişisinin işbirliğiyle yürütülmüş oluyor. Burada da diğer yöntemlerden farklı olarak idareyle özel hukuk kişisinin birlikte bir hizmeti yürütmesi söz konusu oluyor. Halbuki imtiyazda, yap-işlet-devrette idare size bir görev veriyor, sizinle sözleşme yapıyor ve kendisi denetleyen ve gözetleyen olarak sizin üzerinizde duruyor. O hizmeti idare adına siz yürütüyorsunuz. Halbuki burada idare böyle bir durumda değil, hizmeti bizzat idare etmeye, sürdürmeye devam ediyor. Benzer bir model Kredi ve Yurtlar Kurumu tarafından öğrenci yurtları için de çıkarıldı. Orada da aynı yöntem ama Hazine arazisine değil, kişiler kendi arazilerine Kredi Yurtlar Kurumu'nun öngörmüş olduğu teknik şartnameye, mimari projesine uygun olarak bir yurt binası yapıyorlar ve KYK bunu kişilerden kiralyor. Mantıken "İdare kiralayacağı yere kendisi neden yapmıyor?" sorusu sorulabilir. Şu sebeple kendisi yapmıyor çünkü bir hastane yapmak diyelim ki 100 milyon dolar; 50 şehre 50 hastane yapsanız, 5 milyar dolar. İdare 5 milyar doları iki yıl içinde kendisi çıkarıp vermek yerine, iki yıl içinde özel hukuk kişilerine 50 tane şehir hastanesi yaptırabiliyor bu yöntemle. Bunun da bedelini adeta taksitle öder gibi öder özel hukuk kişisine. Bunlar kamu hizmetinin finansmanı için ortaya konan arayışların geliştirmiş olduğu bir takım çözümler.

KAMU HİZMETİ (Genel Tekrar)

Başlangıçta idare hukuku alanından biraz bahsedildi. Varlık gerekçesinden ve gerekliliğinden bahsedildi... Çünkü bütün ilkeleri ile bir hayat memmat düzeyi yaşıyor. Sonra idarenin faaliyetleri konusuna başlandı. İdarenin yaptığı çeşitli faaliyetler var ve bu faaliyetlerin hukuki rejimini belirlemek için hukuk düşüncesi alanlar oluşturmuştur. Bu alanlara ilişkin kavramlar oluşturulmuştur. Bu alanlar, kavramlar idarenin

faaliyetlerini nitelendirmek için kullanılır. İdarenin faaliyetleri denildiği zaman ortaya çıkan bir faaliyetin hangisine girdiği ihtimallere, bu müesseselere, bu kavramlara ve kurumlara dahil olmasına göre tespit edilir. Bunlar hem teşhise yarar, hem çözmeye yarar. O faaliyetin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmeye yarar; hem de açıklamaya yarar. Buna ilişkin hukuki gerekçeyi oluşturmaya yarar. Şu yüzden hukuka aykırıdır bu yüzden hukuka uygundur demeye yarar. Örneğin "*kamu hizmetinin süreklilik ilkesine göre bu faaliyet hukuka uygundur veya aykırıdır*" şeklinde bir değerlendirmeyi yapmaya yarar bu kavramlar. Bu bahsedilen alanlar, idarenin faaliyetlerinin genel çerçevesini belirlemek, bu genel çerçeve içine girip girmediğini anlamaya yönelik kriter

olarak kullanmak, buna ilişkin açıklamalarda malzeme olarak kullanılmak üzere var olan kavramlardır.

Eğer ilginizi çekerse Ankara hocalarından Tekin Akıllıoğlu'nun Hukuka Giriş diye bir kitabı çıktı. Burada hukuk üst dili, konu dili şeklinde bazı alanlar tartışılıyor ve şöyle deniliyor: Hukukçular bir üst dil kullanır. Tıpkı diğer mesleklerde olduğu gibi. Yani kurallarda, kanunlarda yer alan dilin üstünde bir dil kullanır. Bu dil olayları anlayabilmeyi olaylar hakkında hukukçuların birbirlerine özet yapmasına, olaylar hakkında gerekli açıklamaları ve tespitleri yapmaya yarar. Bu dil bilinmezse adalet duygusunun ortaya çıkartacağı çözümü gerekçelendirmek mümkün olmaz.

Kamu hizmeti Osmanlıca tabiri ile sehli mümteni bir alandır. Kolay görünen zordur. Bahsedilenlerin hepsi anlaşılır. Fakat iş başa düştüğünde yapabilmek anlamaktan ibaret bir şey değildir; bunun işlevini düşünmek gerekir bu alanları anlamak yeterli değildir kullanmak gerekir o yüzden şimdi kısa bir özet yaptıktan sonra yargı kararlarına nasıl yansımış buna bakacağız. Derslerde kamu hizmetinin temel kavramlarını üç bölümde anlatıldı. Birinci bölümde kamu hizmeti nedir konusunu anlatıldı. Bu konuda kavramlar bütünden kopuk çalışıldıkça bir sürü sorunlar çıktığını açıklamaya çalıştık. Kamu hizmeti kavramı açıklanırken toplumun ortak ve genel ihtiyacını gidermek, giderilmediği takdirde huzursuzluk oluşturacak bir ihtiyaç olması, topluma yararlı olması, toplum için önemli olması gibi kriterler kullanıldı. Bütün bu açıklamaları hukuki teknik bir dile çevirmek için dedik ki bunun üst dili, bunun teknik belirlemesi "**idareye görev olarak verilmesi**"dir. Dolayısıyla bir şeyin kamu hizmeti olabilmesi kişilerin serbestçe kamu hizmetidir veya değildir demesine bağlı değildir. Hukuk dünyasında bir muameleye bir gelişmeye bağlı. Toplum için çok önem taşıyor olmasına rağmen bir kamu hizmeti haline getirilmemiş faaliyetler olabilir; toplum için o kadar önem taşımadığı düşünülmesine rağmen kamu hizmeti olan faaliyetler olabilir. Bunun mutlaka bir teknik dili olması, kişiden kişiye değişmemesi gerekir. Bu ancak idareye görev olarak verilmesi halinde mümkün olmaktadır. Ondan sonra kamu hizmetinin hukuki rejimi anlatıldı. Burada da ilkeler karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeler cümle halinde olmayan ifade biçimleridir. Mesela süreklilik ilkesi. Başı ve sonu yoktur. Hareketli, genel geçerdir. Halbuki bir kural olsa bir düzenleme formunda olacaktır. Mesela "devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar kamulaştırılmaz." Bu bir cümledir, bir kuraldır; halbuki bir ilkeden bahsedildiğinde, genel geçer hale gelir. Belirleyici olur. *Eşitlik, süreklilik, uyarılma* ilkeleri anlatıldı. İlke diye bazı kitaplarda

yazan şeylerin her kamu hizmeti için geçerli olmadığına, bazılarının ise diğer başka ilkeler altında anlaşılması gerekliliğine değindik. Sonuçta konunun hukuki rejimini belirlemede üç ilkeye indirgenmiş bir şablon ortaya koyduk. Bu şablon kamu hizmetlerine ilişkin bir kanun veya düzenleme eksikliği dolayısıyla ortaya bir uyuşmazlık çıktığında yapılması gerekenler tespit edilirken kullanmaya yarayacaktır. Bu ilkeler, olması gereken düzenleme konusunda, yapılan işlemin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmesinde kullanılacaktır. Bu ilkeler hareketi de sağlar.

Eşitlik ilkesinin anlamına ve kapsamında girdiğimizde eşitsizliğin bazen eşitliği sağlamak için gerekli olduğunu vurguladık. Bunun sözlük anlamındaki eşitlik olmadığını; bir hukuki kavram olarak eşitlik olduğunu vurguladık. Bu kavrama misyonu, rol oynadığı alanlar dolayısıyla bir anlam verilmesi gerekmektedir. Hatta bu ilke olmasının sebebi de -içini böyle

doldurulabiliriz-, zamana ve zemine göre esneyebilir olmasıdır. Bu esneyebilme özelliği insana göre veya duruma göre cevap veren bir kayganlık değil; bütünden kopmadan, bütünü hareket ettirerek mantığı ile bir olaya uygulanabilme kabiliyetidir.

İlkelerden sonra ise görülme usullerine değinildi. Emanet usulü ve özel kişiler tarafından görülme usullerine değinildi. Özel kişiler tarafından görülme usullerinin günümüzde ne kadar önemli olduğuna değinildi. Artık dünya ülkelerinin büyük bir çoğunluğunda neoliberal ekonomik, makroekonomik tercihler dolayısıyla kamu hizmetlerinin de paraya çevrilmesi ve parasal karşılıkları nedeniyle özel kişiler tarafından görülme talebinin oluşturulması ve bunun mümkün olduğu kadar özel kişiler tarafından gördürülmesi, idarenin ekonomik ve sosyal hayattan adeta çekilip sadece bir denetçi, iş yapan değil iş veren, özel kişilerin yaptığı işleri denetleyen kendisi üzerine düşen işleri de özel kişilere gördürüp daha içten denetleyen bir role doğru gittiğini belirttik. Ama bunun her zaman için kalıcı olacağını düşünemeyiz. Kuraklık ve bolluk dönemleri gibi çeşitli dönemlerde dünyada bu tür gelişmeler olmaktadır. Çağlar birbirini takip ediyor, hukuk anlayışları moda/akım yaklaşımlar değişiyor. Şimdi de ekonomik durum bakımından idare hukukunun uyarlandığı son durumu gösterdik.

Hızlıca değinebilme imkanı olsa, dünyanın nasıl da iki dünya savaşından önceki durumda olduğunu bunun hukuk üzerinde bir baskı oluşturduğunu hukukun bu baskıyı takip etmek yerine önüne geçip esasında bu baskının buharını alabilecek bir işlevi olup olamayacağını da tartışabilirdik.

Bundan sonraki kısımda yargı kararlarından yola çıkarak kamu hizmeti değerlendirilecektir.

Bu yargı kararı (**Anayasa Mahkemesi Esas Sayısı : 1996/63 Karar Sayısı : 1997/40 Karar Günü : 26.3.1997**) kamu hizmeti tanımına ilişkin. Bu karar *Yap İşlet Devret Kanunu* ile ilgilidir bu kanunda söylenenleri değerlendirelim:

“ Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkilidir.”

Bu mesele güncelliğini korumaktadır. Üçüncü köprü yapımı dolayısıyla gündeme gelmiştir. İdare garanti verebilir mi konusu tartışılmakta. Garanti parasal bir hususa ilişkin oluyor. Mesela elektrik hizmeti üreten bir işletmecinin elektriğini idare satın almayı taahhüt ediyor. Böylelikle Yap-İşlet-Devret sözleşmesi ama zarar ihtimali ortadan kalkıyor. Bu olabilir mi diye tartışılmakta. Bunun gerçekten zarar ihtimalini ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışılmalı. Veya yatırdığı parayı kaybetme ihtimali yok. Zarar etme ihtimali her zaman kazandığı parayı kaybetme ile ilgili değildir. Bazen de kazançtan kayıp şeklinde ortaya çıkabilir, sermaye karşılığını alamamak şeklinde olabilir. Buradaki güvencenin usul bakımından değerlendirilmesi tartışılmaktadır.

Karara dönülürse : *“...kamu hukukunda, idarenin yaptığı sözleşmelerden, konusu kamu hizmeti olan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmelerin “idarî” sayılacağı kabul edilmektedir. İdarî sözleşmeyi belirleyen ölçütler arasında en tartışılanı “kamu hizmeti”dir. Görevsel bakımdan bir girişim ve etkinliğin kamu hizmeti sayılması veya sayılmaması, değişik koşullar dikkate alınarak yasa koyucunun görüşleri doğrultusundaki belirlemelerine göre şekillenen değişken ve göreceli bir konudur”*

Burada kamu hizmetini ben işin niteliğine bakarak karar vermem yasa koyucunun görüşleri ile belirlenen değişken ve göreceli bir konu olduğunu belirtiyor.

“Kamu hizmetinin yönetsel ögesi, genelde kamusal yönetim biçimi ise de, idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü kimi etkinliklerin de bu nitelikte olduğu görülmektedir. ”

Burada da hukuki rejiminden bahsedilmekte. Kamu hizmetinin mutlaka kamu hizmeti kurallarına tabi olması gerekmez; bazen özel hukuk kurallarına da tabi olabilir. Örneğin İSKİ su hizmetini satarken bir abonman sözleşmesi yapmaktadır. Elektrik işlerinde de özel hukuk sözleşmesi yapılabilir. İdare ile olan ilişkisi başka bir şeydir; o işin gerçek kişilerle olan ilişkisi başka bir şeydir. Gerçek kişilerle hukuki ilişki

içerisine girilirken tıpkı bir ticaret şirketi imiş gibi hukuki ilişki kurulabilir. *"Fakat bir hizmetin amacı kamu yararı ise kamu hukuku esaslarına bağlı kalacağı açıktır. Bu nedenle idarenin, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinlikler hangi yol ve usulle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından "kamu hizmeti" kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir."*

Bu kısımda bir önceki yaklaşımdan farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Şöyle izah edilebilir: Kamu hizmetini belirlemede mutlaka kanun koyucunun takdir yetkisi var; ama bazı kamu hizmetleri kamu hukuku kurallarına göre değil, ticaret hukuku medeni hukuk kurallarına bağlı olarak yürütülüyor. O halde bunu özel faaliyet mi saymak gerekir? Hayır bunun idari faaliyet olarak kabulü gerekir denilmiş bu son kısma kadar. Ama son kısımda bu yaklaşımdan

uzaklaşarak şu kriter öne çıkarılıyor: "Amaç önemlidir; kamu yararı. Bir faaliyet kamu yararı amacını güdüyorsa nasıl görülürse görülsün, kanun koyucu bunu nasıl nitelerse nitelesin kamu hizmeti olabilir" şeklinde bir yorum getirilmiş. Kamu hizmeti eşittir kamu yararı şeklinde izah edilmiş. Ancak burada bir bilinmeyi başka bir bilinmeyenle izah etme problemi ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmetinin ne olduğunu tarif etmek kadar kamu yararının ne olduğunu tarif etmek de zordur. Kamu yararı toplumun ortak yararı mı; tek kişinin yararı da kamu yararı olabilir mi tartışması yapılmalıdır. Örneğin "ambulansa yol vermek kamu yararı bakımından önemlidir" demektir birçok kişi. Ama esasında ambulans bir kişiyi hastaneye yetiştirmeye çalışmaktadır. Ama her kişinin bu ambulans içerisinde olabilme potansiyeli bu kamu yararını ortaya çıkarmaktadır. Dolayısı ile bu tek kişinin veya çok kişinin yararı kriterine göre açıklanabilecek bir mesele değildir.

Yahut bir kişinin gayrimenkulünden yol geçirebilmek için kamulaştırılmadan önce kamu yararı kararı alınması gerekir. Bu kamu yararı kararı verilmesine rağmen kişinin taşınmazının karşılığını alabilmesi de kamu yararındır. Çünkü onun mülkiyet hakkının korunması toplumdaki herkesin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili bir şeydir. *"Kamu hizmeti kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil; hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir. Böyle olunca, kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin, toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir."*

Yukarıdaki açıklamalara bakıldığında doktrinin de desteği ile teknik özden koparılmış ve her durumda Anayasa Mahkemesinin kendisinin karar verebileceği bir kamu hizmeti tanımı görmekteyiz. Bu yaklaşım, faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına, amacının kamu yararı olup olmadığına ve toplum için taşıdığı öneme bakarak eğer öyle görüyorsa karar verebilecekmiş gibi bir sonuca çıkıyor. Yargı bu şekilde kendi alanını ve bakış açısını genişletmiş oluyor. Buna doktrinde karşı çıkmak gerekir.

Bir başka yargı kararı şu şekilde (**AYM Esas : 1994/71 Karar : 1995/23 Karar Günü : 28.6.1995 Resmi G Tarihi : 20 Mart 1996**)

"“Kamu hizmeti” kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. (...)Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.”

Esasında doğru değil. Ancak sosyal devlet bakış açısı ile yargı bunların hepsini kamu hizmeti olarak kabul etmiş. Böylelikle bu faaliyetlerin özel hukuk düzenlemesine tabi tutulamayacağı sonucuna varılmış. Kanun koyucunun idareye görev olarak vermiş olması değil; toplumun sürekli yararlandığı ve toplum için önemli, ortak ve genel ihtiyaçları gideren bir faaliyet olması nedeni ile kamu hizmeti nitelmesi yapılmış.

Hiçbir kanunda kural olarak bir faaliyet için "kamu hizmetidir" veya "değildir" şeklinde bir ifade yer almaz. Anayasa Mahkemesi ise kanun koyucu ne derse desin önüne bir uyuşmazlık geldiğinde söz konusu faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına kendisi bakmakta ve kamu hizmeti olarak görüyor ise hukuki rejimini de ona göre belirlemekte. Kanun koyucu bunların özel birer faaliyet olduğunu ve yap işlet devret sözleşmesi ile devredilebileceğini öngörmüş ancak Anayasa Mahkemesi ilgili kanunun Anayasa Uygunluk denetimini yaparken sözleşmeye konu faaliyetleri (köprü, baraj yapımı vs.) birer kamu hizmeti olarak nitelendirmiş ve bunların özel hukuk sözleşmesi ile devredilebileceğini öngören kanun maddelerinin Anayasa aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Kamu hizmeti nitelmesi yapmasının bir sonucu olarak bu yargıya ulaşmıştır. Yani bu denetimle ilgili en kritik nokta faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. Kamu hizmeti kavramı burada tam anlamı ile belirleyici kavramdır. Kamu hizmeti olarak kabul edildiği için iptal hükmü verilmiştir.

Bir başka karar şu şekildedir (**AYM Esas Sayısı : 1994/43 K. : 1994/42-2 Karar Günü : 9.12.1994 Resmi G.Tarihi 24 .01.1995**):

“Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür.”

Bu yaklaşım adeta toplumu kanun koyucudan koruyan bir yaklaşımdır. Yani kanun koyucu bir faaliyeti kamu hizmeti olarak öngörmemiş olsa bile Anayasa mahkemesi uyuşmazlık halinde faaliyetin kamu hizmeti olduğuna karar verme yetkisini kendinde görmektedir. (Bu anlayış günümüzde biraz değişmiştir.) Elektrik hususunda da aynı yaklaşımı görmekteyiz.

"Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. "

Günümüzde artık bu şekilde olduğunu söyleyemeyiz. Örneğin bir şirket elektrik üreten bir gemisini denize indirmiş ve nerede elektrik ihtiyacı var ise (Afrika, Ortadoğu...) buralara gidip elektrik üretilip satılabilmektedir. Dolayısıyla bu artık bir ticari faaliyete dönüşmüş durumdadır. Eskiden kamu hizmeti halinde görülmesinin sebebi toplum için taşıdığı önem dışında elektriğin depolanamaz nitelikte olmasıydı. Ancak şimdi özel kişiler de elektriği üretir hale geldi. Ancak idare bu faaliyeti "sadece özel kişilere bırakılmayacak olması" nedeni ile kendisi de elektrik üretme şeklinde bir misyon güdebilir. Bu halde ise idarenin ürettiği elektrik kamu hizmeti rejimine tabidir; özel kişinin ürettiği ise ticari faaliyet niteliğinde olabilir. Buradaki kritik nokta şudur: elektrik üretme faaliyetinin veya sağlık alanına ilişkin faaliyetlerin tamamı kamu hizmetidir denemez. Örneğin hastanelerde verilen sağlık hizmeti dışında muayenehanesinde çalışan doktorlar var... Yani sağlık alanına ilişkin pek çok farklı görünüm var... Şöyle düşünmek

gerekir: sağlık hizmetini özel bir faaliyet olarak sunanlar da vardır ; taşıdığı önem nedeni ile idarenin de görevi ve kurduğu bir teşkilat vardır. Dolayısıyla kimisi ticari faaliyet olarak sağlık hizmeti satın almaktadır; idare ise imkanı olmayana da sağlık hizmeti sunabilecek tesisleri yapmakla görevlendirilmiştir. ABD'de sistem bu şekilde olmadığından Başkan Obama'nın seçime ilişkin en büyük vaadi sağlıkta sosyalleşmeyi sağlamaktı. Sağlık sigortası olmayan kimselere de bu imkanı sağlayıp minimum bir kamu hizmeti haline getirme vaadi kendisine önemli bir oy yüzdesi sağlamıştı. Yani alanın hepsi kamu hizmeti olduğunda özelleşme başlamakta; hepsi özel faaliyet haline geldiğinde ise tekrar kamu hizmeti niteliği taşıması hususu da gündeme gelmektedir.

Şimdi incelenecek karar (AYM Esas : 1990/4 Karar: 1990/6 Karar Günü: 12.4.1990 Resmi

G. Tarihi: 17 Haziran 1990) özel eğitim kurumlarına ilişkindir. Bu kararda kritik nokta şudur: idarenin özel eğitimi kurumlarına ilişkin çeşitli açılardan denetim yetkisi bulunmaktadır. Mesela %2 oranında ücretsiz öğrenci okutma mecburiyeti, müfredatının idarece onaylanması, açılması için idareden izin alınması, öğretmenlerin niteliklerinin idare tarafından belirlenmesi gibi... Buradan yola çıkarak "bu bir kamu hizmeti midir değil midir?" sorusu gündeme gelmektedir. Burada söz konusu olan, bir otobüs şirketinin şehirlerarası yolcu taşıma faaliyetine "*şoför iki saatten fazla araç kullanamaz, uzun yola iki şoförle çıkarılır...*" gibi güvenlik amacı ile getirilen standartlara benzeyen bazı standartlar mıdır; yoksa "*hizmetin asıl sahibi idaredir ve hizmeti bu şartlarla görmek sureti ile özel okul açılabilir* " deme biçimi midir bunu tartışmak gerekmektedir. Özel öğretim kurumlarına getirilen bu denetim düzenlemeleri bunun esasında idareye verilmiş bir görevin, idarenin denetimi altında özel kişiye gördürülmesi anlamına gelecek içten bir denetim mi olduğu tartışması burada önem kazanmaktadır. Yani bu bir kamu hizmeti midir? Yoksa bu faaliyet bir ticari faaliyettir ve standartları idare tarafından konulmuş ve ancak bu standartlara uyulduğu takdirde bu faaliyet yerine getirilebilir anlamında başka bir faaliyet midir? Kamu hizmetinin özel kişi tarafından görülmesi midir; yoksa özel kişi tarafından görülen özel bir faaliyetin kolluk faaliyeti niteliğindeki bir denetimi midir? Maddelere bakıldığında farklı sonuçlara ulaşmak mümkün görünmektedir. Ortaöğrenim

konusunda idareye görev verilmiştir ve idare bu alanda kendi okullarında bu faaliyeti yerine getirmektedir; ancak bir yandan da Özel Eğitim Kurumları kanunu da çıkarılmıştır ve buda belirli şartlara uyararak idareden izin alınması suretiyle özel okul açılmasına imkan verilmektedir. Bu kamu hizmetinin ruhsat yolu ile görülme usulü müdür; değil midir?

Bu hususa ilişkin kararda da yer verilmiş olan çeşitli hükümler bulunmaktadır.

"Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. "

Esasında bu değerlendirme Anayasa Mahkemesine yakışmayacak bir yorumdur. Kendine göre gelişimi anlatıyor; ancak sosyal olayların hiçbirisi bu kadar basit değildir. Halbuki hukuki bir değerlendirme ortaya konulması gerekir.

"Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur."

Yani şu şekilde bir yorum yapılmış: "okul önemli birşeydir, ister idarece görülüyor olsun isterse idare dışında özel kişinin yapmasına ilişkin müstakil kanunlar olsun, bu faaliyet önemli bir şeydir ve önemli olduğu için de kamu hizmetidir..."

Danıştay'ın aynı hususa ilişkin bir kararını inceleyeceğiz (**D10D, E. 2009/11303 K. 2009/8021**

T. 15.9.2009). Buradaki tartışma faaliyet kamu hizmeti olduğuna göre görev yapan öğretmen de kamu personeli mi sorusuna ilişkin. Çünkü öğretmen sözleşme ile istihdam ediliyor, kimi zaman devlet okulunda çalışan öğretmenden daha düşük maaşla çalışıyor... Burada öğretmenle yapılan hizmet sözleşmesi, öğretmeni bir memur haline getirir mi tartışması yapılıyor. Sonuçta da bu personelin kamu personeli olmadığı sonucuna varılmış. "Faaliyet kamu hizmetidir; ama yerine getiren kimse bir kamu görevlisi değildir. Kamu hizmeti olması başka birşeydir, personelinin statüsü ise başka bir meseledir" şeklinde açıklanmış.

Danıştay 1. dairesinin bir kararını inceleyeceğiz. (**T.C. DANIŞTAY 1. DAİRE E. 1992/232**

K. 1992/294 T. 24.9.1992) 1. daire Danıştay'ın görüş bildiren dairesidir. Bir uyuşmazlığı çözmez. Bir konu hakkında görüş bildirir. 1. Dairenin diğer dairelerden farklı olarak misyonu budur. Bu karardaki uyuşmazlık elektrik üretimine ilişkin.

"Gerek öğretide, gerekse uygulamalarda vurgulandığı üzere, kamu hizmetleri, Devletçe ve diğer kamu tüzel kişilerinince genel idare hukuku esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının giderek dışına taşıp, kapsamı genişlemektedir.

Günümüzde kamu hizmeti kavramının belirlenmesinde, faaliyetin kamuya yararlı nitelik taşımasına koşut olarak, kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerin varlığı

durumları da göz önünde bulundurularak geniş bir kamu hizmeti kavramının benimsendiği gözlenmektedir.

*Çağdaş anlamıyla kamu hizmeti, bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da bu kamu kurumunun yakın gözetimi altında özel girişimci eliyle kamuya sağlanan hizmettir. Ayrıca bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, onun tekel altında yürütülmesi de gerekmez. **Kamu hizmeti kurmak ya da özel bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirmek ise yasa koyucuya ait bir yetkidir.** Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla kurulabileceği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yürütme organınca da kurulabilir."*

Karar okunurken teknik tercümesinin de yapılması gerekir. Danıştay Anayasa Mahkemesi'nden farklılaşarak şöyle bir nitelendirme yapıyor; "sadece kamu yararı yeterli değildir; aynı zamanda kamu gücü ayrıcalıkları kullanılıyor mu buna bakmak gerekir". Yani bir faaliyet kamu hizmeti ise özel kişilerden daha farklı bir statüde yerine getiriliyor olması gerekiyor deniliyor. Bu isabetli değildir.

Son paragrafta altı çizili olan kısım ise aslında derslerde anlatılmış olan nitelemeyi yapmıştır. Ancak gerekçenin diğer kısımları ile çelişmektedir. Yani "kamu hizmeti kurmak esasında yasa koyucunun takdirine bağlıdır, bir faaliyet ya kanun koyucunun belirlemesi ile kamu hizmeti olacaktır; ya da kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmesi üzerine bir idari işlemle olacaktır." Mesela Belediye Kanunu'nda belediyelerin belde halkının ortak ve genel ihtiyaçlarını gidermek üzere meclisçe karar alarak çeşitli faaliyetleri yapabileceği düzenlenmektedir. Böylece kanunun iznine dayanarak belediyeler, belde halkının ihtiyacı olan hususları kamu hizmeti olarak görev edinebilmektedirler.

Dolayısıyla bu kararın gerekçesine berrak bir zihinle bakıldığında bunun çelişik olduğu anlaşılabilir. Bu sonuca geliniyorsa diğer cümleler kullanılmadan (kamu yararına yönelik olması, ortak ve genel ihtiyacı gidermesi, kamu gücü ayrıcalıkları ile yerine getirilmesi gibi) hatta bunları eleştirerek, niçin geçerli olmadıklarını açıklayarak bu noktaya gelinmesi gerekir. Hatta şöyle denilmelidir: bu nitelikler kamu hizmeti olmanın sebebi değildir. Kamu hizmeti olduktan sonra geçerli olacak hukuki rejimin düzenlenmesine ilişkin tercihten kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bir şeyin sebebi ile sonucu arasında fark vardır; kamu hizmeti olmasının sonucu kamu hizmeti olmasının sebebi olamaz. Denilebilir ki bütün bu söylenenler yetkili mercilerin faaliyete ilişkin rejimi serbestçe takdir etmesine engel olucu unsurlardır. Metajuridiktir ama hukuku etkileyen unsurlardır; bir yasa koyucu bunlara bakarak bir hizmeti kamu hizmeti haline getirmesi veya kamu hizmeti olmaktan çıkarması gerekir. Ama kamu hizmeti haline getiren sadece bu unsurların varlığı değildir. Bunlar sonuçtur. Yetkiliyi etkileyen verilerdir.

Eşitlik İlkesi (T.C. DANIŞTAY 12. DAİRE E. 2004/4382 K. 2006/539 T. 22.2.2006)

Bu ilkeyi Danıştay kararları üzerinden inceleyeceğiz. Uyuşmazlık KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzunda 100 adet mühendis kadrosundan 88 adeti için 252 kodu ile "Cinsiyeti erkek olmak." koşuluna yer verilmesi ile ilgili. Burada acaba eşitlik ilkesine bir aykırılık var mı yok mu?

Yargı karar verirken pek çok mevzuata değiniyor. Mevzuat atıflarının kararda bulunmasının anlamı yargının bunların hepsini incelediğini ve kararını verirken bunlarda yer alan hükümleri de değerlendirdiği anlamına gelir.

"İdare hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir."

Bir uyuşmazlığı çözmek için bir "üst dil" kullanılmaktadır. Bu üst dil var olan düzenlemelere anlam vermek için kullanılan bir dildir. Anayasa'da veya herhangi bir kanunda yazıldığı için değil, idare hukukunun ilkesi olduğu için "eşitlik ilkesi" kullanılmış. Somut olaya konu uyuşmazlık eşitlik ilkesine uygundur veya aykırıdır değerlendirmesi yapılabilmesi için de eşitlik ilkesine ihtiyaç vardır. "Eşitliğe aykırı değildir çünkü hizmetin nitelikleri, bedeni yükümlülükleri, yapılması, şartları vs. alınacak personelin erkek bir personel olmasını gerektirir. Dolayısıyla "eşitlik ilkesi farklılıklara değil imtiyaza engel olur, burada farklılık oluşturulmasını gerektiren hususlar vardır" denilerek eşitlik ilkesi zemininde bir açıklama yapılabilir. Yahut "hizmetin nitelikleri bu noktada farklılık oluşturmayı gerektirecek bir durum oluşturmaz" denilip aksi yorum da yapılabilir...

Kamu hizmetleri alanına eşitlik ilkesi hakimdir, hukuki olarak belirleyicidir, yönlendiricidir. Kararda belirtildiği gibi yalnızca bir kavram değildir "kamu hizmeti". Bir müessesedir. Bir hukuki yapıdır ve içinde pek çok unsur vardır. Bir iceberg gibidir. Bu iki kelime koskoca bir hukuki rejime atıf yapar. İçinde ilkeler vardır, görülüş usulleri vardır, kuruluşu kaldırılışına ilişkin meseleler vardır... Dolayısıyla kamu hizmeti dendiği zaman tıpkı doktorların bir hastalık isminden bahsetmesi gibi diğer tıp mensubuna bir şeyi ifade etmesi gibi "kamu hizmeti" de bir şeyi ifade ediyor.

"Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır."

Burada da bir kafa karışıklığı söz konusu. Burada bahsi geçen eşitlik hizmetten yararlananlar arasında kurulması gereken eşitliğe ilişkin. Halbuki uyuşmazlık konusu olay idarenin kamu hizmetine alacağı kimseler arasındaki eşitliğe ilişkin. Yukarıda kullanıldığı hali ile "eşitlik" kavramı mesela otobüslere belirli yaşın altındakilerin veya üstündekilerin alınmaması, ya da engellilerin kullanımına uygun olmayan bir hizmet sunma biçim olsa idi, hizmetten yararlanma potansiyeli olanların hepsinin yararlanmasına müsait bir şekilde hizmeti uyarlaması gerekliliği gibi bir uyuşmazlıkta işe yarayabilir. Burada ise bir hizmeti sunma değil idarenin oluşumu, karar verecek, araştırma yapacak faaliyeti sürdürecektir personelin hizmete alınması hususundaki eşitlikle ilgili. Bir de kararda dikkat çeken bir başka husus: hizmetin gerektirdiği bir farklılık ihtiyacından doğan bir farklılık eşitliği bozmaz. Örneğin Hava Harp Okuluna öğrenci alımında hiçbir göz bozukluğu olmaması şartı aranırken diğer yüksek öğretim kurumlarında böyle bir şart aranmamaktadır. Hava harp okulunda bu şartın aranmasının eşitliğe aykırı olmamasının koşulu nedir? Pilot olacak kimselerin hiçbir göz bozukluğunun olmaması gerekir. Ama pilot

dışında, yer hizmetlerinde yetiştirilecek kimseler de var ise ve onlara da giremiyorsa o zaman bir dava açıldığında eşitlik ilkesi gündeme gelebilir. Yani pilot dışında farklı niteliklerde subay da yetiştirildiği için gözün bozuk olmama şartı hava harp okulunun bütün hizmet alanı için geçerli olmadığından o zaman eşitliğe aykırı bulunabilir. Hizmetin gereklerinin haklı ve gerekli/zorunlu kıldığı farklılıklar dışındakiler eşitliği bozar.

Gereklilik, zorunluluk düzeyine çıkmış ise ancak o zaman bir farklılık oluşturulabilir. Uyuşmazlıklarda en problemlilik noktası farklılığı haklı çıkaracak unsurlar olup olmadığının tespiti. Mahkemeler bazen farklılığın anlamını irdelemeyebiliyor. Danıştay burada iki unsur kullanmış. Tarafsızlık ve eşitsizlik. Ancak Danıştay'ın yapmış olduğu değerlendirmeler hizmetten yararlananlara ilişkindir. Halbuki burada bir hizmetten yararlanma yoktur. Hizmete alımla ilgili bir uyuşmazlık söz konusudur.

Kararın ikinci kısmı ilginç:

"Diğer yönden, dava konusu Ek Yerleştirme Kılavuzunun yürütülmesinin durdurulmasından önce eski düzenlemeye göre, yapıp sonuçlardan sınavları kazanarak göreve başlayan kişilerin kazanılmış haklarının saklı olduğu ve Kılavuzun iptaline ilişkin kararın sonra açılacak sınavlar yönünden sonuç doğuracağı açıktır."

Yani düzenleme iptal edilmiştir ancak davayı açan kimse bakımından sonuçların doğmasını engelleştir.

Bir başka uyuşmazlık (T.C. DANIŞTAY 10. DAİRE E. 2007/888 K. 2008/4006 T. 3.6.2008)

spor tesislerine veya futbol müsabakası oynanan stadyumlara basın yayın kuruluşlarında görevli basın mensuplarının serbest girişini sağlayan "AİPS kartı" olmayanların giriş kartı alabilmelerinin, AİPS'e üye kamu yararına çalışan dernek statüsündeki derneklere başvuruda bulunma şartına bağlanması şeklindeki yönetmelik hükümlerine ilişkindir.

Düzenleme şu şekilde:

"AİPS'e üye kamu yararına çalışan dernek statüsündeki dernekler kanalı ile Genel Müdürlük tarafından müsabaka yerlerine serbest giriş kartı verilir. Basın-yayın kuruluşlarının merkezlerinin ve bürolarının bulunduğu iller dışında kalan yerlerde sözleşme koşulu aranmaz. Bu illerdeki gazeteciler için telif ücreti anlaşması ile son üç ayın ücret bordrosunun belgelenmesi yeterlidir. "

Bu düzenleme şunu amaçlıyor : Basın yayın kuruluşu kurmak kolay bir şeydir, sırf maçlara bedava girebilmek için gerçekte öyle çalışmayan kimselerin veya bilet bulunmayan maçlara basın kartı ile girilmesini engelleyebilmek için bazı tedbirler alınmış...

Danıştayın açıklaması şu şekilde :

"Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 2. maddesinin incelenmesinden, "Gençlik" ve "Spor" konularında, yapılması gereken her türlü etkinliğin "kamu hizmeti", görev olarak davalı idareye yasa ile verildiği, bu görevin gereği gibi yürütülebilmesi için kapsamlı bir merkez teşkilatı yanında, il ve ilçe düzeyinde de örgütlenmeye gidilerek, anılan hizmetin sunulabilmesi için gereken mali kaynakların da sağlandığı anlaşılmaktadır."

Bu durumda, spor alanında, yasa ile verilen kapsamlı görev ve geniş yetkileri dikkate alındığında; yönetmelikte belirlenen basın çalışanlarına, yine yönetmelikte aranılan belgeler ile birlikte başvuruları durumunda müsabaka yerlerine serbest giriş kartı verme görev ve yetkisine sahip olan davalı idarenin, ilgililerin Türkiye Spor Yazarları Derneği aracılığı ile başvurularını zorunlu kılan bir düzenlemeye giderek, yürütmek zorunda olduğu kamu hizmeti ile ilgili yetkisini, bir özel hukuk tüzel kişiliğiyle paylaşması konuyla ilgili yasal düzenlemelerle bağdaşmamaktadır.

Her ne kadar, dava konusu düzenlemede çoğul bir ifade kullanılmak suretiyle AİPS'e üye olan birden çok dernek kanalı ile davalı idareye başvurulabileceği mümkün görünmekte ise de; uygulamada, düzenlemede öngörülen şartları taşıyan tek dernek olan Türkiye Spor Yazarları Derneği dışında, bir başka dernek aracılığı ile davalı idareye başvurulmamaktadır.(...)

Sonuç olarak, davalı idarenin, yürütmek zorunda olduğu kamu hizmeti ile ilgili yetkisini, bu konuda tek dernek olan Türkiye Spor Yazarları Derneği aracılığıyla kullanıp, onun inisiyatifinde bu hizmeti yürütmesi sonucunu doğuran dava konusu Yönetmeliğin 7. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "AİPS'e üye kamu yararına çalışan dernek statüsündeki dernekler kanalı ile" ibaresinin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır."

Burada da kullanılmamakla birlikte bir eşitlik ilkesi yaklaşımı görülmektedir. Yani basın çalışanların basın kartı alabilmesine idare karar vermekteyken bunun kötüye kullanılmaması, gerçekten gazetecilik ve spor yazarlığı yapan kimselere bu müsabakalara serbest giriş kartı verilmesi işini başka bir derneğe üye olma şartına bağlamak isabetli değildir. Böyle olduğunda derneğe üye olmayan kimseler bakımından bir eşitlik problemi ortaya çıkar. Ayrıca kamusal bir görevin ifasında özel hukuk kişininin filtresi eşitliğe aykırı olacaktır. Eşitlik meselesi başvuran her kimseyi aynı şekilde değerlendirmeye engel olan yönetmelik maddesinden ortaya çıkıyor. Bu maddenin hizmet bakımından gerekli zorunlu bir unsur olduğu ortaya konulabildiğinde eşitlik ilkesi sağlanmış oluyor. Yani bu derneğe üye olmak gerekli, zorunlu kaçınılmaz olsa idi o zaman bu düzenleme eşitliğe aykırı olmazdı. *"Ancak bu tip derneklere üye olanlar spor yazarıdır, gerçek spor yazarı olanla olmayan ancak bu şekilde*

anlaşılır gibi bakılsaydı" o zaman aksi sonuca ulaşılabilirdi. Mesela spor müsabakalarına girebilmek için son bir yıldır bu müsabakaları izlemiş olmak gerekir" şeklinde bir şart konulsaydı ne olurdu? Bu da eşitliğe aykırı olurdu. Yeni başlayacak bir kimse hiç spor müsabakalarına giremeyecek ve bu şartı hiçbir zaman gerçekleştiremeyecekti .

Bu tür hükümler ihale mevzuatında bulunuyor ancak Danıştay bunları bazen eşitliğe aykırı görmüyor. Terazinin karşı kefesinde ise şu var: Son bir yılda hiç ihale almamış kimseye ihale verildiğinde bu kez de hem yatırımcı bakımından hem de ihalenin konusu bakımından bazı riskler bulunmaktadır. Yani bir taraftan bu riskleri

bertaraf etmek bir yandan da eşitliği sağlamak biçimindeki iki menfaati dengeleme problemi mevcuttur. Eşitlik ilkesinin hareketliliği çözümler konusunda bir eşitlemeyi gerektiriyor.

Bir başka uyuşmazlık (T.C. DANIŞTAY 12. DAİRE E. 2009/5045 K. 2013/5796 T. 27.6.2013) davacının taşımacılık yapmak amacıyla satın aldığı ileri sürdüğü ticari araca güzergah izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Mersin Büyükşehir Belediyesi işleminden doğmuştur.

Karardaki şu kısımları inceleyelim:

"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."

Bu şu anlama gelmektedir. Süreklilik ilkesi toplu ulaşımın 24 saat sürmesi anlamına gelmez. Yoğunluğun gerektirdiği ölçüde sunulması esas. Örneğin şu anda İstanbul'un belirli saatlerinde trafik daha yoğun oluyor. Hafta sonları değil; her gece 23.20-01.30 arası trafik çok yoğun oluyor. Demek ki o saatte ulaşım sağlıyor insanlar. O halde otobüs, metro, metrobüs seferlerini o saatte de etkin kılmak gerekir. Çünkü şehir o saatte uyumuyor. gece 3'te 4'te de uyumayanlar var; ancak o kimseler tek tek kendi araçları ile ulaşım sağlıyor. Ama yoğun saatlerde hizmeti genişletmek gerekiyor. Dolayısıyla buradaki süreklilik ihtiyacın ortaya çıktığı ve haklı ve gerekli kıldığı duruma göre belirlenecektir. O yüzden ihtiyaç haklı kılmasına rağmen

o saatlerde ulaşım hizmeti sunulmuyorsa süreklilik ilkesinden dolayı bir talep hakkı doğar.

Bir başka kararda (T.C. DANIŞTAY 8. DAİRE E. 1998/920 K. 1998/1846 T.

22.5.1998) yer alan değerlendirmeler personel konusu ile alakalı. Doğrudan kamu hizmetine bağlanabilecek bir mesele değil, ama Danıştay buna süreklilik ilkesi üzerinden açıklama getirmiş. Danıştay bir hizmetin devamlılığı ile hizmette devamlılık arasında bağ kurmuş.

Şimdiki anlayış şu şekilde; Personel değişebilir, hizmet devam eder. Hatta bu yüzden norm kadrolarda bir kişinin olmaması halinde yerine kimin bakacağı öngörülür. Mesela öğrenci bürosunda ikinci sınıflarla ilgilenen personel görevine gelemediğinde ikinci sınıf öğrencileri muamelelerini yaptıramayacak mı? O yüzden "ikinci sınıfa sadece bu personel bakıyor dolayısıyla ikinci sınıfın öğrenci kalem işlerini başkası yapamaz, bu personel izin alırsa süreklilik etkilenir" denilebilir mi? Hayır. bir düzenleme yapıp ikinci sınıfla görevli personel izinli olduğunda yerine kimin bakacağı belirlenmeli, dolayısıyla personelin atanması, ayrılması, istifası, çeşitli izin haklarını kullanması ile hizmetin sürekli olması arasındaki bağlantı kopartılmı. Dolayısıyla buradaki esas ağırlık noktası personelin şahsından çıkarıp gördüğü faaliyetin sürekliliğine yükleniyor.

Uyarlama İlkesi (T.C. ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ 1. DAİRE E.

1996/114 K. 1996/720 T. 17.9.1996) Hizmet ihtiyacının ortadan kalkması sebebiyle davacı uzman erbaşın istihdam edildiği kadronun lağv edilmesi nedeniyle sözleşmenin yenilenmemesinden doğmuş. Askeri yüksek idare mahkemesi, su şekilde karar vermiş:

“Kendisine tevdi edilen kamu hizmetini en iyi şekilde sunma ve yerine getirme mecburiyetinde olan davalı idarenin; bu hizmeti yerine getirirken ihtiyaç duyacağı kamu personeli kadrolarını belirleme, tespit etme, günün koşullarına ve hizmet gereklerine göre yeniden düzenleme ve gerek görülmeyen ya da ihtiyaç duyulmayan kadroları kaldırma ya da yeni kadrolar ihdas etme yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Bu, aynı zamanda idarenin genel düzenleme ve takdir yetkisinin tabii bir gereğidir. Ne var ki, bu yetkinin de objektif ve kamu yararına kullanılmadığının ileri sürüldüğü her durumda yargı denetimine tabi olacağında şüphe yoktur.”

Burada AYİM şunu içtihat etmiş: İdarenin bu hususta takdir yetkisi var. Ancak objektif ve kamu yararına uygun kullanılmadığının söylenemediği takdirde bazı kadroları lağvedebilir, bazı kişilerin görevine son verebilir. Dolayısıyla bir hizmette idarenin takdirine çalışan kimse bunu ancak takdirin objektif kullanmadığını ispat ettiği takdirde gündeme getirebilir. Yoksa kadro ihdas edildikten sonra asla kaldırılmaz denilemez. Çünkü hizmetin gereklerine ancak hizmeti görmekle yükümlü olan idare karar verir. Dolayısıyla bir kimse aleyhine kasten yapılmış bir kadro lağvı söz konusuysa bunun ispat edilmesi gerekir.

Meccanilik İlkesi (AYM Esas: 1984/9 Karar Sayısı: 1985/4 Karar: 18/2/1985 R.G. Tarih-Sayı :26.06.1985-18793) meccanilik ilkesine ilişkin. AYM şu şekilde karar vermiş: *Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve*

belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden sayılamaz. Bu itibarla, bunların "Gelir Ortaklığı Senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasında Anayasa'nın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

Yani AYM "köprülerden para alınması meccaniliğe aykırı değildir; çünkü bu esasında bir fiyat da değildir, yeni yatırımlar için alınan bir kaynaktır" diye bakıyor ve köprülerden para alınmasını hukuka aykırı bulmuyor.

Bir başka karar (AYM Esas Sayısı: 2011/6 Karar Sayısı: 2012/16 Karar Günü: 26.1.2012) İSKİ ile ilgili bir uyuşmazlık hakkında. İSKİ kanununda %10 dan daha az olmayacak şekilde bir kar oranı belirleyeceğine ilişkin bir hüküm vardı. Bunun anlamı şu: Belediye başkanları ve İSKİ'nin karar merciini oluşturan Büyükşehir Belediye Meclisi, kimi zaman seçim vs. dolayısıyla su parasını maliyetten veya maliyetten daha düşüğe vermemekle suçlanıyorlar. İşte seçim dönemlerinde hizmetin mali kaynağı sekteye uğramasın diye adeta yöneticilerin arkasına sığınabileceği bir kanun maddesi olsun diye konulmuş bu hüküm. Mesela Büyükşehir Belediye Kanunu'nda “belediye başkanı spor kulübü başkanlığı yapamaz” diye alakasız bir

yerde bir madde var. Bunu esasında mecliste görüşülürken Belediye başkanları koydurmuştur. Çünkü bütün yerel spor kulüpleri Belediye başkanlarını kulüplerine başkan olması ve bazı imkanlar sunması konusunda zorluyor. Bu da çeşitli sıkıntılar doğuruyor. Kanuni bir engel bulunsun diye bu hüküm konulmuş. Burada da kanuni bir imkansızlık olsun, %10 dan aşağı kar payı konulmasın diye konulmuş hüküm.

Sonuçta meccanilik ilkesi dolayısı ile değil; ilginç bir gerekçe ile iptal etti Anayasa Mahkemesi. Kar payı oranını belirlemede idarenin serbest olması gerektiği gerekçesi ile iptal kararı verildi. Mahkemenin bu hususu şöyle tartışması beklenirdi. İSKİ'nin aldığı bedel bir fiyat değildir. Aldığı bedel su kullananların kullanmayanlara nazaran denkliliğini sağlamak için alınmış bir bedeldir. Kullanan bedelini öder. Dolayısıyla bu suyu yalnızca suyu kullanmayanlardan almış olduğu vergilerle finanse etmiş olmasın; suyu kullananlardan alınan maliyet ve yeni yatırımlar için alınacak kaynakla su tesisleri yapılsın ve böylelikle eşitlik sağlansın. Zaten fiyat olmadığı için bir kar payı söz konusu olamaz. Alınan %10 bedel bir kar değildir; yeni yatırımlar için alınacak bir bedeldir. Yoksa İSKİ alınan parayı personeline yöneticilerine dağıtan bir şirket değildir. Bir ticari şirket değildir. Kar edilmesi gereken bir faaliyeti yürütmez. İSKİ'nin parasını çoğaltması işini yapmadığını gösterir. İSKİ israf etmeden, amaca uygun bir biçimde ne kadar çok para harcarsa, sonuçta bütçesini ödeneğini, hesap kalemlerindeki parayı yıl sonunda ne kadar çok artırmadan harcamışsa o kadar başarılı demektir. Çünkü o kadar çalışmış demektir. Para harcamayan çalışmıyor, amaca uygun kullanmıyor demektir. Oradaki başarı ölçütü para kazanmakla ilgili değildir; yapılan yatırımlarla ilgilidir. O nedenle kamu bürokrasisinde bütçede kendisine ayrılan fasılda para arttıran idarenin bir sonraki bütçe döneminde parasının miktarı azaltılır. Kararın sonucu doğru ama gerekçesi kamu hizmeti ilkeleri bakımından tartışılabilir. Sanki hiç kamu hizmeti değilmiş gibi ticari bir faaliyetmiş gibi değerlendirilmiş. Bu adeta bakkala %10 dan fazla kar edemez demek gibi bir şey. Bakkal bazen %300 kar koyar. Ticari gereklerden dolayı bazen bu böyle oluyor. Kar oranı ticaret gereklerine göre belirlenecek. Ancak buradaki bir kamu hizmetidir.

İDARENİN ÖZENDİRME VE DESTEKLEME FAALİYETİ

Bu özendirme ve destekleme faaliyetine ben bir kelime daha ekliyorum ve fakat nazik bir kelime değil: köstekleme (caydırıcılık) faaliyeti. İdarenin hem özendirme hem destekleme hem de köstekleme faaliyeti var ve bunlar kamu hizmeti ve kolluk dışında bir hukuki rejime sahip ve ayrı bir mantığı var. Mesela; dün farklı dallardan hukukçuların katıldığı mevzuat komisyonunda buna ilişkin bir tartışma vardı. Olaya idare hukukçusu olarak farklı boyut getirilebildiğini orada gördüm. Tartışma şöyle idi: kamu yararına çalışan bir dernek var. Kamu yararına çalışan derneklere izinler verilerek kamu yararına çalışan dernek statüsüne geliyor. Kamu yararına çalışan dernek, kamu hizmeti yapan bir özel hukuk kişisi değil; faaliyetinde kamu yararı görülen bir dernektir.

Mesela; Topkapı Sarayı'nı Sevenler Derneği: Bu bir kamu hizmeti yapmıyor, ama topladığı paraları, aldığı bağışları bu alanda sarfetmesi nedeni ile kamuya yararlı bir iş yapıyor. Mesela; diyelim ki Sokak Çocuklarını Koruma Derneği. Bu yaptığı

faaliyette, idarenin zaten yapmakta olduğu bir faaliyete katılım, idarenin fayda gördüğü bir faaliyettir. Mesela; Mültecilere Yardım Derneği. Eskiden Sakat Leyleklere Yardım Vakfı diye bir vakıf varmış. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün çeşitli vakıflara ilişkin çıkarttığı bir kitap var, tarihimizde kurulmuş ilginç vakıfları anlatıyor.

Mesela; sokağa tükürenlerle başedilememiş, hastalıklar yayılmasın diye tükürüklerin üzerine sönmemiş kireç dökmeye ilişkin vakıf kurulmuştur. Dolayısıyla faaliyetleri nedeni ile bir dernek kamuya yararlı görülüyor ise, ona bir imkân getiriliyor. İmkân da şöyle; ona bir şirket veya bir kişi bağışta bulunduğu zaman onu vergi matrahından düşüyor. Şöyle örnek verelim: mesela 1.000.000 TL'ye kadar %30 vergi veriyorsunuz, 1.000.001 TL kazanmışsanız %35 vergi veriyorsunuz. 1.000.000 TL'ye kadar %30 vergi verdiğiniz için karşılığında 300.000 TL vergi vereceksiniz diğerinde de 350.000 TL vergi vereceksiniz. Hâlbuki 1.000.001 TL kazanmışsanız 50.000 TL kamuya yararlı derneğe bağışta bulunsanız, matrahtan düşüyor ve artık sizinki 1.000.000 TL'den düşmüş olarak matrahınız 951.000 TL'ye düşüyor ve %35'ten

%30'a düşüyorsunuz. Vergiden 50.000 TL kazanıyorsunuz, buna 5.000 TL-10.000 TL vermiş oluyorsunuz. Böylelikle vergiden kurtulmak isteyen birçok şirket bu derneklere bağış yapıyor, yani bağış yapması sadece hayır için değil, aynı zamanda vergiden kurtarmak için yapıyor. Dolayısıyla bu dernekler de ayrıca bağış alıyor. Böyle bir dernek sene boyunca hiç faaliyette bulunmamış, tartışılan -kanunda da öyle düzenlendiği için- kamuya yararlı dernek statüsünden çıkartılması meselesidir. Böylelikle artık aldığı bağışlar vergi matrahından düşmeyecek, vergi muafiyeti gelmeyecek. Orada herkes "tabii böyle yapmak lazım vs." dedi; "mevzuatın hukuka aykırı olduğunu, esasında kamuya yararın amaca yönelik olduğunu, buna yönelik çalışmayan yönetim kurulunun değişmesi için esasında derneğin kapatılmasına veya bu yönde bir karar almasına ilişkin yazı yazılması gerektiğini" iddia ettim. Sonuçta; ikna oldular. Esasında baktığınızda tersi bir kanaat hâkimdi; çünkü faaliyet göstermemiş. Ama kamuya yararlı amaç için kamuya yararlı, derneğin faaliyeti için değil, derneğin yöneticilerinin başarısızlığı için değildir. Derneğin yöneticilerinin başarısızlığı başka bir şey, derneğin amacının kamu yararına uygun olup olmadığı başka bir şeydir.

İşte idare hukukunun bu konusu bir şey ne için destekleniyor ise, ona uygun davranılıp davranılmadığının denetlenmesine ilişkin bir hukuki sistem oluşturuyor. Mesela; eski yöneticilerden birisinin bir yakını hayali ihracatçı diye suçlanıyordu. Hayali ihracat şöyle: devlet, dışarıdan döviz girsin diye ihracatı artırmakta fayda görüyor. Bir şeyi ihracat ettiğiniz zaman devlet size para veriyor. Mesela; 100 dolarlık bir şey ihraç ettiniz, bunu ihraç ettiğinizde

devlet de size ihracatta vergi iadesi diye bir teşvik sistemi getirmiş; ülkeye 100 lira getirdiğiniz için size de 15 dolar veriyor. Dolayısıyla siz 100 doları müşterinizden alıyorsunuz, 15 doları da devletten alıyorsunuz ve elinize 115 dolar geçiyor. Böylelikle 100 dolarla 5 dolar kazanacaksanız 20 dolar kazanıyorsunuz.

Hayali ihracatçılar; bir yabancı olarak başka bir ülkede şirket kuruyor ve bundan sonra çantalarla parayı oraya götürüyor; o şirket, oradan sizden ponza taşı almak üzere talepte bulunuyor ve diyelim ki 100.000 dolar gönderiyor, siz de gemileri

tutuyorsunuz içinde sunta vs. dolduruyorsunuz -ponza taşı zaten ağırlığı yok hiçbir şey doldurmasanız da olur- oraya gönderiyorsunuz kapalı olarak gümrükten geçirmeyi başarırınsanız kendi dışarı çıkarttığınız parayı alıyorsunuz devletten de o paranın %15'i olarak vergi iadesi alıyorsunuz.

Dolayısıyla hayali ihracat yaparak, gerçekte ihracat yapmayarak devleti soyuyorsunuz. Bu; döviz gelsin diye var. Kamu hizmeti mi bu? Hayır. İhracat yapıyorsan kendine yapıyorsun. Peki, bunu niçin yapıyor? Ülkeye döviz kazandırıyor. Ülkeye döviz kazandırdığın zaman dışarıya ödeyeceğimiz borçlar bakımından cari açık azalıyor, cari açık azaldığı zaman ekonomik durum hızlanıyor, sen içeriden bir şeyler alıp sattığın için içerideki ticaret artıyor, ihraç etmek için aldığın mal dolayısı ile artıyor, onda çalışan işçi için artıyor; dolayısı ile suya atılan bir taş gibi. Üstelik diyor ki idare; ben buna 15 dolar veriyorum ama bu işi üretene kadar bu çalışanlardan, gelir sağlayanlardan, işe katılan şirketlerin kârından aldığım vergiler bana belki 50 dolar olarak geliyor. Dolayısıyla ben bu parayı vermekle esasında daha fazlasını geri alıyorum. Aynı zamanda iş bulmak zorunda kaldığım kimseye özel sektörde iş açıyorum, aynı zamanda vergi iadesi alan şirketlerin gelir vergisinden para alıyorum, birçok kimse buradan faydalaniyor. Mesela; Üzeyir Garih'in en önemli yazılarından birisi lüks düğünlerin ne kadar faydalı olduğuna ilişkinde ekonomide. Bir kimse çok gösterişli bir düğün yapıyorsa, bu esasında ekonomik hareket getirir diyor. Berbere gidip saçını yaptıracak, terziye gidip elbise diktirecek, kumaşçıdan kumaş alacak, taksiye binecek, dükkân tutacak, garson çalıştıracak vs. vs. ekonomik bakımdan hareket getirecek. Buradaki idarenin amacı kolluk denetimi yapmak değil, kamu düzenini sağlamak değil, ortak ve genel bir ihtiyacı gidermek değil; burada idarenin amacı, kendisinin yapmak zorunda olduğu veya olmadığı ama sonucunda kamu yararı, dolaylı kamu yararı olan faaliyetleri desteklemek. İhracatta bir kamu yararı var, onu desteklemek gerekebilir.

O yüzden bazı alanlar sıkıntılıdır. Özel okullar, özendirme ve desteklemeden yararlanıyor ama aynı zamanda kamu hizmeti. Mesela; özel okulları teşvik edebilmek için “bir özel öğretim kurumu kuran 5 sene oyunca ne kadar para kazanırsa kazansın hiç gelir vergisi vermeyecek” diyor. Sen 5.000 TL özel okuldan kazanıyorsan, 5.000 TL sana kalıyor. 5.000 TL'yi başka işten kazanıyorsan 2.000 TL'si vergiye gidiyor eline 3.000 TL kalıyor. Mesela; kalkınmada öncelikli yerlerde fabrika kuruyorsa, aldığı fabrika makinasına gümrük vergisi almıyor, “sen yeter ki fabrikayı kur” diyor. Eskiden bu özendirme ve destekleme mantığında para vermek sözkonusu idi. Şöyle bir husus var tahmin edebilir misiniz? Siz kalkınmada 1. derecede öncelikli bir yerde

1.000.000 dolar yatırımla bir iş açacaksınız diyelim. Devlet diyor ki, “sen 100.000 doların olduğunu ispatla 900.000 doları ben sana vereceğim”. Sadece %10'u ile kuruyorsunuz işi,

%90'ı devlet veriyor size. Onun için de 100.000 dolarla fabrika yapacağım diye binasına başlıyordu, devletten 900.000 doları aldığı zaman da kaçıp gidiyordu. O yüzden bir sürü başlamış ve bitmemiş fabrika birçok yerde vardı.

Şimdi artık hukuk rejimi gelişti ve şöyle hale geldi: mümkün olduğu kadar kimseye para vermiyor, makina veriyor. Diyor ki; “sen fabrikayı kurmaya başla makinanın da cinsini söyle ben getireceğim sana”. Fakat insanlar o kadar ahlaksızlaştı

ki topluma yayıldı, dönüm başına çiftçiye buğday ekim diye 50 TL veriyor, herkes çiftçi oldu kimse buğday ekmiyor; manda

başına 186 TL veriyor, herkes manda yetiştiriyor gözüküyor ama ortada manda yok. Yani; dehşetli bir dolandırma zihniyeti hâkim oldu.

Özendirme ve destekleme faaliyeti de bu dolandırılmaya engel olacak ve amacı gerçekleştirecek yöntemler arayışında gitmektedir. Nasıl? Tarım Bakanlığı'na yeni elemanlar alıyor, gidiyor tarla gerçekten ekilmiş mi bakıyor. Birçok yerde tarlalar ekilip biçilmiyor. Biliyorsunuz köylerde artık ekilip biçilmiyor. Hayret verici şeyler duyuyorum. Dehşetli toprakları olan burada temiz iş diye asgari ücretle geliyor yine de ekip biçmiyor, ama bir yandan da devletten tarım teşviki alıyor. Aranız İstanbul'da bir yer dışında manda kaymağı bulamazsınız; ama her yerde sahte manda kaymağı var ve her yerde de manda yetiştiricisi var. Ortada manda yok. Zaten çamur olmayan yerde manda yetişemeyeceği için, bu manda yetiştiriyorum diyen yerlere birisi gidip baksa görecek. Bir de köylüler arasında manda tedavülü var, nereye denetim geliyorsa mandalar oraya gidiyor. Köyün çevresinde çamurlu bir alan var mı diye bakılsa mandanın oraya çakma bir senaryoyla geldiğini anlaşılabilir. İşte anlatacağımız alan budur. Şu anda dünya ticaretinin en önemli gündem maddesi bu; çünkü anti-damping yasaları ile devletler kendi sanayicisini ve tüccarını desteklemek istiyorlar ama dünya ticareti de, rekabete dayanan dünya serbest ticaret anlaşması da devletlerin sanayicisini veya tüccarını destekleyerek gerçek maliyeti düşürdüğünü anladığında anti-damping vergisi koyuyor.

Mesela; ABD'ye en fazla makarnayı satan Türkiye idi, İtalya şikayet etti, Türkiye'nin makarnacıları devletin ihracatta vergi iadesi ile desteklediği anlaşıldığı için ABD Türk makarnasına %15 anti-damping vergisi koydu. Siz makarnayı 100 TL'ye sattığınız zaman 15 TL de ceza ödemek zorundasınız, yani makarnayı 95 TL'ye mâl etmişseniz 100 TL'ye satamıyorsunuz; çünkü 95 TL maliyet üzerine 15 TL de ABD sizden ton başına anti damping vergisi alıyor 110 TL'ye çıkıyor maliyetiniz. Böylelikle; İtalya artık tekrar makarna sektörünü ele geçirdi. Mesela; bütün dünyada demir-çelik sektörü batıyor. Demir-çelik sektörü birbirini ihbar ediyor piyasa kapmak için anti damping kapmak için. Çin mesela en fazla demir alıcısı idi, şimdi en fazla demir satıcısı haline geldi. Dolayısı ile Singapur, ABD gibi büyük demir- çelik alıcıları nezdinde Türkiye ile yarışıyor.

Tükiye, dünyanın en büyük demir üreticilerinden birisidir. Öyle bir sistem kurmalı ki, demir satsın. Mesela; ispatlanamıyor ama biliniyor: Kore, demir-çelik üreticisine 2 defter tutturuyor ve kendi vergisi bakımından maliyetleri bir deftere yazdırıyor, yurtdışında anti-damping araştırmalarına karşı da başka bir defter tutturuyor, orada da gerçek maliyetler düşürülmüş yazıyor ve anti-damping soruşturmasına uğradığında maliyetlerinden daha düşüğe sattığı görülüyor. Problem şu: 100 liraya mâl edip 95 liraya satamazsın, satarsan vergi getiriliyor. Ama 100 liraya mâl eden nasıl 95 liraya satabiliyor? Devlet diyor ki sen 100 liraya mâl ettiğini 95 liraya sat 20 lira da ben sana teşvik olarak vereceğim; dolayısı ile sen 95+20=115 lira kazanacaksın diyor. Buna serbest rekabete engel olmak için karşı çıkılıyor. Mesela; Türkiye çok iyi bir yöntem buldu, demircilerin en büyük girdisi, elektrik ücreti; çünkü hepsi elektrik ocakları ile çalışıyor. 11 ay elektrik ücreti almıyor; bütün elektrik

ücretini Aralık ayında alıyor; dolayısı ile 11 ay maliyetler düşük oluyor 12. aydaki maliyeti de çıkmış oluyor. Yani ile devletler adeta rekabette satıcıya yardımcı olan destek ünitesi gibi “özendirme ve destekleme faaliyetlerini nasıl yaparım”ı araştırıyor.

Özendirme ve destekleme faaliyetlerinin ayrı bir hukuki rejimi var. Başta size idarenin faaliyetlerini anlatırken, şu gerekçeyi öne sürmüştük: Hepsi kamu hizmeti anlayışından doğmuş. Esasında kamu hizmeti idare hukukunun adeta kendisiymiş, kamu hizmeti hukuku olabileceken idare hukuku ismini almış. Fakat sonra hukuk düşüncesi geliştikçe, birbirine yakın gözüken, birbiri ile aynı gözüken faaliyetlerin bile gerek amaç, gerek yöntem bakımından

farklılık ihtiyacı hissettiği görülmüş ve farklılıklara gidilmiş. Dolayısı ile; bu farklılıklar, hukuk düşüncesinin gelişmesini gösteriyor. Bir şeyi çok genellediğiniz zaman, hep aynı noktaya, ilkeye bağladığınız zaman üzerinde fazla düşünmüş ve birbirine benzer olanların farklı yönlerini ayırmamış olursunuz. Önemli olan; farklı yönleri ortaya koyabilecek ve temeldeki farklılığı açıklayabilecek inşalar yapmaktır. Bu bakımdan da; hukuk düşüncesi geliştikçe, yeni yeni *idari faaliyet alanı hukukları* ortaya çıkıyor. Faaliyet alanı ortaya çıkıyor demek çok doğru değil; çünkü bu faaliyet alanı belki eskiden de var, ama aynı hukuki rejim içinde giderken hukuk düşüncesi, ihtiyaçlar, ortaya çıkan sorunlar, adalet açısından bulunması gereken sonuçlara ilişkin yaklaşımlar farklılıkları gerekli kılmış. Bu farklılıklardan kamu hizmetinden farklı olarak koluğu anlattık. Özendirme ve destekleme faaliyetine başladık. Buradaki mantığı tekrar edelim: Bir faaliyet kamu hizmeti olmayı gerektirecek bir faaliyet değil, hatta özel kişinin ticari olarak yaptığı bir faaliyet. Ama bu faaliyeti idare desteklerse, bu faaliyetin sonuçları bakımından bir kamu yararı olduğunu düşünüyor. Dolayısı ile; o faaliyeti özel kişi ticari faaliyetini artırsın, geliştirsın, çok para kazansın diye değil; bu faaliyetin zincirleme yansımaları bakımından önem taşıdığı için destekliyor. Özendirme ve destekleme faaliyetinin hukuki rejiminin farkını anlayabilmek için somut bir olaydan giderek bir mevzuatı örnek verelim: Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerin Aşılattırılması Hakkında Kanun. 1939 yılında yapılmış bu Kanun’da bazı hükümler getirilmiş.

Kanun’un 1. maddesi uyarınca: “*Alelümum -yani bütün- aşıllı zeytinlerin bakım, tımar ve toplanma ve sıklıklarının kökletme ve yeniden fidan dikme suretile meydana getirilecek zeytinliklerin tesis ve yetiştirme, yabani zeytinliklerin açma ve aşılama işleri Tarım ve Köyişleri Bakanlığının direktifi altında yapılır.*” Bu Kanun’un başlıklarına o zamanki teknik gereğince amaç, tespit vs. yazmamışlar. Bu madde yetkili idare olarak Tarım ve Köyişleri Bakanlığı’nı gösteriyor. Ama bir noktayı daha gösteriyor: yabanilerin aşılattırılması, sıklıklarının seyrekleştirilmesi, kökletme dediği yeni fidanlar üretilmesi vs. bakımından bir idareyi görevli kılmak.

Kanun’un 2. maddesinde: “*Orman sınırları dışında bulunan ve Devletin hüküm ve tasarrufunda olan yabani zeytinlik, Antep fıstığı ve harnupluklar ve her nevi sakız neveleri ile orman sınırları dışında olup da 17.10.1983 tarih ve 2924 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilikler Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca tespit edilip haritalanır.*” Kanun teşvike doğru yavaş yavaş

gidiyor. Kamunun elinde bulunan zeytinlik niteliğini taşıyan aşılattırma imkanı olan bütün bu özellikleri taşıyan alanların, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı bakımından tespitine imkan vermiş. Bir müddet sonra göreceksiniz; siz zeytinlik yapma taahhüdünde bulunursanız, bu araziler size bedava veriliyor ve 5 sene boyunca böyle kullanırsanız da mülkiyeti de sizin üzerinize geçiriliyor. Yeter ki; zeytinlik yetiştirilsin diye.

Kanun'un 3. maddesine baktığımızda: *“Yukarıdaki madde gereğince tespit edilen alanlar yerel koşullar dikkate alınmak suretiyle Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca belirlenecek esaslara göre en az 25 dönümlük parseller halinde parsellenir ve bilinen araçlarla ilan edilir.*

Bu alanlarda yabani zeytin, fıstıklık ve harnupluk ile sakız neveleri olan menengiç, buttum, yabani sakız, Filistin sakızı ağaçlarını aşılıp yetiştirecekler ile zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilik alanlarda gerekli temizlemeyi yapıp zeytin dikim alanları meydana getirecekler, dilekçe ile arazinin bulunduğu en büyük mülki amire başvururlar -yani Valilik'e-

. Başvuranlar arasında Bakanlıkça belirlenecek esas ve öncelik sırasına göre seçilen kişilerden, bu işlemleri yerine getireceklerine dair bir yükümlülük belgesi alınır. Fidan dikecek olanlara devletçe maliyet bedeli üzerinden zeytin fidanı sağlanır.” Dilekçe ile idareye başvuruyorsunuz, maliyet bedeli üzerinden size zeytin fidanı veriyor ve sizi de daha önce tarım yapıp yapmadığınıza göre bir sıraya koyuyor.

Yine 3. maddenin devamında: *“Beş yıl süre ile taşınmazın gayesine uygun olarak kullanıldığı Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca tespit edilenlere mahallin en büyük mülki amiri tarafından tapuları devredilir.”* Arsayı veriyor. Ege'de, Akdeniz'de bedeli çok yüksek olan en güzel arsaları siz zeytin yetiştirmek istiyorsanız, idare zeytin yetiştirin diye size bedavaya veriyor. Esasında siz orada zeytin yetiştirip bir kamu hizmeti yapmayacaksınız, zeytin yetiştirmenizin koluğa da bir faydası yok. Peki idare niçin bunu yapıyor? Bunun üzerinde düşünmek lazım. Bu yaptığının birçok emsali var, bu da ayrıca ayrı bir hukuki rejim çerçevesinde düşünülmesi gereken bir şey. Bu bazı kitaplarda kamu hizmeti başlığı altında inceleniyor, ama bakın bir kamu hizmeti değil; zeytinin şeftaliden ne farkı var? Niçin zeytinlik diyeceksiniz. Yetiştirme ise, sonuçta bir ihtiyaç maddesinin yetiştirilmesi, ama zeytinlik bakımından başka bir yaklaşım gündeme gelmiş ve bunun desteklenmesi gündeme gelmiş. Desteklemek de artık diğer destekler gibi değil; yetiştirme konusunda. Yine bir maddeye dikkat çekeceğim: Girişin yasak olduğu askeri yasak bölgelerdeki zeytin ağaçlarının nasıl bakılıp, ürünlerinin nasıl toplanacağına dair bile hüküm var. O kadar önem verilen yasak alanlarda bile zeytinlikler için hükümler getirmiş.

3. maddenin son fıkrası uyarınca: *“Bu maddeye göre verilen süre içinde aşılama, temizleme, dikim ve bakım işlemleri yapılmamış olursa verilen izin Bakanlıkça resen iptal edilir.”* Bu da; hukuki rejimin temel mantığına uygun. Bir şeyi ne için veriyorsanız, yapılmadığında geri almanız lazım. Teşvik amacı ile verdiğiniz arsada, zeytin ağaçları kesilip, orada villa vs. yapılırsa arsayı geri almanız lazım. Zeytini aşılatsın, yabani zeytinlikten zeytin üretsin diye vermişseniz yapmazsa geri almanız lazım. Dolayısı ile ona bedava bir arsa vermek, onu desteklemek değil; onun

yapılan faaliyete talip olması nedeniyle faaliyeti desteklemek. Dolayısı ile; yetiştirmeyecekse, o desteğin geri alınması lazım.

Kanun'un 7. maddesi: "*Birinci derece askeri memnu (-memnu yasak demek-) muntakalarda bulunan aşılı zeytinlerin bakım, yabancı zeytinlerin aşılınması işleri zeytin bakım teşkilatının vereceği talimat altında mahallin askeri makamlarınca yaptırılır.*" Yani; her türlü zeytin envanterinin iyi hale getirilebilmesine ilişkin bir yaklaşım var.

Kanun'un 8. maddesi: "*Devlet malı zeytinliklerden aşılınmak üzere bir şahsa veya şirkete veya köylüler manevi şahsiyetlerine verilecek yabancı zeytinlik sahası yirmi hektardan yukarı olamaz.*" Burada bir sınırlama getirmiş: 20 hektar. 20 hektar da çok büyük bir rakam. "*Ancak aldığı sahayı vekaletçe tayin edilecek müddet içinde mahsuldar hale getirenlere (yani verimli hale getirenlere) müracaatları takdirinde aynı miktarda yeni parçalar verilir.*" Yani; yapmışsanız bir 20 hektar daha verecek. "*Bu tevziatta -dağıtımda- evvela toprak sahibi olmıyanlar, sonra en yakın köylüler ile küçük çiftçiler tercih olunur. İcabında bu yirmi hektar miktar İcra Vekilleri Heyeti - yani Bakanlar Kurulu- kararıyle tezyit edilebilir (ziyadeleştirilebilir, artırılabilir).*" Dolayısı ile; burada teşvikte de bir sıra öngörmüş. Mutlaka büyük şirketler, yatırımcı şirketlere öncelik vermiyor; toprağı olmayanlardan, civar köylülerden başlıyor.

Kanun'un 9. maddesi: "*Dekar başına on beş ağaçtan fazla ve on ağaçtan aşağı olmamak üzere yabancı zeytinlikleri aşılı bir hale getirmeyi taahhüt edenlere Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankasınınca, mevzuatı dairesinde ve kanununun 10, 28 inci maddeleri hükümlerine göre, ağaç başına bir liraya kadar kredi verilir.*" O zaman 1 lira önemliymiş; ama Kanun'u güncellememişler. Şimdi 1 lirayı kimse almaz.

Kanun'un 10. maddesi: "*Bankaca ikraz edilecek paranın birinci kısmı arazi tamamen temizlenip delicelerin aşılınmağa elverişli bir hale getirildiği hakkındaki zeytin bakım memuru raporuna müsteniden, ikinci kısmı da yapılan aşının yüzde doksan muvaffak olduğu yine memur raporile tesbit edilmek şartıyla aşının tatbikından bir sene sonra verilir.*" Bu kanunlarda o alanda kullanılan dilin kullanılması da çok değerli bir şey. Dikkat ederseniz burada teknik ve bilimsel isim kullanılmıyor; onun yerine yaygın isim kullanılıyor. Mesela; delice yaygın olarak kullanılan bir isim. Yani; ıslah edilmeden çıkan, ağacın farklı yerlerinde çıkan, esasında verimsiz olup, ağacın verimini düşüren, kendisinden verim elde edilemeyen ama ağacın da gücünü alan sürgünler. Bunları temizlemekle ilgili imkanlar getirmiş.

Kanun'un devamında da ilginç hususlar var. 14. maddesi: "*Zeytinliklere her çeşit hayvan sokulması, yerleşim sahaları hariç, zeytin sahalarına en az bir kilometre yakınlıkta koyun ve keçi ağılı yapılması yasaktır.*" Öyle bir hüküm getirmiş ki, bu özel kişinin faaliyetini korumak için, başka özel kişilerin ticari faaliyetlerine kanunla yasak getiriliyor. Koyun ve keçi ağılı yapılmasını yasaklıyor. Yani; kendi arsasında da olsa yakınında zeytinlik var diye ağıl yaptırmıyor. Dolayısı ile; bu, bir özel kişinin faaliyetini desteklemek için başka bir özel kişinin ticari faaliyetine, Anayasa'nın verdiği cevaza dayanarak kanunla getirilmiş sınır. Dolayısı ile; bu teşvik, başkasını da men etme şeklinde ortaya çıkıyor: "*Zeytinliğin etrafında sen hayvan besleyemezsin*".

Getirdiği başka bir yasak daha var 14. maddede: “Ancak çift sürme ve nakliyatla kullanılan hayvanlara ağızlık takılması şartıyla müsaade edilir.” Yani giderken kesinlikle zeytinliklere zarar vermesin diye. “Bu hükme aykırı hareket edenler hakkında zarar görenin şikâyeti üzerine üç aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.” Kişinin siciline işlenen dehşetli bir suç. “Çiftçi mallarını korumakla yükümlü bulunanlarca düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.” Bu da ispat için getirilmiş olan hüküm.

Kanun’un 15. maddesi: “Beş yüz ağaçtan aşağı olmamak üzere yabani zeytin aşılıyanlara veya aşılı zeytinlerinin bakım işlerini en iyi yapanlara Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca takdir edilecek miktarda nakti mükafat verilir.” Arsayı veriyor, fidanı veriyor, krediyi veriyor, araç gereç de veriyor, bir de mükafat veriyor üstüne. Hala 1940’lı yıllarda bu konuda verilmiş araç gereci kullanan köylüler var.

Araç-gereç verilmesine ilişkin 16. madde: “Fenni budama aletleriyle aşı takımlarının zeytin müstahsilleri arasında yayılabilmesi için budama ustalarile ehil müstahsillere Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca meccanen -bedava demek- budama aşı takımı ve levazımı verilebilir.”

Kanun’un 17. maddesi: “Devlet, zeytinciliğin ıslahı, yeni zeytin dikim alanlarının tespiti, zeytin dikim ve yetiştirilmesinin teşviki ile verimin artırılması, hastalık ve zararlılarla mücadele ile ürün elde etmekte masrafları azaltıcı araç ve gereçlerin imal ve ithalinde gerekli kolaylıkları sağlar.”

Bir de bina, fabrika yapımını yasaklayan Kanun’un 20. maddesi var: “Zeytincilik sahaları daraltılamaz. Ancak, belediye sınırları içinde bulunan zeytinlik sahalarının imar hudutları kapsamı içine alınması hâlinde altyapı ve sosyal tesisler dahil toplam yapılaşma, zeytinlik alanının % 10’unu geçemez.” Müthiş bir hüküm, zeytinliğe hiç inşaat yapılamaz dense zeytinlikler tehlikeye girecek diye düşünmüş, %10’dan fazla inşaat yapılamaz demiş. Eğer büyük bir arazisi varsa 100 dönüm gibi, ancak 10 dönümünü kaplayacak bir inşaat yapabilir diye bir sınır getirilmiş.

Şimdi bu Kanun’u gördük ve bu Kanun üzerinde düşünelim, tahlil edelim. Bu Kanun dolayısı ile ortaya çıkan hukuki rejimi değerlendirelim, niçinini sorgulayalım ve dün de bahsettiğim üzere dünyanın en önemli gündemi haline gelmiş olan bu özendirme ve destekleme faaliyetlerinin yerini belirleyelim. Dün bahsetmiştik, özendirme ve destekleme faaliyetleri artık bütün dünyanın gündeminde. Bu özendirme ve destekleme kapsamında, devlet başkanları kendi sanayicisinin mallarını satabilmek için başka ülkeleri ziyaret ediyorlar. Siyasi gerilimler olduğu zaman ticari bakımdan alımları kesip, bunun üzerinden yaptırım uygulamaya çalışıyorlar. Dolayısı ile; her devletin, kendisine dışarıdan döviz girebilmesi için kendi hizmet sektörünü, sanayi sektörünü, ticaret sektörünü çeşitli alanlardan desteklemekle ilgili bir yaklaşımı var.

Ayrıca; kimi zaman da ithalatı da köstekleme yaklaşımı var. Mesela; şeker üreticisini korumak için ayrı bir düzenleme var; şeker ithali izne tabi, yasak. Ancak; Türkiye’deki şeker fiyatlarının çok artması veya ihtiyaca yetmemesi gibi hallerde şeker ithaline izin veriyor. İçerideki şekerler tüketilsin, içerideki fiyatlar cari olsun diye, sizin dışarıdan daha ucuza da olsa şeker getirmenizi engelliyor. Tersini de yapıyor; kendi sanayicisinin üreticisinin de ihracat yapmasını istiyor. İdare niçin buna ihtiyaç duyuyor? Dersin başında da söylediğim gibi, hukuk düşüncesi bunu

hukukileştirmeye girişiyor. Böyle bir vakıa var, bu vakıayı görmezden gelemezsiniz, kitaplarda yazmasa da bu bir vakıa, böyle bir eğilim var ve bunun bir hukuki rejimi olması lazım. İdare istediği gibi yapsın, istediğine istediği fiyattan versin, istediğine büyük araziler versin şekline dönüşmemesi; teşvik yapayım derken insanları özel olarak zenginleştirecek muamelelere dönmemesi lazım. Dolayısı ile; bir hukuki zemin olmazsa, idareler eliyle zenginleştirilmiş insanlar ortaya çıkar.

Teşvik etmek, yanlış değil; ama teşvik etmenin yanlış yolları olabilir. Bunun hukukileşmesi için maksat ne olacak? Bir kere; kamu hizmeti niteliği taşıması diye bir şart yok. Zeytincilik kamu hizmeti değil; ama zeytincilik teşvik edilebilir. Bir şey kamu hizmeti olacaksa; zaten teşvike gerek olmadan idare onu kamu hizmeti yapar ve toplanan vergilerden masraf yaparak, o faaliyeti zararına da olsa sürdürür. Kamu hizmeti; zaten para kazanmak için değildir; kural olarak meccanidir. Dolayısı ile; kamu hizmeti olması başka bir şeydir. Kamu hizmeti olmasını doğuran ihtiyaç, özendirme ve destekleme faaliyetini doğuran ihtiyaçtan farklı bir ihtiyaçtır. Orada idare o faaliyeti görmezse, idareye görev olarak verilmezse, o faaliyetin yoksunluğu nedeni ile toplumun temel bileşenlerinde aksaklık olacağı düşüncesi ya da -kitaplarda yazdığı gibi- huzursuzluk doğuracağı düşüncesi vardır. Dolayısı ile; toplumda birçok kimsenin temel ihtiyacının giderilebilmesi amacı ile idarenin kamu hizmetini üzerine alması ve kamu hizmetleri

ilkeleri çerçevesinde süreklilik, uyarılma ve eşitlik ilkesi çerçevesinde sunması, bir hukuki rejimi gerektiren faaliyetin tespiti anlamına gelir. Halbuki; zeytincilik öyle bir şey değil. Niçin o zaman zeytincilik bakımından bu bakış açısı var? Tahminler yürütebiliriz. Mesela; neden şeftali ya da armut ya da başka bir şey değil de zeytin? Mesela; belki resmi yoldan haşhaş üretimi daha gelir getirici olabilir; sağlık sektöründe kullanılıyor, gıda sektöründe kullanılıyor, daha verimli ve daha pahalı olabilir diye. Buna ilişkin ancak tahminler yürütebiliriz. Mesela; tahminlerden birisi şu olabilir: zeytin çok yönlü bir meyve. Şeftalinin yapılabilecekleri bellidir, yenir, belki konservesi yapılır, belki turşusu yapılır; ama zeytincilikte zeytinin hem yağından yararlanılır, hem çekirdeğinden yararlanılır, hem küspesinden hayvan yemi olarak yararlanılır, hem bir ağaç olarak havayı temizleyici yönü vardır, hem toprak bakımından besleyici yönü vardır. Dolayısı ile; zeytinin sadece bir meyve olarak kullanımı değil; dünya ticaretinde çeşitli biçimlerde kullanımı var ve sadece Akdeniz Bölgesi'nde yetiştiği, Akdeniz'e endemik bir ürün olduğu için bütün dünya ticareti bakımından kıymetli ve rekabeti çok yoğun olmayan bir boyutu vardır. Bunu yetiştirmek suretiyle; hem çiftçisine iş bulmuş olur, hem gelir sağlamış olur, hem yurtdışına ihraç edilecek bir madde nedeni ile döviz girdisini sağlar, hem dünya ticaretinde yer almayı sağlar, hem toprakların erozyonunu önler vs. Zeytini teşvik etmeden önce neyi teşvik edelim diye yapılan araştırmalar sonucunda belki bulunmuş 50 kadar unsuru vardır. Bu 50 unsuru birden gerçekleştireceği için. Bunu idare yapmaya çalışsa, bir çiftçi olmadığı için tutacağı elemanlarla bunu yapamaz; dolayısı ile bunu ancak çiftçileri başka bir şey yapmak yerine, zeytincilik yapsın diye özendirerek, böylelikle göç etmek zorunda kalmalarını engelleyerek, böylelikle para girdilerini sağlayarak, gizli işsizliği gidererek çok yönlü faydasını sağlayabilecek bir teşvik yapabilirim diye düşünülmüş. Dolayısı ile; zeytini yetiştirsin, para kazansın.

Zeytini yetiştirip para kazanmasında hem onun para kazanması şeklinde bir faydası, hem de benim zeytinin yetişmesinde kamu hizmeti olarak değil ama kamu yararı olarak faydam var. O kamu yararı da; zeytinde kamu yararı olduğu için değil; sonuçta ticareti ile para kazanıldığı, işsizliği giderdiği, göçü önlediği için var. İstanbul'un resmi rakamlar ile 17 milyon olsa bile 30 milyon nüfusu olduğunu düşünün. Dolayısı ile; buraya gelmek zorunda kalan insanların yerinde geçimini sağlayabilmesi, sosyal hayat standartlarını bulabilmesi, işsizlik olmaması, burada kendisini çürüteceğine daha sağlıklı bir şekilde yaşamasının sağlanması elbette çok yönlü kamu yararadır. Kamu yararı; en uzak yönü ile insan hareketliliğinde yerleşik nüfusu ülke üzerine yayabilmek şeklinde bile görülebilir. Dolayısı ile; buradaki kamu yararı şeftali üretimi ya da zeytin üretimi değil; sonuçta bunun yol açtığı zincirleme etkiler olarak idarece değerlendirilmiştir. Bu sübjektiftir, kişiden kişiye değişebilir. Kamu yararı bunda görüleceğine, tarımı daha rahat yapılan buğdayda görülseydi de denilebilir; ama bu bir tercih meselesidir. Bu tercihin yapılmasını sağlayan metajuridik unsurları tespit etmek ve bizim bakımımızdan da tercihin hukuki sonuçlarını belirlemek ihtiyacı var.

Yöntemimiz şu; özendirme ve desteklemede dünyadaki rekabete de bakarak rekabeti bozmayacak özendirme ve destekleme, hukuki rejiminin şu anda önde gelen gerekliliklerinden birisidir: Rekabeti bozmamak üzere özendirme ve destekleme. Böyle bir ilkeyi koyduğunuz zaman, işin içine eşitlik geliyor. Zeytincilik Kanunu'nda da herkese açık objektif bir düzenleme yapmış. Dolayısı ile; bu sadece belirli kişilere değil; buna talip olan herkese yönelik getirilmiş bir olanak. Objektif olarak öncelikler belirlenmiş: Önce toprağı olmayan, sonra yakın çiftçiler diye giden bir öncelik sıralaması. Şirketlerin ve başka yatırımcıların ise bunu yapmasına engel olmamış. İlk planda bu bir idare eliyle zenginleştirme, idare eliyle imtiyaz sağlama, idare eliyle kayırma yöntemi olmasına yönelik bir hukuki altyapının burada izleri var. Adı konularak ya da konulmayarak, sezilerek ya da bilinçli düşünerek. Ama; şimdi bu konu ele alındığında birincisi bu: rekabeti bozmayacak bir özendirme ve destekleme yapmak lazım. Rekabeti bozarsanız, siz

batırırsınız. Mesela rekabeti bozmayacak özendirme ve desteklemenin bir önemini, batmış bir ülkeden bahsederek örnek vereyim.

Dünyada iflas etmiş devletler diye bir kavram var ekonomik bakımdan. Bunlardan birisi de Somali. Somali'de idarenin şehirde hakimiyeti Mogadişu'dan bile dış mahallelerine kadar çıkmıyor. Hiç yaprak kıvıldamıyor, hiçbir üretim yok. Somali nasıl bu hale geldi diye sorarsak; özendirme ve desteklemenin bir araco olarak görünümü altındaki rekabeti bozucu etkiler nedeni oluşan bir durum bu. Somalili çiftçiler, tüccarlar tam buğday hasadında bulunduğu zaman dünya Somali'ye gemiler dolusu bedava buğday dağıtmış. Bunda ne kötülük var diyeceksiniz? Bütün çiftçisi, tüccarı iflas etmiş. Rekabeti bozduğunuz zaman, ekonomik hayatı bozduğunuz zaman, kendisi yetiştiremez hale geliyor. Siz yardımı eğer rekabeti bozup, yardım dışında ticari olarak bu işi yapacakları öldürecek şekilde yaparsanız, o alanı öldürüyor, yardıma muhtaç hale getiriyorsunuz. Dolayısı ile özendirme ve destekleme faaliyeti, aynı zamanda riskli bir faaliyet de. Eğer hukuki rejimini belirlemezseniz, ülkedeki ticareti, ekonomiyi, üretimi öldürür. Siz zeytincilik hakkında getirecekseniz, bu zeytinciliğin başka ürünleri öldürmemesine dikkat etmeniz lazım. Belki seçerken de o

yüzden zeytini seçtiler. Zeytin; dayanıklı bir tüketim maddesi, diğer meyveler gibi hemen bozulmuyor. Siz elmayı, şeftaliyi böyle özendirseniz, sonra da buzhaneler, ticaretini kolaylaştıracak şeyler yapmazsanız üretenin bütün ürettiği elinde kalır, satamaz, bozulur ve ondan sonra da büyük bir masrafa girer, iflasa girer. Siz onu bir ürüne teşvik ederek o ürünün satışını ve muhafazasını sağlamayarak, ürettiği ürünün elinde kalmasına yol açarak esasında uçuruma doğru sürüklemiş, teşvik etmiş olursunuz. Zeytinin dayanıklı bir tüketim maddesi olması, bozulmaması, ticaretinin yıl içinde ve zaman içinde çeşitli boyutlarda olması, kullanım biçimlerinin çokluğu, depolama maliyetinin azlığı, rekabeti bozucu nokta olmaması için bütün üreticilere tanınması gibi noktalar işin mantığını tamamlıyor. Eğer; böyle bir ürünü seçmezseniz, iyilik görüntüsü altında kötülük yapıyorsunuz. Sonuç olarak Zeytincilik Kanunu'nu hazırlayanlar, şimdi hukuki rejimi bakımından bulunan hususları bilerek veya bilmeyerek isabetli düzenleme yapmış ve özendirme-desteklemeyi belirlemişler.

Şimdi gündemde bu özendirme ve desteklemenin kitaplarda yazmayan ikinci bir boyutu var, o da: Etki analizi yapmak. Yani; özendirdiğiniz şey ne kadar etkili? Mesela; bir sürü özendirme yapıyorsunuz, halbuki özendirme yapmadan öncesi ile arada bir parmak fark oluyor. Bu reklam analizi gibi bir şey, televizyonlarda çok yüksek reklam bütçesi harcaabilirsiniz ama satışınız hiç artmaz. Televizyonda yapmak yerine, üniversitelerin billboardlarında yaparsınız satışınız artar. Bu bir etki analizi meselesi. Yani; etki analizi reklamcılıkta olduğu gibi yaptığınız şeyin “Ne kadar geri dönüşü var?”, “Ne kadar etkiliyor?”, “Bunu gerçekten teşvik ediyor mu?”, “Zaten insanlar yapacakları şeyi mi yapıyorlar?”, “Zaten insanlar zeytin yetiştirecekler, sen de üstüne bir de fazladan devlet toprağını mı veriyorsun?” sorularının cevaplarını araştırmak ve analiz etmek. “Başka şeye devlet toprağını ver!” diyebilecek bir sonuç elde ediyor musunuz? Ama; hiç zeytin yetiştirmeyi düşünmeyen bir kimseyi, zeytin yetiştirmeye teşvik ediyorsanız o zaman önemli bir şey.

Dolayısıyla ikinci mesele de etki analizinde bu teşvikin amacına ulaştığına ilişkin sürekli denetleme yapmak. Buna kontrol de diyebilirsiniz; ama kontrolden farklı. Etki analizi, -dün bahsettim hayali ihracat meselesinden, yarım kalmış fabrikalardan- esas bu işin hukuki rejiminden en önemlisi, bu noktada aldatılmaya müsait olmamak. Hukuki rejimi buna göre kurmak. Yani; zeytincilik yapacağım diye, 20 hektar yer alıp da tatil sitesi yaparsa, bu esasında amacı istismar etmektir. İhracat yapıyorum diye vergi iadesi almış da ihracat yapılmamışsa, bu da bir istismar konusu olur. Dolayısı ile; bunu denetlemek. Dikkat ederseniz, bir kısmı kollukta gözükebile, bu denetleme bir kolluk denetimi değil. Yani; sadece bir suç denetimi değil; “Amaca uygun kullanıyor mu?”, “Aldığı malzemeyi amaca uygun kullandı mı?”, “Aldığı krediyi amaca uygun kullandı mı?”, “Aldığı parayı amaca uygun kullandı mı?” bu hususları da denetlemek. Bu dolandırıcılığı da aşan bir şey. Ceza hukuku bakımından dolandırıcılık suçu oluşturması başka bir şey, idarenin kaynağını amaca uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlemesi başka bir şey. Kamu hizmetinin faaliyete içten müdahalesinden farklı, kolluğun kamu düzenini korumasından farklı; burada kendi teşvik düzenini, kendi teşvik düzeninin amaca uygun olarak işleyip işlemediğini koruyor. Sonuç olarak bunların üçü de birbirinden farklı denetimler ve olması gereken de bu. İdare; denetlemediği takdirde kamu kaynağını boşa aktarmış olacak. İdare

burada aldatılmakla mazur görülemez, idare aldatılmamak mecburiyetinde. İdarenin bu noktadaki bir hatası esasında ekonomik düzeni bozar. Bu sebeple idarenin ekonomik hayata müdahalesinde, teşvik yöntemlerini kullanmasında amaca uygun kullanılıp kullanılmadığını esas alacak bir kontrol düzeni oluşturması lazım.

Her ne kadar günlük dilde bir ayırım yapılsa da; özendirmenin ve desteklemenin idare bakımından farklılıkları var. Bir şeyi özendirmek başka bir şey, desteklemek ise başka bir şey. İkisi bir arada kullanılıyor ama; özendirmekte dikkat ederseniz tek başına kullandığında bir destek yok, sadece yapma konusunda hevesi canlandırılıyor; desteklemekte ise yapana bir el veriliyor, yukarı doğru itekleniyor. Dolayısı ile; bunların da kendi içerisinde hukuki rejim nüansları var, özendirmede başka hukuki rejim, desteklemede başka hukuki rejim diye ilkeleri zaman içinde gelişecek. Şu anda hukuki rejim çok kaba hatları ile belirlenmiş durumda.

Ana konumuz, özendirme ve destekleme faaliyetinin hukuki rejimini bulmak. Buna ilişkin bütün mevzuatı öğrenmek değil. Buna ilişkin mevzuatın çok çeşitli olabildiğini söyledik. Tarihi derinliği ve yatay çeşitliliği var. Bir şeyi kapsayabilmek için hem derinlik hem yataylık ile ilgili bilgiye ihtiyacımız var. Yani aynı dönemde farklı konularda olanlara bakmak lazım. Bir kurumu tarihi derinliği içinde ele almak lazım. Biz de anlayabilmek ve görebilmek için bu çeşitliliği göstermeye çalıştık. Mesela; bir olayı sadece değerlendiriyor olsak, bizi ilgilendiriyor olsa: diyelim ki aranızdan birisi bu alanda teşvikten yararlanmak istese; bu durumda yönetmeliğine bakmak lazım, ilgili kararlarına bakmak lazım, zaman içindeki değişimine bakmak lazım, zaman içinde nasıl başlamış ne gibi değişiklikler olmuş, ne gibi uyumsuzluklar çıkmış, ne gibi kararlar verilmiş bunlara bakmak lazım. Bunlara baktığınız ve nasıl gelişme izlediğini anladığınız zaman, nasıl gideceğine ilişkin de bir projeksiyon yapabilirsiniz. Böylelikle; yatırımınızın hukuki riskini ölçmüş olursunuz. Hukukçuların yapmakta en zorlandıkları fakat en fazla hukukçuya ihtiyaç olunan nokta, risk analizi yapabilmek, yani ilerisini görebilmek. İleride ne gibi hukuki değişiklikler olabilir, ileride bu alan nasıl bir hukuki altyapıya sahip olur, burada nasıl bir dönüşüm olur bunu anlayabilmek için yatay ve dikey bakıp; buna ilişkin de hukuk mantığını, konuya ilişkin mantığı kavramışsanız o mantığı işleterek, o mantığı olay üzerinde projeksiyonlar yaparak senaryolar yazarsınız. Önceden görebilmek ise bir emekle, konunun mantığını anlamakla, değerlendirmekle ilgili bir şey. Dolayısı ile bunu verebilecek bir ders yapımız, buna yönelik bir müfredatımız yok; ama bu yola çıkmak isteyenler için bunun yöntemini göstermemiz faydalı olabilir. Yöntem olarak da; kitaplardaki tanımlar dışında, sizin farklı yöntemlerle mantığını görebilmenizi, sezebilmenizi, bilgiye dayalı bir sezgiye ulaşabilmenizi sağlamaya çalışıyoruz.

Böyle bir gündem var, bu gündem idare hukukunun güncel gündemlerinden birisi, önemi var, 1930'lu yıllardan başlayan bugüne uzanan bir boyutu var, hükümet programlarında ve/veya partilerin seçim vaatlerinde “şu özendirme ve desteklemeyi yapacağız, iş kurmak isteyen gençlere karşılıksız şu kadar para vereceğiz, şöyle yapacağız böyle yapacağız” var. Bu özendirme ve destekleme önemli bir idari yetki, kötüye kullanılabilir de bir yetki. İdare tarafından da kötüye kullanılabilir, kişiler tarafından da kötüye kullanılabilir. Öyleyse; hukuk gündeminde bunun kötüye kullanılmasını engelleyecek, amaca uygun kullanımını değerlendirebilecek, etki

analizini yapabilecek bir hukuki altyapıya ihtiyacı var. Her olay, bu amacı farklı araçlarla sağlayabilir. Ama bu amaca yönelik bir gündemi var.

Birkaç yargı kararı inceleyelim:

Antalya Valiliği ile ilgili bir uyuşmazlık var: “*Antalya Valiliğinden alınan 25.3.1982 gün ve 18/1133 sayılı yazıdan (Ek- 1) Antalya İli Merkez İlçe ...Köyünün ...ve ...mevkiilerindeki Devlet yabani zeytinliklerinin 3573 sayılı Yasaya göre 25.6.1973 tarihinden önce dağıtıldığı, dağıtılan parserlerden 87 adedinin yasal müddeti içinde imar ihyasının tamamlandığı ve Bakanlığımızca tapu tescil emirlerinin ilgili Vilayete gönderildiği, ancak mahalli Tapu Sicil Muhafızlığı ile Milli Emlak Müdürlüğünün Maliye Bakanlığının konuya ilişkin 1.3.1982 gün ve MİLE 3314-5235/81-Şb. 3/2 Md. 5338 sayılı yazısı (Ek-2) üzerine tescil işleminin yapılmadığı anlaşılmıştır.*” Yani; Tarım Bakanlığı araziyi vermiş, ama tapu müdürü ve milli emlak müdürü “bu devlet arazisi nasıl verilir? Bu konuda ne yapacağız?” diye tereddüte düşüp, kendi bakanlıklarına sormuş ve böylece bir ihtilaf ortaya çıkmış.

Kararın devamında: “*Kendilerine İmar ve ihya etmek üzere yabani zeytinlik dağıtılan kişilerin (bu imar sadece bina yapmak değil, mamur hale getirmek de demek. Aynı kökten geliyor. Mamur hale getirmek, yıkılmış, harap olmuş ve verimsiz olan bir şeyi imar etmek, mamur verimli hale getirmek. İhya ise, üzerinde hiçbir şey olmayan toprağa ağacı dikmek. Birisi bakımını yapmak, verimli hale getirmek ve diğeri ise yetiştirmek, sıfırdan üretmek) yasada öngörülen yükümleri yerine getirmeleri ve koşulların gerçekleşmesi halinde, o taşınmazın mülkiyetini isteyebilmeleri konusunda kazanılmış hakları bulunmaktadır.*” Yargı bu noktayı ortaya koymuş, kanundan dolayı kazanılmış bir hak söz konusu. Kişi bu şartları yerine getirdi ise, idare artık bunu sağlamak için işlem yapacak.

Kararın devamında: “*Her yasa yürürlükte buldukları zamandaki olaylara uygulanmak ve ilişkileri düzenlemek suretiyle hak ve yetkiler doğuracağı, bu hak ve yetkilerin zaman içinde korunmaması istikrar ilkesine ve devletin güvenilirlik niteliğine uygun düşmeyeceği cihetle bu hakkı doğuran yasanın yürürlükten kalkmış olması ya da uygulanmasının durdurulmuş bulunması sonucu değiştirilmez.*” Mahkeme burada hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinden bahsediyor; yasa kalksa bile, 5 yılı doldurmuş kimselerin bu hakkını zaten korumak lazım. Sonuçta; “*Yukarıda açıklanan nedenlerle, 3573 sayılı Yasanın 3 ve 4 üncü maddeleri uygulanmak suretiyle kendilerine toprak tevzi edilmiş kişilere, bu Yasa ile saptanan koşulların gerçekleşmesi halinde tapularının verilmesi gerektiği hakkında mütalaa kılınmakta dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 27.10.1982 gününde oybirliğiyle karar verildi.*” diyor Danıştay bir başka uyuşmazlık 8. Daire’de. Burada 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsis edilen taşınmazın, amacı dışında kullanıldığının tespit edilmesi üzerine, her zaman için tahsisi iptal edilebilir mi, geri alınabilir mi tartışması söz konusu. Karara baktığımızda: “*Dosyanın incelenmesinden, Antalya ili, Merkez ilçe, ... Köyü’nde*

bulunan ... parsel nolu taşınmazın 3573 sayılı Yasa hükümleri uyarınca 1973 yılında .. 'ya tahsis edildiği, verilen süre içerisinde taşınmazda bulunan yabancı zeytinlerin aşılması, taşınmaza bakılması ve ıslah edilmesi hususlarının yerine getirildiği görülerek, 15.4.1980 tarihinde Antalya Valiliğince taşınmazın tapuda devrinin yapıldığı, 12.1.2004 ve 20.1.2004 tarihinde Tarım il Müdürlüğü görevlilerince ilgili arazide yapılan denetimde; amacı doğrultusunda kullanılmadığının tespiti üzerine dava konusu işlemle tahsisinin kaldırıldığı, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.” Yani idare tahsisi kaldırarak araziyi geri almış. Araziyi geri alması üzerine de kişi dava açmış.

Kararın devamında: “3573 sayılı Yasanın amacı, aşıllı zeytinlerin bakımının, yeniden fidan dikilmesi suretiyle meydana getirilecek zeytinliklerin ise tesis ve yetiştirilmesinin, yabancı zeytinliklerin açma ve aşılama işleminin yapılarak zeytinciliğin gelişmesini sağlamak olup bu amaç doğrultusunda da taşınmazın bu işlemleri yapanlara tahsisi yapılmaktadır. Tahsis sonrasında taşınmazı belirlenen süre içerisinde amacına uygun olarak kullandığı tespit edilenlere, tapu devri yapılmaktadır. Ancak, tapu devri yapıldıktan sonra da taşınmazın hiçbir şekilde amacı dışında kullanılmaması gerektiği yukarıda belirtilen Yasanın amir hükmü olup amacı dışında kullanılması halinde ise tapu devrinin 3573 sayılı Yasanın değişikliğinden önce ya da sonra yapılmış olmasına bakılmaksızın tahsisin her zaman iptal edileceği açıktır.” Yani; idare diyor ki; “5 sene zeytincilikle uğraşıp tapuyu aldıktan sonra amacı değiştiremezsin. Ben tapuya beyanlar hanesine şerh de koyarım, bu tapulu bir arazi de olsa amaç dışında kullanıldığı her zaman geri alırım, tapuyu iptal ederim. Dolayısı ile tapu herhangi bir özel mal tapusu gibi tedavül edemez, istenildiği gibi kullanılamaz; ‘usus, fructus, abusus’u bu tapu sağlamaz. Bu ancak zeytincilik yapmak üzere kullanılacak mülkiyeti gösteren bir tapudur. Zeytincilikten çıktığı anda tapunun iptaline yol açacak, tahsisin iptali işlemi yaparım, tahsis iptal edilince tapunun temeli de ortadan kalktığı için adli yargıya gider, dava açar, tapunun iptalini sağlar ve arazimi geri alırım. Bunda da bir aykırılık yok”.

İdare ilk olarak tahsisi iptal etmiş. Tapu olduğu için idare tek taraflı olarak tapuyu iptal edemiyor, tapuya esas olan tahsisi iptal ediyor, sonra da adli yargıda dava açıp, tapu kaydının düzeltilmesi için tapu iptali denilen bir dava ile geri alıyor.

Mesela; burada mahkemenin verdiği karar kritik bir şey. Mahkeme, “Tapu gittikten sonra artık özel hukuka tabi bir statüye geçtiği için artık idarenin bu konuda bir kontrol yetkisi kalmamıştır. Bu kanunun düzenlenme hatasıdır, esasında 20 yıl boyunca ilgiliye tahsis etmeli, 20 yılın sonunda belki tapuyu geçirmeli idi. Dolayısı ile, 5 yıl içinde tapuyu geçirmişse, artık tapu geçtikten sonra malikin tasarruf yetkisine idare müdahale edemez vs.” diyebilirdi. O zaman hukuki rejimi bakımından farklı bir yola giderdi. Ama; idare nasıl bakıyor? Şöyle; “Bu bir özendirme ve destekleme. Mülkiyeti de devretse, özel hukuk muamelesi de yapsa, amacı dışında kullanıldığı her zaman bunun geriye dönüş prosedürünü başlatmak lazım.” Dolayısı ile bu mülkiyetin kesin olarak geçisini sağlayan tapu içinde ayrı bir sistem.

Mesela; Medeni hukukçular eşya hukukunda tapuya ilişkin hükümleri eğer idare hukukunda verilmiyor diye işlemiyor olsalar bir eksiklik olur. “*Tapu şu imkanı verir, iyi niyetli malikin tapu hakkına kimse müdahale edemez, tapu Anayasa’da korunan temel haklardan birisidir, tapu geçtikten sonra sebebe bağlı olarak tapunun geçersizliği ortaya konulamaz.*” gibi. Bunların hepsi genel olarak tapu açısından doğru ama kararda da bahsedilen tapu, ilgili işlemler nedeni ile başka bir tapu. Bu tapu, diğer tapular gibi serbestçe üzerinde tasarruf etmeye imkan vermiyor. Bu yargı kararı ile de, tevsik edilmiş bir durum haline geliyor. Yoksa sadece kanun bunu sağlamaz. Kanun bir altyapı oluşturuyor; uyuşmazlıklar çıktığı zaman yargının bunu kavrayışı, ele alışı, uyuşmazlıkları değerlendirışı belli oluyor. Dolayısı ile; şimdi bu alana ilişkin bunlar okunursa ne olacağı, nasıl gidileceği, bu konuda ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği hakkında insan bir fikir sahibi olur, altyapısı konusunda değerlendirmesi tamamlanır. Yani İdare izliyor, kontrol ediyor. Yargı diyor ki, “*İdare 10 sene sonra da olsa, tapu başkasına da verilse devreder.*”

Mesela; şöyle bir uyuşmazlık çıksa sizce idare nasıl karar verir: İlgili, zeytinciliği bırakmaya karar veriyor, zeytincilik yapacak başka bir kişiye para karşılığı bu arsayı satmak istiyor. Başkasına satmak, yasak mı değil mi? Özendirme ve desteklemenin amacına aykırılık sayılır mı sayılmaz mı? Burada neye bakılacak? Kişi mi özendiriliyor, yoksa özendirmeye konu oluyor daha doğrusu, kişi özendiriliyor da özendirmeye konu olan ne, korunan değer ne? Zeytincilik. Dolayısı ile diğeri de zeytin yetiştirecekse arsanın satılmasına bir engel yok. Ama; satın alan zeytinlik yetiştirmekten vazgeçip orayı başka bir şey yapmak istediği zaman, “*Taahhüt eden ben değilim.*” diyemez elinden alınır. Dolayısı ile; arsanın üzerinde zeytinlik olmasını güvenceye alıyor, kimin zeytinliği ürettiğini değil -aksini zaten düşünse, insanlar ilelebet yaşayacak değil ya, ölecek, mirasçılara geçecek, malik her halükarda değişebilecek, şirket nevi değiştirebilecek, iflas edecek, başka bir şirket kurulacak, bir sürü şey olabilecek. Ancak buradaki amaç zeytinlik olarak devam etmesidir.

Köstekleme Faaliyeti

Özendirme destekleme faaliyetinin kitaplarda ele alınmayan bir boyutu var, kitaplarda kamu hizmeti kapsamında ele alınan boyutu var, bir de hiç ele alınmayan boyutu var. Ele alınmayan boyutu: *Köstekleme faaliyeti*. İdarenin destekleme dışında bir de köstekleme faaliyeti var. Mesela; bir tanesini zeytinciliğe ilişkin Kanunda gördük: Zeytinlikler korunsun diye 1 km. civarında ahır yapımını yasaklıyor, hayvancılığı köstekliyor. Yani; “*Burada bunu yapamazsın, çünkü zeytinciliğe zarar verirsin. Git başka yerde yap.*” demek istiyor.

Kösteklemek şöyle oluyor: mesela; EPDK elektrik fiyatlarını belirliyor. Diyor ki “konut elektriği şu kadar, sanayi elektriği şu kadar, kalkınmada öncelikli bölgelerde bu elektrik fiyatının ¼’ü, kalkınmada öncelikli olmayan bölgelerde ise bu elektrik fiyatının 2 misli”. Yani İstanbul’da sanayi tesisi kurarsanız kW-h başına 4 TL yerine 8 TL elektrik bedeli veriyorsunuz, kalkınmada öncelikli yerde yaparsanız kW-h başına 4 TL yerine 1 TL veriyorsunuz. Dolayısı ile; bir yerde özendiriyor ve elektrik fiyatını

1 TL'ye indiriyor; diğ er yerde 8 TL'ye çıkarıyor. Siz elektriğ in 8 TL olduğ u yerde elektriğ i yoğ un olarak kullanan bir sanayi tesisi kurarsanız, maliyetinizin bir girdisi 8 misli fazla oluyor. Dolayısı ile; hesabınızı iyi yapıyorsanız, sanayi faaliyetinizi orada yapmayacaksınız; gidip 1 TL olan yerde yapacaksınız. Böylelikle; 1 TL olan yerde işsizlik var, sanayileşme gelişmemiş, orada sanayi kurulsun diye insanları oraya sevk ediyor, yapılaşmanın yoğ un olduğ u ve sanayileşmenin artık haddi aşığı yerlerde de sanayileşmeyi, tesis yapımını yasaklamak yerine köstekliyor. Yasaklarsa; bu zeytincilik kanununda olduğ u gibi gerekli bazı şeylerde sıkıntı olabilir. Mesela; öyle bir sanayi kolu olabilir ki elektronik alanda hemen havaalanına yakın olacak, taşıma maliyeti olmayacak, dışarıya duman partikülü vs. vermeyecek, bacasız bir sanayi olacak. Onun büyük şehirlerde üstün eğitim görmüş insanların yoğ un olarak bulunduğ u yerlerde, nitelikli elemanın bulunduğ u yerlerde kurulması lazım. İstanbul'da sanayi tesisi kurulamaz derseniz, onun orada elektrik fiyatına rağmen yapılabilmesini yasaklarsanız, bir büyük gerekliliğ e de toptan yasak getirmiş olursunuz. Bu; çalışma özgürlüğü bakımından da tartışılır. Hâlbuki siz maliyetini artırarak, yoğ un sanayinin burada olmamasını sağlamaya çalışıyorsunuz.

Böylelikle idare, yasak koyma yöntemleri dışında bu tip araçlar kullanıyor ve bu tip araçlar içinde de şimdi köstekleme diyebileceğ imiz bir alan var. Bu köstekleme, özendirmeden daha hassas bir alan çünkü burada da idarenin kösteklerken kişilere zarar verme ve geçiş imkanı tanımama gibi yollara yol açmaması lazım. Mesela; halden anlamayan bir idare şöyle diyebilirdi: "*Burada ses kirliliğ i oluyor, sizin fabrikayı kapatıyorum*" dese. Fabrikayı kapatsa 1 milyon ton ihracat yapan bir şirket, ihracat bağlantıları gidecek, tazminat yükümlülükleri gidecek, sonra idareye dönecek. İdarenin yetkisini kullanmasının sosyal şartları bir problematik olarak gündeme gelecek. Dolayısıyla bu sanayi tesislerini köstekleyerek ve başka bir yere taşınmasını özendirerek, destekleyerek sağlamak modern idare yaklaşımında tercih edilen bir husus oluyor.

Buradan özelleştirme sonucundaki regülasyona geçiş yapacağız. Batı Almanya, Doğu Almanya ile birleştikten sonra bazı sanayi tesislerini sadece işletilebilirsin diye yapabilecek teknolojiye sahip şirketlere üstüne para vererek özelleştirdi. Yani; değil kapatmak, değil parayla özelleştirmeye çıkarmak "sen bu sanayi tesisini al, teknolojisini yenile, 10 sene boyunca işçi çıkartma, ben sana her sene şu kadar para vereceğ im" diyerek özelleştirdi. Şimdi yavaş yavaş regülasyon faaliyetine geliyoruz; çünkü kapatmakla iş bitmiyor; kapattığın zaman yenisini nasıl kuracaksın, nasıl değerlendireceksin. Bazıları da; sanayi niteliğini değiştirdi ve gelişmekte olan ülkelere bıraktı o alanları. Mesela; gelişmiş ülkelerin hiçbirisi şimdi çimento ya da demir-çelik üretmiyor. Fransızlar, Ciments Français denilen devlet sermayeli şirketinin Türkiye'deki özelleştirmeye girip 5 çimento fabrikasını satın almasından sonra bütün çimento fabrikalarını kapattı. "Nasıl olsa çimento başka yerlerde de üretilir, alabilirim; yapılaşmamı da kendime göre tamamladım, çimento bulunamayacak bir şey değil, çevre kirlenmesine engel olmak benim için daha önemli, çimento faaliyetine artık izin vermiyorum" dedi ve öyle yaptı. Ama; bunu çimento fabrikaları konusunda kendi şirketleri dünyaya yayılıp edinmeden önce yapamadı.

Dolayısı ile; dünyada şöyle şeyler var: 1 kilogram üretimini kaçta sattığı kriterine bakıyor. 1 kilogram pamuk mu demir-çelik mi telefon mu ona bakmıyor. Gelişmiş ülkeler 1 kg imalatını 3000 dolar civarında satıyor, gelişmekte olan ülkeler 50 dolar civarında satıyor, diğerleri 3 dolar civarında satıyor. 1 kilogram demirle 1 kilogram cep telefonu arasında fiyat olarak dehşetli fark var. Dolayısı ile; o 1 kilogram demiri üretmek yerine 1 kilogram cep telefonu üretiyor ve bütün dünyaya satıyor. Dolayısı ile, o 1 kilogram diğer 1 kilogramı 300 misli 1000 misli 3000 misli karşılıyor. Dolayısı ile böyle kilogramı para etmeyenleri başka ülkelere, kilogramı para edenleri kendi ülkelerine teşvik ediyorlar, yönlendiriyorlar. O yüzden de; kimi zaman gelişmekte olan ülke diye kilogramı hafif demir-çelik gibi sanayileri teşvik ettiğiniz zaman sonra sektör krize girdiği zaman büyük problemlerle karşı karşıya kalıyorsunuz. Bu özendirme ve destekleme o yüzden hassas bir izleme, hassas bir değerlendirme ve multidisipliner yaklaşım gerekiyor. Bu multidisipliner yaklaşımda hukukçular üzerine düşeni yapmıyor ve özendirme ve desteklemenin hukuki rejimini oluşturmuyor. Dolayısıyla bu noktada anlattıklarımızdan şimdi regülasyona geçiş yapıyoruz.

KOLLUK FAALİYETİ

GİRİŞ

İdarenin faaliyetlerinden bir hukuki rejim olarak kamu hizmeti anlatıldı. İdarenin faaliyetlerini nitelendirmeye çalışıyoruz. İdarenin bir faaliyetine bakıyoruz, özelliklerini değerlendiriyoruz; kamu hizmeti ise faaliyetin hukuka uygunluğunu ve bundan sonraki aşamalarını, kamu hizmetine ilişkin malzemeyle değerlendiriyoruz. Bir faaliyetin niteliğinin belirlenmesinde kamu hizmetinin işlevine değindik. İdare hukukunun bu kavramlarının hem teşhiste, hem de uyuşmazlığın hukuka uygunluğunu değerlendirmede nasıl işe yaradığını gösterdik. Kamu hizmeti teknik olarak nasıl tespit edilir, bunu belirledik; kamu hizmeti olduktan sonraki hukuki rejimi belirledik ve kamu hizmetinin görülüş usulüne ilişkin açıklamalar yaparak, bu usullere aykırılıklar gündeme geldiğinde, bu usuller kapsamında uyuşmazlık çıktığında ilkeler ve kanuni düzenlemelerin nasıl uygulanacağını belirttik.

Pek çok kamu hizmeti türü var, çok sayıda kanunla ve yönetmelikle düzenlenmiş farklı hukuki rejimler var. Bunların hepsini anlayabilmeyi, ilkelere uygun yapıp yapılmadıklarını değerlendirmeyi, bunların yeni düzenlemelerini izleyebilme ve kullanabilme bakımından gerekli malzemeyi sağlamaya çalıştık. Bu malzeme, idare hukuku düşünüş tarzıyla bir olaya ilişkin teşhis ve tespitte bulunmak, olaya uygulanacak hukuki rejimlerin ana ilkelerini belirlemek, ana ilkelerin mevzuat hükümleriyle bağlantısını kurmak ve bu şekilde uyuşmazlığı belirleyip bir kanaat edinmek için kullanılacak malzemedir.

Kamu hizmetinden farklı bir rejim olan kolluktan söz edeceğiz. Kolluğun ayrı ilkeleri, ayrı düzenlenme biçimi, ayrı bir mantığı ve amacı ile buna ilişkin kullandığı

ayrı hukuki araçlar var. Hem hukuki araçları tespit edebilmek, hem ilkeleri tespit edebilmek, hem bundan çıkacak uyumsuzlukları değerlendirebilmek için, kamu hizmeti dışında bir rejim olarak bunu da ele alacağız. Daha sonra esas problem olan, bu faaliyetleri gördükten sonra, ortaya çıkan uyumsuzlukta hangi rejimin geçerli olduğunu teşhis etmek ve o faaliyete ilişkin ilkeleri ve hukuki rejimi hatırlayarak olaya uygulamaya çalışacağız.

Kolluk, **kamu düzeni** kavramıyla çok bağlantılı bir kavramdır. Birçok idari faaliyet kendisini üretirken esneme kabiliyetini geliştirmek için başka bir kavramdan yararlanıyor. Kamu hizmeti kamu yararından yararlanıyordu, kolluk da kamu düzeninden yararlanıyor. Faaliyetin bütününe kolluk ismi verilse de bu faaliyeti kamu düzeni kavramından ayrı düşünmek mümkün değil. Kamu hizmetinde de sürekli kamu yararından bahsediliyor. Dolayısıyla kamu düzeni bu alanın ayrılmaz bir bütünüdür.

Kolluk ile kamu düzeni arasındaki bağlantı, kolluk rejimini faaliyete çekmek için kurulmuş bir bağlantıdır. Çünkü kolluğun günlük kullanımımızda farklı anlamları var. Kolluk dendiği zaman gündeme gelen birden çok şey var. Kolluk dendiği zaman daha çok kolluk personeli anlaşılıyor, personel faaliyetin insan unsurunu ifade ediyor. Ayrıca idari teşkilat da gündeme geliyor; ancak kolluğun ana çizgisi faaliyet. Teşkilat ve personel, bu faaliyetin yerine getirilmesi için kurgulanan unsurlardır. Bunlar işin esası değil, kolluk faaliyetinin sonucudur.

Kolluk personeli denince akla gelen polis ve jandarma tek kolluk personeli değildir. Vergi memurları da, sınav sırasında kopya çekenler çekmeyenlerin hakkını yemesin diye öğrencileri gözetleyen araştırma görevlileri de bir kolluk personelidir. Kolluk faaliyeti dolayısıyla bunu yapmaktadırlar. Bir kamu görevlisi kimi zaman kamu hizmeti, kimi zaman kolluk, kimi zaman özendirme destekleme, kimi zaman idari malların idaresi gibi görevler yapabilir. Dolayısıyla kolluk dendiğinde sadece polis ve jandarmanın söylenmesi yanlıştır. Belediye zabıtası da imara aykırı faaliyetlere engel olmak için kolluk faaliyeti yapıyor, at yarışlarında yarış komiserleri de at yarışlarına aykırı doping gibi bir uygulama var mı diye denetlerken kolluk faaliyeti yapıyor. Kolluk faaliyeti yerine getirmek için kurulan teşkilat kolluk teşkilatı, personel de kolluk personeli. Bu personel de güvenlik amacıyla faaliyet gösteren polis ve jandarmadan ibaret değil. Dolayısıyla ana gövde personel değil; faaliyet dolayısıyla ortaya çıkıyor. Ana gövde kamu düzenini sağlamaya yönelik yapılan faaliyetler ve bu faaliyetleri yerine getirebilmek için de çeşitli görünümleri karşımıza çıkıyor.

KAMU DÜZENİ

Öncelikle kamu düzeni nedir buna ilişkin bir değerlendirme yapalım ve idarenin faaliyetiyle birlikte değerlendirelim. İdarenin görevleri arasında kamu düzenini “korumak”, “bozulmasına engel olmak” ve bozulduğu takdirde kamu düzeninin “tekrar kurulmasını sağlamak” söz konusudur. Dolayısıyla faaliyetin tanımı için en kritik unsur kamu düzeni.

Kamu düzeni nasıl belirlenecek, kamu düzeni nedir? Kamu düzeninde, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi sırasında işin sahibi olan idarenin, özel kişiye

verdiği emir ve direktiflerden farklı bir denetim söz konusudur. O yüzden kolluktaki denetimle kamu hizmetinde denetim farklı. Özel halk otobüsleri bilet düzenine aykırı para topluyor mu, belirtilen saatlerde kalkıp güzergâhı izliyor mu, yolcu sayısı bakımından, otobüs ve şoför bakımından standartlara uygun davranılıyor mu diye denetleme yapılırken, idare, adeta ticarethanesini denetleyen iş sahibi gibi faaliyetin içeriğine ve niteliğine ilişkin bir denetim yapıyor. Hâlbuki kolluk denetimi faaliyetin içeriği ile ilgili değil, kamu düzeni dolayısıyla dışa yansıyan kısmıyla ilgilidir. İnsanlar arası ilişkilerde, toplum halinde yaşarken insanların tutum ve davranışlarında uyulması gereken kurallar kolluk kurallarıdır. Dolayısıyla kolluk denildiği zaman bir faaliyetin iyi yapılması için yapılan iç denetim veya insanların kendi hayatlarındaki tutum ve davranışları değil; dışa yansıyan ve toplum düzenini etkileme potansiyeli taşıdığı düşünülen kısma ilişkin denetim anlaşılmalıdır. Buna ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmaktadır.

Hukuk düşüncesi kamu hizmeti ve kolluk deyip bunları tamamen farklı rejimlere tabi tutmuyor, böyle bırakırsa hukuk düşüncesi kaba çizgilerle alanı belirlemiş olur. Hâlbuki arada özellik gerektiren, hassasiyet taşıyan bir sürü unsur var. Bunları değerlendirebilmek için hukuk düşüncesi zaman içerisinde çeşitli ayrımlar yapmıştır. Bir alanda hukuki sonucu olan ne kadar çok ayırım varsa, o alan o kadar düşünülmüş, o kadar geçmiş tecrübelerden faydalanarak oluşmuş demektir. Kolluk da böyledir. Önceleri kamu hizmeti içindeymiş. Nitekim Metin Kıratlı diye eski bir hocamızın, Koruyucu İdari Hizmetler diye bir kitabı var. Yani kolluk, kamu hizmetinin özellikli bir alanıymış. Sonra düşünüldükçe, üzerinde uyuşmazlıklar çıktıkça, hukuki rejimi kanun ihtilafından soyutlanıp bir hukuk düşüncesi olarak ele alındıkça, bunun ayrı bir hukuki rejimi olması gerektiği ortaya çıkmış ve kamu hizmetinden kopmuş, kamu hizmetinden bağımsız özellikler ve ilkeler edinmiştir. Kendi içinde de çeşitli unsurlarıyla geliyor. Hem de inanılmaz bir hızla geliyor. Kolluk düşüncesindeki değişimin uluslararası hukukta vardıği noktalara dersin sonunda değineceğim.

İlk olarak şu gündeme geliyor: Biz kolluğu ve kamu düzenini belirlerken, yetkileri belirleyebilmek için, kamu düzeninin unsurlarını belirlemeliyiz. Birçok hukuk dalının yaptığı gibi, kamu düzenini tanımlamak yerine içindekileri belirliyoruz. Kamu düzenini tanımlarsak, tıpkı kamu yararında olduğu gibi, içerik olarak herkese göre değişecektir. Biz kamu düzeninin içine neler girdiğini belirleyelim. Dolayısıyla dış kabuğun değişebilecek, esneyebilecek bir hale getirelim.

KAMU DÜZENİN UNSURLARI

Güvenlik

Kamu düzeninin en önemli unsuru güvenlidir. Dikkat edilirse burada tanım yapılmamakta, içeriği belirlenmektedir. Güvenlik kamu düzeniyle ilgilidir, güvenliği sağlamak idarenin görevlerinden biridir. Toplum halinde yaşamak bir güvenlik gerektirir. Dolayısıyla insanların temel hak ve özgürlüklerini güven içinde

kullanabilmesi, güvenlik kavramını ortaya çıkartır. Bir kişinin can ve mal emniyeti, haklarının korunması, bunların hepsi bir güvenlik problemidir. Başkalarının maddi manevi saldırılarına karşı korunması, vücut bütünlüğünü sağlayabilmesi, mallarına iradesi dışında müdahaleye engel olunması, toplum halinde yaşamının belirlilik ve düzenlilik içinde, güven içinde yaşanabilmesinin sağlanması, idarenin bir görevidir. Dolayısıyla idarenin güvenlik amacıyla yapacağı faaliyetler, bir kamu hizmeti değil bir kolluk faaliyetidir ve kendine özgü ilkeleri vardır. İdare bunu sağlamak zorundadır.

Nasıl kendine özgü ilkeleri vardır? İdare ben seni kendinden de koruyacağım diye davranamaz. Buna ilişkin tartışmalar var. Mesela sigara içmek yasaklanır mı yasaklanmaz mı? Uyuşturucu bakımından da tartışılıyor. Kişiyi kendisinden de korumak idarenin görevi midir? Obezite ile mücadeleyi Sağlık Bakanlığı başlatıyor; ancak bu idarenin yetkisine girer mi? Sağlık unsurunda buna değineceğiz.

Güvenlikte de böyledir. Örneğin ötenazi tartışılıyor. Kişi kendi hayatına son verme konusunda serbest midir? Bir sürü yansımaları var ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu için de, güvenliği sağlamak adına temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunacak, onları sınırlandıracak, güvenlik adına temel hak ve özgürlükler bakımından bazı şeylerden mahrum bırakabilecek bir yaklaşım, kolluğun potansiyel tehdidini içermektedir. Dolayısıyla öyle bir şey ki, güvenlik az olduğunda da idarenin sorumluluğu olabilir, kişilerin korunması adına temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiğinde de idarenin sorumluluğu gündeme gelir. Öyle bir ilke getirmek, öyle bir yaklaşım getirmek gerekir ki, ne az olsun ne çok olsun. İdarenin bu konudaki faaliyetinin öyle bir sınırı, bu sınırı belirleyecek öyle ilkeler olması lazım ki, bu güvenliğin haklı kıldığı nokta ile haklılığını aştığı noktayı tespit edebilelim. Turnusol kâğıdı gibi hemen belirlensin. Bu dolayısıyla sıkıntılı bir sınırdadır. Temel hak ve özgürlüklerle idari faaliyetlerin karşılaştığı bir alandır. Hukuk devleti olabilmenin sınavının her gün ve her olayda verildiği bir durumdur. Çünkü güvenlik adına yaptığımız şeyler aynı zamanda eksik olabilir, fazla olabilir. Temel hak ve özgürlükleri ihlal edebilir; eksikliği nedeniyle de başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açabilir.

Bu önemli bir noktadır; kolluğun uğraşması gereken, gündeminde olan noktalardan ve kamu düzeninin tartışılmayan içeriklerinden birisidir. Birçok kitapta yapıldığı gibi tarif yapmıyoruz, tarif yerine olayı anlamaya yönelik içerikten bahsediyoruz. Sınır çizmeden bu içerikten bahsediyoruz; çünkü hukuk düşüncesi bu alanda sürekli gelişiyor.

Sağlık

İkincisi sağlık unsurudur. Kolluk kapsamında sağlığı korumak alanında bir faaliyet yapılıyor. Burada ifade, genel sağlık olarak belirlenmiş; çünkü şöyle bir çizgi var: hastalanan bir kimseyi idarenin tedavi edecek mekanizmalar kurması kamu hizmetidir, her hastanın ortak ve genel ihtiyaç olarak tedavi olması bir kamu hizmetidir. Burada bir edim sunmak var. Ancak genel sağlığın bozulmasına engel

olacak tedbirler almak bir kolluk faaliyetidir. Aşılama, salgın hastalıklara karşı tedbir almak, karantina uygulaması, bunların hepsi, esasında genel sağlığı korumaya yöneliktir. Hastayı tedaviye yönelik değildir, kamu hizmeti gibi bir edim değildir; bir şeyin bozulmasını engellemeye yönelik bir faaliyettir. Örneğin; radyolarda buna ilişkin ilanlar vardır. Özellikle Ege Bölgesi'nde hayvan hastalıkları, şarbon hastalığı gibi hastalıkların yayılmaması için idareler, radyoda Afyon ilinin bir köyünde 40 gün süreyle hayvan giriş çıkışı yasaklanmıştır gibi ilanlar vermektedir. İdare ticareti, seyahat özgürlüğünü yasaklıyor.

Başka salgın hastalıklarda belki insanların da seyahat özgürlüğünü sınırlayacak, bulaşıcı hastalığın niteliğine göre karar verecektir. Ebola hastalığı Afrika'da çıktığında, daha fazla yaygınlaşmasını engellemek için, sokağa çıkma yasağı bile getirildi. Dolayısıyla genel sağlığın korunması, kişilere bulaşmasını engelleyebilmek için, idarenin kullanabileceği zorlayıcı yetkiler var. Bu zorlayıcı yetkilerin varlık sebebi, meşruluk gerekçesi, kullanımının haklılığı, kullanımının yanlışlığı, hep kolluk faaliyetiyle ilgili anlatılanlarla ortaya çıkacak. Yani genel sağlığı korumak da kolluk faaliyetinin içeriğinden sayılıyor. Kamu hizmetinden farklı olarak hastalanana tedavi etmek söz konusu değildir.

Genel sağlığa ilişkin çokça tartışmalar olmaktadır. Aşı yaptırmak istemeyenler, zorunlu aşıların yapılmasına karşı çıkmaktadır. Aşı mikrobun zayıflatılmış halinin verilmesi olduğu için, bazen aşı dolayısıyla insanlar hastalanmaktadır. Bu da aşılardan dolayı idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Yanlış aşı yüzünden kolunu kaybeden Trakyalı bir kızın dramı gazetelerde çıktı. Aşıya karşı hassasiyet taşıyanlar önceden belli olmayan, hatta şimdi belki de insanların toplum halinde yaşamalarında yedikleri içtiklerinden ötürü, daha önce alerjisi olmayanlar, aşı üzerine ölümcül alerjiler geliştiriyorlar. Dolayısıyla bunlara ilişkin değerlendirmelerde, kolluk faaliyeti dolayısıyla nasıl yapılacak, neden yapılacak, sınırları neler, idarenin sorumluluğu objektif sorumluluk mu soruları tartışılıyor.

Dirlik ve Esenlik

Üçüncü bir husus da dirlik ve esenliktir. Dirlik esenlik teknik olarak en yabancı olduğumuz kavram olabilir. Dirlik ve esenlik, sükûnet, selamet gibi bir şeydir, güvenlikten farklıdır. Ses kirliliği, toz kirliliği, huzursuzluk yaratan unsurlar, toplum halinde yaşamının ihlaline yönelik hususlar dirlik ve esenliğe girmektedir. Örneğin; evin altında bir dükkân alüminyum doğrama atölyesine veriliyor, orada doğrama yapıldıkça üst katlar zangır zangır titriyor. Gürültü kirliliği nedeniyle insanlar rahatsız oluyor. İdarenin bunu gidermesine ilişkin bir ihtiyaç var. İdare bunu gidermezse kişinin bunu kendisinin gidermesine imkân yoktur. Atölyeyi durduramaz, ev sahibi olmadığı için çıkartamaz. Bu faaliyete engel olabilmek için, idarenin kollukla ilgili yetkileri, bu yetkilere ilişkin değerlendirmeler olması gerekmektedir.

Ses kirliliği de buna örnektir. 90 desibelden daha yüksek sesler insan sağlığına zarar veriyor. Dolayısıyla bu unsurun standartlarını belirlemek, insan sağlığına zararlı

olanlarla olmayanları belirleyebilmek, bazen bu rahatsızlık duyulan bir şey olmasa da bu noktayı da tespit edebilmek, idareye verilmesi gereken bir görevdir ve bu tespit, ancak uzmanlıkla ve buna ilişkin alet edevatla yapılabilecek bir şeydir. Öylesine teknik bir meselesi ki, o 90 desibellik sesin nereden geldiğini bulabilmek için diğer seslerden arındırmak gerekiyor.

Öyleyse dirlik ve esenlik de kolluk yetkisinin kullanılacağı noktalardan birisi, dolayısıyla bu üçü bir takım yetkiler gerektiriyor. Öncelikle kanuni düzenleme gerektiriyor, sonra yönetmeliklerle düzenleme ve buna uymayanlara engel olma yetkisi gerektiriyor, menetme yetkisi ve bertaraf etme yetkisi gerektiriyor, direniş olursa re'sen, zor kullanma yetkisi gerektiriyor. Bazen idarenin zor kullanma yetkisini kullanma biçimi, bazen de kullanmaması eleştiriliyor. Alacağını alamayan birisi dükkânın önüne gelip silahını çıkartarak içeriye ateş ediyor, polis ise rica ederek durdurmaya çalışıyor. Saldırgan polisten kurtularak yine ateş ediyor. Aslında böyle bir şey olamaması gerekir. Biri dükkânı kurşunlarken başkası ölebilir, silahla ateş eden birine polis rica mı etmeli? Hayır, bunu derhal bertaraf etmesi, etkisiz hale getirmesi gerekir. Hafiften başlayarak ağıra doğru gitmesi gerekir. Silah kendisine yöneltilirse vurmaya kadar varan yetkiler kullanacak, zor kullanacak. Zor kullanması, esasında onun yöneldiği kimsenin temel hak ve özgürlüğünü, can hürriyetini korumak için. Dolayısıyla silah kullanan birine rica edilmez.

Tersi de olabiliyor. Hiç şiddet kullanılmamasına rağmen polis, sert yöntemler kullanabiliyor. Burada da kolluk yetkisinin ters kullanılmaması gündeme geliyor. Kolluk yetkisinin kullanımı bakımından bu alanlar, idareye yetkiler ve görevler veriyor. Sadece yetki değil, görev de veriyor. Yetki ve görev, sebeple birlikte olduğu için, bu alanın hassas bir derecesini belirleme gerekliliği var. Dolayısıyla kolluk, bir kere bu alanda ortaya çıkıyor. Kanuni düzenleme, yönetmelikle düzenleme, idari işlemler yapma, fiziki olarak güç kullanma. İdareye böyle bir imkân getiriliyor. Kolluk yetkisinin kullanımı çeşitli başlıklar altında inceleniyor. **Kolluk yetkisinin düzenlenmesiyle, uygulanmasıyla, yere ve zamana göre yetki değişimine göre, gece-gündüz, yaz-kış, umumi yerler-özel evler gibi ayrımlarla değişen derecelerde, normal şartlar ve olağanüstü hallerle ilgili farklılıklar getiriyor.** Bu alanda anlatılacak 10 kadar konu var.

Gece ve gündüz kolluk yetkileri farklıdır. Gündüz elinde bir tomar anahtar ve levyeyle dolaşan bir kimseyi menetme hususundaki yetki, temel hak ve özgürlüklere aykırı olabilir. O kişi bir çilingir olabilir, anahtarlarıyla dolaşan bir dükkân sahibi olabilir, çok eve sahip biri olabilir; ama gece levye ve anahtarlarla gezen birisinin hırsız olması ihtimaline dayanarak idarenin yetkisi genişler. Hiç kimsenin olmadığı saatlerde, تنها yerlerde dolaşması buna yol açar.

Kolluk yetkileri mevsime göre de değişebilir. Kışın Bodrum'da kolluk yetkisi olarak cankurtaran bulundurulmasına gerek yok; çünkü kimse denize girmiyor. Ama yazın, dalgalı olduğu, yüzme bilseler bile coğrafyayı bilmeyenlerin çokça boğulduğu geçmiş örneklerle sabit olduğu için, siz belediye olarak orada gün boyu cankurtaran, yani kolluk görevlisi bulundurmak zorundasınız. İnsanların boğulmasına engel

olabilecek tedbirleri almak zorundasınız. Bazı yerlerde belli dönemlerde denize girmeyi yasaklamak zorundasınız.

Dolayısıyla yaz kış değişir, gece gündür değişir, hatta döneme göre değişir. Ancak bu alanlar (unsurlar) bir yetki bütünü getirir.

Bu alanlar dışında da bir takım özel alanlar ortaya çıkmıştır. Örneğin piyango, at yarışı gibi kumar benzeri gibi faaliyetlere insanların ilgisi var ve bunları düzenlemezsensiz bu alanlarda hile yapılıyor. At yarışları düzenlenmezse at yarışlarında hile yapılması mümkündür. Bilerek kaybedebilir, kazanmak için ata doping iğnesi yapabilir veya milli piyango benzeri çekilişler yapanlar gerçekte çekilişe katılmamış kimseyi kazandırabilir, çekiliş yapmamış olmasına rağmen çekiliş yapmış gibi gösterebilir. İdare bunları da denetler. Çekiliş yapılacaksa, idareden izin alınmalıdır. İdare bunları denetleyecek mekanizmayı kuracak, kendisi denetleyemiyorsa başkasına denetletip, denetleyeni denetleyecek.

İdare başka alanlarda da bir takım denetlemeler yapmak durumunda kalıyor. Mesela başka ülkelerden getirilen hayvanların denetimi özel uzmanlık gerektirebiliyor. Yahut bir hayvanın İstanbul'dan Sakarya'ya gitmesinde izin gerek olmasa da, yurtdışından Türkiye'ye girerken izin alınması gerekiyor. Avustralya'da o kadar kesin bir yasak var ki, dışarıdan koyun sokmak mümkün değildir. Çünkü dışarıdan bir hastalık geldiği zaman bütün adadaki hayvanlar hastalanır. Türkiye zamanında bu tür önlemleri almadığı için bütün türleri bozuldu. Örneğin pirinci kalmadı, bir pirinç hastalığı girdiği için şu anda Osmancık pirinci diye tescil edilen pirinç Ukrayna kökenli bir pirinç, sadece Akça çeltik kaldı. Dolayısıyla devletler, bitkilerinin ve hayvanlarını sağlığını koruyabilmek için dışarıdan gelen unsurlara karşı tedbir alıyorlar. İngiltere'de deli dana hastalığı gerçekleştiğinde, bütün kanatlı hayvanlar itlaf edildi. Bu bir kolluk tedbiridir. Bu tedbir mülkiyete bakmaz. Kişi bakmak ve tedavi etmek istese bile idare itlaf ediyor. Bunlar özel yetkiler. Dolayısıyla bazılarında özel yetkiler var, bu özel yetkiler sadece kamu düzeninin bozulmasında gündeme gelmiyor.

Böyle noktalar geldiğinde de bunlar kollukta farklı alanlar oluşturmaya başlıyor. Örneğin; yurtdışından gelen hayvanlara ilişkin karantina ayrı bir şey; tarım, at yarışları, estetik hep ayrı şeylerdir. Dolayısıyla artık bir sürü, ek kolluk gündemi geldi.

Çağımızın en önemli kolluk gündemi, **ekonomik kolluktur**. Ekonomik kolluğu hukukçular anlayamıyorlar. Bunu anlayabilmek için iktisat ve finans kavramlarına sahip olmak gerekir. Bilanço okumasını bilmek, yapılan işlemleri bilmek gerekmektedir. Mesela borsada eğer ekonomik kolluk yapmazsanız, insanlar haksız para kazanabiliyorlar. Bir sermaye sahibi gelerek 3-4 aracı kuruma para vererek diyelim ki A'nın hisselerini alıyor. A'nın hisseleri her gün 50-100 bin adet alınmaya başlıyor. Alınmaya başladıkça fiyat artıyor, hisse 1 liradan başlıyor 5 liraya kadar çıkıyor. 5 liraya kadar çıkan bir hisse olduğu için, onu alan dışında birçok insan da daha çok çıkar diye almaya başlıyor. Kişi böylece 1 liradan aldığı hisseleri 5 liradan sattığı için 500 bin lira kazanmış oluyor, zaman içinde hisseleri satmış olduğu için de

tekrar 1 liraya iniyor. Burada tamamen manipülasyonla kazanılan bir para var. Kişi bunu anlayamaz, bunu ancak idare anlayabilir. Ortada aynı sermaye mi var? Fiyatın bu şekilde artmasına bir sebep var mı? İçerden bilgi mi gelmiş? Başka bir spekülasyon var mı?

Burada ekonomik kamu düzenini korumak için idarenin bir şey yapması gerekmektedir. Gerçekte iktisadi şartlara bağlı olmayan böyle iniş çıkışlara bir müeyyide uygulanmalı, buna aracı olan kurumlar kapatılmalı, ceza kesilmesi gerekir, bu yolla elde edilen paralara el koyabilmesi lazım, şirketleri ele geçirmeye yönelik hususların değerlendirilmesi gerekir. Şirketlerin yönetimin el değiştirilmesi yönelik hisse değişiminde çağrı mükellefiyeti getirilmesi gerekir. Mesela bir şirket hisseleri el değiştirmiş ise, %51'ini alarak hâkim hisse haline gelen sermaye grubu, yönetimi ele geçirmiş olacaktır. Fakat bu sefer diğer %49 hissenin zarar görmemesi için %51'lik kişiye çağrı mükellefiyeti getirerek hissesini satmak isteyen herkesin hissesini satın almak zorunluluğu getiriliyor. Böylece daha az bir para ödeyerek yönetimin ele geçirilmesi engellenmiş olacak ve satmak isteyenlerin hisselerinin satılmasıyla azınlık hakları korunmuş olacaktır.

Bunlar ekonomik kolluğa ilişkin yetkililerdir, dolayısıyla özel yetkililerdir. Kolluktaki gibi men etmek, düzenlemek, gerekirse güç kullanmak suretiyle olmuyor. Burada bilançoyu okumak, iktisadi işlemleri incelemek, finansal hareketleri incelemek gerekiyor. O yüzden bankaları denetleyen BDDK var, o yüzden sermaye piyasasını inceleyen SPK var, o yüzden hisse hareketlerine bakan Borsa İstanbul A.Ş. var. Bunların kurulmasının sebebi hep özellik gerektirmesidir.

Öyleyse **özellik gerektiren kamu düzeni konularından da söz edilebilir**. Bir tarafta genel kamu düzeni, diğer tarafta özellik gerektiren kamu düzeni konuları vardır. Bu özellik, kimilerinde konusu nedeniyle, kimilerinde yetkisi nedeniyle gerekiyor. Konusu sağlık; ama karantina yetkisi getirdiği için, yabancı ülkelere hayvan girişine ilişkin özel bir yetkiye ihtiyaç var. Konusu sağlık olsa bile, normal sağlığı korumak yönündeki yetkiler dışında yetkiye ihtiyaç var.

Toparlamak gerekirse; kamu düzeninin içeriğinden bahsettik. Kamu düzeninin bir klasik içeriği vardır: güvenlik, genel sağlık ve dirlik esenliği korumak. Bir de özel içeriği vardır, buna ilişkin yetkiler vardır.

Genel Ahlak

Son olarak en çok tartışılan nokta olan, sayılan 3 genel unsura bir dördüncüsünün gelip gelemeyeceği ilişkin ve 3,5. unsur denilen genel ahlakın korunmasıdır. Genel ahlakın korunması meselesi özgürlüklere bakış açısı değişikçe farklılaşıyor.

Genel ahlakı korumakla ilgili problem şöyle formüle edilebilir: dışarıya yansıyan ve kamu düzenini bozacak, ahlaka ilişkin ihlallere kolluk müdahale edebilir. Buna ilişkin bir sürü tartışma oluyor. Ancak bunu kriteri, topluma yansıyan kısmının önemli olmasıdır.

Bununla ilgili idari faaliyetler de tartışma doğuruyor. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda eskiden şöyle bir tarif vardı: "menfaat kastıyla kendilerini başkasının zevkine terk edenler." Bunlarla ilgili idarenin yetkileri var. İdare eskiden bunları tespit ettiğinde zührevi hastalık, salgın hastalık taşıyor mu diye hastaneye sevk ediyordu. Bunu yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Buna ilişkin yetkileri, güvenlik ve genel sağlığa ilişkin yetkiler tartışılmaktadır. Bunun sınırı, zaman içinde değişse bile, mevcut. Dolayısıyla genel ahlakın kapsamında, toplumdan topluma değişse bile, belli noktalarda bir sınır var.

Eski filmlerde çokça söz konusu oluyordu. Eskiden filmlerin incelenmesi için bir sosyolog, bir ceza hukukçusu ve bir idare hukukçusu tayin edilirdi. Bilirkişi raporuna göre bu film pornografik nitelikte değilse film yayınlanırdı. Bu yavaş yavaş azaldı; fakat hala çok ciddi özellikleri var. Örneğin burada kabul edilen unsurlardan birisi, dışarıya yansımakça kişinin ahlak anlayışı kolluğu ilgilendirmez. Ancak bütün dünyada çocuk pornosuna ilişkin bir hassasiyet olduğu için, internetten çocuk pornosu indirenlere tespit edildiğinde, başka ülkeden bile olsa, operasyon düzenleyip cezalandırılıyorlar. Dolayısıyla hiç bir şekilde karışılmaz demenin gerçek hayatta bir karşılığı yok; ancak karışmanın sınırı ve her somut olay bakımından hukukun tartıştığı noktalar var.

Kolluk İdarenin Bir Faaliyetidir

Öncelikle kolluğun, idari faaliyetlerden birinin hukuki rejimine verilen isim olduğunu söyledik. Çok basit bir cümle gibi; ama bunla neyi çözüyoruz? Teşkilatı ve personeli karıştırmayın, teşkilat ve personelin hukuki statüleri değişebilir. Teşkilat ve personel odaklı bakılırsa, kolluk hukuki rejimi yerine oturmaz, buna faaliyet olarak bakmak gerekir. Faaliyetin personeli, faaliyetin teşkilatı vardır demek lazım. Dolayısıyla onlar faaliyeti belirlemez, faaliyet onları belirler. Yani polis yapıyor diye kolluktur; değilse kolluk değildir denemez. En önemli belirlemelerden birisi budur.

Bu belirleme neden önemli? Çünkü eksenine oturtuyor. Bir şeyin önemi çok fazla ayrıma tabi olarak, çok önemini hissettirecek formüllerle ifade edilmesiyle belli olmaz. Berraklaştıracak, netleştirecek, konuyu idrak ettirecek şey önemlidir. Bu bir faaliyettir, faaliyetin hukuki rejimidir. Faaliyetin hukuki rejimini belirleyen çok sayıda metin vardır; ama bunlar ne işinize yarar, çok sayıda metni gruplamamıza yarar. Çok sayıda metni bilmesek bile, konuya ilişkin hukukilik değerlendirmesi yapabilmemize yarar. Çok sayıda metin içinde, olayı çözebilecek malzemeyi bulmamıza yarar, dolayısıyla bir işlevi vardır. Kanunları anlatmıyoruz, kanunları aşan, kanunları anlamamıza ve yorumlamamıza yarayan malzemeyi anlatıyoruz.

Bu malzemeyi anlatırken kamu düzeni ile ilgili kritik noktaya işaret ettik ve kamu düzenini tanımlamak yerine, içeriğinden yola çıkarak anlatmaya başladık. 3 tane temel içeriği vardır dedik: güvenlik, dirlik ve esenlik, genel sağlığı koruma. En sonda da "buçuğa" değindik: ahlak. Ahlakla ilişkin bir kaç açıklama yaptık, bununla ilgili bazı kanunlar var. Örneğin; televizyondaki dizilere ilişkin RTÜK'ün getirdiği yaş grupları var, 7 yaş için uygundur, 10 yaş için uygundur, 13 yaş üstü için uygundur gibi.

Bunların hepsi bu "moralité" denilen genel ahlakla ilgili değerlendirmedir. Fransa'da bunun epey tartışması olmuş. Yer ve zamana göre değişmekle birlikte, en önemli görünüşlerinden birisi Fransızların cüce atma adeti. Cüceleri havaya atarak geleneksel bir festival düzenliyorlar. İnsan onurunu ihlal eden ve dolayısıyla ahlaka aykırı olduğu için, cüceler para kazandıkları için razı olsalar bile, bu cüce atma oyununun yasaklanmasını kolluk faaliyeti kapsamında görüyorlar.

Fuhuş yapılan umumhaneleri kapatmak Fransa'da, genel sağlığı ilgilendiren ve kadın istismarına ilişkin boyutuyla değerlendirilmiş. Sadece kolluk açısından bakılıyor, ancak uluslararası hukuk açısından da değerlendirilmesi gereken bir husus var. İnsan onuruna ilişkin konulara sadece ahlak meselesi olarak bakmamalıyız. Çünkü ahlak meselesi olarak açıklandığında, farklı argümanlar gündeme geliyor. İnsan onurunu korumak da moralite ile ilgili bir şey. Baktığımızda güvenlikle, dirlik ve esenlikle, genel sağlıkla alakalı bir şey değil; ancak bir insanın, insan olma onurunu zedeleyebilecek tutum ve gelenekler, ahlak kapsamında tartışılmalıdır.

İspanya'da boğa güreşlerinin yasaklanmasına ilişkin tartışmaları bu kapsamda gündeme getirebiliriz. Burada hayvan hakları bakımından taşıdığı önem bakımından gündeme gelebilir. Bir gelenektir diye boğayı yaralayarak bırakıp, sokaklarda önünde kaçmak güvenlikle ilgili olarak da gündeme gelebilir. Dolayısıyla idarenin bu alanda görevli olabilmesine ilişkin bir kavram var; ama bu dikkat ederseniz hareketli bir alan. En başta idare hukukunu anlatırken hareket kısmının önemine değindiğimiz nokta, burada ortaya çıkıyor, bunu sabitleştiremiyoruz, hareketli bir alan. İdare şuna bakar, buna bakamaz diye net olarak değerlendirilemez. İdarenin kamu düzeni ile ilgili bir grubu var, buna ilişkin alacağı tedbirlerle ilgili bir grubu var, bunları sayıyorsunuz; ama birebir bağlantısını görmüyorsunuz, zamana göre ve zemine göre değişen bir şeydir.

Diğer bir kolluk gereksinimi şöyledir: kamu düzeni korunmaya çalışıldı, yasaklar koyuldu, toplumdaki bireyler gözetlendi, kamu düzenini bozan olursa gereken ikazlar yapıldı; ancak yine de kamu düzeni bozuldu, buna engel olunamadı, bir suç işlendi, yaralama, öldürme, hırsızlık olayları dolayısıyla kamu düzeni bozuldu. Ne olacak? Kamu düzeni bozulduktan sonra da bu düzeni bozanları, failleri, adliyeye intikal ettirme görevi var; çünkü savcı bizatihi bunları tespit edebilecek, hâkimle birlikte gelip failleri bulabilecek bir durumda değil, bunu yapacak kolluk personeline ihtiyaç var. Kim bilançoda oynayarak vergi kaçırdı, kim borsada manipülasyon yaparak para kazandı, kim yarışlarda hile yaparak sonuç elde etti, kim başkasını yaraladı? Bunlarla ilgili bir kolluk faaliyeti var; ancak bu kamu düzenini korumakla ilgili değil, kamu düzeni zaten bozuldu. Bozulan kamu düzenini de geri getirmek zaten kolluğun görevi; ama bir suç işlendiğinde, bu suçun failini ve suça ilişkin verileri, delilleri tespit etmek de idarenin yapması gereken bir şey. Bu da savcının gözetim ve denetimi altındadır. Bu da kolluğun bir görevidir.

Öyleyse 3 şeyden bahsettik: güvenlik, dirlik esenlik, genel sağlık ve ahlakı korumak; özel kamu düzenini sağlamak için özellik gerektiren alanlarda estetik, yarışma, piyango, kumar gibi hususlarda kolluk faaliyeti yapmak; suç işlendiğinden

faili ve fiile ilişkin verileri toplamak. Hukuk düzeni bu üçünü ayrı ayrı değerlendirmiş ve bu alandaki ihtimalleri bu şekilde gruplandığı için, üçünü de farklı şekilde tasnif etmiş ve bu tasnifte hepsine hukuki sonuç bağlamış. Öncelikle kolluk dediğimiz alan, faaliyet, kendi içinde ikiye ayrılır. Bir kolluk faaliyetinden bahsedildiği zaman, hukuki rejiminin belirlenebilmesi için, idari kolluk mu adli kolluk mu diye bakacağız. Sınavlarda soru çıksın diye değil, hukuki sonucu olduğu için böyle bir tasnif yapılıyor. Adli kolluk olunca farklı, idari kolluk olunca farklı rejimler söz konusu olacak. Adli kolluk, suç işlendikten sonraki kolluk faaliyetidir, bu kolluk faaliyetini cumhuriyet savcıları yönetir, amiri cumhuriyet savcısıdır. Savcı polise, olay yeri incelemeye, kriminologlara emirler verir. Dolayısıyla kamu düzeni bozulmuş, kamu düzenini bozan hareket bir suç niteliğine ulaşmış, şimdi artık suçun yargıya intikaline kadar, yargının önündeki davayı aydınlatacak verileri toplamak ve faili yakalamak gerekmektedir. Adli kolluğun kullanacağı yetkiler, sevk edecek amirler, yargılama biçimleri ve personelin sorumluluğu hususları, idari kolluktan farklıdır. Burada bir yol ayrımı başladı. Adli kolluk görevini yaparken başka bir hukuki rejimi var, cumhuriyet savcıları ve hâkimler gibi sorumludur.

İdari kolluk ise kamu düzeni bozulmadan veya bozulmuş kamu düzenini geri getirmek için yapılan faaliyettir. Adli kolluk ise bozulmuş kamu düzenini geri getirmek için değil, bozanları yargıya intikal ettirmek için çalışır. Dikkat edin cezalandırmak için değil, yargıya intikal ettirmek için çalışır. Cezalandırmayı kimi zaman idari kolluk yapıyor, para cezası kesiyor. Bu bir adli kolluk faaliyeti değil. Örneğin; kişilerin ölümüne sebebiyet veren bir trafik kazası olabilir. Burada problemlerin çözümü için failin belirlenmesi gerekiyor. Polis öncelikle arabayı kimin kullandığını belirlemeli. Bunu belirlemek neden önemli? Çünkü daha sonra zarar görenlere karşı tazmin sorumluluğu var. Ayrıca hapis sorumluluğu gündeme gelebilir. Alkollü olup olmadığının tespit edilmesi ve gerekli tetkiklerin yapılması gerekir. Kaza yoldaki bir kusurdan mı kaynaklandı, fren izi var mı yok mu bunları tespit edecek. 50 metre fren izi varsa en az 140 km/h hızla gittiğini tespit edecek. Olaya karışan diğer kişileri ve şahitleri tespit edecek. Tamamen yargılamanın çeşitli aşamalarına ilişkin değerlendirme yapılacak. Bu bilgiler kapsamında yargı yeri, kimin sorumlu olduğu, tazminatın ne kadar olacağı ve bunun gibi hususlar hakkında karar verecek. Belki burada esas kusurlu alkollü bile olsa şoför değil de yoldaki tümsek olacak, belki başka bir aracın sıkıştırması söz konusu. Yani bir sürü ihtimal değerlendirilmeli. Bu artık kamu düzeninin tesisi meselesi değil; yargılamanın sağlıklı işlenmesini sağlamak meselesi. Bu nedenlerle hukuki rejimi idari kolluktan farklıdır.

İdari kollukta kendine özgü tedbirler var ve ana gündem, kamu düzeninin bozulmasına engel olmak, bozulduğu zaman en kısa zamanda yerine getirmek. Burada amirler var, bu amirler; vali, kaymakam, içişleri bakanı, bakanlar kurulu gibi çeşitli makamlar. Bu makamlar da kolluğun tipine göre değişiyor. Orman kolluğundan kaçak ağaç kesilmesine ilişkin personel ve kolluk makamları farklıdır. Kolluk personeli ormancılar, yukarı doğru gidildiğinde bölge şefleri, orman genel müdürlüğü gibi farklı kolluk makamları var. Vergiye ilgili olduğu zaman kolluk makamları farklıdır. Vergi

denetmenlerinden başlayarak, gelir idaresi başkanlıklarına, maliye bakanlığına ve bakanlar kuruluna kadar çıkıyor. Polis söz konusu olduğu zaman içişleri bakanlığı, vali gibi üst makamlar söz konusu. Dolayısıyla kolluk faaliyetine göre o alanda düzenleme yapabilecekler, emir verebilecekler, yetki kullanabilecekler belirlenerek, buna göre de kolluk makamları belirleniyor. Böylece faaliyetin yerine getirilmesi için bir hiyerarşi belirlenmiş oluyor.

İdari kolluk da kendi içinde ikiye ayrılıyor:

Genel idari kolluk ve özel idari kolluk

Bunun da bir sonucu var. Kitaplardaki her ayrımı yapmıyoruz, hukuki sonucu olan ayrımları yapıyoruz. Yani anlaşılın diye yapılan ayrımları değil, hukuki sonucu olan ayrımları yapıyoruz. Genel kolluk konularında yetkiler genel olarak belirlenmiştir: engel olmak, yasak koymak, izne bağlamak, men etmek, re'sen icra, cebren icra. Dolayısıyla bir yetkiler bütünü var, bunlar sayılmış durumda. Bir de konular var, bu konular ve yetkiler karşılıklı duruyor. Olaya göre konu ve yetki arasındaki bağlantı kuruluyor. Bunlar genel konular ve genel yetkiler. Genel konular güvenlik, dirlik ve esenlik, genel sağlık. Bunlarla ilgili de kullanılacak yetkiler var. Bu 3 başlık ile karşısındaki yetkiler olaya göre belirlenir. Dolayısıyla farklı bir özel usul söz konusu değil, genel yetkiler var. Bir güvenlik ihlali olduğunda alınabilecek tedbirler bellidir. İkaz etmekten zor kullanmaya kadar giden tedbirler var. Olaydaki güvenlik ihlaline karşı, ihlalin niteliğine göre tedbir almak gerekiyor. Buna ilişkin birçok karar da var. Örneğin ehliyetsiz olduğu için kontrolden kaçan sürücünün, polis tarafından durdurulmak istenmesi, durmaması üzerine ateş ederek öldürülmesi, bir ihlal olarak kabul ediliyor; çünkü trafik denetiminden kaçmak, canına engel olmaya yönelik bir kolluk tedbirini haklı kılmıyor. Gidip önünü kesmek, yakalamak, plakasından bulmak mümkündür. Hâlbuki burada kişinin canını korumak için yapılan bir tedbirde kişinin canını almak söz konusu, burada çelişki var. Ancak terör faaliyeti kapsamında çatışmaya giren araca ateş etmek kolluk ihlali sayılmayabilir. Dolayısıyla bunu haklı kılan, olayın ağırlığı ve bu ağırlığa uygun tedbir alınmasıdır.

Bu alanın sihirli kelimesi **ölçülülük**, Anayasa'da da yer almaktadır. Ölçülülüğe aykırı mıdır değil midir tartışması yapılıyor, ölçülülüğe göre karar veriliyor. Tedbiri gerektiren olayla, alınan tedbir arasında düzey farkı var mı? Bunlar genel usuller ve genel yetkiler. Bu genel usuller ve genel yetkileri ifade etmek için bunlara "**genel idari kolluk**" faaliyeti deniyor.

Özel idari kolluk ise iki biçimde ortaya çıkıyor. Bunun anlaşılması zordur. Özel idari kolluğun bir kısmı özel konularda söz konusu oluyor. Mesela imar kanununda kaldırım kenarlarında, bodrum katlarına inen, tehlike oluşturan merdivenlerin kapatılması ve insanların düşmesini engellenmesini emreden, maili inhidam binaların yıkılmasını emreden hükümler var. Buna ilişkin özel hükümler var. Bu binalar kaçak değil, ruhsatlı; ancak bunun yıkılma tehlikesi varsa idare bunu tedbir olarak derhal yıkabiliyor. Burada konu özel bir konu imar konusu ve yıkma diye özel bir yetkisi var. Bu genelden farklı bir yetkidir. Hatta bildirimde bulunmadan ve süre

bile vermeden yıkma yetkisi var. Bina sağlamlığını yitirmiş ve yoldan geçenlerin üstüne yıkılabilir. Bunun sahibini arayıp tebligatta bulunup yık yoksa ben yıkacağım deyip süre verilmesi gerekiyor, o sırada yıkılırsa ne olacak? İşte bu derecede yıkılma tehlikesi olan bir binaysa hemen boşaltılır. İmara açılmış olan kaygan alanlarda, yanında bir inşaat için çukur açıldığı zaman gerekli kazık ve drenaj sistemleri yapılmazsa, yandaki bina yavaş yavaş bu inşaat çukuru nedeniyle kaymaya başlıyor, çatırıyor, bazen yıkılıyor. Konya'da zümrüt apartmanı faciasında pek çok kişi öldü. İdare böyle binalarda hemen müdahale ediyor. Yıkılmaz diye düşünülen ufak çatlaklarda dahi, sizi malikiniz olduğunuz evden çıkartıp eşyalarınızı almaya bile izin vermeden mühürleyebiliyor, girmeyi yasaklıyor, hapis tehdidi var. Bunlar özel yetkiler. Özel yetkiler olduğu için özel idari kolluk, bunların özellikleri gereği özel yetkileri var. Burada konular da yetkiler de özeldir.

Bazen konular genel, yetkiler özel oluyor; o zaman da özel idari kolluk gündeme geliyor. Örneğin narkotik polisinin yaptığı, diğer polisin yaptığından farklı özel bir kolluk, özel yetkiler kullanıyor. Yardımcı istihbarat elemanı diye uyuşturucu kaçakçılığı yapanlar arasına elemanlar sokuyor, onların suç işlemesine göz yumarak esas patronlarını yakalamaya çalışıyor, alıştırabilmek için yüksek miktarda uyuşturucu alan bir tüccar kılığında ticaret yapıyor. Burada bir süre ticaret yapması ve hemen yakalanmaması lazım, ileri doğru gidebilmesi için farklı yöntemler kullanması gerekli. Bu yöntemler genel olarak verilmiyor, bunların özel olarak yetkilendirilmesi gerekir; özel mali imkânlar tanınmalıdır, buna ilişkin bir hukuki altyapıya ihtiyaç vardır. Bunlar özel idari kolluktur, genel kolluğun konuları arasında olsa bile özel ihtiyaç gerektirdiği için özel olarak düzenlenmesi gerekmiştir. Öyleyse bu, genel yetkilerle giderilen bir kolluk faaliyeti değildir.

Özel idari kolluğun bir kısmı, gerçekten özel, genel kolluğun içine girmeyen konulardır. Bir kısmı ise konu itibarıyla genel kolluğun içine girse bile taşıdığı özellikler nedeniyle özel yetkilerle donatılanlardır. Bu şekilde iki kapsamı var. At yarışı kolluğundan estetik kolluğa kadar pek çok farklı konusu var.

Estetik Kamu Düzeni

Ankara'da Esenboğa'dan şehre inen yola protokol yolu dendi ve büyükşehir belediyesi oradaki binaların hepsinin dış cephelerini estetik adına, havaalanından gelen yabancı temsilciler için, belli kurallara tabi tuttu. Bunun yanında kuzey Ankara kentsel dönüşümü diye ayrı bir kanun çıkararak bütün evleri yıkarak yeni evler yaptı. Bu estetik kolluktur. Aslında daha kötü oldu, gecekondular daha güzeldi, hepsi aynı tipte binalar oldu. Ben yabancı ülkeden gelen birisi olsam ya ne kadar berbat bir yermiş, hepsi aynı tipte apartmanlar derim; ama demek ki idarenin estetik anlayışı böyleymiş. Şu an o yüzden tartışılıyor; estetik kollukta güzelliği sen belirleyemezsin, çirkinliği engelleyebilirsin diye bir tartışma var. Çirkinliğe karşı, boyasız, badanasız, garip garip yapılan binalara karşı çıkılmalı; ancak idare, estetiğin ne olduğunu belirleyememeli. İdarenin estetik anlayışı diğerlerinin hoşuna gitmeyebilir, gerçekten hiç estetik olmayabilir. Dolayısıyla estetik kolluk neyin güzel olduğunu belirleyen

değil, çirkin olanlara karşı mücadele eden kolluktur. Güzel alternatiflidir; ama çirkin konusunda uzlaşma sağlanabilir, çirkine engel olunmalıdır. Sıvasız bırakamazsın diyebilir, ama onu da duruma göre değerlendirmesi gerekir. Bazen sıvasız olarak estetik olan yerler var. Örneğin İstanbul'un en önemli toplantı alanlarından birisi Ortaköy'deki Esmâ Sultan Yalısı'dır, sıvasız ve inşaat haliyle, estetik gerekçelerle bu halde bırakılmıştır. Çatısı ve penceresi bile yoktur. İçten camlarla kapanmış, dışardan bakıldığından yıkılmış bir bina gibi gözükür. Dolayısıyla estetik belli kriterlere de bağlanamaz, her olay bakımından ayrıca değerlendirilmeli, gerekirse yaptırım uygulanmalı ve yönlendirilmeli. Burada bir özel kolluk söz konusudur. Güvenliğe ilişkin bir mesele yok; dirlik ve esenliğe sokulsa bile dirlik ve esenliğin çok özgün ve özel yetkiler isteyen bir kısmı. Sadece menetmekle ilgili bir şey değil, kendine özgü noktaları var. Kişi yapmazsa idarenin yapma yetkisi var. Medeni hukuktaki adına ifa kavramı kapsamında idarenin yetkileri var. Mesela idare binayı sıvamayı emrediyor, eğer kişi sıvamazsa idare sıvıyor ve ceza olarak sıvama için harcanan parayı kişiden alıyor. Kişinin yapma borcu, yapmaması üzerine re'sen yapılıyor ve yapma bedeli kişiden alınıyor. Böyle yetkiler, bunun özel idari kolluk sayılmasını gerektiriyor.

Özel idari kolluğun sınırı yok, sürekli geliyor, kamu düzeni konusundaki anlayış değiştikçe değişiyor. Ekonomik kolluk, estetik kolluğu, imar kolluğu, at yarışları, piyangolar hep özel idari kolluk. Özel yetkiler gerektiren ve özel yetkilerle düzenlenmiş her şey özel idari kolluk alanı içinde değerlendiriliyor. Böylelikle özel idari kolluk deyince hangi kanunda düzenlenmiş, ne gibi özel kolluk yetkileri verilmiş, bu konuda karar alma yetkisi kime verilmiş; bunlar için mevzuata bakılmalıdır. Özel idari kolluk, araştırma mecburiyeti ve farklılıkları, şartları tespit etme mecburiyeti getiriyor. Buradaki özel idari kolluk demek, hukuk düşüncesini gruplandırmak suretiyle, hukuki rejimini ayrıca arama ihtiyacı olduğunu gündeme getirmesi demektir. Genel yetkiler dışında, özel yetkilere sahip bir kolluk olduğu anlamına gelir. Genel idari kolluk ise genel yetkililerdir. Bunlar ileride anlatılacak. Özel yetkilerle genel yetkiler arasındaki ilişkiye değinilecek. Bu yetkilerden izin verme, yasaklama, bildirim usulü gibi hususlara değinilecek.

Kamu düzeni ile ilgili tamamlayıcı bilgiler verelim. Kamu düzeni kavramı, hukukun temel kavramlarından birisidir. Kamu hukukunun çokça kullandığı kavramlardan birisi. Çok alanda kullanılan, çok anlam içeren, sadece idare hukukunda değil başka alanlarda da kullanılan bir kavramdır. Medeni hukukta da bu kavram kullanılıyor; ama tamamen farklı bir anlamda kullanılıyor. Borçlar hukukunda sözleşme yapma özgürlüğünün bir sınırı olarak kamu düzenine aykırı olmamak kriteri belirleniyor. Buradaki kamu düzeni kavramı ile idare hukukundaki kamu düzeni birbirinden farklıdır. Burada, kamu düzeni kanunlarla belirlenmiş alanın dışı anlamına geliyor ve sadece emredici kanun hükümlerine aykırı olmamak şeklinde anlaşılıyor. Emredici kanun hükmü, idare hukukundaki kamu düzeni ile alakalı bir şey değil. Sadece medeni hukukta değil başkaca alanlarda örneğin; mahkemelerde de gündeme geliyor. Mahkemelerde kamu düzenini bozmayana saygınlık indirimi geliyor. Buradaki kamu düzeni, mahkemenin nizamını bozmayaya yönelik bir kamu düzeni. Buradaki mantık, bir sanık ne kadar ağır suç işlemiş olursa olsun, eğer yargılamada

sakin durmazsa yargılamanın zorlaşacağı şeklinde. Mahkemede tehdit eden, hakaret eden, sağa sola sataşan, tanıkları azarlayan, ancak kolluk vasıtasıyla zapt edilebilen, çoğu zaman duruşmadan atıldığı için yokluğundan karar verilerek yargılamanın sağlığından şüphe edilmesine sebebiyet veren sanıklar olmasın diye, en adi suçu işleyen kimseye bile cezada bir indirim olma ihtimali ile mahkemede düzgün durmak telkin edilmeye çalışılıyor. Sonuçta ağırlaştırılmış müebbetle mahkum olacak ama yargılamada sakın durursa müebbet alabilir beklentisi doğması hedeflenmiştir. Bunun haklılığı ve haksızlığı tartışması ayrı bir konu olabilir. Buradaki kamu düzeni anlayışı önemlidir. Buradaki kamu düzeni, mahkemenin düzenini sağlamaktır. Buna doğru veya yanlış demiyoruz, mantığını anlatmaya çalışıyoruz.

Elbette daha farklı yöntemler güdülebilir. Mahkemelerin mehabeti olsa, insanlarda zaten mahkeme huzuruna çıkmak dolayısıyla ezilir ve sakinleşir, yoksa bu bir pazarlık meselesi değil; ancak Anglosakson hukukunda tamamen pazarlık meselesidir. Dolayısıyla bu konudaki anlayışlar net olarak ortaya konabilecek, bir unvana güvenerek bir alanda çokça çalışmış olmaktan yola çıkarak bu böyledir denebilecek bir konu değildir. O yüzden konular anlatılırken kendimizi içinden çekerek sadece bakış açısını, nasıl gerekçelendirildiğini anlatmaya çalışıyoruz. Yoksa mahkeme inzibatını sağlamak farklı şekillerde de olabilir. Bunu sağlamak esasında suçlunun davranışından bağımsızdır, zira fail dışında tanıklar, mağdur yakınları, izlemeye gelenler de bozabilir. Dolayısıyla bu yöntem herkes için geçerli değildir. Sanık sakın durur ama yakınları sakın durmazsa yine düzen bozulur. O yüzden başka yerde yargılanmak gibi başkaca usuller de var.

Bir unsur olarak kamu düzeninin hukukta geçtiği her yerde aynı anlamı taşımadığını, idare hukukunda geçtiği her yerde aynı anlamı taşımadığını ortaya koyduk. Dolayısıyla bu terim duyulduğunda, alanını tespit etmek gerekir. Örneğin buradaki kamu düzeni kolluğa ilişkin kamu düzenidir.

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Kolluk faaliyeti, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili bir faaliyettir. Kolluk yetkilerinin genişlemesi demek, aslında bir anlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması demek veya temel hak ve özgürlüklerin uygulama alanının daraltılması demek. Çünkü; kolluk kamu düzenini sağlamak amacı ile kişilerin bazı davranışlarına, faaliyetlerine sınırlama getirir. Böyle bir sınırlama getirdiği için de sizin bir temel hak ve özgürlüğünüz o oranda sınırlandırılmış olur. Tabii bu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilceğini kabul ediyoruz. Ama bir tespit olarak şunu söyleyelim: bu yetkinin kapsamının genişlemesi demek temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının artması demek, yani birbiri ile çelişkili bir şey. Ama; kolluk demek sadece temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir faaliyet demek değildir. Aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Güvence içerisinde bu hakların ifa edilmesini sağlar. Mesela ekonomik alanda, ekonomik kamu düzeninden bahsediyoruz. Özel girişim özgürlüğü var, ticaret yapma özgürlüğü var. Ama; bir taraftan da mesela işporta satış yapılması yasak. Yani birinin istediği şekilde ticaret

yapmasını yasaklıyorsunuz. Neden? Kurallara uygun bir şekilde ticaret yapan, vergi veren, kira ödeyen vs. yapan tüccarların ya da esnafın haklarını korumak için bir başkasının hukuka aykırı davranışını sınırlandırmanız gerekebiliyor. Ya da örneğin; toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak alana giriyorsunuz, girerken üzeriniz aranıyor. Normalde herhangi bir parka oturmaya girerken aranmıyor; ama o parkta, o gün bir toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacaksa üzeriniz aranabiliyor. Neden? O toplantı ve gösteri yürüyüşünün güvenlik içerisinde yapılmasını, o hakkın güven içerisinde kullanılmasını güvence altına almayı sağlamaya yönelik olarak birtakım sınırlamalar getiriliyor. Dolayısıyla kolluk denildiği zaman temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir faaliyet elbette ki aklımıza gelecek; çünkü sınırlandırıyoruz. Ama; diğer taraftan da temel hak ve özgürlüklerinizi koruyan bir boyutu var.

Belki en çok tartışılan meselelerden biri olduğu için, kent estetiğinden, kamusal estetikten bahsediyoruz. Bireylerin evlerini istediği gibi boyayamayacağını, istediği yükseklikte yapamayacağını, istediği bir mimari projeyi çok hoşuna gitse bile yapamayacağını söylüyoruz. Bunu dediğim gibi temellendirmekte zorlanıyoruz ama; kentin bir estetiği var. Diyelim ki; tarihi bir kentte yaşıyorsanız tarihi bir dokusu var, o dokuyu koruyabilmek için, gelecek nesillere bunu aktarabilmek için de şimdi yaşayan bireylerin kendi mülkleri üzerinde tasarruflarını sınırlandırıyoruz. Böyle bir özgürlük ve sınırlandırma dengesi içerisinde olması gerekiyor. Bu ilişki, kimi zaman temel hak ve özgürlükler bakımından bir ihlale de yol açabiliyor. Eğer birazdan söyleyeceğimiz kolluk yetkisinin birtakım sınırlarına uyulmaz, bu sınırlar aşılar ise temel hak ve özgürlükler bakımından bir ihlal durumu ortaya çıkacaktır. Yine; ekonomi alanından örnek verecek olursak, bir banka kurulmasını belli koşullara bağlayabilirsiniz, sınırlandırabilirsiniz. Banka kuracak olan kişilerde belli özellikler arayabilirsiniz. Mesela, bizim kanunumuza göre, hileli olarak iflas edenler banka kuramazlar; çünkü bir kere hileli olarak iflas etmişsin ve hukuk düzeni sana güvenmiyor. Dolayısıyla; banka kuramazsın diyor. Banka kurmak için belli bir büyüklükte sermaye arıyor. Ondan daha az bir sermaye varsa bu bir banka çalıştırmak için yeterli değildir diyor. Buradaki amaç; sadece bir ticari özgürlüğü sınırlandırmak değil, aynı zamanda o bankacılık faaliyetlerinden yararlanacak olan mevduat sahiplerinin veya o faaliyetten yararlanacak olan kişilerin ekonomik haklarını, menfaatlerini koruma altına almak. Çünkü; bir banka battığı zaman, -bunun yakın tarihimizde örnekleri var- belki binlerce belki de milyonlarca kişi mağdur olabiliyor. Ama; bunu sınırlandırırken o faaliyeti tamamen yürütmeyi imkansız hale getirecek ve faaliyetin kamu düzenine uygun bir şekilde yürütülmesi ile alakası olmayacak ya da bu amacı aşacak nitelikte birtakım koşullar ileri süremezsiniz.

Bunun gibi, kolluk yetkisi kapsamında temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken birtakım kurallara uymamız lazım. Dediğimiz gibi; burada temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesi olduğu için de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun davranmamız gerekiyor. Ülkemizde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının bir rejimi var; Anayasanın 13. maddesi ile kabul edilmiş bir rejim. Kolluk faaliyetlerinde de buradaki sınırlama kurallarına, kriterlerine uygun davranmak zorundasınız. Mesela; bir temel hak ve özgürlüğü kanunla

sınırlandırabilirsiniz; ancak idari bir işlemle sınırlandıramazsınız. Ayrıca, sınırlandırmaya ilişkin "demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma" kriteri gibi birtakım kriterler var. Bunların hepsi Anayasanın 13. maddesi ile düzenlenmiş olan sınırlandırma kriterleridir. Dolayısıyla; kolluk faaliyeti kapsamında bir temel hak ve özgürlüğe sınırlandırma getirildiği zaman da, Anayasanın 13. maddesi ile düzenlenen bu sınırlandırma kriterlerine uygun davranmak zorundayız. Eğer; bu şekilde uygun davranmaz isek, Anayasa'ya aykırı davranmış oluruz, hukuka aykırı davranmış oluruz.

Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikle eklenen bir ifade olarak ölçülülük ilkesi çok can alıcı temel bir kavram olarak karşımıza çıkıyor. Yani; Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen kriterlere uymanın dışında bir de ölçülülük ilkesi dediğimiz bir ilkeye uymamız gerekiyor. Ölçülülük ilkesi; hem yasal düzenlemeler yapılırken riayet edilmesi gereken bir ilkedir, hem de idarenin kolluk faaliyetlerini yürütürken yani birel ve düzenleyici kolluk işlemleri yaparken uymak zorunda olduğu bir ilkedir. Neyi ifade ediyor ölçülülük ilkesi? Aslında; ismi bize bazı şeyleri çağrıştırabiliyor. Ölçülü davranmayı ifade ediyor. Ama; ölçülülük ilkesini tanımlarken de -birazdan detaylandırmak koşuluyla- şöyle bir tanım yapabiliriz: Ölçülülük ilkesi, idarenin kolluk faaliyetini yürütürken ulaşmak istediği amaç ile uygulayacağı araçların, bu amaç bakımından gerekli olmasını, elverişli olmasını ve orantılı olmasını ifade eder. Bu tanımı yaparken de 3 tane alt kriteri gündemimize getirmiş oluyoruz: **Gereklilik** kriteri, **elverişlilik** kriteri ve **orantılılık** kriteri. Dolayısıyla; bir kolluk işlemi ile karşı karşıya kaldığımızda, bu kolluk işleminin hukuka uygun olup olmadığını tespit etmek bakımından veya ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını test etmek bakımından bu 3 kriteri ele alıp değerlendirmemiz lazım. Bu kolluk işlemi amaca ulaşmak bakımından acaba gerekli midir, elverişli midir, orantılı bir tedbir midir?

Elverişlilik Kriteri

Elverişlilik kapsamında; kolluk faaliyeti ile elde etmek istediğimiz amaç bakımından kullanacağımız araç, sonuca ulaşmamızı sağlayacak, o sonucu elde etmemize yarayacak bir nitelikte midir değil midir ona bakıyoruz. Eğer; amacımıza uygun sonuçlar elde etmemize uygun bir kolluk aracı kullanıyor isek, o zaman bu kolluk aracının elverişli olduğunu söylememiz mümkündür. Örneklerle izah edersek; bir aracın trafiğe çıkması için belli teknik kurallar ve koşullar vardır. O koşulları taşımayan bir aracı trafik polisi tespit ettiğinde ne yapar? (Sınıfa soruluyor.) Ceza keser diyor hanımefendi. Peki sadece ceza kesmesi amacımıza ulaşmak için elverişli bir araç olabilir mi? Trafik kurallarına uygun bir araç değil; lastikleri patlak, kornası çalışmıyor, yangın söndürme cihazı yok vs. gibi. Amacımız nedir? Trafik güvenliğini sağlamak. Elverişli araç para cezası kesmek olabilir mi? Kişi; para cezasını öder ve trafiğe devam eder; ama risk yani kamu düzeni bakımından tehlike hala devam etmiş olur. Bu tür araçlar için elverişli olan yöntem, trafikten men etmektir. Uygulanacak

olan tedbirin ya da kolluk yetkisinin elverişli olmaması durumunda; amacımıza ulaşmak bakımından ölçülülük ilkesine aykırı davranmış oluruz. Aksine bir örnek verirsek; kırmızı ışıkta geçen araca hemen trafikten men cezası verirsek, yine elverişli bir yöntem olmaz. Çünkü; bizim amacımız kişiyi caydırmak ve trafik kurallarına uygun davranmasını sağlamak. Bu yüzden de; ona idari bir para cezası uygulamak yeterli olabilir. Ama; “param var, istediğim kadar hız yaparım, sen cezayı kes ben öderim” gibi bir görgüsüzlüğü aşabilmeniz bakımından da “1 yıl içerisinde şu kadar puanı toplarsan senin artık ehliyetine el koyarım” diyorsunuz. Bakın; kademeli bir şekilde daha elverişli araçları devreye sokmanız gerekebiliyor. Çünkü; öbür türlü siz para cezası kesersiniz ancak bunun onun için hiç caydırıcı bir özelliği olmaz, sürekli aynı kuralı ihlal etmeye devam eder.

Demek ki; kolluk faaliyeti kapsamında uygulayacağımız aracın; ulaşmak istediğimiz amaç bakımından elverişli olması, kamu düzenini sağlayıcı etkisinin olması gerekiyor. Eğer; kamu düzeninin sağlamaya yarayacak bir etkisi, bir işlevi yoksa bu elverişli bir araç olmaz.

Elverişlilikle ilgili tabii trafik dışında başka örnekler de verebiliriz. Mesela; çevre ile ilgili kurallarımız var. Çevre kirleten bir işyerine hemen işyeri kapatma cezası uyguluyor muyuz? Diyelim ki, birkaç yüz kişi çalıştıran bir sanayi tesisi, birtakım atıklarını çevreye veriyor. Böyle bir durumda bunun için uygulayacağımız elverişli olan yöntem nedir? Kimi zaman bazen önce uyarı -bu mevzuata göre farklılık arzedebilir-, belli bir süre içerisinde bu riski bertaraf etmesi için uyarırsınız, süre verirsiniz, bunu gidermediği zaman para cezası verirsiniz, bunu da yapmadığı zaman geçici süre ile kapatma uygularsınız, faaliyetten men verirsiniz, bunu da yapmazsa artık hala çevreyi kirletmeye devam ediyorsa artık tamamen tesisin faaliyetine son verebilirsiniz. Burada ulaşmak istediğiniz amaç bakımından sonucu elde etmeye yarayacak bir araç olması lazım. Mesela; sanayi tesisi Belediye’den de Sanayi Bakanlığı’ndan da ruhsat alıyor. Belediye çevreyi kirletmesi nedeniyle “o zaman ben senin inşaat ruhsatını iptal ediyorum” dedi. Ancak; inşaat ruhsatını iptal etmeniz oradaki kamu düzenini sağlamanız bakımından elverişli bir araç değil, çünkü inşaat ruhsatı ile çevreyi kirletmenin bir alakası yok.

Burada; örneklerden ziyade, şu temel prensibe yoğunlaşmak daha doğru: bizim bir kolluk aracını kullanırken amacımız, hedefimiz nedir? Kamu düzenini sağlamak. Ama bu kamu düzeni, her bir idari faaliyet bakımından farklı şekilde tezahür eder. Mesela; İstanbul’un silüetini korumamız gerektiğinden, 16/9 gibi çok yüksek binalara izin vermemeniz lazım. Bunun için de kat yüksekliğini sınırlandırıyoruz sadece. Ama; kentsel sit alanı içinde kalan Tarihi Yarımada aynı zamanda binaların dış cepheleri de bizim için önem taşıyor. Kentin; kentsel bir dokusu, tarihi bir dokusu varsa o dokuya uyumlu binalar yapılmasını temin etmek bakımından binanın dış cephesine de müdahale ediyoruz. Dolayısı ile amacımız ne? Birinde silüeti korumak olunca sadece binaya kat sınırlaması getirmek bizim için elverişli bir çözüm olabilir; ama, aynı zamanda kent dokusu içerisindeki tarihi binaların yapısını korumak gibi bir amacımız varsa; o zaman binanın sadece yüksekliği değil, dış cephesi de bizim için önemli olur, dış cephe için de sınırlama getirilebilir diyoruz. Dolayısıyla; amacımız ne ise, ona

uygun, elverişli çözümler getirmeniz lazım. Elverişli olmayan, amacınıza ulaşmaya hizmet etmeyen çözümler ve de araçlar, elverişli olmaz.

Gereklilik Kriteri

Bir diğer ilke olarak ise, gereklilik ilkesinden bahsettik. Sınırlamanın dayandığı amaca ulaşmak için uygulanacak ya da kullanılacak olan aracın gerekli olması gerekiyor. Burada gerekli olmasından kastettiğimiz şey nedir? Bazen kamu düzenini ihlal eden, bozan bir durumu ortadan kaldırmak için birden fazla, aynı amacı sağlamaya yarayacak araç bulunabilir. Dolayısıyla da; aynı hedefe, aynı sonuca sizi ulaştıracak, kamu düzenini yeniden tesis edecek ya da bozulmasını engelleyecek aynı nitelikte birden fazla aracınız var ise, bu araçlardan, temel hak ve özgürlükleri en az sınırlandıran, en yumuşak olan aracı tercih etmeniz gerekiyor. Buna da biz gereklilik ilkesi ya da kriteri diyoruz. Örneğin; Bir yerdeki trafik sıkışıklığını gidermek için birden çok çözüm önerisi olabilir. Diyelim ki; sabah saatlerinde çevreyoluna, ikinci köprü trafiğine ağır vasıtalar alınmıyor. Buradaki amaç; trafik düzenindeki akışı sağlamak, sabah saatlerindeki trafik yoğunluğunu azaltmak, trafikteki kamu düzenini sağlamak. Ama; başka yöntemler de olabilir. Mesela; -bir ara tartışılan- bir gün plaka numarası tek olanların, bir gün plaka numarası çift olanların trafiğe çıkması ya da sadece ağır vasıtaların değil, diğer tüm ticari araçların trafiğe çıkmasının belli saatlerde yasaklanması gibi. Bunlar arasından; o günün koşulları içerisinde amaca ulaşmamız için hangisi temel hak ve özgürlükler bakımından en az sınırlama getiriyor ise, bizim için en gerekli olan hangisi ise en uygun olanını tercih etmemiz lazım. Dolayısı ile; gereklilik, bize birden fazla seçenek arasından, en gerekli olanı, o an için kamu düzenini sağlamak ya da tesis etmek bakımından en uygun olan tercihi yapmayı gerekli kılan, bizi ona yönlendiren bir ilke.

Orantılılık Kriteri

Son kriterimiz de; orantılılık kriteri. Yani kolluk faaliyetleri kapsamında, varılmak istenen amaç ile uygulanan araç arasında makul bir orantının olması. Öğrenci disiplininden örnek verelim. Normalde; bir öğrenci kopya çekmeye teşebbüs ettiğinde 6 aya kadar uzaklaştırma cezası verilir. Ama; diyelim ki bir öğrenci ideolojik sebeplerle kavga çıkardı, bir başka öğrenciyi yaraladı. Bu durumda ise; okuldan uzaklaştırmadan, öğrencilik statüsünü sona erdirmeye varıncaya kadar daha ağır müeyyideler uygulanabilir. Memuriyetten örnek verelim. Mesela; biz işe bir gün geç gelirsek uyarı cezası alırız, özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemezlik yaparsak aylıktan kesme, üç günden on güne kadar gelmemezlik yaparsak kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımları uygulanır, toplam 20 gün işe gelmezsek müstafi (istifa etmiş) sayılıyor ve memuriyetten atılırız. Bu yaptırımların amacı nedir? İlk örnekte; bir öğrencinin hukuk kurallarına uygun davranmasını sağlamak.

Uyguladığınız araçlar nedir? Disiplin cezaları. Ama; her fiile aynı cezayı uygulamıyor, o fiile uygun cezayı uygulayarak orantılı bir şekilde kolluk yetkilerini kullanıyorsunuz. Memur oldu ki bir gün işe geç kaldığında hemen işten çıkarmak ya da maaştan kesmek çok ağır bir müeyyide olur. O nedenle orantılılık ilkesi dediğimiz bir ilke var. En çok idari yaptırımlar alanında karşılaşıyoruz bununla. Mesela; RTÜK'ten örnek verelim. RTÜK'ün birtakım yayın ilkeleri var. Bu yayın ilkelerine televizyon kanallarının uyması lazım, uymamalarının da birtakım müeyyideleri var. Diyelim ki, bir radyo-televizyon kanalı basit bir kuralı ihlal etti. Bu ihlalin ağırlığına uygun bir şekilde para cezası, yayın durdurma cezası gibi gittikçe ağırlaşan müeyyideler öngörülüyor. Çünkü; burada orantılı bir kolluk yetkisini kullanmanız lazım. Eğer; orantılı bir kolluk yetkisi kullanmazsanız, yine ölçülülük ilkesi dediğimiz ilke ihlal edilmiş oluyor.

Elverişlilikle orantılılık arasında ne fark var? Kullandığınız araç; gayet orantılı bir araç olabilir. Mesela; az önce dediğimiz gibi trafik koşullarına uygun olmayan bir araç trafikte seyrediyor, siz para cezası veriyorsunuz. Bu müeyyide aslında orantısız değil, ama elverişli bir araç değil. Yani; orantılı olması, onun her zaman elverişli bir araç olduğu anlamına gelmez.

Bu kriterler arasında herhangi bir öncelik sonralık ilişkisi yok; mutlaka hepsinin bir arada olması lazım. Bir kolluk faaliyetinin hukuka uygun olabilmesi için ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir diyoruz. Bunlar ise ölçülülük ilkesinin alt koşulları. Bunlardan bir tanesi eksik olduğu zaman ölçülülük ilkesi gerçekleşmemiş olur. Dolayısıyla; bir kolluk faaliyetinin hukuka uygun olabilmesi için 3 kriterin de mutlaka bir arada olması gerekir. Hem gerekli olacak, hem elverişli olacak, hem de orantılı olacak. Bunlardan birindeki bir eksiklik kolluk yetkisini ya da uygulayacağınız kolluk aracını ölçülülük ilkesine aykırı hale getirir.

Kolluk Yetkisinin Zaman ve Mekana Göre Kapsamı

Bu kolluk yetkisi; yer ve zamana göre de değişiklik gösterebilir. Mesela; kolluk yetkisi, özellikle konutlarda çok daha dar, daha sınırlı kullanılan bir yetkidir. Ama; açık alanlarda kolluk yetkisi daha geniştir. Örneğin; evinizde istediğiniz kadar sigara içebilirsiniz. Evinizde 10 koli sigara için, kimse size niçin evinizde sigara içiyorsunuz demez. Ama; kamuya açık bir yerde; bir tane bile sigara içseniz müeyyidesi vardır. Çünkü; burada yer bakımından idarenin müdahale edebileceği bir alan var ya da müdahale edemeyeceği bir alan var. Ancak; bu, kolluk makamlarının konut alanına ya da iş yerine hiçbir şekilde müdahale edemeyeceği anlamına gelmez. Elbette ki müdahale edebilirler, ama bu daha sıkı koşullara ve kurallara tabi kılınmıştır. Mesela; zabıta veya emniyet görevlileri gıda üretiminin yapıldığı bir iş yerinde gıda üretiminin sağlığa uygun olup olmadığı, çalışanların hijyenik koşullara uygun giyinip giyinmedikleri, temizlik kurallarına uygun davranıp davranmadıklarını denetlemek bakımından iş yerine de girip denetim yapıyor. Konutta da aynı şekildedir. Örneğin; 7 genç bir araya gelip ev tutmuş ve kirasını da gayet düzenli ödüyor olabilirler; ama bu 7 genç şiddetli bir gürültü yapıyorlarsa gürültü yaptıkları andan itibaren artık onların o evdeki davranışlarına idare müdahale eder. Çünkü; kişi evinin

içinde de olsa çevreyi rahatsız edecek derecede gürültü yapamaz. Medyatik örnekler de var. Mesela; çöp evler bulunuyor. Normalde bir kimsenin evini temiz tutup tutmaması idareyi ilgilendirmez. Çok titiz olmayan bir kişi olabilirsiniz, çok titiz olmadığınız da kimseyi ilgilendirmez. Eğer; bu titiz olmama durumu çevreye koku yaymaya varacak boyutlara varmışsa mahalleli de sizden şikayet eder ve evinize müdahalede bulunabilirler. Coğrafi bölge bakımından da bir bölge için gerekli olan birtakım kolluk tedbirleri bir başka bölge için gerekli olmayabilir. O bölgenin kendine özgü birtakım hassasiyetleri veya koşulları vardır, o koşullar bakımından birtakım farklı uygulamalar yapabilirsiniz. Birazdan kolluk yarışması veya karışması dediğimiz meseleyi anlatırken onun da çeşitli örneklerini sizinle paylaşacağız.

Zaman bakımından da kolluk yetkisi farklılık arzedebilir. Mesela; bazı davranışlar gündüz yasak değildir, ama gece o davranışlar yasak olabilir. Güvenlik bakımından idare belli bir saatten sonra bazı davranışları yasaklayabilir. Ya da tam tersine bazı faaliyetlere sadece gece izin verip, gündüz yasaklayabilir. Ya da yılın belli dönemlerinde bazı faaliyetlerin yapılmasını yasaklayabilir. Mesela; avcılık belli mevsimlerde, belli zamanlarda yasaktır. Niçin avcılıkta zaman bakımından bir sınırlama var? Hayvanların üreme dönemlerinde avcılığı yasaklayarak, onların üremesini sağlamış, neslinin tükenmesini engellemiş oluyorsunuz. Demek ki; zaman bakımından da kolluk yetkisinin kullanımında birtakım farklılıklar söz konusu olabiliyor.

(Öğrenci sorusu üzerine.) Arkadaşınız diyor ki, geçen yıl bir savcımızı şehit ettiler, ondan sonra Adliye girişlerinde avukatların da üstleri aranmaya başlandı. Normalde avukatların üstleri aranmadan giriyorlardı. Bu uygulamaya bazıları doğru dedi, bazıları yanlış dedi. Bu biraz politik bir duruşu da sembolize ediyor, yani bunu sınırlandırın deseniz şöyle, sınırlandırmayın deseniz böyle. Temel prensiplere bakarak kendi görüşünüzü oluşturabilirsiniz. Burada temel ilkelerden bahsediyoruz; elverişli olmasından, gerekli olmasından vs. bahsediyoruz. Örneğin; bazı dönemlerde adliye teşkilatı olarak bir tehdit alıyorsunuzdur, avukat kimliği ya da sahte kimliklerle adliyeye saldırı olacak diye birtakım ihbarlar, duyumlar geliyorsa; elbette ki burada zaman bakımından bir anormallik var. Bu gibi durumlarda; elbette ki aranmanın makul bir sebebi olabilir; ama, normalde bir meslek mensubu olarak, adliye faaliyetlerinin yürütülmesini gerçekleştiren hakimler, savcılar gibi adliyenin bir unsuru olan avukatların üzerinin aranması doğru bir yaklaşım olmayabilir. Ama tekrar söylüyorum; bu bir yaygınlık kazanmaya başlamışsa, sahte avukat kimlikleri gibi sürekli olarak adliyelerde birtakım hukuka aykırılıklar varsa, saldırılar, sahte işlemler varsa elbette ki idare olarak siz de bunu sınırlandırabilirsiniz, birtakım kurallara tabi tutabilirsiniz, birtakım ek/ilave yöntemler getirebilirsiniz. Dolayısıyla burada şu doğrudur, bu doğrudur demek her zaman için işe yarar bir cevap olmayabilir. Ama ben kanaatimi tekrar söyleyeyim: önemli olan hem avukatın güvenliğini sağlamak hem de adliyenin güvenliğini sağlamaktır. Yüzlerce kişinin aranması bir kişinin ölümü bakımından bir zarar oluşturmaz. Bir kişi öldü, kaç çocuk babasız kaldı, bir eş dul kaldı. “Benim üzerim aranmasın, ben rahatsız oluyorum” gibi bir talep, bunlara göre çok lüks bir talep olabilir. Bazı durumlarda eğer işin özelliği, mahiyeti, zaman, alınan

birtakım duyumlar güvenlik tedbirleri gerektiriyorsa, gerektiğinde hakimin ve savcının da üzeri aranır. Yani; bir meslek mensubu olmak, birtakım kurallardan ari olmak anlamına gelmez.

Her şey insan için ama, insana da hayatı zehir edecek bir sınırlama olmaması lazım. Dediğim gibi; tekrar söylüyorum onun için biz hukukçular olarak birtakım ilkeler kabul ediyoruz, kriterler getiriyoruz ki, "senin için yapıyoruz" diyerek hayatı zehir etmesinler. Benim için yapacağın şeyleri, hukuk diyor ki bu şekilde yapabilirsin, bu kadar sınırlandırabilirsin. Örneğin; burada öğrencilerin girişi için güvenlik tedbirleri alınıyor, ama bir de her öğrenci için 15-20 dakika özel, nitelikli bir arama yapmayı da gerektirecek bir şey anormal bir durum söz konusu olabilir.

Bütün hukuk zaten insan için olan bir şey, insanın olmadığı bir yerde hukuk kurallarının bir anlamı olmaz.

Bölge konusunda bir örnek verirsek; Fransız Danıştay'ının verdiği bir karara göre, Fransa'da Kültür Bakanlığı'ndan ülke genelinde yayınlanması için izin almış bir sinema filminin, bir yerel belediye o yerde yayınlanmasını yasaklıyor. Çünkü; o film, belli bir etnik kökene yönelik küçümseyici, hafife alıcı birtakım unsurlar içeriyor. Komedi filmi de olabilir veya başka bir film de olabilir. O belediye sınırları içerisinde çoğunlukla bu etnik kökenden halk yaşadığı için, bu filmin o belediye sınırları içerisinde gösterilmesinin kamu düzenini bozabileceği, halkın tepkisine sebep olabileceği düşüncesi ile, belediye, ülke genelinde yayın izni almış olan bir filmin o belediye sınırları içerisinde gösterimini yasaklayabiliyor. Bu da kolluk yetkisinin bölgelere göre de farklılık gösterebileceğinin bir örneğidir.

Ölçülülük İlkesine İlişkin Yargı Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

1) AİHM'in 2006'da vermiş olduğu Oya Ataman kararı var³¹. Kararın konusu şu; İstanbul Sultanahmet Parkı'nda F Tipi Cezaevlerini protesto etmek amacı ile basın açıklaması ile sona erecek bir yürüyüş düzenliyorlar. Polis; gösteri izinsiz yapıldığı için, kamu düzeninin bozulduğu gerekçesi ile gruba hemen müdahale ediyor ve grubu -tabi bu grup yaklaşık 50 kişilik bir grup- önce biber gazı sıkarak dağıtıyor, daha sonra da 39 kişiyi gözaltına alıyor. AİHM, önce birtakım tespitlerde bulunuyor: "*Başvuran, gösterinin ve gösteriden sonra yapılması öngörülen basın açıklamasının polisler tarafından engellendiğinden dolayı, ifade ve dernek kurma özgürlüğü haklarının ihlal edilmesinden şikayetçi olmaktadır. ... Hükümet, söz konusu toplantının, yetkili makamlara bildiri tebliğ edilmeden yasadışı olarak düzenlendiğini ileri sürmektedir. Hükümet, AİHS 11. maddenin ikinci paragrafının kamu düzenini bozmayan toplantılar yapma hakkına sınırlama getirdiğini hatırlatmaktadır. AİHM, başvuranın toplantı yapma hakkına müdahalenin varlığı hakkında bir itirazın bulunmadığını*

³¹ Oya Ataman/ Türkiye Davası, Başvuru No: 74552/01, T. 05.12.2006.

belirtmektedir. Bu müdahalenin, gösteri yapma ve toplantılara ilişkin 2911 sayılı Kanun'un 22. maddesi gibi yasal dayanağı bulunmakta ve böylece AİHM'nin 11. maddesinin 2. paragrafı uyarınca "kanun tarafından öngörülmekte"dir. Geriye müdahalenin meşru amaç güdüp gütmeyeceği ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorunu kalmaktadır.

Hükümet müdahalenin diğerlerinin arasında düzenin korunması ve başkalarının hakları gibi meşru amaçlar güttüğünü savunuyor. AİHM de; dava konusu tedbirin 11. maddenin 2. paragrafı uyarınca, düzenin korunması ve başkalarının haklarının korunması, özellikle de hiçbir güçlkle karşılaşmadan halk içinde dolaşma hakkı gibi meşru amaçların en az ikisini hedeflediğini düşünebileceğine kanaat getiriyor. Yani; bu şekilde yapılacak bir sınırlamanın meşru bir amacı vardır diyor.

Demokratik toplum düzeninde gerekli olma bakımından değerlendirdiğinde de, AİHM devletlerin sadece toplantı yapma hakkını korumakla kalmayıp, bu hakkı dolaylı yoldan usulsüz bir şekilde sınırlandırmaktan da kaçınmaları gerektiğini ifade ediyor. Dolayısıyla; AİHM, toplantı yapma hakkını koruyacaksınız; ama bunu ölçsüz bir şekilde sınırlandıramazsın da diyor.

Kararın devamında belirtildiği üzere; *"Son olarak da; AİHM 11. maddenin altındaki hakların kullanılmasında kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı kişiyi koruma amacını içeriyor ise, buna ek olarak bu hakların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlama pozitif yükümlülüğünü de kapsadığına kanaat getirmektedir."* Bu AİHM'nin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine ilişkin genel yaklaşımını ortaya koyuyor. Burada diyor ki; *"Kamu alanlarındaki her türlü gösteri günlük yaşamın devamı için bir takım düzensizliklere neden olabilmekte ve kinle karşı karşıya kalılabilmektedir. Hal böyleyken, dernek ve diğer gösteri organizatörlerinin, yürürlükteki düzenlemelere riayet ederek, demokrasinin aktörleri olarak oyunun kurallarına katılması önemlidir."* Ne demek bu? Örneğin; bir şeyi protesto amacı ile E-5'e çıktı vatandaşı ve yolu trafiğe kapattı. 10-15 dakika böyle bir şeye tahammül edilebilir, ama 1 gün boyunca ben yolu kapatıyorum dediği zaman, o bölgede o yol güzergahı üzerinde trafiğin ve dolayısıyla hayatın felç olmasına sebep olabilir. AİHM, kanun dışı bir durumun toplantı özgürlüğünün ihlal edilmesini haklı göstermeyeceğini hatırlatıyor. Ancak; bu durumda bildirim, gösterinin halkın kalabalık olduğu bir saatte karışıklıkların aza indirgenmesi amacı ile, yetkililerin gerekli tedbirleri almasını sağlayabilirdi. Yani; toplantı ve gösteri yürüyüşü yapacakların bildirimde bulunma yükümlülüğü var. Sen bildirimde bulun ki, ben senin güvenliğini de sağlayayım, o toplantının kamu düzenini aksatmayacak bir şekilde gerçekleşmesi konusunda da gerekli tedbirleri alayım. AİHM için siyasi, kültürel ya da başka amaçlı her türlü olay, toplantı ya da toplanmanın en iyi şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacı ile önleyici tedbir olarak -örneğin; gösteri alanlarında kamu görevlileri bulunması gibi- güvenlik tedbirleri alınması önem arz ediyor.

Ancak; dosyayı nasıl değerlendiriyor, olay özelinde olaya baktığı zaman da diyor ki, *"Dosyadaki hiçbir unsur söz konusu grubun, trafikte karışıklık yaratması dışında kamu düzeni için tehlike arz ettiğini belirtmeyi sağlamamaktadır. Burada söz konusu olan daha çok, elliye yakın kişinin kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna*

çekmektir. AİHM, öğleye doğru toplanmaya başladığını ve ilerleyen yarım saat içinde de grubun yakalanması ile sona erdiğini gözlemlemektedir. AİHM, özellikle yetkililerin, İnsan Hakları Derneği adına düzenlenen gösteriye son vermekte gösterdikleri sabırsızlığa anlam verememektedir.” Yani AİHM, çok çabuk, bu kadar acil ve hızlı bir şekilde müdahale edilmesini de anlamadığını, dolayısıyla bunun doğru bir yaklaşım olmadığını ifade etmeye çalışıyor. “AİHM için, göstericilerin şiddet içeren faaliyetlerde bulunmadığında kamu güçlerinin, AİHS'nin 11. maddesi tarafından güvence altına alındığı şekliyle toplantı özgürlüğünün geçerli olabilmesi için, barış yanlısı toplanmalara hoşgörüyle yaklaşması önem arz etmektedir. Sonuç olarak AİHM, bu davada polisin zor kullanarak müdahale etmesinin orantılı olmadığına ve AİHS'nin 11. maddesinin ikinci paragrafı uyarınca kamu düzeninin korunması için gerekli bir tedbir oluşturmadığına kanaat getirmiştir.”

Kararda; orantılılık ve gereklilik kavramlarını AİHM'nin de kullandığını görüyoruz. Özetle; toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin kamu düzenini korumak ve toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyecek olanların güvenliğini sağlamak bakımından birtakım sınırlamalar, kurallar getirilebilir; ancak, bunun gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olması lazımdır. Halbuki burada 50 kişilik bir grup toplanmış ve bu toplanan grup çok kısa bir süre içerisinde belki basın açıklaması yapıp dağılacaktı, ama buna bile sabretmeden ve trafik karışıklığı dışında da kamu düzenini bozduklarına dair ciddi bir emare de bulunmadan bu kadar katı ve acil bir şekilde müdahale edilmesini AİHM doğru bulmuyor. AİHM'nin olaya yaklaşımı özetle bu. Ama dikkat ederseniz, her bir olayın özelinde yaklaşarak kolluk alanına ilişkin bu tür müdahalelerin hukuka ve dolayısıyla da ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını tespit etmemiz lazım. Bu olayda farklı veriler olsaydı belki de ihlal kararı vermeyecekti. Bu nedenle; elindeki verilere dayanarak hem birtakım tespitler yapıyor, konuya ilişkin kabullerini ve ilkelerini ortaya koyuyor, akabinde de bu ilkelere uygun davranılıp davranılmadığını test ediyor ve somut olay bakımından da davranılmadığını tespit ederek bir insan hakkı ihlali olduğu sonucuna varmış oluyor.

2) Sonraki karara geçecek olursak; EMEP isimli siyasi parti seçim bölgelerinin tamamında üzerinde “baskılar son bulsun” yazan afişi dağıtmak istemi ile olağanüstü hal bölgesinde bulunan ilin valiliğine başvurmuşur³². Valilik EMEP'in bu konudaki izin talebini olağanüstü hale ilişkin mevzuatın valiliğe kamu düzeni yönünden verdiği yetkiler de gerekçe gösterilerek olağanüstü hal bölgesi içerisinde bu afişlerin dağıtımını yasaklamıştır.

Olağanüstü hal dönemlerinde olağanüstü hal rejimlerine geçilir, olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilan edilir. Bunun da kendine göre koşulları ve gerekçeleri vardır. O gerekçeler ortaya çıkmışsa o yerde olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilir. Olağanüstü hal ilan edilen yerde de olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere uygun sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamalar da olağan dönemdeki sınırlamalardan çok daha katı, çok daha ileri sınırlamalardır. Mesela; olağanüstü dönemlerde basın-yayın

³² Tüzelt/ Türkiye Davası, Başvuru No: 57225/00, T. 21.02.2006.

özgürlüğüne müdahale niteliğinde sınırlamalar da getirilebiliyor. Somut olayda da Valilik, olağanüstü hal bölgesinde bu afişin dağıtılmasını yasaklıyor, somutlaştırarak sorarsak acaba bu ölçülülük ilkesi bakımından hukuka uygun mudur? Önce AİHM, olağanüstü hal rejimine ilişkin kanunu inceliyor ve bu kanunda olağanüstü hal bölgesi valiliğine bölgede kamu düzenini bozacak her türlü dolaşımı ve yazılı dağıtım yapmayı, halkı kışkırtmayı, güvenlik güçlerinin görevlerini yapmalarına engel olmayı yasaklayan yetkiler verdiğini not ediyor -yani bir nevi kanunu incelediğini ve yetkilerden haberdar olduğunu belirtiyor-. “*Bu hükümler Olağanüstü hal Bölge Valiliğine idari anlamda kısıtlama getirme ve yayınların dağıtımını yasaklama yetkilerini tanımaktadır.*” Öngörülen böylesi kısıtlamaların, ilke olarak AİHS ile çelişmediğini belirterek, ilke olarak bunun çelişmediğini somut olarak kabul ediyor. “*Bununla birlikte, bu hükümlerin getireceği kısıtlama sınırının özel bir hukuki çerçeve dahilinde olması ve keyfi uygulamalar karşısında etkili hukuki bir denetim mekanizmasının bulunması gerekmektedir. Zira AİHM, Olağanüstü Hal Bölge Valiliği'ne bu yetkileri tanıyan hükümlerin ve uygulamanın kesin ve etkili hukuki bir denetim mekanizmasına tabi olmadığını gözlemlemektedir.*” Burada da Olağanüstü Hal Kanunu’nda yapılan bu tür işlemlerin yargı denetimine ilişkin kısıtlamalarını hatırlatıyor. “*Yayınların idari bakımdan kısıtlanmasının denetime tabi olmaması başvuruları muhtemel keyfi uygulamalardan kaçınmak için gerekli güvencelerden yoksun bırakmaktadır.*” Önce olayı ikiye ayırıyor. Birinci kısmı diyor ki, böyle bir yasak olabilir ama böyle bir yasak olsa bile, bu yasağa karşı senin etkili hukuki itiraz mekanizmaların var mı ona bakılır diyor; ama kanununa bakıldığında hukuk sistemimizde bu tür yasaklara karşın etkili bir hukuki itiraz yolunun olmadığı tespitinde bulunarak bunun doğru olmadığını belirtiyor.

İkinci olarak; “*AİHM, incelenmesi istenilen davayı çevreleyen olayları, özellikle terörle mücadelede karşılaşılan güçlükleri dikkate almaktadır. AİHM nezdinde, olayların meydana geldiği sözü edilen bölgede hüküm süren siyasi tansiyonun belirli bir ağırlığı bulunmaktadır. Bununla birlikte yasaklama kararının gerekçelendirilmediğini hatırlatmak gerekir.*” Yani, böyle bir yasak koyuluyor ve bu yasağın ne tür bir amaca hizmet ettiğini, kamu düzeni bozulmasına neden yol açacağına gerekçelerinin izah edilmediğini belirtiyor. “*Üstelik, söz konusu afişin şiddet yanlısı fikirlerin propagandasını yaptığının, demokrasiyi yadsıdığına veya yasaklanmasını haklı çıkarır potansiyel bir zararı bulunduğuna ilişkin hiçbir ibare bulunmamaktadır.*” Yani, “Şiddete son, olağanüstü hal kaldırılсын” şeklinde bir ifadenin aynı zamanda şiddet yanlısı olduğunu ya da şiddet yanlısı fikirlerin propagandasını yaptığını dair bir emare veya bir ibare de olmadığını görüyor. Potansiyel bir zararın bulunmadığı tespitini yapıyor. Dolayısıyla AİHM söz konusu yasaklamanın demokratik bir toplum için gerekli sayılamayacağı sonucuna varmaktadır. Burada da demokratik toplum yaşamının gereklerine uygun olma kriteri bakımından getirilen kolluk sınırlamasının, temel hak ve özgürlükler bakımından bir ihlal teşkil ettiği sonucuna varıyor. Bu konuda başka kararlar da var, ancak şimdilik bu iki kararı sizinle paylaşmış olmamız yeterli.

(Öğrenci sorusu üzerine.) AİHM kararlarının bizim hukukumuz bakımından etkisini soruyor arkadaşınız. AİHM kararlarının İdare Hukuku bakımından iki sonucu vardır. Birincisi; tazminata hükmediliyor. İdare; AİHM tarafından ihlal vardır denildiği zaman o kişiye tazminat ödemek zorunda. İkincisi de; AİHM kararları, bizim İdari Yargılama Usulü Kanunumuz bakımından bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Siz bir hakkınızın ihlal edildiğini AİHM önünde tespit ettirirseniz, alacağınız bu karar ile yerel mahkemeye yeniden müracaat ederek, o davanın yeniden görülmesini sağlayabilirsiniz. Bu yargılamanın yenilenmesi sebebidir. 4. sınıfta idari yargı dersinde daha detaylı olarak üzerinde durulacaktır.

Danıştay Kararları

1) Danıştay kararına konu olayda, bir devlet hastanesinde personelin işe gelip gelmediği, zamanında giriş yapıp yapmadığının anlaşılması amacı ile yüz tarama uygulanıyor³³. Mesela; bazı iş yerlerinde de turnike sistemi uygulanıyor, kartınızı okutuyorsunuz, o kartta içeriye girip girmediğiniz hangi saatte girdiğiniz ve hangi saatlerde çıktığınız belli oluyor. Danıştay'ın önüne gelen olayda da; Tokat Devlet Hastanesinde görev yapan personelin işe gelirken ve giderken yüz tarama sistemi ile mesai takiplerinin yapılması öngörülüyor. Böyle böyle bir tedbir sizce hukuka uygun mudur? (Öğrencinin cevabı üzerine.) Arkadaşımız, şunu ifade etmeye çalışıyor, bu bir kişisel veridir bu kişisel verinin güvenli bir ortamda tutulması gerekir, aksi halde kişisel veriler kötüye kullanılabilir diyor. (Başka bir öğrencinin cevabı üzerine.) Arkadaşımız; buradaki uygulanan araç elverişli bir araç değil, amaca ulaşmasını sağlayacak, kişisel verileri kullanmadan da bunu yapabilecek daha farklı yöntemler olabilir, dolayısı ile burada yüz tarama sistemi gibi kişisel verileri ihtiva eden, ne zaman nerede kullanılacağı belli olmayan ve kişi güvenliği bakımından tehlike taşıyan bir yöntemin tercih edilmesi ölçülülük ilkesine uygun değildir diyor. Danıştay'ın ne dediğine bakalım: *“Personelin yüz tanıma sistemi ile mesai kontrolünün yapılması durumunun, temel hak ve hürriyetler içerisinde sayılan özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında kişisel bilgi veya kişisel verilerin alınması kavramları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Mesai kontrol sisteminin şekli ve içeriği dikkate alındığında, sözü edilen uygulama ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından bu uygulama, anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, yine değişik 20/3 maddesinde de, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğinin belirtildiği, ancak konuyla ilgili bu aşamada yasal bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır.”* Dolayısı ile de; yüz tanıma sistemi ile mesai takibine ilişkin uygulamanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu söylüyor. Amaç ne? Mesai takibi yapmak. Uyguladığınız araç ise, kanunla bile düzenlenmemiş bir konuda kişisel veriyi

³³ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 2013/7949 T. 15.11.2013.

kaydetmek ve bunu kullanmak. Daha basit bir yöntemle bunu yapabiliydiniz, o zaman daha orantılı, daha ölçülü bir denetim olabilirdi diyor Danıştay.

(Öğrenci sorusu üzerine.) Arkadaşımız, kartla yapıldığında bunun başka riskleri olmaz mı diyor. Burada amaç; bir suçluyu yakalamak ya da bir caninin içeriye girmesini engellemek değil; neticede siz personelinizin işe zamanında gelip gelmediğini tespit etmek istiyorsunuz. Yani bir gün gelmese kurumdaki faaliyetler bozulmayacak, yer yerinden oynamayacak. Bir kişi işe geç gelmiş veya 3 kişi işten erken çıkmış olacak. Buradaki amacımız bu sadece, işi takip etmek. Dolayısı ile de; bu kimlik birilerinin eline geçebilir mi başkaları kullanabilir mi gibi kaygılar bir yana, diğer taraftan da bir kişinin kişisel verilerinin hukuka aykırı bir biçimde kullanılması o kişinin hayatını kaydırabilir. Aradaki orantılılık dediğimiz şey işte budur. Ama yurt dışına çıkarken, sınır güvenliği bakımından daha ağır tedbirler, daha sınırlandırıcı ve kişisel veriye girebilecek birtakım tedbirler alınabiliyor. Örneğin; parmak izi bir ülkeye daha girerken alınıyor, o da bir kişisel veri ve nerede, ne zaman kullanılacağı belli değil; ama orada ülkenin iç güvenliğini sağlamak bakımından böyle bir sınırlama getirilebiliyor. Orantılılık ilkesi bakımından değerlendirildiğinde bu daha makul gelebilecek bir şey.

(Öğrenci sorusu üzerine.) Hastanelerde el taraması güvenlikle ilgili bir şey değil; sağlık hizmetinden faydalananların gerçekten o kişiler olup olmadığını tespit etmek bakımından. Örneğin; sosyal güvencesi olmayan birine bir başkası kendi karnesini verebiliyor; ya da bir kişinin resmi kayıtlara göre 3 defa apandisit ameliyatı olması gibi bir durum ortaya çıkabiliyor veya ölen kişilerin üzerinden işlemler yapıldığında ilaç ve tedavi bakımından çok ciddi masraflar ortaya çıkabiliyor. O nedenle; SGK avuç içi tarama sistemi ile bunu önlemeye çalışıyor.

2) Başka bir karara bakacak olursak; 78'liler Derneği ve Kültürlerarası İletişim Derneği tarafından "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Netekim Festival" adlı bir festival düzenlenmek isteniyor³⁴. Festivalin Marmaris'te düzenlenmesinin sebebi ise, 12 Eylül Darbe liderinin Marmaris'te yaşamasıdır. "Netekim" sözü de onun çok sık kullandığı bir ifade olmasından dolayı, ona bir işaret olması bakımından bu şekilde bir isim veriliyor. İdare, bu festivali kamu düzeni ve güvenliğine zarar verebileceği gerekçesi ile yasaklıyor. Danıştay, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddeyi hatırlatıyor; devamla toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin haklardan bahsediyor. Danıştay, ölçülülük ilkesinin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığı -yani elverişlilik ilkesini-, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığı - yani gereklilik bakımından- ve amaç ile araç arasında ölçünün bulunup bulunmadığını da orantılılık bakımından değerlendirmek gerektiğini belirterek bu 3 alt ilkeyi hatırlatıyor. Sonra; olay özelinde de; "*Toplantı düzenleme özgürlüğünün sınırlanmasında, amaç; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi; araç*

³⁴ DANIŞTAY 10. DAİRE E. 2006/946, K. 2008/6084, T. 15.9.2008.

ise, toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıdır.” Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeyi sınırlandırmanın amaçlarının ne olabileceğini Anayasa’dan yola çıkarak belirtiyor: milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakı, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak. Bu amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeyi sınırlandırabilirsiniz diyor. İki tane de araç olduğunu belirtiyor: Ya erteleyebilirsiniz ya da yasaklayabilirsiniz. “*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 ulaşılabileceği hallerde, yasaklama yoluna gidilmesi, ölçülülük ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir.*”

Dolayısıyla, açık, somut ve yakın tehlikeden bahsedilemeyen dava konusu olaydaki durum, ancak bir erteleme sebebi teşkil edebileceğinden; ayrıca erteleme müessesesinin işletilmesi halinde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın yasal amaca ulaşılabilecektir, bu nedenle yasaklama yoluna gidilmesini ölçülülük ilkesine uygun bulmuyor Danıştay. Yani; orantılılık ilkesi bakımından bir ihlal olarak görüyor. Toplantıda kamu düzeninin bozulmasına ilişkin birtakım emareler olabilir, ama bu emarelerin yoğunluğu, ağırlığı toplantının tamamen yasaklanmasını gerektirecek nitelikte değildir, bu toplantı ertelenerek de kamu düzeni sağlanabilirdi. Sonuç olarak; erteleme yoluna gitmeden doğrudan en ağır müeyyide, en ağır seçenek olan yasaklamanın seçilmesi, orantılılık bakımından uygun bir araç değildir.

3) Başka bir karar ise 18 yaşından küçüklerin velileri ile dahi olsa oyun salonlarına girmesinin yasaklanmasına ilişkindir³⁵. Eskiden atari salonları vardı ve çocuklar bu atari salonlarına giderek, para ile çeşitli oyunlar oynuyorlardı. Bu atari salonları denilen salonlara 18 yaşından küçüklerin girişini anne ve babalarının eşliğinde olsa dahi yasaklayan bir düzenleme vardı. İncelediğimiz karar ise, bu düzenleme hukuka uygun mudur değil midir, buna ilişkindir. Kararda şöyle diyor; “*Yürürlükteki yazılı normlar ve mülki idare amirine kamu düzeni ve asayişin temini bakımından verilen yetkiler göz önünde bulundurulduğunda, bilgi ve maharet artırıcı ve zeka geliştirici olarak nitelendirilen bilgisayar oyunları oynatan işyerlerine, velilerinin gözetiminde ve velileriyle birlikte dahi olsalar 18 yaşından küçüklerin girmesinin yasaklanması mümkün değildir. Bu ancak işyerinin yasada gösterilen niteliklerinin dışına çıkması ve yasaya aykırı bu fiili duruma rağmen faaliyetinin devamına izin verilmesi halinde farklı bir yasal prosedürün uygulanması sonucu söz konusu edilebilir.*” Yani; kapatma cezası gibi, idari para cezası gibi cezalar uygulanabilir diyor Danıştay tetkik hakimi. “*Aktarılan yasal düzenlemeyle mülki idare amirine kamu düzeni, toplum sağlığı, genel ahlak ve asayişin korunmasına yönelik olarak video-televizyon, benzeri oyun yerlerine ilişkin sınırlamalar getirme yolunda takdir yetkisi tanınmış olup uyuşmazlıkta, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının irdelenmesi gerekmektedir.*” Somut olayda yapılan kontrolde 18 yaşından küçük 6 tane çocuğun işyerinde müşteri

³⁵ DANIŞTAY 10. DAİRE E. 1993/278 K. 1994/4838 T. 13.10.1994.

olarak tespit edildiği belirtiliyor. Dolayısıyla, davalı idarece işlemin sebep unsuru olarak gösterilen, yani gerekçesi olarak gösterilen; bilgisayar oyunu oynanan salonlara devam eden ve özellikle ilköğretim çağındaki çocukların eğitim ve öğretimlerini aksattığı, bu yerlerde harcayacak parası bulunmayan çocukların hırsızlık gibi kötü yollara başvurdukları, ayrıca bu yerlerde kumar, sigara içme gibi kötü alışkanlıklar edindikleri saptamalarını yapıyor idare ve bu nedenle, 18 yaşından küçüklerin velileri ile dahi olsa bu salonlara girmelerini yasakladığını söylüyor. Ancak; Danıştay da bu saptamaların bu oyun salonlarına 18 yaşından küçüklerin ancak velilerinin kontrolü ve gözetiminde ve velileriyle beraber alınabilmesine ilişkin sınırlamalara hukuki dayanak teşkil edebileceğini söylüyor. Velileriyle birlikte dahi olsalar 18 yaşından küçüklerin bilgisayar oyunu salonlarına girmelerinin yasaklanması, ancak; bu işyerlerinin yasada belirlenen niteliklerin dışındaki işlevlerinin tesbiti ve bu tesbitin yasaklamayı haklı kılacak hukuki normlara uygunluğu halinde mümkündür. Böyle bir sınırlama getirilmesinin ölçülülük ilkesine uygun olmadığı belirtiliyor.

Böylece; kolluk yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin hususlar anlatılmış oldu. Anayasa'da ifade edilen sınırlama kriterlerinin özellikle de ölçülülük ilkesinin kolluk faaliyeti alanındaki görünümünden örnek kararlardan da yararlanarak bahsetmiş olduk.

KOLLUK USULLERİ

Kolluk usulleri denilirken idarenin kolluk yetkisini kullanma kapsamında başvurmuş olduğu usulleri ifade ediyoruz. İdare, kamu düzenini sağlamak için farklı usuller uygulayabilir, farklı usullere başvurabilir. Bu usullerin her biri kolluk faaliyetinin amacı olan kamu düzeninin ne şekilde korunması gerektiği bakımından bir yöntemdir. Bu yöntem de, işin mahiyetine göre değişiklik arzedebilir.

Yasaklama/Serbestlik Usulü

Bu usullerden ilki yasaklamadır, bazı kitaplarda serbestlik ilkesi veya serbestlik usulü de deniliyor. İdare kimi zaman, toplum içerisindeki bazı kolluk faaliyetlerine ilişkin yasakları belirler, kuralları koyar ve bu kurallar çerçevesinde sizin faaliyette bulunma serbestiniz vardır. Örneğin; öğrenci olarak bazı kurallara uymak zorundasınızdır. Sigara içmek yasaktır, kopya çekmek yasaktır, başkasına zarar vermek yasaktır. Yasaklar koyarak sizin o kurallara uymanızı bekler ve belirlenmiş kurallar içerisinde size bir serbestlik alanı bırakır. Veya; ekonomik alanda şu kurallara uymak kaydıyla şu faaliyette bulunabilirsin; ama bu ekonomik faaliyette bulunurken de şu yasaklara uymak zorundasın der. Dolayısıyla; yasaklama bir kolluk usulüdür.

Kolluk Faaliyeti-Kamu Hizmeti Ayrımı

İdari faaliyetlerin hukuki rejimini arıyoruz. İdari faaliyetler kapsamında kamu hizmeti anlatıldı. Sonra kolluğa başlandı. “Kolluğun kamu hizmetinden farkları

şunlardır” diye sayılmadan ikisi yan yana anlatılarak gösterilmeye çalışıldı. Böyle bir şema yapıp “kamu hizmetin de böyle; kollukta böyle” diye karşılaştırmayı tercih etmedik. Çünkü bunlar birbirleri ile kıyaslanmaktan öte farklı tespitlere göre hukuki rejimleri olan hususlardır. Hukuki rejimlerinin ayrıntıları karşılaştırılmaya çalışılırsa onlarca fark çıkar; ama bu, karşılaştırmanın kimi zaman imkânsızlığı nedeni ile zihin bulandırır. Çünkü bunlar bütüncül olarak birbirlerinden farklılardır. Sadece bazı unsurları bakımından farklı değillerdir. Aynı hukuki rejimdeki iki ayrı alt düzenleme karşılaştırılabilir; ama birbirinden tamamen ayrı hukuki rejimlerde bunları karşılaştırmak yerine bütün olarak farkını, mantığını anlamak gerekir. Bunları anlatırken de size sadece mevzuattaki görünümünü veya şu anda ülkemizdeki görünümünü değil; bu konudaki düzenlemeleri okuyacak hukuk dili kavramlarını vermeye çalışıyoruz.

Mesela; kolluk konusunda en önemli kısım ölçülülük ilkesidir. Anayasada da ölçülülük ilkesi var; ama Anayasadaki dışında ölçülülüğü anlamaya çalışmayı gerektiren kanuni düzenlemelerden bağımsız kendi mantığı olan, uygulama şartları olan bir hukuk dilinden bahsedildi. Ölçülülük ilkesinin işlevi nedir? Kolluk bakımından taşıdığı önem nedir? Bu önem ve işlev onu kaçınılmaz biçimde anlamayı gerektiriyor. Dolayısıyla “kamu hizmetinde ölçülülük yok; kollukta ölçülülük var” gibi bir karşılaştırma çok isabetli olmaz. Kamu hizmetinin de başka ilkeleri vardır. Bunun ilkesel bir bütünlük taşıyan ve esasla ilgili bütünlüğü taşıyan kısmına bakılması gerekir.

Esasa ilişkin problemleri diğerlerinden ayırmak günümüz hukuk düşüncesinin en zor noktalarından birisidir. Çünkü eskiden hukuk malzemeleri çok fazla değildi; şimdi ise çok fazladır. Malzeme çok olduğunda zihni bulandırmamak için mutlaka netleştirilmesi gerekmektedir. Yani bir esas var, o esasa ilişkin düzenlemelerle ortaya çıkan genişlemeler var, bu genişlemeleri değil; bu esasa ilişkin mantığı anlamak gerekir ki genişlemelerin nedeni de çözülebilir. Yoksa uyumsuzlukları somut biçimde düzenlemeye gidilirse bunun altından çıkılamaz. Esasa dokunmaya ilişkin hususlar önemlidir. Esasa dokunmak için de kamu düzeni kavramından ve ölçülülüğten bahsedildi. Uygulamada birçok ülkenin düzenlemesinde buna aykırılıklar vardır. Bu aykırılıklar ya zaman içerisinde teoriyi değiştirir ya da kendisi değişir.

Kolluk Yetkisi Kamu Düzenini Korumak Amacından Başka Amaçlar İçin Kullanılmaz

İdareye verilmiş kolluk yetkisi zor kullanmayı içeren bir yetkidir. Bu yüzden idare bunu kendi mali menfaati için kullanamaz. İdare bu yetkiyi kamu hizmetlerini görmek için kullanamaz. Önemli bir ilkedir. Bu yetki tanındığı alan dışında kullanılmaz. Mesela kamu hizmeti olarak gördüğü toplu taşıma hizmeti var ve bu otobüsler zarar ediyor. O halde idare otobüslere çok binen olsun diye bütün halk otobüslerini ve taksileri yasaklasa, özel otomobille gitmeyi yasaklasa veya kamu hizmeti olarak İzmir körfezi geçişi yapıldı, herkes köprüden geçmek zorunda kalsın

köprü böylelikle masrafını çıkarsın diye körfezin etrafını dolanmayı yasaklasa bunlar hukuka uygun olmaz. Çünkü bu, kamu hizmetinin daha iyi işlemesi için kamu hizmetinin şartlarını aşan kolluk yetkilerini kullanmak olur. Buna yetki ve usul saptırması denir. Bu önemli bir ilkedir. İdarenin sahip olduğu bir yetkiyi sahip olduğu alan dışında kullanması teorik olarak - herhangi bir kanuna bağlı olarak değil- hukuka aykırılık oluşturur.

Dolayısıyla kolluk yetkileri kolluk alanı dışında kullanılamaz. Mesela kamu mallarını korumak için kullanılamaz. Çünkü özel malları korumak için kullandığı yetki dışında kamu mallarını korumak için bir kolluk yetkisi tanındığı takdirde -kamu mallarını korumakta da bir yarar vardır- ama kolluk yetkisi saptırılmış olur. Bunun istisnaları vardır. Mesela Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun yeni halinde bu yetkinin kullanılmasına ilişkin çeşitli hükümler vardır. Mantığı şöyle: idarenin kamu mallarını korumak gerekir, kamu hizmetinin görülmesi gerekir, idarenin personelinin ve faaliyetlerinin korunması gerekir. Ama bu, kolluk yetkisinin kamu düzenini korumak için verilmiş yetkileri ile olmaz. Çünkü kolluk yetkisinin meşruluk şartı kamu düzenini korumaktır. O nedenle mesela emniyet şeridinden ambulansın, itfaiyenin, göreve giden polisin geçişi meşrudur; ama her kamu görevlisinin her makam aracının buradan geçmesine ilişkin bir düzenleme kolluğun bu üstün yetkisinin kullanılması amacını zedeler. Bu ilke sürekli mevzuatın ve yapılanların tekrar tekrar gözden geçirilmesini gerektiren bir ilkedir. Buradaki temel bakış açısı kolluğa tanınmış yetkinin kolluk dışında kullanılamayacağıdır. İdare aynı idare de olsa, sonuçta kamu yararı da olsa bu şekilde olmaz. Çünkü kolluk kamu yararını sağlamak için değil; kamu düzenini sağlamak için vardır. Kamu yararını sağlamak için var olan kamu hizmetidir. O da kamu bu da kamu denilmez. O zaman işin dengesi bozulur, şaşar, hukuki rejim birbirine karışır ve meşrulaştırma araçlarının anlamı yiter. Birçok şeyde kamu yararı vardır, idare o kamu yararını sağlamak için gerekirse kamu hizmeti kurar, gerekirse özel kişileri teşvik eder; ama kamu düzenini korumak için tanınmış olan yetkileri kullanamaz.

Kolluk Yetkileri Gelir Sağlamak İçin Kullanılamaz

Bir başka husus da kolluk yetkilerinin gelir sağlamak için kullanılamayacağıdır. Buna ilişkin çokça problem oluyor. Mesela insanların çokça ihlal yaptığı yerlerde trafik polisleri ceza kesmek üzere beklediklerini düşünün. Mesela Piyalepaşa Bulvarından aşağı doğru gidiş dümdüz 3 şeritli bir yoldur. Burada 50 km/h hızla gitme mecburiyeti var; ama değil gaza basmak, frene basmadıkça 50 km/h hızla gidilemiyor. Ya engel konulması gerekir, ya yolun kıvrımlı yapılması gerekir ya da insanların can ve mal emniyetini etkilemeyecekse sürati değiştirmek gerekir. Orada bekleyip de ihlal çokça olduğu için para cezası kesilirse bu durum gelir sağlamak için kolluk yetkisinin kullanıldığı suçlaması ile karşı karşıya kalır. Niçin böyle olur? Çünkü bütçelerde, yıl içinde toplanacak tahmini trafik para cezasına ilişkin bir kalem vardır. Bu kalem beklenenden daha düşük seyretmişse idare sene sonuna kadar o rakama

ulaşmak için bazen sene sonuna doğru trafik para cezası kesmeye çıkar. Normalde trafik para cezasını ihlal olduğu her durumda kesmek, aynı denetimi her zaman yapmak gerekir.

Ama bu aşama eğer kasti olarak sadece trafik para cezası geliri sağlamaya yönelik bir yaklaşım olursa, bununla hukuki mücadelede kullanılacak gerekçelerden bir tanesi de bunun esasında kamu düzenini sağlamaya, kamu düzenini bozucu bir fiile yaptırım uygulamaya yönelik değil; para ve gelir sağlamaya yönelik bir tutum olduğu itham edilebilir. Bu da kolluğun ana ilkelerine aykırı olan bir uygulama olarak karşımıza çıkar. Daha az masraf yapmak için de kolluk yetkisi kullanılamaz. Bunlar hep, birinci söylenilenin zincirleme etkileridir.

Eskiden şöyle oluyordu posta pulu parası kalmadığı için polis marifeti ile tebligat yapıyordu. Mülki amirler emrediyor ve kolluk görevlisi postacı gibi çalışıyordu. Bu esasında hukuka aykırı bir durumdur. “Şu anda fazla eleman var, herhangi bir görev için gereklilik yok, aynı zamanda posta pulu masrafı da azalsın, tebligatı kolluk personeli yapsın” denilemez. Kolluk hiç bir zaman daha az masraf için kullanılacak bir yetki değildir. Hukuk düşüncesi bunu şöyle işlemiştir: bu mademki üstün, kendine özgü yetkiler içeren bir alandır, bu alanı aynı idare başka amaçlar için kullanamaz. Dolayısıyla işin hukuki zeminini işleyerek yetkinin sahibinin yetkiyi kullanabileceği alanları netleştirerek, bunu ilkeselleştirerek yapılacak düzenlemelerdeki hukuka aykırılığın da hukuka aykırılık sebebi ile sorgulanabilmesine, değiştirilebilmesine müsait bir zemin oluşturuluyor. O yüzden bu üst dilin önemi var. Üst dil sadece mevzuatın akışına bağlı olmuyor. Mevzuatın akışında dönemsel olarak aykırılıklar olduğunu tespit etmek ve bunun değişiklik taleplerini iletebilmek bakımından da bu üst dilin önemi ve anlamı vardır.

Kolluğa ilişkin Kanun veya bütün maddeler bilinse kanunda buna ilişkin hüküm var denilse bir teknisyenlik yapmış olunur. Kanunda buna ilişkin hüküm olup; bu hüküm kolluğun ana fikrine aykırı olabilir. “Gelir sağlamak için kolluk yetkileri kullanılamaz; dolayısıyla kanunun bu maddesi kolluk faaliyetinin hukuki rejiminin genel ilkelerine aykırıdır, değişmesi gerekir.” diyebilecek bir üst dil bilgisine sahip olmak gerekir.

Kolluk Yetkilerinin Yer Bakımından Gösterdiği Özellikler

Kolluk faaliyeti sırasında her yerde aynı yetkinin kullanılamayacağı da teorik olarak kabul edilir. Ölçülülük de buna göre değişir. Kanunda birkaç ayırım var; “umumi yerler, umuma açık yerler, iş yerleri ve meskenler” gibi kavramlar var. Umumi yer ile umuma açık yerler arasında bir nüans vardır: Umumi yerler yol meydan gibi herkesin ortaklaşa kullandığı orta mallardır. Umuma açık yerler ise bir işyeri olsa bile herkese açık yerlerdir. Örneğin kahve, lokanta gibi mekânlar bu niteliktedir. Bunlar dışında kalan işyerleri ve meskenler de insanların mahremiyetinin, özelinin olduğu, ancak davetlilerin ve ev halkının girebileceği mekânlardır. Bunlara göre kolluk yetkileri genişten daralmaya doğru gitmektedir. Umumi yerlerde daha geniş,

umuma açık yerlerde geniş sonra yavaş yavaş daralır. Meskenlerde artık arama izni olmadan girememeye kadar şarta bağlanır. Kolluk diğerlerinde genel denetim kapsamında denetimler yaparken; meskenlere ceza hukuku bakımından öngörülen hususlar olmadan girememektedir. Ayrıca kararı bizzat kolluğun kendisi de veremez, kolluk üstlerine, makamlarına arz edilecek bir prosedürle düzenlenmiş ve kısıtlanmıştır, ona ilişkin olarak yapabilecekler belirlenmiştir. Demek ki kolluğun değişkenliğini mekânsal olarak da düşünmek gerekir. Her mekânda aynı yetkilere sahip değildir. Bu zaten işin zorluğunu da getiriyor.

Yetkilerden bahsederken birçok yetkiden bahsedilir. Yapılabileceklerde olay bazında da birçok olaydan bahsedilir. İkisi arasındaki bağlantıyı olaylar belirler, zaman belirler, mekân belirler, yani birçok değişken belirler. Bu değişkenler de ölçülülük ilkesi çerçevesinde sorgulanarak ölçülülüğü aşan bir husus var mı yok mu ona bakılır. Hatta sadece ölçülülük var mı diye değil; ölçülülük nedeni ile daha düşük kalan bir şey var mı diye bakılır. Ölçülülük gereği yapılması gerekenden daha hafif bir şey yapılmışsa zarar görenin tazminat hakkı doğar. Ölçülülüğü aşan bir şey yapılarak faile zarar verilmişse onun tazminat hakkı doğar. Dolayısıyla ölçülülük öyle bir ilke ki ne aşağısı ne yukarısı idare bakımından isabetli olmaz. Bu neye göre belirlenir? Belirlenenlerden gidiyoruz; bir tanesi mekândır, diğeri yetkinin kullanılma şartları ve amaçtır.

OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİ

Yukarıda anlatılanları tamamlayacak bir başka hususu gündeme getireceğiz. Bu hususlardan bir tanesi olağanüstü hal ilan edilmesidir. Normal zamanlardaki kolluk yetkilerini genişleten haller olarak Anayasa çerçevesinde Anayasa koyucu, kolluk yetkilerinin genişlediği ortamları bizzat düzenlemiştir. Yani belirli olaylar gerçekleştiğinde -terör olayı veya tabii afet gibi- ilk kademedeki olağanüstü hal ilan edilir. Olağanüstü şartların haklı kılması halinde başka bir yönetim modeline geçilir. Bu yönetim modeline geçildiği zaman ilanını gerektiren sebeplerle baş edecek yetkililerin yetkileri artar, genişler. Yani Anayasada verilen yetki genişler. Bunun dışında başka statüler var. Sıkıyönetim hali ilan edilmişse o zaman da bazı yetkiler askeri makamlara geçer. Bir de seferberlik hali, savaş hali var. Orada da yetkiler ayrıca genişler. Bu dönemde kişilere getirilebilecek yasaklamalar, kolluğun sahip olduğu yetkiler belirlenmiştir. Bu yetkiler yeterince bilinmediği, hukuk fakültelerinde okutulmadığı, insanlar da açıp bakmadığı için çeşitli aksaklıklar meydana geliyor.

Örneğin deprem dolayısıyla, ilan edilmekte gecikildiği ve bunun getirdiği yetkiler bilinmediği için deprem kurtarma çalışmaları gecikti. Belirli bir saatten sonra enkaz altında kalanların kurtarılma ümidi azalıyor, susuzluk üç günden daha uzun sürdüğünde artık vücut tahrip oluyor. Böyle bir durumda kanunda, bütün özel kişilerin mülkiyetinde olan, enkaz kaldırmaya yarayan teknik araçlar, vinçler, kepçeler ve operatörlere idarenin el koyma yetkisine sahip olduğu bilinse idi sonuç çok farklı olabilirdi. Mesela bu normalde olabilecek bir şey değildir. İdarenin ihtiyacı varsa ihaleye çıkacak, ihaleden satın alacak, iş sözleşmesi imzalayacak, memur olarak işe

koyacak vs. Ama halin gerektirmesi dolayısıyla kanun verdiği böyle bir yetki var. En son Kıbrıs barış harekâtı sırasında bu yetki kullanılmıştır. Kıbrıs'a askeri götürecek çıkartma gemisi olmadığı için özel gemilerden bazılarına el konulmuştur. El konulduğunu da gösteren belge verilir. Sonuçta gemi zarar görürse tazminatı ödenir, sonra normal zamana gelindiğinde iade edilebiliyorsa kullanma bedeli ile birlikte gemi iade edilir. İade edemiyorsa tazmin edilir. Kanunda bu yetki verilmiştir ve şartları da belirlenmiştir. Eğer ekonomik olağanüstü hal olmuşsa başka türlü yetkiler de mevcuttur. Yunanistan'da bu gündeme geldi. Mesela "bankalardan 600 dolardan fazla para çekilemez " diye şart konuldu. Para çekmenin yasaklanması yetkisi bile var.

Terör nedeni ile ortaya çıkmışsa çeşitli rejimlerde sokağa çıkma yasakları ile ilgili hükümler var. Anayasa bunu da öngörüyor. Anayasa bu bakımdan önemli; hem bir yandan şartların gerektirdiği ağırlaşmayı düzenlenmiştir, hem de şartlar ağırlaştığında bile idarenin yapamayacaklarını düzenlenmiştir. Anayasa'nın 15. maddesi buna ilişkindir:

“IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması

Madde 15 – Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, (en ağırdan hafife doğru sayılmıştır) milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde (ölçülük ilkesi) temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

Yani Anayasa bu haller bakımından kendi içerisinde aykırılığa cevaz verir. Hemen sonrasında bunun sınırını da belirlemek gerekir. Yani genişletmeye cevaz verir ve maddenin devamında da sınırını da belirtmiştir:

“Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Bunlar hiç bir halde dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler diye belirtilmiştir. Mantığı düşünülürse temel hak ve özgürlükler belirlenmiştir, bunların sınırlandırılma biçimi düzenlenmiştir, sonra da bunlara karşı idarenin yetkilerinin artması durumu düzenlenmiştir. Son olarak yetkilerin artma durumunda dahi yapılamayacaklar yani sert çekirdeği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasal bakımdan temel hak ve özgürlüklerde karşı karşıya kaldığımız rejim Anayasa bakımından belirlenmiştir. Suç ve cezaların geriye yürütülmezliği 1960'ta çok gündeme gelmişti. Menderes'in Celal Bayar'ın asılabilmesi için sonradan yapılan kanunun geriye yürütülmesine cevaz veren bizim hocalar olmuştur. Bu maddelere bakılırsa bunların hepsi bazen bir tarihi geçmişten bazen de insanlığın ortak tarihi geçmişinden esinlenerek belirlenir. Bu niçin belirlenir, olağanüstü hallerde bile geriye dönük olarak insanlar suçlanmasın, suçlu sayılamasın, düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanmasın diye.

Bu bakımdan bu maddeler bir tarihi geçmiş yükü içerir. Bunları okurken geçmiş yükü ile birlikte okumak enteresan olur. Yani bu madde nasıl bu hale gelmiş, hangi tarihi olaylardan geçmiş? Bu olaylardan geçince yeteri derecede soyutlanarak formüle edilmiş mi; yoksa sadece tarihi olaya yönelik bir nokta atışı mı yapmış? Bunu belirlemeye ilişkin okuma yöntemini bilmeye ihtiyaç vardır. Tarihi olaylardan yola çıkan kısmına bakmak gerekir.

Yetkinin kullanılmasına ilişkin hususlardan bahsederken bazı örnekler verelim.

Olağanüstü Hal

119. maddeden itibaren Anayasada bir düzenlemesi ve bir mantığı var. Bu mantık netleştirildiğinde yerine oturtulabilir. Netleştirilip şematize edilemediğinde ise bu konuları anlamakta güçlük oluşur.

Anayasada ilgili kısım *Olağanüstü Yönetim Usulleri* başlığını taşıyor. Olağanüstü yönetim hali dört tanedir. Olağanüstü hal ise bunlardan yalnızca biridir. Olağanüstü kelimesi dolayısıyla ikisini birbirine karıştırmamaya dikkat etmek gerekir. Olağanüstü halin de iki ayrı ilan edilebilme gerekçesi vardır. Bunlar Anayasa’da, ayrıntıları ise kanunlarında belirtilmiş durumdadır. Dikkat edilmesi gereken şöyle bir husus söz konusu; olağanüstü hal başka bir şey; olağanüstü şart başka bir şeydir.

Mesela; bir taşınır mala gerektiğinde el koymak şeklinde açıklanabilen istimal yetkisi vardır. Bu olağanüstü hal ilanı gerekmeden de olağanüstü şartlarda mümkündür. Mesela Orman Kanunu’nda bir hüküm var. Ormanda yangın çıktığında orman civarında oturan 18 yaş ile 60 yaşa arası herkes söndürmeye yarayan araç gereçle birlikte söndürme çalışmasına katılmak zorundadır. Davete rağmen gelmezse para cezası verilir. Bir olağanüstü hal ilan edilmiş değil; ama orman yangını bir olağanüstü şart olduğu için kanun bu olay vaki olduğunda kişileri bir işe sevk etme, zorlama yetkisi getirmiştir. Olağanüstü şart, olağanüstü hal ilanı değildir. Olağanüstü şartta da genişleyen yetkiler vardır.

Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesi Hakkındaki Kanun ile kalktı ama öncesinde Orman Kanununun 70. maddesinde ilginç bir hüküm vardı. Şöyle deniliyordu: Orman yangınına söndürmeye katılanlara para verilmez; karşılık olarak sigara verilir deniliyordu. Ekmek verilir, kıyafet verilir değil de sigara verilir diyordu. Demek ki kanunun yapıldığı dönem de sigara kıymetli bir şeydi. Yeni, tütün mamullerine ilişkin kanunla bu madde kalktı.

Sonuçta toparlanacak olursa: Kavramları karıştırmaya müsait bir düzenleme var. Aynı kelime geçiyor. Olağanüstü şart başka bir şey, olağanüstü yönetim usulleri başka bir şeydir. Olağanüstü hal ilanı başka bir şeydir. Üçünde de “olağanüstü” kelimesi var.

Olağanüstü şart, orman yangını meselesinde olduğu gibi Bakanlar Kurulu'nun toplanıp olağanüstü hal ilan etmesine gerek kalmadan, hemen yetkili merciinin yetkilerinin genişlediği bir alandır. Orman yangınında, Orman Genel Müdürlüğü veya Orman Bakanlığı derhal orman yangınına söndürmeye katılma duyurusunda

bulunuyor; civardaki köylerden ve şehirlerden insanlar davet ediliyor. Sonra katılmamışlarsa yaptırım uygulanıyor. Kamu düzenini sağlamaya yönelik bir faaliyet, idareye bu yetki kanunla verilmiş, kişinin temel hak ve özgürlüğüne dokunmuyor. Kişinin haklı mazereti varsa, hastaysa, buna ilişkin çeşitli engelleri varsa savunmasını yapıyor ve yaptırıma maruz kalmıyor. Ancak bunun dışında katılmak zorunludur.

Bu aşamadan daha fazlası, yani olağanüstü şartların devamlılık göstermesi ve normal yetkilerle bununla baş edilememesi halinde devreye giren olağanüstü haller var. Bu da ikiye ayrılıyor: İlki Anayasanın 120. maddesinde düzenlenen; şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilanı. "Ve" demesinin sebebi şu; bazen kamu düzeninin bozulması şiddet olayları dolayısıyla değil, -mesela Amerika'da görüldü, garip bir şey oluyor insanlar bir anda mağazaları yağmalamaya başlıyorlar- başka nedenlerle gündeme gelebilir. Baktığınızda insana yönelik bir şiddet hareketi değil ama kamu düzenini yaygın olarak, ciddi şekilde bozan bir şey var. Dolayısıyla "ve" diyerek bunu da gündeme getirmiştir.

İkincisi ise, 119. maddede düzenlenen, tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanı hususudur. Burada da aslında iki durum var; tabii afet ve ağır ekonomik bunalım birbirinden farklı sebepler. Her biri için de kanunda yetkileri genişleten haller getirilmiştir. Mesela Olağanüstü Hal Kanunu'nun "Yükümlülükler" başlıklı 5. maddesinde "*Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebepleriyle olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda; felakete uğrayanların kurtarılması, meydana gelen hasar ve zararın telafisi için ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan para ve her türlü taşınır ve taşınmaz mallar ve yapılması gereken işler; para, mal ve çalışma yükümlülüğü yoluyla sağlanır*" deniliyor. Devamında ise para yükümlülüğü, mal yükümlülüğü nasıl sağlanır onlar sayılıyor. Kanun'un Çalışma yükümlülüğü başlıklı 8. maddesinde "*Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebepleriyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde bulunan 18 - 60 yaşları arasındaki bütün vatandaşlar, olağanüstü hal sebebiyle kendilerine verilecek işleri yapmakla yükümlüdürler*" diyor. Dolayısıyla buna ilişkin alınacak tedbirler var.

Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 15. maddesinde oldukça ilginç bir şekilde evlerde asker barındırılmasına ilişkin bir hüküm var. Bu da kolluğa yönelik çok sağlıklı bir düşüncedir. Kolluk, olağanüstü durumları da benim düşünmem lazım şeklinde düşünüyor. Yani hukuk sadece normal durumlarda uygulanacak diye düşünüp bırakılsa, o zaman temel hak ve özgürlükler bakımından sınırsız bir yetki ortaya çıkar. Olağanüstü hali öngörüp düzenlemekle esasında yetki düzenlemesinin kırılmasına engel olunuyor. Bunun durumun gerektirdiği kadar genişlemesini bizzat kendi öngörerek, kanunlarda düzenleyerek bu genişlemenin halin icaplarına göre, hukuk dışına çıkmadan yapılabilmesinin şartlarını düzenliyor. Buna ilişkin tedbirler alıyor, sınırlar gösteriyor.

Düzenlemek esasında hukukun sağlıklı bir mantığını gösterir. En kargaşalı ve kötü halleri, yetkilerin en fazla artabileceği halleri dahi hukuk öngörecektir, buna yönelik düzenlemeler yapacak ki bu düzenlemeler halin icaplarıyla birlikte yetkilerin de beraber genişlemesini getirecek; hukuk dışına çıkılmasına engel olacak. Yani genişleterek esasında kendi sınırlarının kırılmasına engel oluyor.

Geldiğimiz noktayı toparlarsak; kolluğun amaç bakımından sınırlarına değindik. Yer bakımından sınırlarına değindik. Ülkenin şartları bakımından farklı statülerine değindik.

Bir **Anayasa Mahkemesi kararı** üzerinde duralım³⁶. Karayolları Trafik Kanunu'nda alkol veya uyuşturucu etkisi altında araç kullanılıp kullanılmadığını anlamak için çeşitli denetim imkânları var. Aletli denetim imkânları mevcuttur. Bir kimse buna razı olmazsa yaptırım öngörülmüştür. O da şöyle; kişi alkollü araç kullanıyorsa altı ay ehliyetine el konuluyor, alkollü araç kullanılıp kullanılmadığını anlamak için alete üfleme istenmesine rağmen üflemiyorsa, teknik araçların kullanılmasını kabul etmiyorsa iki yıl ehliyetine el konuluyor. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi ölçülülüğe uygunluk-aykırılık açısından değerlendirmiştir.

Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan diyor ki; alkollü kullandığı anlaşıldığında ehliyetine altı ay el konulabilecek bir kimseye, sırf buna razı olmadığı için ehliyetine iki yıl süreyle el koymak ölçülülük bakımından hukuka aykırıdır. Adeta, cihazın kullanımını kabul etmeyen de, hakkaniyet gereği, ölçülülük gereği en fazla altı ay süreyle ehliyetine el konulması gerekirdi diyor.

Bir kişi sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınması işlemine karşı (...) İdare Mahkemesi'ne dava açmış, Mahkeme de bu kuralın Anayasaya aykırı olduğunu düşünmüş. Yani kişi teknik cihaza üflemediğini kabul ediyor, ancak bu yaptırımı gerektiren düzenlemenin Anayasaya aykırılığını ileri sürüyor. Kişi Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmasa kanunda iki yıl süreyle geri alınmaya ilişkin hüküm var, dolayısıyla hüküm var olduğu müddetçe ehliyetinin iki yıl süreyle geri alınması iptal edilemez.

Anayasa Mahkemesi bu sorunu değerlendirmiş; *"Dava dosyasının incelenmesinden, 16.04.2014 günü saat 18:45 sıralarında Tokat Merkez Orhangazi Caddesi Demirköprü kavşağında asayiş ekibi tarafından tehlikeli araç kullandığından bahisle durdurulan 60 HG 169 plakalı otomobil sürücüsü olan davacının alkollü olduğu şüphesiyle olay yerine çağrılan trafik ekibine teslim edildiği, trafik ekibinin davacıya alkol kontrolü yapmak istediği, ancak davacının alkolmetre cihazı ile kontrol yapılmasını reddettiği, bunun üzerine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9 maddesini ihlalden davacı hakkında sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geçici olarak geri alınmasına ilişkin işlemin tesis edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır."*

Sonra hangi hükümlerle ilişki olduğunu göstermek adına Anayasa'nın 2. maddesinden başlamış ve hemen ölçülülük ilkesine gelmeden, öncelikle etrafındaki kavramları kullanarak devam etmiş:

"Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvuru önlem ve

³⁶ AYM, E. 2014/178, K. 2014/178, T. 24.11.2014, RG: 04.03.2015/29285.

ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.”

Yani ölçülülük ilkesini sadece bağımsız bir ilke olarak değil, Anayasa'nın 2. maddesinden yola çıkarak belirliyor. Ölçülülük bağımsız bir ilke olmasaydı bile hukuk devleti gereği bu ilke gündeme gelmeliydi demek istiyor³⁷.

Kolluk Faaliyeti - Genel Özet

Hukuk düşüncesi kategorilere ayrılıyor. Kant'tan beri bütün Batı Hukuk düşüncesi bir bütününü alıp kategorilere ayırmak şeklinde seyrediyor. Kategorilere ayırıp, onun içinde ayrıca düzenleyerek böylelikle birbiri ile tutarlı, bağlantılı, kategorileşmiş hukuki rejimler oluşturmaya çalışıyor. Bu hukuki rejimlere değinmek için bir ayırım yaptık. Ayırımı tekrar hatırlatalım. Önce **idari kolluk - adli kolluk** diye ayırdık. Sonra; idari kolluğu kendi içinde genel ve özel şeklinde ayırdık. Bu ayırım, kolluğun hukuki rejimini belirlemek ve hukuki rejimini aramak için önemli bir ayırım. Kollukla ilgili hukuki rejim arayışındaki temel yol haritasının bu olduğunu söyledik. Çünkü karar verici makamlar, hukuki rejim değişiyor ve buna ilişkin düzenleme arayışı bu ayırımdan yola çıkarak ortaya çıkıyor.

Adli kolluk da temel bir ayırımdır. Adli kolluk; suç işlenmesinden sonra cezalandırmak için değil; mahkemelere, adli teşkilata yardımcı olmak için faaliyet gösteren kolluktur. Yani; faili yakalamak, suçla ilgili delilleri toplamak ve savcının gözetim ve denetimi altında yargılama safhasına kadar gidebilecek süreçte katkıda bulunmak. Bunun; kamu düzenini korumakla ilgili boyuta öncüllüğü yok. Kamu düzeni bozulduktan sonra, bu bozucu faaliyetlerin adli yargıda yargılanmasına ilişkin bir katkıda bulunuyor. O yüzden; burada farklı bir hukuki rejim ve farklı amirler var. Aynı kolluk personeli, trafik kazası meydana gelmesin diye trafik düzenlemesi yaparken idari kolluk yapıyor. Ölümlü bir trafik kazası meydana gelmiş ise de; gerekli belgeleri, delilleri toplayarak bunun yargılanması aşamasında yardımcı olacak adli kolluk görevini yapıyor. Dur-geç muamelesini yaparken, park cezası keserken, hız kontrolü yaparken idari kolluğu yapıyor; kaza olduktan sonra kaza yerinde hangi aracı kim kullanmış, fren izi ne kadar, kaza nasıl meydana gelmiş, sürücüler alkollü mü değil mi bunların tespiti aşamasında yaptığı faaliyet ise adli kolluk. Buradaki

³⁷ Söz konusu düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı yönünde karar verilmiştir. Gerekeşi şu şekildedir: “Başvuru kararında, alkollü araç kullanımı için öngörülen yaptırımlar ile kuralda öngörülen yaptırım karşılaştırılarak aralarında orantısızlık bulunduğu belirtilmişse de kuralda yaptırıma bağlanmış olan denetime uyulmaması eyleminin alkollü araç kullanımı eyleminden bağımsız ve farklı bir eylem olması, kuralın alkol denetimini kabul etmeyen sürücüler yanında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin denetimini kabul etmeyen sürücüler için de geçerli olan ortak bir hüküm niteliğinde olması ve uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücüler için de sürücü belgesinin beş yıl süreyle geri alınması yaptırımının öngörülmüş olması birlikte değerlendirildiğinde düzenlemenin kendi içinde tutarlı ve ölçülü olduğu da açıktır. »

faaliyetine göre; farklı hukuki rejimde sorumluluğu gündeme geliyor. Dolayısı ile idari kolluk adli kolluk ayrımının bir anlamı var.

Bazı ülkelerde, idari kollukla adli kolluğun personeli aynı olmasın diye personel ayrılıyor. Özellikle; Anglo Sakson ülkelerinde ayrımın ortaya çıktığı yönler var, Fransa'da da var. Yani; savcının emri altında faaliyet gösteren ayrı personel var - bunlar adli kolluk görevini yapıyor-, diğer faaliyeti yapan ayrı kolluk var. Bizim ülkemizde ise; aynı personel hem adli hem idari kolluk görevi yapıyor. Vergi denetim memurları; vergi kaçırılmasın diye faaliyet gösterirken idari kolluk yapıyor, büyük bir vergi kaçakçılığını tespit edip, buna ilişkin çeşitli suç duyurularında bulunmak ve sorumluları tespit etmekle ilgili zabıt tutarken de adli kolluk görevini yapıyor. İdari kolluk faaliyeti yerine getirirken personelin işlediği suç memurların yargılanması usulüne tâbi iken, diğerinde işlenin suçlar adli personelin yargılanmasındaki usule tâbidir. Dolayısıyla bir ayırım oluşturuyor. Buna değinmiştik.

İdari kolluğun kendi içerisindeki ayrımına da değinmiştik: **genel idari kolluk- özel idari kolluk**. Güvenlik, dirlik, esenlik, sağlık ve -kısmen- genel ahlaka ilişkin hususlar genel olarak kolluğun klasik unsurlarıdır. Bu klasik unsurlarla ilgili kullanılacak genel yetkiler var. Bunlara genel idari kolluk deniliyor. Genel kolluk denilmesinin amacı; çok klasik kamu düzeni girdilerine ilişkin olarak, kamu düzeni girdilerinin hepsi için tanınmış yetkilerin kullanılarak yerine getirilen bir faaliyet olması. Bu konular dışında veya bu konuların bazılarında özel yetkiler düzenleniyorsa, yetkililer değişiyorsa uygulanacak yaptırımlar farklılaşıyorsa buna özel idari kolluk deniliyor. Buradaki ayrımın amacı da şu; genel kolluğun konuları, yetkileri ve bunları kullanacak makamlar belli; ama her bir özel kolluğun yetkileri ve bunları kullanacak makamlar farklıdır. Dolayısıyla özel kolluk olduğunu tespit ettiğimizde mevzuatına gidip, burada kim düzenleme, emir verme ve işlem yapma yetkisine sahip ayrıca incelemek gerekiyor. Genel kollukta bakılacak kanunlar farklı, özel kollukta bakılacak kanunlar farklıdır. Adli kolluk-idari kolluk ayrımı birinci aşama, ikinci aşama da genel-özel kolluk. Dolayısı ile önümüze teşhisi gereken bir olay geldiğinde; önce kolluk faaliyeti mi değil mi bunu teşhis etmemiz gerekir. Olaydaki faaliyet kolluk faaliyeti ise bu ikili ayrımı yapmamız lazım -acaba nasıl bir kolluk faaliyeti, idari kolluk mu adli kolluk mu-, idari kolluk ise genel idari kolluk mu özel idari kolluk mu? Bu mevzuatı ve yapılan faaliyetin hukukilik denetiminin altyapısını belirleyecektir.

Ölçülülük ilkesine gelecek olursak, bu ilke idari kollukta ağırlıklı olarak var. Çünkü adli kolluktaki ölçülülük ilkesi zaten ceza kanununda düzenlenen hükümler çerçevesinde gündeme geliyor. Orada suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile tipiklik ilkesi gereği zaten kanunlarda belirtilmiş durumda. Adli kollukta kişinin ayrıca bir takdiri yok, adli kolluk personeli ayrıca bir ceza vermiyor. Orada zaten savcılığın emrinde hareket ediyor, savcılık davayı açıyor, mahkeme de kanuna göre ve suçun gerçekleşip gerçekleşmediğine göre bir karar veriyor. Ama ölçülülük ağırlıklı olarak idari kollukta gündeme geliyor. Çünkü idari kollukta bir sürü ihlal ihtimalinden birisi gerçekleştiğinde, o ihlal ihtimaline karşı yapılabilecek kamu düzenini koruyucu tedbirlerden hangisinin yapılacağına bakılması gerekir. Çünkü ihlal genel adına göre yaptırımı belirleyebilecek nitelikte değildir. Mesela; gösteri yapmayı ele alalım. Her

bir gösteri aynı tedbiri gerektirmez. Beyazıt'taki Ford Otosan İnklokulu öğrencileri bundan 6 sene önce "Öğretmenimizi isteriz" diye gösteri yaptılar. Oradaki gösteri ile yüzünde maskeleri olan, elinde kırmaya dökmeye yarayan aletler olan bir topluluğun yaptığı gösteri, aynı kolluk tedbirini gerektirmez. Çok açık olarak bellidir. Ama bildirimde bulunmadan gösteri yapmak, kamu düzenini bozucu gösteri yapmak diye ele alırsanız, ilkokul öğrencileri de bazen yolu kesiyor, bazen farklı türde de yol kesiliyor. Dolayısıyla bu gösteri yapmanın hangi tip kolluk tedbirini gerektireceği, her olayın özelliğine ve ölçülülük ilkesine göre tespit edilebilecek bir şeydir. Bu sebeplerle; gösteri yapmaya şu yaptırım uygulanır şeklinde bir şey belirlenemez. Bu belirlenemeyeceği için de; ölçülülük ilkesi devreye girer; alınabilecek tedbirler belli, ihlalin ağırlığı ve kamu düzenini bozucu etkisi halleri ayrıca tespit edilecektir. Bu tedbirlerden hangisinin olay bakımından uygun olduğunu, hangisinin ölçülü olduğunu tespit etmek gerekecektir.

Esas kritik nokta: **İdari kolluğun tedbir almasında hukukilik problemidir.** Çünkü temel hak ve özgürlüklerle idarenin birebir karşılaştığı bir faaliyet alanıdır. Bu faaliyet alanı dolayısıyla anayasal ilkeler ve kanuni düzenlemeler var olmasına rağmen bunlara ek olarak olayın şartlarını değerlendirme gereği de var. Dolayısıyla kolluğun incelmış bir hukuk düşüncesi ve tecrübeyi gerektiren kısmı bu noktada toplanmaktadır. Buradan yola çıkarak; kolluk ilkeleri bakımından da şöyle bir düzenleme var: Kollukta bir karar verme makamı olması lazım, bir de uygulama yapan makam olması gerekir. Uygulama yapabilecek her kolluk personeli, kendisi karar vermemelidir. Her kolluk personeli kendisi karar verirse, birisinin büyük bir kamu düzeni ihlali saydığı bir şeyi, bir başkası saymayabilir. Bu değerlendirmenin sübjektifliğini nasıl objektifleştireceğiz? Kolluk yaklaşımı, öncelikle bu alanların düzenleneceğini belirtiyor.

Düzenleyen **kolluk makamları**, bu alana ilişkin genel ilkeler koyar ve somut ihtimalleri sayar. Mesela; toplantı ve gösteri yürüyüşleri eskiden izne bağlı idi, şimdi izne değil; bildirimle bağlıdır. Dolayısıyla, bir gösteri yapılacaksa önceden bildirimde bulunulması gerekir. Genel olarak hayatı aksatmayacak, trafiği kesmeyecek şekilde olması gerekir. Kimi zaman başka düzenlemeler yapıyor. Mesela İstanbul için genel yasak mıdır değil midir diye tartışılan bir düzenleme yapıldı. Anadolu ve Avrupa yakasında özel gösteri alanları düzenlendi. Ancak buralarda gösteri yapılabilir, her yerde yapılamaz. Taksim de, yolların kesiştiği nokta olduğu ve trafiği ağır derecede ihlal ettiği için Taksim'de yapılamaz. Pazar yerlerinde yapılamaz vs şeklinde kendine göre bir düzenleme yapıyor. Bu düzenleme doğru veya yanlış olduğunun ayrıca mahkeme önünde sınanabileceği bir idari işlem oluyor. Dolayısıyla buna herkes karar veremiyor, olaya göre karar verilmiyor; önceden bir düzenleme yapılıyor, bu düzenlemenin hukuka uygun olup olmadığı mahkemeye götürmeye müsait halde ortaya çıkıyor ve buna göre artık birel işlem işlem yapacaklar karar verme bakımından adeta bir yol haritası almış oluyorlar. Ondan sonra; somut olay bakımından da burada şu tedbir alınsın bu tedbir alınsın diye ve o verdiği kararın sorumluluğu onda olmak üzere **kolluk üstü** denilen makamlar da bu birel işleme karar veriyorlar. **Kolluk personeli** de o kararı uyguluyor. O kararı aşan bir şey yapılmışsa, kolluk personelinin

sorumluluğu gündeme geliyor. O karar çerçevesinde yapılanda isabetsizlik varsa, o zaman da kolluk üstünün sorumluluğu gündeme geliyor. Orada artık o fiili yapanlar – kolluk personeli- suç niteliğinde olduğu zaman anayasal ilke gereği suç ise sorumluluktan kurtulamıyorlar ama suç niteliğinde olmayan hukuka aykırılıklardan emir veren –kolluk üstü- sorumlu oluyor.

Dolayısıyla bu kademelenme de; kolluk makamı, kolluk üstü, kolluk personeli ayrımı yine hukuk düşüncesinin işi objektifleştirmek, sorumlulukları belirlemek, sübjektiflikleri ortak karar noktasına bağlayarak hukuki denetim zeminini oluşturmak için getirilmiş bir düşünce biçimidir. Herkes genel düzenleme yapamaz; ancak kolluk makamları yapabilir. Herkes kolluk konusunda emir ve direktif veremez; ancak kolluk üstleri yapabilir. Herkes kolluk personeli yerine görev yapamaz -örneğin durumdan vazife çıkaran esnafların yaptığı gibi-; ancak kolluk personeli yapar. Böylelikle; alanın kanundaki düzenlemelerine bakmak üzere genel dili yakalanmış oluyor.

İdari kollukta kim kolluk makamı diye kanuna bakıyorsunuz. Örneğin; at yarışları konusunda kim kolluk makamı, kim kolluk üstü diye kanuna bakıyorsunuz. Kanunlarda tek tek şu yetkilidir, şu görevlidir, şu kararı ancak bu verebilir şeklinde tek tek anlatılsa, böyle bir sistemleştirme yapılmasa insanın malumat yoğunluğu arasında karıştırması mümkündür. Burada hukuk düşüncesi kanuna bakmak için, adeta bir alet veriyor. “Kolluk alanı nasıl düzenlenmiş”, “Kime düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiş”, “Kim kolluk makamı tayin edilmiş”, “Bu kolluk alanı nasıl düzenlenmiş”, “Kim birel işlemler yapma yetkisine sahip”, “Kolluk makamları kimlerdir”, “Bu alanda kim kolluk personeli olarak kullanılabilir” gibi hususları kanundan ayrıca araştırmak gerekiyor. Bu alanlarda kullanılan yetkiler de usuller de çeşitli biçimlerde karşımıza çıkıyor. Mesela; bu usuller, işlemler yapmak şeklinde ortaya çıkıyor. Önceden düzenleyici işlem yapmak, önceden emir vermek gibi işlemler var. Burada kolluğa özgü şöyle hususlar var: kamu düzenini bozacağı düşünülen bazı hususlarda izin almak mecburiyeti getiriliyor. Mesela; bir kahvehane ya da sinema açarken önceden izin almadan açamıyorsunuz. Çünkü; sinemalarda bir yangın ya da bir kargaşa çıktığında, seyircilerin hızlıca salonu boşaltabileceği acil çıkış kapıları olması lazım, büyüklüğünün ona göre olması gerekir. Hatta; acil çıkış kapısının tokmağı vs. olmaması ve geniş bir kapı açacak mekanizma kurmak lazım, insanlar orada sıkışsa bile vücudu değiştiğinde kapıyı kendinden açacak nitelikte olması gerekir. Bunların olup olmadığına bakarak ancak sinema çalıştırmaya başlanabilir. O zaman bu, izne bağlanıyor. İnsanların topluca bir arada bulunacağı yerlerde sağlık koşulları var mı, acil durumlarda hızlıca çıkış ve tahliye imkanları var mı değerlendirmek gerekiyor. Bu tip alanlarda sıkışmayı engelleyecek, hızlı akışı sağlayacak, tıkanmaları giderebilecek şeyler yapmak önemlidir. Sırf bu tedbiri almamak nedeni ile problemdir.

Mesela hastanede acil ameliyatta takılacak serum dolapta kilitli olduğu ve anahtarı nöbetçi hekimde olmadığı için ölümden asıl sorumlu başhekim oluyor. Çünkü; gece nöbetçi var, serum da var ama gereksiz kullanılmasın diye dolaba kilitlenmiş ve dolabın anahtarı da nöbetçide değildir. Acil durumda ne olacağı düşünülemediği için bu bir kolluk tedbiri eksikliğidir. Dolayısıyla kolluk tedbirleri bazen izne, önceden denetime bağlanıyor. İzin alınmadan o faaliyet başlayamıyor, izin

alınmadan sinema çalıştırılmıyor, kahvehane açılmıyor. Bazı durumlarda ise; temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olduğu için izne değil; bildirimle bağlanıyor. Mesela; gösteri bu şekildedir. Medyanın hukuk okuryazarlığı düşük olduğu için “İzinsiz gösteri yapan topluluğa polis müdahale etti” şeklinde haberler yapılmasına karşın izinsiz gösteri diye bir şey yok, çünkü gösteriler izne değil, bildirimle bağlıdır. Bu bildirim; sadece gösteriyi yasaklamak ya da yasaklamamak amacıyla değil; gösteri hakkını emniyete almak, başkalarının müdahalesine engel olmak, o sırada trafik akışını sağlamak gibi hususlar önemli görüldüğü için; -izin temel hak ve özgürlüğün özüne dokunabilir diye düşünülerek- bildirimle bağlanmıştır.

İzin önceden alınan ve o olmadan yapılamayacak bir şey, **bildirimde** ise idarenin bir cevabını beklemiyorsunuz. Dolayısıyla; gösteri yaparken idarenin iznini beklemek zorunda değilsiniz. İzin olursa mutlaka idareden bir cevap bekleyeceksiniz. Bildirimde ise, siz bildirerek yükümlülüğünüzü yerine getiriyorsunuz. Mesela; dernek kurmak da izne değil, bildirimle bağlıdır. Derneği kuruyorsunuz, bildiriyorsunuz; eğer dernek tüzüğünde eksiklikler ya da hukuka aykırılıklar varsa bu sefer valilik derneğinizin feshi için dava açıyor veya muamele yapıyor. İzin ve bildirim arasında önceden idareden olumlu bir görüş almak ya da idarenin bir tutumunu beklemeden yapmak gibi bir fark var. Dolayısıyla düzenleyici işlem yapmak, izne veya bildirimle bağlamak, tamamen serbest bırakmak gibi birçok kolluk yaklaşımı var. İhlal olduğunda da, bir faaliyet bazen suç oluşturur; bazen suç oluşturmamakla birlikte bir yaptırım gerektirir, yani bir kabahattir. Dolayısıyla; idari kolluk aynı zamanda bu yaptırım prosedürünü de başlatan faaliyettir. Ortada idari yaptırım gerektiren bir husus varsa, idari kolluk bunu tespit ediyor. Mesela; itfaiye kolluk görevini nasıl yapıyor? İtfaiye görevlileri; sinema ruhsatı talep edenlerin bulunduğu alanı ziyaret ediyor, yerinde keşif yapıyor ve yangın için gerekli tedbirleri alıp almadığına bakıyor. Yangın için gerekli tedbirler alınmamışsa izin verilmesin diye yazıyor. Ruhsat başvurusu yapanlar da gerekli tedbirleri olduğunu düşünüyor ise dava açıyorlar. Ancak; bu iş hallolmadan ve izin alınmadan faaliyete başlanamıyor. Bu yüzden; büyük sorumluluklar gerçekleşiyor. Mesela; Zeytinburnu’nda tehlikeli imalat yapan bir işyeri patladı ve birçok kişi vefat etti. Bütün belediye personeli yargılandı ve bazıları, izin alarak yapılabilecek bir faaliyetin gerekli izin alınmadan yapılmasına engel olunmadı diye mahkum oldu. Dolayısıyla bu alan çeşitli yetki kullanım biçimlerinin ortaya çıktığı bir alandır. Bu alanda; re’sen icra ve cebren icra diye iki terim bulunmaktadır.

Re’sen icra demek; görev gereği, kendiliğinden, karşı tarafın onayını beklemeden demektir. Kolluk tedbirlerinin birçoğunda bu husus var. Yani size bir yazı yazıp sizin rızanızı beklemeye gerek duymadan yerine getiriyor. Mesela; arabanızı park edilmesi yasak, öncelikli bir yola park etmiş iseniz, kolluk arabanızı çekin vs. demesine gerek olmaksızın arabanızı alıyor. Bu re’sen icradır, yani görevi gereğidir. Burada bir park var mı? Var. Bu park trafiğe engel oluyor mu? Oluyor. Bu durumda kolluğun artık aracın sahibini arayıp da, çekmesini rica etmesine vs. gerek yok, aracı alır ve götürür. Araç sahibi daha sonra yasak yere park etme müeyyidesini öder, çekici parası diye bir para öder, otopark parası diye bir para öder ve aracını alır. Yani; araç çekilirken herhangi bir yazışmaya dahi gerek kalmaz. 775 sayılı Gecekondu

Kanunu'nda -her ne kadar şimdi pek uygulanmasa da - gecekonduların yapılan yerleri, tebligata bile gerek kalmadan yıkma yetkisi veriliyor.

Cebren icranın ise; biraz daha farklı bir boyutu var. Cebir, kuvvet kullanmak anlamına geliyor, o da dirence rağmen yapmak anlamına geliyor. Cebren icranın bazen örneklerini görüyorsunuz. Mesela; vatandaşı bazen binanın yıkılmaması için dama çıkıyor, kiremit atıyor, üstüne benzin döküp kendisini yakmakla tehdit ederek direnç gösteriyor. İdare yüzlerce zabıta ve çevik kuvvetle giderek zorla tahliye ediyor, içindeki eşyaları boşaltıyor ve yıkıp geçiyor. Bu da cebren icra demektir. Bunlar kuvvetli yetkililerdir. O yüzden; bunların kullanılma şartlarının kanunda gösterilmesi gerekir. Cebren icra için bir direnmenin tespit edilmesi lazım. Hukuk düşüncesi dengeyi sağlamak için buna ilişkin sürekli tedbirler getiriyor. İdarenin böyle bir yetkisi var; ama bu yetkinin kötüye kullanılma ihtimali çok kuvvetli. Şöyle ihtimaller var. Mesela; 9 numaralı binanın yıkılmasına karar verilmiş. 6 numaralı binanın ise numarasının üst çivisi düşmüş 9 numara olarak gözüktüyor ve idare gidip onu yıkıyor. Dolayısıyla bu kadar kuvvetli bir yetkinin, yanlışlık ihtimali de dikkate alındığında çokça düzenlemeye tabi tutulması gerekir. Çünkü; bu bilerek ya da yanlışlıkla kötüye kullanılabilir. Dolayısıyla; ikisine karşı da tedbir almak kolluğun en önemli gündemidir. Bu tedbiri alırken de, her ülke kendi insanının yaklaşımına göre tedbir alıyor. Bu tedbirlerin çok değişik görünümleri var. Müthiş buluşlar ve buna karşı da idarenin müthiş tedbirleri var. Mesela, aynı jeton şeklinde buz kalıbı oluşturup jetonlu telefonu bedavaya buz kalıbı ile çalıştırma yöntemi geliştirenlerden tutun da, idarenin alacağı tedbirlere ilişkin olarak sahte belge düzenlemeye kadar varıyor. İdare bunlara karşı tedbirler alıyor. Bu kadar bürokrasi olur mu diyorsunuz ama çeşitli izinleri almak için yapılan sahteciliklerin fazlalığı yüzünden idare de bu sahtecilik tecrübesine göre kendisi yöntemler geliştiriyor. Ama; buradaki kritik nokta, sahteciliğe engel olunacak diye, normal usulün de ağırlaştırılmasının ortaya çıkardığı sakıncadır. Hep denge meselesi söz konusudur. Sadece hukukilikle ilgili kalmıyor, bir de dengeyi sağlayacak hassas bir terazi elde tutma meselesini gündeme getiriyor.

Adli kolluk-idari kolluk ayrımı üzerinde durduk. Bu ayrımı; kitaplarda da sıkıntı oluşturuyor; çünkü bu ayrımı herkes farklı şekilde yapıyor. Kısaca tekrar değinmek gerekirse: Adli kolluk; kamu düzenini sağlamak için değil; yargılamaya yardımcı olmak için, kamu düzeni bozulduktan sonra var. İdari kolluk; kamu düzeninin bozulmasından sonra da var. Esasında aralarında önemli bir fark var. Mesela; etrafa çok fazla tehlike saçması muhtemel bir topluluk var ve bu topluluk bağıyor, çağırıyor, kırıyor, döküyor, dükkanları yağmalıyor; fakat genel idari kolluk topluluğa müdahale etse ve topluluk dağıtılsa, daha büyük can ve mal kaybı tehlikesi olacağı için müdahale etmeyebilir. Çünkü; idari kolluğun amacı, kamu düzeninin bozulmasına engel olmak, bozulmuşsa da daha fazla bozulmasına engel olmak ve mümkün olan en kısa zamanda kamu düzenini sağlamaktır. Yani; idari kolluk, kamu düzeninin daha fazla bozulmaması için, bir suçun işlenmesine de müdahale etmeyebilir. Ama; o sırada, esas suçu işleyenlerin fotoğrafını çekmek, kimliğini belirlemek, daha sonra topluluk dağıldığında onları bulup mahkemeye sevk etmek gibi işlemleri yapmak üzere, adli kolluk görevini yapan bir kesimi olur. Dolayısıyla; adli

kolluk aslında suç işleyenleri yakalamaya yönelik bir yaklaşımdır, idari kolluk ise kamu düzeninin bozulmasına engel olmaya yöneliktir. Bu sebeple; bazen kamu düzenini bozanlara ve suç işleyenlere; müdahale edildiğinde daha fazla kamu düzeni bozulacak diye müdahale edilmeyebilir. Sadece mala bir zarar gelirken, müdahale edildiğinde cana da zarar gelebilecek diye o müdahale geciktirilebilir. Temel farkı bu şekilde ortaya koymak gerekir. Birisi yargılamaya yardımcı olmaya yönelik; diğeri ise kamu düzenini korumaya yöneliktir. Önce-sonra ayrımı ise doğru değildir. Çünkü; idari kolluk kamu düzeninin daha fazla bozulmaması ve geri gelmesi için, kamu düzeni bozulduktan sonra da var. Ama; adli kolluk her zaman suç işlendikten sonra ve suça yönelik mahkemenin yargılamasına yönelik tedbirleri almak için var. Bazı kitaplarda; “adli kolluk cezalandırıcıdır, idari kolluk önleyicidir” diyor. Fakat bu husus doğru değildir. Adli kolluk cezalandırıyor, cezalandıran makama yardımcı oluyor; fakat bunun tam tersine idari kolluk kamu düzenini korumak için bazen para cezası kesiyor, tedbir niteliğinde disiplin cezaları veriyor, çeşitli yaptırımlar uyguluyor. Dolayısıyla; burada cezalandırıcı olmak ya da olmamak değil, öncelik ve hedef önemlidir.

KOLLUK YETKİLERİNİN ÇATIŞMASI

İdare pek çok parçaya bölünmüş bir bütün, bu parçalara yetkiler dağıtılmış durumdadır. Bakanlıklara, belediyelere, kamu tüzel kişilerine yetkiler dağıtılmış durumdadır. İdare tek bir varlık değil; çok varlıktan oluşan bir bütünlük, çokluk içinde birlik halindedir. Teşkilatı incelediğimizde bunu göreceğiz. Bu çok parçaya ayrıldığı için, bazen yetkiler çatışıyor. Mesela; Turizm Bakanlığı, çeşitli işletmelere turizm belgesi veriyor, turizm için ruhsat veriyor; belediye de belediye sınırları içerisindeki iş yerlerine ruhsat veriyor. Turizm belgeli bir oteli, bir iş yerini, bir lokantayı belediye denetleyip kapatabilir mi? Belediye, lokantaları denetleyip sağlığa uygun değil ise kapatabilir; ama turizm işletme belgesi ile Turizm Bakanlığı’nın işlemi ile faaliyet gösteren bir yeri kapatabilir mi? Bu, ikisinin yetkilerinin çatışması problemidir.

Bir başka problem olarak büyükşehir ve ilçe belediyesi arasındaki bir problemden bahsedelim. Kadıköy sahilinde ilçe belediyesinin ruhsat verdiği çay ocakları vardı, fakat sonrasında Büyükşehir Belediyesi gelerek kıyılarda ancak büyükşehir belediyesinden ruhsat alınarak çay ocağı kurulabileceğini belirtti ve buradaki çay bahçelerini kaçak yapılmış çay bahçeleri kabul edip yıktı.

Başka bir ihtimal olarak; müdahale edilecek, yetki kullanılacak yer 2 ilçe sınırı arasında kalırsa ne olacak? Bu problemlili bir noktadır. Bir belediye diğer belediyenin yetkili olduğunu, diğer belediye ise birinin yetkili olduğunu söylüyor ve problem ortaya çıkıyor.

Bunun teknik ismi: **kollukların karşılaşması, çatışması, içiçe geçmesidir**. Bu husus kitaplarda fazla tartışılmıyor; ama idari hayatın bir gerçeği olarak karşımıza çok çıkıyor.

Buna ilişkin ihtimalleri değerlendirecek olursak, mesela; biraz önceki turizm örneğini ele alırsak nasıl bir değerlendirme yapılabilir? Turizm Bakanlığı mı, Belediye mi yetkili? Turizm Bakanlığı bir lokantaya baktı ve sağlığa aykırı diye ceza kesti,

Belediye de aynı lokantaya baktı ve aynı sebepten ikinci kez bir ceza kesti. Bir fiilden ötürü iki ceza birden kesilir mi? Sadece kim önce ceza keserse o ceza yeterli mi denir? Belediye kesemez, sadece Turizm Bakanlığı keser mi diyeceğiz? Genel yetki-özel yetki diye kanunlar ihtilafında kullanılan bir kavram var, burada da kullanılabilir; fakat Anayasa’da size anlatılmış biçimi zihin karıştırabilir. Belediye’ninki mi genel yetki, Turizm Bakanlığı’ninki mi genel yetki onu değerlendirmek lazım. Baktığımızda; Bakanlık merkezi idare, belediye ise yerel idare; fakat yetki bakımından genel ve özeli, kanun veya konum bakımından değil, yetkili bakımından ele almak lazım. Turizm işi özellik gerektiren bir durum olduğu ve turizm konusunda farklı standartlarla farklı kararlar verildiği için Turizm Bakanlığı’nın yetkisi özel yetki, belediyeninki genel yetkidir. Çünkü; belediye, belediye sınırları içerisindeki her türlü dükkanı sağlık koşulları açısından denetleyip, gerekirse yaptırım uygulamak şeklinde, dükkan cinsine bakmadan bütün iş yerlerini denetliyor. Turizm Bakanlığı, belediye sınırları içerisinde olsun veya olmasın, sadece turizmle ilgili denetim yapıyor, belge veriyor. Öyle ise; Turizm Bakanlığı’nın yetkisi, özel bir yetkidir. Genel yetki ile özel yetki karşılaştığında özel yetki genel yetkiyi bertaraf ediyor ve kendisi uygulanıyor.

Sağlığa aykırı gıda maddesi satma konusunda da bir karmaşa var. Tarım Bakanlığı, büyükşehir belediyesi ve ilçe belediyeleri, her biri kendilerinin yetkili olduğunu söylüyor. Burada ne olacak? Eğer; sağlığa aykırı bir madde satılması nedeni ile zehirlenme olmuşsa da her bir idare bir diğerinin yetkili olduğunu ve dolayısı ile de kendisinin sorumsuz olduğunu belirtiyor. Böyle bir problem var. Belli konular olduğu zaman her bir idare kendisinin yetkili olduğunu söylüyor ve fakat sorumluluk olduğu halde diğer idarenin yetkili olduğunu belirtiyor. Dolayısıyla sorumluluğu belirlemek için, esasında kimin yetkili olduğunu bulmak gerekir. Bu konuda, tıpkı kanunlarda olduğu gibi sonraki tarihli-önceki tarihli, genel yetki-özel yetki, burada daha incelmış bir şey var. Özel yetkinin de özeli olur mu? Genel yetki ve özel yetki birbiri ile yanyana bulunur mu?

Kolluk Yarışmasına İlişkin Yargı Kararları

1) Turistik belgeli yerlerin kapanma saatinin 04:00 olarak belirlenmesine, Valilik’in mi Turizm Bakanlığı’nın mı yetkili olduğuna dair Danıştay kararı söz konusudur³⁸. İdare mahkemesi; “(davacı) Turizm Bakanlığının tespiti yetkili olduğunu ileri sürmekte ise de, bu maddenin açılış ve kapanış saatlerini Bakanlığın tespit edeceği şeklinde bir hüküm içermediği, turizm işletme belgelerinde de çalışma sürelerinin belirtilmediği gerekçeleriyle davanın reddine” karar vermiştir. Davacı ise “turistik belgeli olan işyerlerinin dışındaki içki ruhsatına haiz işyerlerinin açılış ve kapanış saatlerini tespiti yetkili olduğu, 2634 sayılı yasanın 20. maddesinin yanlış yorumlandığı, yasa tabirinin çalışma saatleri olduğu, açılış ve kapanışında bu cümlelerin içinde bulunduğu gerekçeleriyle temyizden incelenerek bozulması”nı

³⁸ DANIŞTAY 10. DAİRE, E. 1992/2679, K. 1994/554, T. 10.2.1994.

istemektedir. Yani buradaki problem, içkili yerlerin kapanış saatidir. Belediye, genel saatlerin uygulanacağını söylüyor. Turizm Bakanlığı ise, genel saatler dışında ayrıca bir saat belirlenir mi belirlenmez mi problemini gündeme getiriyor. Burada Danıştay; kararın onanmasına karar veriyor. Yani; Danıştay burada Turizm Bakanlığı'nın tespitte yetkili olmadığını söylüyor. Genel olarak kolluk yetkisi belirlendiğinde bu daha da genişletilemez. Bütün iş yerleri için kapanış saati belirlenmiştir ve turizm belgeli iş yeri ise turistik olma özelliğinden kaynaklanan özel bir yetkiyi gerektirmez, içki satışına ilişkin genel düzenlemeyi genişletemez; ancak, daraltabilir.

Burada; genel yetki-özel yetkide şu dönüşüm yapıldı. Turistik tesisler için belediye değil; Turizm Bakanlığı yetkilidir. Ama; Turizm Bakanlığı'nın bu özel yetkisinin içinde içkili yerlerin kapanış saatini belirlemek hususunda özel bir düzenleme olmadığından dolayı bu hususta genel yetkiye tâbiyet sözkonusudur. Turizm Bakanlığı'na bu konuda görev ve yetki veren kanunda bu tip yerlerin açılış ve kapanış saatlerini de belirlemek diye bir ibareye yer verilerek özellik gerektiren kapsama alınsa idi, bu durumda özel yetki gündeme gelirdi ve genel yetkiden özel yetkiye devredilmiş bir alan oluşur ve özel yetkili bu konuyu belirleyebilirdi.

Genel yetki dediğimiz şey, bütün Türkiye sathında uygulanacak bir kanuni düzenlemedir. Bu kanuni düzenlemenin dışında kalabilmesi için, arada korunaklı bir özel yetki alanı olması gerekir. Bu özel yetki odacıları kendi hükümlerine uygulanır. Bu odacık dışına taşan her şey genel yetkinin içinde kalır. Turizmin bir odacık oluşturduğunu düşünürsek, Turizm Bakanlığı'nın görev alanına giren bir husus olursa özel yetki gereği, bu genel yetkinin içinde kendine özgü bir düzenlemesi olacak ve öncelikle bu uygulanacak; ama açılış-kapanış saatleri dışarıda kaldıkları için özel yetki kapsamında değildir. Çünkü; kararda açılış-kapanış saati turizm belgeli iş yerleri için Turizm Bakanlığı'na verilen özel yetki kapsamında kanunda sayılmış değildir. Dolayısıyla; turizm belgeli yerlerin her şeyine Turizm Bakanlığı karar vermeyecek; ancak belirtilen konularda karar verecek. Zaten; özel kolluk-genel kolluk dememizin amacı, genel kolluğun genel yetkileri ve genel düzenlemesi varken; özel kolluğun ise özel yetkilileri, özel yetkileri ve özel gündemi olmasıdır. Özelin, genel gibi muğlak belirtilmesi olmaz. Özelin net olarak belirtilmesi lazım. Yani turizmle ilgili her şey bir olmaz. Eğer şöyle olsa idi, "Turizm işletmeli yerlerin açılış-kapanış saatlerini belirlemek, içki satış saatlerini belirlemek Turizm Bakanlığı'nın yetki ve görevleri altındadır" deseydi, genel yetkiden kopardı. Ama; Danıştay, kanunu tartışıyor ve kanunda bu hususlar yok diyor, kanunda bu hususlar yok ise genel kısımda kalıyor. Özelin sınırları içerisine girmezse genelin kapsamının içine giriyor. Dolayısıyla bu odaya girmemiş durumda oluyor.

2) Kolluk kuvveti olarak jandarma gidip turistik tesislerde denetim yapabilir mi? Kararda jandarma turizm işletme belgesine sahip bir işletmeyi şartlara uyup uymadığı hususunda denetliyor³⁹. "... bölgesinde yer alan müstakil eğlence yerine ait turizm deneme işletme belgesinin 2634 sayılı Yasanın 34. maddesi uyarınca iptaline ilişkin 15.01.2001 günlü, 12 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare

³⁹ DANIŞTAY 6. DAİRE, E. 2001/6489, K. 2003/679, T. 27.1.2003.

Mahkemesince, turizm belge işyerlerine ait denetim yetkisinin ve yapılacak tespitlerin yalnızca Turizm Bakanlığına ait görevlilerce gerçekleştirileceği, her ne kadar jandarma tarafından yapılan bazı tespitler Turizm Bakanlığına intikal ettirilerek davacının turizm deneme işletme belgesi iptal edilmiş ise de Turizm Bakanlığı yetkililerince 2634 sayılı Yasanın 34. maddesi uyarınca inceleme yapılarak bu maddede belirtilen fiillerin işlendiği yolunda tespit yapılmadan tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, karar davalı idarece temyiz edilmiştir.” Bu çok ilginç bir karar, tartışılacak bir şeydir. Somutlaştırarak anlatalım: Bir otelde jandarma fuhuş yaptırıldığını tespit ediyor, zaptı düzenliyor ve Turizm Bakanlığı’na gönderiyor ve Turizm Bakanlığı da bunun üzerine otelin turizm işletme belgesini iptal ediyor. Jandarmanın tespiti üzerine yetkili merci Turizm Bakanlığı iptal etmiş ama bu tespiti de Turizm Bakanlığı yetkilileri yapmamış; ancak Turizm Bakanlığı yetkilileri bu tespiti yapsa idi buna bağlı olarak da otelin belgesinin iptali gündeme gelebilirdi. Buradaki özellik diğerinden farklıdır. Jandarmanın tespiti üzerine kapatılmış değil; jandarma turizm belgeli olduğunu görmüş, aykırılığı tespit etmiş ve Turizm Bakanlığı’na göndermiş, Turizm Bakanlığı da iptal etmiş; ama ilk derece mahkemesi tespiti de yetkili o ise Bakanlık’ın yapması gerektiğini söylüyor. Danıştay ise; *“Bu durumda, kolluk kuvvetleri olarak jandarmanın güvenlik açısından tesislerde yapacağı denetime dayanılarak Turizm Bakanlığınca 2634 sayılı Yasa uyarınca işlem tesisi yerinde olduğundan, idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.”* Yani buradaki yaklaşım tartışılan bir noktadır. Mesela; Belediye bozulmuş peynir satıldığını tespit ediyor, kapatılsın diye Tarım Bakanlığı’na gönderiyor ve problem ortaya çıkıyor. Tespiti Tarım Bakanlığı yetkililerinin yapmadığı gerekçesi ile problem ortaya çıkıyor. Bu da adalet duygusunu etkiliyor. Sonuçta; bozulmuş peynirin tespitini ister Tarım Bakanlığı, ister belediye yapsın bir şey farketmez. Burada deniliyor ki; tespiti kim yaparsa yapsın, yetkili merci bunu değerlendirmiş ve yeterli görmüşse, buna yönelik işlem tesis edebilir.

Bazı kararlarda da edemez diyor. Çünkü; o kararlarda bazı özellikler ortaya çıkıyor. Örneğin; EPDK personeli bir kolluk görevi yaparak kaçak akaryakıtta engel olmak için, akaryakıt şirketlerinin depolarından numune alıyor. Fakat; bu numunede her usulüne uygun ithal edilmiş akaryakıtta katılan bir madde(boya) olan “marker” olması gerekiyor. “Marker”ı olmayan akaryakıt var ise veya belli seyreklikte ise veya hiç marker yok ise akaryakıtın kaçak olduğu anlaşılıyor. Eskiden bu hususta bir sorun var idi: jandarma bu denetimi yaptığında bu “marker”ı düzgün alamıyormuş ve “marker” da hava ile temas ettiğinde hemen uçuyormuş; dolayısıyla bazen marker olan işletmelerden alınan numunelerde jandarma tüpün ağzını hemen kapatmadığı için sanki markersız, kaçak akaryakıt sözkonusu imiş gibi görülüyormuş. O zaman mahkeme, herkesin aldığı numunenin kabul edilemeyeceğini, bu numuneyi uzmanının alması, usulüne göre kapatıp, mühürlemesi ve oradaki görevliye de mührü imzalatması ve o görevli kaçınıyorsa buna ilişkin zabıt tutması gerektiğini belirtiyor ki numune gerçekten belirtilen zamanda o işletmeden usulüne göre alınan bir numune olsun. Bu uzmanlık gerektiren bir iş olduğundan bunu herhangi bir elemanın alması kabul edilmiyor. Çevrede de aynı şey oluyor. Deniz kirletildi diye çevre para cezası kesiliyor.

Kirletip kirletmemeye ilişkin uygun bir numune alması gerekir. Numune alırken filmini çekmesi lazım vs. Karar mantığını tekrar edersek; başka bir personel tespiti yapıyor, başka bir kolluk yetkilisi yaptırımını uyguluyor. Yani eğer tespitte bir aykırılık yok ise kolluk yetkilisinin personeli olmayan bir personelin tespitine dayanarak yetkili idare işlem yapabilir diyor.

3) Başka bir kararda, belde halkının sağlık ve selameti açısından tehlike arzettiği saptanan bir sürücü kursu belediye encümenince kapatılmıştır⁴⁰. Hâlbuki burada; belediye bunu kapatamaz, yetkili Bakanlık'a bildirir ve Bakanlık bu kursu kapatır. Bu karar da; bir önceki karar ile aynı doğrultudadır. Yani bunu özel makam yapacak. Dolayısıyla anlattığımız yöntemi olaya uygulayıp, mevzuatta kim yetkiliyse o yapmış mı yapmamış mı buna bakmak gerekir. Belediyenin tespit etmesi doğru; ama bu tespit üzerine işlem yapacak olan makam Bakanlıktır. Olayda; sürücü kursunda eğitim pistinin asfaltlanmadığı, yangın söndürme cihazının kontrolünün yapılmadığı tespit edilerek; bu nedenle kapatma kararı verilmiştir. Burada, Danıştayca; Bakanlık yetkili olmasına rağmen belediyenin de bu tip denetimleri halkın genel sağlığını korumak yetkisi çerçevesinde yapabileceğini, ama genel yetkisi çerçevesinde bunu kapatma yetkisi olmadığından, yetkiliye göndermesi gerektiği tespit ediliyor. Bu mantık da; herkes denetler, herkes bakar ama herkes kapatamaz, kim aksaklığı tespit ederse yetkiliye gönderir diyor.

Kolluk yetkisinin çatışmasındaki genel mantığı tekrar sistemli olarak ortaya koyalım. Çatışma ihtimali şunlar: **genel genelle yarışabilir, genel özelle yarışabilir, özel özelle yarışabilir, önceki tarihli sonraki tarihliyle yarışabilir. Önceki tarihli genel, sonraki tarihli özel olabilir; önceki tarihli özel sonraki tarihli genel olabilir.**

Genel genelle karşılaştığında; hangisi daha genel diye ilk etapta bakılır. Genel olan, daha genele göre özel olur. Somutlaştırmak gerekirse; kaymakamlığın bir ilçede eğlence yerlerinin kapatılmasına ilişkin, ilçenin sakin olma özelliği dolayısıyla daha erken bir saat belirlenmesi olabilir. Mesela; Perşembe'de, insanlar erken yatıp erken kalktığı için Kaymakamlık ilçe için bütün müzikli yerlerde, düğünlerde sesin saat 12'de sona ermesi kararı almış; fakat Ordu Valiliği ise aynı konuda saat 02:00 şeklinde bir düzenleme yapmış olabilir. İkisi de genel: Perşembe Kaymakamlığının Perşembe için, Ordu Valiliğinin Ordu için geneldir. Ama Perşembe Ordu'ya göre daha özeldir, dolayısıyla kolluk tedbirini daha kısıtlayabilir. Ordu Valiliği Ordu'nun geneli için bir düzenleme yapmıştır, Perşembe Kaymakamlığı da Perşembe'nin geneli için bir düzenleme yapmıştır; ama Perşembe Kaymakamlığı'nın yaptığı ikisi de genel yetki olmasına rağmen genele göre özeldir.

Özel özel ile karşılaştığında da; aynı mantığı söyleyebiliriz. Birisi özele göre daha özel olabilir. Mesela; özel yetkileri olan polisler var ve bunlar içinde de daha özel düzenlemeleri olan alanlar var: narkotik, kaçakçılık, organize suçlar vs. gibi. Bunların polisten daha özel yetkileri var. Mesela; yardımcı istihbarat elemanı kullanıyorlar, büyük suçlara karışmamak sureti ile bazılarını suç örgütü içinde bilgi sızdırması için hukuki koruma getiriliyor, bazı ihlallere göz yumabilecek bir hukuki statüden

⁴⁰ DANIŞTAY 8. DAİRE E. 1994/6239, K. 1996/359, T. 13.2.1996.

yararlanıyorlar. Bunların özeline içinde daha özel yetkileri var. Mesela özel polisler arasında olay yeri inceleme daha özeldir. Olay yeri incelemenin yaptığına diğerlerinin müdahale etmemesi gerekiyor. O gelinceye kadar; etrafı tutması, ayakkabı ile girmemesi gerekiyor. Dolayısıyla özele göre daha özeldir. Narkotik polisininki de özel, olay yerindeki de özeldir. Narkotik polisinin yaptığı özel faaliyet içinde olay yeri incelemenin yaptığı daha özel olduğu için, narkotik olaylar sonucunda ortaya çıkan olay yeri inceleme ihtiyacını kendi usullerine göre bunlar yerine getirmek zorundadır.

Problem; önceki tarihli sonraki tarihliye bağlı, çünkü önceki tarihli genel ve sonraki tarihli özel veya önceki tarihli özel sonraki tarihli genel ise ne olacak? Burada; kitaplar duruma göre bakılır şeklinde ifade ediyorlar. Mesela; sonraki tarihli genel, önceki tarihli özeli de dikkate alarak onu değiştiren ve genel içinde eriten bir düzenleme yapmış ise, artık özel yaşamaz. Önceki tarihli olay yeri inceleme, sonraki tarihli genel narkotiğe ilişkin bir düzenleme ile; “Narkotik polisinin görev alanına giren hususlarda narkotik bürosu içinde olay yeri inceleme ile ilgili çalışacak personel ayrılır” denilir, yani geneli düzenlerken özeli de genelin içine alan sonraki tarihli bir düzenleme yapılırsa zımnen önceki tarihli özeli kaldırdığı kabul ediliyor. Ama önceki tarihli özeli açıkça zikrederek genelin içine almak şartıyla mümkün olabilir. Tersine de sözkonusudur. Önceki tarihli genel, sonraki tarihli özel genelden koparıyor ise o geçerlidir. Yani; önceki ve sonraki tarihliye yasa koyucunun iradesine bakmak suretiyle önceki tarihli düzenlemeyi dikkate alarak onu değiştirme iradesi var mı yok mu bu değerlendirilerek karar verilir deniliyor. Yasa koyucunun öncekini dikkate alıp, onu değiştirme iradesi sonraki tarihli düzenlemede ele alınmış mı alınmamış mı buna bakılır. Ama; bu hususu ele almamışsa sukutla geçmiş ve bu hususa hiç değinmemişse daha sonraki tarihli de olsa tarihe bakılmadan genel özel yapılır.

KOLLUK FAALİYETLERİNİN ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİ

Kolluk faaliyeti özel kişilerce yürütülebilir mi? Evet yürütülebilir ama genel kural, kolluk faaliyetinin özel kişiye terk edilemeyeceğidir. Eskiden; “kolluk faaliyeti özel kişilere gördürülemez” deniliyordu, şimdiki formülü ise “terk edilemez”. Arada bir nüans var. Örnekle açıklamak gerekir ise; yeminli mali müşavirlikler kuruldu. Yeminli mali müşavirlik belli sınavlardan geçtikten sonra, belli nitelikteki insanlara veriliyor ve belli büyüklükteki şirketler bilançolarını yeminli mali müşavirlere para vererek onaylatmak zorundadır. Dolayısıyla vergi denetleme memurlarının (maliye müfettişlerinin) yapması gereken iş, yeminli mali müşavirlere mi terk ediliyor? Yeminli mali müşavir bir özel kişi olarak bu faaliyetin karşılığında para alıyor ve bu faaliyeti ile bu bilanço mevzuata uygundur şeklinde teminat gösteriyor. Bu özel kişiye kolluk faaliyetinde bir rol vermektir evet, ama kolluk yetkisini sadece ona terk etmek değildir; çünkü idare yeminli mali müşavirin onayladığı bilanço da denetleme yetkisini haiz olmaya devam eder. Denetlediğinde de bir aykırılık görürse hem yeminli mali müşavire hem de bilançosu onaylanan şirkete para cezası keser. Burada yeminli mali müşavirliğin adeta bir süzgeç görevi gördüğünü ve yeminli mali müşavirin şirket adına adeta kefil olduğunu söyleyebiliriz. İdarenin tek tek bakamayacağı tüm büyük

şirketlerin evrak düzenine yeminli mali müşavir kendi kefaletini koyuyor, böylece büyük şirketlerin kurallara uyması konusunda bir filtreyi devreye sokuyor ve idare de arada tesadüfi yöntemle kimisini denetliyor ve bir aksaklık var ise hem yeminli mali müşaviri hem de şirketi cezalandırıyor. Yani; idare özel kişiyi kolluk faaliyetine katmış, ama kolluk faaliyetini özel kişinin denetimine terk etmemiş oluyor.

Örneğin; Belediye, her inşaatın inşasını denetleyemiyor. Ama ruhsat veriyor; ruhsat verirken de temeli doğru atıp atmadığı da önemlidir. Belediye, bunu denetlemek için her inşaatın başına bir personel koyamayacağından inşaat sahiplerinin yapı denetim şirketi ile anlaşmaları gerektiğini belirtir. Yapı denetim şirketi inşaatı izler, inşaat tekniğine uygun yapılmışsa belediyeye bildirir ve inşaat sahibi de ruhsat alır, ama yapı denetimin denetimini yaptığı inşaatı belediye de istediği zaman denetler ve bir aksaklık görürse hem yapı denetime hem de inşaat sahibine ceza keser. Burada da idare kolluk faaliyetini özel kişiye gördürüyor; ama terk etmiyor. Aynı durumda; 2981 sayılı kanun ile imar affi getirildiğinde yeminli teknik bürolar çıktı. Bu bürolar, ruhsat verir, iskan verir dendi ama Anayasa Mahkemesi kolluk yetkisinin devredilemezliği gereği iptal etti. Zira; bu bürolar idarenin denetimi olmadan idari işlem yapıyordu.

Kollukta, özel kişi kullanıldığı zaman özel kişiye doğrudan idari işlem yaptırılmaz; ama bir filtre görevi verilebilir ve özel kişi bunun karşılığında para da alabilir. Böylece idare; genelin uymasını daha çok sağlar ama her zaman da denetler. Yani; idarenin denetleyeni denetleyen gibi bir konuma çekilmesi sözkonusudur. İdarenin daha da kuvvetlenmek için geri çekilmesi var. Eskiden; idare hizmet sunandı, hizmet sunandan çıktı denetleyen haline geldi, şimdi denetleyen olmaktan da çıkarak denetleyeni denetleyen haline geldi. Böylelikle daha az personel ile daha efektif olarak, daha üstten işe bakmaya çalışıyor. Buna ilişkin birkaç şey var. En ilginçlerinden birisi fahri trafik müfettişidir. Fahri trafik müfettişleri trafik polisi görevi gören özel kişilerdir. Sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olmak üzere, Karayolları Trafik Güvenliği Kurulunca önerilen ve Karayolu Trafik Güvenliği Üst Kurulunca uygun görülen kişilere valilerce fahri trafik müfettişi görevi verilir. Fahri trafik müfettişi suç sayılan fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacı ile Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna göndermek üzere en geç 1 hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadır. Fahri trafik müfettişleri İçişleri Bakanlığı'na belirlenecek usullere göre eğitime tabi tutulur. Bu hizmet, fahri ve ücretsizdir. Görevini kötüye kullandığı tespit edilenler cezalandırılır ve ayrıca belgeleri iptal edilir. Yetki ve sorumlulukları yönetmelikte belirlenir. Fahri trafik müfettişleri ceza kesme işini yapamıyor; ama polisin tutanak tutma işini yapıyor. Dolayısıyla tuttuğu tutanak resmi bir belge halinde kabul ediliyor. Burada bir problem olabilir; çünkü aksini ispat edecek imkânınız yok. Belki de; fahri trafik müfettişi ona yol vermediniz diye kızdı ve haksız olarak sizin hakkınızda belge düzenledi. Sonuç olarak; bu belge size tebliğ edilmiyor yani gıyabınızda tutulmuş bir belge, dolayısıyla bu kısım problemlili olsa da temel mantığı yine koruyor. Fahri trafik müfettişi cezayı kesmiyor, o cezayı kesmeye esas olacak tutanağı tutuyor, cezayı yine trafik polisi kesiyor. O yüzden dikkat

ederseniz, çekicilerin hepsinde bir trafik polisi var. Trafik polisi olmadan araç çekilemez, araçtaki diğer kişiler kolluk yetkisine yardımcı olabilir ama aracın çekilmesine onlar karar veremez. Terk edemez, ama yaptırabilir.

İki temel soru vardı. Birincisi “kolluk özel kişiler tarafından görülebilir mi?” ve ikincisi de “kolluk karşılığında bir para/ücret/karşılık alınabilir mi?” Mesela; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) denetlediği şirketlerden denetleme karşılığı olarak denetleme parası adında yıllık bir para alıyor. Ama; aldığı para da, denetleme masrafları şeklinde değil; şirketin cirosunun belli bir oranı kadar olabilir. Dolayısıyla; daha fazla ciro yapan şirketten daha fazla, daha düşük ciro yapan şirketten daha az alınıyor. Ama bu denetim karşılığı alınan bir paradır. Vakıflar Genel Müdürlüğü, müfettişleri aracılığı ile vakıfların denetimlerini yaparken vakıf bilançosunun belli bir kısmını denetim ücreti olarak alıyor. Bunları bir şekilde açıklayabiliriz diyelim, ama denetim için giden kimsenin masraflarını denetlenenin ödemesi gibi daha bariz durumlar da var.

“Kolluğun özel kişiler tarafından görülmesi mümkün müdür değil midir” ve “bunun karşılığında para alınması mümkün müdür değil midir” kolluğun güncel boyutu olarak bunu da anlattıktan sonra kolluk bölümünü kapatacağız ve bir başka idari faaliyetin hukuki rejimine gireceğiz. Hareketli kısmın böylelikle faaliyetlerini göstermiş olacağız, sonra bütün faaliyetlere ilişkin anlattıklarımız bittiğinde de ortak kavramlarının farklarını göstereceğiz. Mesela; ruhsat yoluyla kamu hizmeti görülmesi ile kolluktaki ruhsatın veya özendirme ve destekleme faaliyetlerinde geçen ruhsatın farkı ne? Bunları da belirledikten sonra, faaliyetlere ilişkin genel hukuki rejimi ortaya koymuş olacağız.

Şimdi idare hukukunun bütünlük taşıyan bir unsurunu ve o unsurun da güncel boyutunu inceliyoruz: “Kolluk özel kişiler tarafından gördürülebilir mi?” Gördürülür-gördürülemez meselesinde klasik doktrin gördürülemez diyor. Ama hukukun birçok gündemi de şöyle oluşuyor: Fiilen görüyor, fiilen buna ilişkin mevzuat çıkıyor, bu sefer bunun hukuki altyapısını oluşturmak, sınırlandırmak, mahzurlarını gidermek, göremez denilen hususla korunmak istenen değer başka bir şekilde korunmasını sağlamak üzere hukuk devreye giriyor. İlk planda göremez diyor; çünkü kolluk, kamu gücünün kullanımının bir görünümü. Kamu gücünü de ancak idare kullanır. Bunun sorumluluğu var. Kamu gücünü kullanmayı bir özel hukuk kişisine bırakmak demek, kamu gücünün kullanımı bakımından ortaya çıkabilecek mahzurları bertaraf edememek demek. Öyle ise; bu mahzurları bertaraf etmek için ne yapmak lazım? O açıkladığımız kısmı tekrar ederek gidelim. Şöyle diyor: **Özel hukuk kişileri, kamu gücünün kullanılmasının bir görünümü olan idari faaliyet olarak kolluk faaliyetine, kolluk faaliyetinin tamamı kendisine terkedilmemiş bir biçimde girebilir.** Özel hukuk kişileri üzerinde kamu gücünü kullanan değil; kamu gücünü kullanacak olan makama yardımcı olmak üzere devreye girebilir. Bunun Anayasa Mahkemesi kararlarından örneklerini verdik.

Mesela; Anayasa Mahkemesi kolluk izni olan yapı ruhsatıyesini vermek üzere yasa ile kurulmuş olan yeminli teknik bürolara ilişkin düzenlemeyi iptal etti. Çünkü; bu yetkiyi devredemezsin dedi; ama yeminli mali müşavirler hakkındaki düzenlemeyi

iptal etmedi. Çünkü yeminli mali müşavirler mali düzeni, belge düzenini kontrol ediyorlar; ama yeminli mali müşavirin onayladığı bilanço, idare tarafından kontrol edilmekten azade kılınmıyor, idare yine bunu isterse kontrol edebiliyor. Dolayısıyla; ona bir kamu gücünü devretmiş olmuyor, bir ön denetim yapmış oluyor, bir filtre görevi görüyor. Bu nedenle, bu da olabilir denildi. Bunun fahri trafik müfettişleri gibi başka görünümleri ortaya çıktı. Bu da olabilir denildi; çünkü fahri trafik müfettişi tutanağı tutuyor; ama ceza kesiliyorsa yine idare kesiyor, kamu gücünün kullanımı olan aracı trafikten men etmek, ceza kesmek gibi yetkileri yine idare kullanıyor. Kamu gücü kullanımında mecburen geriye çekilip hemen bir hukuki zemin oluşturuldu. Bu esasında, bir hukuki düşüncenin gelişmişliğinin göstergesidir. Artık, ne yapalım bir kere bozuldu, özel hukuk kişileri de kolluk faaliyetinde yer alıyor öyleyse bu alandaki ilkeyi terkedelim şeklinde değil; ilkenin özünü korumak için bir adım geri çekildi. Bunu yaparken yine kamu gücünün ancak asli ve sürekli memurlar ve kamu idareleri, kamu tüzel kişileri tarafından kullanılması gerekir. Özel hukuk kişileri sadece kamu gücünün kolluk faaliyetinin kullanımına katılabilir.

Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilere Gördürülmesine İlişkin Yargı Kararları

1) Yeminli mali müşavirlere ilişkin bir karar söz konusu⁴¹. Yeminli mali müşavirler bilanço üzerinden bir bedel alıyor, belge düzenine bakıyor, şirketin belge düzenine, vergi mevzuatına uyup uymadığını kontrol ediyor ve bunu onaylıyor. Ama; bunu onaylaması, yukarıda belirttiğimiz ikinci soru ile de bağlantılı: Denetlediği kimseden de para alıyor. Yüzlerce yeminli mali müşavir var. Şirket bir yeminli mali müşaviri seçiyor, onunla sözleşme imzalıyor ve yeminli mali müşavire kendisini denetletiyor. O yeminli mali müşavir de bir aksaklık bulursa, idareye bildirmek zorundadır. İkinci soru ile de bağlantılı olarak; acaba kendisine para verilen, istihdam edilen, sözleşme ile tercih edilen bir kimse, iyi denetleyebilir mi? Denetlemesi isabetli olur mu? Bu soru gündemdedir.

Mahkeme'nin değerlendirmesi şu şekilde:

“Böyle bir düzenleme Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın mevcut vergi denetim personelinin sahip olduğu görev ve yetki ile donatılmaları, kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecekse de, yeminli mali

⁴¹ AYM E. 1986/5, K. 1987/7, T. 19/3/1987. Kararda iptali istenen kanun maddesi şu şekildedir:

“Ek Madde. - Yeminli mali müşavirlik mesleğinin konusu : Gerçek ve tüzelkişilerin, muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek, bu konularda müşavirlik yapmak, mükelleflerin mali tablolarını ve beyannamelerini ilgili mali mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ve denetim standartları açısından tasdik etmektir.

Yeminli Mali Müşavirlerce gerçek ve tüzelkişilerin mali tabloları ve vergi beyannamelerinin mevzuat hükümlerine uygunluğunun tasdik edilmiş olması halinde, bu belgeler kamu idaresinin yetkili elemanlarınca tasdik işleminin kapsamı ölçüsünde incelenmiş belgeler olarak kabul edilir.

Ancak, bu kanunlar ve diğer kanunlarla kamu idaresine tanınan, teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılmasında ve gerektiğinde tekrarına ut hususlar saklıdır.

Yeminli Mali Müşavirler yaptıkları tasdikle ilgili işlemlerden sorumludurlar.”

müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi 'kamu hizmeti' niteliğindedir.” Yani; bu kolluk değildir, kamu hizmeti niteliğindedir; çünkü bir hizmet sunuyor, ama ortak genel ihtiyacı gidermiyor. Bu bir hizmet değil, bir kontrol dikkat ederseniz, bir ortak ihtiyacı gidermeye yönelik bir şey değil. Devam ediyor:

“Görülen hizmetin, kamu hizmeti niteliği de olduğu belirlendikten sonra, yeminli mali müşavirlerin 'memur' veya 'kamu görevlisi' şeklinde bir kamu hizmetlisi olup olmadıklarını araştırmak gerekecektir. Yeminli mali müşavirlerin 'memur' olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, müşavirlik yaptığı, gerçek ve tüzel kişilerle özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapmış ve ücretle çalışan serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerine, niteliğini yukarıda açıkladığımız tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır.” Acaba böyle mi? Bir kamu yetkisi mi kullanıyor? Yeminli mali müşavir, herhangi bir şirketin kapısını çalıp “Çıkar defterlerine bakacağım, tasdik edeceğim.” diyemiyor. Kendisi ile sözleşme yapan şirketin defterlerini tasdik ediyor, dolayısıyla bir zor kullanma yok. Halbuki; vergi memuru gittiği zaman denetim yetkisi var, defterleri yerinde incelemek mümkün değilse alıp götürmek yetkisi var, gerekirse polisle birlikte gidip defterlere el koyma yetkisi var. Yani; vergi memuruna defterleri göstermeyeceğim demek ayrı bir yaptırım konusu, yeminli mali müşavirde böyle bir yetki yok. Yeminli mali müşavir; istediği şirketin bilançosuna bakamıyor, denetleyemiyor, evraklarına bakamıyor; kendisi ile sözleşme imzalamış olana bakıyor. Dolayısıyla; burada da kolluk faaliyetinin ana ilkelerini korumak için bir fark görebiliriz. Anayasa Mahkemesi bu “Kamu hizmeti olduğu açıktır, tartışmasızdır.” gibi lafları kullanırken dikkat edin, genellikle tereddüt ettiği şeylerde böyle söylüyor. Yani; insanlar “ ‘.. açıktır.’ dediğine göre, bu herhalde tartışılmaz bir şey, konuyu demek ki ben bilmiyordum.” gibi düşünüyor. “Bunun böyle olduğu tartışmasızdır.” diyorsa, tam tartışmanın göbeği o nokta demektir. Bu Anayasa Mahkemesi'nin üyeleri değişse de çok benimsediği bir dil, bir şeyde kesin ifade kullanıyorsa, “orada bir tereddüt var ama ben bunu tercih ettim ve ben tercih ettiğime göre de tartışmasızdır” manası çıkıyor. Ama; kamu hizmeti olduğu açık, açıklamaya bile gerek yok değil mi sizler nezdinde de? Kamu hizmeti demek, çok büyük bir zorlama. Hiçbir kamu hizmeti özelliği gösteren nokta yok, tamamen bir kontrol; hizmet sunma değil, esasında bu denetim dolayısıyla kamu hizmeti olmadığı açık. Devamında:

“Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır.” Bu da çok doğru bir yaklaşım değil; kanun bunlara böyle işler yapabilme imkanı veriyor. Ancak; şirket üzerindeki denetimi sözleşme ile oluyor. Yani; kanunla kendilerine böyle bir görev alanı tanınması başka bir şey, kendisinin bu

işi bizzat özel hukuk kişisi üzerinde yapması, onunla sözleşme imzalamasına bağlı olması başka bir şey. Devam edersek:

“Dolayısıyla yeminli mali müşavirleri sahip oldukları tasdik yetkisi nedeniyle, bir ‘kamu görevlisi’ saymak gerekir.” Esasen bir kamu görevi yapıyor, ama bir kamu görevlisi değil. Kararın son kısmında Anayasa Mahkemesi geldiği noktada diyor ki:

“Yeminli mali müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirler Kurulu ile ilgili açıklamaları Anayasa'nın 128. maddesi ile karşılaştığımızda; -Bu 128. madde, kamu görevlilerine asli ve sürekli hizmetleri ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri görür hükmünü taşıyor. Teknik büroları da iptal ederken, bunlar kamu görevlisi değil; Anayasa 128'e aykırı; çünkü kamu görevlisinin yapabileceği şeyleri ancak kamu görevlisi görebilir, kamu görevlisi olmayanlar yapamaz diyerek iptal etmişti. Burada da o açıdan tartışıyor ve şöyle devam ediyor.- kanunla düzenlenmesi gereken, kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri; 3239 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle 213 sayılı Yasaya eklenen ek maddenin beşinci fıkrasında yeminli mali müşavirler ve aynı maddenin sekizinci fıkrasında da Yeminli Mali Müşavirler Kurulu üyeleri yönünden Bakanlar Kurulu'na bırakılmış olduğundan bu düzenleme, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına ve 7. maddesine aykırıdır.” Burada yetki meselesi bakımından tartışmış, yani kanunla mı Bakanlar Kurulu tarafından mı düzenlenecek şeklinde tartışıyor.

“Özel kişi, idarenin yapması gereken bir denetimi yapıyor olabilir mi?”

Soruyu biraz daha teknik özelliklerine dikkat ederek çevirelim: “Özel kişi, kolluk faaliyetinin görülmesine katılabilir mi?” Cevabı veriyoruz: özel kişiler kolluk faaliyetinin görülmesine katılabiliyor. Cevabı verip, sizin nezdinizde sağlamasını yapmaya çalışıyoruz. Nasıl katılabiliyor? Yeminli mali müşavirler gibi katılabiliyor. Ama aradaki fark ne? Kolluk faaliyeti ona devredilmiş değil; kolluk faaliyetinin görülmesine katılıyor, sadece katılıyor.

2) Bir başka karar da kanunla düzenlenmiş olan yapı denetim şirketlerine ilişkindir⁴². İmar Kanunu'nda ikame etmek üzere kurulmuştur diyor. Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin Anayasa'nın bazı maddelerine aykırılığı iddia ediliyor. Yapı denetim şirketi, yeminli mali müşavirlerin yerine getirdiği görevi herkes yapamıyor; önce bu işleri yapmak isteyenler idare nezdinde bir sınava girip belge alıyorlar. Bu belgeyi almış olan kimseler de bir ticari faaliyet olarak bu işi yapıyorlar. Bir ticari faaliyet olarak bu işi yapmaları karşılığında da denetledikleri kimseden para alıyorlar; ama denetledikleri kimseyi ve olayı idare de denetleyebiliyor. Dolayısıyla; burada idare yetkisini devretmiş değil sayılıyor. Tekrar değerlendirmenize sunuyorum. Kamu hukuku alanında o yüzden hareketlilik olduğunu belirterek başladık. Hareket eden bir yapı dedik. Bu hareket eden yapının sürekli olarak hukukilik zemini

⁴² AYM E. 2001/377, K. 2002/59, T. 26.6.2002.

hazırlanıyor; ama meşrulaştırmak için değil; o hareket eden yapının daha iyi ve hukuka uygun davranabilmesi için. Dolayısıyla; önce birinci savunma hattı “şunu yapamaz, bunu yapamaz” demek; ama hayat onları yapar hale getirirse ne olacak? Küstüm ben gidiyorum demek mümkün değil; hemen onun arkasından bir hukuki yapı kurulmaya çalışılıyor. Burada da bundan 20 sene önce “kolluk faaliyetinde özel kişiler kesinlikle olamaz” denilmiş. Sonra bakılmış ki, idare birçok kişiyi denetlemeye yetemediği için siz doktrin olarak olamaz da deseniz, bunu kanun koyucu yapıyor. Buna ilişkin düzenlemeler yapıyor; bu sefer kanun koyucu bunu yaparken hukuka uygun düzenlemeler getirsin diye, bunu yaparken nelere dikkat etmesi gerekir diye bu sefer onun inşasına devam edilmiş. “Tamam devredebilirsin ama yetkiyi tamamen devredemezsin.” Şu andaki savunma hattı bu. Özel kişi kolluk faaliyetinin görülmesine katılabilir; ama kolluk faaliyeti ona devredilemez, terkedilemez. Bu, bir kamu hizmeti faaliyetinin devri gibi değildir. Bunun da örneklerini vererek size ispatlamaya çalışıyoruz.

Örneklerinden yapı denetim kısmına geldik. Fenni mesul müessesesinin yerine tüzel kişiliğe sahip "yapı denetim kuruluşları" ikame edilmektedir. Kararda imar kolluğu faaliyetini anlatılmış. İmar kolluğu bir özel idari kolluktur. İmar kolluğu genel yetkiler dışında yetkiler kullanıyor. Mesela; kaçak bir inşaat görürse derhal durduruyor, yapı tatil tutanağı dediğimiz belgeyi sahibini bulamaz diye yapıya asmakla tebliğ edilmiş sayılıyor, belli bir süre sonra yıkım yetkisi kullanıyor, yıktığı yerin yıkım parasını inşaat sahibinden alıyor. Dolayısıyla imar kolluğunun kendine özgü yetkileri ve personeli var; bunun için de özel idari kolluk. Karar vermeye yetkili makamı da belediye encümeni olarak belirlenmiş. Belediye encümeni tutulan zapta göre yıkım kararı verebiliyor, para cezası kesebiliyor. İlçe belediyesi ihmal eder diye, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 11. maddesi ile büyükşehir belediyesi olan yerlerde büyükşehir belediyesine de müdahale etme imkanı tanınmış. Onlar da ihmal edebilir diye Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na da imar kolluğu konusunda yetki verilmiş. Dolayısıyla böyle 3 tane kolluk üstüste olmuş. Bunlar hem imara aykırı bir yapı var mı yok mu denetliyorlar, hem de birbirlerini denetliyorlar. Dördüncü olarak da yeterince inşaatın başında durup denetleyemez diye inşaatın her aşamasının denetlenmesini sağlamak üzere bir de yapı denetim şirketi mecburiyeti getirilmiş. Hatta kanun gereği, bir aykırılık görürse, 3 gün içinde belediyeye ihbar mecburiyeti var, zamanında ona bildirmezse kendisi de sorumlu. Çünkü kaçak yapılaşma yaygın ve bu kaçak yapılaşmaya karşı kolluk faaliyeti etkisiz. Kaçak yapılaşmayı engelleyecek kolluk faaliyetini kurmak gerekir. Hem kolluk faaliyeti gören idareleri mevzuatla kendi içinde birbirini denetler hale getirelim hem de öyle bir teşkilat kuralım ki, buna yetki devredilmesin ama bunlar da başında durup baksın ve bu başında durup bakmanın karşılığında da denetlediğinden bir para alsın. Belediyeler denetledikleri inşaatlardan para almıyor; ama yapı denetim şirketi denetlediğinden para alıyor. Yapı denetim şirketi, denetlediğinden para alıyor ama yapı denetim şirketi ondan para alıyorum diye aykırılıkları bildirmemişse, iyi denetlememişse ilgili idare bunu tespit ettiğinde hem inşaat sahibine hem de yapı denetim şirketine yaptırım uyguluyor. Bir daha yapı denetim faaliyeti göstermemesini sağlayacak yasaklar

getiriyor, suç niteliğinde bir şey yapmışsa ceza soruşturmasına konu oluyor. Sistemin mantığı bu şekildedir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“İmar kolluğu 3194 sayılı İmar Yasası ile yerel yönetimlerin görev ve yetki alanında kabul edilerek özel idari kolluk şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu kurallarla, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip "yapı denetim kuruluşları" ikame edilmektedir. Bu kuruluşlar merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösterecekler, faaliyetleri merkezi yönetim tarafından denetlenecektir. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağlanmış, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda var olan yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır. ...

İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir. Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır.” diyor. Yani Mahkeme “yaptığı iş bir kolluk faaliyeti değildir, kolluk faaliyetine katılmaktır.” diyerek teknik olarak böyle ifade ediyor.

Karşıoy gerekçesi ise şu şekilde:

“Yapı denetimi, idarenin yaptırım gücüne dayanarak yürüttüğü kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Ruhsat ise yapılan denetimin, mevzuata uygun olduğunu gösteren bir izin belgesidir. Bu nedenle ruhsatın denetimden ayrı düşünülmesine olanak yoktur.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ile diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekmektedir.

Güncel tartışma noktasını karşıoy gerekçesini yazan açıkça ortaya koymuş. Bu arada da olsa, sonuçta “Denetledim” diye bir belge veriliyor. Bu da; uyduğuna dair şu ve bu şekilde tekrar denetlenebilecek olsa bile bir belgedir; dolayısıyla bu da bir kamu gücünü kullanım sayılabilir. Kamu gücünü kullanım illa gidip yıkmak ya da men etmek değildir; hukuka uygundur ya da değildir demek de esasında bir kamu gücü kullanımıdır. Dolayısıyla bunu da ancak memurlar yapar, özel kişiye devredemezsin, bu devredilemeyecek bir noktadır diyor.

3) Araç muayene istasyonlarına ilişkin karara gelecek olursak, şimdiye kadar söylediklerimizden farklı yönde bir karar söz konusu⁴³. Araç muayene istasyonları tartışılırken şöyle bir durumla karşı karşıya kalındı. Araç muayene istasyonu yapma işi ihaleye çıkartıldı ve bu işi TÜVTÜRK diye bir şirket 600 milyon doların üzerinde

⁴³ AYM E. 2005/110, K. 2005/111, T. 29.12.2005.

bir para vererek aldı ve eskiden idarenin yaptığı bütün araç muayenelerini şimdi o şirket yapıyor. Araç muayenesi şu: Belirli bir süre sonra araçlara trafiğe elverişlidir diye muayene yapmak gerekiyor. Mesela; yeni aldığınız aracın muayenesine gerek yok ama; diyelim ki 5 sene sonra bir muayeneden geçireceksiniz. Mesela; arabanın egzozundan çıkan kükürt fazla mı, motorunda bir bozukluk var mı, freni standartlara uygun mu, lastiklerde gerekli unsurlar var mı diye kontrol ediliyor. Aracın esas yapısına, motor çalışma biçimine, çevreyi kirletme oranına, modifiye edilip edilmediğine muayene sırasında bakılıyor. Aracın muayenelerinin yapılıp yapılmadığına da trafik kontrollerinde bakılıyor ve muayenesi yapılmamış araç trafikten men ediliyor. Böyle de bir önemi var. Dolayısıyla bu muayene bir “trafiğe elverişlidir belgesi”dir ve trafiğe elverişlidir demek de trafikte serbestçe o aracın gidebilmesi demektir; çünkü trafik polisi durdurduğunda trafiğe elverişli belgesi var mı yok mu ona bakıyor, ayrıca egzozunu, diş kalınlığını vs. ölçüyor. Trafik polisi bunu birebir sahada yapabilecek durumda olmadığı için, kolluk bakımından mahzur yoktur şeklinde bakılıyor. Bu, kolluğun; kamu düzeni bozulmadan önce, kamu düzenini bozabilecek hususların giderildiğine dair bir inceleme yapması ve adeta bir izin vermesidir. Yani; aracın trafiğe çıkabilir diye izin veriyor. Bu belge olmadan trafiğe çıkamıyor. Bu işletmeyi açabilirsin, bir mahzur yoktur diye izin veriyor. Burada bir kamu hizmeti olarak izin vermiyor, “gerekli denetimi yaptım, ilk bakışta bir problem yoktur” şeklinde bir şeydir. Dolayısıyla bu bir işlem, trafiğe elverişlilik, kolluk işlemidir. Kolluk bakımından nihai değerlendirmeyi ölçüyor. Araç muayene istasyonu dışında bir de egzoz pulu meselesi var. Egzoz pulu almak diye de bir mecburiyet var. Egzoz pulu ile ilgili denetim yapma yetkisine dair şirketlerin olduğu yerlerden geçtiğinizde dikkat ederseniz, “Egzoz denetimi yapılır.” yazmıyor, “Egzoz pulu verilir.” yazıyor. Yani; parayı ver egzoz pulunu al deniyor. “Merak etme egzozunda gereğinden fazla kükürt çıkıyor olsa da egzoz pulunu verebilirim.” Şimdiye kadar hiç “Egzoz denetimi yapılır.” diye bir tabela görmedim, hep “Egzoz pulu verilir.” diyorlar. Kolluk yetkisi; egzoz bakımından denetim yapacak, egzoz denetiminin yapıldığına dair de bir pul verecek ve o pul cama asılacak veya ruhsatın içinde tutulacak. Bunu siz denetim sırasında göstereceksiniz böylelikle de sakıncası olmayacaktır.

Bu; giderek kolluk alanındaki bir savunma duvarının da yıkılmakta olduğunu gösteriyor. Artık birçok şeyi idare yapmak yerine yapmamayı, yukarı çekilmeyi tercih ediyor ve egzoz pulunu özel kişi verebiliyor, araç muayenesini özel kişi yapabiliyor. Bunu kurtarmak için yargı şöyle bir şey yaptı: *Araç muayene istasyonu çalıştırmak, kolluk faaliyeti değildir, kamu hizmeti faaliyetidir dedi.* Bunun ihale ile özel kişiye verilmesi ve özel kişi ile yapılan sözleşme de bir kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesidir dedi ve teoriyi o şekilde kurtardı. Ama gerçekte bir kamu hizmeti değil; çünkü bir denetim yapıyor. O anlamda bir denetim hizmeti bir kolluk faaliyetidir.

Kararda şöyle diyor: *“Trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur.”* Bu ifadeye ilişkin daha önce söylediğimi destekliyor, “kuşkusuzdur” diyor.

“Kuşkusuzdur, tartışmasızdır, kesindir.” Hâlbuki kuşkusuz değil. Tam tersine, kamu hizmeti olmadığı kuşkusuzdur.

4) Tarım ve Köyişleri Bakanlığı’na Tohumculuk Kanunu kapsamında verilmiş olan denetleme yetkisinin özel hukuk kişilerine devredilmesine ilişkin bir karar söz konusu⁴⁴. Kararın son kısmı şu şekilde: “İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere devredebileceği yetkilerinden olan denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir.” Bu, bir ders kitabında yer alabilecek kadar net bir cümle. Anayasa’dan yola çıkıyor ve aykırıdır diyor. Anayasa’nın 128. maddesi gereği bu bir kamu yetkisi olduğu için ancak kamu yerine getirir ve kamu yerine getirirken de kamu görevlileri eliyle yerine getirilir. Anayasa’nın 128. maddesi de zaten bunu öngörüyor. Bunu yapmayı özel kişilere devrini öngördüğüne göre, Anayasa’ya aykırıdır diyor. Burada Anayasa’ya aykırılık ölçütü yapan kamu görevlisi; çünkü kamu görevlisi asli ve sürekli bir görevi yaptığı için bunun sorumluluğu sürecine tâbidir. Dolayısıyla yetkiyi kullananın bu yetkinin kullanımını denetleyen bir hukuki rejime tâbi olması lazım. Özel hukuk kişisi yetkiyi kullanıp, sonra ben gidiyorum diyemez, bu yüzden tüm sistem belirlenmiş.

5) Özel güvenlik elemanlarına zabıta hizmeti gördürülmesine ilişkin bir Danıştay kararı var⁴⁵. Belediye zabıta istihdam etmek yerine özel güvenlik görevlilerini kullanmış. Özel güvenlik elemanlarının hizmet alımı sözleşmesinin görev alanları belli, zabıtanın görev alanı bellidir. Kararda, zabıta, genel kolluk yetkisini kullanıyor diyor. Dolayısıyla özel güvenlik elemanlarına ilişkin kanunu ve zabıtaya ilişkin kanunu esas alarak bir sözleşme yapmak demek, sözleşmede istihdam ettiği kimseyi her yönde kullanmak demek değildir; çünkü bu sözleşme ile oluşturulan statüyü düzenleyen bir kanun var, kanunun dışındaki bir işte kullanabilmek mümkün değildir diyor.

Şöyle bir nokta ile bu konuyu kapatalım. Özel güvenlik personelinin faaliyetine ilişkin kanunu inceleyin. Kanun; yetkinin bunlar tarafından kullanılmasına imkân vermeyen, en yakın zamanda genel kolluk elemanlarına teslimini öngören bir mantıkla kurulmuş durumda. Yani hukuki zemini devam ettiriyor.

İdarenin faaliyetleri konusunu öğrenmek demek, idare hukukunun %50’sini öğrenmek demektir. Önce kamu hizmetinden başladık, şimdi kolluktayız. Kollukta güncel bir sorunu değerlendiriyoruz. Özel hukuk kişisinin faaliyetleri bir kamu hizmeti değil, bir ticari faaliyet, bir iktisadi faaliyettir. Bu faaliyetin yasalara uygun yapılp yapılmadığını denetlemek de idarenin görevi. Denetleme görevi olan bir idare var. Bu denetleme görevi, aynı zamanda bir yetki de. Denetleme görevi ve yetkisi olan idare var. Bu yetki çerçevesinde denetliyor, bu yetki öylesine bir yetki ki, özel hukuk kişisi karşı çıkamaz, çıkarsa re’sen denetler. Gerekirse şirketine zorla girer denetler. Bu denetim yetkisi şimdi bir de araya bir filtre olarak özel hukuk kişisi konularak

⁴⁴ AYM E. 2007/2, K. 2011/13, T. 13.1.2011.

⁴⁵ DANIŞTAY 1. DAİRE E. 2008/502 K. 2008/742 T. 20.6.2008.

yapılmaya başlanıyor. Bu bağlamda bu nasıl olacaktır dedik. Şimdi genel olarak kabul gören husus şöyle: araya bir özel yetkili özel hukuk kişisi konulabiliyor. Özel yetkiliden kasıt; idarenin örneğin yeminli mali müşavir, yapı denetim şirketi, fahri trafik müfettişliği faaliyetlerini yapmak konusunda özel hukuk kişilerine hukuki imkan tanınmasıdır. Dolayısıyla bir özel yetkilendirme sözkonusudur. Özel yetkilendirirken bunun yeterli kriterlere, güvenilirliğe sahip olduğunu varsayıyor. Bu bir filtre görevi görüyor. İdare; bunu denetliyor, bunu denetlerken de esasında denetlediğini denetliyor. Böylelikle; gerekirse her ikisini de denetliyor. Bir aykırılık varsa her ikisine de yaptırım uyguluyor. Şimdi daha çok, bu üçlü ilişki gözükmeye başladı. Bunun mantığını da şöyle açıklıyor: mesela yapı denetim şirketlerini Türkiye'nin her tarafına değil, deprem bölgelerine getirdi. Çünkü deprem bölgesine yapılacak bir inşaatın her aşamasının ayrıca kontrol edilmesi lazım. Şehirleşme gereği de idarenin her inşaata bakacak fen elemanı yok, bu yüzden buna bakacak yapı denetim şirketleri olsun dedi.

Kolluk faaliyetleri karşılığında bir para/ücret/karşılık alınabilir mi?

İkinci sorumuza gelecek olursak; örneğin yapı denetim şirketi bir eleman istihdam edecek, inşaat yapamayacak, başka iş yapamayacak, sadece yapılan inşaatları sözleşme ile denetleyecek ve bunun parasal bir karşılığı olacak. Sonra, bir idare aniden bunu denetleyerek, şirketin denetlediği kısmı denetleyerek değerlendirecek. Nasıl? Gerekirse temel altına sondaj yapmak gibi teknik imkanlardan yararlanarak bir aykırılık var mı yok mu diye aniden bakacak. Böylelikle denetim işini, görev ve yetkisini bırakmıyor; fakat denetim yetkisini kullanmasını kolaylaştıracak araya filtreler koyuyor. İşte ikinci problem de şu: Bu ilişkilerde idare para alabilir mi? Bunun örnekleri de var. Mesela; Hac ve Umre seyahati yapacak şirketler için Diyanet İşleri Başkanlığı, Başbakanlık'ın getirdiği bir kural var. Özel şirketler de artık seyahat şirketi olarak Hac ve Umre'ye yolcu götürebilecek. Fakat bunlar kendi elemanları dışında mutlaka idarenin gösterdiği birisini imam olarak almak zorundalar. Şirketlerce, bu imamın hem yol masrafının, hem de Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından belirlenmiş harcırahının verilmesi lazım. Burada denetleyen Diyanet İşleri Başkanlığı, denetleyen eleman Diyanet İşleri Başkanlığı'nın elemanı, denetlenen seyahat şirketi, parayı veren seyahat şirkettir. Bu durum idari yargının önüne geldi ve bu konuda bir karar verildi. Buradaki problem, araya para girer mi, denetleme işinin karşılığı/ücreti olur mu?

Bunun uzak zamanlardaki ilk başlangıcı şöyle oldu. Çeşitli şirketler, yeni projeler geliştiriyorlar. Mesela; deniz taksi işletmesine başlanacak ve bir proje geliştirilmiş. Bu proje çerçevesinde idareden izin alınırsa çok para kazanılacak. İstanbul'da özellikle birçok kişi Boğaz'ın bir tarafında oturuyor, diğer tarafında çalışıyor ve Boğaz'ın bir tarafından diğerine gidip geliyor, trafik sıkışıklığı var. Örneğin Bostancı'dan Atatürk Havalimanı'na gitmek belki 2 saat alacakken, denizden hızlı bir deniz taksi işletmesi ile belki yarım saatte geçebilir. Buna ilişkin bir izin alınması lazım; iskeleleri kullanmak için, hukuki muameleler yapılması lazım. Fikir orijinal ise, başkasının bunu yapamaması için bir tekel hakkı alması gerekir. Ama bunun için de idareye bu iş nasıl oluyor diye yapıldığı yerleri gösterme ihtiyacı var.

Asistanlığım sırasında idare hukuku kürsüsünün gündemine geldi. Şöyle; bir şirket sigara fabrikası yapmak için Tekel yetkililerini ABD'ye götürmek talebinde bulunmuş, Tekel yetkilileri de memurların hediye ve çıkar sağlama yasağı var biz ABD'ye kendi elemanlarımızı gönderebilir miyiz? diye hukuk fakültesine sormuş. Burada kanunen bir yasak var, ama bir yandan da şirket de diyor ki "buradaki sigara fabrikalarını gezdireceğim, nasıl işlediğini, izne ihtiyaç duyduğum noktaları göstereceğim. Düzenleme yapılırken bu düzenlemelere uyulsun diye işleyen bir sistemi göstereceğim; yani amacım bir kimseye örtülü bir rüşvet vermek, onu gezdirip yedirip içirip, sonradan yetkisini bana göre kullanmasını sağlamak değil; buradaki işleyişi göstermek istiyorum" diyor.

O zaman bizim kürsümüzden de şu şekilde mantıklı bir görüş bildirilmişti: "Karar verme yetkisinde olmayan teknik elemanları şirket değil idare seçmesi şartı ile şirketin göndermesine izin verilebilir." Buradaki mantık neydi? Yapılacak ağırlama faaliyetleri karar verme durumunda olanı etkileyebilir. Mademki teknik bir amaç var, teknik amacı gerçekleştirecek nitelikte olması lazım. Dolayısıyla buradaki mantık şu: idareyi yetkilerini kullanırken etkilemeyecek bir ilişki biçimini hukuki altyapı olarak kurmak lazım. Yani; bir para alınmıyorsa bile, bu paranın denetleyeni etkilemeyecek bir mekanizmada olması lazım diye düşünülmüş.

Hac ve Umre örneğinde de, hac ve umreye götürmek hassas bir hizmet. Çok etraflı ayrıntıları, ilmi hali var. Dolayısıyla bunun yerine getirilip getirilmediğini, idarenin denetlemesi lazım. Yani; bu hizmeti sunanın bu hizmeti sunabilecek yeterlilikte olup olmadığının denetlenmesi lazım. Dolayısıyla her seyahat şirketine beraberinde göndermesi, bir eleman koyması işin denetlenmesinin niteliği gereğidir. Bu dışarıdan değil; ancak içeriden hemzamanlı olarak denetlenebilecek bir şey. Ama bunun parasının da şirketten alınmıyorsa, idare tarafından belirlenen ve idareye kişi için ödenecek bir ücret olması karşısında denetleyeni etkilemez diye düşünülmüş. Dolayısıyla anlaşmaya, pazarlığa vs. bağlı değil; miktarı idare belirliyor. Şirketin memnun olup olmamasına göre de değil. Sonuçta; buradaki objektifliği sağlayacak nokta, idare ile denetlenen arasındaki ilişkide denetleyeni birebir araya sokmayarak idarenin para alması şeklinde denetleme masraflarını denetlenenden almasını mümkün ve meşru görüyor.

Mali müşavir örneğinde, sözleşme gereği ücreti müşavirin kendisi alıyor, ticari bir iş yapıyor ve kişi istediğini seçiyor. Bu açıdan farklılık söz konusu. Mali müşavirin bu işi yapabilecek yeterliliğe sahip olup olmadığını idare denetliyor, denetlenecek kişiler ise bu işi yapma yeterliliğine sahipler arasında seçim yapıyor ve para konusunda anlaşılıyor. Haksız rekabet olmasın diye mevzuatta düzenlenmiş %8 gibi bir rakam var.

Gelinen noktada mümkün görülebilen haller var. Bu haller, faaliyete katkısı nedeni ile mümkün görülüyor. Çünkü Diyanet İşleri Başkanlığı o faaliyete katkıda bulunarak standartlarına uygunluğu güvence altına alıp aynı zamanda müşterileri de koruyor. Sadece denetlemiyor, ayrıca o denetlenenin verdiği hizmete katılan özel hukuk kişilerinin de haklarını koruyor. Dolayısıyla çift taraflı bir yaklaşım var, sadece denetleme değil, işin bir de standardına uygun olarak gitmesi. Örneğin; yaşlılık zamanında bir kere Hac'a gitme imkânı gelmiş ve özel şirketle gitmiş bir kişi olabilir,

özel şirket o faaliyeti kurallara uygun şekilde yapmazsa bir daha gitme durumu olmayacak. Dolayısıyla sadece özel şirketi denetlemiyor, o denetlemeyi hemzamanlı yaparak faaliyetin de uygun olmasını sağlamaya çalışıyor, böyle bir mantığı var. Bunda mademki bir özel şirkete katkıda bulunuyorum, mademki onun sunduğu hizmet bakımından bir güvence oluşturuyorum, bu şirketi benim denetimim altındadır diye güvence veriyorum, bu masraflar da kendi bütçeme yük olmaksızın şirketten de çıksın diye bakıyor idare. Denetleyen elemanın elini deydirmiyor, parayı doğrudan idare alıyor.

Buna ilişkin karara bakacak olursak; davacı; Başkanlık personelinin din görevlisi olarak götürülmesi zorunluluğun kolluk yetkisini aştığını iddia etmiş⁴⁶. Bu artık kolluk yetkisi değil, hizmete katılıyorsun diyor; çünkü sen denetleme elemanı göndermiyorsun, burada hizmeti sunacak, benim şirketimin farkını oluşturacak din görevlisini sen belirliyorsun. Ya bu din görevlisinin bilgisi az ise ya da insanlara iyi hizmet sunabilecek güler yüzlü birisi değilse ne olacak diye bakıyor. Dolayısıyla bu kolluk yetkisini aşan bir yetkidir, benim personelimi sen belirleyemezsin, bu bir denetleme değildir diye iddia ediyor. Genel olarak konulan kural ve yaptırımların hukuka aykırılığını iddia etmiş.

Danıştay şunu demiş: *“Buraya kadar yer verilen hukuki durum ve mevzuata göre, yasa ile verilen yetkiye dayanılarak ve hizmetin genel seyahatlerden farklı niteliği dikkate alınarak seyahatlerin sağlık ve güvenlik içinde gerçekleştirilmesini sağlamak amacı ile şartname ve sözleşme hazırlanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Şartnamenin Diyanet İşleri Başkanlığı'nun üstlendiği hizmeti gereği gibi yerine getirebilmesi, vatandaşlara ibadetle ilgili konularda yardımcı olunabilmesi için Başkanlık personeli arasından görevlendirilen din görevlilerini götürme zorunluluğu getiren hükümleri, konuluş amacı dikkate alındığında hukuka uygun bulunduğu gibi, verilen hizmetin karşılığı olarak bu görevlilere ücret ödenmesinin öngörülmesinde de hukuka aykırı bir yön bulunmadığından, davacının belirtilen kurallara yönelik iddiaları dayanaksız bulunmuştur. »*

Dikkat ederseniz hiçbir hukuki gerekçe yok, hukuka uygundur diyor, hâlbuki tartışmasını beklemek lazım. Kural ve yaptırımların *“denetim ve gözetim görevini yerine getirebilmesi amacıyla uygun olarak konulduğu, yasal düzenlemeye aykırılık taşımadığı”* şeklinde ifade etmiş. Bu; teorik bakımdan çok sağlıklı bir karar değerlendirmesi olmamış, bunu idari faaliyet olarak yoğun olarak değerlendirmek, tartışmak hukuk dünyasına da bir açılım getirirdi; çünkü bu ilginç bir boyut. Her turizm faaliyetine getirmiyor, buna getiriyor, buna getirmesini haklı kılan sebepler, bu denetimin davacının iddia ettiği gibi sadece bir denetimle ilgili olmayıp hizmetin kalitesini belirleyecek kişiyi belirleme anlamına gelip gelmediği, bütün bunları tartışarak ortaya çok ilginç bir kolluk-kamu hizmeti karışımı gerekçeler manzumesi gelebilirdi. Burada; Danıştay o alana girmemiş ve dikkat ederseniz iddiaları hiç tartışmadan *“hukuka aykırılık görülmemiştir, mevzuatta vardır”*a getiriyor. Ama sorun çeşitli açılardan devam ediyor, büyüyerek gidiyor. Artık idare özel hukuk kişilerini

⁴⁶ DANIŞTAY 10. DAİRE, E. 2000/6086, K. 2002/3463, T. 1.10.2002.

denetimle yetkilendirebiliyor ve idare kendi denetimleri için de para alabiliyor. Bunun BTK tarafından gördürülen kısmında da şirketler şuna itiraz etmişlerdi: “yüzde olarak denetim bedeli alınması hukuka aykırıdır, çünkü denetim bedeli dediğiniz şeyin gerçekleşen denetim masraflarına göre alınması lazım; hâlbuki denetim masraflarını hesaplamadan yüzde olarak cironun bir kısmının alınması doğru değildir” deniliyordu.

Sadece bir denetleme problemi varken, denetleyeni de denetlemek gibi problemi ikiye çıkarmıyor mu? Bu da sorunun bir parçasıdır. Burada; idare esasında kendi yükünü azaltmaktan ziyade, denetlenen faaliyetin denetim eksikliği nedeniyle zarar verici durumunu azaltmaya çalışıyor. Dolayısıyla kendi işini ağırlaştırırsa bile, esasında özel kişiyi denetlemesini denetlemeden elde edilmek istenen faydalar bakımından daha etkin olabileceğini düşünüyor. Özel kişilerin arasına hem parasal ilişki koyuyor, hem denetim ilişkisi koyuyor, dolayısıyla “ben görmesem bile o bildirir yani derhal müdahale edebilirim” şeklinde düşünülüyor. Bu geriye çekilişi sanıldığığının aksine belki yükünü artırıyor, ama amaç hala kamu düzenini korumak ise, onu kuvvetlendirdiği düşünülen bir amaç oluyor.

Değerlendirme

Kollukla ilgili olarak idari faaliyetlerde bilinmesi gereken başlıkları kısaca söyleyerek bitirelim. Kitaplardan buna ilişkin kısımlara lütfen bakın. Kolluk güncel bir idari faaliyet alanı, Belçika’da Fransa’da güncelliğinin farklı görünüşleri ortaya çıkıyor. Kolluk alanında Fransa’da aylardır tartışılan onların istihbarat yasası son olaylardan sonra hemen kabul edildi. Dehşetli yetkiler veren bir yasa kabul edildi. Mevzuatı sertleşiyor. İdare döneme ve zamana göre hareketleniyor. Şimdi özgürlükler esas alınarak oluşmuş bir kolluk hukuki rejiminde özgürlüklere daha fazla müdahale edilebilmesine imkân veren bir kolluk hukuk düzeninin altyapısı hızlıca oluşuyor, uygulamaları gözüküyor. Dolayısıyla bu hareket sürekli olarak her ülkede var. Her ülkenin idaresinde bir hareketlilik gündeme geliyor. Dönem dönem olaylara bağlı olarak kimi zaman geliyor ayrıca zamana ve mekana bağlı olarak geliyor. Bütün özel faaliyetleri yasaklıyor, sokağa çıkma yasağı koymuyor ama sinemaları kapatıyor, maçları tatil ediyor, işyerlerine insanlar gitmiyor, toplu ulaşım araçlarını durduruyor. Kolluk yetkisi bakımından bunu yapabilir mi yapamaz mı? Bunu hangi yetkiye dayanarak yapıyor? Bu uygulamalar nedeniyle işyerleri kapananlar vs. muhtemelen tazminat davaları açacaklar. Bunlar dolayısıyla kolluk yetkisi değerlendirilecek, bu bir yasaklama mıdır değil midir tartışması olacak. Bu, üstü örtülü sokağa çıkma yasağının hukukiliği, üstü açık sokağa çıkma yasağında olduğu gibi idarenin tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıracak bir genel yasaklama sayılacak mı sayılmayacak mı?

Dolayısıyla dünya, özellikle kolluk yetkisi bakımından çok hareketli konumdadır. Irak’a müdahale ederken Amerikan hukukçularının neredeyse 5 sene öncesinden başlayan koruyucu kolluk müdahalesi diye bir doktrinel gündemi vardı. Yani; terör faaliyetleri karşısında kolluk tedbiri almak, kamu düzeni bozulduktan sonra

kolluk tedbiri almak mümkün ve meşru; ama terör faaliyetini yapacağı muhakkak olan alanlara da müdahale etmek uluslararası kamu düzenini korumak bakımından meşru mudur tartışmasını yaptılar. Meşrudur dediler. ABD ve İngiltere gitti, kitle imha silahları var diye Irak'a müdahale etti. Bunun bir doktrinel arkası var. Şimdi de İngiltere Başbakanı özür diledi, “yokmuş aldatılmışız” dedi. ABD’de başka şeyler çıktı. Şimdi daha beter oldu tartışması gündeme geldi. Dolayısıyla bu alan ilginç bir alandır. Bunu, bir ülkenin yetişmiş insanların izleyebilecek temel kavramlara ve hassasiyete sahip olması gerekir. Neler konuşuluyor? Niçin konuşuluyor? Nasıl geliyor? Hukuki altyapısı nasıl oluşuyor? Meşruluk dengeleri nerede oluşturulmaya çalışılıyor? Bu Medeni Hukukta olduğu gibi “kanunu yazdık kanuna uygun mu değil mi bakalım” meselesi değil; hareketli bir alan olduğu için her olayla birlikte, her an her ülkede sürekli paradigmasını yeniden oluşturmak gerekiyor. Oldukça zorlu bir alan, bu zorlu alandaki hareketliliği takip edebilmek için sabit olmayan aynı şekilde hareket edebilecek kavramlara ve bu kavramların kullanıldığını görme tecrübesine ihtiyaç var ve onu göstermeye çalıştık. Kamu düzeninden, genel kolluk yetkilerinden, kollukla ilgili anlayışlardan ve güncel problemlerinden yola çıktık ve hep bu temel kavramları hareketli içeriği ile “bu budur” demeden “bunun tanımı budur” demeden, “bunun kapsamı budur” demeden harekette kullanılan kavramları göstererek anlatmaya çalıştık.

İDARENİN MAL EDİNME USULLERİ

İdarenin mal edinme usulleri 4 alt başlık altında incelenebilir. Önce bir bütünü görmek gerekmektedir. Bazı kitaplarda mal edinme usulleri diye değil kamulaştırma diye başlamaktadır. Bazı kitaplarda devletleştirmeden de bahsedilmekte; ancak neredeyse hiç birinde istimvalden bahsedilmemektedir. İdarenin mal edinme usulleri arasında kamu gücünün en yoğun görüldüğü usul kamulaştırma usulüdür.

Kamulaştırma çok önemli bir konu; ancak değişme potansiyeli taşıyan bir kanuna bağlı. Dolayısıyla kanundaki ayrıntılardan bahsedilebilir, kısmi kamulaştırma, acele kamulaştırma, takas yoluyla kamulaştırma konusunda ayrıntıya girilebilir. Bunlar çok deskriptif, her ayrıntı kanunda yazıyor, bilirkişi kaç günde inceleme yapacak gibi her ayrıntı kanunda var; ama değişken olduğu için ezberlemek bir süre sonra faydasız olabilir. Bu usuller dışında bir de devletleştirme denen ve unutulmaya başlayan bir usul var. Bunun tersi olan özelleştirme moda olmuş durumda. Kamulaştırmadan farkı, kamulaştırmanın bir taşınmazın mülkiyetini zorla almakken, devletleştirme bir işletmeyi bütün olarak almaktır.

Kamulaştırmanın eski terimi istimlak, devletleştirmenin eski terimi ise millileştirme. Tüm bunlardan bahsettikten sonra bir de mal edinme usulu olarak "satın alma" usulünden söz edilecektir.

İdarenin mal edinme usulleri başlığı çok fazla kullanılmamakta ve kitaplarda sadece kamulaştırma başlığı anlatılmaktadır. Burada ise bir bütün haline getirme söz konusu olacaktır. Mal edinme usulleri üst başlığı altında kamulaştırma, devletleştirme, istimval dışında bir de özel kişiler gibi satın alma ve bağış alma usulleri de bulunmaktadır. Bu son iki usulden kısaca bahsedilecek olmakla birlikte, idarelerin bu yollarla da mal edinebileceğini ortaya koymak açısından önemlidirler.

İdarenin mal edinme usullerinin önce çeşitleri hakkında düşünmek gerekir. Bu çeşitleri hakkında düşündüğümüz zaman hangi usulün diğerini tamamladığını, aralarındaki bağlantıyı -farkı, mal edinme sonrasındaki malın statüsüne etkisine, bu mal edinme usullerinin kendine özgü hukuki rejimini ayrıca düşünülmesini gündeme getirecek. Dolayısıyla gündeme gelebilmesi için önce bütününe ilişkin bir fikir sahibi olmak gereklidir.

İdarenin mal edinme usulleri hakkındaki ilk kısım: **Kamulaştırma**. Eski dildeki ismi de İstimval, kamulaştırma kitaplarda yoğun olarak anlatılan bir usul, İdare Hukukunun birçok açıdan özellik taşıyan bir kısmı. Bir idari işlem olarak ortaya çıkan ve kişinin rızası olmaksızın taşınmazın elinden alınmasını sağlayan bir usul. Karşılığında bir bedel problemi var. Hukuki bakımdan çeşitli aşamalardan geçmiş. Anayasa'da düzenlenmiş. Rayiç değer verilmesine dair hususlar tartışılmış, vergi değerine ilişkin hususu tartışılmış. İdari işlemlerin kendine özgü bir çeşidi olarak da bu işlem sürecinde adli yargının bir kararına ihtiyaç var. Normalde idari rejim adli yargının kararına gerek duymaksızın, herhangi bir idari yargı kararına dahi gerek duymaksızın sonuç doğuran işlemler yapılabilir. Ama bu sürecin taşınmaz mülkiyetine atfettiği önem dolayısıyla bedele ilişkin kısım ve idarenin mülkiyetine geçmesine ilişkin kısım idarenin başvurusu üzerine adli yargı kararıyla oluyor.

Esas kitaplarda yazan ve idarenin mal edinme usulü başlığı konulmadan idare hukuku konuları içinde ele alınan kısım bu, kamulaştırma nedir, usulü nedir? 2942 sayılı kamulaştırma kanununda nasıl düzenlemiştir, usulü nedir? Bu herkesin anlatmayı çok sevdiği bir konu. 2942 sayılı kanun çerçevesinde anlatılacak kamulaştırmanın Anayasa’da yer alan başlıkları var. Anayasada yer alan başlıklar da kanunda nasıl gündeme gelmiş ayrıca bunu incelemek lazım. Ana gövde bu. İdare hukuku özelliklerini taşıyor, idare hukuku özelliklerinin içinde de özel bir yeri var. Çünkü bir idari işlem olarak süreci ifade ediyor. Sadece bir işlem, yazılı işlem yapılmakla sonuç doğurmuyor. Başlangıcı, gelişim aşamaları, aşama aşama gerçekleşen süreçleri ve adli yargının gündeme girdiği bir bitiş çizgisi var. Dolayısıyla bunun bütünlüğü ve sonuç olarak ortaya çıkardığı tablo da önemli.

Bir başka mal edinme usulü: **Devletleştirme**. Bu Devletleştirme de Anayasa’da düzenlenmiş durumda. Eski dildeki ismi Millileştirme. Ali Ülkü Azrak’ın bu konuda müstakil bir kitabı var. Fakat devletleştirme gündemde değil, güncel değil. Tüm Dünya’da devletleştirme bir dönem çok gündemdeyken, özellikle 1929 ekonomik krizinden sonra; şimdi tam tersi güncel: **Özelleştirme**. Özelleştirme ve devletleştirmeyi birbirinin zıddı olarak düşünebiliriz. Devletleştirmenin özelliği, yine anlatırken mutlaka değineceğiz. Kamulaştırmadan farklı olarak bir taşınmazın alınması değil, bir işletmenin kamuya, devlete geçirmesi. Mesela en son Fransa’da Renault’nun fabrikası devletleştirilmişti. Renault’u yapan fabrika bütün know-how’uyla fabrikalarıyla, taşınır mallarıyla ve taşınmazlarıyla birlikte devletleştirilmişti. Dolayısıyla devletleştirmenin amacı bir taşınmazı devretmek değil bir işletmeyi bütün taşınır ve taşınmaz unsurlarıyla birlikte kamuya geçirmek. O yüzden de adı kamulaştırma değil de devletleştirme. Özelleştirmeden kasıt da; Devlet ekonomik hayattan çıksın bütün kurduğu işletmeleri hisse satış yöntemiyle, blok satış yöntemiyle, şu yöntemle bu yöntemle özel sektöre satsın. İdare artık denetleyici olsun, kumaş üretmeye girmesin. Sümerbank’ı kurmaya bir ihtiyaç vardı. Çünkü Sümerbank kurulduğu dönemlerde kefen bezi bile bulunmuyordu. Bu çok kullanılan gerçek geçerli bir gerekçe. Sümerbank kuruldu ki bu kumaşlar kumaş ihtiyacı karşılansın. Ama sonra Türkiye kumaş üretiminde, tekstilde Dünya ile rekabet eder hale geldi. Artık devlet de teknolojisini sürekli yenileyemediği için kumaş üretme işinde zarar ediyor, dolayısıyla kumaş üretmekten çıksın. Özelleştirilsin. Eskiden kömür çıkartmak özel uzmanlık gerektiren bir işti. Herkes kömür çıkartma işine yatırım yapamıyordu. Kömür aramak, bulmak, çıkartmak büyük maliyet gerektiren bir şey özel sektör kömür arama faaliyetine bile para ayıramıyordu. Ama şimdi dehşetli makineler çıktı, arama unsurları çıktı, toprağın röntgenini çeken makineler çıktı, uzaydan algılama yöntemiyle madenlerin tespiti kısmı çıktı. Dolayısıyla şimdi özel sektör madeni de kolay buluyor, çıkartırken de daha ucuz çıkartıyor. Mesela Türkiye Kömür İşletmeleri Zonguldak’ta 12000 kişiyle 1 ton kömür çıkartıyor, özel sektör 1000 kişiyle 15 ton kömür çıkartıyor. Dolayısıyla artık kömür işinde idarenin olmaması gerekiyor. Dolayısıyla artık özelleştirsin tamamen işletmeyi özel hukuk kişilerine versin diye bir yaklaşım var. Bunun şimdi tersi yaklaşımı da canlanıyor: şöyle ki, özelleştirme baskısı altında ekonominin temel noktalarını idare elinden bırakırsa, daha sonra bir ülkenin

ekonomik hayatının saldırıya uğrayarak yıkılması tehlikesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla zarar da etse temel işletmeleri idare yapması lazım, tamamen özel sektörün inisiyatifine bırakamaz vesaire diye.

İstimval de çok yaygın olarak yer almıyor. Fransız sisteminden etkilenenlerde istimvale ilişkin değerlendirmeler var çünkü Fransa'da istimval çok incelenmiş. Fransa'da sivil istimval, askeri istimval olarak ikiye ayrılmış. Fakat genellikle idare hukuku kitaplarında buna ilişkin çok açıklama yok. İstimval: taşınmazların mülkiyetinin idare tarafından kişinin iradesine bakılmaksızın ama gerçek karşılığını vermek suretiyle alınması, istimlak, kamulaştırma ama istimval taşınırlara ilişkin, sadece taşınırlar da değil 3 değişik konusu var. Ama esas olarak taşınırlara ilişkin. Taşınırların mülkiyetinin idareye geçirilmesidir. Niçin istimval çok yaygın değil çünkü taşınırlar başka taşınırlar edinilerek ihtiyaç giderilebilecek bir husus. Taşınmazlarda yol yapıyorsanız yolun önünde bulunana taşınmaza ilişkin ihtiyacınız var. Yolu etrafından dolaştıramazsınız. Satmak istemiyorsa zorla almanız gerekir. Ama taşınırı satmak istemeyenden almayı zorlayacak bir durum yok başka bir yerden edinebilirsiniz. O yüzden istimval normal süreçte ihtiyaç duyulan bir usul olarak görülüyor. Ama bunu gerektirdiği zamanlar olabilir. Türkiye bunu çok acı olarak deprem dolayısıyla yaşadı. Deprem gerçekleşikten sonra inşaat enkazlarının altında kalanları kurtarmak için insan gücünün yetmediğinin farkına varıldı. Mutlaka iş makinalarına ihtiyaç var. İş makinaları gelecek bağlayacak, yıkıntıları biçimli olarak kaldıracak. İstimval edip, bütün inşaat şirketlerinin elinde ne kadar iş makinası varsa isteklerine bağlı olmaksızın istimval edip, bu alana getirmeniz gerekir. Dolayısıyla istimval'e de ihtiyaç olabilecek haller var. Bunu da hukuk düzenliyor. Üstelik İstimval'in özelliği gereği sadece taşınırların mülkiyetini edinmek de değil insanlara da çalışma yükümlülüğü getirmeyi gerektiriyor. O iş makinalarını getirseniz kullanacak operatörler yoksa nasıl bunu devreye sokacaksınız. O iş makinalarını kullanan operatörlere de çalışma yükümlülüğü getiriyor. Geleceksin makinayla bunu yapacaksın. Bunun bir hukuki rejimi var. Bunun bir angaryaya dönüşmemesi için. Bu sırada gördüğü zararların tazmini için, emeğinin karşılığı alabilmesi için. Ama bunlar peşinen uzlaşılın, anlaşılın hususlar değil. Önce bunu yapacaksın, sonra bunu senin çalışmanın karşılığı istiyorsan, düşüneceğiz, çalışırken bir zararın olduysa bunun tazminini görüşeceğiz. Uyuşmazlık çıkarsa da yargıya gideceksin. Ama bu önceden anlaşma meselesi değil.

İstimval'in üçüncü bir konusu var, o da taşınmazların kullanımı. Mesela deprem sonrasında kurtulanların barınabilmesi için en uygun arsaya çadırlar konteynırlar kurulup ve insanların orada barındırılmasına çalışıldı. İdarenin belki, öyle bir arsası yok. Uygun bir arsayı idare o taşınmazı kullanmak üzere malikinin rızası olmaksızın istimval edebilir. Bu unutulduğu için deprem sonrasında büyük bir kargaşa meydana geldi istimval kullanılmadı. Ve birçok kurtarmada aksama oldu. O kadar aksama oldu ki, insanlar kurtarmaya yardımcı olayım, gideyim deyip gittikleri yerde kendi su ve diğer ihtiyaçları nedeniyle külfet oldular. Nasıl bazı teknik hususları bilmenin, düzenlemeleri bilmenin önemli olduğu anlaşıldı. İdare bu acı tecrübeleri

yaşadıktan sonra, ayrı bir birim kurdu. Hukuki araçlar bakımından düzenleme ihtiyaçlarını tekrar gözden geçirdi.

Bunun dışında bir başka usul var, onlar da çok gündeme gelmiyor kitaplarda. İdarenin mal edinme usulü, sadece 4. Sınıfta imar hukuku seçenler o usulü görüyor. İmar kanununun 18. Maddesi düzenleme ortaklık payı suretiyle mal edinme. İmar kanunu 18. Maddesi bunu düzenliyor. İdare bir alanı düzenleyip parselasyon planı yaptığında o alandaki düzenlemesinin karşılığı olarak, o alandaki parsellerden %40'ına kadarını bedavaya alıyor. Buna düzenleme ortaklık payı deniyor. Yani idare adeta şöyle yaklaşıyor: *“Ben imara açılmamış bir yeri düzenleyeceğim, bunu düzenlediğim zaman senin eğri büğrü arsaların var, bu arsalarına bir inşaat yapıp, mirasa göre paylaştırılmış ben böyle bir durumdaki arsaları parsellere dönüştüreceğim, yollar yapacağım, herkes için 1000 metrekarelik bina parselleri yapacağım, arada sokaklar olacak, okul olacak, hastane olacak; ama bu arada kullanılacak yolların, okulların, hastanenin ihtiyaç duyduğu arsayı hepinizden yüzde 40 keserek hepinizin parselini kesintili bir biçimde arsalara bölerek bedava alacak. Ben çünkü yollar, okullar, hastane yaparak senin arsana değer katıyorum. O kattığım değerini fiktif karşılığı olarak %40'a kadarını bedava alıyorum. Kamulaştırma değil, herkesten keseceğim. Mesela yol şuradan geliyor diye A'nın ve B'nin arsasından çıkmayacak bu. A'nın ve B'nin eski arsasının yeri olacak ama ben sizin mülkiyet hakkınızı ayaklandıracam, o yüzden de hamur kuralı deniyor. Kimse ortada kalmayacak, arsayla bağlantısını kopartacağım. Ben arsaları alıp, onların bütününe oranını hesaplayıp %38,3 ise. Herkesten %38,3 kestiğim burada kamusal alanın kullanılması için miktarı ortaya çıkacak eski arsa kesilmiş biçimde ama kıymetçe daha çok değerli yerler olarak geri göndereceğim. Ben yani 1000 metrekare arsanı sana 600 metrekare olarak veriyorum ama 1000 metrekare 10 liradan 10000 lira yaparken, şimdi 600 metrekare arsan 30 liradan sana 18000 lira yapıyor. Dolayısıyla sana 600 metrekareye indirmiş olmam esasında bir kayıp değil, miktar olarak azaltıyorum, değer olarak arttırıyorum. İnşaat yapılabilir olarak getiriyorum, düzgün parsel olarak getiriyorum.”* Buna da 18. Madde uygulaması, DOP kesintisi, hamur kuralı, arazi ve arsa düzenlemesi gibi terimlerle karşılanıyor. DOP kesintisi. Bu da önemli bir mal edinme usulü. Bu düzenleme iki defa Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş, AYM her iki seferde de bunu Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Bir çeşit aynî vergi olarak görmüştür. Hukuki problemi var ama yürürlükte olan bir müessesedir.

Bir diğer mal edinme usulü: **Satın alma**. Bu satın alma usulü şimdilerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından da yola çıkarak, idarenin esas mal edinme usullerinden biri haline geldi çünkü zorla mal edinmek, taşınmaz mal edinmek esasında problemler, uyuşmazlık çıkartıyor. İnsanların mülkiyet hakkına potansiyel bir tehdit içeriyor. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1. Protokolü 1. Maddesinde de mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler, kararlar var. Türkiye en fazla bu noktalarda mahkûm oluyor. 2942 sayılı kanun büyük değişikliğe uğrayarak kamulaştırma usulü uygulanmadan önce satın alma usulünü deneme mecburiyeti getirdi. İdare bir tüzel kişi olduğu için herhangi bir özel hukuk tüzel kişiliği gibi bir gerçek kişiden veya özel hukuk tüzel kişisinden taşınmazını satın alma yolunu tercih edebilir. Bu bir mal

edinme usulüdür. Uyuşmazlık çıkmasına engel olur. Fiyat üzerinde anlaşılır ve taşınmaz satın alınır. Buradaki usul ise şu: İdare satın alma usulüne başvurmak istediği zaman istediği fiyatı serbestçe belirleyemez. İdarenin verebileceği en yüksek fiyatı belirlemeye yönelik bir süreç var, bunu bilmek gerek. Kıymet Takdir Komisyonu önce bakacak, o malın fiyatını belirleyecek en üstte verilebilecek fiyatı belirleyecek, siz mal sahibiyle daha bu fiyatı bilmeden pazarlık yapacaksınız, daha ucuza alıyorsanız ne ala fakat Kıymet Takdir Komisyonun size biçtiği fiyattan daha fazlasını veremeyeceksiniz. Bu da bir usul.

Bunlardan bir diğeri, **Bağış**. Miras yoluyla veya diğer şekilde bağış. Mirasçısız ölenlerin mallarının idareye geçmesi. Ucunu bir kabul edebiliriz. Gönül rahatlığıyla bağışlayanlar var, Türkiye’de de çoğalıyor. Evlatsız, yalnız başına kalmış, malini sonuçta birisine bağışlamak istiyor ve İstanbul üniversitesinden mezunsa İstanbul üniversitesine bağışlıyor. İlginç bir bağışımız var. Niçin bağışladığı belli değil, İtalyan vatandaşı bir hanımefendi Roma’da bulunan iki dairesini İstanbul üniversitesine bağışladı. İstanbul üniversitesi şimdi ne yapacağını düşünüyor. Esasında ilginç şeyler yapılabilir orada. İtalya’ya gidenlere misafirhane gibi bir şey yapılabilir. Vasiyet yoluyla bağış gündeme geliyor, orijinal olan kısmı su, onda sadece hazineye geliyor. Birisi mirasçısız ölürse malları hazineye kalıyor. Buna ilişkin de çok sayıda uyuşmazlık var. Mirasçısız ölmeye ilgili. Mirasçılar çıkıyor, gerçek mirasçı mı değil mi problemi gündeme geliyor.

En sonuncusu da Anayasa ve yasa gereceği, **devletin hüküm ve tasarrufunda olan mallar** diye bir kategori var. Mesela kültür ve tabiat varlıklarını koruma kanunu madde 5’e göre, varlığı bilinen veya bilinmeyen, yer altındaki ve yer üstündeki bütün kültür varlıkları devlet mali sayılıyor. Mesela anayasa 43’e göre kıyılar devletin hüküm ve tasarrufunda sayılıyor. Anayasa 160’a göre ormanlar devletin hüküm ve tasarrufu altında kalıyor. Tabii kaynak da devletin hüküm ve tasarrufu altında kalıyor. Böyle bakıyorsunuz, bir yer kıyı ise, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır diye, tapuları iptal ediyorsunuz. AIHM evet yapabilirsin diyor, ama karşılığında bir tazminat vermek gerekli. Deprem sonrasında Gölçük’te kıyı şeridi değişti, deniz 150 metre kadar içeri girdi, İzmit’te eskiden tapulu olan yerler kıyı haline geldi, tapulu olan yerlerin hepsinin tapusu iptal edildi, para verilmeksizin. Kıyı haline geldiği için devletin hüküm ve tasarrufu altına geldi. Sonra AIHM başvurular sonucunda bir tazminat hakkı elde ettiler. Fransa bu konuda ilginç bir makale başlığı var. “Dalgaların kaprisi karşısında devletin hüküm ve tasarrufu” Çünkü oralarda gelgit olayları 300-400 metre oluyor Atlantik’te, su çekildikçe ve tekrar geldikçe, suyun ulaştığı yerler kıyı ise, devletin hüküm ve tasarrufu altında. Kıyı ise devletin, mesela Elmalı hazineleri böyle alındı. Elmalı hazinelerinde, çaldıktan sonra, satmışlar, müzayede evinde alınmış, Amerika’daki bir müzeye sonuç olarak gitmiş. Türkiye dava açtı ve dedi ki, bizim hukukumuzla göre bu devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu mallarındandır. Hiçbir zaman, çalanın, ya da iyi niyetle iktisap edenin mülkiyetine geçmediği için, geri vermeniz gerekiyor diye. İnceledikten sonra, hak erdiler ve geri verdiler. Dolayısıyla diğer hırsızlık mallarından farklı olarak iyi niyetli kimsenin iktisabı, mal edinmesi bile korunmaz devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu için.

Tapuya güvenerek alsanız bile korunmaz. Daha tuhafı var Karadeniz’de: Aldığınız tapulu, önceden orman olmayan yer, yıllarca gitmez ve oraya bakmazsanız arsanıza diktiğiniz ağaçlar meyve ağaçları gibi meyve de dikilmiş oradaki doğal bitki örtüsüne uygun ağaçlar değilse orman tabiatın gücüyle arsanızı kaplamışsa, eylemli orman sayıyor ve tapunuzu iptal ediyor, idare. Artık devletin hüküm ve tasarrufu altında oluyor, orman olduğu için artık malınız değil. Sadece tazminat isteyebilirsiniz. Bazen tabiat devlete mal kazandırıyor. Orman taşmış, kaplamışsa, sonradan o malı idarenin malı olarak görürsünüz. Tazminat olarak arsa fiyatı üzerinden bir miktar verilir, verilmez uğraşsınız. AİHM’ne gidersiniz. Ne kadar farklı mal edinme usulleri var. Çünkü bu mal edinme usullerinde idareyi böyle bir arsa spekülörü olarak görmek mümkün değil; daha sonra göreceksiniz, kamu malları sahibi olan devlete karşı bile korunan mallar. Yani idare istediği zaman ormanı başka bir işte kullanamıyor. Kullanmaya kalktığı zaman mevzuat ve uygulama bakımından sorun çıkıyor. İşte ormanlarda maden arama vesaire izin verilir mi, verilmez mi? İdare kıyıyı istediği gibi kullanamıyor. İdareye karşı da korunuyor. Bu mallara verilen önem nedeniyle Anayasa’da güvence altına alınmış ve bunları adeta mülkiyet hakkının dışına çıkartarak devletin hüküm ve tasarrufu altına alarak nitelendirmiş. Dolayısıyla bunların edinilmesi tabii niteliklerine bağlı. Bir yer kıyı haline gelmiş ise denizin ulaştığı son noktaya denize dayanan kısım arası kıyı denilen kısım. Kıyı kenar çizgisiyle kıyı arasındaki kısım devletlerin hüküm ve tasarrufu altında, üzerinde özel mülkiyet olmaz. Devlet istese de satamaz, satsa da geçerli olmaz. Üzerinde yıllarca otursa da onun olmaz. İyi niyetli tapuya dayanarak alsa da onun olmaz. Medeni hukukçular da bu hükümleri değerlendirmedikleri için mülkiyete ilişkin anlattıklarının bir boyutu eksik kalıyor. Bu bir vakıa, hukuki bir vakıa, mahkeme kararlarıyla, kanunlarla ortaya çıkmış bir vakıa. Dolayısıyla mülkiyet dediğimiz şey, devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerler dışında mülkiyete tabii olabilen yerlerdir. O yüzden buralar tapuya bile kaydolmaz. Denir ki tapuya kaydı konanlar, tedavüle açık olan, yani alıma satıma açık olan mallardır. Bunlar zaten alınıp satılamaz. İdare onun maliki değildir, koruyucusudur. Kamu mülkiyeti de bunlardan farklı bir şey değildir. Dolayısıyla bunlar hiçbir şekilde özel mülkiyete elverişli olmayan mallardır. Yani bir mal özel mülkiyette de olsa devlete geçer. Tarihi eserleri de öyle almaya çalışıyor devletler.

DEVLETLEŞTİRME

Devletleştirmeden başlayalım. Devletleştirme 47.maddede Anayasanın düzenlenmiş, 99’da da madde ekler aldı ve özelleştirmenin anayasal dayanağı olsun diye iptaller gerçekleşince bu gündeme geldi ve kanunla düzenlenebilmesine ilişkin özelleştirme de devletleştirme maddesine sokuldu. Hüküm şu şekilde:

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kaldığı hallerde devletleştirilebilir.” Yani devletleştirme takdire bağlı bir şey. Kim takdir edecek sonra değinilecek. Zorunluluk değil, devletleştirme imkânı fakat çamı devirdiği kısım, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler demesi. Çünkü biz kamu

hizmetini incelerken kamu hizmetinde dedik ki, kamu hizmeti teknik bir husustur. Ancak idareye görev olarak verilen hususlar kamu hizmeti olur. Organik bir bağlantı gerekir. Bunun özel kişiye gördürülmesi de kamu hizmetinin özel kişi tarafından görülmesidir. Hâlbuki maddede dikkat ederseniz, kamu hizmetini teknik bir anlamda kullanmıyor, yani bir faaliyet kamu hizmeti olmayı gerektiriyor ise, kamu yararı zorunlu kılıyor ise, o faaliyet idareye geçmedikçe ihtiyaçta tatmin olmuyorsa, kişiler bakımından çok önemli nitelik taşıyor ise demek istiyor ama kullandığı terimler, teknik bakımdan yanlış. İnsanın aklını karıştırıyor. Zaten kamu hizmetiye neden devletleştiriyorsun, kamu hizmeti zaten devlette demek. Devlette olan bir şey devletleştirilmez ki, bu özel sektörde olan bir şeyi devletleştirecek. Özel sektöre gördürüyor ise, sana ait bir işi özel sektöre gördürüyor isen zaten devletleştirmeye gerek yok, sözleşmeyi fesh edersen, tekrar kendin emanet usulde görürsün problem olmaz. Öyleyse burada kamu hizmeti niteliği taşıyan Anayasa'daki ifade bakımından isabetsiz, açıkça yanlış. Sosyal bilimlerde yanlış demek çok zor. Çünkü farklı fikirlerin dayanağı olabilir, ama bu teknik bakımdan yanlış. Anayasa'nın diğer maddelerinin ortaya koyduğu hukuki bakımdan yanlış. Anayasa kamu hizmetini zaten idarede olan, devlette olan bir faaliyet, onun bizzat gördüğü ya da kendi gözetim ve denetimi altında özel kişiye gördürdüğü bir faaliyete o ismi veriyor, kamu hizmeti nitelendirmesi yapıyor. Aksaklık var. Burada kastettiği devletleştirmenin teorik esaslarına baktığımızda belirginleşiyor. Devletleştirmede esas; bir faaliyet, zorunluluk ortaya çıktığı zaman devletleştirilir. Çalışma özgürlüğü var. Siz adamın işletmesini niye özelleştireceksiniz? Çok para kazanıyor diye devletleştirirseniz olmaz. Onun parasına göz dikerseniz olmaz. Ancak sizin yapmanız için başka sebepler olacak. Aksama vesaire gibi.

Zorla aldığımız için bir hukuki altyapıya sahip olması lazım. Bunu düzenlemiş. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir diye de bir hüküm var. Burada iste devletleştirmenin özelliği devreye giriyor. Devletleştirmenin en önemli özelliği kanunla olması. Yani İdare, Bakanlar kurulu veya bir Bakan oturup karar veremiyor devletleştirmeye tek başına. Meclise devletleştirme konusuna bir teklif sunması ve devletleştirmeye dair bir kanun çıkması lazım. Her bir devletleştirme ancak ve sadece kanunla olur. Yani TÜPRAŞ'ın devletleştireceksen, TÜPRAŞ'ın devletleştirilmesine dair bir kanun çıkartman lazım. Devletleştirme kanunu var ama her bir devletleştirme için bir devletleştirme kanunu gerekli olduğu için ve devletleştirme kanunu önceki kanun olacağı için o devletleştirmeye ilişkin başka hükümler düzenlemek mümkün. Tekrar ediyorum. Devletleştirmeye ilişkin bir kanun var, bu kanun çeşitli hükümler düzenliyor ama TÜPRAŞ'ı devletleştirirken TÜPRAŞ'ın devletleştirilmesine dair yeni bir kanun çıkartmak gerekir. Yeni bir kanun çıkarttığına ise, önceki devletleştirme kanununa uyulması zorunlu değildir. Çünkü önceki tarihli kanun. Bu Fransa'dan birçok şeyi düşünmeden aldığımız için Fransa'daki organik kanunun benzerinin olmadığını dikkate almadan yapmışlar. Fransa'da şöyle bir usul var. Anayasa var. Kanunlar vara. Kanunla anayasa arasında da *loi organique*, çerçeve kanun uygulaması var. Çerçeve kanun o alanda yapılacak kanunların kendisine uyması gereken kanun. İki kanun arasında hiyerarşi yapmış.

Nasıl Anayasa'ya uyması gerekiyorsa çerçeve kanuna da uyacak. Hâlbuki bizde kanunlar arasında bile hiyerarşi yok. Sonraki tarihli kanun önceki kanunu zımnen veya açıkça değiştirebilir. Sonraki tarihli kanun geçerli. Önceki tarihli kanun sonraki tarihli kanunu bağlayamaz, kısıtlayamaz. Sonraki tarihli kanunu kısıtlayacak, bağlayacak, yön verecek ancak Anayasa'dır. Yani bizde devletleştirme kanunu yapılması her bir devletleştirme için ayrı bir kanun olduğu için ayrıca bir şey ifade etmez. Bunu dikkate alabilir ama farklı da düzenlemesine engele değil. Öyleyse Kemal Gözlerin şemalarına bakarsanız daha iyi anlarsınız. Konu bakımından, hukuki araç bakımından, o şemada daha iyi de gösteriyor, kamulaştırma, konusu ne, hukuki aracı ne, hangi zamanlarda olur, devletleştirme konusu ne, hukuki aracı ne, hangi zamanlarda olur. İşte bu kamulaştırma idari işlemlerle, normal zamanda olabiliyor. Devletleştirme ise ancak kanunla oluyor ve olağanüstü ekonomik değerlendirmelere bağlı oluyor. Olağanüstü dönemlerde değil. Olağanüstü ekonomik şartlara bağlı olarak. Bugünden yarına hiçbir ülkenin gündemine devletleştirelim mi, devletleştirmeyelim mi? diye aklına gelmiyor. Ancak, ekonomik bir gerekçe olduğu, genel makro bir sıkıntı olduğu, bir çalkantı olduğu zaman yeni makroekonomik tercihler meydana geldiği zaman, o zaman şey gündeme geliyor. Tablosu mevcut. Karşılık var mı? Var. Zaten karşılığı olmayan bir şey olamaz Hukuk Devletinde. Cebri devir, yani istemese de devralıyor, cebri demesi o. Konu: taşınmaz özel teşebbüs. Bunun içerisinde taşınmaz da var taşınır da var, programlar da, üretim bandı var. Niteliği olağan. İstimval'de olağanüstü. Simdi burada olağan ve olağanüstü diyor. Olağan ve olağanüstü kelimelerinin bir hukuki boyutu var, bir de ifade ettiği maddi âlemdeki şartlar var. Olağanüstü yönetim usulleri dendiği vakit Anayasa'da belli: sıkıyönetim, olağanüstü hal ilan, savaş, seferberlik halleri gibi. Olağan dendiği zaman ise bunların dışındaki haller var. Kemal Gözler yanlış kullanmış. Olağan yönetim usulleri sırasında olağanüstü şartların varlığı halinde devletleştirme olabilir. Buna olağan denilemez. Kamulaştırmadan farklı. Olağanüstü şartlar ne? Akaryakıt bulunmuyor, millet kuyruğa girilmiş, arabalar çalışmıyor, taşıtlar çalışmıyor fabrikalar çalışmıyor. TÜPRAŞ üretmiyor, zarar ediyorum diyor. Olağan yönetim usulleri ama olağanüstü bir durum var. Normal benzin akışı varken değil, devletleştiriyorum diyor, karşılığını veriyor, ben üretiyorum diyor, idare üstleniyor, zarar etse bile. İhtiyacı karşılamak için. Olağan yönetim usullerinde olağanüstü ekonomik şartlar halinde.

İstimval'e gelelim, istimval'de olağanüstü demiş (şemada). O da doğru değil. Olağanüstü yönetim usullerinde istimval var. Fakat olağan dönemlerde olağanüstü şartlarda da istimval var. Orman Kanunu diyor ki:

Orman yangını çıktığı zaman ormanın civarında oturan 18 ila 160 yas arasındaki her erkek orman yangını söndürmeye elverişli kasma, kürekle yangın söndürmeye katılmak zorundadır. Burada orman yangını olağanüstü bir şart ama yönetim olağanüstü değil. Burada da istimval. Olağan yönetim usulünde olağanüstü bir durum çıkmış, orman yangını var. İstimval ediyor, gel sen bu orman yangını söndürmeye çalış diyor, gelmezsen sana para cezası var. Bakın ne diyor:

Simdi bir yazarın olağanüstü demesi doğru mu? Hak veriyor musunuz bana? Olağan ve olağanüstü eklemlerini ya hukuki statü olarak ya da şartlar bakımından

kullanabilirsiniz. Bu yazarın kullanımını her iki halde de doğru değil. İstimval olağan dönemde olağanüstü şartların bulunması halinde olur, devletleştirme ise olağan dönemdeki olağan bir usul değildir. Olağan dönemdeki olağanüstü şartların zorunlu kıldığı bir usuldür.

Devletleştirme bir idari işlem değil. İdarenin hazırladığı ve Büyük Millet Meclisin kanun çıkarmasına bağlı bir usul. Olağan dönemlerde ancak olağanüstü şartların varlığı halinde olduğunu gösteriyor. Adli yargıya ilişkin kısımları var. Adli yargı bir denetim olarak girmiyor, idari işlemi tamamlayıcı olarak giriyor. Kamulaştırmanın denetimi idari yargı, adli yargının varlığı ise idari işlemi tamamlamak için. İşlemi yapmak için. Anayasa mahkemesi, kanun denetleyecek. Bu bakımdan da belirleme yapılmıştır.

İSTİMVAL

İstimval önemli bir alan, ilginç bir alan, bence hayati bir alan. Kavramlar düşünmeyi geliştireceği için, depremden önce olsa hayat kurtarırdı. Yani hukukun esasında ne ise yarayacağına ilişkin. Valilerin bu konudaki yetki bilinci tam olsaydı, bakanların tam olsaydı, müthiş istimvalller yaparak hızlı kurtarma faaliyetlerine girişilirdi. Birçoğu gönüllü olarak geldi. Mesela madenciler. Madenciler gönüllü olarak gelmeselerdi, kamu ve özel madenlerinde çalışan bütün madencileri enkazı yıkmadan içine girebilme tecrübeleri nedeniyle istimval edip deprem bölgesine sevk ederek onlara da çalışma karşılıklarını vererek, mutlaka kendilerinden fedakârlık etsinler diye değil. Kurtarma çalışmaları sırasında şehit olur, yaralanır sakat kalırsa bu istimvalin hukuki çerçevesinin tazminatını vererek geride kalanlarına tazminatı vererek ise hukuki bakımdan koymak mümkündü. Hem davet edilirdi, hem düzenlenirdi, hem kurtarma faaliyetleri yerine getirilirdi, kepçe operatörleri, ağır iş makineleri çalışanlarıyla birlikte istimval edilebilirdi. Türkiye’de istimval’in en son örneği Kıbrıs Barış Harekâtı sırasında çıkarma gemisi olmadığı için yük gemilerinin istimval edilmesi şeklinde oldu. Ve istimval edilen bir gemiyi yanlışlıkla bizim uçaklarımız batırdığı için de tazminat uyuşmazlığı doğdu. Bir koordinasyonsuzluk sebebiyle düşman gemisi zannedilerek batırıldığı için, ona ilişkin de uyuşmazlık vardır. İstimval önemli ve unutulmuş. Kitaplarda dahi yer almamaya başlamış.

İstimvalin temelini Anayasa 18. maddede görebiliriz. Esasında doğrudan istimvali ele almıyor ama istimvale bir zemin sağlıyor:

II. Zorla çalıştırma yasağı

Madde 18 – Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.

Olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler olağanüstü yönetim usullerine atıfta bulunuyor 119, 120, 121 buna ilişkin ayrıca hükümler içeriyor. Ülke

ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, bu da doktorların mecburi hizmetine temel hazırlamak için.

Yani burada zorla çalıştırma sayılmayacak haller anlatılırken bir çeşit istimvale temel teşkil ediyor. Bir de 121’de var. Sondan bir önceki paragraf: *119. Madde uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek, para, mal ve çalışma hükümleri ile olağanüstü her birisi için geçerli olmak üzere...* diye devam ediyor. İşte bu yüzden istimval olağanüstü yönetim usullerinde bir usul zannediliyor. Çoğunlukta evet olağanüstü yönetim hallerinde yani olağanüstü hal ilan edildikten sonra anayasa 121 de buna yönelik. Ama Orman Kanununda olduğu gibi, orman yangını çıkınca olağanüstü hal ilan edilmiyor. Olağanüstü şartların varlığında da bu böyle. İstimval yükümlülüğü, yani olağanüstü şartlar çıktığında olağanüstü hal ilan edilmese bile, kanunla düzenlenmiş olağan istimval halleri var. Şöyle ifade ediliyor: para, mal ve çalışma yükümlülükleri. Buna ilişkin kanunlarda düzenlemeler var.

Orman kanununa değinildi. Deniliyor ki. *“Söndürme işine gelenler yangını söndürmeye kâfi gelmezse daha ilerdeki köy ve kasaba halkından mükellef olanlar da yangın yerine gönderilirler. Aynı şekilde, vali, kaymakam, nahiye müdürü ve köy muhtarları ve civardaki asker ve jandarma birlik kumandanları bölgedeki orman başmüdürü ve onun lüzum göstereceği orman memurları yangın mahalline yardımcı göndermeye ve bizzat gitmeye mecburdurlar. Yangın söndürülmesinde çalışanların bu yüzden hasara uğrayan zati eşya ve teçhizatını Devlet ormanlarında orman idaresi, diğer ormanlarda alakalıları tazmine mecburdurlar.”* Yangın söndürmeye gelenler yangın söndürmeye kâfi gelmezse daha ilerdeki köy ve kasaba halkından mükellef olanlar da yangın yerine gönderilir. Aynı şekilde vali, kaymakam vesaire, asker ve jandarma birlik komutanlarını lüzum görünce bizzat gitmeye mecburdurlar. Bakın son kısmı da tazmin usulü. Tazminatın kimden alınacağı öngörülmüştür.

İstimval, bedeni ve araçlarla çalışma yükümlülüğü. Dikkat ederseniz bizzat gitmeye mecburdurlar diyor. Yani orman memurları vesaire istimval ettiği kimseler yangını söndürecek değil bizzat kendileri gidecek, onları sevk edecek, neler yapacaklarını gösterecek.

Burada 70.madde var. *“Gidiş dönüş ücretleri ödenir”*. Burada istimvalin bir görünümü para verilmez, tazminat verilir. Gidis-dönüs yol harcırahı verilir. Ama onun dışında bu bir vatandaşlık görevi olan istimvaldir diye bakılıyor. Zarar görürse zararı giderir ama ayrıca bunu bir kazanç meselesi yapamaz.

İstimvalin İlkeleri

Kemal Gözler’in belirlediklerine bakalım: Cebri devir. Cebri devir, taşınır olduğu zaman. Ama beden olduğu zaman kişiliğini devretmiyor ki, mecburen çalışma yani cebri hizmet alma. Bu istimvalin en önemli özelliği cebri hizmet alma, emeğini alma. Normalde bir insanın emeğini, memur olmamış bir insanın emeğini zorla kamu isinde kullanamazsınız. Bir insanın zorla emeğini kullanma istimvaldir. O da ancak olağanüstü şartlar varsa. Kişi memur olmak istemiyordur. İdare’de çalışmak

istemiyordur ama eğer bu istimval şartları varsa olacak. İşte o yüzden doktorların mecburi hizmeti de istimval mi? Değil mi diye tartışılıyor çünkü tıp fakültesinden mezun olduktan sonra eğer doktorluk yapmak istiyorsanız mecburi hizmete gitmeniz lazım, gösterilen yerde. Ve o sırada tıpkı bir devlet hastanesinde çalışan doktor gibi maaş alacaksınız. Sonra ben devlet hastanesinde çalışmak istemiyorum, özel olarak muayenehane açacağım, özel hastanede çalışacağım desanız de bu hizmeti yapmazsanız doktorluk yapamıyorsunuz. Dolayısıyla doktorluk yapabilmenin on şartı mecburi hizmet. Hatta ihtisas yaptıktan sonra yine mecburi hizmet var. İhtisastan sonra yan dal ihtisası yaparsanız, yeniden mecburi hizmet var. Çünkü şöyle düşünülüyor: Türkiye’de 200 tane çocuk nöroloğu var, bunlar isterse daha sonra para kazanmak için çalışabilir, ama idarenin ihtiyacı var. Çocuk nöroloğu olamayan yerde bunları çalıştırılmalı. Karşılığında para da veriliyor, normal doktorlarıma verilen para gibi. İşte bu cebri olarak hizmet alma veya orman yangını sırasında cebri olarak cebri hizmet alma, ya da cebri olarak taşınırı alma. Cebri olarak kendisinin kullanması yani her zaman devir de değil. Taşınırların kullanması. Devir yok yani burada hizmet alma var. Zarar görürse zararı tazmin edilir. Yani bu bir devir değil, her zaman bir mülkiyeti almak değil. Taşınırların kullanımı ve/veya mülkiyeti ve kişilere bedeni yükümlülük getirme. Taşınmazların sadece kullanımı. Mülkiyeti olursa kamulaştırma olur. Bunlar istimvalin konuları. Mal edinme bakımından önemi nerede? Hizmette kullanılacak mali temin ediyorsunuz. Zorla temin ediyorsunuz. Mülkiyetini almıyorsunuz. Bazen de mülkiyetinize alıyorsunuz, gerekiyorsa. Karşılık var mı? Var. Kimi zaman ama bu karşılık tazminata ilişkin güvence vermek içindir. Ama para verecek diye bir şey yok. Karşılığa bir para yok. Orman yangınında bir emek karşılığı yok. Konu taşınırlar diyor, sadece taşınırlar değil, taşınırların mülkiyet ve veya kullanımı. Taşınmazların kullanımı ve bedeni çalışma. Yani sadece idarenin mal edinme usulü değil bir mal kullanma, insan kullanma usulü. Niteliği: olağanüstü hallerde. Evet. Ama sadece olağanüstü hal yönetimlerinde değil olağan dönemlerdeki olağanüstü hallerde de. Nitekim kanuna bakarsanız. Derece derece gidiyor. Mesela terör olayı dolayısıyla olağanüstü hal ilan edilmiş ise, ekonomik istimval getirmiyor. Ekonomik buhran nedeniyle olağanüstü hal ilan edilmişse istimval getiriyor. Yani olağanüstü hal yönetimini ilanına bağlı istimval yetkisi de değişiyor. Her olağanüstü yönetimde değil. İşlem niteliği: idari karar. Evet. Bir kanun değil, idari karar. Denetim idari yargı. Adli yargı ise bedelle, tazminatla ilişkin uyuşmazlıkta gündeme gelebilir. Yaptırımlarda idari yargıda gündeme gelir. Orman yangınına söndürmeye katılmazsa para cezası gündeme gelebilir. Bunun denetlenmesi idari yargı yerinde yapılır. Ama tazminatla ilgili bir husus ise adli yargıda çözüme kavuşturulur.

KAMULAŞTIRMA

Kamulaştırma ise günlük karşılaşılan bir usuldür. AİHM kararları nedeniyle satın alma mecburiyetinin getirilmesi dolayısıyla azalan bir yönü var ama o kadar sıradan ve karşılaşılan bir şey ki kamulaştırma. Bir kere ekonomik bakımdan, sosyal bakımdan olağan dönemlerde olağanüstü şartların gerçekleşmesine gerek yok. Olağan

dönemlerde olağan mal edinme usulü. Olağanüstü dönemlerde de kamulaştırma olabilir. İdarenin çokça rastlanan bir mal edinme usulü. Niçin? Çünkü bir yol güzergâhı açılıyor ise, o yol güzergâhı üzerindeki taşınmazların sahipleri satmazlarsa idare karşılığını ödeyerek almak zorunda. Yolun güzergâhında bir sakatlık yoksa yapılması gerekiyorsa bu gündeme gelecek.

Nasıl güvenceler getirilmiş, hangi hallerde kamulaştırmaya başvurulur, kamulaştırmanın karşılığı nasıl hesaplanır, idarenin keyfi davranmaması için hangi aşamalardan geçilir, hangi hallerde taşınmaza el konulabilir ve kullanmaya başlanabilir, hangi amaçla kamulaştırmaya başvurulabilir, bunların hepsi ayrıntılarıyla bir kanunla düzenlenmiş durumda. Ve bir işlem sadece bir yazı halinde olmaktan çıkartılmış, böyle bir derinliği ve kalınlığı olan bir usul haline getirilmiş.

O sırada herhangi bir hata olursa, yargısal denetimle buna ilişkin aksaklıkları giderme imkânı güvence altına almak isteniyor. Yani denetim konması da bu alan bakımından getirilmiş bir imkân. Kıymetin nasıl ölçüleceği, buna ilişkin getirilmiş alan, derinlik çok önemli.

Kamulaştırma Anayasa'da nasıl yer almış? Çünkü Anayasa'ya aykırı kanunla düzenlenemez, Anayasa'da düzenlenmesi önem verilen kısmını gösterir. O yüzden başka ülkelerin Anayasa'sında kamulaştırmaya ilişkin bir madde yer almazken bizde 4 paragraf, uzun bir kamulaştırma maddesi yer alabilir. Çünkü kamulaştırma olaylarının geçmişinden hareketle aynı şeyler düzenlenemesin, anayasal güvence altına alma gereği hissetmiş anayasa koyucu. Yani kamulaştırmayı okurken Anayasa'ya çıkartılmış ilkelerin bir anlamı var, daha önce bu konularda problem çıkmış, bunların artık olmaması isteniyor, böylelikle Anayasa'ya getiriliyor.

Kamulaştırma idarenin mal edinme usullerinden birisidir. İdarenin mal edinme usullerini kullanırken ki yetkisinde temelini ve düzenlemesini anlamak ve diğer mal edinme usullerinden farkını anlamak şeklinde iki problemlili husus karşımıza çıkmaktadır.

Çünkü bir mal edinme usulünde idarenin bir usulü kullanması gerekirken başka bir usulü kullanması da bir hukuka aykırılıktır. Kullanacağı usulü doğru uygulamaması da bir hukuka aykırılıktır. Şartları gerçekleşmeden uygulaması da bir hukuka aykırılıktır. Dolayısıyla hem bir mal edinme usulünü kendisini bünyesini işlevini şartları tanımak gerekir. hem de diğerlerinden farkını belirlemek gerekir.

Devlet ve kamu tüzel kişileri 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 idari irtifaklar kurmaya yetkilidir. Virgüllerle ayrılmış önemli unsurlarla ilk cümle bir paragraf gibi yazılmıştır.

İlk kısımda kimlerin kamulaştırma yapabileceği düzenlenmiştir. İşlem bakımından yetki hususunu ele almıştır. Kim yapabilir? sorusunu belirleyen hususlardan birisidir. Demek ki kamu tüzel kişi olmadığı takdirde bir yetki problemi olabilir. Ayrıca devlet ve kamu tüzel kişileri diyerek "Devlet" kavramına vurgu yapmaktadır.

Kamu yararının gerektirdiği hallerde ibaresini anlamlandırmak gerekir. Yani kamulaştırma serbestçe kullanılacak bir yetki değildir. Kamulaştırmanın yapılabilmesi için ancak bir sebebi olması gerekir. O yüzden kamulaştırma yapılabilmesi için sebep kamu yararının gerektirdiği haller olarak belirlenmektedir. Esasında zorunlu kıldığı hallerde denilebilirdi ama gerektirdiği halleri esas olarak almıştır.

Demek ki idare bir gereklilik olmadan kamulaştırma yapamaz. yani adeta bir arsa spekülâtörü gibi davranamaz. Kamulaştırma yapayım o taşınmaz bir kenarda kalsın diyerek kamulaştırma yetkisini kullanamaz. Bir sebebi olmadan kamulaştırma yapamaz.

İdare eğer özel hukuk kişileri gibi ticari faaliyete giriyor ise bu kamu yararının gerekliliği kapsamı dışında olabilir. idarenin özel hukuk kişileri gibi ihtiyaç duyduğu hususlara ilişkin kamulaştırma yetkisini kullanırsa sıkıntı olabilir. Mutlaka yürütmek ile yükümlü olduğu idari faaliyetleri için kamulaştırma yapılabilir. Eskiden buna kamu hizmetleri için kamulaştırma yapılabilir denilmekteydi. Ama biliyoruz ki idari faaliyetlerin hepsi kamu hizmeti değildir. Kolluk var, özendirme destekleme var. Dolayısıyla idarenin yapacağı faaliyetin kamulaştırmayı gerektirmesi lazım. O yüzden de kamulaştırmanın anlaşılması zor hakkaniyet bakımından değerlendirmesi zor görünüşleri var. mesela organize sanayi bölgesi yapılırken kamulaştırma yapılıyor bir özel hukuk kişinin taşınmazı alınıp organize sanayi bölgesi içerisinde yatırımcı olan başka özel hukuk kişisine veriliyor. Bu durum hakkaniyet problemi doğurduğunda da; organize sanayi bölgesi kurmak, işletmek, devletin görevleri arasında olduğu ifade edilmektedir. Esasında burada özel hukuk kişisine yatırım yapsın diye bir arsa vermekten ziyade organize sanayi bölgesi kurmak şeklindeki görevinin gerektirdiği bir ihtiyaç için kamulaştırma yapılmaktadır. Özel kişi lehine kamulaştırmalar var. Onu göreceğiz. Burada net bir husus var. Oda kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yapılabilir. Demek ki bir kamu yararı gerekçesine ihtiyaç duyulmaktadır. Temelinde bunu gerektiren bir kamu yararı olması gerekir. Kamu yararı da geniş bir kavramdır. İdarenin faaliyetlerinin gerektirdiği hallerde diye de tercüme denilebilir. Kamu yararını özellikle Kamulaştırma Kanununun 23. maddesi dolayısıyla göreceğiz. Anayasada da yer alan bu genişliğin bir anlamı vardır.

Anayasa'da yer alan diğer bir husus ise; tıpkı devletleştirmede olduğu gibi gerçek karşılıkları peşin ödemek şartıyla kamulaştırma yapılabilir. Bu da önemli bir ilkedir. Eskiden kamulaştırma vergi değeri üzerinden yapılmaktaydı. Vergi değeri üzerinden yapılıncaya da gerçek karşılığında daha düşük, kişilerin vergi kaçırmak amaçlı düşük gösterdiği beyanlar üzerinden kamulaştırma kime isabet ederse bir felakete yol açmaktaydı. Dolayısıyla kamulaştırmayı böyle adeta idarenin kime rastlarsa bir felaket piyangosu olmaktan çıkartıp, mal alıp değeri ile değiştirmek şeklinde bir usule dönüştürmek için mülkiyeti maldan paraya döndürmek için böylelikle kişinin bir zarara uğramasına engel olmak için taşınmazın gerçek karşılığı esas alınmaya başlandı. Ayrıca bu gerçek karşılık şimdi şu anlamda gelmektedir. Taşınmaz kamulaştırıldıktan sonra onun değeri artabilmektedir. Mesela büyük bir şehir parkı yapmak için kamulaştırma yapılıyor. Kamulaştırma yapılıncaya kadar m2 si 50 lira olan bir yer, kamulaştırılıp şehir parkı yapıldıktan sonra civarındaki arsaların

değeri bir anda 500 liraya çıkabilecektir. Dolayısıyla kamulaştırmadan sonraki değeri değil, kamulaştırma sırasındaki değerinin gerçek karşılığı esas alınmaktadır. Yani malik kardan zarar edecek ama o andaki miktardan zarar etmeyecektir. Zaten kardan zararı önlemek için de daha önce anlattığımız 18. madde uygulaması yapılmaktadır. Herkesin taşınmazından belli bir oranda kesinti yapıldıktan sonra yeniden yerleştirerek herkesten bir parçası kesilmiş, dolayısıyla herkes yine orada herkesin kalan arsasının değeri yine artmış bir yöntemi kullanmaya çalışıyorlar. Ama geçmişin tecrübesiyle burada gerçek karşılık ve peşin ödeme ifadeleri Anayasa bakımından önemlidir. Anayasanın diğer paragrafında bazı hallerde istisnaya yer verilmektedir. Taksitle ödemeye imkan vermektedir. Bu durumlarda taksit sayısına sınır getirmektedir. Taksitli ödemenin de istisnasını getirmektedir. Anayasanın bu düzenlemesi çok ilginçtir. Büyük bir ustalık gerektirmektedir. Yani bir kural koyuyorsunuz, kuralın istisnasını getiriyorsunuz, kuralın istisnasını tekrar bir kural haline getirip onun da istisnasını gösterip ilk kurala dönüyorsunuz. Bunu da karıştırmadan yapmak gerekir. Söz konusu hüküm şöyledir;

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.

Yani taksit imkanı getiriyor. Taksiti de kural haline getirip sınırlandırıyor. beş yılı geçemez eşit taksitler olması gerekiyor. Çünkü ilk taksitler ufak ufak son taksitler %90 1 olursa bu sefer beş yılı geçer anlamına gelir. Dolayısıyla beş eşit taksitte ödenmesi anlamına gelmektedir. Sonra bunun da istisnası getiriliyor. Şöyle ki;

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

Yani, taksitle ödemenin mümkün olduğu hallerde dahi çiftçinin, geçimini toprakla sağlayan kamulaştırılan toprakla sağlayan çiftçinin parasını peşin ödeyeceksiniz. Diğer fıkrada ise;

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

Bu da önemli bir kuraldır. Yani devlet kendi alacağına ne kadar faiz uyguluyorsa kendi borcuna da o kadar faiz uygulayacaktır. Böylelikle deneyelemeye çalışıyor.

İlk paragrafta yer alan gerçek karşılık peşin ödenir cümlesindeki "peşin"in istisnasının ve onun da istisnasını göstermek için maddenin geri kalan kısmını kullanıyor. Demek ki buna ne kadar önem veriyor. Kamulaştırma sonuçta bir para meselesidir, arsayla parayı değiştirmek, taşınmazla paraya tahvil etmektir. Öyleyse bunun gerçek karşılığını vermek ve gerçek karşılığını da zamana yaymamak, özellikle de enflasyonist ortamlarda bu önemlidir. Enflasyonun çok yüksek olduğu dönemlerde

taksit ödenirken para pul olabilir. Bunu giderebilmek için devlet alacağına uygulanan faiz diyor, amme alacaklarının tahsili usulü hakkında kanun aylık % beş faize çıktığı dönem oluyor. İlk ay %9 sonra % 5 gibi... Dolayısıyla kişinin zarara uğramaması, maddi bakımdan koruması böylelikle kamulaştırmanın mülkiyet hakkını bir ihlal niteliğinde olamamasını sağlamak için bir tahvil öngörüyor. Paraya dönüşmüş bir mülkiyet hakkı ortaya çıkıyor. Arsanın değeri ne kadarsa o değeri vermiş olmak, o değeri mümkün olduğu kadar peşin vermek, taksit olduğu hallerde de taksitin nasıl olacağını güvenceye bağlamak ve dikkat edin anayasada güvenceye bağlamak, kanunda değil, normalde bunu yabancı dile çevirseniz, kanunda olacak şey niye anayasada oluyor diye eleştirilebilir. Anayasa böyle şeyler yüzünden uzuyor denilebilir. Taksit nasıl ödenir, kaç taksite bölünür, taksit eşit mi olur, taksite uygulanacak faiz nedir, hangi hallerde peşin ödenir vb. bunlar tamamen kanunun belirleyeceği şeylerdir denilebilir.

Kamulaştırmanın eskiden bununla ilgili çok kötü tecrübeleri olduğu için Anayasa Koyucu bu hususları Anayasaya almak ihtiyacı hissetmiştir. Kanunla değişmesin diye bu şekilde önlem almıştır. Bu hususu ancak kanun yürürlüğe koysun, açıklamasını getirsin ama bunu değiştirmesin. Dolayısıyla baktığınızda anayasal bir ilke düzeyinde olmayan bir şey anayasa boyutuna çekilmiştir. Çünkü bu usulün hukukiliği değil meşruluğunu sağlayabilmek için parasal karşılığına hassasiyet göstermek gerekir. Parasal karşılığı gerçek karşılığı olursa taksit vs. gerekçesiyle kişinin mağdur olmasına yol açmazsa uygulanacak faizlerle adalet duygusunu zedeleyecek idarenin bir muamelesi şekline dönüşmez ise o zaman kamulaştırma hukukiliğini değil, meşruluğunu sağlar. Meşru algılanmayla bir şeydir. Kanuna uygun olmak tek başına yetmez. Kanun adalet duygusunu zedeliyorsa insanlar bunu meşru kabul etmeyebilir. Dolayısıyla bunun kanunla da düzenlemek istemiştir.

Özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını hangi taşınmaz mallar üzerinde olacağını belirlemiştir. Ayrıca konusunu da belirlemiştir. Tamamını veya bir kısmını kamulaştırabilir. İdarenin taşınmazın hepsini kamulaştırma mecburiyeti yok, kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yapıldığına göre ancak ihtiyaç kadarını kamulaştırması mümkün olabilir. Dolayısıyla bir kişinin mülkiyetine göre değil faaliyetin ihtiyacına göre kamulaştırılacak yer belirlenir. A'nın arsasını kamulaştırırken tamamını kamulaştırıyorum demeye gerek yok, ihtiyaç şuradaki arsanın şu kadarını kamulaştırıyorum denilmektedir. Bu taşınmaz ister A'ya ait olsun ister B'ye ait olsun ister C'ye ait olsun, ister A'nın arsasının %50'si ister B'nin %20 si ister C'nin %10 u olsun far etmez. Burada taşınmaz önemlidir. Taşınmaz önemli olduğu için de idare, sahibine göre değil taşınmazın ihtiyacı karşılama oranına göre tamamını veya bir kısmını kamulaştırabilmektedir.

Kamulaştırmaya veya bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya idari irtifakı da kamulaştırmadan farklı gibi koymuş ama kamulaştırma suretiyle idari irtifak kurduğu için yani idari irtifak eşya hukuku dersinde göreceksiniz, mülkiyetin gayri ayni haklar kurmaya yöneliktir. Mesela telefon teli geçerken telefon yeri geçen yerin mülkiyetini almaya gerek yok. Telefon telinin geçtiği yeri havadan veya yerin altından geçtiği yere ilişkin bir idari irtifak kurup bunun bedelini verip taşınmazın kalanını ilgilinin

kullanmasına müsaade etmek mümkündür. Dolayısıyla ya mülkiyet veya idari irtifakla oluyorsa idari irtifak kurmak suretiyle kamulaştırma yapılabilir.

Anayasadaki maddeyi 46. maddeyi bu şekilde değerlendirdik. Size şimdi kamulaştırmanın ana yapısından bahsedeceğim. Bunları kitaplardan okursanız çok oturur. Çünkü bunlar kanuni bilgilerdir. Sonra bunları zenginleştireceğiz. Acele kamulaştırma, takas suretiyle kamulaştırma, kısmi kamulaştırma, özel kişi lehine kamulaştırma gibi, idareler arası mal devri gibi müesseseler var. Dolayısıyla bir ana gövde var. Bir de bu ana gövde etrafında yayılmış alt müesseseler var. Ana gövdenin mantığını anlamadan alt müesseseleri yerli yerine oturtmak mümkün değildir. Öncelikle bundan bahsedeceğiz ana gövdeden. sonra çeşitli istisnalar içeren kamulaştırmanın değişik biçimleri değişik müesseselerine değineceğiz. Önce şunu tekrar etmek gerekir; kamulaştırma bir süreçtir. Bu kamulaştırmanın diğer işlemlerden farkını gösteriyor. Yani kamulaştırma, mesela bir disiplin cezası meselesinde bir yazı yazılıp idare size işlemi tebliğ ettiğinde o işlemin gerçekleşmiş olduğu gibi gerçekleşmiş olmuyor. Bu ceza hukukunda neticesi, hareketi, bitişik suç gibi işlem yapıldığı zaman bitiyor., Kamulaştırma dediğimiz işlem zamana yayılmış bir işlemidir. Bir başlangıcı bir de sonu var. Arada da çeşitli muameleleri vardır. Dolayısıyla kamulaştırma buradaki herhangi bir işlemin ismi değildir. Herhangi bir şeyin isminde kamulaştırma geçse bile o işlem tek başına kamulaştırmayı temsil etmiyor. Kamulaştırma dolayısıyla derinliği olan, zamana yayılmış bir işlemidir. Bu diğer işlemlerde olduğu gibi yapılmakla, yazılı bir işlem ise üzerinde tarihi, sayısı, metni, imzası olmakla işlem tesis edilmiş olmuyor. Sonra yargıya gidiliyor ya da gidilmiyor. İdarenin kendi içinde çeşitli süreçleri o işlem bakımından olsa bile ortaya çıkışı böyledir. Halbuki kamulaştırma ortaya çıkıp devam eden bir süreci vardır. Üstelik bu sürecin için süreci bitirmeye yönelik bir de adli yargının taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinin işlemin yapımına katılması vardır. Şöyle ki, Adli Yargı burada işlemi denetlemiyor, kamulaştırmaya verilen önem nedeniyle işlemin yapımına katılıyor. İdare adli yargıya başvuruyor. Taşınmaza değer biçilmesini istiyor. Adli yargı da bir yargılama süreci içerisinde, bilirkişiden de yararlanarak, taşınmaza bir fiyat biçiyor. İtiraz edenler ediyor. Sonra mahkeme bir karar veriyor. Ve taşınmazın idareye geçmesine hükmediyor. Tapuda mahkeme kararı üzerine muamele yapılıyor. Mahkemenin biçtiği bedeli de idare malike vererek kamulaştırmayı gerçekleştiriyor.

Burada eskiden mantık şöyleydi: idare fiyatı belirlerdi, kamulaştırmaya karar verirdi, fiyatı mal sahibine gönderirdi, mal sahibi de beğenmiyorsa dava açardı. Tezyidi bedel davası açardı. Bedeli yükseltmek içi açardı. Kıymet takdir komisyonu aracılığıyla olan bir husustu. İdare de kıymet takdir komisyonunun biçilen değerini fazla bulursa da (tenkisi bedel) indirme yapardı. Şimdi gelen ihlal iddiaları nedeniyle idare bazen kamulaştırma yapıyor ancak bazen parasını vermiyor veya düşük bir bedel veriyor. İlgililer dava açıyor ve kazanıyor. Fakat yargı kararını yerine getirecek bedel idarenin ilgili bütçesinde olmayabiliyor. On yıl yirmi yıl kamulaştırma bedeli ödenemiyor. Bunun üzerine problemler çıkıyor. İşleyişte kamulaştırmanın yapılabilmesi için adli yargıdaki bedel takdiri ve idarenin adına tescile ilişkin süreç işleme dahil edildi.

Dolayısıyla işlem idari rejimde olduğunun aksine adli yargının kararının da içe katıldığı bir süreç oluyor. Dolayısıyla adli yargı işlemi denetlemiyor, işlemin bir parçası olarak yapıcılar arasında yer alıyor. Yargı kararı işleme katılıyor. Kamulaştırmanın yapılıp yapılmamasına ilişkin yargısal denetimi yapan idari yargıdır. Yani burada kamulaştırma mümkün mü, idare gereğinden fazla yer mi kamulaştırmış gibi hususlar idari yargının görev alanındadır. Adli yargı sadece bedel problemine giriyor. Bedel problemine girmesi de kamulaştırmanın bir unsurunu teşkil ediyor. Çünkü bedeli adli yargı kararıyla kesinleşmiş oluyor. İdare de bu bedel üzerine kamulaştırmaya devam edip tamamlıyor. Veya kamulaştırmadan vazgeçebiliyor. Dolayısıyla burası hassasiyeti haiz bir konudur.

Kamulaştırma Nasıl başlıyor? sorusu gündeme geliyor ve bunu ele almak gerekir?

Mesela İl han Özay'ın kitabında bir şema var. Bu şemada maddelerle ilgili atıflar da var. Kamulaştırmanın nasıl başladığına ilişkin ilgili maddeler de konmuştur. Normalde başlangıcın bir gereği olarak kamu yararı kararı almak gerekiyor.

Buradaki kamu yararı kararı Anayasa maddesindeki kamu yararının gerektirdiği hallerdeki kavram ile kelime olarak örtüşüyor. Fakat buradaki kamu yararı kararı adeta bir kamulaştırma niyetinin ortaya çıkmasına ilişkin bir husustur. Nasıl kamu yararı kararı verilecek, kimler kamu yararı kararı verecek, verilen kamu yararı kararı nasıl onaylanacak bunlara ilişkin hükümler içeriyor. Fakat burada mantık açısından önceliği şunu düşünmemiz lazım. Kamu yararı verebilmeniz için esasında öncelikle bir taşınmazı belirlemeniz gerekir. Yani bu taşınmazın size gerekli olduğuna dair karar vermeniz gerekir. Dolayısıyla bu taşınmazın sizin için gerekli olduğuna karar vermek için bir işleme daha ihtiyaç vardır.

Kanuna göre kamulaştırma süreci kamu yararı kararı vermekle başlıyor. Ama kamu yararını bir arsa üzerinde veriyorsunuz arsa üzerinde kamu yararı kararı vermekle süreç başlar diyor. Ama arsayı belirlemeniz nerede kalıyor. Bu yüzden kanunu biraz tamamlamak gerekir. Önce esasında yapacağınız işi tespit etmeniz gerekir. Bu iş için gereken kararı vermeniz gerekir. Sonra araştırılıp bu iş için en uygun taşınmazı bulmanız gerekir. Sonra bu taşınmaz için kamu yararı kararı vermeniz gerekir. Yani en uygun taşınmazı bulmadan kamu yararı kararı vermek, esas kamu yararı kararı, mantıken kanunda kamu yararı kararı verilmesi olarak adlandırılan kısım değildir. Öncesinde başlayan ve en uygun taşınmazla ilgili bir şeydir. En uygun taşınmazın seçimi kanun koyucu sona bırakmıştır. Ancak en uygun taşınmazı; idare kamulaştırma veya kamulaştırma yoluyla üzerinde irtifak hakkı tesis edecek taşınmaz malların ve kaynakların sınırını, yüz ölçümünü ve cinsini gösteren ölçekli planını yapar veya yaptırır, sahiplerini, tapu kaydını vs. tespit ettirir. Bunlar en uygun taşınmazı belirledikten sonra yapılacak şeylerdir. Yani kimin üzerinde sürece devam edeceksiniz. Ne kadar miktarı size gerekiyor. Sahipleri kimlerdir. Üzerinde haciz var mı,, ipotek var mı? bunları belirlemektir. Ama öncesindeki iş faaliyetle bağlantısını

kurmaktır. Diyelim ki üniversiteyi genişleteceksiniz. Diyelim ki hidrolik laboratuvar yapılacak. Bunun için gerekli projeler çizilecektir.

Öncelikle bunun ihtiyacı olduğu tespit edilecek, sonra kamu yararı kararı verecek, sonra bu arsa kimin o araştırılacak, sahipleri bulunacak ve ondan sonraki süreç devam edecektir. Dolayısıyla kamu yararı dediğimiz karar en uygun taşınmazın da seçilmesini de içeren bir husustur. Ondan bağımsız değildir. Yani sadece bağımsız bir kamu yararı kararı vermiyorsunuz. Dolayısıyla öncesinde taşınmaza ihtiyaç olduğunu belirliyorsunuz. Belirlediğiniz taşınmaz üzerine bir taşınmaz arıyorsunuz. Taşınması bulduktan sonra kamu yararı kararı veriyorsunuz. Bu karardan sonra da sürece devam etmek için taşınmaza ilişkin bilgileri tespit ediyorsunuz. Buradaki hassasiyet şunun için önemlidir. Çünkü idare esasında bir taşınmaz bulup da onu nasıl kullanabilirim diye mi düşünecek yoksa bir ihtiyacı ortaya çıkacak da onu en uygun nasıl giderebilirim mi diye düşünecek. İkincisi idare bir faaliyeti gündeme geldiğinde bu faaliyeti en uygun nerede yapabilirim diye değerlendirmek zorundadır. Dolayısıyla buna ilişkin bir değerlendirme yapması gerekir. Yani metro hattı döşenirken yeni hatlar döşenirken en uygun istasyon yerleri neresi olacak diye bakması lazım. Buna yönelik olarak bir değerlendirme yapması gerekir. Sonra taşınmaza yönelik araması gerekir. Mesela Eminönü ile Karaköy arasındaki haliç metro istasyonu haliç köprüsünün tam üzerinde yer almaktadır. Ne Eminönü'nde ne de Karaköy de yer almamaktadır. Acaba niçin böyle yaptılar? İki istasyon yerine bir istasyon yapmak mı daha iyi? Çünkü baktığınızda esasında arada bir mesafe var. Veya Kamulaştırma yapılacak uygun yer yoktur? Çünkü istasyon tamamen tarihi bir yarım adada yer almaktadır. Kazılır ise bir çok tarihi eser çıkabilir ve çalışmaya devam edilemeyebilir. Nitekim böyle iki istasyon yapmak yerine bir istasyonu ortada bir yerde yapmak mantıklı olabilir.

Dolayısıyla İdare, böyle bir şeyi düşünürken neyi esas alacak? parayı mı esas alacak? kamulaştırma yapılacak yerin miktarını mı dikkate alacak? Orada tarihi eser çıkıp çıkmamasını mı dikkate alacak? Hizmetin gereklerini mi dikkate alacak?

Teorik olarak hizmetin gereklerini dikkate alacaktır. Hizmetin gerekleri bakımından en iyi metro istasyonu Haliç'in üzerindeki köprü'nün ortasına koymak, diğerini şişhaneye bir diğerini veznecilere koymak. Böylelikle hizmet, tarihi yarımadayı deniz seviyesinden seyretme imkanı da getirecektir. Burada metronun kalkışı, hızı, durması, hızlanması, çıkacağı yerler bakımından imkan şartları düşünülerek, hizmet gerekleri bakımından bunun en uygun çözüm olacağını düşünüp, ona gere gerekiyorsa kamulaştırma yapılacak gerekmiyorsa yapılmayacaktır. İdare bunu da şöyle hesaplayacaktır. Metronun tünelden çıktığı yer, kot farkı, taksime doğru yükselen biçimi dikkate alındığında, tekrar deniz seviyesine inip yukarı çıkamayacağı, aniden şişhane kısmında yukarı çıkması nedeniyle belli bir yükseklikten gitmesi gerekir. Metronun belli eğimden dikilmesi mümkün değildir. Muhtemelen idare, bu gibi teknik gereklere göre değerlendirecek ve diyecek ki en uygun yer burasıdır. Ondan sonra en uygun yerde kamulaştırma gerekiyor mu gerekmiyor mu diye bakılacaktır. Şimdi artık yok ama Osmanlı'dan gelen dalyan yerleri var. Haliç'in üzerinde bir dalyan yeri olsa onu kamulaştırmaya çalışacaktır. Şişhane'de, Vezneciler'de yapılan yer eğer kamulaştırma gerektiren bir yer ise kamulaştırma yapılacaktır.

Yani burada öyle bir git gel var ki, hangisi önce hangisi sonra meselesinde, esasında neredeyse mümkün olsa aynı anda denilecek bir şey ortaya çıkmaktadır. Teorik olarak aynı anda olması mümkün değildir. Hizmetin gereklerine en uygun taşınmazı tespit etmek, daha sonrada kamu yararı kararı, ondan sonra da taşınmazın tapu kayıtları vs. gündeme gelecektir. En uygun taşınmazı belirlemek onun tapu kaydına veya kime ait olduğuna bağlı değildir. Hizmete bağlıdır, faaliyete bağlıdır. O yüzden idare, kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yapabilmektedir. Ama daha gerçekçi bakılırsa, tam olarak böyle değildir. İdare birçok faaliyetinde mümkünse, kamulaştırmaya gerek olmadan yapabileceği alternatifleri düşünüyor. Mesela kız yurdunun yanında çıkan metro istasyonu eskiden minibüs istasyonuydu. İdareye ait olan bir yerdi. İdare istasyonu kız yurdunun yanında yapsa muhtemelen Kredi Yurtlar Kurumu ile idareler arası mal devri sorunu olacaktı. Yıkılıp tekrar yapılma problemi olacaktı. İdare istasyonun yerini biraz kaydırabilirim diyerek; Böylelikle kamulaştırma gerekmez, kendi arsam üzerinde yaparım diye değerlendirmiş olabilir. Bu idarenin takdir yetkisi çerçevesinde, hizmetin gerektirdiği ihtiyacı karşılayacak birden fazla taşınmaz varsa kendisi için en masrafsız olan en az zarar verecek olanı seçme şeklindeki bir yaklaşım olabilir. Dolayısıyla idare bu hususu bir bütün olarak değerlendiriyor.

Kamulaştırma Kanunundaki Düzenleme Bakımından Kamulaştırma Süreci

Amaç ve Kapsam kısmından yola çıkarsak, bu kanunda neler düzenlendiği gösteriliyor. Gerçek ve Özel hukuk tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, yani kamunun elinde bulunan taşınmaz mallar özel mülkiyete tabi olsa da kamulaştırılmaz. Devlet ve kamu tüzel kişilerin kamulaştırma yapılması hususu anayasadaki yetki hususunu tekrarlıyor. Kamulaştırma bedelinin hesaplanması, taşınmaz malın veya irtifak hakkının idare adına tescili, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arası taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ve bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler. Özel kanunlara dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da bu kanun hükümleri uygulanır diyerek özel kişi lehine kamulaştırmaya imkan veriyor. Tanımlar kısmında ifadeler var. İdare neye denir. Taşınmaz mal ve Kaynağın bulunduğu yer nedir. Bunlar değerlendiriliyor. Ondan sonra irtifak hakkının kurulmasına ilişkin hususlar var. Kamu yararı kararı onay mercii diye 5. ve 6. maddelerde hükümler var. İlk getirdiği güvence şudur; Bir idare istediği zaman çok hızlı ve keyfi olabilecek bir biçimde kamulaştırma sürecini başlatmasın.

Dolayısıyla karar verecek ve onaylayacak makamlar belirlenmiştir. Mesela kamu yararı kararını vermek için köy yararına kamulaştırmalarda köy ihtiyar kurulu kamulaştırmaya karar vermektedir. Yani köy muhtarı değil köy ihtiyar kurulu ancak karar verebilecek. İlk güvence burada geliyor. Köy muhtarını yetki kapsamından çıkarılıyor. Ondan sonra 6. maddede onay mercii deniliyor. köy ihtiyar kurulunun ilçelerde kaymak il merkezlerinde valinin onayına tabi kılınıyor. Dolayısıyla Köy ihtiyar kurulunda çoğunluğu elde etmiş, bir aile veya bir yerel güç şebekesi

başkalarının malları konusunda kabaca hareket edemesin diye araya bir de idari vesayet ilişkisini koyuyor. Kamulaştırma sürecinin başlaması için Kaymakam veya Valinin onayı gerekiyor. Dolayısıyla bu mantıkta bir idari vesayet ilişkisi kimi zaman da farklı bir makamın onayını getirerek bir tüzel kişiliğinin yürütme organına tek başına kamulaştırma kararı verememesi sağlanmıştır. Yürütme organına verilmemiş genel karar organına da çıkarılmamış aradaki karar organına bir görev verilmiş ve buna bir de onay mercii getirilmiştir.

Nitekim bu süreçte kamulaştırma işleminin mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi düşünülerek bir süzgeçten geçirme filtreden geçirme bir iradenin bir idarenin iradesinin etkisiyle tek başına gündeme gelebilecek bir şey olmaktan çıkarılıyor. Farklı iradelerin birleşmesi getirilmiştir. Dolayısıyla bu 5. ve 6. maddelerdeki karar verecek merciler ve onaylayacak merciler esasında bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Başlangıçtaki kararın idare içinde de bir süzgeçten geçerek verilebilmesini sağlamaya çalışıyor. Böylelikle kamulaştırma kararı bakımından bir yaklaşım getiriliyor. Bu 6. maddede onay mercii vs. dedikten sonra bu iki maddede altında ufak bir paragraf var. hangi hallerde bu süreci kamu yararı alınmasına ve gerek olmadığına gerek olmadığını yazan bir paragraf var. O paragraf kamulaştırmaların % 90'ını oluşturuyor. Dolayısıyla bu maddelerde düzenlenen sistem azalmış bir sistemdir. Esas yoğun olarak kullanılan kamulaştırmalar onaylı imar planlarına göre yapılmaktadır. Oda şu anlama geliyor.

Eğer bir alanda imar planı yapılmışsa bu imar planı yapılırken hangi arsa parçasının ne için kullanılacağına ilişkin çeşitli idarelerden görüş alınarak onaylanarak ve planı yapan idare tarafından değerlendirilerek plana işleniyor. Artık bunda sadece kamulaştırmaya başlama kararı yeter. Kamu yararı kararı veya onayı gerekmez. Çünkü imar planı denmesi o iş için ayrılmış bir arsa anlamına gelmektedir. İmar planında ilk okul alanı olarak gözüken bir yer ancak ilk okul olarak kullanılabilir. İlk okul yapmaya yetkili olan il özel idaresi imar planı uyarınca kamulaştırmaya başlama kararı alır. Artık imar planında ilkokul alanı olarak gözüken bir yer için kamu yararı kararı onayı gerekmez. Çünkü bütün bu aşamalar imar planında burası ilkokul alanı olarak ayrılma sürecinde zaten yapılmıştır. Dolayısıyla onaylı imar planı varsa kamu yararı kararı zaten var olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla plan, kamulaştırmaya başlamak için bir sürecin başlangıcını oluşturmaktadır. Dolayısıyla kamu yararı karar ve onay mercii meselesi daha azalmış bir kısım için geçerlidir. Bu kamulaştırmalar planı olmayan yerlerde gündeme gelmektedir.

Yeni yapılacak yerlerde gündeme gelmektedir. İmar planı yapılmadan kamulaştırma yapılması gündeme geldiğinde gündeme gelmektedir. Şehirlerarası yollarda, büyük baraj projelerinde, sulama projelerinde, kanalların geçtiği yerlerde, boru hatlarının geçtiği yerlerde vb. gündeme gelmektedir. Ancak bu tip büyük yerlerde kimi zaman faaliyete ilişkin planlar yapıp onaylandığı zaman yine artık kamu yararı kararına gerek kalmamaktadır. Kamu yararının varlığı plana işlenmekle ortaya çıkmış oluyor. Dolayısıyla mesela hukukçu olanların etrafını aydınlatacak en önemli noktalardan birisi de o alana yapılan planları izlemek gerekliliğini insanlara hatırlatmalarıdır. Çünkü plan esasında yakında ne yapılacağını göstermektedir. Plan belli bir yerde idarenin hangi hizmetleri göstermektedir.

Plan o hizmetler kapsamında nerelerin kamulaştırılacağını göstermektedir. O yüzden, mesela üçüncü köprü yapılırken üçüncü köprü nereden geçecek, bağlantı yolları nelerdir vs. diye basında bir sürü haber çıkmasının nedeni; köprü yolları nerden geçecekse kamulaştırmanın oralarda olacak olmasıdır. Diğer yandan da onu bilip etrafta arsa toplayanlar vs. bakımından da ekonomik değer olarak bir anlam ifade etmektedir. Örneğin Kavacık küçük bir köy iken köprünün geçiş noktası olduğu zaman plazaların filan olduğu özel arazilerin değerlendirildiği bir yer haline gelmiştir. Üçüncü köprünün ilk çıkış yerinde bağlantı noktasında yoların giriş çıkışlarında da ulaşım kolaylığı vs. nedeniyle muhtemelen depolar yapılacak, taşıma şirketleri iş yerleri vs. olacaktır. Dolayısıyla onları bilmek, burada havaalanı yapılacağını biliyorsanız, köprü yolu geçeceğini biliyorsanız, orası kamulaştırmalar dışında değerlendirilecek olarak görüyorsunuz. Artık kıyıda kenarda bir arsa olmayacaktır. Ana yola bağlantısı olan bir yer haline gelecektir. O yüzden de büyük arsa spekülâtorleri şöyle yapıyor: Çok büyük bir alanı oluşturan arsaları topluyorlar. Diyelim ki yol oradan geçecek ise yolun geçtiği yeri idareye bağlıyorlar. Çünkü yol geçtikten sonra kenarındaki yerler arsanın bütününün birkaç misli bedeli kadar artmış oluyor. Fakat sizin ufak bir arsanız var ve arsanızda yol üzerinde kalıyorsa 18. madde uygulaması da olmuyorsa, sizin arsanızın değeri kamulaştırma bedeli kadar oluyor. Daha sonraki değerden yararlanamıyorsunuz. Taşınmazın o anki bedeli ne ise o kadar bedeli idare size veriyor ve taşınmazı kamulaştırıyor. Siz güzergâhı bilerseniz arsanız kamulaştırılacak yer ise, kamulaştırılacağını eninde sonunda görebiliyorsunuz. Taşınmazın kenarındaki alanların değerleneceğini görüyorsunuz. Ona göre taşınmazı satıp satmamaya karar veriyorsunuz. Veya büyük arsanız var ise ne kadarı giderse bile geride kalanını düşünüyorsunuz.

Dolayısıyla planlar esas kamulaştırmanın yolunu belirlemektedir. Çünkü bir alandaki plan o alandaki yapılacak idari faaliyetleri belirliyor. Örneğin, hastane nere olacak, karakol nerede olacak, ilkokul nerede olacak, üniversite alanı nerede olacak, merkezi iş alanı nerede olacak, konut alanı nerde olacak, plan bunların hepsini düzenliyor. Bunlar düzenlendiği zaman, siz okul yapmak istediğinizde ayrıca bir araştırma yapmıyorsunuz Milli Eğitim Bakanlığı olarak, Belediye olarak bir park yapmak istediğinizde ayrıca bir araştırma yapmıyorsunuz. Planda öngörülen yerde kamulaştırmaya başlıyorsunuz. Çünkü plan yapılırken bu araştırmalar yapılıyor. En uygun park yeri neresi ise, en uygun sanayi yeri neresi, en uygun konut yeri neresi ise plan yapılırken bunlar düşünülüp tartışılıyor. Gerekli kurumlardan görüşler alınıyor. Onların ihtiyaç duydukları taşınmazlar soruluyor. Taşınmazların özellikleri soruluyor, ona göre plana yerleştiriliyor. Plan öncesinde o kurumların görüşlerine başvuruluyor. Bunlar kabul edildikten sonra da plan yürürlüğe konuluyor. Dolayısıyla plan kamulaştırmada esas teşkil ediyor.

Plan olmazsa kamu yararı kararı ve onay süreci geliyor. Dolayısıyla kamu yararı kararı onay süreci şuanda kamulaştırmaların çok az bir kısmında uygulanan bir yöntemdir. Çünkü bu mantıkta kamu yararı, imar planı yapılma aşamasına çekilmiş durumdadır. İmar planı olmayan yerlerde onay süreci var.

Bu süreç tamamlandıktan sonra kamulaştırmanın bir diğer aşaması var. Kamulaştırmadan önce yapılacak işlerle ilgili “idari şerh” ile ilgili 7. maddede öngörölmüş bir kural var.

Kamulaştırmadan Önce Yapılacak İşler Ve İdari Şerh

Kamulaştırmayı yapacak idare, kamulaştırma veya kamulaştırma yoluyla üzerinde irtifak hakkı kurulacak taşınmaz malların veya kaynakların sınırını, yüz ölçümünü veya cinsini gösterir. Buradaki kamulaştırmadan önce terimi, kamulaştırma başladıktan ama kamulaştırma süreci devam etmeden önceki bir önceliktir. O yüzden karıştırılan bir şeydir. Çünkü siz sınırını ne zaman belirleme ihtiyacı duyarsınız? O taşınmazı ihtiyaç olduğunu tespit ettikten sonra ihtiyaç duyarsınız.

Dolayısıyla kamulaştırmanın yüz ölçümü, sınırı vs. o arsanın daha sonra kimliğinin belirlenmesine yönelik olan bir şeydir. Süreç bunların yapılmasını öngörüyor ve bunlar yapıldıktan sonra da taşınmaz malın sahiplerini, tapu kaydını, adreslerini, vergi ve nüfus kayıtlarını vd. belgelere bağıyor. İlgili vergi dairesinden taşınmazın beyan ve değeri öğreniliyor. Vergi beyanı bulunmadığı hallerde beyan yerine geçecek takdir değerini alınıyor. Kamulaştırma bedelini tek başına belirlesin diye değil bir fikir versin diye alınıyor. Önceden Türkiye’de kamulaştırma bedeli vergi değeri üzerinden hesaplanmaktaydı. Ancak insanlar vergi değerini düşük gösterme eğiliminde oldukları için bir problem ortaya çıktı. Bu problem giderilemeyince insanların arzuları vergi değeri üzerinden kamulaştırılınca, kamulaştırma kötü piyango şekline geldi. Kamulaştırma bir felaket, büyük emeklerle edinilen bir taşınmazın onda bir fiyatına idare tarafından zorla malikin elinden alınması şeklinde algılanmaya başlandı. AİHM’e bu yüzden çokça uyuşmazlık gitti. Sonuçta gerçek değerin belirlenmesi usulüne dönölmüş oldu.

İdare vergi kaçırmayı bu vesileyle tespit ederse cezalı vergi tarihini yine yapıyor. Ancak kamulaştırmayı gerçek değeri üzerinden yapmaya yönelik, vergi beyanını sadece kıymet takdirinde dikkate alınacak noktalardan biri olarak ele alıyor. Vergi beyanı taşınmazın bedelini belirlerken bağlayıcı nitelikte olmuyor.

Çünkü kamulaştırma belli bir süreç alıyor. O süreç sırasında tapuya şerh de konuluyor. Taşınmazın alım satımını yasaklamıyor. Ama taşınmazı alacak kimse idarenin kamulaştırmaya başlayacağını, bu noktada kamulaştırma niyetinin olduğunu anlatsın diye şerh ortaya çıkıyor. Tapuya da bu şerhi koymanın amacı, mülkiyet değıştiğı zaman, üzerinde bir değışiklik olduğı zaman, taşınmazı kamulaştıracak idare kamulaştırmayı bildirsın diye o şerh konuluyor. Nitekim kanunda diyor ki; İdare kamulaştırma kararı verdikten sonra, kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesi, kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğı tap idaresine bildirir. Bildirim tarihinden itibaren malik değıştiğı tarihte, mülkiyette veya mülkiyetten gayri aynı haklarda meydana gelen değışiklikleri tapu idaresi kamulaştırmayı yapan idareye bildirmek zorundadır."

Şerh, tasarrufu engellemiyor. Niyeti gösteriyor. Taşınmazı alacak olanları bilgilendiriyor. Mülkiyet değışiminin de idareye bildirilmesini zorunlu kılıyor. Şerh

mülkiyetin değişmesini engellenmesinin sebebi, idare için malikin kim olduğu önemli değildir. Çünkü İdare taşınmazı malikine göre kamulaştırmıyor. Taşınmazın malikini cezalandırmak için kamulaştırma yapılmıyor. O taşınmaza idarenin ihtiyacı olduğu için kamulaştırma yapılıyor. Dolayısıyla idarenin ihtiyacının güncellendiği andaki süreç malik o sırada kim ise onunla yürütülecek bir süreci gerekli kılıyor. Dolayısıyla malikin değişmesine engel bir durum yoktur.

Tabi idarenin kamulaştıracadı taşınmazı kim alır sorusu gündeme gelebilir? Bu taşınmazları çok değişik meslek grupları almak istiyor. Mesela avukatların, eğer finansmanı varsa, en sevdiği işlerden birisi budur. Kamulaştırılacak bir taşınmazı alıp kamulaştırılacak olduğu için değeri düşmüş olduğu için taşınmazı o andaki değerden alıp sonra kamulaştırma sürecini bilgisiyle sürdürmek suretiyle değeri artmış bir biçimde kamulaştırılması veya kamulaştırmanın iptali halinde de daha değerlenmiş bir taşınmaza sahip olmak için bir çeşit yatırım olarak görüp almak istiyorlar. Hukuki yatırım, yani hukuki süreçlerle kamulaştırma dolayısıyla değeri düşme temayülü gösteren, değeri yükselmemiş bir taşınmazı alıp, değerini yükseltecek bir hale getirmek amaçlanıyor.

Kişilerin bu şerhten zarar görmelerini engellemek için de bir hüküm konulmuştur. Bu hüküm çok önemlidir. İdare tarafından şerh tarihinden itibaren 6 ay içinde onuncu maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespiti ile idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir. Bu tamamen mantığı tersine döndüren bir hükümdür. Normalde sicile yazılmış bir şeyi sildirmek için kapı kapı dolaşmak gerekir. Burada ise külfeti idareye yükleyen bir anlayış var. Şöyle ki, kamulaştırmanın altı ay içinde bedelini belirlemeye yönelik sürece devam ettiğini ispatlanmazsa altı ay sonra tapu idaresi olarak bunu sicilden silerim. Böylelikle kişinin arazisinin değerini düşüren kamulaştırma şerhi gibi sınırlandırıcı bir sicilden kurtarmak amaçlanmıştır. Dolayısıyla külfet idareye yüklenmektedir. İdare gidip sicilden sildirmezse altı ay içinde şerh kendiliğinden sicilden düşmüş olacaktır.

Fakat her şey kanunda yazdığı gibi gitmiyor. Genellikle idare bunu yapmıyor. Tapu sicilden silmiyor. Kişiler bunu bilmiyor. Mücadele edemiyor. Esasında basit bir dilekçe ile bu sicil sildirilebilir. İdarenin bütünlüğü nedeniyle tapu idarenin ihmali anlayabiliyor. Anlayıp sicilden silmiyor. Daha sonrada başkalarının aldanmasını istemiyor. Bunun için bu kural getirilmiştir. Çünkü böyle olmazsa yıllarca, kamulaştırılacaktır diye şerh konulmuş bir taşınmaz ne kamulaştırılıyor ne de değerini bulmasına müsait tapu sicili temiz hale geliyor. Kişi böylece zarar görüyor. Zarar gördüğü için de birçok davalar açmak zorunda kalıyor. Tapu sicilinden silinmesi için mücadele ediyor. Hakkaniyet gereği idarenin kişilerin taşınmazını kamulaştırma tehdidi altında altı aydan fazla tutmaması öngörülmüştür.

Bu sürece kadar malike yapılmış bir tebligat bulunmamaktadır. İdare içinde işleyen bir süreç var. Malikin taşınmazı ve tapu idaresi üzerinden idarenin sürdürdüğü bir kamulaştırma ihtiyacı bulunmaktadır. Bu süreç kapsamında, 2001 yılında AİHM kararlarından da etkilenerak gelmiş bir yaklaşım var: Satın alma usulü

Satın Alma Usulü

İdare zaten baştan da bir taşınmazı satın alabilir. Ancak kamulaştırma niyetinden sonra da bir satın alma usulünü usul bakımından zorunlu bir şekilde gerçekleştirmek zorundadır. Bu usul Kanunun 8. maddesinde düzenlenmektedir. Kanuna göre satın alma usulü öncelikle uygulanması gereken bir süreçtir. Kanun koyucu bir süreç getirmiştir. İdareye kamulaştırma yetkisini kullanmadan önce, taşınmazı belirledikten sonra, taşınmazı önce satın almaya çalış, kamu gücünü hemen kullanmaması öngörülmüştür. Kanunda satın alma esastır denilirken; idarenin taşınmazı satın alamayacağına anlaşıldığı takdirde zor kullanma yetkisine ve sürecine devam etmesi, anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kamulaştırma sürecinde kanun koyucu bir basamak getirmiştir. Bir usulü uygulama zorunluluğu getirmiştir. Bir sonraki aşama olan, mahkemeye başvurulduğunda da, ilk duruşmada; hâkime de satın almayı teklif etme zorunluluğu getirilmiştir. Kanun koyucu iki aşamada da satın almayı denemeyi icbar ediyor. İdarenin bu usulü denemediğinde de bir usul sakatlığı gündeme gelmektedir.

Teorik olarak malik bu aşamada kamulaştırmadan haberdar olmaktadır.

Satın alma usulü Madde 8 – (Değişik: 24/4/2001 - 4650/3 md.)

İdarelerin, bu Kanuna göre, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır.

Kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak idare, bu Kanunun 11 inci maddesindeki esaslara göre ve konuyla ilgili uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan da rapor alarak, gerektiğinde Sanayi ve Ticaret Odalarından ve mahalli emlak alım satım bürolarından alacağı bilgilerden de faydalanarak taşınmaz malın tahmini bedelini tepit etmek üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirir.

6206 Ayrıca idare, tahmin edilen bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmek ve sonuçlandırmak üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla uzlaşma komisyonunu görevlendirir.

İdare, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunların üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir.

Malik veya yetkili temsilcisi tarafından, bu yazının tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde, kamulaştırmaya konu taşınmaz malı pazarlıkla ve anlaşarak satmak veya trampa isteği ile birlikte idareye başvurulması halinde; komisyonca tayin edilen tarihte pazarlık görüşmeleri yapılır, tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya varılması halinde, yapılan bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukuki ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini içeren tutanak malik veya yetkili temsilcisi ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır.

İdarece, anlaşma tutanağının tanzim tarihinden itibaren en geç kırkbeş gün içinde, tutanakta belirtilen bedel ödenmeye hazır hale getirilerek, bu durum malike veya yetkili temsilcisine yazıyla bildirilerek tapuda belirtilen günde idare adına tapuda ferağ vermesi istenilir. Malik veya yetkili temsilcisi tarafından idare adına tapuda ferağ verilmesi halinde, kamulaştırma bedeli kendilerine ödenir.

*Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden **kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır** ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz. Anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde bu Kanununun 10 uncu maddesine göre işlem yapılır.*

Niye kamulaştırma yoluyla alınmış sayılır? Satın alma yolu demesine rağmen kamulaştırma yolu?

Bunu sebebi idarenin o taşınmaza ihtiyacının kalmaması halinde eski malikin taşınmazı geri alma hakkı doğsun. Dolayısıyla iki tane satın alma usulü var. İlkinde hiç kamulaştırmaya başlamadan satın alma yolu; burada satın alma olduğunda eski malik taşınmazı hiçbir şekilde geri alamaz. İkincisi ise, kamulaştırma başladıktan sonra satın alma usulünün denemesi; burada ise idare taşınmazı kullanmaktan vazgeçerse eski malikin geri alma hakkı doğar. Sırf bunu sağlamak için taşınmaz kamulaştırma yoluyla alınmış sayılmaktadır.

Ancak bedele karşı artık dava açılmayacağı belirtilmiştir. Şöyle ki, satış iradi ama kamulaştırma süreci altında iradi olduğu için de sonradan taşınmaz kıymetlendiğinde idare vazgeçerse eski malike geri dönmesi olsun. Bu şöyle oluyor: İdare taşınmazı alıyor, park yapıyor, civarındaki taşınmazları birkaç kat değerlendiriyor. Fakat kamulaştırma başladıktan sonra idarenin, satın aldığı bu araziye parkta kullanma ihtiyacı ortadan kalkıyor. O araziye artık ihtiyaç duyulmuyor. İdare de o taşınmazı satmaya karar veriyor. İşte bu süreçte eski malikin geri alma hakkı var mı? Yok mu? Buna ilişkin bir problem var. İdare artık taşınmazı park için kullanmıyorum dediğinde var mı yok mu? Kanununun 22 ve 23. maddelerinde buna ilişkin düzenlemeler var. Fakat özellikle özel hukukçuların da dikkat etmesi gereken nokta şudur? Satın alma usulü, satın alma usulüyle kamulaştırma usulü şeklinde burada cereyan ediyor. Bir de bunun haricinde gerçek anlamda bir satın alma gerçekleşebilir.

Yani ne kadar garip bir şey çıktı: Birincisi normal olarak idare tarafından satın alınan taşınmaz, ikincisi Kamulaştırma başladıktan sonra satın alma suretiyle kamulaştırılan taşınmaz, sonra üçüncüsü de kamulaştırılan taşınmaz! Bu süreçlerin hukuki rejimleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Kanun bu kadar çetrefil ve okuyanın beraber okuyacak bir kimse olmadan anlaşılmasını güçleştirecek incelikler ve eskiye ilişkin verilerle okunmasını gerektiren boyut içerdiği için bu alanda uzmanlaşan avukatlar var.

Kamulaştırma Kanunu 9. Madde Kadastro olmamış yerlerde taşınmazın nasıl belirleneceğini düzenlemektedir.

Kadastro olmayan yerlerde yani taşınmazın kimin mülkiyetinde olduğuna dair bir kayıt olmayan, tapuda kayda geçilmemiş arsaların olduğu yerlerdeki

kamulaştırmalar gündeme gelmektedir. Türkiye'nin kadastro bitti deniliyor ama uyumsuzluklar nedeniyle tamamen bitmiş değildir. Bütün kamu malları ortaya çıkmış değildir. Halen devam eden birçok yerde kadastro çalışmaları var. Yani arsaları fiilen kullananlar var. Dedesinden atasından taşınmazı gelenler var. Osmanlı tapuları var. Defter-i hakkani belgeleri var. Uyumsuzluk çıktığı zaman onlara bakılıyor. Ona göre sahadaki aplikasyon yapılmaya çalışılıyor. Halen mülkiyet problemleri var. Buna ilişkin 9. Madde düzenlenmiştir. Kadastro görmemiş yerde nasıl kadastro yapıldığını düzenlemektedir. Ve bilirkişi incelemesiyle mahkemeye başvurarak orada kimin mal sahibi olduğunu belirlemeye yönelik bir süreç öngörülmüştür. Gerçekçi bir madde. Kadastro yapılmadığı için durumu gösteriyor. Yani idareye daha tapuda kimse gözükmüyor diye yıkıcı bir yetki vermiyor. Tapuda gözükmese bile bu taşınmazın bir maliki olduğunu kabul ediyor. Kadastro geçmediği için bunun yapılması gerektiğini kabul ediyor. Ayrıca ihtilaflı yerlerle ilgili de kanunun düzenlediği kısım var. Böylelikle ihtimalleri belirlemiş oluyor. Ama dikkat ederseniz mantıklı bir sıra izlenmiyor.

En önemli madde 10 ve 14. maddelerdir.

Bu maddeler esas uyumsuzlukları doğuran maddelerdir. Dava hakkını doğuran maddelerdir. Buna ilişkin olarak kanun koyucu bir usul öngörmüştür. Satın alma ve usulü ve kadastro yapamazsanız taşınmaza ilişkin belgeleri toplayarak, kıymete ilişkin belgeleri toplayarak bunların hepsini ekleyerek asliye hukuk mahkemesine müracaat edip kamulaştırma bedeli ile taşınmazın idare adına tescili istenmektedir. İşte burada adli yargı kısmı başlamaktadır. Yani adli yargıya kamulaştırma işlemini yapabilmek için başvuru yapılmaktadır. Bir taşınmazı gözüne kestiren idare, faaliyeti için en uygun taşınmaz olduğunu, bu taşınmazın tapu kaydına şerh koydurarak, ondan sonra kamu yararı kararı alarak ve onaylatarak, imar planına göre yapıyorsa kamulaştırma kararı alarak, sonra satın alma usulünü deneyerek ve satın alma sonucuna göre sonraki aşamaya geçtiğini belirterek söz konusu taşınmazın bütün bilgilerini mahkemeye sunarak bu taşınmazın bedeli ne ise belirlensin ve o bedeli ödedikten sonra da idarenin adına tescil edilmesi süreci ile kamulaştırmanın tamamlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla kıymeti idarenin kendisi takdir etmiyor. Kıymet takdir komisyonu satın alma usulünde verebileceği en yüksek bedeli tespit etmek için kendi içinde uzlaştırma komisyonu için yaptığı bir usuldü. Yoksa üçüncü kişiye uygulanacak takdiri idarenin kendisi yapamıyor. Bunu mahkeme yapıyor. Kanun koyucu bu noktada takdiri idareye bırakmamış, mahkemeye vermiştir. Önce idare belirler, kamulaştırır sonra bunu beğenmeyen dava açar diyerek de kabul etmiyor. İşin hakkında karar verilebilmesi için mahkemeye gitmeye karar veriliyor. Önceden kıymet takdir komisyonu güya idare dışında oluşmaktaydı. Ancak idare buna göre kamulaştırmaya gidiyordu. Şimdi ise taşınmaz mala idarenin el koyabilmesi bile normal usulde mahkemenin kendi adına tesciline dayalıdır. Mahkeme idarenin adına nasıl tescil eder. Şöyle ki, mahkeme bilirkişi marifetiyle taşınmazın gerçek değerini belirledikten, kişi istemese bile onun adına açılan banka hesabına taşınmaz bedelinin ödenmesine karar verdikten sonra

idare adına tescile karar veriyor. Artık bu noktadan sonra kişinin isteyip istememesi önemli değildir. Bu aşamada artık "zor alım" usulü işliyor. Ama zor alım usulünde kişiyi koruyacak mekanizma da bedele mahkemenin karar vermesidir. İdarenin karar vermemesidir. İdarenin de o parayı yatırmadan taşınmaza el koyamamasıdır. Dolayısıyla artık gerçek değer devreye giriyor. Satın alma usulünde gerçek değere gerek yoktur. Çünkü iradeyi bağlayan zor alım usulü yoktur. Bu idare adına tescile karar verilmesi bu şekilde işliyor. Bu karar malike gönderiliyor. Duruşma günü tebliğ ediliyor. Duruşmaya katılmaya çağrılır. Ayrıca kanunda tebligatta bulunacak hususlar da ayrıntılı bir biçimde yazılmıştır.

Kamulaştırmaya ilişkin ilk dikkatinizi çektiğim şey birçok idari işlemde olmayan süreç. Burada çeşitli aşamalar var. Kamulaştırmanın başladıktan sonra bitmesi idarenin adına tescile ilişkin asliye hukuk mahkemesinin kararı ile gerçekleşiyor. Dolayısı ile; burada birçok alt muamele var. Bu alt muamelelerin hepsi kamulaştırmanın bir parçası fakat kendisi değil. Dolayısı ile; kamulaştırma cisim olarak işlem ve bir sürecin bütününe verilen isim şeklinde ortaya çıkıyor. Ama; burada kamulaştırmaya başlama kararı var, kamu yararı kararının alınması ve onaylanması var, kamulaştırma tebligatının yapılması var, o tebligata karşı idari yargıda dava açılma aşaması var, idari yargıda dava açılmasının durdurucu mesele sayılıp sayılmaması var... Dolayısıyla; kamulaştırma işleminden bahsettiğimiz süreç içinde bir sürü aşamalar var ve Kamulaştırma Kanunu (Kanun) bu aşamaları düzenlemiş durumda.

Kamulaştırma Sürecinde Adli Yargının Rolü

Önemli olarak işaret ettiğimiz ikinci şeye gelirsek.. Diğerlerinin hepsi kanunu okuduğunuzda zaten öğreneceğiniz şeyler, anlama problemi olacak şeyler değil. Ama; bütünü oturtmak bakımından, bütünü iskeletini görmek lazım. Dolayısı ile önemli olarak işaret ettiğimiz ikinci şey de; kamulaştırma sürecinde bir aşamadan itibaren adli yargının işin içine girmesi ve bitirici kararı adli yargının vermesi. Yani; adli yargı burada bir denetim mahkemesi olarak değil, kamulaştırmanın güvencesi olan, mülkiyetin karşılığı bedeli belirleyen mahkeme olarak karşımıza çıkıyor. Bedelin belirlenmesi de, kamulaştırmanın en önemli unsurlarından birisidir. Çünkü; Anayasa gereği kamulaştırma bir malı idarenin elinden karşılıksız alma değil; almak ve onun değeri kadar bir bedeli vermektir. Dolayısıyla; adeta cins değiştirerek, taşınmazı paraya çevirmek. Öyleyse; bu taşınmazın paraya çevrilmesinde bir eksiklik veya hata olmaması, taşınmazın gerçek değerinin tespit edilmesi, taşınmazın tam karşılığı olarak belirlenmesi gibi aşamalar kanun koyucu tarafından idarenin belirlemesine bırakılmamış ve mahkemeye bırakılmış. Mahkeme önünde idare de bedel yüksekse bedele ilişkin itirazlarını dile getirecek, kişi de bedel düşükse vs. bedele ilişkin itirazlarını dile getirecek. Mahkeme de; bilirkişi incelemesini kanunda belirtilen şekilde yapacak ve idari yargı başkaca bir karar verip kamulaştırmayı iptal etmemişse veya yürütmeyi durdurma kararı vermemişse, hem bedeli tespit edecek hem de idare

adına tescile karar verecek ve böylelikle kamulaştırma tekemmül edecek (kemale erecek -yani tamamlanacak). Dolayısıyla; kamulaştırmanın tamamlanması aşamasında adli yargının devreye girmesinin anlamının üzerinde düşünmek lazım. Bu yerine oturduğu takdirde sistemi anlamak artık Kanun'u anlamaya bağlı.

Kanun'da adli yargı ile ilgili olarak; “*Maddi hatalara ilişkin adli yargıya başvurulur.*”, “*Kısmi kamulaştırmada adli yargıya başvurulur.*”, “*Kadaastro tespiti için adli yargıya başvurulur.*” gibi maddeler var. Bunlar; adli yargının çeşitli unsurlarda devreye girmesidir. Bazı yerlerde de “*Kamulaştırma işlemine karşı idari yargıya başvurulur.*” gibi noktalar var. Bunlar sürecin dışında edime ilişkin kararlar olabilir; ama esas sürecin içinde adli yargı var ve bu da çok gelişmiş bir yaklaşım olmasına rağmen idari yargıya yabancı bir yaklaşım. Niçin? Çünkü; idare mantığına aykırı, idari rejime aykırı. Niçin? Çünkü; bizim benimsediğimiz Kıta Avrupası'ndaki idari rejim mantığı: Bir mahkeme onayına tâbi olmadan icrai işlemler yapabilmek, kişi üzerinde etki doğurabilen işlemler yapabilmek. Dolayısı ile; burada idare bir üstünlüğe sahip. Kamu yararı gerekçesiyle idareye verilmiş bir kamu gücü var ve bu kamu gücünü kişilerin iradesi olmasa bile onlar üzerinde uygulayabilen işlemler yapıyor. İdarenin, bir kimseye yaptırım uygularken veya para cezası verirken mahkemenin onayına ihtiyacı yok. Mahkeme bu işlemleri sonradan denetliyor, bozabiliyor; ama idarenin işlemi yaparken bağımsız davranma ve etkili işlem yapabilme gücü var. Dolayısı ile; idarenin esas özelliği, hiçbir mahkemenin araya girmesine gerek kalmaksızın işlem yapabilmesidir. Hukuk devleti ilkesi gereği idarenin yaptığı her işlemin yargı denetimine tâbi olması, iptal edilebilmesi önemli; ama burada dikkat çekici özelliği, cevaza ihtiyaç olmadan, icazete ihtiyaç olmadan, yargı kararına ihtiyaç olmadan işlemlerini yapabilmesi. Fakat; kamulaştırma bunun bir istisnası. Niçin? Çünkü; kamulaştırma, mülkiyet hakkı için büyük bir potansiyel tehdit içeriyor. Mülkiyet hakkına idarenin kabaca el atması ekonomik sıkıntılar, hukuki belirsizlikler, diğer hakların korunması bakımından da güvensizlikler ortaya çıkarabiliyor. Nitekim; mesela hapis cezası gibi hürriyeti bağlayıcı cezalar konusunda da idarenin tek taraflı bir yetkisi yok. Tutuklamaya ancak mahkeme karar verebilir. Dolayısı ile; bazı şeylerde buna istisna getirilmiş: İdare tek başına ceza hukuku güvenceleri çerçevesinde hürriyeti bağlayıcı ceza veremez. İdare; mahkeme onayına gerek kalmaksızın, para cezası verebilir. Ama idare; bir mahkeme araya girmeksizin, bir malın kamulaştırılması sürecini tamamlayamaz. İdare; kamulaştırma sürecini başlatır, ama bu kamulaştırma sürecinin tekemmül etmesi bir mahkeme kararına bağlıdır. Öyleyse; burada adli yargının işlevi, idarenin işleminin tesisine katkıda bulunmak. Yani; idarenin tek başına yapamayacağı bir işlemde idareye karşı güvence oluşturmak.

Kamulaştırma İşleminin Sebep Unsuru Olarak Taşınmazın Belirlenmesi Aşaması

Taşınmazın belirlenmesi ile başlayan kısmı anlattık geçen hafta. Eğer taşınmaz **imar planında gösterilmişse** kamulaştırmaya başlama kararından bahsettik.

Taşınmaz; imar planında hastane alanı olarak gösterilmişse, artık en uygun taşınmazı sağlık bakanlığının aramaya ihtiyacı yok, arayamaz da. Hastane için yer önceden araştırılmış, önceden belirlenmiş, imar planı yapılırken belediyeye yazılmış, belediyede hastane alanı olarak yer gösterilmiş, bu yerin hastane için uygun olmadığını iddia eden mal sahipleri dava açmışlar veya belki açacaklar; ama sonuçta bir imar planı var ve orası hastane alanı olarak gözüküyor. Sağlık bakanlığı da hastane yapmaya karar vermişse, sadece kamulaştırmaya başlama kararı alınıyor. Niçin? Çünkü hastane yeri belli. Nerede belli? İmar planında belli. Kamu yararı kararı almaya gerek yok, onaylatmaya gerek yok. Dolayısı ile; %99 oranında neredeyse kamulaştırma bu şekilde işliyor. Ama; baraj yapacaksanız, şehirlerarası yol yapacaksanız, büyük bir su hattı döşetecekseniz bu durumda idarenin kamulaştırmaları/hizmeti hep imar planı olan yerlerden geçmeyecek. Orada mülkiyete tâbi imar planı olmayan araziler olabilir. Bunlar için ise, kanunda belirtilen merciler tarafından **kamu yararı kararı** alınacak ve bu kamu yararı kararı da onanacak. Dolayısıyla; başlangıçta çatallı bir başlangıç var. Ya imar planından geliniyor ve o zaman sadece kamulaştırmaya başlama kararı oluyor ya da imar planı olmayan bir alana geliniyor ve o zaman kamu yararı kararı ve bunun onanmasına dair bir karar alınıyor. Ve kamulaştırma süreci bu şekilde başlıyor.

Şimdi bundan sonrasını Kanundan size anlatacağım, ondan sonra da müesseselere başlayacağım. Kamulaştırmaya ilişkin müesseseler, Kanun'un çeşitli maddelerinde düzenlenmiş. Dolayısıyla; ana gövdeyi ve on kadar da müesseseyi bilmek sureti ile bu işin yıldız şeklinde şemasını yapabilecek hale geleceksiniz. Hep değerlendirmenize sunuyorum ama yine belirteyim, bütünü görmek önemli, ayrıntıları bilmek önemli değil. Bir müesseseyi bütün ayrıntıları ile bilerseniz bile o müessese değişebilir, onun bağlantılarını kuramazsanız, konuya hakim olabilmek mümkün olmaz.

Başladığımız noktada kamulaştırmadan önce yapılacak işlemler vardı. Kamulaştırmadan önce yapılacak işlemlerin mantığını da şöyle açıkladık: Kamulaştırmadan önce yapılacak işlemler mülkiyeti idareye geçirmiyor. Örneğin; idarenin "*Burayı kamulaştıracam.*" demesi. Halktan birçok kimse bu konuyu yanlış biliyor. Bir tapuya şerh konulması, malikin tasarruf hakkını kısıtlamaz, mülkiyetin idareye geçmesi anlamına gelmez, kişinin malını satmasına engel olmaz. Niçin şerh konulur? İdare, sonraki gelişmeleri öğrensin diye. Örneğin; tapudaki gelişmeleri öğrensin ki, kimin malik olduğunu ve kimi muhatap alacağını öğrensin ya da taşınmazı satın alacak kimseler bakımından bakılırsa, bu kimseler de burada idarenin kamulaştırma niyetini öğrensin. Dolayısıyla; bu adeta bir aydınlatma şerhi. Taşınmazın nüfus kaydı olan tapuya kamulaştırma şerhi konuluyor. Baktığınızda bu hiçbir şeyi etkilemiyor; ancak fiilen etkiliyor. Örneğin; almak isteyenler almayabiliyor, kişi taşınmazı kamulaştırılacağı için büyük bir yatırım yapmaktan kaçınabiliyor. Ama; sonuçta bu mülkiyeti geçiren bir muamele değil, niyeti gösteren bir muamele. Yıllarca şerhin kalıp da mülkün değerinin düşmesine engel olmak için de 6 aylık bir husus vardı. Buna ilişkin size maddeyi okuduk. Eğer idare 6 ay içinde kamulaştırmaya başlamazsa -idare kendisi şerhi kaldırmaya bile- şerh kendiliğinden

geçersiz hale geliyor. Burada da şöyle bir avantaj getirilmiş: Şerh idarenin silmesine bağlanmamış, “İdare silmese bile şerh geçersiz hale gelir.” diyor. İdarenin bazen işlem yapmayı ihmal edebileceğini düşünerek kanunen bir geçersizlik tarihi koymuş: Şerh tarihinden itibaren 6 ay. Bu süre içinde idare kamulaştırmaya başlamazsa sonuç belirlenmiş. Bundan sonraki süreç bakımından size bahsettiğimiz ilginç başka bir nokta daha vardı: Satın almayı deneme. Bu da kamulaştırma süreçlerinden birisi. Tapuya şerh, satın alma usulünü denemeye kalkışma vs. İdarenin mutlaka bu usulü denemesi lazım. İdarenin bu usulü denememesi bir eksiklik; bu usulün sonuç vermemesi değil. Daha sonra bunun önemine ve normal satın almadan farkına değineceğiz.

Kamulaştırma Bedelinin Mahkemece Tespiti Ve Taşınmaz Malın İdare Adına Tescili

Şimdi Kanun’un 10. maddesine geldik. Bu maddenin başlığı “Kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili”. Son nokta bu. Ama; bu son noktayı 10. maddede düzenlemiş. Yani; mahkeme bedeli tespit edecek ve taşınmazı idare adına tescil edecek. Buna ilişkin düzenlemeyi önce yapmış. Buna göre;

“Kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde (*Önce satın almayı denemeyi bu maddede de atıfta bulunarak vurguluyor. Kamulaştırma niyetini idare gösterdi, süreç başladı. Süreç başladığında idare önce satın almaya çalışacak.*) idare, 7 nci maddeye göre topladığı bilgi ve belgelerle (*7. maddede kamulaştırmadan önce yapılacak işlemler ve idari şerh var. Yani; malik kim, üzerinde başkalarının aynı hakkı var mı vs.*) 8 inci madde uyarınca yaptırmış olduğu bedel tespiti ve bu husustaki diğer bilgi ve belgeleri bir dilekçeye ekleyerek taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine (*Niçin taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi denilmiş? Bunun -örneğin- idare mahkemesine tespit ettirilmemesi çok mantıklı. Çünkü; idare mahkemesi bedel biçme konusunda başka davalar dolayısı ile uzman bir mahkeme değil, halbuki sürekli olarak taşınmaz ihtilaflarının önüne gelmesi dolayısı ile asliye hukuk mahkemeleri bu konularda tecrübeli ve bu onların esas işlerinden biri. Niye taşınmazın bulunduğu yer? Çünkü keşif yapılacak, bilirkişi ile gidilecek.*) müracaat eder (*Kamulaştırmaya devam etmek için idare müracaat ediyor. Dikkat edin malın değerini yüksek tespit edin diye vatandaş başvurmuyor, kamulaştırmak isteyen idare başvuruyor.*) ve taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin, peşin veya kamulaştırma 3 üncü maddenin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise taksitle ödenmesi karşılığında, idare adına tesciline karar verilmesini ister (*Peşin ödeme, Anayasa’nın bir ilkesi, taksitle ödemeye ilişkin anayasada da getirilen istisnalar var. Bu da kanunda düzenlenmiş bunu belirtmek için ortaya konulmuş.*).”

Bu maddedeki tamamlayıcı unsurları çıkarırsanız esas dikkat çekici şey: İdare, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat ediyor ve

kamulaştırma işleminin bitirilmesini ve tamamlanmasını istiyor, “*Bedelini tespit et, taşınmazı benim adına tescil et ve taşınmaz mal bana geçsin.*” diye talepte bulunuyor. Dolayısıyla; o zamana kadar taşınmaz mal idareye geçmiş değil, kamulaştırma bitmiş değil, idare taşınmaz mala el atmış değil, kullanabiliyor değil; sadece niyetini göstermiş durumda. Davranması gereken de idare, mahkemeden kararı alması gereken de idaredir.

Şimdi az sonra okuyacağım fıkrayı değerlendirirken esasında neler olmuş ve neler bir daha olmasın diye davranıldığını anlayacağınız cümleler var. Mesela çok uzun süren kamulaştırmalar var. İstanbul Üniversitesi olarak orman fakültesinin yanında Bilezikçi Çiftliği kamulaştırılmaya başlanmış ve üniversite kamulaştırma bedelini biçirdikten 20 sene sonra parayı yatırarak taşınmaza el koymuş. O zamanki para enflasyonsuz ortamda pul olduğu için malikler Türkiye’deki yargı yolunu tükettikten sonra AİHM’e başvurmuşlar ve bir sürü uyuşmazlık çıkmış. Bu şekilde birçok örnek var. O yüzden diyor ki kanun koyucu “*Bu işe başlanıldığı zaman hızlı bitirilmesi lazım.*”. Geçmiş tecrübe bunu göstermiş. Dolayısıyla Kanunu okurken niçin bu kadar kısa süre belirlemiş onu anlamak için geçmişe bir göz atmak lazım.

Madde 10/2:

“Mahkeme, idarenin başvuru tarihinden itibaren en geç otuz gün sonrası için belirlediği duruşma gününü, (*Mahkemeler biliyorsunuz 6-7 ay sonrasına gün veriyor. Kanun zoru ile burada mahkeme icbar ediliyor, kanun zoru ile duruşma günü ataması yapılıyor.*) dava dilekçesi ve idare tarafından verilen belgelerin birer örneği de eklenerek taşınmaz malın malikine meşruhatlı davetiye (*Yani; durumu gösteren ve açıklayan şerhli davetiye. Kişi ne olduğunu bilsin diye. Sadece bir duruşma günü ve saati yazsa, kişi “Niçin mahkeme beni çağırıyor?”, “Birisi alacak davası mı açtı?”, “Hangi problem var?” vs. diye tereddüt edebilir. Kişi bilgi sahibi olsun diye hem ilgili belgeler hem de buna ilişkin usulü hatırlatan bir davetiye gönderiliyor.*) ile veya idarece yapılan araştırmalar sonucunda adresleri bulunamayanlara (*Zira, malikin bulunamama ihtimali var.*), 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 28 inci maddesi gereğince ilan yoluyla tebligat suretiyle bildirerek duruşmaya katılmaya çağırır. Duruşma günü idareye de tebliğ olunur.”

Mahkemenin yapacağı işler kanunla ayrıntıya bağlanmış. Bu süreçte ortaya çıkmış kötü tecrübeler var ve dolayısı ile hiçbir şey açıkta bırakılmak istenmemiş. Mülkiyet hakkı tartışmasında çoğunlukla kamulaştırma işlemleri dolayısı ile AİHM’de en fazla mahkumiyete maruz kalmış ülkelerden biriyiz. Dolayısıyla; yasa koyucu tarafından kamulaştırma işlemlerinde bir hak ihlali yapılması istenmiyor ve o yüzden de ayrıntılı düzenlemelere yer veriliyor.

Kanun koyucu **madde 10/3’te**; “Mahkemece malike doğrudan çıkarılacak meşruhatlı davetiyede veya ilan yolu ile yapılacak tebligatta şunlar yer alır.” diyerek yer alacak hususları bentler halinde göstermiş. Dikkat edin, bunların hepsini de kanunda düzenlemiş. Bu bir proses mantığıdır. Böylelikle; bir şeyi gözden kaçırma ihtimaliniz azalır ve otomatik olarak davranıp da dikkat edilse görülecek bir şeyi görmez hale gelmezsiniz. Mesela; Kanun’da şunlar yazılmış:

“a) Kamulaştırılacak taşınmaz malın tapuda kayıtlı bulunduğu yer, mevki, pafta, ada, parsel numarası, vasfı, yüzölçümü.

b) Malik veya maliklerin ad ve soyadları,

c) Kamulaştırmayı yapan idarenin adı,

d) 14 üncü maddede öngörülen süre içerisinde (*Hemen 14. maddeye bakmak lazım nedir diye? Yani; normal idari dava açma süresi olan 60 gün değil, yarısı kadar bir süre öngörülmüş. Dolayısı ile; insanlar bu konuda da yanlış yapmasın diye süre belirtilmiş.*), tebligat veya ilan tarihinden itibaren kamulaştırma işlemine idari yargıda iptal veya adli yargıda maddi hatalara karşı düzeltim davası açabilecekleri, (*Yani; bu konuda kendisi daha fazla paya sahip ise, ortak gösteriliyor fakat taşınmazda ortak yoksa vs. gibi konularda kayıtları düzeltmek bakımından da adli yargıda ayrıca başka davalar açılabileceği ikazını içeriyor. Yani; adli yargıda davayı açmış olan idarenin muhatabı olan kişiye adli yargıda başkaca ne gibi davalar açabileceği, kamulaştırma için idari yargıda hangi süre içinde dava açabileceği ve kamulaştırmanın konusu olana ilişkin idarenin tespitlerini döküyor.*)

e) Açılacak davalarda husumetin kime yöneltileceği, (*Yani; “Yanlış kimseye dava açma, bu işi yapan/bu işe karar veren şu idaredir.” diyerek yol gösteriliyor.*)

f) 14 üncü maddede öngörülen süre içerisinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açanların, dava açtıklarını ve yürütmenin durdurulması kararı aldıklarını belgelendirmedikleri takdirde, kamulaştırma işleminin kesinleşeceği ve mahkemece tespit edilen kamulaştırma bedeli üzerinden taşınmaz malın kamulaştırma yapan idare adına tescil edileceği, (*Bu madde önemlidir. Kamulaştırma işleminin kesinleşeceğinden kasıt; tamamlanacağı değil. İdarenin kamulaştırma konusundaki iradesi, idari yargıda açılacak bir davada hukuka aykırı bulunmaz ise, artık ondan sonra bedel ve kamulaştırmanın tamamlanmasına doğru hızla yol alınacak. Kamulaştırma işleminin bitmesi başka bir şey, kesinleşmesi başka bir şey. Yani; kamulaştırma işleminin hukuk aleminden kaldırılabilir olması başka bir şey, kamulaştırma işleminin tamamlanması başka bir şey. Eğer; idari yargıda kamulaştırmanın iptali istenilmezse idare vazgeçmediği takdirde kamulaştırma işlemi devam edecek demektir. Hukuk bakımından siz o kamulaştırma işlemi ile mücadele etmiyorsanız, artık para bakımından hakkınızı alma mücadelesi yapıyorsunuz anlamına gelir ve o bitme de para ile ilgili ve tescille ilgili kararlar gerçekleşir.*)

g) Mahkemece tespit edilen kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına hangi bankaya yatırılacağı, (*Yani; parayı sonradan unutmuş olmayasınız diye onu da belirtiyor.*)

h) Konuya ve taşınmaz malın değerine ilişkin tüm savunma ve delilleri, tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde mahkemeye yazılı olarak bildirmeleri gerektiği, (*Deliller için 10 gün süre veriliyor. Burada delil ne olabilir? Fiyatı belirlemek bakımından en önemli delillerden birisi şu: O bölgede kıymetçe eşdeğer başka bir yer satıldı ise, ona ilişkin belgeyi dosyaya koymanız sizin taşınmazınızın değerinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Dolayısıyla; “Böyle hususlar var ise, buna ilişkin deliller 10 gün içinde verilsin.” deniliyor, çünkü mahkemeye verilecek ve mahkeme de devam edecek.*)”

Madde 10/4: “Mahkemece, kamulaştırılacak taşınmaz malın bulunduğu yerde mahalli gazete çıkıyor ise, bu mahalli gazetelerden birisinde ve Türkiye genelinde yayımlanan gazetelerin birisinde kamulaştırmanın ve belgelerin özeti en az bir defa yayımlanır.”

Kişi, haberdar olsun diye konulmuş bir fıkra. Yani; tebligat yetmiyor, bir de hem mahalli hem de Türkiye çapında yayınlanan gazetelerde ilan tebligat yapılıyor. Bu ilan da niçin yapılıyor? Çünkü; malik gözüken kişi ile mülkiyet ihtilafı olabilir, başka kişiler de o sırada dava açıp “Hayır kamulaştırılan taşınmaz onun adına kayıtlı görünse bile esasında benim de hakkım var.” veya “Bu dedelerimizden kalan bir taşınmaz, bütün hisse onun gözükiyor, ama benim de payım var ve buna ilişkin de dava açtım, alın bu da benim dava dilekçemin örneği.” diyerek işe dahil olsun. Yani; sadece tebligatla kişi haberdar olsun diye değil, o civarda hak iddia eden varsa da baştan dile getirsin diye.

Madde 10/5: “Mahkemece belirlenen günde yapılacak duruşmada hakim, taşınmaz malın bedeli konusunda tarafları anlaşmaya davet eder. *(Bakın bu da adeta üçüncü bir uzlaşma çağrısı. İlk olarak kamulaştırmaya başlamadan idare ile taşınmaz malın sahibi satın alma konusunda anlaşabilirler. İkinci olarak kamulaştırmaya başladıktan sonra idare mecburen mal sahibini satın almaya davet edecek. Orada da anlaşamadı ve tebligat çıktı, duruşma günü belirlendi. Üçüncü olarak da burada ilk duruşma gününde hakim yine tarafları bedel konusunda anlaşmaya davet ediyor. Dolayısı ile kanun koyucu “Bu işi zorla değil, gönül rızasıyla yapın.” diyor adeta. “Ya satın al, ya kamulaştırmaya başladıktan sonra satın al, ya ilk duruşmada anlaş.”)* Tarafların bedelde anlaşması halinde hakim, taraflarca anlaşılan bu bedeli kamulaştırma bedeli olarak kabul eder ve sekizinci fıkranın ikinci ve devamı cümleleri uyarınca işlem yapar. *(Yani; kanun koyucu adeta “Siz anlaştığınızda ben bunu artık boşuna bilirkişiye götürmem, bedel fazla veya düşük sonuçta anlaştığınıza göre bu anlaşılan bedel tıpkı benim biçtiğim bedelmış gibi kamulaştırma bedeli bu olur ve sonraki muameleler devam eder.” deniliyor.)*”

Madde 10/6: “Mahkemece yapılan duruşmada tarafların bedelde anlaşamamaları halinde hakim, en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için de duruşma günü tayin ederek, 15 inci maddede sayılan bilirkişiler marifetiyle ve tüm ilgililerin huzurunda taşınmaz malın değerini tespit için mahallinde keşif yapar. Yapılacak keşifte, taşınmaz malın bulunduğu yerin bağlı olduğu köy veya mahalle muhtarının da hazır bulunması amacıyla, muhtara da davetiye çıkartılır ve keşifte hazır bulunması temin edilerek, muhtarın beyanı da alınır.”

Burada işin kesin ve hızlı olması için eksik bırakılmamaya yönelik bir yaklaşım var. Adeta bir “Muhtar da taraflar da ne söyleyeceklerse söylesinler” durumu.

Madde 10/7: “Bilirkişiler, taraflar ve diğer ilgililerin beyanını da dikkate alarak, 11 inci maddedeki esaslar doğrultusunda *(Sürekli de başka maddelere atıfta bulunarak güvence sağlanmak isteniyor. Yani; bağlantılar kuruluyor. Bir bütünün bağlantıları kuruluyor. Burada maddeyi daha da uzatmamak, aynı şeyi tekrarlamamak için atıflarla bağlantı kurularak gidiliyor.)* taşınmaz malın değerini belirten raporlarını onbeş gün içinde mahkemeye verirler *(Bilirkişinin rapor süresi belirlenmiş: 15 gün*

içinde. Yani; 10 gün içinde keşif, 15 gün içinde rapor, 30 gün içinde duruşma. Dolayısı ile; idare dilekçeyi verdi, davayı açtı, mahkeme 30 gün sonraya gün vererek “Anlaşın.” dedi ve anlaşılmayınca bir 30 gün sonraya celse koydu. O sırada yine mahkemece 10 gün içinde keşfin yapılması öngörüldü, onun içindeki 15 gün içinde bilirkişi raporu verecek. Yani; ikinci 30 günün 25. gününe kadar da Kanun tarafından düzenlendi. Dolayısı ile; mahkeme, toplam 60. günde bilirkişi raporu gelmiş olarak karar verilebilecek hale geliniyor ve süreç hızlandırılıyor). Mahkeme bu raporu, duruşma günü beklenmeksizin taraflara tebliğ eder (Niçin? Söylenecekler konusunda bir celse atlanmasına neden olacak bir talepte bulunulmasın diye). Yapılacak duruşmaya hakim, taraflar veya vekillerini ve bilirkişileri çağırır. Bu duruşmada tarafların bilirkişi raporlarına varsa itirazları dinlenir ve bilirkişilerin bu itirazlara karşı beyanları alınır (Yani; çürütülecek itirazlar varsa tekrar bir celse atlanmasın, bilirkişi ne söyleyecekse söylesin ve iş hızlıca bitsin diye düşünülmüş).”

Madde 10/8: “Tarafların bedelde anlaşamamaları halinde gerektiğinde hakim tarafından onbeş gün içinde sonuçlandırılmak üzere yeni bir bilirkişi kurulu tayin edilir ve hakim, tarafların ve bilirkişilerin rapor veya raporları ile beyanlarından yararlanarak adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit eder. Mahkemece tespit edilen bu bedel, taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının kamulaştırılma bedelidir. Tarafların anlaştığı veya tarafların anlaşamaması halinde hakim tarafından kamulaştırma bedeli olarak tespit edilen miktarın, peşin ve nakit olarak veya kamulaştırma bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise, ilk taksitin yine peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, hak sahibi tespit edilememiş ise ileride ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere (Yani şunu söylüyor: Bedel tespit edilecek, bu tespit edilen bedelin yatırılmasına ilişkin usulü gösteriyor. Eğer ihtilaf da varsa ihtilaf çözüldüğünde hak sahibi olarak kim tayin edilmiş ise ona verilmek üzere bankaya yatırılıyor. Dolayısı ile; taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet iddiası geciktirici bir şey olarak kabul edilmiyor. Burada peşin ödeme esas, ama Anayasa'nın da verdiği cevazla eğer taksitli ödeme mümkünse maddede uzunca açıklandığı hallerde ilk taksidin idarece ödendiğine dair evrak olacak. Yani; idareye de “Bedeli sonradan yatıracağım.” diye tescilden önce bir güven gösterilmez. İdarenin “Tamam, bu bedeli kabul ediyorum. Adıma tescil et.” demesine imkan verilmiyor.) 10 uncu maddeye göre mahkemece yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye onbeş gün süre verilir. (Yani; yine idarenin “Tamam ödeyeceğim, miktarı kabul ediyorum, 1 sene sonra yatırırım.” demesine imkan tanınmamış ve “Bu işin sona ermesi için bedeli 15 gün içinde yatırıcaksın üstelik makbuzunu da bana göstereceksin.” denilmiş. İdarenin bir sürecinin tamamlanması için bunu mahkeme istiyor.) Gereken hallerde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere mahkemece uzatılabilir. (Gereken hal ne olabilir? İdari bir aksaklık olabilir, idarelerin kendi içindeki yazışmasının uzaması olabilir. Bu durumda süre 1 defaya mahsus uzatılabilir. Burada da hakime de çok takdir hakkı bırakılmamış.) İdarece, kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına yatırıldığına veya hak sahibinin tespit edilemediği durumlarda, ileride ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere bloke edildiğine dair makbuzun ibrazı halinde mahkemece, taşınmaz malın idare

adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir ve bu karar, tapu dairesine ve paranın yatırıldığı bankaya bildirilir. Tescil hükmü kesin olup tarafların bedele ilişkin temyiz hakları saklıdır.”

Madde 10/10: “Bu maddede öngörülen işlemler, mahkemenin davetine uymayanlar olduğu takdirde ilgilinin yokluğunda yapılır.”

Yani; ilgili bulunmasa da bu işlemler yapılacak. Dolayısıyla; geciktirmeye yönelik bir davranışa da kanuna açık hüküm konularak engel olunmuş.

Madde 10/11: “Hak sahibinin tespit edilemediği durumlarda mahkemece, kamulaştırma bedelinin üçer aylık vadeli hesaba dönüştürülerek nemalandırılması amacıyla gerekli tedbirler alınır.”

Yani; hak sahibinin belli olmadığı bir durum söz konusu burada. Siz kararı verdiniz, para bankaya yatırıldı. Vadesiz yatırıldığı takdirde hak sahibi belirlendiğinde faiz alamaz. Dolayısı ile; bu sebeple “Kısa vadeli hesaplara uygulanacak faiz uygulansın.” denilmiş.

Madde 10/12: “Kamulaştırılması yapılan taşınmaz mal, tahsis edildiği kamu hizmeti itibarıyla sicile kaydı gerekmeyen bir niteliğe dönüşmüş ise, istek halinde mahkemece sicil kaydının terkinine karar verilir.”

Burada Kadastro Kanunu'nun 16. maddesinin bir hükmüne atıfta bulunuyor. Taşınmaz, yol gibi herkesin yararlanmasına yönelik bir taşınmaz mal haline gelirse idare kamulaştırdığı taşınmazı o işlere tahsis ederse -özümlerse- tapu sicili kapatılıyor, tapudan terkin ediliyor. Çünkü; o taşınmaz artık alışverişe konu olamayacak bir mal haline geliyor. “Öyle mallarda tapu sicili kapatılır.” deniliyor.

Madde 10/13: “Bu tescil ve terkin işlemi sırasında mal sahiplerinin bu taşınmaz mal nedeniyle vergi ilişkisi aranmaz. Ancak, tapu dairesi durumu ilgili vergi dairesine bildirir.”

Bu da çok gelişmiş bir hüküm. Bu madde; parayı yatıracak idare “Ben sana bu kadar para yatıracığım ama senin vergi borcun varmış.” diyerek, kaynakta kesinti yapmasın diye düşünülmüş. Kanun koyucu “Mal sahibinin vergi borcu varsa, bunu vergi dairesine bildireceksin. Yani; sen idare olarak para vermemek için vergi borcunu gerekçe gösteremezsin; çünkü vergi problemi haklıdır veya haksızdır ayrı bir dava konusu olabilir.” diyor. Gelişmiş bir hüküm olarak, mal sahibinin vergi borcu için paranın kendiliğinden kaynakta mahsup edilemeyeceği düzenlenmiş. Ama; vergi idaresine de bildiriliyor.

Madde 10/14-15: “14 üncü maddede belirtilen süre içinde (30 gün), kamulaştırma işlemine karşı hak sahipleri tarafından idari yargıda iptal davası açılması ve idari yargı mahkemelerince de yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde mahkemece, idari yargıda açılan dava bekletici mesele kabul edilerek bunun sonucuna göre işlem yapılır.

Kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal veya maddi hatalara karşı adli mahkemelerde açılacak düzeltim davalarında hangi idareye husumet yöneltileceğinin davetiye ve ilanda açıkça belirtilmemiş veya yanlış gösterilmiş olması nedeniyle

davada husumet yanlış yöneltmiş ise, gerçek hasma tebligat yapılmak suretiyle davaya devam olunur.”

Şimdi bu maddeyi de anlattıktan sonra işin bu kısmı artık netleşmiş olacak. Bütün mesele esasında burada bitiyor. Yani; bu iskelette ortaya çıkıyor.

Şimdi sürece başlandı. İdare adli yargıda kendi adına tescil ve bedel tespiti için dava açtı ve hala tapulaştırma süreci içinde bu dava devam ediyor. Bu dava devam ederken kişiye tebligat yapıldı. Tebligat yapıldığı zaman 14. madde devreye giriyor. O maddeye bakalım:

Madde 14: “Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir.”

Yani; mal sahibi idari yargıda dava açarak diyor ki “*Bu taşınmaz en uygun taşınmaz değil; bu taşınmazı idare bana olan husumetinden ötürü seçti.*”. Bu maalesef çok fazla. Mesela; köy muhtarlığında rakip olan iki kişiden muhtar seçilen ihtiyar heyetinde de çoğunluğu oluşturunca rakibinin en kıymetli mallarını “Köye mera yapacağız.” vs. diye kamulaştırmaya kalkışıyor. Yani; maksat sakatlığı oluyor. O yüzden de kamulaştırma işleminin bu bahsettiğim adli yargı kısmı bedelin hakkaniyetli tespiti için; ama bir de “*Bu işlem gerçekten hukuka uygun mu? Gerçekten idarenin yapması gereken bir iş için bu taşınmazın kamulaştırılması zorunlu mu? gerçekten en uygun taşınmaz bu mu? Buna daha uygun bir taşınmaz varken idare buna mı karar vermiş?*” hususları da var. Kişi hukuka aykırılığı nasıl söyleyecek? İdari işlemin hukuka aykırılığını düşünmek için 5 modülümüz var: 1. Sebep sakat mı değil mi? 2. Konu sakat mı değil mi? 3. Şekil unsuru sakat mı değil mi? 4. Yetki sakat mı değil mi? 5. Amaç sakat mı değil mi? Bu unsurlar bakımından irdelecek.

Mesela; Vezneciler’de dikkat ederseniz Fen Fakültesi’nin karşısında otobüslerin kalktığı bir durak var ve o durakta otobüslerin dönebilmesi içinde bir girintiye ihtiyaç duyulmuş. O girintinin kamulaştırılması dolayısı ile dava açıldığında şunu söyleselerdi ilginç olabilirdi: 5 bin metre kadar bir yer kamulaştırılmış idare tarafından. Orada bir otobüsün dönebilmesi için kaç m² yere ihtiyaç var? Mesela; oradaki arsa sahibi bir bunu tartışabilir. Mahkeme gerekirse belki bilirkişiye gidecek. Bu kadar m² gerçekten gerekli mi? Otobüslerin son durağının burada olması zorunlu mu? Kamulaştırmanın olup olmayacağı tartışması idari yargıda 30 gün içinde açılacak davada tartışılacak. Eğer; bu dava açılmışsa kamulaştırmanın akıbetine ilişkin dava adli yargıda mesele-i müstehire denilen bekletici mesele sayılıp bu davanın sonucu beklenecek. Özellikle de yürütmeyi durdurma kararı alınmışsa. Niye? Çünkü kamulaştırma iptal edilirse, bedel biçmenin bir anlamı olmayacak. Kamulaştırmanın iptal edilip edilmeyeceğini bilmeden idare adına tescile karar vermek de doğru değil. Zira; arsa için “Kamulaştırılması hukuka aykırıdır.” kararı çıkarsa bir problem oluşacak.

Burada yine bir özelliğe dikkat çekeyim: İdari işlemlere karşı dava açmak idari işlem bittikten sonra olurken burada idari işlem devam ederken tam ortasında dava açılıyor. İdari yargıdaki dava, adli yargıdaki davanın dilekçesi ilgiliye tebliğ edildiğinde ilgili bütün ayrıntıları bu tebligat dolayısı ile öğrendiği için 30 gün içinde dava açıyor. Bir de insanın aklını karıştıracak maddi hatalara karşı da adli yargıda davadan bahsediliyor. Bakın bu adli yargıdaki bedel davası değil, bu maddi hatalar varsa düzeltim davası diye adlandırılıyor. Demek ki, idari yargıda ve adli yargıda dışsal davalar var ve de bunların bu sürece etkileri problemi var. Bu sürece etkilerini düzenliyor bu kısım. *Özelliği tekrar ediyorum: İşlemin yapılma sürecinin tam ortasında bir idari davanın çıkması.* Bu idari dava da işlemin tekemmülünü etkiliyor süre bakımından.

Şimdi; diğer ayrıntılar yerine size müesseselerden bahsedeceğim. Bu müesseseleri de anlattığımda kamulaştırmaya ilişkin kısmı tamamlıyoruz.

Taşınmazın hepsi değil de bir kısmı kamulaştırılırsa ne olacak müessesesi - kısmi kamulaştırma-, idare para vermek değil de başka bir mal vermeyi teklif ederse ne olacak müessesesi -takas sureti ile kamulaştırma-, kamulaştırılmak istenen taşınmazın mülkiyeti ihtilafı olursa ne olacak müessesesi -aynının ihtilafı bulunması-,

Zilyetlerin durumu ne olacak? Tapuya hiçbir kayıt yoksa ne olacak? Malik var ama, kadastro geçmemiş, zilyet tapuya kayıtlı değil. Taşınmaz mal nasıl boşaltılacak? Sonra idare vazgeçmek isterse süreç nasıl? İdare, “Buraya yol yapacağım.” diye taşınmazı oraya alıp yol yapmazsa eski malik taşınmazını geri alabilecek mi? İdare “Buraya yol yapacağım.” diye taşınmazı alıp oraya hastane yaparsa eski malik malını geri alabilecek mi? Buna ilişkin taşınmazın geri alınması meselesi nasıl olacak? Taşınmaz bedeli ile ilgili hususlar ve en önemlisi -sınavlarda gelebilecek olanlardan birisi- idareler arası mal devri/taşınmazın idareler arasında devri. İdareler birbirinin malını kamulaştıramayacağı için bir idarenin ihtiyaç duyduğu mal başka bir idarede olursa ne olacak? Şimdi hep böyle ihtilaflar var.

İdareler arası mal devri problemi var. Mesela; Esnaf Hastanesi tartışılıyor, sonuç olarak İstanbul Üniversitesi burayı kiraladı. Şimdi Kayseri’de büyük bir ihtilaf var. Kayseri’nin göbeğindeki askeri birlik, başka bir yere taşındığında o taşınmaz kime verilecek? Belediye “Bize devredin park yapalım.” diyor, TOKİ “Biz alıp inşaat yapalım.” diyor... Birçok yerde bu var. Uzun yıllar Bağcılar’da idareler arası mal devri ihtilafı dolayısı ile, bir yol yapımı ihtilafı oldu. Dolayısı ile; idareler de birbirlerinin taşınmaz malına ihtiyaç duyduğunda karşı karşıya gelebiliyorlar. Bu sorun nasıl çözülecek? Bütün bunlar ayrı ayrı müesseseler. Bir bütün olarak değerlendirmek lazım. Bir yerden başlayalım.

Kısmen Kamulaştırma

Kısmen kamulaştırmadan başlayalım. Biraz önce verdiğimiz örnekte de olduğu idare, kamulaştırma yaparken itiyacına göre bakar, kişiye göre bakmaz. Dolayısı ile;

kişiler kamulaştırmanın gerçek konusu değildir. Kamulaştırmanın gerçek konusu taşınmazlardır. Bir alanda farklı mülkiyet çizgileri olduğunu düşünelim. Siz o alana ilişkin yol yaparsanız, yolun geçeceği güzergahı belirleyeceksiniz. Bu yolun geçeceği güzergahta kimin ne arsası varsa onu alacaksınız. Aldığınız arsa A'ya ait olabilir, B ve C'ye ait ufak bir kısım olabilir, D'den bir kısım alabilirsiniz, E'den alıyorsunuz ve belki de burada birisinin de arsasının tamamını alıyorsunuz. Dolayısıyla; burada bu güzergahı belirlerken taşınmazların kime ait olduğuna bakmıyorsunuz, ihtiyacınıza bakıyorsunuz. Bu; ihtiyaç dolayısı ile bir taşınmazın tamamının kamulaştırılması demek değil; bazısının tamamı olabilir, bazısının bir kısmı olabilir. Bir kısım olduğunda da nasıl belirleyeceksiniz? Mesela; A'nın arsasının kalan kısmı, hiç kullanılmayacak nitelikte ise, bunu da kamulaştıracak mısınız? Bunun bedelini de verecek misiniz? Burada C'nin taşınmazının bir kısmı alınıyor ama C yola cepheli olduğu için taşınmazı değerlendiriyor, taşınmazı değerlendi diye C'ye vereceğiniz paranın bir kısmını kesecek misiniz? D'nin taşınmazı ortadan ikiye bölündü ve kalan kısmının değeri düştü diye kamulaştırma bedelini daha artıracak mısınız? Bu sorunlarla uğraşmaya **kısmi kamulaştırma** deniliyor. Mantığı da şöyle: Evet, bir kimsenin taşınmazının bir kısmı kamulaştırıldı diye kamulaştırılmayan kısımda değer düşüşü varsa o değer düşüşünü karşılamak lazım belli kurallara göre. Değer artışı varsa da bir kısmını yine belli kurallara göre emmek lazım. Ama; bunun bir sınırını belirlememiz lazım. Öyleyse, kısmi kamulaştırmanın bir hakkaniyet gereği al-ver kısmı olması lazım, bir yandan da hakkaniyet gereği bunun bir dengesinin olması lazım.

Düşüşe göre ne kadar düşüş karşılanacak, yükselişe göre bedelden ne kadar yükseliş düşülecek. Bunu belirlemek lazım. Peki kullanılmaya müsait olmayan kısım da kamulaştırılacak mı? Mal sahibi “Al bunu.” dediği zaman idare almak durumunda mı? Madde “Evet, o zaman onu da almak zorundasın.” diyor. Maddenin mantığı bu. Eğer kamulaştırmadan geriye kalan kısım kullanılmaya müsait değilse ilgilinin talebi üzerine onun da kamulaştırılmasına karar verilebilir. Yollarda olursa buna yol artığı derler. İdare yol artığı alır.

Madde “Kamulaştırma dolayısı ile mal sahibinin elinde kalan kamulaştırılmayan kısmın kıymeti düşmüşse kamulaştırma bedeline düşen kıymet kadar da bir kamulaştırma bedelini eklemek gerekir. Eğer kişinin geride kalan arsası kamulaştırma nedeni ile değerlendirilmişse idarenin o değeri de kamulaştırma bedelinden düşmesi gerekir.” diyor. Maddeyi bu bakış açısı ile okuyun.

Madde 12/1-b: “Kamulaştırma dışında kalan kısmın kıymetinde, kamulaştırma nedeniyle eksilme meydana geldiği takdirde; bu eksilen değer miktarı tespit edilerek, kamulaştırılan kısmın (a) bendinde belirtilen esaslar dairesinde tayin olunan kamulaştırma bedeline eksilen değer eklenmesiyle bulunan miktardır.”

Yani; “Bu eksilen değeri ekleyeceğiz.” diyor. “Kamulaştırma bedeli mahkemenin biçtiği bedeldir.” demiş maddenin a bendinde. B bendinde de “Bir

eksilme varsa bu eksilmenin eklenmesiyle bulunan değerdir.” denilmiş. Eksilme nasıl olur? Arsanın bütünlüğü bozulabilir. Bu sadece m² meselesi değildir.

Madde 12/1-c: “c) Kamulaştırma dışında kalan kısmın bedelinde kamulaştırma nedeniyle (*Yani kalan kısım değerlendirilmiştir. Genellikle de yol vs. geçtiği zaman değerlendirilir. Daha önce önünden yol geçmeyen bir taşınmazın bir kısmı alınıp yola katılırsa, yola cepheli bir arsa haline gelecek. Bu tarım toprağı da olsa, şehir toprağı da olsa değer artıran bir şey.*) artış meydana geldiği takdirde ise, artış miktarı tespit edilerek, kamulaştırılan kısmın (a) bendinde belirtilen esaslar dairesinde tayin edilen bedelinden artan değer çıkarılmasıyla bulunan miktardır.”

Madde 12/2: “Şu kadar ki, (c) bendi gereğince yapılacak indirim, kamulaştırma bedelinin yüzde ellisinden fazla olamaz.” deniliyor. Yani; “Bedeli indirebilirsin ama ne kadar çok değer artışı olursa olsun kamulaştırma bedelinin ancak %50’sini indirebilirsin.” diyor.

Madde 12/3: “(b) ve (c) bentlerinde sözü edilen bedelin düşüş ve artış miktarları, 11 inci maddede belirtilen esaslara göre bedel takdiri suretiyle tespit olunur.

Madde 12/4: Kamulaştırma dışında kalan kısım, imar mevzuatına göre yararlanmaya elverişli olduğu takdirde; kesilen bina, ihata duvarı, kanalizasyon, su, elektrik, havagazı kanalları, makine gibi tesislerden mal sahiplerine kalacak olanlarının eski nitelikleri dairesinde kullanılabilir duruma getirilebilmeleri için gereken gider ve bedel, belirlenerek kamulaştırma bedeline ilave olunur. (*Yani; binanın yarısını kesmişseniz, kalan kısım da yeniden binayı yapacak/tamamlayacak ise, yeni binayı tamamlamak için harcanacak parayı da kamulaştırma bedeline ekleyeceksiniz imar kanununa göre kullanılması mümkünse.*) Bu masraf ve bedeller (b) bendinde yazılı kıymet düşüklüğü miktarının belirlenmesinde gözönünde tutulmaz.”

Madde 12/5: “Bir kısmı kamulaştırılan taşınmaz maldan artan kısmı yararlanmaya elverişli bir durumda değil ise, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açılmayan hallerde mal sahibinin en geç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yazılı başvurusu üzerine, bu kısmın da kamulaştırılması zorunludur.”

Yani; kullanılmaya müsait olmayan kısmı da idare olarak ihtiyaç duyulmasa bile kamulaştırma bedelini verip idarenin elinden onu almanız söz konusu.

Kamulaştırma (Devamı)

Kamulaştırmanın bütünü içindeki işlemlerin hiçbirisi, kamulaştırma işleminin bütününe ifade etmez. Birlikte değerlendirildiğinde bir kamulaştırma süreci bulunmaktadır. Kamulaştırmaya başlama kararı⁴⁷, dolayısıyla kavram olarak aldatılabilir, ancak bu bir süreçtir. Kamu yararı kararı, idari şerh konulması, mahkeme aracılığıyla tebligat yapılması söz konusudur.

⁴⁷ 2942 s. Kanun mad. 7

Kısmi Kamulaştırma

Kısmi kamulaştırmada ise, birkaç problem söz konusudur. Bunlardan ilki, taşınmazın tamamının değil, bir kısmının kamulaştırmasının değer düşüklüğüne veya değer artışına yol açması hususudur. Artış ve düşüşlerin, kamulaştırma bedelini etkileyeceği bir düzenleme öngörülmüştür. Örneğin, değer düşmesinin %50'den daha fazla olmamasını kanun bir şart olarak öngörmüş. Sonuç olarak kamulaştırma bedelinin objektif olarak, metrekare cinsinden belirlenmesi söz konusudur, kısmi olması dolayısıyla da artış ve düşüş etkileri de hesaba katılmaktadır.

İkinci problem ise, kısmen kamulaştırma nedeniyle kalan kısmın işe yaramaz olması halinde durumun ne olacağına ilişkindir. Bu halde, ilgilinin başvurusu üzere idarenin o kısmı da kamulaştırması söz konusudur. Buna ilişkin uyuşmazlığa ise adli yargı bakmaktadır. Buradan kaynaklanan uyuşmazlıklar çoğunlukla para uyuşmazlıkları, taşınmazın kullanılıp kullanılmayacağı hususu, mülkiyet bakımından adli yargının daha ehil olması dolayısıyla değil de, eşitler arasındaki uyuşmazlığı çözmek konusundaki genel görevli adli yargıya bırakılmıştır. İdare kamu gücü kullanarak, karşı tarafın iradesine bağlı olmaksızın kendi mülkiyetine geçirme konusundaki yetkisi dışında herhangi bir üstün yetkisini kullanamaması amacıyla bu şekilde düzenlenmiştir. İdarenin buradaki tek üstünlüğü, satmama iradesini kıran alma gücüdür. Dolayısıyla alma sürecindeki adli yargının devreye girmesi meselesi, idarenin başka kamu gücü kullanımına imkan vermemesine yönelik bir tercihin görünümü olabilir.

Dava Hakkı

Bu madde, Kamulaştırma Kanunu'nun ana damarını oluşturmaktadır. Bu madde, idari yargı sürecini devreye sokmaktadır. Kamulaştırmanın yapılıp yapılmadığı meselesini belirleyecek olan, idari yargıdır. Adli yargı, kamulaştırmanın varlığına yönelik bir süreç yürütülmemektedir, dahası bedelin hakkaniyete uygunluğuna ilişkin değerlendirme yapmakta olup, bu husus ikincil bir meseledir. Kamulaştırmanın yapılmaması gerektiği düşünülüyor ise, araç olarak idari yargı devreye girmektedir.

İdari yargıda görülecek davalarda sürelerin yarıya indirilmiş olduğu görülmektedir. 60 günlük dava açma süresi, 30 gün olarak belirlenmiştir.⁴⁸ İdarenin çabuklaştırma iradesinin bir görünümüdür. Yargılama usulleri de bu madde de belirlenmiş, örneğin birden fazla malikin olduğu davalarda⁴⁹, tek başına dava açma hakkı olduğu kabul edilmekte ve buna ilişkin açılan davaların öncelikli görülmesine ilişkin bir yaklaşım söz konusudur. Sonuç olarak Kamulaştırma Kanunu bütüncül bir bakış açısıyla, sadece işlemin yapılışına ilişkin değil, idari usule ilişkin işleri de ele almış. Önemli görülen usullerde düzenleyerek bütüncül yaklaşımını göstermektedir.

⁴⁸ Dördüncü sınıfta İdari Yargılama Usulü dersinde bu konu işlenecektir.

⁴⁹ 2942 s K. Mad.14/3

Hatta, kamulaştırma davalarında, avukatların bedel üzerinden ücreti vekalet sözleşmesi⁵⁰ yapılmasını yasaklamaktadır. Başka kanuna ihtiyaç duyulmasının önüne geçiyor.

Acele Kamulaştırma

Diğer bir müessese ise, *acele kamulaştırmadır*. Bu kanunun 27.madde düzenlemesinde, kamulaştırma sürecine başlandığında, süreç bitmeden, taşınmaza idarenin el koyabilmesine imkan veren bir maddedir. Bundan amaç, sürecin hızlanması olmayıp, taşınmazın idarenin eline daha çabuk geçmesine imkan vermektir. Ancak, bu halde de değer biçimine ilişkin işlemlerin yapılması imkansızlaşır. Sürecin farklılaştıran husus, mahkeme kararıyla idarenin taşınmazı alıp, kullanılmasına imkan vermektir. Bunun için şartlar belirlenmiş:

- Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu
- Yurt savunması ihtiyacı
- Aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde
- Özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda

Görüldüğü üzere, Bakanlar Kurulu, kamulaştırmanın aceliliğine karar verildiğinde de uygulanmaktadır. Örneğin, Bartın Kozcağz Baraj yapımı amacıyla⁵¹, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından acele kamulaştırılması, Bakanlar Kurulu'nca kararlaştırılmıştır. Kamulaştırmanın kendisine değil, aceleciliğine karar verilmesi söz konusudur. Acele Kamulaştırma usulünün istisnai olarak başvurulması için bu yola başvurulmuştur. Daha önce, 'enerji işlerine ilişkin işler' acele kamulaştırma usulüne tabidir şeklinde kararlar verilmekteydi. Danıştay '*Termik santral yapımı amacıyla planlamaya konu edilemeyen ve bu amaçla kullanılmasına da izin verilmeyen alanda, kamu yararı kararı alınarak acele kamulaştırma yoluna gidilmesine, yukarıda yer verilen mevzuata göre olanak bulunmadığından, dava konusu Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmemiştir*' şeklinde iptal etmiştir.⁵² Güvence olarak somut örnekler için kamulaştırma söz konusudur.

Bu usulün özelliği, *kıymet takdiri dışındaki işlemler* sonradan görülmektedir. Uygulamada ise bundan farklıdır. Kural tespit edilip, daha sonra değerlendirilmek iken, uygulamada bilirkişi raporu olarak yapılmaktadır, yalnızca tespit etmemekte, bedeli de değerlendirmektedir. Sonuç olarak idarenin el koymasını çabuklaştırmak olduğu görülmektedir.

⁵⁰ 2942 s.K. Geçici 6.mad./7

'Bu madde kapsamında açılan davalarda mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenir.'

⁵¹ Bakanlar Kurulu Kararı, Karar Sayısı : 2016/8477

⁵² DANIŞTAY 6. DAİRE, E. 2014/7272, T. 28.10.2014

Trampa Yoluyla Kamulaştırma

Bir diğer usul ise trampa yoluyla kamulaştırma. Özel hukukta da uygulanan, mala karşı mal olup, taşınmaza karşılık taşınmaz verilmesidir. İdare bakımından daha fazla avantajlı olabilir. Teorik sorunlar lie karşılaşmaktadır. Eş değer olup olmaması ve kıymetli taşınmazın el değiştirmesi halinde, karşı tarafında zenginleşmesine imkan verilmesi gibi sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Kural olarak idarenin *ihale usulüyle* satması söz konusudur; ihale lie en yüksek bedeli verene satılmaktadır. Dolayısıyla trampa da bunun öngörülmemesinde sorunlar çıkmaktadır.

Kanun belirli şartlar öngörmüştür:

1. *Mal sahibinin kabulünü* gerekmektedir. İdare mal sahibini icbar etmemektedir.
2. İdarenin trampa edeceği taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmemiş olması gerekir. Atıl bekleyen bir taşınmaz olmalıdır.

Bu haliyle taşınmazın bedeli ihale komisyonunca yoksa bu amaçla kuracağı bir komisyonca belirlenir.

Görüldüğü üzere, ihale mantığını kaybetmemek için burada ihale komisyonu devreye girmektedir.

İdarenin kıymetli taşınmazını vermemesi üzerine bir düzenleme getirilmiştir. Ancak yüzde yirmi daha kıymetli olması öngörülmüştür.

İdareler Arası Mal Devri

İdare her zaman özel hukuk kişinin malına ihtiyaç duymaması halinde ne olacak sorusu gündeme gelmektedir. Başka bir idareye ait taşınmaz söz konusu olduğunda ne olacak?

Kanun düzenlemesinde kamulaştırılamayacağı belirtilmektedir. Maddenin sonunda ise, bu suretle elde edilmiş taşınmazların kamulaştırma ile elde edilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Bir idare, diğer idarenin malını zorla(kamu gücü kullanarak) alamadığında, daha üstün bir ihtiyacı olması halinde, bu malın nasıl el değiştirileceğine ilişkin bir usul öngörülmektedir. Kimi kanunlarda, kamulaştırma benzeri bir usul öngörülmüş olabilir, kimi kanunlarda idarenin özellikleri açısından değerlendirme yapılmış olabilir. Bizim kanunumuzda, idarelerin anlaşma yaparak bu sorunu çözmeleri öngörülmüştür:

1. Talip olan idarenin 8.madde uyarınca bedelini tespit eder ve mal sahibine yazılı olarak başvurusu gerekmektedir. Anlaşma halinde sorun yoktur.
2. Anlaşma halinde ise Danıştay'a başvurulması ve Danıştay'ın kesin karara bağlaması öngörülmüştür. Danıştay'ın değerlendirmesi, hukuki olmayıp, üstünlük, yerindelik değerlendirmesidir. Danışma amacıyla, Danıştay 1.Dairesi, yargı merci olarak idari işlerde karar vermek üzere başvurulur.

Danıştay, üstün kamu yararı değerlendirilmesi yapılmaktadır: Örneğin, Turizm Teşvik Kanunu, turizmi üstün kamu yararı olarak görmektedir.⁵³ Orman arazilerinin dahi turizme tahsisi öngörülmüştür.⁵⁴ Ya da Maden Kanun'u ile çatışma halinde, madenin çıkartılmasına imkan vermek, diğer faaliyetlerden daha önemli olduğu yaklaşımını haizdir.⁵⁵ Ya da Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 3.maddesinde debütün kamu yararlarından daha üstün bir kamu yararı olduğu söylenmektedir. Dolayısıyla bazen yararlar çatışabilmektedir. Belediye ve Sağlık Bakanlığı arasında Harem'de Numune Hastanesi'nin yolu, hastane faaliyetlerine ilişkin olmayan otopark kısmını devretti. Anlaşma yoluyla mı yoksa Danıştay mı buna karar verdi, bilinmiyor ama oradaki yapı değişerek, yol yapımı söz konusu oldu. İdare bir malı kullanmıyorsa, Danıştay'ın karar vermesi kolaylaşacaktır. Ancak iki idarenin de taşınmaza ihtiyaç duyması halinde sorun çıkmaktadır. Dolayısıyla, yargısal bakımdan denetimi de zor olan 'üstün/baskın kamu yararı' kavramı karşımıza çıkmaktadır.

Düzenlemenin ilginç olan yanı ise, *fiyat tartışması* diğer süreçte olduğu gibi asli yargıda devam etmektedir. Bedele ilişkin kararlar yine adli yargıya bırakılmaktadır.

İdareler arasında da aynı güvenceyi getirerek, tapu dairesine bildirilmesi öngörülmüştür.

İdareler arasında mal devri halinde de, kamulaştırılmış sayılması söz konusudur. Buradan 'geri alma hakkı'na geçiş yapabiliriz.

Kamulaştırmadan Vazgeçme veya Geri Alma Hakkı

İdare ihtiyacına göre kamulaştırır ancak kamulaştırma amacına uygun olarak kullanmaması halinde ne olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Eski malik geri alabilecek midir? Menfaat kesilmekte, mülkiyet geçmekte ve bedel alınmakta, dolayısıyla eski malikle olan bağlantı kopmaktadır.

Kamulaştırma amacına veya başka bir kamu yararına kullanmış ise malikin geri alma hakkı yoktur. Yargı kararlarıyla ortaya çıkan kapsamı şu: o iş için de kamulaştırma yapmak mümkün ise geri alma hakkı düşmektedir. Bedelin kesinleşmesinde itibaren 5 yıllık bir süre öngörmüştür. Altıncı yıl içinde ilgilinin faiziyle birlikte kamulaştırma bedelini iade etmek suretiyle geri alabilir.

İdarenin kamulaştırma lie birlikte kamulaştırdığı mal, özel malı olmaktadır. Kamulaştırma amacına kullanması gerekmektedir. Şartların değişmesi nedeniyle kullanmaması halinde, malikin geri alma hakkı doğabilmektedir. Şartları ise,

1. Beş yıllık hareketsiz kalması, ve altıncı yıl içinde isteme,

53

⁵⁴ 2634 s. *Turizmi Teşvik Kanunu mad.8/A.1*

'Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerlerden..'

⁵⁵ 3213 s. *Maden Kanunu mad.7/15 f.*

2. Başka bir kamu yararına da kullanımı mümkün olmaması,
3. Bir amaç için birbiriyle bağlantılı olarak kamulaştırılmış taşınmazlar söz konusu olmaması
4. Arsa ofisi Kanunu gibi bazı kanunlar uygulanması halinde uygulanmaz. Sonuç olarak taşınmazla eski malikin bağlantısını kesmemektedir.

Yukarıda bahsedilen *idareler arası mal devrinde*, hükmi olarak ‘kamulaştırılmış sayılmanın’ mantığı da burada ortaya çıkmaktadır. *Geri alma hakkının kullanımına* imkan vermektedir. Bu hak önem verilen bir hak olup, meşruiyetini sağlamaktadır. Aksi takdirde, idare kamu yararı gerekçesini kullanarak arsa spekülâtörü haline gelir.

İstanbul Üniversitesi Bilezikçi Çiftliği’ni kamulaştırdı. Eski malik idarenin birşey yapmamasını gerekçe göstererek geri alma hakkını kullanmak üzere dava açtı. İdare, arboretum yapmak üzere kamulaştırdığı, orman fakültesine ağaç inceleme bilimi olması amacıyla yapıldı, ve dolayısıyla ağaç kendiliğinden yetiştiği için birşey yapılmasına ihtiyaç olmadığı, amaca uygun kullanıldığı gerekçe gösterilerek geri alma hakkı engellenmiş oldu.

Avcılar Kampüsünde Türk Halk Müziği Sanatçısının çiftliğini kamulaştırmış, çiftlik hiç bozulmamış. Eski malik ya dava açmadı ya da açıldıysa da sonuca bağlandı.

Dolayısıyla idarelerin kamulaştırma konusunda kötü bir sicili bulunmaktadır. Kamulaştırma bilincine sahip olmadan yapılmasına bir sonuç bağlanmıştır.

Vazgeçme

İdarenin tek taraflı vazgeçmesi⁵⁶, bedeli idare biçmediği hallerde, idarenin pişman olması söz konusu olmaktadır. İdarenin vazgeçmek istediği hallerde, kişinin kamulaştırması gerektiği hallerde davalar söz konusu olabilmektedir. İdare, dava bitmeden her aşamada kamulaştırmadan vazgeçebilmektedir. Mahkeme masraflarını karşılamaktadır

İdarenin tek taraflı vazgeçmesi dışında, ‘vazgeçme, iade ve devir’⁵⁷, ilgililerle anlaşarak vazgeçebilir. Burada şu sorun ortaya çıkabilmektedir: İdare, kamulaştırılan yeri kamu yararına kullanması ve sonunda ihtiyacın kalmaması hali sorunu. Danıştay, eski maliklerin açtığı davalarda, eski maliklere teklif edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁸ Eski malike teklifinin bedelinin ne olacağı hala bir sorundur.

⁵⁶ 2942 s.Kanun mad. 21

‘İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir. Şu kadar ki, dava sırasında vazgeçme halinde dava giderleri ile harç, harcanan emek ve işin önemi gözetilerek mahkemece maktuen takdir olunacak avukatlık ücreti idareye yükletilir.’

⁵⁷ 2942 s.Kanun mad. 22

⁵⁸ 2942 s.Kanun mad.22/6 f.

Kamulaştırmasız El Atma

İdare kamulaştırma yapmadan veya kamulaştırmayı tamamladan başkasına ait mülklerde tesisler yapması durumu ayrı bir sorundur. Eski düzenlemesi 30.madde idi, dolaylı kamulaştırma denilmekteydi. Bafra’da arsasından yol geçirilen kimse, icra vasıtasıyla yolu kapatmıştır. Bunun giderilmesi için ise burası dolayısıyla kamulaştırılmıştır, kamulaştırılmamış olsa dahi mal kaybedilmiştir denilmiştir.⁵⁹ Bunun sonucunda da ‘dolayısıyla kamulaştırma’ olarak nitelendirilmiştir. Kitaplarda bu şekilde yer almasıyla birlikte, idare kendisi için meşru bir yol olarak başvurmaya başlamış. Fiili durumun sonuçlanması için getirilen durum, yaygınlaşmaya başlamış oldu. AİHM ihlal karraları vererek, hukuka aykırılığı tespit etmiş, AYM⁶⁰ iptal ederek, Geçici 6.madde ile çözmeye çalışmaktadır.

- Kamulaştırılması gerekirken kamulaştırılmamış, kamulaştırılmaya başlanmış ancak tamamlanmamış, kamulaştırılmadan el atılmış, bir adım daha ileri götürülerek ‘hukuken el atılmış’ hallerde,
- İmar planında park alanı olarak öngörülen ancak park yapılmaması dolayısıyla kişinin mağduriyet olması durumunda, hukuken kamulaştırılmış sayılıp, tazminat gündeme gelmektedir. Fiili kısmından farklı olarak, üzerinde birşey yapılmamış ancak hukuken bağlamış olması dolayısıyla, buna sonuç bağlanmıştır. Ya imar planı değişsin, ya da zarar tazmin edilsin.

İmar Hakkı Transferi

Bundan ayrı olarak, imar hakkı transferi de söz konusudur. Kamulaştırmasız el atılan yerlerde, tazminat istemek yerine, başka bir yerdeki arsaya **imar hakkı transferi** de istenebilmektedir. Kural olarak, imar hakkı çevresel haklara bağlı olarak belirlenen bir husu olmalıdır. Ancak tazmin edememe halinde, isteyene paradan daha büyük bir imkan olarak imar hakkı transfer edebilmektedir. Kamulaştırmasız el atmaları tasfiye etmeye çalışmaktadır. Diğer bir nokta, imar kanununa göre imar programına alınmış olması gerekmektedir. İmar planında çocuk parkı olarak öngörülmesi halinde arsanın değeri düşmektedir. Beş yıl sonunda, hukuki el atıldığı gerekçesiyle ödenmesi imkanı getirmektedir. İmar vermeyerek kişinin elinde bırakılmış olsa bile kişinin tasarrufundan çıkartıldığı varsayılan hallerde, fiili kamulaştırmasız el atma gibi, hukuken el atmış kabul edilmektedir.

⁵⁹ Bu olay için bkz. İl Han Özay, Gün Işığında Yönetim, Filizler Kitabevi, Ekim 2004

⁶⁰ AYM, E.2013/93, K. 2013/101, K.T. 10.4.2013, R.G.4.11.2013

KAMU MALLARI

Yeni bir problem ise kamulaştırma sonrası malın hangi hale geldiğidir. Özel hukuk kişisine ait bir mal kamulaştırıldığı zaman doğrudan idarenin mülkiyetine geçiyor; ancak bu durum onun bir kamu malı haline getiriyor mu? Yani 3 ayrı aşama var denebilir. Özel hukuk mülkiyetine tabi olma, idarenin özel hukuk mülkiyetine tabi olma ve idarenin faaliyetlerinde kullandığı bir mal olma aşaması var. Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesini hatırlarsanız malikin geri alma hakkını düzenliyor. Buna göre idare kamulaştırdığı bir taşınmazı kamu yararına kullanmazsa, 5 yılın geçmesiyle malik lehine bir geri alma hakkı doğuyordu. Buna göre bir mal kamulaştırıldığı zaman kendiliğinden kamu malı haline gelmiyor. İdarenin mülkiyetine giriyor ama idare bunu ayrıca kamu yararına veya kamulaştırma amacına yönelik kullanması lazım. Öyleyse malın mülkiyeti bakımından özel hukuk kişisinden alınma söz konusudur. İdare bu taşınmazı kamulaştırma amacına veya kamu yararına kullanırsa da kişinin geri alma hakkı düşüyor. Buna bir anlam vermek gerekmektedir. Malın bu aşamalardaki hukuki statüsü ne olacaktır? Bu geçişle birlikte başlayacağımız konu, idare hukukunun çözüme oluşturulamamış konularından birisidir. Dünyadaki her hukuk sisteminde bu gündem maddesi yoktur. Bu durum özellikle Fransız sisteminden etkilenen hukuk sistemleri için geçerlidir.

Kamu malları denen bir hukuki rejim söz konusudur. Bu kamu malları hukuki rejimi mantığını anlamaya ihtiyaç var. Çünkü bu alanda bir çelişki var. Bu çelişki "hiç kanun yok, çok kanun var" olarak nitelendirilebilir. Bunun anlamı şu: hiç bir genel, sistematik kanun yok; ama birçok kanuna dağılmış kamu mallarına ilişkin düzenlemeler getiren maddeler var. Yani bir açıdan hiç pozitif düzenleme yok, diğer açıdan ise olması gerekenden de çok düzenleme var. Dolayısıyla böyle bir durumda sistematik bir biçimde ele alabilmek için, kanuna dayalı olmayan; ancak diğer kanunlardaki hükümleri de izah eden bir açıklama şemasına ihtiyaç var. Bunun için hukuk doktrini bazı teoriler geliştirmiştir. Bu teoriler zaman içinde yıkılmış, tekrar yapılmıştır. Kimi ülkeler ise laboratuvar olarak denenmiştir. Örneğin Fransa, kamu mallarına ilişkin genel bir kanun yapmayı Cezayir'de denmiştir. Bu kanunu orada yürürlüğe koyarak ne gibi uyuşmazlıkları çıktığını görmeye çalışmıştır. Kendi ülkesinde ise karmaşayı çözemediği için, kanunla sabitlemek yerine doktrinle ve içtihatla çözmeyi tercih etmiştir. Dolayısıyla bu alan idare hukukunun özel hukukla özellikle eşya hukukuyla karşılaştığı, eşya hukuku ne kadar kanuna bağlı ise bu o kadar kanuna bağlı olmayan bir sınır noktası haline gelen bir hukuk alanıdır. Bu sınır noktasının da temas alanı çok belirgin çünkü birisi pozitif düzenlemelerle çok ilgili diğerinde ise pozitif düzenlemeler bir anlamda çok ama sistematik olmadığı için o pozitif düzenlemeler yargı kararlarının verilmesinde birer araçtır. Yani uyuşmazlığı çözen düzenlemeler değil doktrininde bir araçtır.

Her sene kamu mallarına ilişkin kısma başlarken “Dementhon” diye birinden bahsediyoruz. Hayatı boyunca sadece kamu malları çalışmış bir Fransız idare hukukçusu ve sonunda da bir kamu malları ‘traité’si yazmıştır. Bu eserinde; bu kadar gereksiz, bu kadar yanlış, bu kadar içinden çıkılmaz, baskıcı ve otoriter bir teori görmedim, bunu hukuk hayatından hiç bir izi kalmayacak şekilde çıkarmak lazım, demektedir. Yani çalışmış, idrak etmiş ama idrak edince de bu teorinin hukuksal düşünceyi nasıl sınırladığını, ihtiyaçlara cevap vermediğini söylemiştir. Bu eseri de vererek bilimsel hayatını bitirmiştir.

Kamu mallarına ilişkin çokça uyuşmazlık var. Özellikle kamu mallarının kullanılmalarının hukuki rejimi güncel bir anlam ifade ediyor. Madenlerin çıkarılmasından, termik santrallerinin yapılması, kıyıların ve ormanların kullanım için tahsisine kadar geniş bir gündemi var. Teorik bir alan değil, pratik sonuçları olan bir alandır. Dolayısıyla bu alanı ve ihtiyacı görmemezlikten gelmek mümkün değildir. Bu yüzden önce bu teoriyi doğuran ihtiyacı ortaya koyacağız, daha sonra da bu ihtiyacın nasıl çözüldüğüne değinip pratiklerde günlük hayatta nasıl görüldüğünü ortaya koyacağız.

İdarenin kamu hukukuna tabi mallarının tabi olduğu farklı bir rejim ihtiyacı var. Çünkü idare bu malları kamusal faaliyetlerinde kullanıyor. Otobüsleri örnek verelim. Bir firma otobüs alsın, bu otobüsün taksitlerini ödemesi, hukuk sistemi alacaklının alacağını alabilmesi için bir icra sürecini öngörüyor. Ticari faaliyet etkilenecek olsa bile alacağın alınabilmesi için borçlunun malvarlığına müdahale edilmesi meşrudur. Ama aynı otobüsü idare almış ve bir hatta kullanıyorsa, idarenin elinden otobüsün alınması demek, aslında idarenin değil o otobüsten yararlananların zarar görmesi anlamını taşır. Dolayısıyla idarenin borcunu ödememesi halinde hiç bir yaptırım uygulanamayacak hale gelmesi değil, borcunu ödememesi halinde kamu hizmetinde kullanılan malların özel kişiler tarafından el atılmaya karşı korunmaya ihtiyacı var. İkisi de otobüs olsa da bir kamu hizmetinde kullanılıyor, eğer borç ödenmedi diye haczederseniz, buradan esas zarar gören otobüsten yararlananlar zarar görür, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi zedelenir. Dolayısıyla idarenin borcunu ödemesini sağlayacak araçlar sağlanması ve bunu hukuki rejiminin ortaya konması gerekir. Çünkü söz konusu olan kamu malıdır. Firmanın otobüsü özel mal, haczedilebilir, idareninki kamu malı, haczedilemez. Bir mala kamu malı demekle bunun haczedilemezliği özelliğini ortaya konmuş oluyor. Sadece haczedilemezlik değil, idarenin bile kafasına göre o otobüsleri ihtiyaç dışı kullanamamasını sağlayacak bir rejim gereklidir. Örneğin Taşkışla’da hotel yapılmak istendiğinde onun üniversiteden alınıp başka bir şey olarak kullanılmasına ilişkin işlem yargı yerlerince iptal edildi. Çünkü bu kamu malıdır, sahibi olan idareye karşı bile korunur. Zira burada esas korunan şey tahsistir. İdare o hizmeti başka yollarla daha nitelikli görecektir olmadığı sürece tahsisi serbestçe kaldıramaz. Dolayısıyla bu herhangi bir taşınmaz gibi değildir. Bakıldığında özel kişinin malıyla birebir aynı ancak kamu malı olması idarenin malının haczedilemezliğini getirmektedir, hatta idare bile serbestçe tasarruf

edemez. Dolayısıyla faaliyetlerde kullanılan malların ayrı bir statüde olmasına ihtiyaç var, bunu belirleyen de malın cinsi değil kullanımını yani tahsisidir.

İkinci bir ihtiyaç ise herkesin kullandığı mallara ilişkin bir rejim ihtiyacıdır. Örneğin her yer özel mülkiyette olsa ve her yerden geçerken malikten izin alınmak gerekse sosyal hayat oluşmaz. Dolayısıyla kimseden izin alınmaksızın kullanılacak orta mallarına ihtiyaç var ki toplumsal hayat gerçekleşebilsin ve özel mülkiyet anlam bulsun. Her yer özel mülkiyet olsa, başkasının taşınmazından istifade ederken izin alma ve para verme gereği, toplumsal hayatı imkânsız hale getirir. Hatta köy kanunu köyü, orta malları üzerinden tanımlayarak mera kışlak yayla cami gibi malların olduğu yerde yaşayan insan topluluğu olarak tarif eder. Dolayısıyla idarenin kamu hizmetinde kullanılan malı olmayan mallara ihtiyaç var, bunlara da orta malı deniyor. Bu mallar herkesin serbestçe, izin almadan kullanabileceği mallardır. Bu kullanım sadece vatandaşlar için değil, yabancılar için de hayvanlar, araçlar için de geçerlidir. İdare ile mal arasında mülkiyet ilişkisi yoktur. İdarenin o mala hizmet etmesi gerekmektedir. İdare malı korumalı, başkasının el atmasını engellemeli, bakımını yapmalıdır. Dolayısıyla bunlara yönelik de bir hukuki rejim ihtiyacı var. Bunlardan herkesin istifadesini temin edecek bir hukuki statü ihtiyacı gereklidir. Anglosakson sistemlerinde daha farklı bir orta malı yaklaşımı var. Orada parasal odaklı bir yaklaşım var, bu da eleştiriliyor.

Sonuç olarak iki ihtiyaçtan söz edilebilir: idarenin hizmette kullandığı malların korunması ihtiyacı ve idarenin hizmet sunması gereken orta mallarının ayrı bir statüde olması ihtiyacı söz konusudur. Kamu malları teorisi de bu ikisine birden cevap vermeye kalktığından çatlama yaşıyor. İdare kullandığı mallara özel statü istiyor, herkesin ortak kullandığı malların da özel statüye girmesi ihtiyacı var. Hukuki sistem de bu ihtiyacı tatmin ettiği oranda vardır, etmediği oranda değişmesi gerekir.

İlk aşamada malların ayrımını ortaya koyarak bir tasnif şeması belirlemek gerekir. İkinci aşamada bu ayrımın hukuki sonuçlarını ortaya koymak gerekir. Üçüncü aşamaya ise teorinin hayattaki görünümü olan mallardan yararlanma usulüdür. Üçüncüsü ise görünen yüzü, mali yüzü, mahkemelere yansıyan yüzüdür. Ancak o yüze gelinceye kadar diğer iki aşamayı bilmek ve değerlendirmek gerekiyor.

Ortaya konacak şemanın anlaşılması, konunun anlaşılabilirliği için şarttır. Ortaya konan şema olması gerekeni değil, olanı ortaya koyuyor. Böylece nasıl olduğunu anlayarak olması gerekene ulaştırmak için bir araç gerekiyor. Bu alan, içtihatlarla ortaya konmuş bir alan, çünkü kanunla ortaya konan somut durum, ihtiyaca her zaman cevap veremeyebiliyor. Ama yargı kararları ihtiyaca göre değişiklik gösterebiliyor. İhtiyaç değiştiğinde kanunla bunu değiştirmek kolay değil, dolayısıyla kanunla ortaya konan sistemin ihtiyaca göre uygulanmasını yargı kararları belirliyor. Kararlarda da kitaplara, makalelere atıflarda bulunarak kanunlara göre değil teoriye göre uyumsuzluk çözülüyor. Örneğin samsun Bafra'da bir özel mülkiyet var, idare

diğer malları kamulaştırmasına rağmen bir kişinin taşınmazını kamulaştırmadan yol inşa etmiştir. Kişi de dava açmış, kamulaştırma yapılmadığını ortaya koymuş, yolu çitle çevirerek kamunun kullanımına kapatmış. Kanunen kişi haklı, ancak kanuna göre çözüm mümkün değildir. Çünkü mal hâlihazırda kamu hizmetinde kullanılıyor. Yargı kararlarında da bu durum kanuna göre değil, fiili duruma göre çözülmüştür. İdare bu malı faaliyetinde kullanmak suretiyle kamu malı haline getirmiş ve dolayısıyla kamulaştırma meydana gelmiştir. Burada özel kişi malın iadesini isteyemez ancak tazminat talep edebilir. Buna kamulaştırmaz el atma deniyor. Dolayısıyla kamu malı olmak kişinin kamu malını geri almasına engel oldu, bunu sağlayan da fiili tahsistir. Yargıtay buna karşı açılan müdahalenin menı davasında burada artık bir kamu malı haline gelme söz konusudur ve müdahalenin menine karar verilemez diyor. Kamu malı teorisini esas geliştiren Yargıtay, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkları malın kamu malı niteliğinden yola çıkarak çözüyor. Dolayısıyla bir kanunla, hukuki normla çözüm değil, kararlarla çözüm söz konusudur.

İlk aşamada 3'lü bir ayırım var. Eşya önce 3'e ayrılıyor: sahipsiz mal, özel kişinin mülkiyetinde mal, kamu tüzel kişinin mülkiyetinde mal. Bu kabul daha kuruluştaki teoriye sebebiyet veriyor. Buna göre kamu malı teorisi ancak kamu tüzel kişisine ait mallar üzerinden değerlendirilebilir, özel kişinin mallarına ilişkin değerlendirme ile olmaz. Malların özel korumadan yararlanabilmesi için idareye ait olması gerekmektedir. Bu ilk ayırım da aidiyete göre belirlenmektedir. Bunun doğurduğu sakıncalar var çünkü bazen özel malların da korunması gerekiyor. Özellikle özel kişinin kamu hizmetine katılmasında söz konusu oluyor. Eğer kriter hizmetin aksaması ise örneğin özel kişinin yürüttüğü halk otobüslerinin de korunması gerekiyor, aksi kabul bir çelişkiyi getirir. Ancak yine de böyle kabul edilmiştir. Eğer aksini kabul edersek özel korumadan yararlanacak çok fazla mal olacak, bu da hukuk sistemini bozar gözüyle bakılmaktadır. Dolayısıyla özel hukuka tabi mallar için bir ayırım yapılmamıştır. Aksi takdirde ticari hayat da zora girer diye düşünülmektedir. Dolayısıyla bu koruma sadece idareye tanınmış bir imtiyazdır diye kabul ediliyor.

İkinci aşamada bir hukuki ayırım var. Kamu tüzel kişilerine ait mallardan bir kısmı özel hukuka bir kısmı kamu hukukuna tabi olmaktadır. Çünkü özel hukuka tabi olmak kaçınılmaz bir zorunluluktur. Kamulaştırılan malın ilk statüsü özel mal oluyor, tahsisle orta mala veya hizmet malına özgüleniyor, eğer özgülenmezse kişinin geri alma hakkı oluyor. Dolayısıyla idarenin her malı da koruma altında değildir. Kitaplarda idarenin kamu malları özel hukuka tabi olmayan mallar olarak nitelendiriliyor. Dolayısıyla birini bularak onun dışında kalanlar diğer statüdedir demek gerekiyor.

Üçüncü ayırımda da idarenin kamu hukukuna tabi malları sahipsiz mal, orta malı ve hizmet malı olarak ayrılıyor. Buradaki sahipsiz mal, daha önce bahsedilenden farklı, bu bir sorun ve çelişkidir. Kararlarda ve doktrinde farklı isimlendirmeler var. Kamu malları, kamusal mallar, amme emlaki, idare malları, idare emlaki, idarenin malları gibi doktrinde ve içtihadta farklı terimler, farklı anlamlarda kullanılıyor. Bu isimlendirmeler de şemadaki farklı kategorileri isimlendirmek için kullanılıyor.

Herkes farklı anlamda kullandığı için, her durumda ne anlamda kullanıldığına bakmak gerekiyor. İşin daha tuhafı Anayasa da kendine göre bir terim üretmiş, "devletin hüküm ve tasarrufu" altında olan mallar demiş, bu durum doktrinde ve kararlarda da benimsenmiş ve durumu daha da karıştırıyor. Anayasa'nın şemadaki hangi malları kastettiği ise bilinmiyor. Kamu tüzel kişilerinin bütün mallarını mı ele alıyor, yoksa idarenin sadece kamu hukukuna tabi mallarını mı ele alıyor anlaşılmıyor. Başka bir maddede kıyıların kamu malı olduğunu söylemek için "devletin hüküm ve tasarrufu altındadır" diyor, başka bir maddede tabi servet ve kaynaklar için de aynı terimi kullanıyor. Dolayısıyla çok terim var, her terim de aynı kapsamda kullanılmıyor. Çokluk bir problem, farklı farklı anlamlarda kullanılması başka bir problem doğuruyor.

Tüm bu açıklamalardan sonra bir genel kabulden söz edilebilir. Kamu malları dendiği zaman çoğunlukla hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar ayrımının üst başlığı olan ve idarenin özel malları dışında kalan mallar olarak ifade ediliyor. Son zamanlarda -sal -sel eki popüler olduğu için kamusal malları terimi de kullanılıyor. Böyle kullanılması tutarlı çünkü kamu malları dendiği zaman ayrı bir hukuki rejime tabi olduğunun söylenmesi gerekir. Bu üç mal açısından da bu durum geçerlidir.

Hukuk düşüncesi farklılaşmayı sağlamak için alt ayrımlara girmiş, bu üçlü ayrım bunun bir sonucudur. Bilimsel bakımdan tutarlı olabilmek için aynı kritere göre bölünmelidir. Ancak bu öyle değil, hizmet ve orta malları işlevsel kritere göre, sahipsiz mallar ise kanuni kritere göre ortaya konuyor.

Sahipsiz mallar

Bunları kamu malı yapan işlevleri değil, bu malların niteliklerine bağlanan hukuki sonuçtur. Bazı yazarlar buna niteliği gereği kamu malıdır diyorlar. Aslında her mal niteliği gereği kamu malı olamaz, kıyının kamu malı olabilmesi anayasada ve kanunda kıyının özel mülkiyete tabi olamayacağına ilişkin düzenlemeler olmasından kaynaklanıyor. Gölcük depreminde deniz 150m içeri girdi, içerdeki taşınmazlar kıyı haline geldi. İdare bu yerlerde tapu iptal davası açtı ve hepsini iptal ettirdi. Bu mademki artık kıyıdır, o zaman özel mülkiyete konu olamaz. Bir makalenin başlığı bu yüzden "dalgaların kaprisi" olarak belirlenmişti. Kıyı kamu malıdır diyorsak kıyı aslında kıyı olduğu için değil, buna belli sonuçlar bağlayan hükümler olduğu için kıyı olan yer kamu malı haline geliyor. Bunu sağlayan nitelik değil düzenlemedir. Kültür ve tabiat varlıkları kanununda varlığı bilinen ve bilinmeyen tüm tarihi eserler devlet malıdır deniyor. Arsanın altında maden petrol varsa bunlar da kamu malıdır, özel hukukçuların dediği gibi taşınmazın altı kişinin değildir. Mülkiyeti belirleyen kamu hukukudur. Sahipsiz mal teriminin esas anlamı mevzuat gereği özel hukuk mülkiyetine konu olamayacak mallardır. Daha önce bahsedilen sahipsiz maldan farkı budur, diğer sahipsiz mal özel mülkiyete tabi olabilecek olmasına rağmen buna konu olmayan mallardır. O yüzden kamu malları altındaki sahipsiz mallar açısından "mülkiyetten" söz edilmemiş, "hüküm ve tasarrufu altındadır" denmiştir. Ama Anayasa'nın çelişkileri var. Bir maddede tabi servet ve kaynaklardan bahsederken hüküm ve

tasarruf demesine rağmen, ormanlardan bahsederken ormanların mülkiyeti devredilemez diyor. Sonuç olarak denebilir ki bunlara devletin hüküm ve tasarrufu altında denmesi, yetkinin niteliğini göstermekten ziyade bunların bir kamu malı kategorisi olduğunu ortaya koymak amaçlanıyor. Kıyı herkesin kullanımında olduğu için kamu malıdır demiyor, kamu malı olduğu için herkesin kullanımındadır diyor. Dolayısıyla malın toptan nitelendirilmesiyle kamusal alana bırakılması söz konusudur. Bir faaliyete tahsis olmadığı için hizmet malı denemiyor, kural olarak ortak kullanıma açık olmadığı için orta malı da denemiyor, o yüzden sahipsiz mal deniyor. Bunların tapu kaydı yok, bunlar devletin hükümlerlik hakkı çerçevesinde başka bir mülkiyete tabi olmadan onun koruma ve gözetilmesi altında mallardır deniyor.

Orta malı

Orta malı bir medeniyetin en önemli yaklaşımlarından biridir. Batının toplumsallaşabilmesinin en önemli özelliklerinden birisi budur. Feodal beylerin toprakları insanlarla birlikte alıp sattığı dönemden, toprakların insanların ihtiyaçlarına tahsis edildiği dönemden söz ediliyor. Batı için büyük bir hukuki değişim, batı medeniyetinin ulaştığı noktayı gösteriyor. İnsanların izin almadan kullanabileceği malların gelişmişliği, medeniyetin niteliğini gösteriyor. Orta mallarında bir para kazanma veya hizmet sunma yoktur. Malın kendisi hizmetin konusu, o malı kullanıma uygun biçimde tutmak hizmetin konusudur. Bir köyün iktisadi olarak gelişmesi, merasının islah edilmesine bağlıdır. Eğer böyle değilse giderek hayvan doyurmaya yetmez ve yem alınmak zorunda kalınır, bu da hayvancılığı karlı bir iş olmaktan çıkarır. Orta malı nitelikli olmazsa insanlar başka yere göçecek. Dolayısıyla iktisadi, sosyal, kültürel hayat bakımından orta malları önemlidir. Bu orta mallarının özelliği "tahsis"tir. Bunun yeni terimi "özüleme"dir. Bir şeyi orta malı veya hizmet malı haline getiren, öyle olmaktan çıkararak tahsistir. Dolayısıyla tahsis gizli kahramandır. Kamunun özel malıyken tahsis edilmekle orta malı haline geliyor. Nasıl bir kamu malı olduğunu, nasıl kullanılacağını, kimlerin kullanılacağını gösteren tahsistir. Bu işlem, bir mal üzerinde hukuki statüyü gösteren bir sonuç doğuruyor. Bu tahsis bazen açıkça bazen zımni olarak yapılıyor. Fiilen yapılanlar büyük çoğunlukta. İTÜ'nün Taşkışla binası verilirken hiç bir işlem yapılmadığı için millî emlak çıkarmak istiyor, çünkü ortada bir belge yok. Ama zımni tahsis var. Mahkeme de böyle diyor, teknik üniversite 150 yıldır orada hizmet gördüğü için zımni tahsistir diyor. Tahsisle kamu malı haline gelen mal, artık idarenin de keyfiliğini ortadan kaldırıyor, bir malın orta malı olmaktan çıkarılması bu yönde bir ihtiyacın olmadığını ortaya konmasına bağlıdır.

Sahipsiz Mallar: Kanunun kendisine (niteliğine) kamu malı olma sonucu yüklediği mallardır. Tabii servet ve kaynaklar, ormanlar, kıyıları bu kapsamdadır. Bunlardan bazıları Anayasa ile (43.168. 169. maddeler) düzenlenmektedir. Bir de kanunlar gereği sahipsiz mal niteliği kazananlar vardır. Bunlar için ise Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda yer alan hükmü örnek olarak vermiştik. Sahipsiz

malların kriteri malların işlevi değil; yani ormanlar şu işleve tahsis edilmiş olduğundan kamu malı değil; ormanlar orman olduğundan; kıyılar kıyı olduğu için, kıyı olma sonucuna kamu malı niteliği verildiği için kamu malı niteliği kazanır. Bu kısımda malın işlevine göre değil; malın niteliğine göre değerlendirme yapılır. Malın niteliği tek başına yeterli olmayıp malın niteliğine sahipsiz mal olma sonucu bağlamış bir pozitif hüküm (Anayasa maddesi veya kanun maddesi) olması gerekir. Anayasaya veya kanunun bir niteliğe bağladığı hukuki sonuç olarak; "niteliği gereği kamu malları" denilen bir kategori ortaya çıkmaktadır. Bunlara sahipsiz mallar denilmektedir. Sahipsiz mallar, özel hukuk kişilerinin sahibi olamayacağı mallar olarak açıklanabilir. Elmalı hazineleri örneğinde olduğu gibi; bu hazineleri Amerika'dan mahkeme yoluyla geri alırken "sahipsiz mal" olma özelliğine vurgu yapılmıştır. Hiçbir şekilde özel kişinin malik olamayacağı mal statüsünde olduğundan bunu çalan kişi; iyi niyetli 3. kişiye, koleksiyonere veya müzeye de satmış olsa, müze bu malı açık arttırmadan dahi satın almış olsa bu malın mülkiyeti hiçbir şekilde geçemeyeceği için, ne iyi niyetli 3. kişiye ne alıcıya hiçbir şekilde mülkiyeti geçmez. Kendisine satan kişiden tazminat hakkı söz konusu olabilir ancak hiçbir zaman mülkiyeti üzerine geçmez. Hatta idarenin kendi yapacağı ihaleyle bu mal satılsa, daha sonra idarenin yaptığı yanlışın fark edilmesi üzerine geri alınabilir, çünkü özel kişinin bu malı mülk edinebilme yetkisi yoktur. O yüzden bir taşınmaz ihale ile satılmış olsa sonradan orman veya kıyı olduğu anlaşılırsa tapu iptal davasına konu olabilir ve iptal edilir. Tazminat vs. de verilmemektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu durumun iyi niyetin korunması gerektiği ve bir tazminatı gerektirdiğine ilişkin hükümleri çerçevesinde bir bedel uyumsuzluğu ortaya çıkabilmektedir. Ancak iyi niyetli müktesip gibi korunabilen bir hak teşkil etmemektedir. Bu sebepten Sultanahmet bölgesinde bu duruma ilişkin birçok uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Altında tarihi eser olduğu için çeşitli binaların tapu iptal davaları açılmıştır. Karadeniz de bu tür davalar çok sık yaşanmaktadır. Karadeniz bölgesinde coğrafyası nedeniyle en büyük arazi parçası 10 dönüm civarı büyüklüktedir. Dolayısıyla büyük toprak parçaları bulunmamaktadır. Veraset intikali ile bu topraklar 7-8 kişiye bölünmekte, sonraki kuşaklarda da tekrar bölünmekte olduğundan, bir zaman sonra bölünecek toprak kalmadığı için insanların ekonomik bakımdan bulunduğu yerde geçinme imkânı kalmamaktadır. Bu sebeple de bu sahipsiz malların ve kamu mallarının tedavüle sokulması üzerinde bir kavram üzerinde durmak lazımdır. Bu malların ekonomik hayata sokulması, yeni yaklaşıma göre en iyi koruma yöntemiyle kullanılması yoluyla korunması gerekmektedir. Şimdiye kadar etkisini gösteren eski anlayışta ise, bu malların korunması dendiğinde bu mallara dokunulmaması anlaşılmaktadır. Dokunulmadığı zaman, hayattan çıktığı zaman, bu sefer kaçak kullanım ve istismarları gündeme gelmektedir. Sahipsiz mallar önemli bir kategori olup hukuk gereği bu statüyü kazanmaktadırlar. Bu statüde olmaları nedeniyle üzerindeki yapılacak değişiklik ile bu statüleri değiştirilememektedir. Ormanın bütün ağaçları kökleriyle birlikte kesilse, tek bir ağaç dahi kalmasa, artık ağaç bitmeyecek nitelikte bile olsa ağaç nedeniyle değil; alanı nedeniyle olduğu için orman statüsü yine de devam etmektedir. Fiilen orman olmaktan çıkartılamamaktadır. Kıyının önüne 10 km dolgu

da yapılırsa, kıyı ileriye doğru gitmemektedir. Kıyı halini muhafaza etmektedir. Su ulaşamıyor bile olsa, karot aldığınızda oradan istiridye parçaları deniz canlılarının fosilleri çıkıyorsa burası kıyıdır denilerek hukuki hükmünü devam ettirmektedir. Bu bir niteliğe bağlanan sonuç olup o niteliği fiilen hukuken kaybetmeyi engellemektedir. O yüzden 2B tartışmaları, orman olan yerlerin satılması problemi özel tartışma konuları olmuştur. Mantıklı, bilimsel bir kriter düzeni bulunmamaktadır. Üç tane kamu malı statüsü var olup üçünden bir tanesinin kriteri farklı diğerlerinin de farklıdır.

Orta Malı

Diğer kamu malları ise "orta malı" ve "hizmet malı"dır. Birbirlerini ayırt etmek bakımından kamu malı oldukları için çok farklı olmamakla beraber bu statüyü kazanmak bakımından aralarında bir fark vardır. Aralarındaki sınırı belirlemede o kadar fark yoktur ki, kadastro kanununda A ve C bentleri arasında çelişki vardır⁶¹. Kanun orta malları arasında saydığı yolları hizmet malları arasında da saymaktadır. Dolayısıyla orta malı veya hizmet malı olduğu hususunda tereddüt oluşabilir. Ancak, ayırt etmede kullanılan kriter şudur; Orta malı olmak, herkesin ortak yararlanmasına açılacak mal demektir. Buradaki "herkes" duruma göre değişmektedir. Mesela köylerin orta malında ancak köy nüfusuna kayıtlıların kullanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla buradaki "herkes" köy nüfusuna kayıtlı herkesi ifade etmektedir. Dışarıdan gelen birisi sürüsünü köyün merasında otlatamaz. Köy merası orta malıdır, Köye tahsislidir ve köyde hayvancılık yapan, başlayacak olan kimseler ancak bu merayı kullanabilmektedir, "herkes" tabiri burada bu şekilde sınırlandırılmıştır. Sadece malın cinsini korumak için "herkes" tabirine sınırlar getirilmiştir. Mesela "herkes" yaya olarak veya bisikletle Boğaziçi köprüsünden geçemez. Burada araçlar bakımından sınırlama vardır, hangi araçlarla geçilebileceği bellidir. Yaya yollarının oluşturulması ve araçların geçememesi gibi durumlarda bazı belediyeler araç girmemesinden ötürü herkesin yararlanmasına açıklık ilkesinin zedelenmesi veya bir diğer örnekte Boğaziçi köprüsünün sadece kişisel araçlara, kamyonların, ticari araçların ise sadece FSM köprüsünü kullanabilecek olması "herkes" kavramını zedeleyebileceğine ilişkin tartışmalar yaşanmaktadır. Buradaki yaya yolu, kamyonu kapalı yol, bazı araçlara kapalı yol, belli güzergâhtan geçme zorunluluğu gibi hususların hizmet gerekleri; yolu korumak, yolun amacına uygun kullanımını sağlamak gibi kriterlerden yola çıkarak herkesin yararına sunulmuş olma kriterini zedelediği kabul edilmektedir. Bu sınırlandırmalara çeşitli istisnalar getirilmektedir. Yaya yolu yapıldığında, dükkânı olanların da indirme bindirme yapabilmesi, lojistik hareketlerini yapabilmesi için yoğun olmayan bazı zamanlarda aracın girebilmesine imkân vermek gerektiği gibi kriterlerle "herkes" kavramı değerlendirilmektedir.

Hizmet Malı

Hizmet malı, İdarenin bir faaliyetine özgülünen, tahsis edilen mala denir. Orta malı ve hizmet malının tamamlayıcı şartları vardır.

Tamamlayıcı Şartlar:

Üniversitelerde eğitimin sağlandığı binalar hizmet malına klasik bir örnektir. Çünkü eğitim kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için amfilere ihtiyaç vardır. Bu binalar hizmete göre kurgulanmıştır. Eğitim amfisi yüksek tavanlı, eğimli bir yapıda olur. Bu bina eğitim hizmetine özgülünenmiş, yapısı, mobilyaları, tasarımı eğitim hizmetine uyarlanmıştır. "**L'aménagement Spécial**" denilen kavram, tahsis edildiği hizmete uyarlanmış olması şartının getirilmesini ifade eder. Bir bina kendiliğinden hizmete tahsis edilmekle hizmet malı olmaz, binanın o hizmete göre uyarlanmış olması iktiza eder. Ya da o hizmetin onsuz olmaz bir koşulunu oluşturması lazımdır. Bilgisayar, projektör bu hizmetin onsuz olmaz koşulu mudur? Amfi içerisindeki sandalye, hizmete özgülünenmiş olmasına rağmen kamu malı özellikleri taşımakta mıdır? Bu sandalye herhangi bir kişinin evinde, bürosunda olabilir. **Bu soruyu önemli kılan husus şudur:** eğer bu sandalye hizmet malı değilse idarenin borçlarından dolayı alacaklı gelip bu sandalyeyi haczedebilir. Hizmet malı olduğunda ise haczedilemez. Bunun hizmet malı olmasını sağlayan tipi, fiziki görünüşü değil, hizmette olan bağlantısıdır. Malın sadece hizmete özgülünmesi yetmez, o olmadan hizmet işleyemez durumda olmalı veya hizmete özgülünenmiş olması lazımdır. Bu sandalye hizmete özgülünenmiş olduğundan hizmet malı sayılabilir. Projeksiyonun hizmet malı olup olmadığını anlayabilmek için malın hizmetteki misyonuna bakmak gerekir. Onsuz olmaz nitelikte bir özellik taşıyorsa hizmet malıdır. Bu konu tartışmalıdır. Kimi zaman borçlanabilen kurumlar olan Belediyeler, alacaklıların taşınmazlarını haczetmemesi için mallarını alacaklılardan kaçırmaya çalışır ve bu sebeple bu malların hizmete özgülünenmiş olduğunu öne sürer. Mahkemeye intikal ettiğinde alacaklı vekilleri malın hizmet malı olmadığını, belediyenin alacaklılara para ödeme mecburiyetini engellemek ve mallarının haczedilmesine engel olmak için bunu yapmakta olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme bu hususta bilirkişi incelemesi isteyebilir. Örneğin, İstanbul'da bir belediye, bir otobüs olarak kamu hizmetine tahsis ettiğini belirtmiştir. Gerekçesi, vefat edip de başka ilde defin için cenazesi götürülenlerin yakınlarını taşımak için aldığını belirtmiştir. Yani İstanbul'da ölen bir Sinoplunun İstanbul'daki mezkûr belediyenin hizmet alanında mukim yakınlarını cenazeye katılmak üzere Sinop'a götürmek üzere alındığını belirtiyor. Alacaklı vekilleri de bu hizmetin belediyenin yapması gereken zorunlu bir hizmet olmadığını, belediye cenaze sahiplerinin yakınlarını cenazeye veya defne katılsın diye defnedileceği şehre götürmek zorunda olmadığını dolayısıyla belediyenin özel bir malı olduğunu ve icra yoluyla sattırarak alacağını ifade etmektedir. Belediye ise "belediye meclisi kararıyla üstlendiği bir görev olduğunu, burada oturanların ortak ve genel bir ihtiyacı olduğunu, İstanbul'da defin yeri kalmadığı için dışarıda defne özendirme yaptıklarını, dışarıya

defin için cenazeyi bedavaya taşıdıklarını, İstanbul'daki arazileri daha fazla kullanımda tutabilmek için bu hizmeti yaptığımızı göre cenazeye katılacakları da otobüsle bizim götürmemiz gerekmektedir” demektedir. Buradaki problem kriterin hayata uygulanmasındaki takdir marjıdır. Burada herkes aynı sonuca varmıyor. Kriter malın hizmete özgülenmiş olması, (gerekli ama yeterli değil) hizmete göre uyarlanmış veya hizmetin onsuza olmaz bir unsurunu teşkil etmesi gerekmektedir.

Orta malı ve hizmet malının ortak bir de yargı kararlarıyla çıkmış görünümü vardır. Kâğıt üzerinde tahsis etmek yeterli olmayıp malın fiilen de bu şekilde kullanılıyor olması gerekmektedir. Yani hizmete tahsis ettim deyip de hizmette kullanmıyorsa. Mesela öğrenci servisi için alınan, tahsis edilen otobüs bakıldığında uygulamada öğrenci servisi faaliyeti yapmıyorsa, bu durumda tahsis olsa bile fiilen bu tahsis gerçekleşmediği için hukuken gerçekleşmesini mahkeme yeterli saymamaktadır.

Özetle, üç kriter bir mala kamu malı statüsü kazandırmaktadır; sahipsiz mal olmak, hizmet malı olmak, orta malı olmak.

Sahipsiz mal olmak en kapsamı belli olan türdür, çünkü kanunlarla niteliği belirlenmektedir, tartışmalı kısmı ise kıyı mı değil mi, orman mı değil mi noktasındadır. Dolayısıyla o niteliği taşıyıp taşımadığı kritik noktadır. Dolayısıyla kamu malı niteliğini sağlayan düzenleme kanunla olduğu için bellidir. Hayata geçişteki problem ise nerenin kıyı olduğu, kıyı çizgisinin nereden geçtiğinin belirlenmesidir. Diğerlerindeki kriter ise; bunlar bir malın fiziki görünümüne göre kamu malı olup olmadığı belirlenmemektedir, her şey kamu malı olabilir, her araç, bilgisayar da kamu malı olabilir. Bunun evlerde bilgisayarlardan farkı olmasa da kamu malı olabilir, ancak bu bilgisayarın hizmete göre uyarlanmış olması ve onsuza olmaz niteliğini taşıması, bu mal olmadığı takdirde hizmetin aksaması, hizmetin bir unsurunu teşkil ediyor olması gerekmektedir. Hizmette örneğin 3 mikrofon olması şart değil, tek bir mikrofon ile hizmet olabilir. Bilgisayar, sandalye, mikrofon, projektör tüm bu verilen örneklerdeki tartışmalar birbirinden başkadır. İdarenin hizmetinin devam etmesini zorlayacak bir haczin olmaması gerekir. Hizmetin onsuza olmaz unsurlarını haczedemez; hizmetteki diğer unsurları haczedebilir, ikinci olarak ise sadece hukuken tahsis yeterli olmayıp fiilen de tahsis edilmiş olması gerekliliğidir. Orta malı ve hizmet malı kriterleri işlevsel kriterler olup tahsise göre belirlenmektedir. Tahsisin hem hukuki hem fiili olması önemlidir. Orta malı için gerekmeleyen bir şart hizmet malı için vardır, hizmet malı olması için onsuza olmaz kriterinin olması gerekmektedir. Bu kriter kavramın ilk kuruluşunda olmayıp neden sonra getirilmiştir. Sebebi ise, idarenin her malının özel hukuk alanından çekilmesini, idare borçlarını ödemediği zaman mallarını haczedilemezlik hukuki koruması altına kolayca sokmasını engellemektir. Bu kriter, idareyi korumak için değil, hizmetten yararlananları korumak için gerekli malların haczedilmekten koruma statüsünden yararlanmasının sağlanması, diğerlerinin özel bir koruma statüsünden yararlanmaması için oluşturulmuştur.

Hizmet malı, orta malı, sahihsiz olmayan idarenin her malı idarenin özel malıdır. Özel mallar özel hukuka yaklaşan bir hukuki rejime tabii olup diğer kamu malları kamu hukukuna tabii bir rejime tabiidir. Bu üç kategoriye çoğunlukla kamu malları denilir ve bu kamu malları üzerinde uyuşmazlık olduğunda konu idari yargıya intikal etmektedir. Uyuşmazlıkta idari yargılama usulü, uyuşmazlığın çözümünde de idare hukuku ilkeleri kullanılmaktadır. Hâlbuki özel mallarda borçlar kanunu ve medeni kanunun ilgili hükümleri kullanılmaktadır. Dolayısıyla adli yargıya gitmesi nedeniyle bir anda hukuki rejim değışmekte ve bir kırılma noktası ortaya çıkmaktadır. İdareye ait mallara ilişkin anlaşmazlık olduğunda adli yargı mı idari yargı mı sorumlu olacağı malın kamu malı olup olmadığına bakılarak anlaşılır. Bir örnekte, çocuğun üstüne duvar yıkılması nedeniyle vefat etmesi üzerine zarar bina sahibinin sorumluluğundan kaynaklanan usullerle mi çözülecek ceza davası problemi dışındaki mali tazminat konusunu düşünüyörük okul duvarı olduğu için kamu malının yıkılmasından ötürü hizmet kusuruna göre idari yargıda mı gidecek bunu belirleyen orada ölüme yol açan duvar ise duvarın niteliğı kepeçe vs gibi bir araç ise farklı. Yargıtay'ın ve idari yargıyı çok uğraştıran hukukun birçok alanında somut sonuçları olan somut sonuçları olmasına rağmen somut bir genel kanunu olmayan bir alan olduğu için önemli. Hukukun birçok alanında olduğu gibi düşünülerek bunu böyle kuralım diye ortaya çıkmamıştır. Hukuki bir sonucu ayrıştırıp hakkaniyet bakımından değerlendirebilmek için nasıl temellendirelim diye düşünmekle ortaya çıkmıştır. Sonuçta sebebe gittiğı için çelişkiler vardır. Sonuçtaki hakkaniyet değerlendirmesine göre sebepte oynamalar oluyor. Bu alan sürekli hareketli olduğu için de genel bir kanun düzenlemesine konu olamıyor.

"Belediyenin taşınmazının hizmet malı olması nedeniyle haczedilemez olduğu ve hizmetin ayrılmaz bir parçası olduğu anlaşıldığından" gibi ifadelerin yer aldığı yargı kararlarına rastladığımızdan, bir ihtiyacı karşıladığı ve yargı tarafından geliştirildiğı için bu kavramların eksiklikleri varsa yerine konulması lazımdır.

İdareye ait mallar vardır. İdareye mallar iki ana gruba ayrılmaktadır. Özel hukuka tabii malları kamu hukukuna tabii malları olarak. Özel hukuk bir malın statüsünü belirlerken sahibinin niteliğine göre ayırt etmez. Özel hukuka tabii mallardır, gerçek kişi olabilir, tüzel kişi olabilir, ama kamu hukuku ile beraber düşünüldüğünde yürürlükte şu kategoriler vardır:

- 1-özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait özel hukuka tabii mallar
- 2-kamu tüzel kişilerine ait özel hukuka tabii mallar
- 3-kamu tüzel kişilerine ait kamu malları

En üstünde ise sahibi tarafından terk edilmiş mallar vardır, bunlar da kamu mallarının dışında olanlardır. Mirasçısız ölenlerin malları idareye geçmektedir. Artık sahihsiz mal çok az nitelikte olduğundan kanunlarla belirlenmiş hususlar vardır, idarenin bazı malları kazandırıcı zaman aşımı ile mülkiyete geçebiliyor. Sahipsiz olduğu için değıl, idareye ait özel mallar olduğu ve özel kişilerin mülkiyetine

geçebilme imkânı tanındığı için. Örneğin bataklıkların kurutulması kanunu vardı, öncesinde bataklığı kurutan kuruttuğu bataklığın mülkiyetine sahip olurmuş. Ancak şimdi bataklıkların kurutulmasının isabetli bir şey olmadığına anlaşılması üzerine o kanunun uygulanmasından vazgeçildi. Böylelikle elde edilen mallar sahipsiz mal demek değildir. İdare kendi mallarından bazılarını şartları yerine getirenin mülkiyetini elde edebilmesini sağlamaktadır. Gerçek anlamda sahipsiz mal az sayıda vardır ancak taşınırlarda vardır. Sahibi tarafından terk edilmiş, çöpe bırakılmış terk edilme iradesi açık. Kaybolmuş mallar bu statüye girmez, kaybolmuş mallarda mukataa hükümleri var, farklı hükümler var. Dolayısıyla en üst statüde özel hukuk kişilerine ait mallar, kamu tüzel kişilerine ait mallar hiç kimseye ait olmayan mallar onun altında kamuya ait malların altında ikili ayırım kamunun kamu hukukuna tabii malları, kamunun özel malları. Kamunun özel malları özel hukuka tabi; uyuşmazlıkları adli yargıda görülüyor. Burada bir üstün yetkisi yok kamu tüzel kişilerinin. Ama kamu hukukuna tabi malların üzerinde üstün yetkileri var. Bunlar da hizmet malı orta malı ve sahipsiz mal diye üçe ayrılıyor.

Kamunun özel mallarına hızlıca bir göz atmak gerekli. Bütün kitaplarda buna da özel hukuka tabidir deniliyor; ancak şöyle bazı istisnalar vardır: özel kişiler malı istediğine bağışlayabilir, istediğine istediği fiyata satabilir, istediğine miras bırakabilir; ama idare için böyle bir şey söz konusu değil istediğine bağışlayamaz istediğine satamaz özel malını satmak için ihale açması gerekir, en yüksek bedele vermesi gerekir. Yani malik olarak idareyi sınırlandıran şartlar, malik olarak özel hukuk hükümlerine tabi mallar üzerinde yapabileceklerini de sınırlandırıyor Maldan kaynaklanan bir sınırlama değil; malikinin kamu tüzel kişisi olmasından kaynaklanan sınırlamalar ve farklılıklar var. Ama uyuşmazlık çıktığında adli yargıya gidiyor. Buna ilişkin açıklamaları yaptıktan sonra şimdi hukuki rejimi anlatacağız.

Kamu mallarına ilişkin teoride ciddi eksiklikler ve zayıflıklar olmasına rağmen yerine yeni bir teori inşa edilebilmiş olmadığından henüz ne Fransa'da ne Türkiye'de bir kenara atılabilmiş değildir. Mallarla ilgili olduğu için büyük ekonomik ve sosyal sıkıntılar doğurabilecek bir husustur. Zaten Arazi Kanunnamesi en son medeni kanunla kaldırılmıştır. Arazi kanunnamesi Osmanlı dönemindeki kanunnamenin birçok hükümlerini devam ettirmiştir. Hala devam eden Osmanlı Dönemi toprak sisteminin unsurları vardır; Dalyan ve volilerinin mülkiyeti vs. gibi. Baz yerlerde hala dalyan sahibi olanlar, deniz yüzeyinin mülkiyetinin tapuya bağlanması hali devam etmektedir. Toprak mülkiyeti meselesi özellikle bizim sistemimizde olduğu gibi hukuk mantığı değişikliği getirdiğinde beraberinde büyük uyuşmazlıklar getirmektedir. Cumhuriyet kurulması üzerinden çok sene geçmesine rağmen kadastro tam anlamıyla bitmemiş toprak ihtilafları bitmemiştir. 30-40 yıldır devam ettiği söylenen davaların hepsi toprak davalarıdır. Miri, mevat, vakıf arazi gibi devam eden bir toprak sisteminden farklı bir toprak tasnifine geçen sisteme geçildiğinde geçiş hükümleri yeterli olmamıştır. Eskiden miri araziye, kamuya ait olduğu kabul edilen araziye kullanım hakkı verilmiş olanlar mülkiyet hakkı sahibi olacak mı bunlardan icarateyinli

vakfa sahip olanların durumu ne olacak evlatlık vakfı olanların durumu ne olacak, gayri sahih vakıfla tabii olanları nasıl, kullanma belgesinin has, tımar, zeamet olmasına göre statüsü değişir mi? Bu soruların altından kalkabilenler yok denecek kadar az, bu uyuşmazlıklar giderek az sayıda fakat çok derin devam etmektedir. Mesela bu sebepten, bütün Sultanbeyli ilçesini tapusu değişti, Sultanbeyli'nin sahibi 13 kişinin olduğu, tüm ilçenin başkasının arazisi üzerine yapıldığı ortaya çıktı. Şerifali Çiftliği şimdi en modern binaların olduğu bir bölge, sadece bir kişiye ait olması yıllar süren davadan sonra ortaya çıktı. Dava bitiminde dehşetli ihtilaflar ortaya çıktı. Bu sadece İstanbul gibi toprak, tedavül değeri çok yüksek yerde görünen, bir de Anadolu'nun birçok yerinde fazla bir değer taşımayan araziler var ki bunlar henüz tartışmaya açılmamıştır. Her yerde toprak mülkiyeti alanında problemler vardır. Bu alanı gerçekçi bir biçimde ve çok yönlü bir biçimde uzmanı olan kişilere ihtiyaç vardır. Medeni hukuk tarafındakiler kamu hukuku tarafını bilmemektedir. Kamu hukuku tarafını bilenler medeni hukuk kavramlarına yeterince hâkim olmamaktadır.

Kamu Mallarının Hukuki Rejimi

Kamu mallarının hukuki rejimi konusunda idarenin kamu malları üzerindeki yetkisinin ne olduğudur. Mülkiyet yetkisi midir yoksa farklı bir yetki midir? Kamu malları üzerinde mülkiyet hakkı mı vardır?

Sıddık Sami ONAR döneminden gelen yaklaşım şöyledir: "Kamu malları üzerinde mülkiyet hakkı olamaz, mülkiyet özel kişilere ait malların üzerinde olur, kamu malları üzerinde idarenin gözetim ve denetim yetkisi vardır, sadece onları korur." Fakat bu ifade günümüzde kamu mallarının günümüzdeki kullanımını açıklamamaktadır. Kamu mallarının kullanımı günümüzde büyük değer ifade ettiği için bunu başkasına kullandırmaya yarayacak bir hukuki temele ihtiyaç vardır. Gözetmek ve korumakla sınırlı bir yetki ondan para kazanmayı meşrulaştırmaz. Dolayısıyla bu açıklama yeterli olmadığı için zaman içinde tartışılmış ve ortaya çıkan görüntüde, mülkiyet diye bir tek kavram olduğu, özel hukuk veya kamu hukuku ayrımı içermeyen, bu mülkiyet kavramının bir özel hukuk mülkiyeti kısmı vardır. Mülkiyetin bir de kamu mülkiyeti görünümü vardır. Bu ikisi mülkiyet ilkesinin iki alt ayrımıdır. Mülkiyet dendiği zaman özel hukuk mülkiyeti kavramı anlaşılıyor. Kamu hukuku mülkiyeti denmesinin farkı; kamu mülkiyeti farklı yetkiler tanımaktadır malikine. Özel mülkiyetteki yetkilerden farklıdır. Bu fark da kimi durumlarda üstün yetki, kimi durumlarda daha sınırlı yetki anlamını taşımaktadır. Bu üstün yetki sınırlı yetki meselesi idare hukukunun zıtlıklarının bir görünümüdür. Yani, denir ki; idarenin kamu mülkiyetinin üstün bir yetkisi vardır, bu ifade doğrudur, mesela İdarenin mülkiyetine tecavüz edenleri kaymakamlık aracılığıyla süreye bağlı olmaksızın yargı kararı gerekmeksizin kamu mülkiyetinden atma hakkı vardır. İlgili bir hak iddia ediyorsa mahkemeye başvurması gerekir. Öncelikle kamu mülkiyetinden acilen çıkması, bir hakkı var ise, mahkeme kararı alabilirse geri dönmesi gerekir. Özel mülkiyette hukuki uyuşmazlık söz konusu olduğunda, örneğin kiracıyla aranızda bir ihtilaf varsa mülkünüzden çıkarabilmek için malikin yargı kararı alması gerekir. Ancak idarenin

mülkiyetinde üstün yetkilerinin olmasının yanı sıra bazı durumlarda da kısıtlı yetkileri vardır. Özel hukuk kişilerinin mülkiyetini satma, istediği gibi kullanma hakkı, kamu tüzel kişilerinin kamu mülkiyeti üzerindeki tasarrufunda aynı şekilde değildir. İsteddiği gibi, satma, kullanma, kullandırma yetkisi olmayıp kamu hukukunun belirlediği kurallara tabii olarak bu işlemleri yerine getirir. Dolayısıyla, kamu mülkiyeti terimi belli alanlarda üstün yetki belli alanlarda da kısıtlanmış bir yetki anlamını taşımaktadır. Hangi alanlarda kısıtlı yetki hangi alanlarda üstün yetki olduğu noktasında olaylar karşımıza çıktıkça göreceğimiz gibi bunun bir listesini yapmak her zaman doğru olmaz. Tüketici olmaz. Ama biraz önce söylediğimiz kullanıcısının niteliği gereği sahip olduğu özellikler mülkiyete de sirayet etmektedir. İdarenin kamu mülkiyetine konu olan malları, haczedilemez, ama özel hukuka tabii mallar haczedilebilir. İdarenin özel hukuka tabii kamu mülkiyetine tabii malları devir ve ferağ edilemez hâlbuki özel hukuka tabii mallar malikinin iradesiyle devir ve ferağ edilebilir. Dolayısıyla kira gibi özel hukuk sözleşmelerine konu olmaz kamu mülkiyetine tabii malları idarenin. Ama özel hukuka tabii mallarında kira ve mülkiyetin gayri ayni haklar irtifak, sükna, intifaa gibi işlemlere konu olabilir. Kamu mülkiyeti denilen bir kavram daha çok hizmet malları ve orta malları için kullanılan terimdir. Bizim anayasamızda da tamamen bize özgü bir terim vardır. "Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak" kelimesiyle ortaya çıkan bir durum. Kimi yazarlar bunun mülkiyet gibi bir yetki ismi olduğunu, kimisi bu devletin yapabileceğini gösteren bir kavram olduğunu işlevine ilişkin olduğunu söylemektedir. Kimisi de idarenin kullanabileceği yetkileri gösterdiğini belirtir. Bunun ne olduğu konusunda kapsamı konusunda tartışma vardır. Ancak örneklere bakıldığında yaygınlık içeren bir özelliğinden bahsediliriz, daha çok sahipsiz mallar için kullanılıyor kıyıları için kaynak ve servetler için kullanılıyor. Burada da çelişkili açıklamalar var, mesela ormanlar için mülkiyeti devredilemez denen bir madde vardır, mefhumu muhalifinden ormanlar üzerinde mülkiyet olduğu sonucu çıkıyor; ama şöyle bir açıklama yapabiliriz; Kamu malları üzerinde idarenin yetkisini ifade eden iki terim vardır kamu mülkiyeti ve devletin hüküm ve tasarrufu altında olma. Kamu mülkiyeti bütün kategoriler için geçerli olabilecek bir yaygın kullanımına sahip. Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmayı ise daha çok sahipsiz mallar için kullanıyorlar. Bir de mal olup olmadığından şüphelenilen şeyler. Uçakların mesela geçeceği rotaları belirlemek devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Devlet havacılık düzenlemelerini yapar. Şuan 4,5G gibi ilanları yapılan yeni teknolojiler var; bunların havada cereyan edecek sağa sola gidip gelecek elektromanyetik dalgalarının geçeceği frekanslar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır, "ben ihale yaparım, ancak benden frekans ihalesini kazanan bu frekanslar arasında elektronik dalgalar yayabilir" diyor "devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu için ben bunu sana şu fiyata satarım" diyor, dolayısıyla bu mal mı değil mi diye tereddüt edilen şeylerde devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak terimi daha çok kullanılıyor. Havaya, denize, kıyıya ilişkin hususlarda, kıyıları da sahipsiz mallar ve devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu anayasada söylendiği için kıyı olan bir yerde özel mülkiyet mümkün değildir. Yapılan binaların hiçbirisi mülkiyete tabii olacak binalar değildir. Ancak günübirlik dinlenme yerleri, lokanta, kahve veya yat limanında hizmet sunacak birimler vs.

gümrük binası gibi şeyler yapılıyor hiçbirisi özel mülkiyete geçemiyor. Tersane vs yapmak istediğiniz zaman kıyıda özel bir yararlanma izni alıyorsunuz, belli bir süre ile orada o faaliyeti sürdürmek için bir şeyler yapabiliyorsunuz hiçbir zaman mülkiyetinize alabilmeniz mümkün değildir. Dolayısıyla bu devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Adeta bu devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak devlete bir yetki verdiği gibi onun yetkisinin kapsamını gösterdiği gibi onu devlete karşı koruyan hükümlerdir. İstese de satamıyor, istese de mülkiyetini devredemiyor istese de ihaleye çıkartamıyor. Başkasının kullanımına serbestçe veremiyor. Belli hükümler çerçevesinde gerçekleştirmesi gerekiyor. Dolayısıyla devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak kamu mülkiyeti kamu hukukuna tabii terimler. Ve kamu malları için kullanılıyor. Hizmet malları ve orta malları için daha çok kamu mülkiyeti terimi kullanılıyor. Sahipsiz mallar için de devletlin hüküm ve tasarrufu altında olmak gibi Türk hukukuna özgü bir terim kullanılıyor. Böylelikle esasında bir tutarlılığı da sağlıyor. Üç ayırdığında kriterleri farklılaştırdığında yetkileri ve hukuki niteliğini de değiştirmiş ve değişik kelimelerle terimler anlatmış oluyor. Kamunun özel hukuka tabi malları üzerindeki mülkiyeti ise özel mülkiyettir. Ama özel mülkiyet olmasına rağmen -kamulaştırma kanununun 30. maddesini hatırlayın- kamulaştırılması mümkün değil; ancak idareler arası mal devrine konu olması mümkün. Böylelikle özel mülkiyet açısından da bir fark oluşturulmuş durumda.

TAHSİS

Bu hukuki rejim konusunda bir terimden daha bahsedelim. Bu terimi kitaplarda yazandan biraz farklı anlatmaya çalışacağım. Bu çünkü hakkı yenmiş bir kavramdır. **Tahsis, özgüleme kavramı.** Özgüleme bir malın kamu malı olmasını sağlayan hukuki araç. Bir malı kamu malı olmaktan çıkartan da araçtır. Kamu malından kimlerin yararlanacağını gösteren de tahsis. Kamu malının nasıl kullanılacağını gösterende tahsis. Esasında kamu malı tam anlamıyla bir sahte kahraman. Esas her işi yapan tahsis. Fakat tahsisten dikkat kaçtığı için kamu malının çelişkileri meşgul ediyor. Nasıl her şeyi yapar tahsis? Mesela örneklerden bahsederek tahsisle ilgili olarak, bir malın orta malı haline gelmesi. Kamulaştırılmış bir taşınmaz mal yol haline gelecek, yoldaki bir yer oluşturacak ve yol oluşturduğu için de orta mal olacak. Bunu yapan kamulaştırma değil; çünkü malı kamulaştırdığınız zaman kamunun özel malı oluyor. Siz bunu kamu yararına kamulaştırma amacına uygun kullanmazsanız eski malik geri alabiliyor. Öyleyse kamulaştırma sadece malın mülkiyetini almaktadır. Bunu kamu malı haline getirmiyor. Bunu kamu malı haline getiren tahsistir. Yola gerek kalmadığında, ademi tahsis denilen tersi bir işlemle yol olmaktan çıkartıyorsunuz, o zaman kanunu özel malı haline geliyor, bunu kamu malı yapan malın kendisi, cinsi, niteliği, kamulaştırılmış olması değil; tahsis edilmiş olmasıdır. Kamu malı olmaktan çıkartan ise tahsisle kamu malı olmaktan çıkartılmış olmasıdır. Bunun yol olarak kimlerin kullanacağını tahsis işlemi belirliyor. Hangi yolda kullanılacağını ne belirliyor tahsis işlemi belirliyor. Üzerinden kamyonlar geçecek mi sadece yaya trafiğine açık yaya yolu mu araç yolu mu bunu ne belirliyor.

Tahsis işlemi belirliyor. Hangi amaçla tahsis edildiği belirliyor. Öyleyse her şeyi yapan tahsis işlemi bu bir tek şurada işlemiyor gibi görünüyor. Kıyılarda ne olacak, kıyılarda tahsis işlemi var mı? Tahsis bir işlem değildir, tahsis bir hukuki müessesedir. Tahsis diyeceğiz, kıyıyı da kamu malı haline getiren anayasa maddesi. Anayasada kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altında olur denmeseydi kıyı kamu malı olur muydu olmazdı kıyıların kamu malı olmasını sağlayan şey ne anayasa maddesi buna bu sonucu bağlayan. Dolayısıyla tahsis müessesesi anayasa maddesi olarak karşımıza çıkıyor. Anayasada değişiklik olsa ve kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır denmese çıkartılsa kıyılarda ne güzel binalar olur. Kıyılarda her şey olur. Kıyılarda boğazda olan yalılar gibi şeyler yapılmasına engel fiziki kural yok, hukuki kral bunu engelliyor, herkesin yararlanmasına açılışın, kıyı, denize ulaşmak önemlidir, deniz kamu malına ulaşmak önemlidir, kıyıda bulunabilmek önemlidir, kıyının özel mülkiyete konu olmaması bütün kıyıların aynı statüde olması ülkenin genel olarak denizlere ulaşabilmesi bakımından, siyasete jeopolitik şeylere ilişkin okursanız Rusya sıcak denizlere ulaşmak istiyor ne demek belli bir denize ulaşmak bütün dünyaya ulaşmak demektir. Deniz de bir dünya kamu olduğu için deniz kamu malını kullanarak dünyanın birçok kıyıda olan ülkesine gidebilme imkânı olacaktır. Denize kıyısı olmak denize ulaşmak hem devletler için hem insanlar için ticaret sosyal ekonomik hayat için önemlidir dolayısıyla biz kıyıları anayasa ile tahsis ediyoruz anayasa değişmedikçe hiçbir kanun değişikliğiyle kıyılar bu niteliğini yitirmesin. Öyleyse tahsis burada gizli kahraman. Anayasa maddesiyle kıyıları kamu malı olmaya sonucu bağlayan bir tahsis var. Öyleyse tahsis sadece bir işlem değil anayasa maddesi, bazen bir sözleşme. Şimdi Fenerbahçe başkanı Aziz Yıldırım ile Milli Eğitim Bakanı arasında Fenerbahçe Lisesi Fenerbahçe'ye tahsis edildi mi edilmedi mi tartışması vardı. Fenerbahçe diyor ki tahsis yapıldı, Bakanlık diyor ki sözleşmenin gereklerini yerine getirmediler. Dolayısıyla, henüz tahsis yapılmadı. Demek ki tahsis sözleşme ile yapıldı mı yapılmadı mı tartışması güncel bir olay dolayısıyla da ortaya çıkmaktadır. Bir taraf tahsis yapıldı diğeri hayır gerçekleşmedi diyor. Ademi tahsis neyi gerektiriyor FB Lisesi MEB de okul olmaktan ademi tahsise çıkarıldıysa FB kulübü orada stat çevresi düzenlenmesi çerçevesinde yapabileceklerini yapacak eğer hala tahsis ediyorsa hizmet malı olduğu için eğitimde kullanıldığı için oraya dokunamayacak. Dolayısıyla hukuki rejimini belirleyen tahsis, ademi tahsis. Bu tahsis dolayısıyla Anayasa maddesiyle oluyor, Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu'nda olduğu gibi kanun maddesiyle oluyor, sözleşmeyle olabiliyor, işlemle olabiliyor, Maçka Kışlası meselesinde olduğu gibi zımni olarak da olabiliyor. Hukuk ve İktisat Mekteplerine Tahsisli Eski Harbiye Nezareti Binasının Tamiri İçin Bütçeden Para Ayrılmasına dair Kanun var. Kanun tahsise yönelik değil ama kanunda Hukuk Mektebi ismimiz geçtiği için zımni olarak bize tahsislidir diyoruz. Çünkü kanunda İstanbul Darülfünununa tahsisli demiyor. Hukuk ve iktisat mekteplerine tahsisli dediği için böyle bir sonuç çıkartıyoruz. Yani zımni tahsis mümkündür. Teknik üniversitesinde, kullandığı binanın geri alınması gündeme geldiğinde tahsisli olmadığı iddia edildiğinde mahkeme kararında bunca yıl kullandığına göre örtülü olarak zımnen tahsislidir denildi.

Özetle, tahsis, malın kategorisini, kullanıcıını, kullanım biçimini, yararlanma kapsamını belirleyen bir müessesedir. Anayasa maddesi, kanun maddesi, idari işlem veya zımni olarak tahsis yapılabilir. Tahsisin yasa veya anayasa maddesiyle veya sözleşmeyle olmasının maksadı tahsisi yapanın kolayca değiştirmesinin önüne geçebilmek içinidir.

Kamu Malı Statüsünün Hukuki Sonucu Nedir?

Kamu hizmeti olunca ne oluyordu? kamu hizmeti mi değil mi diye tartışmanın sebebi neydi: süreklilik, eşitlik, uyarılma ilkelerinin hakim olması ve bu ilkelerden yola çıkarak uyuşmazlıkların çözülmesi. Bu ilkeler kanunda olmasa bile çözümde yarayan ilkelerdi. İdare hukukunda kanun maddeleriyle düzenlenmesi mümkün olmayan hareketli alanları olduğu için zaman içerisinde esneyebilecek ilkelerle uyuşmazlıklar çözülüyor. Uyuşmazlıkları çözecek mahkemenin eline ilkeler konuluyor. Mahkemelerde bu ilkeleri benimsedikçe kararlarında gerekçe olarak kullanıyorlar dolayısıyla kamu malı denmesinin tek sebebi bu ilkelere gelmek. Bu ilkelere ve benzer değerlendirmeye zemin hazırlamak buradan yola çıkarak uyuşmazlıkları çözmek. Kamu malı dedikten sonra hemen ilkesi beraberinde çözüm için geliyor. En önemli ilke **devir ferağ edilemezlik**. Zaten kamu malının ortaya çıkış ihtiyacı da bu. Bir kamu malı sahibi olan kamu tüzel kişisi ihmal etse bile elinden çıkamaz. Amacı bu. Birçok idare mallarını bilmiyor. Kayıtlardan yola çıkarak sahada araştırmak lazım. Aplikasyonu lazım. Bir sürü şey var. Okmeydanı'nı düşünün ne kadar önemli bir alanken tamamen nişantaşları ayaktaşları kaybolmuş gitmiş kamu malı vakıf arazisi niteliğindeki yerlerken fiilen yerleşmeler ortaya çıkmış başka yerler böyle dolayısıyla çok ihmal edilen mallar kamu malları.

O yüzden de deniliyor ki; herkesin malı anlamına gelen kamu malı statüsüne geldiğinde esasında hiç kimse sahip çıkmadığı için mallar ziyan oluyor, kapanın elinde kalıyor, istismar ediliyor, kimse kendi malı özel malı gibi bakmıyor deniyor. İdarelerin bu kamu malları konusundaki yükümlülüklerini yerine getirememesi idarenin mallarının çarçur edilmesi, işgale uğraması esasında kamu malı statüsündendir. Anglo-sakson sistemindeki gibi vahşi kapitalizmin iştah doğuran mülkiyet hakkı olsaydı hiç kimse bu malları başkasına kaptırmazdı dolayısıyla kamu malı statüsü esas bunu sebebidir deniliyor. Ama kamu malı statüsü de işte hiçbir şekilde idarenin ihmalini hatta ihanetini hukuki sonuca bağlatmıyor. İdare ihanet etse mensupları personeli dolayısıyla başkalarına peşkeş çekse mallarını mülkiyetini yine hiçbir zaman edinemeyecekler bu ilke nedeniyle. Devir ve ferağ edilemezlik hiçbir şekilde devralabilmesini mümkün kılmıyor. İlkenin varlık gerekçesi; bu kamu malı kim tarafından ne kadar zamandır kullanıyor olursa olsun, hiçbir hak doğrucu etkisi olmamasını sağlamak. Kamu malıysa bunun üzerinde ne kazandırıcı zaman aşımıyla ne şunla bunla hiçbir şekilde mülkiyet olması ve devir alabilmek mümkün değil. Devralmak zaten almak, ferağ da kendisinden uzaklaştırabilmek yani feragat etmek bunu mümkün olmadığı ilkesi var. Bu birçok hukuki durumda işe yarıyor özellikle tarihi eserlerin alanlardan kurtarmak için şimdi bu ilke kullanılıyor. Devir ve ferağ

edilemezlik dolayısıyla kamu malının ortaya çıkmasına yol açan en önemli ilke. Fakat bunun bir zayıf noktası var, bu zayıf noktası; yine tahsisten kaynaklanıyor; tahsis kamu malı haline getirdiği gibi kamu malı olmaktan da çıkarttığı için bir mal kamu malı olmaktan çıkartılabildiği, tahsisi geri alınabildiği, ademi tahsis olduğu takdirde satılabiliyor. Size şöyle bir örnek vereyim. Taksimdeki Park Otel, iki tane alt ve üst yolun arasında bir sokak. Eski Park Otel bu parseldeymiş, yıkılmışlar yeniden yapmak için şurada bir sokak var park otelin sahibinin burada da arazisi var (şema üzerinde gösteriliyor). Arazisini birleştirip büyük bir otel yapmak istiyor. Bunun için şuradaki sokağa ihtiyaç duyuyorlar. İdareye, Beyoğlu belediyesine sokağı bize satın diyorlar. Belediye de istese de satamaz devir ferağ edemez kamu malını korumak zorunda. Ne kadar para getirecek olursa olsun sokak satılamaz. Ama bunun bir hukuki çözüm yolu var onu bilenler yapıyorlar. Önce bu sokağın sokak olma tahsisini kaldırıyorlar. Diyorlar ki, iki cadde arasında bağlantıyı sağlayan başka sokaklar olduğu, burada başkasına ait gayrimenkul olmadığı, iki taraf da aynı kişiye ait olduğu dolayısıyla hiç kimsenin eve girişine yola ulaşımına engel olmayacağı nitelikte olmadığı için artık bu sokağa ihtiyaç kalmamıştır. Yol olarak sokak olarak tahsisinin kaldırılmasını diyor. Ademi tahsis ile idarenin özel malı oluyor. Özel malı olunca da satılabilir hale geliyor. Devir ve ferağ edilemezlik ilkesinin bir anlamı kalmıyor. Kamu malı olarak satılamayan bir şey özel mal haline getirilerek satılıyor. Dolayısıyla burada da gizli kahraman ortaya çıkıyor devir ve ferağ edilemezlik ilkesinin tek kahramanı esasında kamu malı rejimi değil, tahsis edilip edilememesi. Kıyılar tahsisi Anayasayla olduğu için Anayasa değişmedikçe tahsis de kaldırılamadığından kıyılar satılamıyor. Ormanların tahsisi Kanun ve Anayasayla olduğu için o tahsis kaldırılamadığı için olmuyor ama yolun tahsisi idari işlemle ise, idari işlemle aksi yapıldığında devir ve ferağ edilemezliğin bir anlamı kalmıyor. Çünkü kamu malı olurken devir ve ferağ edilemiyor ama kamu malı özel mal haline getirilebiliyor ise özel mal devir ve ferağ edilebildiği için o da edilebilmiş oluyor. O yüzden yasa koyucu tahsisin kaldırılmasını güçleştirerek ademi tahsisi güçleştirmeye çab alıyor. Ve yargı da bu durumun farkında olduğu için şöyle bir içtihat geliştiriyor. Diyor ki; “Sen kamu mülkiyetine sahipsin, o taşınmazı yola tahsis ettiğin gibi yetki olarak da yol olmaktan çıkartabilirsin; ama orası yol olarak kullanılmaya devam ettiği müddetçe oraya yol ihtiyacı devam ettiği müddetçe sen sahibi de olsan ademi tahsis yapamazsın” diyor ve kimi zaman tahsisi kaldıran işlemi iptal ediyor. Mesela teknik Üniversite Maçka kışlasında artık neredeyse hiç eğitim yapmaya ihtiyacı kalmamış durumda, ayazağa kampüsü vs. var ama mutlaka bir fakültesinin bir sınıfını orada açık tutuyor. Çünkü yargı kararı Teknik Üniversite kalmasını sağlayan gerekçesini, “*Teknik Üniversitenin eğitim hizmetinde burası kullandığı müddetçe ademi tahsis mümkün olamaz*” diye kurguladı. Orada hiçbir eğitim olmasa orada havuzbaşı restoranları otopark olarak kullandığı gelir sağlayıcı faaliyetler olarak kullandığı o binaya artık ihtiyaç kalmadığı sonucu ortaya çıksa Milli Emlak Genel Müdürlüğü’nün Teknik Üniversiteden orayı almasına engel bir hukuki durum kalmaz. Oradan almasını engelleyen ne? Esasında Milli Emlak malın sahibi olduğu için tahsis de edebilir ademi tahsis de edebilir ama yargı kararları diyor ki; *tahsis amacı devam ettiği müddetçe tahsis amacına kullanımı devam ettiği*

müddetçe ademi tahsis yapamazsın diyor. Park otelde nasıl yapıldı? Yolun iki tarafında başka ev yoktu başka arsa sahibi yoktu öyle olsa bun yapamazdı yolun alternatifleri vardı yani buna artık yol olarak ihtiyaç kalmadığı ispat etmek zorunda kaldı yoksa sahibi ben değil miyim tahsis ettiğim gibi ademi tahsis de yaparım ve satarım da diyemiyor idare.

Devir ve ferağ edilemezlik ilkesi dolayısıyla bu. Bu ilke dışında bir diğer ilke de şu; **kamusal mallar zaman aşımıyla iktisap edilemez**. Yani mülkiyetini yıllardır kullanmakla elde edemezsin. Tekfur Sarayı Bizans'tan kalma önemli bir saray. Hukuk Fakültesine yürüme mesafesinde Kara gümrük'tedir. Oranın enteresan bir bekçisi var, evini sarayın ortasına yapmış. Hazır bekçiyken herkes Edirnekapı Karagümrük civarına kaçak ev yapıyorken o da tam gerçek anlamda tekfur sarayının ortasına yapmış. Yani 100 metre kenarına yapmamış. Çok da iyi niyetli bir insan 7/24 orada duruyor, geceleri orada yatıyor, aynı zamanda burayı koruyorum diyor, yoksa burası işgal edilir, tineriler gelirdi şöyle olurdu bu olurdu gibi, gelen ziyaretçilere de gözleme yapıyor, hukukçu olduğunuzu söylerseniz de size soruyor, bu hakkaniyete uygun mu diyor, yandaki şuradaki ev mülkiyetini aldı tapu tahsis belgesini aldı bana burada 30 senedir yaptığım evin mülkiyetini bana vermiyorlar diyor. Ona anlatsanız kamu malları üzerinde zaman aşımı ile iktisap olmaz sen keşke ev yapmadan önce birisine sorsaydın kamu malına yapmak yerine yanındaki malın üzerine yapsaydın şimdiye kadar onun tapu tahsis belgesini alırdın sonra müteahhide verirdin müteahhit yıkardı 5 katlı apartman yapardı iki katını sana verirdi. Ama o kamu malı üzerine yapmış. Ben iyi niyetliyim diyor burayı koruyorum diyor ama zavallı ne kadar beklerse beklesin kamu malı üzerinde zaman aşımı ile iktisap olmaz. Çünkü idarenin ihmalinin sonuçlarının mal üzerinde doğmaması için bu hukuki statüsü vardır. 1981 de 2981 sayılı bir Kanun vardır, 2981 sayılı Kanunla Türkiye'de yeni zenginler oluştu. Bu kanun malları işgal edenlere tapu tahsis belgesi, sonrada tapularının verilmesini öngördü. İşgalciler arasında bazıları adaletsizlik duygusuna uğradıklarını söylüyorlar, o da işgalci ben de işgalci, o zengin oldu, ben hiçbir şey alamadım diyor. Kamu malını işgal etmiş çünkü. Kamu malı üzerinde zaman aşımı ile iktisap olamaz kuralı da bu hukuki rejimin sonuçlarından birisidir.

KAMU MALLARI DEVAMI...

Kamu malları konusu gelen bir kanuna tabi değildir. Fakat çok sayıda kanunda kamu mallarına ilişkin hükümler vardır. Bu konunun önemi, genel bir kanuni düzenlemeye konu olmamasına rağmen, bu alandaki uyuşmazlıkların hem Danıştay hem Yargıtay hem de Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, hatta Anayasa Mahkemesi tarafından, teoriye atıfta bulunarak uyuşmazlıkların çözülmesidir. Dolayısıyla teorik doktriner kısım, pratikte yargı kararlarına yansımış ve mevcut teoriyi destekleyen önemli bir boyutu vardır. Bu diğer idare hukuku dallarından daha fazla ve daha açık oranda gözüktüğü için, idare hukukunun içtihadı boyutunu gözler önüne seriyor. Yargı kararlarında parça parça uyuşmazlığı çözmek için kullanılan unsurlarından hareketle, bu teorinin genel kapsamı hakkında bilgi sahibi olma gereği ortaya çıkmaktadır. bu

yüzden bu konuyu ne çok teorik ne de çok yargı kararları çerçevesinde incelemeden, iki tarafa da gidip gelen bir şekilde zihnimizde, idare hukuku bilgilerimizde bir yere oturtmamız gerekir. Aynı zamanda bir çok alana da etkisi vardır. Kamu malları bir idari sözleşme olup olmadığını belirleyebiliyor, burada ortaya çıkan aksaklık idarenin sorumluluğunu gündeme getirebiliyor. Dolayısıyla sadece mallar bakımından değil sözleşmelere, sorumluluğa, işlemlere yansıyan yönleri vardır. Dengenin önemli olduğu, temas ve mesafe dengesinin önemli olduğu idare hukuku konularından birisidir.

Kamu tüzel kişiliğine ait malların hepsinin kamu malı olmadığına değinmiştik. bunun gerekçesi, üstün korumalı bir hukuki rejimin tüm idare malları için gerekmemesidir. İdarenin kimi malları, üstün korumalı hukuki rejim gerektirmemektedir. Zira mallar, aynı zamanda mülkiyet hakkı, özel hukuk kişileriyle temas noktasında idarenin üstün hukuka sahip olmasına gerek olmamaktadır ve bu temel hak ve özgürlükler bakımından da problemlidir. dolayısıyla idarenin tüm mallarının üstün hukuki rejiminin olmaması için arayış içinde olunmuştur. Yani özel hukuk kişilerine ait mallar bir yana dursun, idareye ait tüm malları da kamu malı değildir.

İlk olarak ortaya konan, "bir malı kamu malı yapan şeyin tahsistir" ifadesidir. Bu bakımdan tahsise sadece bir müessese olarak bakmak gerekmektedir. Tahsis örneğin anayasa maddesi ile olabilir, kısıtların hukuki statüsü gibi. Yine bir idari işleme tahsis olabilir, idare bir işleme malı kamu hizmetinde kullanma üzere özgüleyebilir. Kim zaman sözleşme ile tahsis olur. Zımnı tahsis de söz konusu olabilir. Köyler bakımından gündeme gelen kadimden beri yaralanma suretiyle tahsistir. Yani başlangıcı bilinmeyen bir zamandan beri kullanılıyor olmak demektir. Köylerin yararlandıkları meralar bakımından özellikle belirleyici olan tahsis kıstası budur.

Bir mal kamu malı haline nasıl gelmişse o şekilde o statüden de çıkmaktadır. Ancak işlemler de görüldüğü üzere, işleme olan tahsisin kanunla kaldırılabilmesi gibi görünüşleri de olabilir.

Hizmet malı orta malı sahihsiz mal ayrımını yaptık. İlk kriter fiilen kullanılma idi. İkinci kriter ise özellikle hizmet malı bakımından hizmetin onuz olmaz bir unsurunu oluşturacak şekilde kullanmaktır. Yani her hizmette kullanılan mal, kamu malı değildir. Örneğin, mikrofon üç tane olmasa da olur. Bir şeyin kamu malı olabilmesi için, o hizmette temel bir görev görüyor olması gerekmektedir. Fransızlar bu konuda, bir şey o hizmete özgü özel bir şekil görüyorsa da hizmetin asli unsurudur şekliyle bakmaktadır. Örneğin projektör, özel olarak amfiye uyarlandığı için kamu malıdır denilmektedir.

Kamu malı olmaya bağlanan bazı sonuçlar söz konusudur. İlk olarak Üstün bir korumadan yararlanmaktadır. Kamu malı, sahibi gözüken idareden dahi korunmaktadır. İdare, ihtiyaçlarına cevap verdiği müddetçe, bu kamu malını alternatifini oluşturmadıkça, kamu malı olmaktan çıkaramamaktadır. Buna devir ve ferağ edilemezlik ilkesi denilmektedir. Aynı zamanda iyiniyetli hiç kimse tarafında mülkiyetine geçirilememektedir. Zamanaşımı ile iktisap edilememektedir yani uzun

süre kullanılmakla üzerinde mülkiyet hakkı oluşmamaktadır. Özel hukuk işlemlerine konu olamamaktadır. Bir özel maldaki kiracı zorla çıkarılmamakta mahkeme aracı ile tahliye edilmektedir. Hâlbuki kamu malı söz konusu olduğu zaman, üzerinde kira sözleşmesi olmadığından, mahkeme kararına gerek olmaksızın, idare gerekçeli bir işlemle, kamu malına ilişkin gerekçeler çerçevesinde sözleşmeye son verebilir ve 15 gün içerisinde de çıkartabilir. Özel mal üzerindeki bir yıllık kira sözleşmesi, asgari bir yıl yararlanmayı ifade ederken, kamu malı söz konusu ise azami bir yıl yararlanabilmeyi gerektirir. İdare kamu malının tahsisi gerektirdiği her zaman sizi çıkartabilir. Sebebi ise kamu malının işlevinin korunmasıdır yani tahsisin korunmasıdır.

Kamu malları üzerinde aynı hak da tesis edilemez, başkasına kalıcı bir hak edilemez. Bu ise devir ve ferağ edilemezliğin bir sonucudur. Fakat iktisadi hayat, bunun istisnalarını getirmiş durumdadır. Kıyı üzerinde otel yapmak, özel iskele yapmak gibi şeyler, önemli yatırımlar yapılarak o tesisler yerine getirileceği için, bu kuralın birçok istisnası getirilmiştir. Örneğin turizm tesisi için kıyı tahsis edildiğinde, tapuda sayfa açılarak kırk dokuz yıllığına yararlanma hakkı verildiği yazılır.

Kamu malları üzerinde sınırlı aynı hak kurulamaz kuralının istisnasından bahsettik. Ormanlar için ayrı, turizm alanı için ayrı vs. birçok istisna söz konusudur. Esasında bu ilkeyi, bu istisnalar ayakta tutmaktadır. Bu ilkeye kanunlarda, anayasada yer vermeksizin, istisnalara kanunda yer verilmektedir. İstisnaların çoğalmasa, ilkenin anlamsızlığını değil, sağlamasını yapmakta, gerekliliğini ortaya koymaktadır. İlke, istisnalar için vardır. Genel kural istisna olmuştur çünkü ilkeyi esas alıp, istisna gerektiren birşey olup olmadığını mecliste tartışıp, ona göre kanun çıkartılması gerekmektedir. İlke olmasa, istisna yöntemi de olmayacağı için aynı şeyi her seferinde farklı şekilde yapabilmek mümkün olacaktır. İlke o kadar güçlü ki, istisnayı kanunla getirmektedir. Yüzlerce kanun var ancak ilkeye ilişkin bir kanun yoktur.

Bir diğer ilke ise tapu siciline kayıt olmaması ilkesidir. Medeni hukukçular, tapu sicilini tedavül eden mallar sicili olarak algıladığından, bu ilkeyi eleştirmektedir. Bir mal tapu siciline kayıt olduğu takdirde alınır satılır, kamu malı satılamayacağına göre tapu siciline kayıt olması diye bakılmıştır. Bunun istisnası ise hizmet malları bakımından ortaya çıkmıştır. Bir alan tuz ambarı olarak kullanılırken, tapu siciline kayıt edilmezse özelleştirme sonucunda satılırsa, kayıt önemli olacaktır. Ancak orta malları kayıtlı ise terkin edilmektedir. Terkin yani tapudaki kaydı silinmektedir ve özel sicilinde kaydolmaktadır. Bu ilke zaman içerisinde kalkacak ve sadece özel mallar için değil, her türlü malların nitelendirmesi yapılacaktır. Aksi durumda birçok hukuki problem ortaya çıkmaktadır.

Kamu mallarından yararlanma usulleri

İlk olarak, kamu malları yararlanılması gereken mallar mıdır sorusu gündeme gelmiştir. Onar'ın başını çektiği ekip, kamu malını korunması gerekli bir mal görmüştür. Ancak yeni anlayış, kamu malının parasal değere dönüşmesi, tüm dünyada ve Türkiye'de gündeme gelmiştir. bu iki ucu göstermektedir. Fakat bu iki ucun

arasında orta noktalar da vardır. Şöyle ki kamu malını bir şekilde hayata sokmaz iseniz hayatta önemli bir değer eksilmiş oluyor. Kamu yararına en uygun biçimde hayata sokmak gerekiyor. Yani sadece ondan para kazanmak değil bir şeylerin yapılması için geçerli bir durumdur. Örneğin, hastane yapılması gereken bir ilçede uygun taşınmaz yok ve belediye boştaki bir binasını bu amaçla verebilir mi? Burada yeterli sağlık hizmeti sunulmuyorsa, özel hastaneye uygun taşınmazı vererek özendirip desteklemek, idarenin görevi sayılmalıdır. Kamu malını en iyi yollardan kullanılmasından biridir. En iyi kullanma en fazla para kazanmak demek değildir. Kamu yararına en uygun şekilde kullanılacak şekilde hayata sokmak idarenin görevlerinden birisidir ve idare bunu yapabilmelidir görüşü vardır. Buna ilişkin bir hukuki altyapı oluşturulması konusunda yeni bir gündem maddesi vardır. İdare çeşitli faaliyetleri özendirmek için mallarını kullanır mı? Veya idare kamulaştırmış ama hiç kullanmamış mallarını satsın mı? Özelleştirme Kanunu örneğinde bunları satmak usulü de getirilmiştir. Dolayısıyla kamu mallarını en iyi şekilde kullanmak adında bir kavram var. En iyi şekilde kullanmayı kimisi para olarak kimisi ise sadece para değil kamu yararını gerektirecek unsurlar olarak görmektedir. Artık kamu malını koruyalım hiç kullanmayalım anlayışı terk edilmiş durumdadır. Bir tek tarihi eserler de tartışma söz konusudur. Tarihi eserlerde denilen, tarihi eserlerin kullanılması, tarihi eserin bozulmaması için ne kadar az çiğnenmesinin sağlanması mı yoksa içinde hayatîyetin devam etmesinin sağlanarak kullanılması mı?

Kamu mallarından yararlanma zorunluluğu adlı bir gündemden bahsettik. Ya bir kamu hizmetine özgüleme, ya bir idari faaliyette kullanılma ya da özelleştirme. Bu bakış açısıyla, idare elindeki malı gözden geçirir ve hiç bir işe yaramadığını düşünüyorsa satmasını ifade eder. Bu şekilde ekonomik hayatı da canlı tutma hedefi söz konusudur. Uygulama da bu düşünce tarzı ile dönüşmektedir.

Kamu mallarından yararlanma usulleri

1. Genel (anonim) Yararlanma
2. Özel Yararlanma --Özel Yararlanma ise kendi içinde İstisnai ve Genel (kural) yararlanma olarak ikiye ayrılmaktadır.
3. Hiçbir sıfat olmaksızın yararlanma (işgal)
4. ürünlerinden yararlanma

Bu yararlanma türlerinde ilk ilke, hiçbir yararlanma kamu malının aynına zarar verecek şekilde yararlanılamaz. Kamu malını korumak çerçevesinde, yararlananların kötü kullanımına ilişkin de koruma tedbirleri alınır. Bunun için örneğin belli büyüklükteki, ağırlıktaki araçların geçemeyeceğine ilişkin kurallar alınmaktadır.

İkincisi ise kamu malının tahsisini korumaktır. Kamu malının aynına zarar gelmiyor olabilir ancak tahsisine, işlevine zarar gelebilir.

Üçüncüsü ise, en iyi yararlanmayı sağlamaktır. En iyi yararlanmayı sağlamak dendiğinde paranın kastedilmediği de söylenmelidir. En iyi yararlanma, kamu yararına en uygun yararlanmadır. İlk iki ilke uygulanmasına rağmen, üçüncü ilkenin kapsam ve uygulanabilirliği tartışılmaktadır.

Yararlanma, kamunun veya özel hukuk kişilerinin malı kullanmasıdır. Zaten idare kendi malını kullanacaktır, kendi malını kullanması, kamu malından yararlanma

değildir. Örneğin İstanbul Üniversitesi'nin bulunduğu binayı kullanması bir yararlanma değildir. Zaten kendisine tahsisli olduğu için bu bina kamu malıdır. Yararlanma, üçüncü kişilere çeşitli imkanlar sağlamaktadır. Beyazıt kampüsündeki bankmatikler örneğin, kamu malından yararlanmaktadır.

Yararlanmanın da belli ilkeleri vardır. Özel kişiye bir yararlandırma söz konusu ise mutlaka bir karşılık alınması gerekir. Yararlandırma işlemi mutlaka bir hukuki muameleye tabi olması gerekir. Ayrıca yararlandırmanın herkese verilmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Örneğin sınırlı sayıda yer var ise on bankaya verildikten sonra diğer bankalar zorunlu olarak kendilerine de yer verilemez. Buradaki eşitlik, hizmetten yararlanmadaki gibi bir eşitlik değildir.

Özel yararlanma

Özel hukuk kişileri bakımından önemlidir zira ticari ilişkiler bakımından çeşitli imkanlar sağlayabilmektedir. Örneğin bir reklam panosu, çok sayıda kişiye ulaşmayı sağlar.

Bazı özel yararlanmalar ise işin doğası gereği olmak zorundadır. Örneğin bir otogarda özel otobüs firmalarına yer verilmesi gerekmektedir. Yani bazı özel yararlanmalar, kamu malının varlık gerekçesidir. Otogar, mezarlık, deniz limanı örneklerinde olduğu gibi.

Özel yararlanmada ikili bir ayırım yapılmıştır. Bu yararlanma tahsise uygun ise, buna kural yararlanma denilmektedir. Örneğin mezarlık yeri, cenazenin oradan yararlanması kural yararlanmadır. Bu tip yararlanmanın özelliği, idarenin red gerekçesi yani takdir yetkisi sınırlıdır. Otogarda yer var ve firmaya yer verilmemezlik yapılamaz.

İstisnai yararlanma ise, kamu malının tahsisine uygun bir yararlanma değildir ama aykırıda değildir, bağdaşabilir bir yararlanmadır. Örneğin mezarcı, mezar yerinde yer istemesi, mezarlıkta mutlaka bulunması gereken bir faaliyet değil ama mezarlığa aykırı da bir faaliyet değildir. Mezarcıya yararlanma izni verilebilir, bu istisnai yararlanma olduğu için idare isterse reddedebilir.

Kamu malından istisnai veya kural şeklinde özel yararlanma, kamu malının bir kısmı üzerinde müstakil yararlanma imkanı veren bir hukuki muameledir. Tek taraflı işlemle olabileceği gibi sözleşme ile de olabilir.

İdare daha önce verdiği bir izni, yararlanma süresini beklemezsizin kamu malının varlık gerekçesine ve işlevine aykırı bir yararlanmaya dönüştüğü durumda, yararlanmayı sona erdirebilir. Dolayısıyla mutlaka bir izin gerekir ve mutlaka bir karşılığın olması gerekir.

Karşılığın ne olacağı meselesi oldukça tartışmalıdır. Örneğin bir otogarda kuaföre de, bilet acentasına da yer tahsis edilip aynı para istenirse kuaför bakımından adil olamaz. İdareler bu tip sorunları aşmaz için, ilk önce sabit bir asgari bedel alıp ayrıca ciro üzerinden para almaktadır. Böylelikle, idare aynı maldan farklı şekilde yararlanma karşılığı almış olmaktadır.

Genel Yararlanma

Önceden izin almaya gerek olmaksızın, hiçbir karşılık vermeden, eşitlik içerisindeki yararlanmadır. Yollardan, meydanlar yararlanma bu türdendir. Sadece orta mallarından genel yararlanma olmaz. Binalardan da yararlanma söz konusu olabilir. Hizmet mallarından hizmet ölçülerinde genel yararlanma mümkündür. Hasta, hastane binasından yararlanmak için idareden izin alması gerekmez. Tahsisi nedeniyle, halkın yararlanmasına açık hizmet mallarından da genel yararlanma olabilir. Bazen tahsis, genel yararlanmayı engelleyebilir. Askeri bölgelerde olduğu gibi girilmesi yasak bölgeler oluşturulabilir, yine hizmet binalarının hepsi halkın kullanımına açık değildir. Her hizmet binası ,herkesin her türlü kullanımına açık değildir. Ancak tahsisi insanların fiilen içinde bulunmasını, o binayı kullanmasını gerektirenlerden önceden izin almadan kullanması söz konusudur. Özetle, genel yararlanmada bir karşılık olmayacak ve eşitlik ilkesi çerçevesinde yararlanma olacaktır.

Ancak problemler de vardır. Boğaz geçiş ücreti, otoyol geçiş ücreti. Bu tip yararlanmaya yoğun yararlanma veya alternatif yararlanma denilmektedir. Alternatifi olan genel yararlanmaların, daha nitelikli paralı yararlanma biçimlerinin oluşturulabileceği kabul edilmektedir. İstanbul-Ankara arasındaki otoyoldan ücret alınıyor ancak bu mesafe arasında para vermeden gidilebilecek bir yol vardır.

Yine taşıma şirketleri için de bir problemler nokta vardır. Taşıma şirketleri, daha fazla şekilde yollardan yararlandığı için, bu gruptan ayrıca bir karşılık alınmasını makul gösteren teori, yoğun yararlanmadır. Herkesin yararlanmasından farklı olarak, iş dolayısıyla yoğun yararlandıkları için ayrıca şirket kurmaları dolayısıyla bir bedel alınabilir diye bakılmaktadır. Yoğun yararlanma yani genelin normallikini aşan yararlanmayı ifade eder.

Alternatifi olup olmadığına bakılmaksızın, herkesin parası ile oluşturulmuş bayındırlık eserlerinden, bazıları daha sık yararlandığı için eşitliği sağlama için belli bir karşılık alınması gerektiği de ifade edilmektedir. Dolayısıyla, genel yararlanma karşılığında para alınmasının meşruiyetini temellendiren açıklamalar vardır.

Hiçbir sıfatı olmayanların kamu malından yararlanması ise işgaldir. Buna ilişkin özel bir kavram olarak ecrimisil karşımıza çıkmaktadır. Hiçbir sıfat olmadan yararlanmalara karşı, geçmişe dönük olarak ecrimisil alınır. Ancak uygulamada karşımıza çıkan bir terim problemlerinden de bahsetmek gerekmektedir. İstisnai yararlanma için verilen karşılığa işgaliye denilmektedir. Ama işgal edip izin almadan yararlanırsanız verilen karşılığa ecrimisil denilmektedir. Yani işgaliye, işgali değil resmi kullanımı ifade etmektedir. İşgaliye önceden verilirken, ecrimisil geriye dönük olarak beş sene ye göre hesaplanmakta ve ona göre ecrimisil ihbarnamesi gönderilmektedir. Ecrimisil verme, meşrulaşmış bir yararlanma değildir. Ecrimisil, gayri meşruluğun yaptırımıdır. Ecrimisil veren kimse sonradan bu yararlanmayı sözleşmeye bağlayıp işgaliyeye dönüştürmesi gerekir. Danıştay da bu sebeple, ecrimisilin her sene tahakkuk ettirilmek suretiyle istenemeyeceğini, ecrimisil alındıktan sonra malın işgal edildiğinin tespiti anlamına geldiğini, bu yararlanıcı ya kamu malından çıkartılmalı ya da kendisi ile sözleşme yapılmalıdır şeklinde karar

verdi. Ancak bu içtihat daha sonra, ikinci kez ecrimisil alınabilmesi için, çıkartmaya yönelik bir faaliyet başlatılma şartına bağlandı.

KAMU PERSONEL HUKUKU

Bütün statik unsurlarına rağmen hareketli, ülkenin gündeminde yer alan bir konu. Bunu değerlendirebilmek için mevcut bilgiyi olduğu gibi aktarmak yerine, arkasındaki düşünüş biçimini ortaya koymaya çalışacağız. Doktrinde konunun ismi dahi farklı şekillerde adlandırılmakta; kamu görevlileri, kamu personeli, memurluk şeklinde farklı başlıklar altında değerlendirilenler bulunmaktadır. Biz "kamu personeli" terimi altında inceleyeceğiz. Amacımız, idareyle bir şekilde bağlantısı olan, idare adına çalışan kimselerin, içine girebileceği statülerin dökümünü yapmaktır. Bunlardan en yoğun olarak ortaya çıkan memurlardır; memurlar işin rengine ve adına hakim olmakta ancak kamu personeli memurlardan ibaret değildir. Bütünüyle değerlendirebilmek için "kolay görünen zor"u yapmaya çalışacağız ve kamu personeli statülerini tasnif etmeye çalışacağız. Memurlarla ilgili kısma değinerek, Devlet Memurları Kanunu'ndaki düzenlemeleri anlatacağız. Kitaplarda, değişik uzunluklarda konu yer almaktadır. Çok uzun anlatılanların Devlet Memurları Kanunu'nun düzenlemelerini açıklamak şeklinde anlatıldığı görülmektedir. Bu yöntem, konudaki geniş kanun düzenlemesi dolayısıyla başvurulmaktadır. Kanun bilgisini tarz olarak benimsemediğimiz için farklı bir tarzda, konuya başka açıdan bakabilmenizi sağlamaya çalışacağız.

Kamu personeli, *geniş ve dar anlamıyla kamu personeli* şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Kemal Gözler, kamu görevlileri terimini tercih etmektedir ve *en geniş, geniş, dar ve en dar* anlamda kamu görevlisi kavramlarına başvurmaktadır. Aynı terim kullanılmasına rağmen kapsamının farklılıkları olduğunu göstermektedir. Diğer kitaplarda *ceza hukukuna ve idare hukukuna göre kamu görevlisi* tabirleri kullanılmaktadır. Gerçekten de işlemiş olduğu suçlar dolayısıyla sorumluluklarını düzenleyen ceza hukuku, kamuyla herhangi bir bağlantısı olanların, kamu aracını kullanarak faaliyet yürütenlerin sorumluluğunun ağırlaştırılmış biçimiyle düzenlendiği ceza hukuku normları bakımından kamu görevlisi denildiğinde memurlardan daha geniş, kamuyla bağlantısı olan kişileri aramaktadır. Bu noktada tasnif yapma mecburiyeti gündeme gelmektedir.⁶² Bu ayırım, mevcut durumu tasnif ederek anlamak için gereklidir. Gruplandırarak ve gruplara ortak hukuki rejimi vererek anlamlandırmaya çalışıyoruz. Aynı gruptakiler ortak hukuki rejimden yararlanmaktadır. Buradaki düşünüş biçimi, soyutlama suretiyle gruplamalar yapmak, içine girdiği hukuki durum nedeniyle statüsünü tespit edebilmektir. Bu soyutlamayı da sürekli git gel yaparak, idareyle bağlantısını kurarak yapmak mümkün.

Kamu Personelindeki Gelişmeler

Bugün, kamu personel rejiminin değişmesine yönelik yeni arayışlar bulunmaktadır. Bunu da ele almak gerekmektedir. Bunun değişebilirliğini anlayabilmek için değişim gerekçelerini incelemek gerekmektedir.

⁶² Takip eden bölümlerde yer almaktadır.

İlk olarak, personel statülerinin taşıdığı anlamı bilmek gerekir. İdarenin sürekli, asli, genel idare esaslarına göre yürüttüğü faaliyetler bulunmaktadır. Teşkilatın ete kemiğe bürünebilmesi için asli ve sürekli görevleri yapan kimselere ihtiyaç bulunmaktadır. Aynı zamanda bu kimselerin seçimle gelen ve değişen karar mercilerinin işlerini kolaylaştıracak *kurumsal hafızayı* da taşıması gerekmektedir. Bu kimselerin taşıdığı statü nedeniyle, patronlarının devlet olması ve kişilere bağımlı olmaksızın varlıklarını sürdürülebilmeleri, bağımsız, tarafsız davranabilmelerinin sağlanması gerekmektedir. Personelin uzman olması, liyakatına göre yükselmesi, aynı zamanda idarenin ana sahibi olması ve aykırılıkları engelleyecek hukuki korumaya ihtiyaç bulunmaktadır. Hukuka aykırı emirlerini üstten aldıkları zaman, suç niteliğindeyse yapmamak yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir memurun görevine yöneticisinin son verebilmesi için üç yıllık bir prosedür öngörülmekte veya ancak disiplin fiilleri işlemesi halinde son verilebilmektedir. Özetle, kolay atılamayan, liyakata göre yükselmiş, meslek mensubu olarak mesleğe dahil olmuş bir personel rejimi söz konusudur ve bu Kıta Avrupası sisteminin bir tercihidir. Memurluk statüsünü tahkim etmekte, bağımsız ve korunaklı, dirençli bir yapıya sahip memuriyet benimsemektedir. Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan sistemi ise, seçimle gelenlerin projelerini gerçekleştirebilmesi için kendisiyle aynı bakış açısına sahip kimseleri tercih etmektedir. Bu sayede başarısı ve başarısızlığı ortaya çıkmalıdır. Seçimle gelenler de kendi ekipleriyle faaliyetlerini icra etmelidir. Bu sistem *spoiler* olarak adlandırılmaktadır. *Kayırmacı sistem* olarak Türkçeye çevrilmiştir ancak olumsuz bir yargı olması dolayısıyla isabetli değildir. Kendine göre işleyen bir sistemdir.

Bu ülke sistemleri tarihi, sosyal, ekonomik, siyasal nedenlerle belirlenebilir bile, her iki sistem birbirine doğru gitmektedir. Anglo-Amerikan sistemi, bu sistem içinde istisna kadrolar getirerek mümkün olduğu kadar sabit insan unsuruna ilişkin kadrolar oluşturuyor; Kıta Avrupası da Anglo-Amerikan sistemine doğru gitmekte ve tercihe göre gelenle gelen, gidenle giden bir sistem oluşturmaya çalışıyor. İki sistem de birbirine cevap veremezlikleri dolayısıyla birbirine doğru gitmektedir. Kıta Avrupası daha hızlı gitmektedir: memurların bürokratik oligarşi oluşturmaları gibi ifadelerle eleştiriliyor ve Anglo-Amerikan sisteminin başlangıç noktasına doğru hızlı bir gidiş görünmektedir. Sanayi ticaret odaları kurulurken, kanunda burada çalışanların memur olmadığına ilişkin açık hükümler konulmaktadır.

Ölmeye yatmış bir sistem bulunmaktadır. Kendi kendinin sonunu hazırlamaktadır. Bu, memurluk sisteminin değil, kötü uygulananın kabahatidir denilebilir. Ancak kötü de uygulanırsa, bugün memurluğun kendisinden kaynaklanıyor gibi görünüyor ve bu sebeple değişim baskısı altındadır. Bunları gerektiren ihtiyaçlar çerçevesinde bu ihtiyaçları giderebilecek mantıklı çözümler üretilebilmelidir.

Kamu Personel Statüleri

Kamu görevlisi, Anayasa 128. maddede dar anlamda kullanılmıştır: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre

yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

Geniş anlamıyla kullanabilmek için *kamu personeli* terimini tercih ediyoruz. Kamu personeli, idareyle bağlantısı olan, kamu adına faaliyet gösteren insanların hukuki statüsünü belirlemeye yönelik düşünme alanı seçmiş durumdadır. Hukuki durumlarını belirlemek önemlidir. Önceden kuralları ortaya konulmuş bir alanın çerçevesi içine dahil olması gerekmektedir. Fiili durumun anlamlandırılacağı bir çerçevenin bulunması gerekmektedir.

Memurlar ve Memur Benzerleri

Kamu personelinin en fazla ağırlık noktasını memurlar oluşturmaktadır. Devlet Memurları Kanunu yapısı incelendiğinde, oldukça fazla ek maddenin olduğu görülmektedir. Probleme göre maddelerin ortaya çıktığı görülmektedir. Memurluk bir *statü hukukudur*. Memurluğa girişte taşınması gereken şartlar bulunmaktadır.

Memurlar ve memur benzerlerinde bir terim problemi bulunmaktadır. Anayasa 128. madde itibarıyla ortaya çıkmıştır.

“İdarenin genel idare esaslarına göre görmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin, gerektirdiği asli ve sürekli görevler, ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

Memurlar ve diğer kamu görevlileri, memur ve memur benzerlerini ifade etmektedir. Bunları “memurumtraklar” olarak adlandırmaktayım. Memur benzerleri ise Devlet Memurları Kanunu’na tabi değildir, ayrı kanuni düzenlemeleri bulunmaktadır. Memurların siyasi partilerde görev alma yasağı vardır, üniversite çalışanları için yoktur. Bazılarında daha fazla kısıtlamalar bulunmaktadır. Siyasi parti adaylığı için istifa etmesine karşın memurluğa geri dönebilirler. Subay ve astsubaylar için geri dönüş yasağı bulunmaktadır. Dolayısıyla bazı konularda farklı hak ve yükümlülükler bulunmaktadır. Ayrı kanunlarında hüküm olmayan hallerde 657 sayılı Kanuna tabidir.

En ilginç olanı ise, *seçimle gelenlerdir*. Belediye Başkanının, başkanlık süresi sürecinde memur benzeri durumunu ortaya koyabilmek önemlidir. Memurların tabi olduğu haklardan yararlanmaktadır, memurlar için öngörülen yasaklara tabidir. Belediye meclisi üyesi de bunlar arasındadır. Geçici süreli de olsa kamu görevlisi statüsünde bulunmaktadır ve bu statü memurluğa yaklaşmaktadır.

Memurlar ve memur benzerleri, sonuç olarak, asli ve sürekli görevleri icra eden kimselerdir.

Anayasa 128.maddeye göre;

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

İdarenin ana eksenini bu statüye koymaktadır.

Genel idare esaslarına göre yürütülen faaliyetlerdir. Bununla kastedilen kamu hukuku kurallarının uygulanmasıdır.

Kamu hizmetinin gerektirdiği ifadesi, idari faaliyetlerin gerektirdiğidir.

Asli ve sürekli görevler, bu işin geçici olmadığını ifade etmektedir. Söz konusu kadroya atanacak kimsenin bu statüden yararlanması gerekmektedir. Özel hukuk kişilerine yetki veren bir kanun hükmü bu sebeple iptal edilmektedir. *Yeminli Teknik Bürolara*, İmar Kanunu uyarınca imar affından yararlanacak binaların projesini çizme ve ruhsat verme görevi verildi. AYM⁶³, ruhsat verme işinin, asli ve sürekli bir görev olduğunu, kamu görevlisi olmayan kimselere gördürülemeyeceğini ifade ederek düzenlemeyi iptal etmiştir. Kamu gücünün asıl sahibinin idare olması gerekmektedir. Özel kişiye kamu gücünün kanunla verilmesi halinde, bu kişilerin sorumluluğu özel hukuktaki adam istihdam etmenin sorumluluğu olarak gündeme gelecektir.

Dolayısıyla Anayasanın bu maddesi, kamu görevlilerin varlık gerekçesini ortaya koyan anahtar maddedir. Aynı şekilde, *yeminli mali müşavirlerin* durumu söz konusu olduğunda, bilanço-yu onaylama yetkileri Maliye Bakanlığı'nca tekrar denetlenmekte ve maliyenin yaptığı iş, asli ve sürekli görülen iş olduğundan Anayasa 128. maddeye aykırılık taşımamıştır. Asli işe yardımcı olarak hizmet etmektedir.

Sözleşmeler:

Akdi bir ilişkidir. *Eleman temininde güçlük* çekilen ve *özel uzmanlık gerektiren* hallerde bu statüye ihtiyaç duyulmaktadır. Bulgaristan göçmeni İbrahim Tanır, siyakat yazısını okuması dolayısıyla yaş, statü, maaşla istihdam edilecek kimse bulunması mümkün olmadığından bu statüde alınmıştır. İstanbul Üniversitesinde 1933 sonrası Alman profesörlerin istihdamına ilişkin sözleşme incelenirse, mali haklar ve sorumluluklarına ilişkin detaylar dikkat çekicidir.

Zaman içinde başkalaşmıştır. Şuandaki uygulaması ile kanundaki varlık sebebi arasında fark bulunmaktadır. Özelleştirme gündeme geldiğinde, özelleştirme için insanların sözleşmeliye geçirilmesi gündeme geldi. Hiçbir özel bilgi gerekmeseyse sözleşmeliye geçirilmiştir. Özelleştirildiğinde ihtiyaç kalmayanların, eleman fazlalığının bu şekilde eritilmesi amacıyla işten çıkartılmasının kolay olması için bu yola başvurulmuştur. Bu imkan olmayınca, *havuza atılma* usulü uygulanmaya başlandı. Sözleşmeliye geçmeyen, memurlukta devam edip de çalıştığı yer özelleştirilen kimseler için bu yöntemle başvurulmuştur.

İşçiler:

Özel hukuk anlamında bir ilişkidir. Kamuda çalışan özel hukuka tabi kimselerdir. İşçi statüsündedir. Fabrika işçisinden farkı yoktur. Ancak işvereni devlettir. Beden ağırlıklı iş yapmakta, idarede karar verici konumunda değildirler. Bedeni güçle faaliyet göstermektedir. Hakları da toplu sözleşmelerle belirlenmektedir. Kamu

⁶³ AYM, E.No: 2012/87, K.No: 2014/41, K.G. 27.2.2014, RG: 26 Temmuz 2014, RG Sayı: 29072.

işçisi olduktan sonra, uygulamada yerleşmiş olarak hizmet akdi emekli oluncaya kadar devam etmektedir.

Geçici işçiler:

Özel hukuk anlamında bir ilişkidir. Bir yıldan az süreli veya mevsimlik görevlerde çalışanlar için geçici işçiler denilmektedir. Dönemsel olarak yoğunlaşan işler için işçiler bulunmaktadır. Ormanların gençleştirilmesi, yangınların önlenmesi için belirli sayıda kişi alınmaktadır. Sürekli olarak istihdamı gerektiren bir ihtiyaç yoktur. Üniversite 12 ay boyunca açık olmadığı için yemekhanede çalışan işçiler de geçici olarak istihdam edilirdi. Geçici işçilik, bir dönem idarenin yüksek ücretle aldığı işçilerdi. Karla mücadele işçileri, kış aylarındaki ihtiyaca göre istihdam edilirdi. Ancak geçici işçilikten emekli olanlar bulunmaktaydı.

Mükellefler:

Herhangi bir kamu görevi yapma tercihi olmasa da kamu görevi yapmakla görevli olan kimselerdir. Memurlar gibi faaliyet göstermektedir. Tıp fakültesi mezunlarının, doktorluk yapabilmek için iki sene mecburi hizmet yapmaları gerekmektedir. Kolluk personeli olarak subay, astsubay ve uzmanlar dışında mükellef olanlar erler, erbaşlar bulunmaktadır. Jandarma, kırsal alanda kolluk faaliyeti görmektedir. Süre bakımından sınırlı ancak polisin gördüğü hizmeti görmektedir.

Fahri ajanlar:

Öncesinde idareyle bağlantısı bulunmayan, memur olmayan *milli sporcular* bunlar arasında yer alır. Bu sporcular kulüplerde lisanslı olarak çalışmaktadır. Seçimle Türkiye adına müsabakaya davet edilen kimselerin, temsil görevi bulunmaktadır. *Kendisi zarar gördüğü* ya da *kendisi zarar verdiği* şeklinde iki yönlü bir değerlendirme gerekiyor. İdareyle bağlantısını kuran bir tasnif gerekliliği dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Boksör örneğini verirsek, müsabakada aldığı yumruklar sonucu ülkeye döndükten sonra beyin kanamasından ötürü vefat ettiği anlaşılınca, geride kalanların destekten yoksun kalma veya bir maaşa hak kazanıp kazanamama meselesi idari yargıya taşınabilmektedir.

Diplomatik faaliyetler gören kimseler açısından, faaliyeti görmesi sırasında idareyle bağlantısını adlandıracak bir statüye duyulan ihtiyaçla ortaya çıkmıştır. *Şarık Tara*, Rusya'yla olan diplomatik ilişkilerde sıkça kullanılan biri olduğu bilinmektedir. Diplomatik kanallar dışında üst temsilcilerle olan münasebeti dolayısıyla idareyle bağlantısı kurulmaktadır. BM Güvenlik Konseyi'ne seçilebilmek için birçok ülkede çalışan işadamlarına ülkede tanınan devlet yetkilileriyle iş yapması halinde de gündeme gelmektedir. Diplomatik krizin daha da derinleşmesini engellemek üzere, çalışan fahri ajanların zararları bulunduğu takdirde tazmin edilmesi gerekmektedir.

Kolluk faaliyetlerinde yardımcı elemanlar adında, örgüt içinde daha önce yer almış ancak pişman olmuş kimselerin bulunduğu gruptur.

Fahri ajanlar yukarıda da yer alan çeşitli gruplardan oluşur. Onlara ilişkin düzenleme yer aldığı gibi, bazılarında düzenlenmediği görülmektedir. Fahri ajanlık şemsiye altında uğramış olduğu zararların gideriminin mümkün olduğu görülmektedir. İdareye gönüllü olarak, para almadan, arızı olarak idareyle bağlantıyı kurmayı ifade etmektedir.

Eskiden kahyalar bulunmakta idi. Silivrikapı'da trafik düzenlemesini yapmaktaydılar. Fahri olarak da olsa, kendiliğinden de olsa, trafik polisinin yapması gereken işi yapmış ve idare buna müsaade etmiş ise, idareyle bağlantısını kuran tazminat gündeme gelmektedir.

Devlet Memurluğu

Memurluğa Giriş

Objektif şartlara bağlanmıştır. Objektiflik olmaması halinde, Daron Acemoğlu'nun yazdığı gibi kapsayıcı kurum değil, dışlayıcı kurum olur. Ana eksen, devletin iskeleti misyonu olduğundan, bu misyonun objektifliğinin sağlanması gerekmektedir.

Kamu hizmetlerine girme hakkı olarak Anayasa 70. maddede⁶⁴ yer almaktadır. Bu ifade isabetli değildir. Herkes kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir ilkesi, *görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklere* aykırı olmaması bunun istisnasıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesine aykırılık yönüyle tartışılmış; AYM hizmetin niteliklerini tartışarak bir kararında, eşitliğe aykırı görmemiş, başka bir kararında eşitliğe aykırı görmüştür. Şart getirilmesine imkan getiriliyor ancak keyfiliğe sebep olmaması için hizmetin gerektirdiklerinden başka şart konulamayacağını ifade etmektedir. Yargı itibarıyla olumsuzdur, hizmetin gerektirdiği şartları değil, hizmetin gerektirdiği şartlar dışındaki şartları ortaya koyamaz şeklinde ifade edilmiştir. Özel şart koymayı dolayısıyla yasaklamaktadır.

Statünün korunaklı, ana statü olması dolayısıyla temel kurallarıyla sıkıca düzenlenmesi gerekmektedir.

Adaylık

Sınav sonrası hizmet niteliklerini taşıyıp taşımadığını görev başında inceleyebilmek için memuriyete girişte adaylık öngörülmektedir. Üstün korumadan yararlanacağı için siyasi taleplerle çıkartılmaya karşı güçlendirilmiş bu statüde kalmasını sağlayacak ve bunu gösterecek bir süreç olmalıdır. Adaylık sonrasında,

64 "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.
Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."

asaleten memur olacaktır. 1 ila 2 sene arasında adaylık süresi öngörülmüştür.⁶⁵ Süre koşulu, öngörülen usuller objektifliği sağlamaya dönüktür.

İlkeler

Sınıflandırma:

Derece ve kademeler ile, göreve atanabilecekler arasından atama yapılmaktadır. Sınırlar derece ve kademelere ayırmaktadır. İnsanı, birey olmaktan çıkartıp, memur olma soyutluğuna, objektifliğine kavuşturabilmek için niteliklerine göre aynı havuza atılmış gruplar haline getirmektedir. Bunları sağlayan da derece ve kademedir. Yasalarca, istisnalar öngörülmüştür.

Kariyer

Kaymakam olmak üzere mesleğe girildiğinde, belirli seviyeye göre atama yapılmaktadır.

Liyakat

Yükselirken, başarı gösterdiği ölçüde yükselmektedir. Bu meslekte tecrübe kazanmış kimseler arasından da atanmaktadır.

Bu sistemin insanları vardır, iktidara göre değişmezler. Yönetim kadrosuna gelindiğinde, bunlar arasında atanabilecekler arasından seçilir. İşlemin mantığı budur.

Kamu Personel Hukuku (Devam)

Kamu personeli esasen statik bir alandır. Temel ilkeleri Anayasa ile belirlenmiş ve kanunlarla bir statü hukukunun temellerini oluşturan özellikler taşıması gerekiyor. Bu alan hareketlenmiş durumda. Alana ilişkin tartışmalar güncellenmiş durumda. Dolayısıyla anlattığımız alanda bugünü anlatırken, bugünün farklılıklar içerebilecek bir geleceğini görüyoruz. Onu anlayabilecek, bu konuda tartışmaların temel eksenini, sebeplerini değerlendirebilecek bir şekilde ortaya koymaya çalışıyoruz.

Kamu personeli içine girildiği zaman, çetrefil ayrıntılı ve sıkıcı gözükebilecek bir içeriği var. Ama bir bütün olarak, bir devlet anlayışının rengini, gelişimini, stabilitesini (sürekliliğini) sağlayan da bir işlevi var. Dolayısıyla bir bütün olarak belirleyiciliği var. İçerik olarak da anlaşılması, o dışa yansıyan belirleyiciliğinin anlaşılabilirliği bakımından önemli. İçerisindeki karmaşıklık insanı boğacak derecede yoğun. Sürekli olarak değişiklikler içermiş, ihtiyaçlar ortaya çıktıkça kanunî düzenlemelere konu olmuş. Böylelikle mevcut durumu anlamak için kanunların içine girdiğinizde, bu alana ilişkin birçok hüküm var. Birçok istisnai durum var. Bir bütünü

⁶⁵ 657 sayılı Kanun, mad.54

anlatabilmek, esasında çok vakit alabilecek ve bütünü kaybetmeye yol açabilecek ayrıntılarla, istisnalarla dolu. Ama bütünü de anlamak, ayrı bir değerlendirmeyi ve genel bakmayı gerektiriyor. Bunu anlamaya yönelik verilerle ortaya çıkan bir yaklaşım göstermeye çalıştık.

İlk belirlememiz şuydu; bizim kamu personeli sistemimizin iki özelliğinden bahsedilebilir.

Kamu ile bağlantılı olan, kamu adına iş yapan herkesi bir statüye koymak.

Böylelikle statülerin hukuki durumu nedeniyle, kişilerin hukuki durumunu belirlemek gerekir. Yani tamamen kişisel belirlemeler yapmamak. Bütün personel ihtimallerini içeren statüler oluşturmak. Bu statülerin birbirlerinden farklı yönleri olabilir. Ama insanlar, bir insan olarak bu statülerin içine girdiklerinde hukuki durumu belli olur. Dolayısıyla insanın hukuki durumu ayrıca belirlenmez; genel düzenleyici işlemlerle, kanunlarla belirlenmiş statüye girer. Bunu yargı kararları yorumlayarak belirler. Dolayısıyla bir insan devlet memuru ise farklı bir statüde, üniversite personeli ise ayrı bir statüde, sözleşmeli personel ise ayrı statüde, geçici işçiye ayrı, işçiye ayrı vs. şeklinde statüleri vardır. Dolayısıyla, bunun diğerlerinden farkını anlayabilmek için statülerle düşünülen ve düzenlenen bir alan olduğuna bakmak lazım. O yüzden kamudaki işçi de hizmet akdine tâbi olsa bile, kamu işçilerinin hizmet akdi, bu statüyü düzenleyen kanunlardan birisidir. Ayrıca işçilerin disiplin hukukuna vs. ilişkin bir sürü alt statü ve düzenleme ile birlikte, İş Hukukuna tabi olsa, İş Kanununa tabi olsa bile kamu işçisi olmasından kaynaklanan, kendine özgülükler içerir. Dolayısıyla bir statü olduğu için, İş Hukukunda olduğu gibi sadece bir hizmet akdi ile değerlendirilebilecek bir boyutu yoktur. Kendine özgü statüsünden kaynaklanan hususlar vardır.

Kamuda kimseyle kişiye özel bir ilişki kurulamaz. Özel ilişki kurulması gereken kişiler de özel personel statüsünde bir ilişkiye dahil olur; istisnai memurluk veya sözleşmeli personel diye. Dolayısıyla ilk özel gösterdiğimiz boyutu buydu: Bir **statüler hukuku** olması. İdare Hukukunun bir özelliği olarak *hukuki ortak noktaları olan gruplar içinde insanları tasnif ederek, bir objektif, gayri-şahsî personel hukuku oluşturmak*. Böylelikle kişilerin hukuki durumu, içinde buldukları statünün, belirleyici düzenlemeleri ile, ona ilişkin verilmiş yargı kararlarıyla, buna ilişkin yapılmış teorik açıklamalarla, genel kabul görmüş unsurlarla birlikte anlaşılabilir.

İkinci sistem olarak kişiye ilişkin belirleme yapılabilir.

Bu, önemli noktalarından birisidir. Anglo-Sakson hukuk sistemi buna yaklaşıyor ama temel mantık olarak sözleşmelerle devam eden bir özel hukuk benzeri hizmet akdiyle devam eden bir mantıkla başlamış. Bu hukuk sistemi de istisnai memurluklar ve sözleşmeli personel ile Anglo-Amerikan Hukukuna yaklaşıyor. Geçen hafta söylediklerimizden önemli bir nokta da buydu. Birbirinin alternatifi gibi görünen

iki sistem de birbirine doğru yürüyor. Belki buluştukları bir nokta olacak ve tarihi, sosyal, siyasal sebepler nedeniyle tekrar iki uca savrulacaklar. Dolayısıyla personel alanında, hareket halinde bir yaklaşım söz konusudur. Bu alan, hukuki temeli bakımından hareket halindedir.

Niçin bu statüler var? Çünkü şöyle bir devlet fikri var; devlet, tüm milletin devleti olduğu için milletin esasında kamu personeli olabilmeye ulaşmasını sağlamak ve o sırada seçimle gelip İdare edenlerin personel üzerinde bir patron konumunda olmamalarını sağlamak. Yani devletin memuru, devletin personeli olsun anlayışı. Gelenler adeta yolcu, personel ise hancı. Personel kariyer olarak girecek, emekli oluncaya kadar devam edecek. İdari faaliyetlerle ilgili çalışacak. Layık olduğu takdirde, mesleğinde adım adım yükselecek. Yolcular (*seçimle gelip idare edenler*), herkes içinden bir tercih yaparak değil ancak memurluk kariyerine girmiş ve belli bir dereceye gelmişler arasında tercih yaparak işi beraber sürdürecekleri personelle devam edecekler. Tamamen kendi tercihlerine bağlı olmayacak, tamamen bir siyasi tercihe göre yükselme, atama politikası olmayacak. Dolayısıyla devletin ana gövdesini, işleyişini sağlayan öyle bir yapı olacak ki onun dümenine geçen kaptan, bir kaç derece sağa, bir kaç derece sola kırabilecek. Tamamen büyük zikzaklar çizemeyecek. Yaklaşım böyle. Bunun için personel, korunaklı statülere getirilmiş durumda. Meslekten hemen çıkarılabilir nitelikte değil. Yargısal denetim imkanları getirilmiş. Görevden alınabilmeleri sadece performanslarına bağlı değil, bir hata yapmaları, bir soruşturma geçirmeleri, mesleği yapamayacaklarının ortaya çıkması gibi olumsuz şartları varsa söz konusu olabilecek. Dolayısıyla korunaklı bir statü, esasında başta kurulması gereken mantık çerçevesinde gelmiş. Yani hızlı iş yapsın, bir emri iki kez tekrarlatmasın değil, esas şey; patronunun devlet olduğunu bilerek hukuka aykırı emirleri gerekirse yazılı isteyerek, suç niteliğindeki emirleri hiç bir zaman yapmayarak, bu **ana sürekliliği sağlaması**. Temel bakış açısı bu. Bunun da beraberinde getirdiği faydalar gibi mahsurlar da şu andaki tartışılan noktanın temelini oluşturuyor. Dikkat ederseniz burada, iyi kötü değerlendirmesi yapmadan bakış açısını ve durumu tespit etmeye çalışmak lazım. Yoksa ne kadar iyi olduğuna övgüler dizmek için bir sürü veri var. Ne kadar kötü ve aksamaya yol açtığını söylemek için de bir sürü veri var. Sadece tartışmanın zeminini anlamaya yönelik bakmak lazım. Bu bakış açısıyla statü hukuku oluşmuş. Statü hukuku dediğimiz şey, gayri-şahsiliği sağlamak.

Kariyer İlkesi

Bu bakış açısıyla **kariyer ilkesi** bir kanuni ilke olarak gündeme gelmiş. Kanun kariyer ilkesinin tanımını dahi yapıyor, açıklamalar yapıyor ama bu açıklamalar tam olarak mevcut durumu ifade edecek nitelikte değil. Kanunun 3. maddesinin (B) bendinde düzenlenmiş; "*Devlet memurlarına, yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını sağlamaktır.*" Bu tarif meseleyi tam göstermiyor ama mantığı şöyle; yani bir işe, devlet memurluğuna, belli bir sınıfa giren; kural olarak oradan emekli oluncaya kadar devam etmek üzere giriyor. Dolayısıyla mesleğinde ilerleme

imkanları var. Bu ilerleme imkanları, mesleğinin bir noktasından başlamak, ucuna kadar gelmek. "Mesleğin ucu" ile kastedilen, merkezi idarede olursa müsteşarlık, yerel yönetimlerde de genel sekreterlik vs. Teknik olarak bir mesleğin en uç noktasına gelebilmek. Bunu belirleyen yaşı, öğrenim şartları gibi hususlar var. Üniversite mezunları, doktora yapanlar vs. şeklinde tek tek belirlenmiş. Dolayısıyla belli bir dereceden başlıyor ve dereceleri çıkıyor. Çıkmak, rakamın ufalması. 7. dereceden başlıyor, başarılı olduğu zaman 6. dereceye 5. dereceye geçiyor. Derecelerde 3 tane kademe var. Kademeler birer yıl sonunda geçilebiliyor. Eğer bir yıl sonunda, bir yıllık çalışmasında başarı göstermişse, bir kademe ilerliyor. Diyelim 7. derecenin 3. kademesinden başlıyor. Kademeler bitince yükselebiliyorsa, derece çıkıyor. İlk üç dereceye yüksek dereceli memur sayıldığı için yeşil pasaport veriliyor. İlk üç derecenin atanabileceği yerlerde bir hareketlilik gündeme geliyor. Öğrenim nedeniyle ilk üç dereceye çıkamayan da yatay ilerliyor. Yani 5. dereceden yükseğe çıkamıyorsa kademe olarak ilerliyor. Maaşı hafif artıyor ama derecesi çıkmayabiliyor. Bunun için de memurlara çeşitli imkanlar getiriliyor. Bir üst kademeye geçişe ilişkin KHK çıkıyor, açık öğretimden bitirme imkanları getiriliyor, TODAİE'den eğitim imkanı vs. getiriyor. Böylelikle hizmet içinde eğitilerek, girişte mümkün olmayan daha ilerlemek imkânını, hizmet içinde aşabilme imkanı getiriliyor. Dolayısıyla memurluk; bir kariyer, bir meslek. Yani insan mühendis, hukukçu, laborant, teknisyen, büro elemanı olur, bu sıfatların dışında meslek olarak memur olur. Dolayısıyla memur olmak, bir kariyere, mesleğe girmek. Dolayısıyla kariyer ilkesi, bu baştaki statü hukukunun bir gereği. Yani insanların Kıta Avrupası sisteminde kural olarak "Ben dışarıda çalışıyorum, çok tecrübe kazandım. Benim oy verdiğim siyasi parti de iktidara geldi. Ben de geleyim, 3-5 sene çalışayım. Ondan sonra eski mesleğime geri dönerim." demesi mümkün değil. Ancak böyle gelinip, gidilebilecek meslekleri topladıkları bir istisnai memurluk ve benzeri yaklaşımlar var.

Kariyer ilkesinin bir görünümü de derece ile sağlanıyor. Derecelerden bahsetmiştik. 1-2-3-4-5-6 diye gidiyor. Kişinin geldiği derece karşılığında atanabileceği görevler var. Atanabileceği görevlerden birisi tercih ediliyor, geriye çıkması kural olarak mümkün değil. Bunu bozan çok sayıda kanun maddesi var ama esas kural böyle. Böylelikle dikkat ederseniz, belirli derecelere gelmiş insanlar var ve bir göreve de bu derecelere gelmiş biri gelecek. Dışarıdan birisi paraşütle gelemez, aşağıdan birisi asansörle çıkamaz. Ancak karşılarında gösterilen noktalara atanabilir. Temel yaklaşım bu. Dolayısıyla inişler çıkışlar yaşamayacak. Bir yanda genel müdür olup, ertesi gün hizmetli olması ve sonra tekrar genel müdür yardımcısı olması gibi bir durum söz konusu değil. Genel müdür olacak ve görevden alındığı zaman kendi görevine eş düzeyde bir kadroya geçecek. Belki nispeten daha az aktif olabileceği bir kadro olacak ama sonuçta mali bakımdan geriye gitmeyecek. Mali hakların korunması nedeniyle de kişi bu mesleği belli bir süreklilik içinde yapacak. Gelenler de en fazla görevden alıp mali haklarını zedeleyemediği, aşağı itemediği ancak muadil bir göreve atayabildiği için de bir kariyerin korunması altında görevini devlete sadakatle yapmak şeklinde faaliyet gösterecek. Sağlanmak istenen sistemin mantığı bu. Bunu sağlamak için getirilen ilkeler de **kariyer ilkesi** ve **liyakat ilkesi**.

Liyakat İlkesi

Liyakat, layık olmakla aynı kelime kökünden geliyor. Yani memurun başarı gösterdikçe yükselmesi, layık olduğu takdirde yükselmesi. Bir memur, senelerin geçmesiyle değil, başarı gösterdikçe derecelerde yükselir diye bakılıyor. Eğer başarı göstermezse üst derecelere çıkamaz diye düşünülmüş ancak fiilen uygulaması böyle değil, zamanın geçmesine bağlı olarak değişiyor. Ama bu liyakat sistemini sağlamak için her sene sonunda, eskiden sicil notu olarak adlandırılan bir değerlendirme yapılıyor. Böylelikle layık olup olmadığına bakılmış oluyor. Mesela dünün gündemi öyleydi, yeni Merkez Bankası başkanı belli oldu. Bakan çıkıp neden onu seçtiklerini, özelliklerini anlattı. "Umarım bundan sonra şöyle davranır, hükümetin para politikasına uygun davranır" vs. dedi. Yani bu, o kadar farklı bir meslek mensupluğu ki, Bakan "Ben emir vereceğim ve onu uygulayacak" diyebilecek durumda değil. "Eskisi politikamıza uymuyordu" vs. şeklinde değerlendiriyor. Atanan da eski Merkez Bankası başkan yardımcısı. Yani dışarıdan birisini getirmek kural olarak mümkün olmayacak. O meslekte pişmeyen birisini getirmek mümkün olmayacak. Getirildiği görevin gereklerine kendisinin karar verebileceği bir durumda olabilecek. Onu göreve atamaya yetkisi olanlar, görevden alma konusunda statüsü bakımından getirilmiş ek güvenceler varsa, görevden alamayacak. Merkez Bankası'nın bağımsızlığı kapsamında böyle bir şey var. Bu hatta Avrupa Birliği'ne kabul şartlarında şu an açık olan fasıllardan birisi, Merkez Bankası başkanının bağımsızlığı meselesi. Dolayısıyla oraya atanabilecek kimseler de belli sayıda memur. Oradan görevden alınanın da atanabileceği belli sayıda görev var. Eski başkan da hem maaş durumunu hem müktesebatını korumak, hem tecrübesinden yararlanmak için işte OECD nezdinde büyükelçi olacak şeklinde basında haberler çıkıyor. Bu memurluk sisteminin sağlamak istediği şey. Dolayısıyla yolcular hancıyı handan dışarı atamayacaklar. Ama hancı kötü olur ve yolcu hizmetten şikayet ederse problem bunun üzerine yoğunlaşmış durumda. Bugüne kadar sürekli hancıyı korumak içindi. Yani yolcu gelip geçici, esas olarak hancının statüsünün belirlenmesi, mülkiyetinin, ev sahibi olduğunun belirlenmesi, esas iskeletin bu olduğunun kabul edilmesine ilişkin bir bakış vardı. Şimdi bu sisteme ilişkin dünyada eleştiriler var. "O da yolcu olsun, bu işte hiç birisi hancı olmasın, hancı olursa bizim yolcu olarak istediğimiz standardı alabilmemiz mümkün değil." tartışması var.

İlkelerden bahsettik, Anayasa'nın 70. maddesinden bahsettik. Hancı olabilecek bir güç verilen mesleğin de toplumdaki herkese açık olmasını sağlamak lazım. Toplumun sadece bir kesimine açık olursa, o zaman oligarşik bir yapı olur. Sonuç olarak buradaki temel nokta, geçmişin tecrübelerinden de yola çıkarak devlet memurluğunun, kamu personeli olabilmenin herkese açık olma kanallarını sağlamak ihtiyacı olması. Bunu sağlamak bakımından da Anayasa'da kamu hizmetlerine herkesin girme hakkı olduğuna dair 70. madde hükmü var. Hizmetin gerektirdiği şartlardan başka şart aranmayacağına dair bir hüküm var ve giderek de getirilmiş unsurlar var. Mesela KPSS gibi, herkesin gireceği sınavlar gibi, belli bir notla değerlendirmek gibi. Bu sistemin çeşitli eleştirilen yönleri var; sınavdan yüksek not

alıp aşçı oluyor ama yemek yapmayı bilmiyor, yüksek not alıp şoför olarak atanıyor ama araba kullanmayı bilmiyor gibi eleştirilerle bu sistem yıpratılmaya çalışıyor ama isabetli bir sistem. Herkese açıklığı sağlamak lazım. Yani tercihi azaltmak lazım. Tercihi azaltmanın olumsuz sonuçları olabilir ama tercihe bağladığımız zaman da tercihin sübjektifliği problemleri var. Bu niçin? Mademki bu bir statü hukuku, kimsenin babasının çiftliği değil. Her kesimden gelene, her düşünce grubundan, her taraftan, her nitelikte insanın, işi yapacak özelliklere sahip olmak şartı dışında başka bir şart aranmaksızın gelmesi işin mantığında var. Ancak bu mantık işlerse ve liyakat esasına göre kurulursa, böyle bir korunaklı statünün amacı gerçekleşmiş olur. Yani korunaklı statüye imtiyazlılar gelmeyecek, herkes gelebilecek. İşe layık herkesi seçebilecek bir sistem de olursa bu sistem kendisini besleyecek ve böylelikle hancı dediğimiz şey milletin kendisi olacak. Yani devletin yöneticileri yolcu olacak, milletin kendisi de memurluk sisteminde somutlaşmış şekilde hancı olacak. Dolayısıyla hizmet edenler gelecek, geçecek. O noktadaki kariyer ilkesi, liyakat ilkesi ile birlikte işlevini yerine getirecek.

Sistem mantığı gereği, seçimde de isabetsizlik olabileceğine -yani aşçı diye seçilen kimsenin yemek yapmayı bilemeyeceğine- ihtimal verdiği için bir de **aday memurluk** statüsü getirmiş. Ondan da bahsettik. Yani aday memurluk da memurluk görevine kolayca son verilebileceği bir dönemi içeriyor. Eğer sınavı geçmiş olmasına rağmen gereken niteliklere sahip değilse veya işi yapabilecek ciddiyeti, devamlılığı, sürekliliği yoksa görevine son verebilmek ve bu korunaklı statüden yararlandırmamak için getirilmiş bir şey. Ama bundan geçtikten sonra müthiş korumaları olan bir statüye giriyor. Bu korunaklı statü nedeniyle de insanlar da memur olmak istiyor. İşte memurluğun bu korunaklı statüsünü şimdi anlatacağız. Varlık nedenine, temel girdilerine, bakış açısına değindik. Şimdi buna değindikten sonra bu temel girdileri eleştirebilmeye yeterli malzemeyi sunduk diye bakıyoruz. Şimdi pozitif düzenlemeye bakıyoruz. Burada iki eleştiri söz konusu olabilir. Pozitif düzenlemede mantığa, olayların gereklerine aykırı düzenlemeler olabilir. Bunu eleştirirsiniz. Bu eleştiri ne demek? Sistemi kabul ediyorum ama bu sisteme uygun olmayan bir düzenleme var. Bunun düzeltilmesi gerek demek. Esas önemli eleştiri ise, "Bu sistemin kurgusu yanlış. Bu sistem artık işleyecek bir sistem değil. Dolayısıyla bu sistemin alternatifini üretmek gerekir." diye bakmak. Dolayısıyla iki eleştiri biçimini birbiriyle karıştırmamak lazım. Sistemin bütün mantığını eleştirmek gerekli, sağlamlığını sağlamak için bile gerekli. Sürekli mimari yapısını gözden geçirmesi lazım. İkincisini bu mimari yapısını çok isabetli görüyor olsanız bile, içinin düzenlenmesindeki isabet oranının değerlendirilmesi lazım. İşte bu isabet oranına ilişkin bazı hususlara gireceğiz. Memurların girişinden sonra statülerinden, sona erişinden bahsedelim.

Yani ele alışımız şöyle; girişten bahsettik, şimdi sırada hukuki hak ve yükümlülükler var ve sonra da çıkışa değineceğiz. Böylelikle statüyü belirlemiş olacağız

MEMURLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, HAKLARI VE YASAKLARI

Memurluğu girdikten sonra memurların tâbi olduğu haklar ve yasaklar var. Önce yükümlülüklerden bahsedelim de memur olmayı o kadar istemeyin. Bir ülkenin hayatîyetinin göstergelerinden birisi de memur olmak isteyenlerin sayısı olabilir. Memur olmak isteyenler çoksa ülkede çöküş başlamış demektir. Genellikle çökmekte olan ülkelerde memur sayısı artar. Yunanistan memur sayısı nedeniyle bir türlü kendisini toparlayamıyor. Bir türlü üretim olmuyor, gereğinden fazla personel alıyor. Özelleştirme memur sayısı nedeniyle gündeme geliyor. Bir çok işte normalde o işi görececek insanın kat kat fazlası insan var.

MEMURLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İlk yükümlülük *Anayasa ve kanunlara sadakat ödevi*. "Memurlar ve diğer kamu görevlileri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmakla yükümlüdür" diyor. Devlet Memurları Kanunu'nun 6. maddesinde de var. Bunun alternatifi olabilir miydi, niye bunu yazmaya gerek duymuş, diye sorabilirsiniz. Sadece memurlar değil, sıradan vatandaşlar bile Anayasaya, kanunlara sadakat dışında başka bir şey yapabilirler mi? Eleştirebilirler ama ben buna uymuyorum deme imkanı yok. Uymadığı zaman uymamanın derecelerine göre yaptırımlar söz konusu. Burada niçin bunu söylemiş? Esasen burada patron Devlet, Anayasa ve yasalar. Devlet, teşkilat dediğimiz şey de yöneticileri değilse ne olabilir? Onu oluşturan hukuki zemin. Yani sizin esas iş vereniniz Anayasa ve yasalardır. Dolayısıyla sizin onlara aykırı olmayacak şeyleri yapmanız lazım. Ona aykırı olup olmadığına bakmanız lazım. Size esas direktifi veren, görevi yükleyen, yapma yükümlülüğünüzün kapsamını belirleyen Anayasalar ve yasalar. Bunu belirtmek için getirilmiş bir hüküm.

Devlete bağlılığı 7. maddede gösteriyor. Bakın yemin belgesi var, Kanunda yemin belgesini gündeme getirmiş. Bunlar tabii önemli şeyler ama burada esasında dikkat ederseniz, yemin belgesi vesaireye değinerek bir çeşit hatırlatma yapmak istiyor. Yoksa insanların ahlaken çöktüğü durumlarda yemin ettiği şeyi çiğnemesi pek muhtemel olabilir. İnsanın yemin etmeye Kanunla zorlanmasının sebebi, uyması gereken hususların bir kere daha okuyarak bilincine varmasını sağlamak için. Onun için de "altını imzalar" diyor. Dolayısıyla bu, esasında yüksek ahlaki değerlere sahip, sözünü çiğnemeyecek insanların varlığını istediğini de gösteriyor. Buna Gurvitch'in tridimansiyonel değerler şemasında, "yenilik getirici hareketler katı" deniliyor. Yani insanları aynı zamanda yükseltmeye çalışıyor. Olması gereken şekilde davranmaya yöneltiyor. "Siz zaten söz verirsiniz, bu sözünüze uyacak kimselersiniz. Şimdiye kadar öyle olmasanız bile bundan sonra öyle olacağınızdan eminim." demek. Onlara o niteliği, bilinci verebilmek için. O yüzden de Kanuna koymuş. Devlete bağlılık da yükümlülüklerden birisi.

Tarafsızlık yükümlülüğü yine 7. maddede: "...herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar." Bu da önemli bir ilke. Bu ilke değişmeden, mantığında enteresan bir değişme oldu. Ben de çok isabetli görüyorum. Mesela; siyasi partiye üye olma yasağı bu kapsamda gündeme getiriliyor. Esasında tarafsızlığı sağlamak önemli, tarafsız görünmek değil. Siyasi partiye üye olmamak, tarafsız görünmek için bir unsur. Ama bir kimsenin bir mensubiyeti varsa, bir fikir grubu içerisindeyse, dünyaya ait bir bakış açısı tercihi varsa, yeni anlayış bunu saklamasını sağlamak değil, tam tersine legalize etmek. Yani siyasi partiye üye olsun, istediği derneğe, düşünce grubuna üye olsun. Niye? Çünkü bunu gördüğümüz takdirde, kamu gücünü kullanırken lehe veya aleyhe davranıp davranmadığını daha iyi anlamak mümkün olabilir. Bir kimse siyasi partiye üyeliğini ortaya koyuyorsa, kamu gücünü kullanırken o siyasi partiye üye olanları kayırıp kayırmadığı, o siyasi parti ile rekabet içerisinde olanların aleyhine kullanıp kullanmadığı daha rahat denetlenir. Halbuki tarafsız gözükmek, (tarafsız gözükmek, tarafsız davranmaktan farklı bir şey) tarafsız davranıp davranmadığı anlaşılabilir. Dolayısıyla tam tersine tarafsızlığı sağlamak için memurun taraf olmasına fırsat verme yaklaşımı var artık. Taraf olsun ki veya tarafsa onu gösterebilir ki, tarafsız davranıp davranmadığı anlaşılabilir. Bu yüzden de kamu gücünü kullanırken kayırma yapıp yapmadığı anlaşılabilir. Kıyafet yasakları eskiden böyleydi. O zamanlar bu hep söyleniyordu. Başörtüsü yasağı getirmek, tarafsızlığı sağlamak için iyi bir yöntem midir yoksa başını örtmek isteyen örtün, davranırken buna yönelik olarak farklı bir davranış içinde mi değil mi, daha kolay denetlenebilir. Dolayısıyla buradaki tarafsızlık görünürdeki bir tarafsızlıktan ziyade içerikte. Bu nedenle de giderek memurun kıyafeti esneklemeye başladı. Mesela öğretim üyelerinde kıyafet mecburiyeti, saç-sakal kuralı vs. fiilen yok. Tarafsız görünmek değil davranmak büyük bir merhale, yaklaşım farkı oldu. Bunu da sağlayan, tarafsızlık ve devlete bağlılık maddesi aynı kalsa bile anlayışın tam tersi değişmesi. Eskiden anlayış, tamamen şekle kalıba sokmayı, hiç bir şeye üye olmamasını sağlamayı, spor kulübüne bile üye olmak için önceden İçişleri Bakanlığı'ndan izin almayı gerektiriyordu. Şimdi, "Ne yaparsan yap ama kamu gücünü kendi amaçların için kullanma, kamu gücünü gereklerine göre kullan. Taraf olarak kamu gücünü kullanma." anlayışı söz konusu. O yüzden de kamuda dayanışmacı gruplara karşı olumsuz bir bakış söz konusu. Çünkü dayanışmacı bir grup söz konusu olursa, insan kamu gücünü gerektiği şekilde kullanmaz diye bakılıyor. Dolayısıyla görünürlüğü sağlamak değil, kamu gücünü gerektiği şekilde kullanacak bir bilinçte olmak gerekiyor. Tarafsızlık, yine aynı maddede gündeme geliyor.

11. maddede *itaat ödevi* var. "*Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.*" İtaat dediğimiz şey, hiyerarşi. Mantığı şöyle; devlet memuru da bir insan ama kendi tercihini, iradesini kullanan bir insan değil. Devlet memuru olmak

konusunda iradesini kullanmış durumda. Sonra isabetsiz de olsa, kanuna aykırı olmadıkça belirlenmiş bir iradeye uyması gerekiyor. Herkes kendine göre davrandığı takdirde İdarede tutarlılık söz konusu olmaz. Dolayısıyla itaat yükümlülüğü, "onlar yolcu, biz hancı" diyerek amirleri dinlememek değil. Tam tersine dinlemeyi, onların direktifleri doğrultusunda yapmayı, direktiflerinde kanuna aykırılık varsa ikaz etmeyi, suç niteliği varsa uymamayı gerektiriyor. Ama bu çerçevede hiyerarşi, kendi irademizi değil İdare tüzel kişiliği adına oluşmuş iradeyi yerine getiren olmanızı istiyor. Yani "Ben Aydın Gülan'ım ama görevim dolayısıyla bunu yapmak zorundayım." dedirtmek istiyor, Kristof Kolomb ile Kral Ferdinand arasındaki ilişkide olduğu gibi. "Kral olmasına kralım ama her istediğimi de yapamam ki." dedirtmek. Görevimin gereklerini yapmak zorundayım, beğenmiyorsam ayrılacağım, ama bunun içindeysen yerinde, isabetli bulmasam bile bu benim adıma ve benim irademle değil, içinde bulunduğum iradenin bir kararı olduğu için bunu yerine getireceğim. Dolayısıyla bunu yerine getirmek de bir yükümlülük. Korunaklı statünün yükümlülükleri altında. Yani korunaklı statü sadece bir koruma getirmiyor, bir de davranış yükümlülükleri getiriyor.

Hizmeti şahsen ve kesintisiz olarak görme ödevi. Bu da önemli ödevlerden birisi. Eskiden çok ilginç uygulamalar vardı. Mesela birisi devlet memuru oluyor. Bir maaş alıyor, kendi yerine başka birisini daha düşük maaşa işe getirip götürüyor. Kendisi aradan komisyon alıyor. Böyle bir şey, skandal niteliğinde. Olmaması gerekir. Artık 3. dünya ülkelerinde oluyor. Türkiye'de artık çok örneğine rastlanmıyor. Bir ara temizlik işçilerinde söz konusuydu. Temizlik işçileri toplu sözleşme ile çok yüksek denilen bir ücret alıyordu. Asgarî ücretle yerine başka birisini tutuyorlardı. Kendileri çalışmıyor, o ücreti alıp yerine başkasına veriyordu. Oysa şahsen yapmak yükümlülüğü var, özelliklerin nedeniyle sen seçildin, devlet memuru oldun. Yani başkasına devredemezsin, başkasını kendin yerine ikame edemezsin. "Ben gece bekçisiyim ama işim var kayınpederim dursun yerimde. Sonuçta mesele gece birinin durması değil mi? Ha ben durmuşum, ha kayınpederim. Bir şey farketmez." Bu, olmaz. Şahsen ve kesintisiz olarak yapman lazım. Kesintisizlik de kronolojik bir kesintisizlik değil. Kamu hizmetini anlatırken bahsettik. İzinler dışında devam etmek. Dolayısıyla kesintisizlik göreve tam bir devamı gerektiriyor. Cumartesi-pazar gelmemesi kesinti sayılmıyor. Niçin? Hizmetin gerektirdiği zaman dilimi içinde olmak gerekiyor. Yıllık tatiller de bu sebeple kesinti sayılmıyor. Mazeret izni, sağlık izni, doğum izni... Bunlarla kesintisizlik etkilenmiyor. Bunun dışında görevin başında olmak ve kesintisizlik birbirini tamamlayan hususlar.

Mal bildiriminde bulunma ödevi. Memurların mal bildiriminde bulunması lazım. Göreve girerken, sonu 0 ve 5 ile biten yıllarda ve mal varlığında önemli bir gelişme olduğunda mal bildiriminde bulunması gerekiyor. Niçin memurun mal bildiriminde bulunması gerekiyor? Yolsuzluklara engel olmak için. Görevi dolayısıyla açıklanamayan bir kazanç sağlamışsa bunu anlayabilmek için. Maaş hesabı belli, miras kalmadıkça veya bir başka şey olmadıkça gelininin artışı belli olacak. Mal bildirimi bununla ilgili. Bunun için de hiçbir gelişme olmasa bile 5 senede bir mal bildiriminde bulunma yükümlülüğü var. Ayrıca mal varlığında önemli bir artış olduğunda 1 ay içinde bildirmesi gerekiyor. Araba aldığında, ev aldığında.. Aynı zamanda eşine ve

çocuklarına ilişkin hususları da bildirmesi gerekiyor. Devlet memurluğu benzeri görevlere gelenlerde de bu söz konusu. Belediye başkanı, bakan.. vs. memurluk dışında yönetim görevlerine gelenlerde de. Bu da yolsuzlukla mücadele kapsamında getirilmiş bir hüküm.

Kıyafet mecburiyeti. Bu da DMK'ya ek 19. maddede getirilmiş durumda. Yazlık, kışlık kıyafet gibi düzenlemeler var. Bu da memurluğun gerektirdiği ciddiyete sahip olmaya yönelik olarak değerlendiriliyor. Kıyafetine göre bir kimsenin memur olup olmadığını alışkın göz anlar. Kıyafetin belirleyici unsurları vardır. Mesela merkez teşkilat memuru olup olmadığı bile kıyafetine göre anlaşılır. Ankara'daki bütün devlet memurları, sadece ceket-kravat değil, takım elbise-kravat giyerler. Hizmetliler bile neredeyse öyledir. Dolayısıyla bir kıyafet geleneği vardır. Yazlık kıyafette ceket hangi hallerde giyilmez, makam-ı arzda nasıl giyilir, kadınlar bakımdan tayyör giymek, pantolon giymemek vs. gibi hususlar vardır. Ama bu, neredeyse oybirliği ile aşılmakta olan bir yaklaşımdır. Çünkü dediğim gibi anlayış artık, görünürdeki tarafsızlık, görünürdeki memurluktan ziyade davranışlarda tarafsızlık, davranışlarda memurluğun gerektirdiği ciddiyet içinde olmaya dönmüştür. Dolayısıyla şekli davranış kalıpları, öze ilişkin bir dönüşüm geçirmektedir.

Resmî belge, araç ve gereçleri geri verme ödevi. Devlet memurları, verilen araç ve gereçleri, yetki verilen mahal dışına çıkaramazlar. Hususi işlerinde kullanamazlar. Bu, önemli ilkelerden birisi. Kendisine verilen resmi araç ve gereçleri, görevleri sona erdiği zaman iade etmek zorundadır. Mühürler olabilir, başka araçlar olabilir. Mesela bizim odalarımızda tarayıcı, yazıcı, bilgisayarlar var. Bunları hizmet gerekleri dışında kullanmakla ilgili hususlar gündeme gelebilir. Bunlar, işin ruhu gereği getirilmiş yükümlülüklerden birisidir. Dikkat ederseniz bunlar, yükümlülükler.

Eskiden bu yükümlülüklerden çok ilginç bir tanesi vardı. O da ikamet mecburiyeti. Bu ikamet mecburiyeti, 2011'de yürürlükten kaldırıldı. Eskiden memur, görev yaptığı belediyenin sınırları içinde oturmak zorundaydı. Bunun mantığı da şuydu; acele gelmesi gerekebilir, özellikle doktorları esas alırsak. Diyelim ki; doktor Çatalca'da çalışıyor ama Kartal'da oturuyor. Çatalca Devlet Hastanesi'nde görev saatleri dışında bir trafik kazası ile aniden ihtiyaç olsa zaten Çatalca'ya gelmesi saatler sürer. Dolayısıyla özellikle polis, tıp görevlisi, itfaiye, AFAD görevlisi gibi acil personellerde önem taşıyor. İcapçı denilen statü, yani mesai saati dışında da çağrıldığında gelmesi gereken kişiler. Onlar için getirilmiş bir yükümlülüktü. Ama herkes için söz konusuydu. Mesela bizim üniversitenin Gebze'ye kadar servisi vardı. Ama Gebze'de oturmak yasaktı. Bu artık çelişki haline geldiği için kanun değişikliği ile kalktı. Hala belli görevler için getirilmiş böyle özel düzenlemeler var. Yani statünün geneline ilişkin olmaktan çıktı; doktorlar, polisler için kendi alt statülerinde kalan bir yükümlülük haline geldi. Bunlar yükümlülüklerdi, şimdi yasaklara geldik.

DEVLET MEMURLARININ TABİ OLDUĞU YASAKLAR

Kural olarak *bir memur ikinci görev alamaz.* Bu yasağın mantığı şudur; iki görevi de layıkıyla yapamaz diye. Bir kimse diyelim ki; hem öğretim üyesi hem

belediyenin başkan yardımcısı olsa ikisini birden uhdesinde tutarsa ikisini de yarım yamalak yapabilir diye düşünülmüş. Fakat bazılarının ikinci görev sayılamayacağına ilişkin düzenlemeler var. Mesela hem öğretim üyesi hem dekan olabilir. Hem öğretim üyesi hem rektör olabilir. Niçin? Bu, ikinci görev sayılmaz diye bakıyor. Aynı görevin farklı aşamaları diye bakıyor. Ama ikinci görev yasağı, tam gün isteyen başka bir işte bulunmamayı gerektiriyor. Böylelikle iki görevi birden üzerine almak suretiyle görevin de körelmesine engel olmaya çalışılıyor.

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı, 27. maddede var. "...(*Tacir*) veya (*Esnaf*) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz." En fazla tartışılan noktalardan birisi bu. Bir dönem vardı; ilkokul öğretmeni pazarda limon satıyor. Devlet yeterince maaş vermiyor veya maaş hayat standardını karşılamıyor, ne olacak? Böyle durumlar için gelişmiş bir hukuki değerlendirme var. Bunu dikkatinize sunmak isterim. Kanuni olmakla meşru olmanın birbirinden ayrıldığı durumlar var. Kazanç getirici faaliyette bulunmak kanunen yasak. Ama bazı hallerini toplum ve sistem meşru sayıyor. Meşru saymasını nasıl anlıyoruz? Takibata girişmiyor. Mesela ilkokul öğretmeni, sınıfındaki öğrenciye parayla ders verirse bunu gayrimeşru sayıyor. Çünkü geçebilmek için ondan ders alma yükümlülüğü gibi kendi not verme gücünü kullanacak. Ama ilkokul öğretmeni pazarda limon satınca bunu meşru sayıyor. Çünkü bu, görevinin devam ettiği zamanlar dışında ek gelir elde etmek için kanunen yasak olmasına rağmen, görevinin gücünü kullanmak anlamına gelmediği için kanuna aykırı ama meşru kabul ediliyor. Gayrimeşru kabul edilen ne? Görevinin gerekleriyle bu işi yapması. Mesela bu, tıpta çok tartışıldı. Eskiden klinik şefleri, kliniğe yatırılacak hasta için önce muayenehanesinde muayene olmayı fiilen arıyordu veya insanlar öyle düşündüğü için ameliyat olmak için bir kliniğe yatmadan önce klinik şefinin muayenehanesine gidiyor, orada baksa da bakmasa da bir vizite ücreti ödüyordu. Sonra kliniğe yatış yapıyordu. Böylelikle kamu hizmetinden yararlanabilmek için kişinin özel kazanç getirici faaliyetinden geçmesi gerekiyordu. Bunu yasaklamak için kanuni tedbirler oldu, muayenehaneler kapatıldı. Dışarıda mesai dışı çalışma izni alabilenlerin klinik şefi olamaması gibi kurallar getirildi. Dolayısıyla kanunilik ve meşruluk arasında bir fark oldu. Hukuk devletlerinde bu makas açık olmaz ama hukuk hayatı canlı olmayan ülkelerde meşru sayılanla kanuna aykırı sayılan birbirinden giderek ayrılır. Bir şey kanuna aykırıdır ama herkes meşru sayıyordur. O zaman makas açılır ve bir problem var demektir. Kanunilik ve meşruluk arasında bir fark var ve bu da zedelenmiş bir ilke ama ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kanunen var ve devam ediyor. Memurun esas ilgisinin, vaktinin yoğunluğunu mesleğine verebilmesi için getirilmiş bir kural. Başka bir işle uğraşmaması ve mesleğinin gereklerini yerine getirmesi için. Bu kapsamda eşlerinin ve çocuklarının yaptıkları işlere ilişkin de benzer bildirme yasakları var.

Bu kapsamda ilginç bir yasak da *grev yasağı* idi. Grev yasağında da kanuna uygunluk ve meşruluk arasında problemler var. İşçiler 54. madde gereği grev hakkına sahip ama memurlar için bu tartışılıyordu. Çünkü Anayasa madde 128 gereği aslî ve sürekli görevleri devlet memurları yaptığı için hizmetin sürekliliği etkileneceği gerekçesiyle grev yasağı söz konusu idi. Yani grev yasağı, kamu hizmetinin

sürekliğini korumak için getirilmiş bir mantıktı. Burada da anlayış değişikliği oldu. Dendi ki; bir hizmette problem varsa, grev yapmasının yasaklanması yerine grev yapılması daha iyi olur çünkü hizmetteki aksamayı dile getirir ve kalıcı sürekliliği sağlar diye bakılmaya başlandı. Diyelim ki; eleman azlığı, malî imkanların azlığı nedeniyle yapılamıyor. O zaman esasında grev yapmak hizmetteki aksamayı dile getirir. Dolayısıyla yasaklanmamalı, hizmetin sürekliliğini sağlamak için grev imkanı tanınmalı diye bir anlayışa dönüştü. Dikkat edin, yasak aynı. Yasağın kapsamı konusunda anlayış değişti. Eskiden grev, devlet memurluğundan çıkartma cezasını gerektiren bir unsur olarak hem meşruluk hem kanuna uygunluk bakımından önemli bir yasaktı. Şimdi bu yasak çeşitli biçimlerde değiştiriliyor. Çok da ilginç bir bu yasağı delme yöntemi var. Mesela bu yasağı delme yöntemlerinden birisi kanuna uygun davranmak. İlginç değil mi? Mesela, İETT şoförleri grev yapma ihtiyacı duydukları takdirde bu şikayetleri dile getirmek için tamamen kanuni gereklere uyma grevi yapıyorlar. Ne demek diyeceksiniz? 30 km hızla gidilmesi gereken yolda 30'dan yukarı gitmiyor. Bu sefer herkes şikayet ediyor. Ne yapalım? Kanun 30 km emrediyor. İşte hız sınırı 50 km olan yerde bunun üzerine çıkmıyor. Diyorlar ki; "Ben grev yapıyorum." Nasıl grev yapıyor? Kanuna uyuyor. Böylelikle şikayetini dile getiriyor. "Mesai şartları düzeltilsin, ben de kanuna uymamaya başlayayım artık." diyor. Böyle garip şeyler oluyor. Yani grev yasağı dediğiniz ve bazı emniyet supabları getirmediğiniz zaman statüdeki ortaya çıkan baskıyı hissedemiyorsunuz, problemi duyamıyorsunuz, gerekli tedbirleri alamıyorsunuz. Dolayısıyla bu anlayış, hızla bu kuralı da değiştirecek. Nitekim bu sistemi aldığımız Fransa'da grev, yasak olmaktan çıkmış bir yöntem.

Başka bir yasaktan bahsedelim. *Hediye alma, menfaat sağlama yasağı*. Bu yasak, kamu görevini kullanmayı etkileyecek bir şeyi yapmamak anlamına geliyor. Bulunduğu pozisyon dolayısıyla çıkar sağlamamayı gerektiriyor. Bu işin temel kuralı orada. O görevde olmasan sana bu hediye gelir miydi? Bunu değerlendirmek lazım. Bu yasağın mantığı, kamu gücünü kullanma konumunda olan kimseleri etkilememesi. Size belki daha önce de bahsettim. Asistanlığımız sırasında bir mütalaa durumu oldu. Marlboro Fabrikası, Tekel'e Tekel teknisyenlerini Amerika'ya götürüp sigara fabrikalarını gezdirme hediyesi teklif etmiş. Bunun da hediye alma yasağına aykırı olup olmadığı soruluyor. Sonunda da hukuk fakültesinden görüş istendi. Baktığımızda bir hediye gibi ama bir yandan da o konuda çalışan kimselerin teknik işleyişi görmesini sağlamak için. Bir yandan firmanın onu vermesi etkilemeye yönelik bir şey. Bir yandan da hizmete katkıda bulunabilecek bir şey. Bulduğumuz çözüm şöyleydi; hediye alma yasağı kapsamına girmemesi için kimlerin gideceğine, davet eden şirketin değil Tekel'in karar vermesi lazım. Ve gidenlerin de karar mevkiinde olmayan teknik insanlar olması lazım. Yani onların hediye alması, kararı etkilemez. Karar vericiler gitmeyecek, Tekel Genel Müdürü gitmeyecek. Ama sigara fabrikası konusunda çalışan mühendisler, teknisyenler gidebilir. Onu da şirket değil İdare seçtiğinde hediye alma yasağına girmez diye o zaman düşünülüp yazılmıştı. Dolayısıyla hediye alma yasağının amacına bakıldığı zaman bazı imkanların etkilemeyecek şekilde kullanılmasının meşruluğu yaklaşımı olabilir.

Siyasi partilere girme yasağı. Bu, DMK'da var fakat üniversite öğretim üyeleri için istisna var. Buradaki temel yaklaşım da şu; siyaset esasında toplumdaki sorunlara çare üretmeye yönelik bir alan, kavga etme gerekçesi değil çözüm üretme mekanizması. Çözüm üretme mekanizmasında toplumun eğitilmiş kısmı memurların bulunmaması da bir insan sermayesi eksikliği. İnsan sermayesinin oralarda da bulunması lazım. Bu faaliyetlerin kaliteli olması, kaliteli insanlarla birlikte yapılması ile ilgili. Dolayısıyla zaten eğitim şartına bağlı olarak girilen memurluk, zaten kamunun sorunlarıyla uğraşarak yükselmeye sonuçlanmış bir kariyer niçin siyasetin oluşumuna, fikir üretimine dahil olmasını yaklaşımı oldu. Orada da bir ayırım yapıldı ve üniversite öğretim üyeleri katılsın ama diğer memurlar için bu yasak devam etsin şeklinde oldu. Ben inanıyorum ki bu da aşılabilecek. Memurların da siyasi partilere girmesi iki gerekçeyle artık mümkün olacak. Bir; tarafsızlığı sağlamak için taraf olmasına imkan vermesi lazım. Daha doğrusu tarafını gösterme imkanı vermesi lazım, yetkisini nasıl kullandığını anlamak için. İki; gerçekten de siyasetin çözüm üretme mekanizmalarında bu işle uğraşan kimselerin de fikirlerinin katılması lazım. Herkes bulunduğu konum dolayısıyla her konuda fikir üretmez. Bir esnafın siyasete girebildiği gibi o sorunlarla uğraşan bir memur da siyasete girsin. Görevini aksatmamak şartıyla, mesai saatleri dışında katkıda bulunsun. Bu, aynı zamanda kalite ve seviye getirebilecek bir şey olduğu için de hararetle yapılması gereken bir değişiklik. Tek korkulan nokta insanların çok politize olması ve mesleklerinde de siyasi çekişme ve tartışmaya girmesi. Zaten o korkulan şey, siyasi partilere girse de girmese de oluyor. Dolayısıyla bu işi normalleştirmeye yönelik bir yaklaşım gelişecek.

Gizli bilgileri açıklama yasağı. DMK'da 31. maddede düzenlenmiş. Görevi dolayısıyla sahip olduğu gizli bilgileri memur açıklamayacak. Zaten gizli olmayan bilgiler, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında ortaya çıkacak. Bu da hukukumuzdaki bir tartışmayı gündeme getiriyor. "Devlet sırrı" problemi gündeme geliyor. Neyin gizli bilgi olduğuna ilişkin bir mevzuat düzenlemesi olmadığı için bilgilerin gizli nitelikte olup olmadığının nasıl belirleneceği tartışılıyor. Geçenlerde Makine Kimya Endüstrisi genel müdürü silah planlarını sattığı gerekçesiyle tutuklandı. Mesela şimdi o dava devam ederken muhtemelen bu tartışma da yaşanacak. O, büyük bir ihtimalle bunun bir gizli bilgi olmadığını iddia edecektir ve silah planlarının gizli bilgi olup olmadığı tartışılacaktır. Zaten bütün ansiklopedilerde filan olan bir şeyse, gizlilik niteliği yoksa suç gerçekleşmiş olmayacak ama gizlilik özelliği varsa suç oluşacak. Bu nedenle de Devlet Sırları Kanunu diye bir kanuna ihtiyaç oluyor.

Basına bilgi ve demeç verme yasağı. Bu da tartışılan noktalardan birisi. Yetkili olan memurlar dışında basına bilgi ve demeç vermek yasaktır. Bunun da bir özelliği var, İdare adına bilgi ve demeç vermek. Mesela öğretim üyeleri, bir İdare Hukuku sorusu sorulsa ve cevap verse izin almaya gerek yok. Çünkü bilimsel, şahsi görüşünü açıklıyor. Ama diyelim ki; hukuk fakültesinin 5 seneye çıkartılması konusunda üniversitenin ne düşündüğüne ilişkin basına bir açıklama yapsa, üniversitenin böyle bir iradesi olup olmadığını söylemeye yetkili değil. Bu konudaki karar mercilerinden birisi değil. Dolayısıyla basına bilgi ve demeç verme ve üniversitenin adını kullanarak

bilgi verme bakımından problemlidir. Bir insanın kurum adına bir şey söylerken kurumunun yetkililerinden izin almasını, kurum içerisinde olmasına rağmen kurumun bir faaliyetiyle ilgili olmasına rağmen kendi şahsi görüşünü dile getiriyor ise, yani kurum adına değil kendi fikrini söylüyor ise o zaman bu yasağın kapsamına girmediği yargı kararları ile ortaya çıkmış durumda. Dolayısıyla yargı kararlarının temel mantığı, basına bir memurun hiç bilgi ve demeç verememesi değil, kurumu adına bir şey söyleyememesi. Kendi adına konuşabilir.

Memurların *dernek kurma ve derneklere üye olması* yasaklanabilir. Eskiden izne tâbi idi. Şimdi dernek kurma hürriyeti kapsamında buna imkan var. Buna ilişkin yasaklar getirilebiliyor. Burada yasaklar getirmesinin mantığı da elbette, görevini etkileyecek nitelikte olmasına yönelik değerlendirmeler olabilir.

Ayrıldığı kuruma karşı görev alma yasağı. Ayrıldığı tarihten önceki son 2 yıl içinde çalıştığı kuruma karşı ayrıldığı tarihten itibaren 3 yıl süre ile iş yapamaz. Bu kanuni bir yasak. Nedeni, eski görevi dolayısıyla manevi baskı yapmasına engel olmak. Yani niye 2 yıl öncesi demiş? Son iki yıldır görev yaptığı yerde dostluklar kurmuştur, dolayısıyla karar verme durumunda olan kişiler üzerinde manevi bir baskısı olur. Emekli bir ağabeyi ablasıdır. Daha önce onun iyiliklerini görmüştür. Onun takip ettiği bir işte, kurumun geleneklerine ve karar usulüne göre değil hatır için iş yapabilir. Hatır rüşvetten daha etkili bir şeydir. Hiç rüşvet almayan dürüst bir insan bile kimi zaman hatır kıramaz. Bunun için de görevin gereklerini yerine getiremez. Buna engel olabilmek için böyle bir şey konulmuş.

DEVLET MEMURLARININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Şimdi memurların haklarına girelim. Bütün bunların maddesel temeli var. Bunlardan statünün ilkelerini belirlemek için bahsediyoruz. Statü dediğimiz şey de kanun maddesi değil, ilkeler. Mesela kamu hizmetinin ilkelerinden bahsederken süreklilik, eşitlik, değişkenlikten neden bahsettik? Bir sürü kanun değişiyor ama bu ilkeler çerçevesinde değişiyor. Bir sürü yargı kararı veriliyor yine bu ilkeler çerçevesinde. Yani ilkeler İdare Hukukunda kanunlardan daha etkili. Kanunlara bile yön veriyor. Kanunları yorumlamada esas alınıyor. Yargı kararlarına gerekçe oluşturuyor. O yüzden bunlar soyut, hiç bir işe yaramaz ilkeler gibi gözükmüyor. Esas etkili olan bunlar. Kanunlar değişiyor, bunlar kolay değişmiyor. Bunların anlam ve kapsamındaki değişimler kanunları değiştiriyor. Yani grev yasağı, bir kanunla getiriliyor ama grev yasağının sağlamak istediği ilkeye bakıldığı zaman yasağın tam tersine grev serbestisi gelebiliyor.

Haklara gelince, bu haklardan en önemlisi *güvenlik hakkı*. 18. madde diyor ki: "*Kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun memurluğuna son verilmez, aylık ve başka hakları elinden alınamaz.*" Çok önemli ilkelerden birisi. Hancı-yolcu meselesi buradan itibaren başlıyor. Devlet memuruna bu güvence niye veriliyor? Anayasa ve yasalara uygun olarak, devlete bağlılık içinde, işin gereklerine uygun olarak görevini yapsın diye. Yoksa tembellik yapsın, ayrımcılık yapsın, korumasına dayanarak istediği zaman gelmesin diye değil. Dolayısıyla amaca uygun olarak

getirilmiş bir koruma var. Bu korumanın şimdi tartışılan amaç dışında da kullanılıyor olmasına engel olmak problemi söz konusu. Devlet memurunu bir görevden alsanız bile maaşına ve mali haklarına dokunamazsınız. Hizmet hakkı var, başka bir göreve atayacaksınız, açıkta bırakamazsınız. Ama fiilen oluşmuş terimler var mesela kimi kamu görevlileri "kızaktayım" diyor. Yani şu an ona aktif bir görev verilmediğini ifade ediyor.

Memurluk teminatı. Memur, mali teminata sahip. Hakları elinden alınamaz. Bu mali hak o kadar önemli ki; memurun borcundan ötürü bile bütün maaşı haczedilemez. İcra- İflas Hukuku'nda göreceksiniz; ancak maaşının bir bölümü haczedilebilir. Niçin? Mesleğini yapabilme koruması getirmek için.

Hizmet hakkı. Bu, bence önemli haklardan birisi ama insanlar bunu çok önemsemiyor. Hatta bazen memnun da oluyor kızağa gitmeye. Bir memurun hizmet vermesi gerekiyor, hizmetten alıkonulamaz. Mesela üniversitelerde görülüyor; anabilim dalı başkanı ile öğretim üyeleri arasında çekişme oluyor. Anabilim dalı başkanı, o öğretim üyesine hiçbir ders verdirmiyor. Esasında tam tersi olması gerekir değil mi? Kötülük olsun diye, yoğun ders vermesi beklenir. Ama tam aksine hiçbir şey yapmamak yorucu bir şey. Hizmet hakkından mahrum olduğu için buna karşı dava açarsa kazanıyor. Kimisi olması gerektiği şekilde "Ben de öğretim üyesiyim, diğer öğretim üyelerine altışar saat ders verilmiş bana verilmemiş. Halbuki ben daha kıdemliyim. Bana da ders verilmesi gerekir. Hizmet hakkım var." diyebilir. Kimisi de diyebilir ki; "Ne güzel, hiç ders yükü yok. Kağıt okuma yükü yok. İster gel, ister gelme. Anabilim dalı başkanı ile bozuşmak bu kadar iyiye ben de bozuşayım, gelmeyeyim."

Sonuç olarak bir memur köreltilemez. Hukuki korumadan yararlanıyor. Kendisine uzmanlığına uygun görev verilmesi lazım. Mühendisise mühendislik, hukukçuysa hukukçuluk işi verilmesi lazım. O yüzden bu hizmet hakkı kapsamında düşünenler bazı dönemlerde sıkıntılar çektiler. Mesela bir iktisat doçenti Su Ürünleri Fakültesi'nin Sapanca'daki balık üretme çiftliğine atandı. Bir diğeri Iğdır'a, biri de Gökçeada'ya gönderildi. Dava açanların hepsi geri döndü. Çünkü hizmet hakkı aynı zamanda bulunduğu statünün gerektirdiği bir hizmetin verilmesi lazım. Yani bir iktisat doçentine, "Madem hizmet istiyorsun, git balık yetiştir." demenin hizmet hakkına aykırı olduğu yargı kararlarıyla ortaya çıkmış durumda. Dolayısıyla patron sayılan o andaki yöneticiye karşı müthiş bir koruması var. Yönetici çıldırarsa, elinden gelen bütün imkanları kullanmak kararında olsa bile yapamaz hale getirmek lazım. Hukuk devleti olmak böyle bir şey. Yöneticinin şahsi nefret ve sevgisine bağlı olmayan bir statü oluşturmak. Delemeyeceği bir zırh oluşturmak ve böylelikle hizmetteki devamlılığı sağlamak.

Müracaat, şikayet, dava hakkı var. Memur kendisine yapılanlara ses çıkartmaz diye bir şey yok. Sıralı şikayet denilen bir usul var. Şikayet ettiğini aşarak bir üstüne gider. En tepeye gidemez. Yani rektörü şikayet etmek için doğrudan cumhurbaşkanına yazamaz. Anabilim dalı başkanını şikayet etmek için doğrudan başbakana yazamaz. Bölüm başkanına veya rektöre şikayet şeklinde gidecek. Dolayısıyla müracaat edebilir, kendisine ilişkin taleplerde bulunabilir. İsteklerini dile getirebilir, ihlal edilen

haklarının hukuki olarak peşinde koşabilir, buna ilişkin dava açabilir. Memurlar özlük işlerine ilişkin dava açabilirken hizmete ilişkin bir karara yönelik dava açamaz.

KAMU PERSONELİ DEVAMI

Kamu personeline devam ediyoruz. Statüleri anlatıyoruz, bunları anlatırken bir kaç değerlendirmede bulunduk. Her statünün kendi içinde alt statüleri ve çeşitli mevzuat düzenlemeleri var. Biz statünün genel ilkeleri üzerinde duruyoruz, genel ilkeler kapsamında en önemli olanı memurlardır. Memurlara ilişkin de memurluğa giriş şartlarına, memurluk sırasındaki ödev ve yasaklara, memurluk sonrasına ilişkin bir takım ilkeler mevcut. Yasa koyucu bile bu ilkeleri tamamen göz ardı ederek düzenleme yapamaz. Eğer yasa koyucu bu ilkenin geçerli olmamasını istiyorsa, ilkeyi düzenlemiyor tersini düzenliyor. Dolayısıyla ilkeler o kadar hükümferman ki tersini yapabilmek için kanunda açıkça düzenleme olması gerekmektedir. Örneğin öğretim üyelerinin siyasi partilere girebilmesi açıkça düzenleniyor. Yine hâkim savcılar seçim için ayrıldıklarında tekrar dönemezler, subaylar aynı şekilde. Bunlar açıkça düzenleniyor. Açıkça düzenlenmese genel ilke kapsamında geri dönebilmeleri kabul edilmeliydi. Yani ana ilkelere ilişkin istisnaları kanun koyucu belirtmek zorundadır.

Devlet Memurlarının Sahip Olduğu Haklar (Devam)

Memurlara ilişkin haklardan memurluk teminatını, hizmet hakkını anlattık.

Memurlar açısından *sendika hakkı* da var. Sendika hakkı anayasal değişikliklerle söz konusu oldu. DMK'da da ilgili değişiklik yapıldı. Sendika, çalışanların çalışma şartları için müzakerelerde bulunacak bir tüzel kişi. Sendikanın en önemli noktalarından birisi olan ücret pazarlığı kısmı memurlar açısından yok. O yüzden kamudaki işçilerle memurlar arasındaki ücret farklı, bazen bir kaç misline çıkabiliyor. Memurlar için sendikal pazarlık ve toplu iş sözleşmesi olmadığından, maaşları derece kademelerine göre, öğrenim durumları, yabancı dil bilgisi, görev yapılan yerin niteliğine göre gibi çeşitli maaş bileşenlerine göre maaş alıyorlar. Dolayısıyla az ya da çok çalışmaya göre maaş değişmiyor. Bu bileşenlerin hiç biri sendikal pazarlık sebebi ile olmuyor, bunların hepsine ilişkin düzenlemeler var. Örneğin çocuk yardımına ve kaç çocukta ne kadar verilir, üniversite çalışanına ne kadar ödeme yapılır, kira yardımı ne kadar olur, yabancı dil tazminatı ne kadardır gibi soruların cevapları mevzuatta var. Dolayısıyla bir maaş ve mali haklar, memurlar açısından sendikal güvence altında değil. Ancak çalışma koşulları ve hakların toplu korunması açısından sendikal bir hak söz konusudur. Zamanla değişebilecek olsa da şu an ki yaklaşım, memurların sendikal niteliği toplu iş sözleşmesi yapmayı sağlayacak nitelikte değil.

Bir diğer hak *izin hakkıdır*. Buna ilişkin önemli gelişmeler oluyor. İzin hakkının çeşitli biçimleri var. Örneğin yıllık izin hakkı 10 yıla kadar 20 gün, 10 yıldan fazla olanlar için 30 gündür. Sağlık izni var. Bunda da radyoaktif ışıklara maruz kalan ya da çeşitli zor mesleklerde çalışan diğer teknisyenlere ek izin hakkı verebilmek için getirilmiş hükümler söz konusudur. Burada örneğin hiç radyasyonlu odaya girmeyen

radyoloji teknisyeni de ek izne hak kazanacak mı sorusu var, buna ilişkin kararlar söz konusudur. Kimisi kadroya göre hak verilir, yani her radyolog buna hak kazanır diyor. Kimisi yaptığı işe göre olmalıdır diyor. Maden işçileri için de benzer tartışma var. Madencilere 2 maaş asgari ücret verme söz konusu ama sadece madene girenler mi yoksa yer üstünde çalışanlar da mı alacak? Genel yaklaşım kadroya göre idi, yani madende fiilen çalışmayan ama maden işçisi statüsünde olan alacak, fiilen madene girse de statü olarak maden işçisi olmayana verilmeyecek. Buna karşı gelen mahkeme kararları var, işe göre olmalıdır diyor kararlar. Bunların emekliliğe ilişkin, izne ilişkin, maaşa ilişkin avantajları var, bunu gerektiren de yaptıkları işin niteliği gereğidir. Mazeret izni de var. Kanuni mazeret izinleri var, kadının doğumdan önce ve sonra 8'er hafta doğum izni var, babanın 10 gün doğum izni var, kadının emzirmesi için süt izni var gibi. Örneğin süt izni kanunda günde 1,5 saat olarak gözüktüyor, ama bu izin her gün 1,5 saat değil de o saatleri birleştirip bir gün tamamen izinli sayılması mümkün mü tartışması var. Kimisine göre bunun mantığı çocuğu emzirmek o yüzden bir günde birleştirilemez. Kimisine göre ise bunun sadece adı emzirme izni, kişi istediği gibi kullanır. Bu tip şeyler de mahkeme kararlarına konu oluyor. Hastalık ve refakat izinleri var. Buna ilişkin tüm dünyada haklar gelişiyor. Bakmakla yükümlü olunan kimseye ilişkin hak da var. Örneğin verem kanser gibi hastalıklarda 12 ay gibi bir izin söz konusudur. Bir de aylıksız izin meselesi söz konusudur. Bir mazeret göstermeksizin 10 yıl hizmet süresini dolduranın 1 yıl izin kullanmasına izin veriliyor. Burada bir gerekçe olmadan, maaş vermeden ve kadrosunu koruyarak izin alması mümkündür. “Sabbatical” denen bir durum var, fiilen bazı üniversiteler ve anabilim dalları uyguluyor. 7 yıl iş yapan öğretim üyesi 1 yıl boyunca serbest oluyor, istediğini yapıyor. Kimse ne yapıyorsun diye sormuyor, kendini yenilemesi için bir süre olduğu söyleniyor. Zamanla bu da mevzuata girecektir. İzin hakkının eskiden hizmetin sürekliliğine zarar vereceği kabul ediliyordu. Ama şimdi bu anlayış değişiyor, izin hakkı kullanan kişilerin daha verimli çalışacağı kabul edilmeye başlandı. Saat sayısı değil verim esas alınan Avrupa’da çalışma saatleri gittikçe azaltılıyor. Ancak bu izinler arttıkça da bu izinleri kullanabilecek kişilerin istihdam edilmemesi de söz konusu olabiliyor. Örneğin kadınlar doğum izni kullanacağı için zamanla erkeklerin tercih edilmesi söz konusu oluyor.

Son haklardan birisi *maaş hakkıdır*. Memurun aylığı peşin olarak ödeniyor. Mali bakımdan bir değişiklik yapılmış, aybaşı her ayın 15’i olarak düzenlenmiştir. Memurlukta aleniyet ve denklik olması gerektiği söyleniyor ancak bazı memuriyetlerin diğerlerinden fazla alması söz konusudur. Bunun da aylığı aynı oluyor ama yönetim kurulu üyeliği gibi bazı durumlar dolayısıyla huzur hakları alması söz konusu oluyor. Bir belediye başkanı görevden alınınca, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olduğu belediye şirketlerinden aldığı huzur haklarından da mahrum bırakılmıştır. Bunun dava konusu olup olmayacağı gündeme geldi. Yolluk ve diğer sosyal haklar da var. Ölüm ve doğumda bir takım mali haklar da var, sadece izinle kalmıyor. Örneğin cenaze masrafları için bir bedel ödeniyor.

Kanunda üç ana başlık var: yükümlülükler, yasaklar ve haklar.

Yükümlülükler ve yasaklar birbirine yaklaşan terimler ancak birbirinden farklılardır. Birisi tabii olunan hukuki unsurlar iken diğeri yapmaması gerekenleri gösteriyor. Haklar da bunlar karşısında elde edilecek mali ve hukuki avantajlar. Memurluk statüsünü belirleyen bu üçüne ilişkin gelişmelerdir. Bunlara ilişkin gelişmeler çoğunlukla bu başlıklarda olmuyor, başlığın altındaki anlayışta değişme oluyor. Yükümlülük bakımından kıyafet yükümlülüğü devam ediyor ama anlamı ve kapsamı değişiyor. Sendika hakkı eskiden yasakken sendika imkânı getiriliyor. Doğum izni sadece kadına veriliyorken artık erkeğe de verilmeye başlanıyor. Dolayısıyla bu alan hareketini kendi içinde alt gelişmelerle sağlıyor. Memurluk düzenlemesini anlamak için bu soyut verilerden yola çıkmak gerekiyor.

MEMUR DİSİPLİN HUKUKU

Memurların disiplin hukuku rejimi, güvenceye bağlı olarak getirilmiş bir rejim. Bir de memurun ceza kovuşturmasına ilişkin düzenlemeler söz konusu, burada bir izin sistemi getirilmiştir. Bu ikisi, memurun güvencesini sağlayan ana unsurlar. Memurun izin olmadan yargılanamaması söz konusudur. Buna ilişkin tartışmalar var.

Disiplin hukuku bağımsız denebilecek bir hukuk dalıdır. Öğrencilere ilişkin var, memurlara ilişkin var. Ceza kovuşturması suç sayılan fiilleri yaptırıma bağlarken, disiplin ise kurum içi düzeni bozan suç olmayan fiilleri ele alır. Ancak yaptırıma ilişkin bir dal olduğu için, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gibi birçok ceza hukuku ilkesine tabidir. Disiplin hukuku idarenin uygulayacağı yaptırımların rejimini düzenliyor. Dolayısıyla disiplin cezasını verecek olan makam yargı yeri değildir. Nedeni bunun bir kurum için değerlendirme olmasıdır. Ama yargı, verilen disiplin cezasının usule ve hukuka uygun verilip verilmediğini denetleme noktasında gündeme geliyor. Dolayısıyla sonuçta yargı tarafından denetlenecek bir idari işlem ortaya çıkıyor.

Disipline ilişkin hükümler kanunla belirlenmiş durumdadır. Ancak bir yandan da fiillerin benzerleri şeklinde bir terim kullanılıyor. Bu da ceza hukukundan farklı boyuttur. Buna ilişkin anayasal güvence getirilmiştir. Anayasa 129'a göre memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında çalışanlara, savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemez. Bu cümle ile disiplin sisteminin varlığına bir atıf yaparak bu sistemin varlığını kabul ediyor. Bu adeta yarı yargısal bir usul gibi, kişinin cezasını almadan ceza verilemez. Bunun için de yargılama benzeri bir süreç işletmek gerekir, bunun için de savunma aşamasını anayasal güvence altına alıyor. Ayrıca disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı da Anayasaya yazılmıştır. Eskiden kınama ve uyarmaya ilişkin yargılama yasağı vardı, 2010'da ise değişiklik yapıldı ve yeni yaklaşım ufak bir ceza da olsa denetim dışında bırakılamayacağını belirtiyor.

Bu disiplin prosedürleri, yargılama sonunda verilen idari işlemin idari işlem niteliğini değiştirmese de, bu işlemler idarenin tek taraflı olarak doğrudan yapabildiği işlemler olmadığı için ayrılmaktadır. Mesela uyarma cezasını gerektiren hususlar

yazılmıştır. Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılamaması, özürsüz ve izinsiz olarak geç gelip erken ayrılmak, göreve karşı kayıtsızlık göstermek, devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak, kılık kıyafete aykırı davranmak gibi fiilleri kapsamaktadır. Bir ağır ceza kınama, en ağır memuriyetten çıkarmaktır. İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak; yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak; siyasi partiye girmek, özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, savaş olağanüstü hal ve genel afetlere ilişkin verilen görevleri yapmamak, yetki almadan gizli bilgileri açıklamak, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derece yüz kıyartıcı hareketlerde bulunmak gibi fiillerdir. Bunlarla yapılmak istenen de kurum içi düzenin korunmasıdır. Burada kurulan sistem ceza hukukuna benziyor. Çeşitli cezalar var ve bu cezaları gerektiren fiiller var.

Tüm prosedür ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmeli. Örneğin *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* kabul ediliyor. Örneğin yükseköğretim personel disiplin yönetmeliği bu ilkeye aykırı olacağı için iptal edildi. Fiil kanunla disiplini gerektirir bir fiil olarak belirtilmelidir. Ama disiplin hukuku açısından bir farklılık var, daha esnek bir durum var. Ceza hukukunda yorum yasağı var ancak disiplin hukukunda hürriyeti bağlama olmadığı için ve kurum içi disiplini bozacak fiilleri saymak mümkün olmayacağından devlet memurluğu vakarına yakışmayan fiiller gibi esnek terimler kullanılabilir. Yine ceza hukukunda prosedür sonucunda çelişmeli yargılamada verilen bir yargı kararı var. Disiplin hukukunda da çelişme var ama yargısal karar yok. Buna *yarı yargısal süreç* deniyor. Süreci izleyen idare, ama adeta bir yargı merci gibi süreci işletiyor. Dolayısıyla usul bakımından idari işlemlerin usulünden ayrılan kendine özgü bir usulü var. Yargı merci disiplin cezası verildikten sonra devreye giriyor.

Disiplin cezalarına ilişkin çeşitli düzenlemeler var. Kişi şantaj altında bırakılmasın diye **zamanaşımı** getirilmiş, kişi baskı altında kalmasın diye belli süreler geçtikten sonra disiplin soruşturması başlatılamaz. Buradaki mantık Anayasaya ve devlete sadakatle görev yapmak durumunda olan memurun yetkilerinin, sürekli bir disiplin baskısı altında kullanılmasının engellenmesidir. Şöyle ilginç usuller de var, cezanın alt ve üst sınırı belirtilen suçlarda üst sınırı kullanmanın gerekçesinin yazılması gerekir. Hatta sicili iyiye, daha önce disiplin cezası almamış kişiye **bir alt cezanın verilmesi** söz konusu. Yani alt cezalar verilmesi amir hüküm, üst ceza verildiğinde gerekçelendirilmesi gerekiyor.

Kanunda **uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması** ve **devlet memurluğundan çıkartma** cezaları öngörülmüştür. Kademe ilerlemesinin durdurulması üst görevlere çıkacak derecelere çıkmayı engelliyor. Üç sene kademe ilerlemesi durdurulmuşsa 3 sene aynı kademede duracaktır. Aylıktan kesme aylığın bir kısmının oran olarak kesilmesi, bir mali yaptırım. Kınama ve uyarma ise adı üstünde olan cezalardır. Bunlar sözlü olmaz, yazıyla yapılıyorlar. Bu kınama ve uyarma cezaları görevlere atanmada, süre uzatmada dikkate alınan hususlardır. Ayrıca başka bir fiil işlenirse tekrardan ötürü de daha üst

ceza almasına sebebiyet veren hususlardır. Aylıktan kesilme sadece belli bir miktar para kesilmesi ile kalmıyor, kişiyi disiplin cezası almış kamu görevlileri arasına sokuyor. İdare de her fiilden ötürü istediği cezayı veremez, fiilleri belli cezalara tanımlanmıştır. Örneğin siyasi fiilden kaynaklanan cezalar memuriyetten çıkartmayı gerektiriyor. Yani fiilin cezayı gerektirip gerektirmediği bir değerlendirme, hangi cezayı gerektireceği ayrı bir değerlendirmedir. Cezalar sayıldığı için bunlar dışında bir ceza türü ihdas edilmesi zor. Öğretim üyeleri için öğretim üyeliğinden çıkarma düzenlenmişti yönetmelikte, Danıştay bunu iptal etti. Dolayısıyla tüm devlet memurları için sayılan 5 ceza dışında bir ceza yok. Devlet memuru benzerleri için getirilen cezalar da mutlaka kanunlarında belirleniyor.

Burada bir başka sorun, disiplin cezası ile ceza hukuku anlamında bir ceza birlikte verilebilir mi sorunu var. Örneğin hırsızlık yapan memura hem disiplin cezası hem hapis cezası verilebilir mi? Burada iki ceza, farklı hukuk düzenlerini koruduğu için tek bir fiilin iki farklı cezayla cezalandırılması mümkün. Peki, 2 disiplin cezası bir arada olur mu? Bir fiile iki ceza olmazın anlamı *aynı düzlemde iki ceza olmaz*, farklı düzenler korunuyorsa ceza verilmesi mümkün. Örneğin bir doktor devlet hastanesinde hastanın ölümüne sebebiyet verdiği için hem ceza hukuku soruşturmasında ceza alabilir, hem bağlı olduğu tabipler odasından bir ceza alabilir, hem de devlet hastanesi personeli olduğu için ayrı bir soruşturmaya tabi olabilir. Burada 3 durumda da farklı düzenler korunduğu için mümkün olduğu söyleniyor.

Bir de *geçmişe etki yasağı* var, disiplin hukukunda da geçmişe etkili olarak ceza verilemez. Bu tekerrür için önemlidir. Örneğin kişi 1 yıl önce bir fiil işledi ve ceza aldı. Fakat o fiili işledikten 3 ay sonra aynı nitelikte bir fiil işlediniz, ilk işlenen fiile henüz ceza verilmediği için burada tekerrür olmaz. Ne zaman ki ilk fiil cezalandırılır ve ikinci fiilin soruşturması o zaman yapılır, bu durumda tekerrür hükümleri işletilebilir. Yani tekerrür için fiil değil cezanın ortada olması gerekiyor.

Farklı yargılamalarda farklı kararlar verilmesi durumunda ne olacak? Kişi hırsızlıktan mahkûm edildi, disiplin cezası da verildi. Ancak daha sonra Yargıtay kararı bozdu ve kişi beraat etti. Disiplin cezası ne olacak? Burada yaklaşım şu: Eğer beraat kararı, kişinin fiili işlemediği dolayısıyla verildiyse, disiplin yargılamasının yeniden yapılması gerekir. Ama delil yetersizliğinden dolayı beraat ise, disiplin hukukunu etkilemez, buradaki amaç düzeni korumak olduğu için disiplin cezası verilebilir. Örneğin icapçı doktor, doğum sancısı çeken kadının çağrısına gelmiyor, sinemada olduğu için film bitince geliyor, ana ve çocuk ölüyor. Bunun üzerine doktor hakkında ceza davası açılıyor ve ceza davasında doktor zamanında da gelse anomali nedeniyle ölüm gerçekleşecekti. Dolayısıyla doktor beraat ediyor. Ama disiplin hukuku bakımından geç kalma vakası söz konusu, dolayısıyla ceza hukukundan beraat etmesi bunu değiştiriyor.

Peki, hükmün ertelenmesinde ne olacak? Burada aslında fiil gerçekleşmiş ama hüküm erteleniyor. Burada ceza hukukçuları tekrar işlenmediği sürece işlenmemiş sayıldığını söylüyor ve disipline de esas teşkil edemez diyor. Zira hükmün ertelenmesinin mantığı sicile işlememesidir. İdare hukukçuları ise fiil sabit olduğu için ceza verilebilir diyor.

Ayrıca kararların gerekçeli olması gerekiyor, bu gerekçelilik de yargı kararında olduğu gibi bir gerekçesi olması gerekir. Bu gerekçe fiil ile kişinin ve fiil ile cezanın bağlantısını kurmalıdır.

Devlet Memurlarına İlişkin Disiplin Süreci

Önceki derslerde memurlara ilişkin haklardan bahsedildi; yasaklar ve yükümlülükler anlatıldı. Tabii ki memurların bu yükümlülükleri karşılığında sağlanan bir takım avantajlar var. Memur güvenliği dediğimiz bir ilke kapsamında memurlar ve diğer kamu görevlileri, özel hukuka tabii olarak çalışanlardan daha farklı güvencelere sahiptirler. İşte bundan dolayı devlet memurları için öngörülmüş olan disiplin süreci diğer çalışanlardan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Yalnız belirtmek gerekir ki bütün kamu görevlileri için geçerli bir disiplin sürecinden bahsetmeyeceğiz. Bu bahsedeceğimiz süreç sadece Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülmüş olan süreçtir. Diğer personele ilişkin kanunlarda bu personelin disiplin hükümleri ayrı şekilde düzenlenebilir. Örneğin emniyet mensupları ayrı bir personel kanununa tabidir, dolayısıyla emniyet mensuplarına ilişkin ayrı bir disiplin düzenlemesi var. Aynı şekilde hakimler ve savcıların tabii olduğu disiplin hükümleri farklı olabilir. Burada bahsedeceğimiz disiplin kuralları ise sadece devlet memurları kanununda öngörülmüş olan disiplin kuralları. Dolayısıyla genel kanun niteliği olduğu için Devlet Memurları Kanunu'nun kuralları devlet memuru statüsüne sahip olan herkes bakımından geçerli olan kurallar olmakla beraber çeşitli personel kanunlarında o kanunlara tabii personele ilişkin özel disiplin kuralları ve hükümleri olabilir.

Disiplin dediğimiz şey nedir ? Bir kurumda düzeni sağlamaktır. Eğer bir kurumda düzen olmazsa önceden konulmuş kurallara riayet edilmezse, elbette ki o idare tarafından yürütülecek olan kamusal faaliyetlerin başarılı bir şekilde ifa edilmesi mümkün olmaz. Yani memurlar istedikleri saatte işe gidip gelseler, istediklerini giyseler, istedikleri gibi davransalar bu en azından bir vatandaş olarak, bu hizmetten yararlananlar olarak sizi rahatsız etmez mi ? Dolayısıyla kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilebilmesi için devlet memurlarının kendileri için öngörülmüş olan kurallara uygun davranmaları gerekir. İkincisi o kurumun kendi iç düzeni bakımından da disiplin kurallarına uyması lazımdır. Sadece kamu hizmetinden yararlananlar bakımından değil aynı zamanda o idarenin kendi iç düzeni bakımından da disiplin kurallarına memurların veya diğer kamu görevlilerinin uyma yükümlülüğü vardır. Burada mesela biz arkadaşlarımızla gelip gayet düzgün bir şekilde dersimizi anlatıyorsak, size yönelik sorumluluklarımızı yerine getiriyorsak sizinle ilgili boyutunda disiplin kurallarına uymuş oluyoruz. Aynı zamanda kurum içinde bir takım işlerimiz oluyor. Sınav dönemlerinde arkadaşlarımıza sınav gözetmenlik görevi veriliyor. Bunu arkadaşlarımız aksatırlarsa çoğunlukla size yansımıyor, İdare bir şekilde onu düzenliyor; ancak kurumun çalışma düzeninin bozulma riski oluyor veya kürsü içindeki bir takım faaliyetlere arkadaşlar katılmaz, isteksiz davranırlarsa bu hizmetten yararlananlara yansıyan bir boyutu olmamakla beraber çoğunlukla kürsü içindeki düzenin bozulmasına yol açabilir. o nedenle disiplin

kurallarının idare bakımından iki boyutu olduğu söylenebilir. Birincisi hizmetten yararlananların hizmeti kaliteli ve hukuka uygun bir şekilde alabilmeleri bakımından disiplin kuralları önemli; ikincisi de kurumun kendi iç düzeni bakımından bu disiplin kuralları ve düzeninin olması zorunlu. Tabii disiplin aynı zamanda idare hukukunun ceza hukukuna en çok yaklaşan boyutu. Çünkü bir kişiyi esasen cezalandırıyorsunuz. Disiplin yaptırımları dediğimiz şey -disiplin cezaları tabiri kullanılıyor- ceza hukuku anlamında öğrendiğimiz cezalardan farklı; nitelikleri, amaçları, sonuçları itibariyle birbirinden farklı. Ancak nihayetinde bir kişiye bir ceza bir yaptırım uyguluyorsunuz, bu nedenle de disiplin hukukunda ceza hukukuna ilişkin bir takım temel ilkelerin de geçerli olacağı kabul ediliyor veya bazı ilkelerin benzer şekilde idari yaptırımlar alanında da uygulanması gerektiği söyleniyor.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi

Mesela bu ilke acaba disiplin yaptırımları bakımından geçerli bir ilke midir, olmazsa olmaz bir ilke midir? Bütün disiplin suçları kanunla mı düzenlenmelidir ? Öğrencilerin disiplin soruşturmaları neye göre yapılıyor ?

Disiplin yönetmeliği diye bir yönetmelik var. Dolayısıyla demek ki sizin hangi disiplin kurallarına tabi olduğunuz kanunla düzenlenmiyor. Demek ki disiplin hukukunda ve idari yaptırımlar alanında kanunilik ilkesi ceza hukukundaki kadar mutlak ve kesin bir ilke değil, yani istisnaları olabilen bir ilke. Ancak Danıştay'ın son zamanlarda vermiş olduğu kararlarında özellikle disiplin cezalarının mutlaka kanunla düzenlenmesi yönünde bir yaklaşımı var. Hatırlarsanız idari yaptırımlardan bahsedilirken bahsedilen, öğretim üyelerine verilen bir ceza vardı; “yönetim görevinden uzaklaştırma”; kanunda böyle bir ceza olmadığı için böyle bir ceza verilemeyeceğini, ancak kanunun bu cezayı düzenlemesi gerektiğini söyledi Danıştay. Kanunilik ilkesi geçerli; ama ceza hukukundaki kadar mutlak ve kesin olarak geçerli bir ilke değil. Yeri geldiğinde düzenleyici işlemlerle de disiplin hükümlerinin düzenlendiğini görüyoruz. Bunun çok sayıda örneği de hala mevzuatımızda mevcut. Başka hangi ilkeler mevcut?

Cezanın Şahsiliği İlkesi

Bu ilke disiplin yaptırımları bakımından da birebir geçerli olan bir ilke. Hiç kimse bir başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Onun adına veya onun fiilinden dolayı cezalandırılmaz. Bu ilke aynen geçerli. Yani disiplin cezaları ve suçları bakımından da şahsilik ilkesi geçerli.

Suçun düzenlenmesi bakımından Belirlilik İlkesi

Bu suçların ve cezaların kanunlarda açık bir şekilde düzenlenmesi. Yani kıyas yoluyla cezalandırma olmaz. Ama disiplin hukukunda bazı düzenlemelere baktığımız zaman “ve benzeri şekillerde” diye “ve benzeri davranışlar” diye disiplin yaptırımlarını ve fiilleri belirlemek konusunda idareye adeta bir takdir yetkisi

verildiğini görüyoruz. Bu takdir yetkisi veren düzenlemeler belirlilik ilkesi çerçevesinde eleştiriliyor. Deniliyor ki herkes bir disiplin suçu işlediğinde hangi disiplin cezasıyla karşılaşacağını önceden biliyor olması lazım. Suçlarda ve cezalarda olduğu gibi. Dolayısıyla bu eleştiriliyor ancak buna rağmen benzer düzenlemeler mevzuatımızda halen var. Ben de yanlış olduğu kanaatindeyim. Ancak bunun tek haklı olan yanı şu: bazı disiplini bozan fiiller çok spesifik olabilir, önceden öngörülmesi mümkün olmayabilir. Ama o fiilin cezasız bırakılması kamu düzeni bakımından sorunlu olabilir, problemlere yol açabilir. Dolayısıyla da eğer hukuka aykırı davranış olarak belirlenmiş olan davranışlara benzer, aynı nitelikte bir fiil varsa bunun da aynı nitelikteki bir yaptırımla cezalandırılabilmesi biçimindeki bir yaklaşım ile bu ortaya konuyor. Kıyas yasağı disiplin hukuku bakımından da eleştirilen bir şey. Olmaması gereken bir şey; ancak mevzuatımızda buna benzer düzenlemeler var.

Masumiyet Karinesi

Suçluluğu ispat edilene kadar kimsenin suçlu olduğu konusunda bir sonuca ulaşılamaz. Hiç kimse mahkeme tarafından suçlanmadıkça suçlu kabul edilemez. Sanık olur ama mahkum edilmez. Masumiyet karinesi geçerlidir. Disiplin hukuku bakımından da disiplin cezası verilmedikçe hiç kimse bakımından hukuki sonuç doğurmaz, onun hukuki statüsünü etkilemez. Sadece görevden uzaklaştırma tedbiri var, bu tedbir başka bir şey; ceza hukukunda da tedbirler var kişi mahkum olmadan gözaltına alınabiliyor, kanunda öngörülen sürelerle göz altında tutulabiliyor buna benzer bir şekilde görevden uzaklaştırma tedbiri bir tedbir olarak disiplin yaptırımları bakımından geçerli ama bu masumiyet karinesini ihlal eden bir durum değil.

Geçmişe Yürüme Yasağı

Bir suç veya ceza ihdas edildiği tarihten daha önceki bir tarihe teşmil edilemez. Geçmişe dönük olarak uygulanmaz. Disiplin hukuku bakımından da böyle bir durum söz konusu. Zaten idare hukukundan hatırlarsanız idari işlemlerin geriye yürüyemeyeceğinden bahsetmiştik. Bir fiil işlendiği tarihte disiplin suçu teşkil etmiyor ise yeni çıkan kanun veya yönetmelik veya her ne ile düzenleniyorsa bu disiplin suç ve cezası geçmişe yönelik olarak uygulanmaz.

Şüpheden Sanık Yararlanır

Şöyle izah edelim; şüpheden sanık yararlanır ilkesi, bir ceza yargılaması ile idare hukukunda karar verme yolunda ispat farklılığını ortaya koyuyor. Çünkü birinde bir mahkeme kararı söz konusu. Yani ceza hukukunda ancak mahkeme kararı bir kişiyi mahkum edebilir, ancak bir mahkeme kararıyla kişi hakkında bir cezai müeyyide uygulanabilir. Halbuki disiplinde, idari bir işlemlerle, idari bir kararlarla yaptırım uygulanır. Dolayısıyla da her iki merciinin yani adli yargı ve idari merciinin uygulamış olduğu

ispat kriterleri farklı. Ceza hukukunda şüpheden sanık yararlanır ilkesi olduğu için az önce bahsedildiği gibi ceza hukukuna ilişkin cezaların nitelikleri, sonuçları çok çok daha ağır, önemli olduğu için o konuda mahkemenin kesin bir kanaate ulaşması lazım, yani hiçbir şüpheye mahal olmayacak şekilde bu suçu işlediği hususunda kesin bir kanaate ulaşması lazım. Halbuki idare hukuku bakımından böyle bir kesinlik her zaman aramayabiliyoruz. Birinde hiçbir tereddüde yer bırakılmaması gerekli; bir kişinin hürriyetini sınırlandıracaksınız, o kişinin bundan sonraki hayatında etkili olacak sabıkasına işlenecek bir suç kaydı düşeceksiniz. Bu nedenle sonuçları itibariyle çok önemli olduğu için kişinin hayatı bakımından hiçbir şekilde şüpheye yer bırakmayacak şekilde o kişi hakkında mutlak bir kanaate ulaşmanız gerekli. Bir örnekle izah edelim; bir devlet memuru mal beyanında bulunuyor, mal varlığında ciddi bir artış olduğu ortaya çıkıyor ondan sonra bu memurun belli kişilerle sık sık görüştüğü anlaşılıyor bu kişinin de o kurumda işlevi olan biri olduğu anlaşılıyor bu ne izlenim oluşturuyor sizde? Bu kişilerle mali bir takım çıkar ilişkisi olabileceği kanaati oluşturuyor değil mi? Henüz ortada ispatlanmış bir suç yok. Bir takım karinelere yola çıkıyorsunuz ve gerçekten de memurun davranışları itibariyle de böyle bir problem olabileceğini varsayıyorsunuz. Bu veriler o kişiye disiplin cezası uygulamak için yeterli görülebilir ama kişinin rüşvet suçu işlediğine dair karar vermek, onu bu şekilde suçlamak bakımından yeterli delil olmaz. Onun o kişilerle görüşmüş olması mal varlığının artmış olması mutlaka o kişiden rüşvet aldığı anlamına gelmez. Bunun kesin bir şekilde, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde yargılanması gerekir. Örnek olarak, çocuk tacizleri çok gündemde olan bir mesele, bir öğretmenin bir çocuğu taciz ettiğine dair bir iddia var. Çocuklar şikayet etmişler. Üç tane çocuğun veya yakınlarının beyanı var bunun dışında da hiçbir başka veri yok elimizde. Şimdi üç tane tanık beyanı belki ceza hukuku bakımından o kişiyi cezalandırmak için yeterli sayılmayabilir, şüphe var denilir, iddialar olabilir, bu iddialar ağır iddialar hapis cezası verilmesini gerektirir. Karşı taraf şahitle ispat ediyor diğer taraftan öğretmen de kendi arkadaşlarını veya üç tane başka öğrenciyi şahit olarak gösteriyor ya da diyor ki “ben şu derslerden düşük not verdiğim için böyle iftiralar atıyorlar”. O da kendi delillerini ortaya koyuyor. Burada şüphe vardır ancak o öğretmenin o okulda öğretmenlik yapması doğru değildir bu düzen bakımından. Öğrenciler, veliler, okuldaki diğer öğretmenler bakımından doğru bir şey değildir. O şikayet bile bir öğretmene disiplin cezası verilmesi için yeterli kabul edilebilir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesini disiplin hukuku bakımından böyle algılamak lazım. Yani disiplin cezası vermek bakımından yeterli kabul ettiğimiz ispat süreci aynı memura aynı fiilden dolayı ceza hukuku bakımından ceza vermek bakımından yeterli olmayabilir.

Eşitlik ilkesi

Non Bis İn Idem

Aynı fiilden dolayı kişiye iki ceza verilebiliyor mu ceza hukukunda ? Bir fiil işlendiğinde o fiilden dolayı iki tane ceza veremezsiniz. Peki bir disiplin suçu nedeniyle iki defa ceza verilebilir mi ? Örneğin; bir doktor hastasına kötü davrandı veya hastasından ekstra para aldı veya devlet hastanesinden randevu almak zor olduğu

için kendi muayenehanesine yönlendirdi. Bu doktor için mesela hem devlet hastanesinde çalıştığı ve devlet memuru olduğu için Sağlık Bakanlığı, hem de meslek etik kurallarına aykırı davrandığı için Tabipler Birliği disiplin cezası verebilir. Tüm tabipler aynı zamanda tabipler odası üyesidir. Aynı fiilden dolayı iki kurum da ceza verebilir mi? Ceza hukuku bakımından bir kimse bir fiilden ötürü iki defa cezalandırılmaz. Adam öldüren bir kişiye bir kere ceza verilir. Burada Tıbbi Deontoloji Tüzüğü diye hekimlerin davranış kurallarını düzenleyen bir tüzük var. Dolayısıyla tüzüğü ihlal ettiği gerekçesiyle hem sağlık bakanlığı hem tabipler odası iki ayrı yaptırım uygulayabilir mi? Bir fiilden dolayı iki defa cezalandırılmama yasağı idare hukuku, disiplin hukuku bakımından mutlak olarak uygulanan bir ilke değildir. Bu daha çok -idari yaptırımları anlatırken yine üzerinde durmuştuk- para cezaları bakımından gündeme gelen bir şey. Aynı fiilden dolayı iki tane farklı kurum iki tane idari para cezası uygulayabilir mi meselesi. Onun da daha önce anlatıldığı için üzerinde durmuyoruz.

Savunma Hakkı

Disiplin hukukuna ilişkin bir takım temel ilkelerimiz var. Mesela **savunma hakkı**. Savunma alınmadıkça devlet memuruna kesinlikle bir disiplin cezası uygulanamaz. Savunma hakkı olmazsa olmaz bir hak. Memurun daha önceden savunmasının alınmış olması, hakkında disiplin soruşturması başlatılmadan önce görüşüne başvurulmuş olması veya yazılı bir beyanının olması da disiplin sürecinde yeniden savunmasının alınmamasını haklı kılan bir durum değil. Yani soruşturma başlatıldıktan sonra tekrar mutlaka savunmasının alınması gerekir. Neden? Çünkü ilk defa henüz hakkında soruşturma açılmadan önce görüşüne başvurduğunuz zaman bir suçlamayla karşı karşıya değil, sadece bildiklerini anlatıyordur herhangi bir disiplin cezası alma riski bulunmamaktadır. Halbuki hakkında bir disiplin cezası soruşturması açıldığında o hakkı kapsamında artık kendisinin konuya ilişkin değerlendirmeleri farklı bir şekilde yapabilmesi mümkün olabilir. Bu nedenle mutlaka savunmasının alınması gerekiyor. “Savunma almaya gerek yok, kamera kayıtları var, her şey ortada, daha ne savunması alacağım” diyemezsiniz. Mutlaka, yüzde yüz emin olsanız, başka ortamlarda ikrarda bulunmuş olsa bile yine de savunmasının alınması gerekir. Mesela öğrencilere kamera kayıtlarını esas alarak verilen bazı disiplin cezalarını savunma alınmaksızın tesis edilmiş olduğu için usule aykırı bularak iptal etti Danıştay. Kamera kayıtları olsa bile kişi o kayıtların hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilir, kayıtlardaki görüntülerin kendine ait olmadığını ileri sürebilir. Dolayısıyla bunların hepsini ileri sürebilmesi için savunma hakkını ileri sürebilmesi için savunma hakkını kullanabilmesi gerekiyor. Bunun da ötesinde savunma hakkı sadece fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğini değil cezalandırmaya ilişkin bir takım haklarını kullanması bakımından da gerekli olduğundan savunma hakkı verilmeden bir devlet memuruna ceza verilemez. Savunma için mutlaka ilgiliye en az 7 günlük süre tanınması lazım. Dolayısıyla da tebligat çıkarıldığında bir memura disiplin soruşturmasına ilişkin olarak en az 7 günlük savunma süresi tanınacak şekilde o hakkın sağlanması gerekiyor.

Disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Yargı denetimine tabiidirler. Daha önce uyurma ve kınama cezaları yargı denetiminin dışındaydı; Anayasada yapılan değişiklikle bütün bu cezalar da yargı denetimine tabii kılındı. N' için yargı denetimi dışındaydı? Daha önemsiz oldukları düşünülüyordu. Memurun özlük haklarını veya memurluk statüsünde ciddi bir kısıtlılık getirmediği varsayılıyordu. Böyle bir varsayımdan hareketle yapılmıştı. Nihayetinde bu hukuk devleti ilkesine bağlı. Siz yapmamış olduğunuz bir işten dolayı bir uyarı cezası da olsa almak istemeyebilirsiniz. Ayrıca aynı cezanın tekerrürü halinde bir üst cezanın uygulanması ihtimali olduğu için bu cezanın arttırıcı bir boyutu da olabilirdi. Dolayısıyla yargı denetimi dışında bırakılması hukuk devleti ilkesine uygun değildi ve Anayasa değişikliği bunu ortadan kaldırdı. Bugün disiplin cezalarının hepsine karşı idari yargı yerinde dava açma imkanınız var.

Ölçülülük İlkesi

Disiplin hukuku bakımından önemli olan bir diğer ilkemiz de -esasen daha önce yine idari yaptırımlar, kolluk bahsini işlerken üzerinde durduk- **ölçülülük ilkesi**. Disiplin yaptırımlarının diğer yaptırımlarda olduğu gibi kamu görevlisine ölçülülük ilkesi esas alınarak uygulanması gerekir. Zaten mevzuatımızda disiplin suçları ve cezaları belirlenirken bu ilke gözetilerek düzenleme yapılmış. Tabii ki temel hak ve özgürlüklere aykırı olacak disiplin cezaları söz konusu olamaz. İnsanlık onuru ile bağdaşmayan, temel hak ve özgürlüklere aykırı, ihlal edici boyutta bir takım disiplin cezaları olması söz konusu olmaz. Mesela öğretim üyeleri bakımından akademik özgürlük var; hasbelkader bir suç işledi, bir yıl boyunca akademik yayın yapamaz gibi bir yasak olamaz, çünkü böyle bir yasağın ne memur üzerinde caydırıcı bir etkisi olur; ne de cezalandırma bakımından bir anlamı olur. O nedenle verilecek olan cezanın mutlaka temel hak ve özgürlüklere, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun olması gerekir. İnsanlık onuruna, haysiyetine aykırı cezalandırılmaların olmaması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konuda kararları var.

Bu ölçülülük ilkesi Devlet Memurları Kanunu'na nasıl yansıyor? Kanuna baktığımızda Kanun'un 125. maddesi disiplin cezasının türlerini düzenlemiştir. Mesela; birkaç örnek vermek istiyorum sadece nasıl bir ölçülülük ilkesi ortaya koyduğunu görmek bakımından. **Uyurma cezası** gerektiren fiiller nedir? "*Özürsüz ve izinsiz olarak göreve geç gelme, erken ayrılma, görev mahallini terk etmek, kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek, usulsüz müracaat ve şikayette bulunmak, devlet memurlarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak...*" dikkat ederseniz daha basit sayabileceğimiz nitelikteki disiplin ihlalleri bunlar. Bir alt cezaya bakalım **kınama cezasına**; "*Görev sırasında amirine hal ve hareketiyle saygısız davranmak, hizmet dışında devlet memurunun itibarı ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, iş arkadaşlarına maiyetindeki personele kötü muamelede bulunmak, görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışta bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim vb. benzeri şekiller vermek, verilen emirlere itiraz*

etmek...". Aylıktan kesme cezası gerektiren fiiller: "*Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek*". Geç gelmek uyarı cezası gerektiren bir şeydi; bir veya iki gün gelmemek aylıktan kesme cezası gerektiren bir fiil. "*Devlete ait resmi araç ve gereçler vb. özel menfaat sağlamak için kullanmak, görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek...*". **Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını** gerektiren fiiller: "*Özürsüz ve kesintisiz 3 veya 9 gün gelmemek göreve sarhoş gelmek, görev yerinde içki içmek, amirine ve maiyetine karşı küçük düşürücü aşağılayıcı fiil ve hareketlerde bulunmak (daha öncesinde söz ile saygısızlık vardı bir ağırı ise bu) gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek, ticaret yapmak, görevinin yerine getirilmesinde örgüt ve cinsiyet vs. ayrımı gözetmek, belirlenen sürelerde mal bildiriminde bulunmamak...*" Son ceza ise **memuriyetten çıkarma cezası** gerektiren fiiller: "*bir yılda aralıklı olarak özürsüz olarak toplamda 20 gün işe gelmemek, (izinsiz devamlı 10 gün işe gelmeyen memur istifa etmiş sayılır, buradaki fiil aralıklı olarak gelmemek fiili) savaş ve olağanüstü hal ve genel afetlere ilişkin konularda amirin verdiği görev ve emirleri yapmamak, (normalde yapmamak durumunda daha hafif cezalar var burada savaş durumu olağanüstü hal var), siyasi partiye girmek, yetki almadan gizli belgeleri açıklamak...*" gibi bir takım fiiller ise memuriyetten çıkarma cezası gerektiren fiiller olarak düzenlenmiş. Kanun koyucu, ölçülülük ilkesine uygun olarak, hafif ihlallere, hafif disiplin suçlarına daha hafif cezalar; ağırlaştıkça cezası da artan bir disiplin ceza sistemini öngörmüş.

Zamanaşımı Süreleri

Bir memur hakkında disiplin soruşturmasının başlatılması ve bunun sonuçlandırılması için kanunda belli zamanaşımı süreleri öngörülmüş, kanunda öngörülen belli süreler içerisinde bu disiplin cezalarının soruşturularak sonlandırılması gerekir. Bazı suçlar bakımından daha kısa, bazıları bakımından daha uzun bir soruşturma süresi öngörülmüş. Fiil duyulduktan, öğrenildikten sonra memuriyetten çıkarma cezası için 6 ay içerisinde, diğerleri için 1 ay içerisinde soruşturmaya başlanması gerekiyor. Memurun şu suçu işlediğini öğrendiniz, eğer bu suçun cezası memuriyetten çıkarma cezası gerektiren bir fiil ise en geç 6 ay içerisinde soruşturmaya başlanması gerekir. Soruşturmaya başlanmazsa soruşturma zaman aşımına uğramış olur. Diğer cezalarda ise 1 ay içerisinde başlamak gerekiyor. Her halükarda disiplin fiilinin işlendiği tarihten itibaren 2 yıl içerisinde cezanın verilmesi gerekiyor memura. 2 yıllık süre de cezalandırma zaman aşımıdır. Bunlar da disiplin suçlarına ilişkin zamanaşımı kuralları. Bu süreler geçtikten sonra, soruşturma süresi geçtikten sonra soruşturma yapılamaz; cezalandırma süresi geçmişse de devlet memuruna soruşturma açılmış olsa bile artık ceza verilmesi mümkün olmaz. Dolayısıyla da belli süreler içerisinde disiplin süreci tamamlanmak zorundadır.

Ceza hukukundan farklı olarak disiplin hukukunda soruşturma açılması ceza vermek bakımından zaman aşımını kesen bir unsur olarak kabul edilmemiştir. Çünkü, disiplin cezası gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet 2 yıl

içerisinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zaman aşımına uğramaktadır.

DMK madde 127'de *"bu kanunun 125. maddesinde sayılan fiil ve halleri işleyenler hakkında bu fiil ve halin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren uyarma ve kınama cezaları verilir."* denilmektedir. Ancak bir sonraki fıkrada cezalandırma yetkisinin nihayet 2 yıl içerisinde sona ereceği öngörülmektedir. Bu nedenle üst sınır olarak 2 yıl belirlenmiştir. Örneğin, siz 6 ay sonra öğrendiniz, o öğrenmeden sonraki 6 ay içerisinde memura soruşturma açılabilir veya bir yıl sonra öğrendiniz, sonraki 6 ay içerisinde soruşturma açabilirsiniz, ancak 2 yıldan sonra benim kanaatim artık zaman aşımına uğradığından soruşturma açılmayacağı yönündedir.

Bu konuyla bağlantılı olarak bir soruyu gündeme getirmek isterim. Örnekte, zimmet suçu işlemiş bir memur hakkında disiplin soruşturması ve aynı zamanda ceza kovuşturması başlatılır. Bu iki süreç birbirinden kural olarak farklı işler, çünkü kanun bunu böyle düzenlemiştir. Birinin açılmış olması diğerinin açılmasını etkilemez. Peki, burada ceza mahkemesinin ceza davasında vereceği karar, disiplin kararını etkiler mi?

Burada verilen beraat kararının mahiyeti önemlidir, fiilin gerçekleşmediği yönündeki bir maddi tespiti içermesi gerekir. Eğer böyle bir tespit içeriyorsa disiplin soruşturmasını etkiler; ancak sadece beraat etmiş olması disiplin soruşturması sürecini etkilemez çünkü iki sürecin amaçları ve işlevleri farklıdır.

Disiplin Cezalarına Karşı Başvurulabilecek Yollar

Disiplin cezalarına karşı itiraz mümkündür. Disiplin soruşturması sürecinin işleyişi şu şekilde cereyan eder: Memur hakkında bir şikayet üzerine veya bir denetim veya ilgili amiri tarafından doğrudan disiplin soruşturması başlatılabilir. Bu disiplin soruşturması başlatılırken disiplin amiri bizzat kendisi veya onun görevlendireceği bir soruşturmacı veya soruşturma heyeti tarafından soruşturma yürütülebilir. Nihayetinde elde edilen soruşturma raporu hazırlandıktan sonra bu soruşturma raporu neticesinde yetkili olan disiplin amiri veya disiplin kurulu hangisi ise ilgili mevzuatta düzenlenmiş olan karar vermeye yetkili olan disiplin amiri veya kurulu memur hakkında disiplin cezası vermeye veya vermemeye karar verebilir. Bu verilen karara ilgili kişi tarafından 7 gün içerisinde idari yollardan itiraz edilebilir. Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna; kademe ilerlemesi durdurulmasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. Her kurumda disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulunun kim olduğu kendi mevzuatlarında düzenlenmiştir. Dolayısıyla disiplin kurulu veya yüksek disiplin kuruluna 7 gün içerisinde itiraz etme imkanı vardır. İtiraz üzerine incelemeyi yapan kurul; cezayı kaldırabilir, daha hafif bir ceza uygulanmasına karar verebilir veya aynen daha önce verilmiş olan cezayı onaylayabilir. Disiplin cezalarına karşı isteyenler yargı yoluna gidebilirler. Dava açarak bu kararın iptalini isteyebilirler.

Görevden Uzaklaştırma Tedbiri

Disiplin sürecinde kimi zaman memurun disiplin soruşturmasının niteliği itibariyle görevinin başında kalması sakıncalı olabilir. Mesela memurun zimmetine para geçirdiğine ilişkin bir iddiayla soruşturma açıldığı ve memurun da saymanlık görevinde bulunduğu bir durumda soruşturmanın selameti bakımından bir şüphe olabilir. Bu şüphenin ortadan kaldırılabilmesi için memura görevden uzaklaştırma dediğimiz tedbir uygulanarak memur görevden uzaklaştırılır ve soruşturma yürütülür ve tamamlanır. Dolayısıyla görevden uzaklaştırma disiplin sürecinin sağlıklı bir şekilde, objektif olarak, memurun etkisinin olmadığı bir şekilde yerine getirilmesini sağlar. Diğer taraftan kimi zaman görevden uzaklaştırma tedbiri o kurumun düzeni veya o hizmetten yararlananların daha doğru bir şekilde hizmetten yararlanmaları bakımından da gerekli olabilir. Öğrencisine tacizde bulunan bir öğretmen hakkında başlatılan soruşturma örneğinde olduğu gibi esasen görevinin başında bulunması soruşturmayı doğrudan etkilemeyebilir. Ancak şu şekilde etkileyebilir, öğrencilere kendi lehine beyanda bulunmaları için baskı yapabilir, ancak diğer tarafta kamu düzeni bakımından sıkıntılar oluşur. Veliler ve diğer öğrenciler endişe duyacaklardır. Dolayısıyla hakimin kararı netleşinceye kadar; soruşturma sonuçlanıncaya kadar görevinden uzaklaştırılmasında o kurumun düzeni bakımından bir gereklilik vardır. Sadece soruşturmanın selameti bakımından değil, soruşturmanın tarafsızlık ve güven içerisinde gerçekleştirilmesi bakımından değil; kimi zaman o kurumda infial olmaması, hizmetten yararlananların eşit ve adil bir şekilde yararlanabilmeleri bakımından da görevden uzaklaştırma bir tedbir olabilir. Belediye başkanlarının görevlerinden uzaklaştırılması örneğinde olduğu gibi -gerçi onlar farklı bir kanuna tabii olarak görevden uzaklaştırılırlar- neden uzaklaştırılırlar? Bir belediye başkanı hakkında Cumhurbaşkanına saygısızlık yaptığı gerekçesiyle disiplin veya ceza soruşturması başlatıldığında görevden uzaklaştırma tedbiri alınması gerekir mi? Gerekmez, çünkü görevinin başında bulunması işlediği suç bakımından herhangi bir önem taşımaz. Ancak aynı belediye başkanı hakkında rüşvet aldığı, ihaleye fesat karıştırdığı vs. gibi konulardan soruşturma açıldıysa görevinin başında bulunması soruşturmanın selameti açısından ciddi bir problemdir. Devlet memurları bakımından da böyle durumlar söz konusu olabilir. Ancak bazen suçun niteliği bakımından bir infial meydana getirir. Hizmetten yararlananlar veya etkilenenler bakımından o kişinin en azından soruşturma sonuçlanana kadar görevinin başında olmamasında fayda olabilir. Bu gibi durumlarda da görevden uzaklaştırma tedbirine başvurulabilir. Görevden uzaklaştırma tedbirine kimler karar verebilir? Atamaya yetkili amirler; ilçelerde kaymakam, illerde valiler görevden uzaklaştırma kararı vermek konusunda yetkilidirler. Keyfi olarak bir amir bir memuru görevden uzaklaştırırsa bu şekilde keyfi davranan amirin hem hukuki hem cezai hem de mali sorumluluğu vardır. Görevden uzaklaştırılan memurun memuriyet statüsü sona ermez. Maaşının üçte ikisi kendisine ödenmeye devam eder. Diğer sosyal haklardan, özlük haklarından aynen yararlanmaya da devam eder. Sadece memuriyet statüsünde bir kısıntı meydana gelir. İşe gitmez,

çalışma yükümlülüğü ortadan kalkar. Maaşı bir süre eksik olarak ödenir ancak bu eksik ödenen maaş daha sonra eğer hakkında memuriyetten çıkarma cezası dışında bir ceza uygulanırsa ya da ceza almaz da görevine iade edilirse, eksik ödenen kısımların tamamı memura iade edilir. Bu kesintilerin iade zorunluluğu kanunla düzenlenmiştir. Görevden uzaklaştırma tedbiri belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. En fazla 3 ay için görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanabilir. 3 ay içerisinde de disiplin soruşturmasının tamamlanmış olacağı varsayılır. Dolayısıyla memurun özlük haklarından ciddi bir kısıntı oluşturduğundan bu tedbir 3 aydan fazla süreyle uygulanamaz.

Memurların Ceza Hukuku Sorumluluğu (Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması)

Memurların suç işledikleri zaman yargılanmalarına ilişkin prosedür farklı şekilde düzenlenmiştir. 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunla belirlenen prosedüre uygun olarak devlet memurları yargılanırlar. Kendilerine özgü bir yargılama süreciyle yargılanmalarının mantığı şudur; memurun sürekli dava tehdidi altında olması ve sürekli hakkında dava açılacağı düşüncesiyle davranması, onu kamu görevini gereği gibi yerine getiremez yapar ve çekingen davranmasına sebep olur. Bu nedenle bir takım kamusal faaliyetlerin aksaması gibi bir durum söz konusu olabilir. Bu nedenle memurların yargılanması belli kurallara tabii tutulmuştur. Kamuoyunda zaman zaman memur dokunulmazlığının milletvekili dokunulmazlığı gibi olduğuna ilişkin şikayetler gündeme gelmektedir. Burada memurlar bir suç işledikleri zaman doğrudan yargılanamamaktadırlar. Belli bir prosedüre göre yargılanabilirler. Memurların doğrudan yargılanamayacağını söylesek de buradaki doğrudan yargılanamamanın kapsamı *görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar bakımından* geçerlidir. Memurun dışarıda işlemiş olduğu, göreviyle ilgili olmayan suçlar bakımından bu süreç geçerli olmayacaktır. Görevleri ile ilgili suçlarda ancak mezkur prosedüre göre yargılanmaları gerekmektedir. Kanunun kapsamında bazı hususlar istisna tutulmuştur. Bu istisna tutulan kanunlara, kanun tiplerine göre göreviyle ilgili olsa bile bu suçlar işlendiği takdirde hemen memur hakkında soruşturma başlatılması gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse, ağır cezayı gerektiren suç üstü hallerinde prosedür bakımından herhangi bir soruşturma kısıtlamasına tabii olmadan doğrudan soruşturma açılması gerekir. Bunun gibi istisnalar dışında TCK'da belirli suçları işleyenler bakımından doğrudan soruşturma açılır ancak bunların dışında göreviyle ilgili işlemiş olduğu suçlarda memur hakkında doğrudan soruşturma açılmaz. Bir memur göreviyle ilgili bir suç işlediğinde, örneğin hakkında hakaret ettiği iddiası ile savcılığa suç duyurusunda bulunulduğunda, savcılık, bu iddialar ile ilgili acil durumda kaybolma riski bulunan delilleri toplamak dışında herhangi bir işlem yapmaz. Savcı, dosyayı hazırlayarak memurun yargılanmasına izin vermeye yetkili olan merciiye gönderir. Memurun yargılanması hakkında izin vermeye yetkili olan merciiiler Kanunda detaylı olarak tanımlanmıştır. Örneğin, ilçelerde kaymakamlar, ilde vali, Cumhurbaşkanlığında çalışan memurlar hakkında

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri hakkında Cumhurbaşkanının kendisi gibi, Kanunda belirtilmiş olan makamların izin vermesi durumunda ancak devlet memuru hakkında soruşturma açılabilir veya yürütülebilir.

Soruşturmaya izin vermeye yetkili makam da bizzat kendisi veya görevlendireceği kişiler tarafından bir ön inceleme yaptırır. Ön inceleme, 4483 sayılı Kanunda ve her kurumun kendi mevzuatında belirlenen kişilerce bir heyet tarafından ve heyete başkan seçilerek veya bazı durumlarda tek bir kişi tarafından yapılabilir. Bu şekilde belirlenen ön inceleme heyetinin veya görevlisinin yaptığı çalışma neticesinde, memur hakkında bir ceza davası açılması gerektiği veya gerekmediği (lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme) yönünde bir görüş bildirilir. Ama bu bir ön inceleme görüşü olup nihayetinde yetkili mercii bu raporu esas alarak veya kendisi doğrudan ön inceleme yapmışsa kişi hakkında yargılamaya izin verebilir veya vermeyebilir. Bu şekilde izin verildiği durumda savcılık yargısal süreci işletir, izin verilmemesi durumunda ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayet sahibi bu karara itiraz edebilirler. İzin verilmesi durumunda ise hakkında yargılama izni verilen memur bu karara itiraz edebilme hakkına sahiptir. Burada ise soruşturma konusu olan fiili işleyen memurun statüsüne göre Danıştay veya Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilerek bu itiraz neticesinde karara bağlanır.

Burada bir şikayet ve ihbarın neticesinde ön incelemeye konu olabilmesi için mutlaka ihbarın bazı kriterlere özelliklere uygun olması o lazımdır. Şikayetin ciddi olması, şikayetçinin adı soyadı iletişim bilgilerinin yer alması, soyut bir takım ifadeler içermemesi lazımdır. Örneğin başvuru sahibi ismini belirtmeden, delile dayanmadan, somut bir kişi ismi verilmeden, soyut iddialar ile kurumun yetkili amirine "memurlarınız rüşvet alıyor" şeklinde bir mektup gönderdiğinde bu nevi ihbarlar işleme konulmaz. Ancak şu örnekteki dilekçe; *"Belediyenizde çalışan Ahmet Parasever isimli personel şu gün şu tarihte şu şirkette toplantılar yapmıştır. Banka hesabına şu kadar para aktarılmıştır. Bunun neticesinde belediyenizce daha önce reddedilen ruhsat talebi kabul edilmiştir ve ruhsatı düzenlenmiştir."* benzeri bir şikayetin dikkate alınması ve ön inceleme konusu yapılması gerekmektedir. Bu kriterlere uymayan şikayetlerin ön incelemeye alınmamasının nedeni memurun huzursuz ve güvensiz bir ortamda çalışmasının önüne geçilmesi adına memurun isnat ve iftiralara karşı korunması hakkının kullanılabilmesini sağlamak amacından ötürüdür. Aksi halde, sadece memuru taciz etmeye, rahatsız etmeye yönelik onlarca dilekçenin yazılmasına ve memur tarafından mesleğin yapılmasının imkansız hale gelmesine imkan tanınmış olur. Dolayısıyla yapılan şikayetlerin ön incelemeye alınabilmesi için bu niteliklere uygun olması gerekmektedir.

Soruşturma izni verildikten sonra memur hakkında soruşturma yürütülerek savcılığa intikal ettirilir. Soruşturma izni verilirse, savcılık hazırlık soruşturmasını başlatarak memur hakkında dava açılmasına veya açılmamasına karar verecektir. Bundan sonraki kısım idari aşamayı geçerek yargı aşamasını ilgilendiren bir durumdur.

Görev yerinde vekaleten bulunan memurlar, asilin tabii olduğu kurallara göre yargılanırlar. Örneğin, asilin yargılanmasına izin veren kişinin vali olduğu durumda

vekil olarak atanan kişi esasen ilçede görevli bir memur olduğu halde, normalde kendisi hakkında izin vermeye yetkili kişi kaymakam olsa bile, vekaleten ilde göreve atanan bir memur olduğu için onun hakkında yargılamaya izin verecek olan kişi asil olan kişinin yargılanmasına izin verecek veya vermeyecek olan makamdır. Bir diğer örnek durumda, bir ilçenin milli eğitim müdürü ile il milli eğitim müdürü birlikte sahte diploma düzenlemişlerdir. Böyle bir durumda il ve ilçe milli eğitim müdürleri hakkında soruşturma izni vermeye kim yetkili olacaktır? Burada, eğer aralarında üst-üst ilişkisi varsa üstün tabii olduğu prosedüre göre yargılama izni verilir. Memur olmayan bir kişi de memur olan bir kişi birlikte rüşvet suçunu işlemişse memur olanın tabii olduğu kurallara göre yargılanır. Rüşvet suçu işleyen memurun tabii olduğu yargılama prosedürü nasıl işleyecekse, memur olmayan sivil kişi de o prosedüre tabii olarak yargılanacaktır. Ancak bu durum sivil olan hakkında doğrudan dava açılmayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak birlikte suç işledikleri için örneğin memur Yargıtay'da doğrudan yargılanacak bir memur ise, sivil olan kişi bu sebepten ötürü sivil bir Asliye Hukuk Mahkemesinde de değil, suçu birlikte işlediği memurla birlikte doğrudan Yargıtay'da yargılanacaktır. Yargılama prosedürü bakımından kanun böyle bir birliktelik aramaktadır.

Vekaleten atamalarda iki tür vekaleten atama vardır. Birincisi memurun geçici olarak görevi başında olmadığı vekaleten atanan memurdur, hastalık veya başka bir sebeple iki gün izin almış memurun o günkü günlük işlerini takip etmesi açısından vekaleten atanmış, görevlendirilmiş olması nedeniyle rutin işleri yapması ve çok fazla detaya girmeyerek önemli kararlar bakımından asili beklemesi gerekir. Bir de vekaleten atama denen 3 yıl-5 yıl gibi uzun dönem vekaleten o görevi sürdürenler vardır. Örneğin Merkez Bankası Başkanlığı bir dönem 2 yıl boyunca vekaleten yönetilmişti. Yargılanmasına izin verecek merciinin yaklaşımı vekaleten atamanın niteliğine göre olmalıdır.

Yargı Kararlarının İncelenmesi:

"Davacı hakkında cezaevine yasak eşya sokmak ve rüşvet almak suçundan açılan dava sonucunda yapılan ceza yargılamasında davacının eylemi sabit görülerek 18 yıl hapis cezası ile cezalandırıldı. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 10. derece Ceza Dairesi tarafından ---- sayılı kararında fiilin işlendiğine ilişkin yeterli delilin her türlü şüpheden uzak somut ve kesin kanıt bulunmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararın ---- yeniden yapılan yargılama sonucunda Afyonkarahisar 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin sayılı kararı ile suçun sanık tarafından işlendiği suçu sabit olmaması nedeniyle beraatine karar verilmiştir."

Delil yetersizliğinden gelen bir beraat kararıdır. Davacı hakkında cezaevine yasak eşya sokmak ve rüşvet almak suçundan yapılan ceza yargılamasında beraat etmiş ise de ceza mahkemesinde delillerin takdiri ve suçun niteliği yönünde yapılan değerlendirmede uyulacak ilke ve kurallar disiplin hukuku açısından uygulanacak kurallardan farklı olup aynı suç ile ilgili olarak verilen beraat kararının disiplin soruşturmasına engel oluşturmayacağı açıktır. Daha önceki bölümlerde değinildiği

gibi, delillerin değerlendirilmesi, delillerin niteliği ve disiplin soruşturmasına etkisi farklı bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Hiçbir şüphe olmadan beraat kararı verilmesi ancak disiplin soruşturmasını sonlandırabilir. Başka bir örnek verirse, bir olay mahalline geldiğinizde, mezkur mahalde bir polis, elinde bıçak olan bir adam ve bir ölü adamın bulunduğu müşahede edildiğinde suçun bıçaklı adam tarafından işlendiği kanaatine varılabilir ancak bu kanaat kesin değildir. Kesin kanıya varabilmek için ölüm saati tespit edilmesi, cesedin sıcak mı olduğu, kaç gün önce öldüğü vs. tüm bunların araştırılması gerekir. Ölünen cesedi üzerinde bir başka kişinin saç tellerine rastlandığı, adamın bıçağı yardım amacıyla o anda yaralı olan maktulün cesedinden çıkardığı anlaşılabilir, tüm bu senaryolar çoğaltılabilir. Dolayısıyla suçun işlendiği hususunda hiçbir şüphe bırakılmaması gerekmektedir. Zira ağırlaştırılmış müebbet hapse kadar ağır cezalar verilebilir. Halbuki disiplin hukuku bakımından böyle bir şey söz konusu değildir. Örneğin öğrenci sınav esnasında elinde veya sırası üzerinde soruların cevabı bulunan bir kağıtla yakalandığında, cevap kağıdına yazıp yazmadığı, masada mı unuttuğu, çantasına koymak üzere mi çıkarttığı, başka bir öğrencinin mi bıraktığı gibi bütün bu ihtimalleri değerlendirme dışında tutarak disiplin işlemi yapılmaktadır. Ya da sınav esnasında bir öğrenci telefonunu açarak bir şeye baktığı durumda yakalandığında o anda telefonuna el koyarak iletişim özgürlüğünü sınırlandırma veya telefonun içeriğine bakma hakkımız olmadığından kopya çektiği hususunda karine kabul ederek disiplin cezası vermek bakımından yeterli olabilir. Ancak o kişi o telefonuyla hakaret içerikli bir mesaj attı denilebilmesi için mutlaka o mesajın o telefondan gönderildiğinin ispat edilmesi lazımdır. Tüm teknik imkanların ve delillerin vasıtasıyla bu durum ispat edilir. O nedenle ceza hukuku yargılama prosedürü ile disiplin hukukundaki yargılama prosedürünün amaçları, işlevleri farklı olduğundan, sadece beraat etmiş olması (delil yetersizliğinden) disiplin cezası verilmesine engel değildir.

“Bu durumda 5607 sayılı kanuna muhalefet suçu nedeniyle almış olduğu mahkumiyet hükmü henüz kesinleşmeyen davalının bu aşamada 657 sayılı devlet memurları kanununun 48. maddesi "kaçakçılık suçlarından mahkum olmak" şartı taşımadığından söz edilemeyeceği,”

Memuriyete girişte belli suçlardan mahkum olmamak koşulu vardır. Burada mahkum olmama mutlaka hakkındaki hükmün kesinleşmiş olmasını gerektiriyor. Burada memur hakkında verilen mahkumiyet kararı henüz kesinleşmediğinden bu memuriyete girişi bakımından engel değildir.

Ceza Mahkemesi kararının etkilerinin ortadan kaldırılmasının öğretmen olarak atanmaya etkisi:

Af veya başka bir yol ile ceza davasının sonuçları ortadan kalkarsa bu kişi memur olarak atanabilir mi ya da memuriyete etkisi ne olur ?

“Bakılan olayda Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 25.12.2013 tarih - sayılı kararı ile davacı hakkında ilgili tarih ve sayılı karar bakımından mahkumiyet hükmünün verilen cezanın uygulanan güvenlik tedbiri ve bütün kanun neticeleri ile birlikte kaldırılmasına, ayrıca adli sicil ve arşiv kaydının silinmesine karar verildiği, bu kararın da kesinleştiği görülmektedir. Bu durumda Erzurum 2. Ağır Ceza

Mahkemesinin tarih - sayılı kararı ile davacının atanmasının iptaline dair davaya konu işleme gerekçe oluşturan hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün, verilen cezanın uygulanan güvenlik tedbirlerinin bütün kanuni neticeleriyle birlikte kaldırılmasına ayrıca adli sicil ve sabika arşiv kaydının silinmesine karar verildiği hususu dikkate alındığında mahkemece davacı hakkında oluşturulan yeni hukuki durum göz önüne alınarak, öğretmen olarak atanma niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilmesine karar verilmesi gerekmekte olup bu sebeple idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Yani ceza yargılaması neticesinde mahkumiyet kararı, güvenlik tedbirleri ortadan kalkmış ise artık bunun idare hukuku bakımından da bağlayıcı olacağı ifade edilmektedir. Bu noktada, idare bu kararı dikkate almak zorundadır. Çünkü neticede yargı kararıyla ortaya çıkmış olan bir durum söz konusu olup memuriyet statüsünü etkilemektedir. Memuriyetin koşullarının sonradan kaybı da memuriyetin sona erme sebeplerinden biridir. Memuriyete giriş koşullarından biri belli suçlardan mahkum olmamayı gerektirdiğinden memur olduktan sonra da o suç işlenirse memuriyet statüsü sona ermektedir. Bu suçun işlendiğine dair ilk derece mahkemesi kararıyla memuriyet statüsü sona erdirildikten sonra üst mahkemede karar bozulursa memurun (diğer memuriyet koşullarını taşıması şartıyla) yeniden işe alınması gerekmektedir.

Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin İdare Hukuku Bakımından

Etkisi:

Ceza hukukunda hükmün açıklanmasının ertelenmesine dair bir müessese bulunmaktadır. Kişi ile ilgili yapılan yargılama neticesinde bir hüküm kurularak ceza verilmekte, ancak bazı durumlarda bu cezanın açıklanmasının ertelenmesine karar verilmektedir. Bu kararın idare hukuku bakımından etkisi var mıdır? *"Bu açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirdiğimizde davacı hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın kesinleşmiş bir mahkeme kararı olarak değerlendirilemeyeceği açık olup davacının mevcut silah taşıma ruhsatının alınan karar nedeniyle iptaline ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından idare mahkemesi kararı davacının silah taşıma ruhsatının iptaline ilişkin işleme yönelik kısmının sonucu itibarıyla yerindedir. Öte yandan Ağır Ceza Mahkemesinin kararı davacıya hukuki bir sonuç doğurabilmesi ancak denetim süresi içerisinde bir suç işlenmesi halinde mümkündür. Dolayısıyla mahkemenin belirlediği 5 yıllık deneme sürecinin davacının sanık sıfatının devam ettiğinden kabulü gerekeceğinden adı geçeninin durumu yukarıda aktarılan yönetmeliğin 16.m 4. fıkrası kapsamında yargılaması devam eden kişi olarak değerlendirilerek yeni ruhsata ilişkin talebinin yargı kararı kesinleşinceye kadar diğer bir tabirle denetimli serbestlik süresi sonuna kadar durdurulmasına ilişkin davalı işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına..."* Yani mahkeme burada hükmün açıklanmasına ilişkin kararın ertelenmesine ilişkin kararı kesin olmayan bir karar olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla memuriyetin doğrudan statüsünü etkilememesi lazımdır, ancak sanık statüsü devam etmekte olup bu statüye bağlanan hukuki sonuçlar ancak etkili olabilmektedir. Mahkeme tarafından bu fiil işlendiği kabul edilmiş ve şahsa ceza verilmiş olmakla beraber ceza hukukunun

kendine özgü gerekçeleri nedeniyle ceza hukukunun cezalandırma adaleti sebebiyle, ortaya konulmuş müesseseleri sebebiyle cezanın muaccel olarak uygulanmadığı, 5 yıllık bir denetim süresi verildiği, aynı fiili tekrar işlemezse bu cezanın tüm sonuçlarını ortadan kaldıracacağı görülmektedir. Ancak fiilin işlendiği ve kişinin mahkum olduğu hususunda bir tereddüt bulunmadığından bu kararın idare hukuku bakımından mutlak bir şekilde dikkate alınması gerekir mi ?

Mevcut kararda yer alan azlık oyunda: "*davacının satın aldığı silahı, silah taşıma ruhsatı verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu Karabük Ağır Ceza Mahkemesi'nin sayılı kararı davacıya hukuki sonuç doğurabilmesi için ancak denetim süresi içerisinde bir suç işlenmesi halinde mümkün olduğundan bu süre içinde yargılanmasının devam ettiği kapsamında değerlendirilmesine de olanak bulunmamaktadır. Bu durumda davacının başvurusu değerlendirmeye alınarak eğer şartları taşıyorsa silah taşıma ruhsatı düzenlenmesi gerektiği, aksi durumda ise davacının başka şartları yönüyle de silah taşıma ruhsatı almasına engel bir durum var ise bu nedenler yönüyle red edilmesi sonucuna varılmaktadır. Açıklanan nedenlerle idari davacının yeni ruhsat talebinin yargı kararı kesinleşinceye kadar diğer ifadeyle denetimli serbestlik süresi sonu durdurulmak suretiyle reddedilmesine ilişkin hukuki işlemde hukuka uyarlılığın bulunmadığı*" ifade edilmektedir.

Disiplin hukuku bakımından burada tartışılması gereken husus esasen fiilin işlendiği konusunda bir tereddüdün olmaması ancak sadece ceza hukuku bakımından mahkeme hükmün açıklanmasını erteleyerek onun ceza hukuku sonuçları konusunda farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Burada, hiçbir şekilde silah taşıma ruhsatı ile ilgili de olsa, disiplin hukuku bakımından hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasının bir etkisinin olmaması gerekmektedir. Çünkü bu kişinin bu suçu işlediği konusunda yargı kararı ile ortaya çıkmış bir durum söz konusudur. Bunu mahkeme ceza adaleti bakımından hükmün açıklamasını ertelemeye karar vermiş olabilir çünkü o kararın etkileri ve sonuçları farklı olabilir, ilk defa suç işlemiştir, olumlu bir kanaat oluşmuştur sanık hakkında... Dolayısıyla mahkeme bu kişi hakkında hükmün açıklanmasını erteleme kararı alabilir ancak bu, bu kişi hakkında mutlaka disiplin cezası verilmeyeceği anlamına gelmemelidir. Çünkü fiilin işlendiği konusunda mahkemenin de nihayetinde teyit ettiği bir durum söz konusudur. Burada bir disiplin yaptırımı olmasa da, idare hukukunun muhatap olduğu konu bir ruhsat talebi olsa da, ruhsatın da verilmemesi gerekmektedir. Kişi hakkında verilen delil yetersizliği sebebiyle beraat kararı bile disiplin cezası vermeye engel teşkil etmediği halde, fiilin işlendiği konusunda mahkemenin kesin kanaate vardığı ve hüküm verdiği bir durumda disiplin cezası uygulanmaması çelişkili olacaktır. Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararının disiplin hukukunu etkilemiyor olması gerekir. Ancak burada mahkeme muhtemelen bu durumu bir disiplin cezası yaklaşımı ile değil de, bir hakkın kullanılması, silah taşıma ruhsatı hakkının kullanılması bakımından yorumlamıştır. Gerçeği, silah taşıma ruhsatı hakkı konusunda da, verilen bu karar tartışmalıdır. Diğer yandan, nihayetinde kanun koyucu belli kişilere silah taşıma ruhsatı verilmemesini öngörüyorsa o fiili işlemiş bir kişinin artık o ruhsatı

almaması gerekir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması sebebi ruhsat almasını haklı kılmaz.

Memurların Mali Sorumluluğu

Memuriyetin bir de mali sorumluluk kısmı var. Memurların fiillerinden zarar görenler bu zararlarını nasıl tazmin ettirecekler? Medeni hukuktaki adam çalıştırmanın sorumluluğuna benziyor. Ama burada farklı düzenlemeler var. Getirilen düzenlemeler mağduru korumak için getirilmiştir. Birisi çok yüksek tazminatı gerektirecek bir zarar verdiğinde bunun kişi tarafından karşılanması mümkün olamayacağı için kişi tazminatı idareden alır, idare de memura rücu eder, sistem bunu öngörüyor. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan kaynaklanan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir. Burada memuru da koruma söz konusu, iş yaparken sürekli tazminat davasına maruz kalıp iş yapamaz hale getirmeyi engelliyor. Zarar gören kişiye dava açamaz, idareye dava açar. Ceza kovuşturması durumundaki koruma da benzerdir, memur hakkında ceza davası açılması için izin alınması gerekmektedir.

Kamu Personeli Statüsünün Sona Ermesi

Son konumuz, personelin statüden çıkmasına ilişkin konudur. Ölüm, kamu personeli statüsünden çıkmayı sağlamaktadır. Ancak ölüme bağlanan sonuçlar vardır ve bunlara bağlanan sonuçları değerlendirmek önemlidir. Görev başında, görev sırasında, görevi dolayısıyla, görevinin belli bir senesinde ölüp ölmemesine göre farklı hukuki sonuçlar söz konusudur. Emekli aylığı, toplu ödeme, görev sırasındaki ölüme bağlanan maaş ile, normal ölümle bağlanan maaş arasında da fark söz konusudur. Dolayısıyla ölüm bir doğal sona eriş hali ancak kendi içinde alt kategorileri de vardır. Fahri ajanın ölümü halinde, görev dolayısıyla yani idareye ait bir işi yaparken ortaya çıkan zararlardan ötürü, idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir. Keza mükellefler, örneğin askeri hizmette bulunanlar için de idare ile bağlantı söz konusu olduğu için, bu bağlantı kapsamında hukuki rejimi belirlenmektedir.

Fahri ajanlar bakımından ele alınırsa, görevin bitmesi ile statüsü sona erecektir. Örneğin milli takıma seçildikten sonra, ülkeye dönmesi ile birlikte idare ile bağlantısı kesilecek, yani idare ile bağlantısı fiili iş nedeniyle olduğu için, o iş bitince kamu personel statüsünden ayrılmaktadır. İdare ile bağlantının tespit edilmesi halinde de maaş bağlanması söz konusu olmaktadır. Hatta maaş bağlanması konusunda mevzuat yoksa da müstakil kanun çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin Şehit Adem Yavuz'un annesine maaş bağlanması hakkında kanun ile gazeteci olan Adem Yavuz'un halkı bilgilendirmek amacıyla Kıbrıs'a gittiği düşünülerek kanunla annesine maaş bağlanmıştır. Gazetecilere ilişki mevzuatta da memurlara ilişkin mevzuatta da idare ile bağlantısını kuran bir hüküm olmamasına rağmen, hakkaniyet arayışı onun şehit olmasını, TC vatandaşı olduğu için esir alındığında olduğu kanaati olduğu için kanun

çıkarılmıştır. Dolayısıyla yönlendirici fikir, idare ile olan bağlantının bir zemine oturtulmasıdır. (Kamu hukukunda bu şekilde, gerektiğinde kanun bir araç olarak kullanılmaktadır. Var olan zemin üzerine gitmiyor, zeminin üzerini hukuki muamelelerle zenginleştiriyor.)

Sözleşmeli personel bakımından da sözleşme süresinin bitmesi, statüyü sona erdiren bir hal olarak gösterilemez. İdare hukukundaki sözleşmeli personelin sözleşmesi sona erdirilmedikçe, süresi uzar. İdarenin sona erdirmeye yönelik bir işlem yapması gerekir. Sözleşmenin sona ermesi, idarenin ihtiyacının da sona erdiği anlamına gelmez. Sürenin bitmesi, statünün tekrardan gözden geçirilmesi halidir. 50d kadrosunda bulunan öğretim elemanının doktora eğitimini bitirmesiyle statüsünün de sona ermeyeceğine ilişkin yargı kararları da bu mantıktan hareket etmektedir.

Ancak geçici bir iş için bir kurum bakımından işe alınan personel, işin bitmesiyle ihtiyaç da kalmayacağından, bir sona erme hali olmaktadır.

Memurluk statüsünün sona erme hallerine gelindiğinde, karşımıza ilk olarak **istifa (çekilme)** çıkmaktadır. İstifa esasında kabule bağlı bir durum değil. İstifa edildiği zaman, yükümlülükler kapsamında üzerinizde kamuya ait olan şeylerin geri verilmesi gerekir. Ayrıca devir ve teslim yükümlülüğü var ise görevi bırakmayı sınırlandırmaktadır. Olağanüstü bir durum var ise yerine gelecek memur göreve başlamadan bırakırsa devlet memurluğuna giriş bakımından yasak gündeme gelmektedir. Dolayısıyla istifa etmek kabule bağlı değil fakat, istifa edilir edilmez her görev bırakılmaz, bazı görevlerde yeni kişi atanana dek beklemek durumundadır. Mevzuatta kişi de korunarak, beklemek bir ayı geçemez şeklinde hükme bağlanmıştır. Yani görevin gereklerini yerine getirmek için düzenlemeler yapılarak bir hukuki statü oluşturulmuş olmaktadır. Bazı durumlarda ise mecburi hizmet yükümlülüğü getirilmektedir.

Çekilme açık bir irade iken **çekilmiş sayılma** ise belli bir tutuma bağlanan hukuki sonuçtur. Müstafi sayılmak eski dildeki kullanımıdır. Kimi haller gerçekleştiğinde esasında istifa iradesi olmasa bile istifa etmiş sayılmasıdır. Mesela 10 gün üst üste göreve devam etmeyen istifa etmiş sayılır. Ancak bu sürede zorunlu haller varsa göz önüne alınmaz, hastalık, göz altına alınma vs. gibi. Yine bir göreve atanalar yol izni ve mehil dışında süresinde göreve başlamazlarsa da istifa etmiş sayılırlar. Mesela askere giden memurun döndükten sonra 15 gün dinlenme hakkı olduğu kabul ediliyor, bu 15 günlük süreden sonra 10 günlük devamsızlığı yaparsa istifa etmiş sayılır. Bu haller DMK 98. maddede sayılmıştır.

Bir diğer sona erme hali de **devlet memurluğundan çıkartmadır**. Statüye son veren bir disiplin cezası ve ağır olduğundan disiplin hukuku bakımından özel koşullara bağlanmış durumdadır. Kişinin yaptıklarından ötürü görevle bağlantısını sona erdiren bir durumdur. Şartları bunun için kanunla belirlenmiştir. DMK 125. madde. Amirin talebi üzerine yüksek disiplin kurulu kararı ile verilmektedir.

Olumsuz sicil nedeniyle görevden çıkartma cezası da söz konusudur. İki defa üst üste olumsuz sicil alıp daha sonra başka bir sicil amiri emrine atanıp burada da olumsuz sicil alması hali, yani 3 kere olumsuz sicil almaya yöneliktir. Ancak bu düzenleme *yürürlükten kaldırılmıştır*.

Meslekten çıkartma adında ayrı bir durum vardır. Devlet memurluğundan çıkartmadan farklıdır. Bir meslekte yapamayacağına kabul etmek ancak devlet memurluğunda devam etmesini mümkün kılmaktır. Mesela mülki amirlere ilişkin düzenlemelerde, kaymakamlık başarısı gösterilmediği takdirde kaymakamlıktan çıkarılır ancak yazı işleri müdürü, genel idare personeli gibi başka görevler de yapabiliyor.

Koşullarda eksiklik ise, başta taşınması gereken koşulları sonradan yitirdiği takdirde örneğin okuma yazma bilmediği sonradan anlaşılırsa memurun veya sonradan mahkum olursa (süre bakımından veya suçun niteliği bakımından) başta olmaması gereken bir şart ortaya çıktığı için görevine son verilir. Bu sonucun mantığı, disiplinden farklı olarak görevi içindeki yaptığı işler nedeniyle değil, memurluk dönemi içinde gerçekleşen olayların başta olsa idi memurluğa engel olacak nitelikte tespitlerle sonuçlanmasıdır. Dolayısıyla başta taşınması gereken şartların tüm statü boyunca taşınması gerektiği kabul edilmektedir.

Bağdaşmazlık, bazı görevlerin memurlukla bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin milletvekilliği ile bağdaşmaz. Birbiri ile bağdaşmayan iki tam zamanlı iş karşılaştığında, kişi tercih ederek ancak birisini sürdürebilir.

Emeklilik, önemli sona eriş hallerinden birisidir. İki farklı görünümü vardır. İlki zorunlu emeklilik. Diğeri de emekli olabilmenin asgari şartıdır. Örneğin devlet üniversitesinde 67 yaşına gelindiğinde istenmezse dahi zorunlu olarak emekli olunur. 72 yaşına kadar da vakıf üniversitelerinde çalışılabilir. Temel mantık, iradeyi gençleştirmektir. Kadroları boşaltıp yeni insanları kadrolara almaktır. İkinci emeklilik türü ise yorulan ve artık çalışma hayatını bitirmek isteyenler için emekliliktir. Giriş dönemine göre farklı emeklilik yaşları olabilmekte, kadın-erkeğe göre farklı olabilmekte, çalışmanın güçlüğüne göre emeklilik yaşı belirlenmektedir. Üçüncü emeklilik türü ise kurumun ihtiyaçlar nedeniyle emekliye sevketmesidir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi tüm kurumun 60 yaşındakileri emekliye sevketmesine ilişkin kanunu iptal etmiştir. İdarelerin bu konuda arayışları söz konusudur. Hukuk devleti ilkesi gereği kişilerin hizmet hakkına ağırlık vererek idarelerin isteği üzerine iradeleri dışında emekliye sevkedebilme halleri sınırlandırılmış, azaltılmış ve hukuka aykırı kılınmış durumdadır. Ancak böyle bir ihtiyacın olması, bu yönde düzenlemeleri getirme potansiyelini içermektedir. Dolayısıyla emeklilik üç türlü olabilir, zorunlu nedenlerle, kişinin isteği ile, idarenin isteği ile.

Emekliliğe sağlanan haklar da söz konusudur. Yaşlılık aylığı, malullük aylığı, yaşlılık toptan ödemesi var. Tatil hakkı dışında diğer memurlara tanınan haklardan yararlanmaktadırlar. Emeklilerin ikinci görevde çalışmasına mevzuat imkan tanımaktadır. Fakat genç nüfusun da daha çok olduğu ülkelerde buna çeşitli yasaklar getirilmektedir. Zira çalışan nüfustan kesilen primler, emekli nüfusun mali haklarını ödemek için kullanıldığından, toplum yaşlandıkça emekli olduktan sonra çalışmak mümkündür. Emekli olan öğretim üyesinin vakıf üniversitesinde emekli maaşını almaya devam etmesi de çalışmaya teşvik için getirilmiştir. Böylelikle nüfus daha uzun süre ile çalıştırılarak, sosyal sigorta emeklilik sistemi ayakta tutulmaya çalışılmaktadır. Türkiye'de de belli bir oranda yaşlandığının göstergesi olarak emeklilerine çalışmayı

teşvik eden, en azından kösteklemeyen düzenlemeler yapmaktadır. Nüfus gençleştiği takdirde emeklilerin çalışması yasaklanacaktır. Nüfus yaşlanırsa emekliye de çalış diyebilecektir. Dolayısıyla bu hukuki kalıplar, sosyal verilere göre de oynayabilmektedir.

İDARENİN SORUMLULUĞU

İdare hukukunda idarenin teşkilatını, mallarını, personelini anlattık, idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı zarara uğranması durumunda idarenin sorumlu olup olmayacağını gündeme getireceğiz. Günlük yaşantımız içerisinde idarenin faaliyetleriyle karşı karşıya kalıyoruz veya duyuyoruz. Bu faaliyetler kapsamında bireyler kimi zaman zarara uğruyor. Haberlerde görüyoruz, anne ile çocuk yolda yürüyor, çocuk İSKİ'nin açtığı fosseptik çukuruna düşüyor, burada idarenin sorumluluğu nedir? Siirt'in bir ilçesinde teröristlerin mayın bırakması sonucu çocuk ölüyor, idare bundan dolayı sorumlu olabilir mi? Zaman zaman toplumsal olaylar meydana geliyor, çeşitli gösteriler oluyor, insanlar ölüyor, zararlar meydana geliyor. Bundan dolayı idare sorumlu olabilir mi? Günlük hayatta bir sürü örnek karşımıza çıkabilir. Hastaneye tedavi için yatıyorsunuz, yanlış iğne neticesinde sol kol felç oluyor. İdarenin sorumluluğu gündeme gelebilir mi? Hangi hukuki esaslara ilkelere dayandıracağız.

Devletin Sorumluluğu ve İdarenin Sorumluluğu

Devletin sorumluluğu, idarenin sorumluluğu iki farklı kavramdan bahsetmek istiyoruz. Devlet dediğimiz şey idare hukuku bakımından neyi temsil ediyordu? Merkezden yönetimi temsil ediyordu. İdari teşkilatı anlatırken devlet tüzel kişiliğinden öyle bahsetmiştik.

Bir de devlet dediğimiz 3 erki içinde barındıran bir organ var. Yasama, yürütme ve yargıyı içine alan bir organ var. Anayasa hukukuna göre devlet dediğimiz şey bunları içeren bir yapıyı ifade ediyor. Yasama organının yapmış olduğu işlemlerden dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olabilir mi? ya da yargısal faaliyetlerden dolayı idare sorumlu tutulabilir mi? Daha doğrusu devletin sorumluluğu gündeme gelebilir mi? Bunu örneklerle açıklayalım:

Yakın tarihte verilmiş bir Danıştay kararı var. Bir kanun çıkarıldı, BDDK yeniden yapılandırıldı. Bu kanununa göre BDDK üyelerinin tamamının görev süreleri başkan hariç sona erdirildi ve BDDK ya yeniden üyeler atandı. Bu kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla AYM'ye başvuruldu ve AYM bu kanunu Anayasaya aykırılık sebebiyle iptal etti.

Acaba hukuka aykırı, daha doğrusu Anayasaya aykırı olan bu kanun sebebiyle görevinden alınmış olan BDDK üyeleri devletin sorumluluğuna gidebilirler mi? Nihayetinde görevden alınmış oluyorlar, zarara uğramış oluyorlar belli mali imkân ve olanaklardan mahrum kalmış oluyorlar. Sorumluluk söz konusu olabilir mi? Bizim hukukumuzda yasama faaliyetinden ötürü devletin sorumsuz olduğu kabul edilir. Yani yasama organı takdir yetkisi içerisinde yasama faaliyeti yürütüyor.

Yasama organı faaliyetlerini yasama yetkisi erki içerisinde yerine getirir. Herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Ama bu son karar çerçevesinde Danıştay, BDDK üyelerinin görevlerinin sona erdirilmesi hakkında, kanun Anayasaya aykırı olduğu sabit olduğundan buna dayanılarak kişilerin görevden alınmasının

zararının idare tarafından tazmini gerekir, şeklinde karar verdi. Hâlbuki burada idarenin sorumluluğunu gerektirecek bir husus yoktur. Çünkü idare esasen kanunu uygulamış olmaktadır. AYM kararları geçmişe dönük olarak uygulanamıyor. İdarenin sorumluluğu söz konusu olabilir mi olamaz mı tartışılmalıdır; Bu istisnai bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada İdare sorumludur, hukuka aykırı kanun neticesinde görevden alındıkları için uğramış oldukları zararın idarece karşılanması gerekir diye karar verilmiştir. Ancak genel olarak, devletin yasama faaliyetlerinden ötürü sorumsuz olacağını kabul ediyoruz.

Yargı faaliyetleri bakımından da devletin sorumsuzluğu kabul edilmektedir. Bir mahkemenin vermiş olduğu karar sebebiyle herhangi tazminat talebinde bulunamazsınız. İstisnaları var mıdır? Dolaylı olarak devletin yargısal faaliyetlerinden ötürü sorumluluğunu öngören durumlar? Var. Hukuka aykırı gözaltı ve tutuklamalara ilişkin tazminat ödenmesine ilişkin kanun var. (Son dönem davalar...) Takip ettiyseniz görmüşsünüzdür. Bu davalarda beraat eden veya Yargıtay aşamasında bozulan kimi kişiler dava açtı ve hukuka aykırı gözaltı ve tutuklamalardan dolayı tazminatlar ödendi. Bu tür ödenen tazminatların temelinde özel bir yasal düzenleme var. Buna istinaden bu tazminatlar ödeniyor. AİHM'e gittiğinizde iç hukukumuzda mahkemenin vermiş olduğu kararın adil yargılanma hakkının ihlal etmiş olması ya da mahkeme kararının hukuka aykırı olması hatta ve hatta o kararın dayanmış olduğu yasa kuralının insan haklarını ihlal edici mahiyette olması nedeniyle AİHM temel hak özgürlüklerin ihlaline karar vererek tazminata hükmedebiliyor. Biz her ne kadar yargı faaliyetlerinden dolayı idare sorumluluğu kabul edilmiyor desek de dolaylı olarak bu şekilde bir sorumluluk gündeme gelebiliyor. AİHM kararları veya AYM'ye ilişkin kararlarda bunu görebilmekteyiz. AYM'ye göre, yargılama süresi uzun olmuşsa ve birey bundan dolayı mağdur olmuşsa, yargılama süresinin uzaması sebebiyle bireyin uğramış olduğu zarar adil yargılanma hakkının ihmalidir ve tazminat gerekebilir.

Bunun dışında HMUK'ta da yargı kararlarından dolayı hâkimlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler var. Kasten kötü niyetli olarak karar vermeleri durumunda hâkimlerin buna ilişkin sorumlulukları var. Onun dışında mahkemelerin vermiş olduğu kararlardan dolayı sorumluluğun olmayacağı kabul ediliyor. Uygulamada ciddi problemler söz konusudur. Yine bir örnekle izah edelim. Bir şahıs idareden bir ruhsat alıyor. Üçüncü bir kişi bu ruhsatın iptali istemiyle dava açıyor ve ruhsat hakkında mahkeme yürütmeyi durdurma kararı veriyor. Bu karar neticesinde ruhsat sahibi işyerini kapatmak zorunda kalıyor, (yürütmeye durdurma kararı) tasfiye ediyor. Yürütmeyi durdurma kararından sonra mahkeme iptal kararı veriyor. Karar temyiz ediliyor. Danıştay temyiz aşamasında, ilk derece mahkemesinin kararı yanlış, aslında ruhsat hukuka uygun şekilde karar veriyor. Bu durumda idarenin sorumluluğuna gidebilir miyiz? İdare, mahkeme kararını uyguladığı gerekçesiyle; *sadece ben sana zaten ruhsat vermiştim ki mahkeme de hukuka uygunluğu ruhsatın ortaya çıktı. Ancak bunu iptal eden de ilk derece mahkemesidir, ayrıca 30 gün içinde yargı kararı uygulanmak zorundadır. Dolayısıyla yargı kararlarının uygulanması bakımından işyeri kapatılmıştır, diyebilir.*

İdarenin sorumluluğu gündeme gelemmez. Peki, yargı yerinin sorumluluğu gündeme gelebilir mi? Onun için de herhangi bir sorumluluk gündeme gelmez. Çünkü mahkeme kararlarında, hâkimler bağımsız vicdanı kanaatlerine göre karar verebiliyorlar. İşte bunun gibi durumlarda vicdanen kabul edilmesi mümkün olmayan zararlar meydana gelebiliyor. Mesela yukarıda örnek verdiğimiz olaydaki kişi iflas etmiş olabilir. İdare sorumsuzdur dersek bu zararı kim tazmin edecek? Sorumludur dersek sorumluluğu dayandırabileceğimiz hukuki dayanak yok! Çünkü idarenin burada kusuru yok. Ruhsatı vermiş daha sonra iş yerini kapatmayı da mahkeme kararını uygulamak zorunda olduğu için yapmıştır. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunu dayandırabileceğimiz hukuki zemin yok. Bu zemin olmadığı için ne yapmak gerekir? Bu gibi spesifik olaylar sebebiyle esasen yargı faaliyetlerinden dolayı idarenin sorumlu olup olmayacağı meselesi ciddi bir şekilde tartışmalıyız. Gündeme getirilmesi gereken bir meseledir. O kişi böyle bir durumda AİHM'e giderse muhtemelen mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle devleti tazminata mahkûm edecektir. Ama önemli olan iç hukukta bunun yollarını açabilmektir. Yeri geldiğinde mahkeme kararlarının bu şekilde hukuka aykırı kararlar neticesinde bireylerin uğramış oldukları zararlara ilişkin tazmine imkân tanıyacak hukuki yolları açık bırakmak gerekir. Aksi halde bireyler bakımından telafisi mümkün olmayan zararların olması ihtimali var.

Tekrarlayacak olursak bahsettiğimiz yasal düzenleme dışında yargı kararlarından dolayı devletin sorumsuz olacağı kabul ediliyor. Bir de yargı faaliyetlerine yardımcı faaliyetler dediğimiz faaliyetler var. Mesela icra dairelerinin yürütmüş olduğu faaliyetler var. Esasen yargısal faaliyet yürütmüyorlar ama yargının vermiş olduğu kararları infaz eden kişiler ve savcılıkların vermiş olduğu kararlar uygulanıyor. Örneğin, bir kişi gözaltına alınıyor, sağlık raporu almak üzere kolu damgalanarak hastaneye sevk ediliyor. Niçin damgalanıyor? Sevk edilen kişi o kişi mi, tespiti bakımından herhangi bir değişiklik olmasın diye koluna damga vuruluyor. Buna ilişkin genelgenin iptali istemiyle açılan bir davada ve bireyin uğramış olduğu zararın tazmini özellikle manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada Adalet Bakanlığı aleyhine açılan davada Danıştay evet burada zarar vardır, kişinin hastaneye sevki sırasında kişinin koluna damga vurulması insan haklarının ihlali anlamına gelir, şeklinde karar verildi. Burada yargısal faaliyet yok, mahkemenin uyuşmazlığı çözmeye yönelik henüz bir kararı da yok. Başlamamış bir yargı sürecine ilişkin ama yargı faaliyeti içerisinde yani yargı organı içerisinde meydana gelen bir faaliyet durumu söz konusudur. Dolayısıyla bundan dolayı idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir.

Nitekim yargısal faaliyetler ya da yargısal kararlar nedeniyle idarenin sorumsuzluğunu kabul etsek bile yargı organı içerisinde uyuşmazlığı çözmeye ilişkin olmayan kararlar nedeniyle bireyler zarara uğruyor iseler o zararın da tazmini gerektiğine ilişkin örnekler bulunmaktadır.

Bu arada yasama organının sorumsuzluğundan bahsettik. Ancak yasama organının kendisi de bizatihi idari bir birim olarak teşkil olmaktadır. Çünkü meclisin de kendine özgü bir idari yapısı var, memurları var, mal alıyor mal satıyor. Dolayısıyla

Yasama organının idari işlevi olduğundan bahsetmiştik. İşte yasama organının idare işlevine giren işlem ve eylemlerinden dolayı da bireyler zarara uğrayabilir. Mesela meclis bahçesinde acık unutulmuş bir çukura bir vatandaşın arabası düşüp arabası zarar görürse bundan dolayı yasama organı sorumludur. Bundan dolayı Yasama organının sorumsuzluğu, yasama faaliyetlerinden doğan sorumsuzluktur. Çıkarılmış olduğu kanunlardan dolayı olan sorumsuzluktur. Yasama faaliyeti kapsamında almış olduğu kararlardan dolayı sorumsuzluktur. Yoksa yasama organının bir idare olarak vermiş olduğu zararlardan elbette ki sorumluluk gündeme gelir.

İdarenin Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğu hangi durumlarda söz konusu olabilir. Buna ilişkin hangi esaslara dayandırabiliriz. Bir kere buna ilişkin açıklamalara geçmeden önce idarenin sorumluluğu ile kamu görevlilerinin sorumluluğu arasındaki farka işaret ederek başlamak lazım.

Kamu görevlilerinin mali sorumluluğu

Kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Kamu görevlilerinin cezai sorumlulukları vardır. Bir de mali sorumlulukları var. Mali sorumluluk derken ne kastediyoruz? Kamu görevlisi görevini yerine getirirken hizmetten yararlanalar veya üçüncü kişilere zarar verme ihtimali var. Kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak idareye veya üçüncü kişilere zarar verme ihtimalleri var. İdare tarafından kamu görevlisinin görevini yerine getirmesi için ona zimmetlemiş olan bir kamu malına zarar vermemesi veya onu kurallara uygun kullanması, koruması yükümlülüğü vardır. Bunu yerine getirmediği zaman idare zarara uğrarsa kamu görevlisi sorumlu olur ve bu sorumluluk idarenin genel esaslara göre aleyhine açacağı bir dava neticesinde ortaya çıkan zararın istemiyle sonuçlanır. Ancak İdare kamu görevlisinin maaşından doğrudan kesinti yapmak suretiyle bu zararı tazmin edemez. Tahsil edemez.

Bir de bu hizmetten yararlananlara verilen zararlardan dolayı kamu görevlilerinin sorumluluğu meselesi var. Nasıl oluyor? Diyelim ki sınav kâğıtlarınızı değerlendirirken iki arkadaş bana güldü aslında sınıfı geçtikleri halde gıcıklık olsun diye 15 verip bırakabilirim. Böyle bir şey yaptığım zaman 3. Kişiye zarar vermiş olurum. 3. Kişiler kamu görevlilerinin kasıt kusur ihmalleri neticesinde zarara uğrayabilirler. Bu zarardan dolayı kamu görevlilerin sorumluluğu gündeme gelebilir. Buna da kamu görevlilerinin mali sorumluluğu diyebiliriz. Devlet memurları kanunu m.12 ay 129 m: kamu görevlileri görevleri esnasında vermiş oldukları zararlardan dolayı doğrudan kamu görevlisi aleyhine değil, idareye dava açılır. Bir doktor hastasını tedavi ederken Yanlış tedavi yaparsa doktor aleyhine değil doktorun içinde çalışmış olduğu kamu tüzel kişisine dava açıp zararın tazminini isteyebilirsiniz. Daha sonra genel hükümlere göre doktora, ilgili kamu görevlisine rücu edebilirsiniz. Bu durumun

idarenin sorumluluğuyla ne alakası var, diyebilirsiniz. Şu alakası var. Kamu görevlilerinin sorumluluğunu biz 2 başlık altında inceliyoruz.

Görev kusuru dediğimiz kamu görevlilerinin faaliyetlerinden doğan zararları vardır. Bir de **şahsi kusur** dediğimiz görevi ile ilgili olmayan görevini aşan sorumluluğu var. Bunlar kamu görevlisinin haksız fiil niteliğindeki davranışlarıdır. Bunları idareye izafe edemeyeceğimiz için idareyle ilişkisini kuramayacağımız için burada doğrudan kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusu olur. İdarenin sorumluluğu gündeme gelmez.

Ama kamu görevlisinin göreviyle ilgili olarak doğan zararların idare tarafından karşılanması gerekir? Neden? İki temel sebepten: birincisi kamu görevlisini sürekli dava tehdidi altında bırakmamak, ikincisi ise zarara uğrayan vatandaşları korumak. Kamu görevlisinin malı gücü sınırlıdır. SSK Okmeydanı Hastanesinde vatandaş kolunu kaybetti. Mahkeme 300 bin TL tazminata hükmetti. Ancak hemşire bunu ödeyemez. İdare bu tür zararları tazmin etme gücüne sahip olduğu için zarar idareye yöneltilmektedir. Zararın tazmin edilebilirliğini sağlamak bakımından hukuk sistemimiz önce idare aleyhine doğrudan dava açılmasını kabul etmiştir. Kişisel kusurda böyle değil. Kişisel kusur da doğrudan kamu görevlisinin aleyhine tazminat davası açma imkânınız vardır.

Kişisel kusurlar- görev kusuru arasında ciddi belirsizlik var ama nasıl ayırt edebiliriz? Şimdi görev kusurunu tanımlarken kamu görevlisinin görevi içerisinde görevi ile ilgili vermiş olduğu zararlar olduğunu söylemek mümkündür. Kişisel kusur ise artık görevle bağı kopmuş görev tanımı içerisinde yer almayan kusurlar olarak tanımlanabilir. Ama mesela işkence yapılmasını nasıl tarif etmek gerekir. Bir polis memurunun tutukluya ya da gözaltında bulunan bir kişiye işkence yapması görev kusuru mudur kişisel kusur mudur? Memurun görev tanımına baktığımız zaman (Danıştay'da ilk zamanlarda bunu yaptı) bu kesinlikle polis memurunun görev tanımı içine giren bir şey değildir. Hukuken kabul edilen bir sorgulama yöntemi değildir. Dolayısıyla idare buna böyle bir görev ve sorumluluk yüklememiştir. Böyle bir yöntemle başvurması tamamen kendi kişisel kusurudur. Şeklinde bir yaklaşım ortaya koydu. Ancak Danıştay daha sonraki içtihatlarında bunu değiştirdi. Şöyle ki, kişisel kusur tanımının dışında bir yaklaşım ortaya koyarak dedi ki: bu fiil her ne kadar işkence olsa bile burada idare istihdam edeceği kamu görevlisini seçerken dikkatli davranmak zorundadır. İyi kamu görevlisi istihdam etmek zorundadır. Hukuka uygun davranacak kamu görevlisi istihdam etmek zorundadır. Bu yaklaşımı ortaya koyarak idareyi sorumlu tuttu.

Farklı yaklaşımlar var. En son Yargıtay, içtihadını değiştirerek; hekimlerin tıbbi hata dediğimiz sağlık faaliyetlerinden dolayı vermiş oldukları zararlardan dolayı ancak idare aleyhine dava açılabilmesi sonucuna varan bir yaklaşım ortaya koydu. Bu nedenle kimi zaman kişisel kusur ile görev kusurunu ayırt etmek kolay olmamakta ancak Danıştay'ın yaklaşımının, kişisel kusur alanını daraltıp görev kusuru alanını genişletmek şeklinde olduğunu da ifade etmek lazım.

İşkence, kötü muamele hukuken yasaklanmış bir fiildir. Eğer bir kamu görevlisi hukuken yasaklanmış bir fiil işliyorsa ceza hukuku bakımından suç teşkil

eden bir fiildir. O zaten görev tanımı içine giren bir fiil değildir. O faaliyetin idariliğini ortadan kaldıran bir durum ortaya koyuyor. Bu nedenle burada artık idareye bağlayabileceğimiz sorumluluğu ona yükletebileceğimiz durum söz konusu değildir.

Kusur Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğunu esasen iki temel başlık altında inceliyoruz.

Hizmet kusuru

İdarenin bir işlem veya eyleminden ötürü zarar gördüğünü iddia edenler idarenin sorumluluğu yoluna gidebilirler.

Burada da idarenin sorumluluğun söz konusu olabilmesi için idare tarafından yürütülen bir hizmete kusur izafe etmemiz lazım. Yani idarenin kusur sorumluluğuna gidebilmemiz için idarenin faaliyetinde zarar doğurucu bir kusurun olması gerekiyor. Hukuka aykırılık ve kusurun varlığı gerekiyor. İdarenin sorumluluğu sadece eylemlerinden kaynaklanan bir sorumluluk türü değildir. İdarenin eylem ve işlemi arasındaki farkı da biliyorsunuz. Bir de işlemlerden doğan eylemler var.

Eylemlerden doğan sorumluluk: idarenin bir hukuka aykırı eylemi varsa ve bunun neticesinde bir zarar doğmuş ise bu zarar neticesinde idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir. İdarenin hukuka aykırı işlemlerinden dolayı da idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bir kişi memur olarak atanma talebinde bulunuyor. Talep reddediliyor. Bunun iptali istemiyle dava açılıyor ve dava lehine sonuçlanıyor, 6 ay sonra ataması yapılıyor, mahkeme kararını uygulamak üzere ataması yapılıyor. 6 ay atanmadığı için maaşından özlük haklarından mahrum kalmış oluyor. Buradaki hukuka aykırı işlemde doğan zarar var. Her hukuka aykırı işlem idarenin sorumluluğunu doğurur mu doğurmaz mı meselesi gündeme gelebilir. Danıştay buna ilişkin bazı kararlarında şunu söylüyor: her idarenin yapabildiği türden içtihad mütehammil nitelikteki hukuka aykırılıklar idarenin sorumluluğunu gerektirmeyebilir. Gerçekten bazı öyle mevzuat hükümleri vardır ki bunlar yoruma açıktır. Öyle de olabilir, böyle de olabilir. Hatta mahkemeler bunu yorumlarken oy çokluğuyla karar verebiliyorlar. 5 kişilik Danıştay dairesi 3-2 oy çokluğuyla karar verebiliyor. Bu gibi durumlarda idare her zaman sorumlu olmalı mıdır? Danıştay'ın her zaman idarenin sorumlu olmayacağına yönelik içtihatları var. O nedenle hukuka aykırılık her zaman yüzde yüz idarenin sorumluluğuna eşittir şeklinde bağlantı kuramıyoruz. Ama onun dışında kural olarak idarenin hukuka aykırı işlemi varsa Danıştay diyor ki; hukuka aykırılık aynı zamanda o idarenin işlev – faaliyetlerinin kusurlu işlediği anlamına gelir. Çünkü hukuka uygun davranan bir idare hukuka aykırı işlem tesis etmez. Hukuka aykırı işlem tesis etmiş olması idarenin hukuka aykırı davrandığı anlamına gelir. Bu da hizmet kusuru oluşturur şeklinde bir yaklaşımı var. Az önce atanamayan memur örneğinde idarenin sorumlu olacağı kabul ediliyor neden? Sen hukuka aykırı bir şekilde reddetmeseydin atama talebini o kişi o göreve atanacaktı ve mali haklardan özlük haklarından yararlanacaktı. Yararlandırmamak suretiyle zararına yol açmış

oldun. Bu nedenle hukuka aykırılık ile kusur arasında böyle bir bağlantı kurmamız mümkündür. Tabii burada hukuka aykırılık ve kusur arasında böyle bir bağlantı kurduğumuz zaman da Danıştay'ın yaklaşımını kabul edersek hangi durumların içtihadı mütehammil olduğu hangi durumların her idarenin yapabileceği türden kusur olduğu şeklindeki bir tartışmada çok su götürür bir tartışmadır. Çok uzun üzerinde düşünülecek bir tartışmadır. Bireylerin ciddi mağduriyetlerine sebebiyet verecek bir tartışmadır. O nedenle doktrinde bazı görüşlere göre bir idari işlem hukuka aykırı ise bunun niteliğine bakılmaksızın her hâlükârda idarenin sorumlu olması gerektiği yönünde bir yaklaşım olduğunu da hatırlatmak gerekir.

Bizlerin kanaati de o yöndedir. Söz konusu hizmet hukuka uygun olabilir ve kamu görevlilerinin sorumluluğunu ortadan kaldırır ya da tazmin edilecek zararın kamu görevlisine rücu imkânını ortadan kaldırabilir; ancak o halde de idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaması gerekir. Hukuka aykırı işlem tesis etmiş olması sebebi her ne olursa olsun ister mevzuatın yorumlanmasındaki zorluktan kaynaklansın, isterse her idarenin yapabileceği türden olsun, idarenin *hukuka uygun davranma zorunluluğu ve yükümlülüğü* var. Bu yükümlülüğü yerine getirmemiş olması nedeniyle bireyler zarara uğruyor ise birey odaklı bir yaklaşım ortaya koymak suretiyle o zararın idare tarafından karşılanması gerektiğini söyleyebiliriz.

Kamu görevlileri aleyhine açılan davalar neticesinde idare tazminat ödemek zorunda kalırsa, ilgili kamu görevlisinin kusuru oranında kamu görevlisine rücu edebilir.

Klasik ayrıma göre idarenin hizmet kusuru 3 farklı şekilde ortaya çıkabilir. *Kamu hizmetinin geç işlemesi, kamu hizmetinin kötü işlemesi veya kamu hizmetinin hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkarılır.* Bu üç ihtimalde de bireyler zarara uğruyor iseler o zararın mutlaka ilgili idare tarafından hizmet kusuru esasına dayalı olarak tazmini gerekir.

Bir hasta hastanenin acil servisine geldiğinde hemen müdahale gereklidir. Hastaya geç müdahale edilir ve bunun üzerine hasta hayatını kaybederse veya geç müdahale edildiği için zarar artarsa; bu faaliyet bir kamu hizmeti olduğundan idarenin sorumluluğu vardır. Çünkü zamanında müdahale edilmediği için zarar meydana gelmiştir. Kamu hizmetinin geç işlemesinden dolayı idarenin sorumluluğu vardır. Kamu hizmeti işlemiştir ama kötü işlemiştir diyebiliriz.

Örneğin hastanın kayıtlarının tutulmamış olması da kamu hizmetinin kötü işlemesi anlamına gelmektedir. Veya ameliyat gerçekleşmiş ama pansuman ihmal edilmiştir. Bu gibi durumlarda da kamu hizmeti kötü işlemiştir.

Veya kamu hizmeti hiç işlememiştir. Hekimler çok yoğunuz diyerek ya da durumunun acil olmadığını belirterek hasta ile ilgilenmemiştir. Bu durumda kamu hizmeti hiç işlememiştir.

İdarenin hizmet kusuru ya da kusurlu sorumluluğu bu üç durumda da bu söz konusudur. Dikkat ederseniz burada idarenin bir faaliyeti vardır. Bu faaliyet bazen o faaliyeti ifa etmemek şeklinde ortaya çıkar. Yani idarenin bir görevi yerine getirmemesi de *eylemsizlik de bir eylemdir.* Bir faaliyeti yerine getirmemek de bir

faaliyettir. Eylemsizlik de kamu hizmetinin hiç ifa edilmemesi sonucunda idarenin sorumluluğunu doğurabilir.

Hizmet kusurunda, idari bir faaliyet olması, idarenin kusuru olması ve bu kusur dolayısıyla bir zarar olması gerekir. Zararla kusur arasında bir illiyet bağı olması gerekir. Bu durumda idarenin kusur sorumluluğun şartları gerçekleşmiştir.

Kusurun mutlaka idari faaliyetle irtibatlandırılması gerekmektedir. İdari faaliyet içerisinde veya idarenin görev ve yükümlülüklerinde bir ihmalin, bir kastın veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunun söz konusu olması lazım. Bununla bağlantılı bir zararın olması gerekmektedir. Kimi zaman bir kusur olabilir ama o kusura bağlı bir zarar söz konusu olmayabilir. Kusur zarara yol açmamış olabilir. Örneğin, bir hasta rahim bölgesinde sargı bezi unutulması halinde, hasta taburcu olduktan sonra tekrar rahatsızlık sebebiyle hastaneye müracaat ediyor ve ameliyata tekrar gerek kalmadan parça dışarıdan bir müdahaleyle çıkarılıyor. Bu durumda, açılan davada Danıştay her ne kadar hastanın içinde parça unutulmuş olsa da ve bu bir tıbbi hata ise de burada hastanın sağlık giderleri yine hastane tarafından karşılanmıştır. Birkaç günlük rahatsızlık dışında maddi bir kaybına yol açmamıştır. Maddi bir kaybına yol açmadığı için de tazmini gereken bir zarar yoktur.

Danıştay'ın burada işaret ettiği bir husus şudur: hastanın manevi zararı varsa ve talep ederse elbette karşılanması gerekir. Burada bizim bahsettiğimiz maddi zarardır; çünkü ortada tazmini gereken bir zarar yok. İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ortada bir zararın olması lazım ve *bu zararın gerçekleşmiş, hesaplanabilir somut bir zarar olması lazımdır. Henüz gerçekleşmemiş zararların tazmini istemiyle dava açılması mümkün değildir.* Hatta ve hatta Danıştay bazı kararlarında doğması muhtemel zararların, *ihtimal olduğu kesin olan zararların da tazmin edilemeyeceği yönünde yaklaşım ortaya koyuyor.* Kanaatimizce bu görüş yanlıştır.

Danıştay'ın Cağaloğlu'nda Marmaray inşaatına ilişkin bir kararı bulunmaktadır. Söz konusu cadde Marmaray- Sirkeci inşaatı istasyonu sebebiyle araç-yaya trafiğine kapatıldı. Buradaki işyeri sahipleri, dükkân sahipleri, işyerlerine yeteri kadar müşteri gelip gitmemesi gerekçesiyle uğramış oldukları zararların tazmini sebebiyle idareye dava açtılar. Danıştay buradaki *zarar, genel nitelikli bir zarar olarak değerlendirdi.* Toplumun menfaati sebebiyle yapılan yol çalışmasıdır ve üstelik gerçekleşmiş bir zarar değildir. Dolayısıyla zarar talebini karşılamayı uygun görmedi. Borçlar hukukunda menfi zarar – müspet zarar ayrımı bulunmaktadır. Kimi zaman hukuka uygun da olsa idarenin faaliyetlerinden dolayı kişilerin gelecekte elde edecekleri pek muhtemel olan zararları da karşılanması gerekiyor. Yol kapanması sebebiyle kişilerin uğramış olduğu zarar tespit edilebilir, hesaplanabilir bir zarar olabilir. Geçmişe dönük son 12 aylık cirosuna bakılır. Ortalama gelirinin çok altında çalıştığı tespit edilebilir. İdari faaliyete bağlı olarak gerçekleştiği görülmektedir. Buradaki zarar hesap edilemez, belirsiz, hesaplanamaz, genel bir zarar değildir.

Genel nitelikteki zararlar da tazmin edilmez. Mesela hava kirliliği; çevre kirlidir, herkes zarara uğrayabilir. İdare çevreyi korumak için gerekli tedbirleri almamıştır. 20 milyon insan da kirli havayı soluyorsa zarar genel niteliktedir. İdare

bunu tazmin etmez. Yukarıdaki örneğimizde ise 15-20 dükkân sahiplerinin uğramış olduğu zararın, genel nitelikte kabul edilemeyeceği kanaatindeyim. Burada tespit edilebilir, belirlenebilir sayıda zarar söz konusudur. Ancak İstanbul'da belli saatler içerisinde güvenlik sebebiyle sokağa çıkma yasağı tüm işyerleri kapalı olması halinde durum değişir. Zarar bulunmaktadır ama buradaki toplumun güvenliği için ortaya çıkmış bir zarar ve zarar genel niteliktedir. Kimse gelir elde edememesi durumu vardır. Bunun tazmini mümkün değildir.

Meydana gelen zararın:

- 1) Genel nitelikte olmaması
- 2) Hesaplanabilir nitelikte olması
- 3) İdarenin faaliyeti sebebiyle oluşması ve illiyet bağının kurulması
- 4) Zararla idarenin kusuru eylemi arasındaki illiyet bağı bulunması

Kusursuz Sorumluluk

Akıl hastanelerinde tedavileri devam eden hastalar bulunmaktadır. Tedavisi belli bir aşamaya gelmiş hastayı gözlemlemek amacıyla hastayı toplum içine, dışarıya bırakırlar. Tedavinin bir parçasıdır. Bu hastanın birine zarar vermesi, yaralaması, öldürmesi halinde idare sorumlu olabilir mi? Siirt'te çocuklar mayın buluyorlar ve patlaması sonucu yaralanıyor ve diğeri ölüyor. İdarenin sorumluluğu söz konusu olabilir mi? Terör olayları sonucunda insanlar ölüyor. İdare sorumluluğu söz konusu olabilir mi? İdarenin sorumluluğu yoluna gitmemizi sağlayacak bir aracımız var mı?

Mayın olayında sorumlu tutabiliriz, kusur sorumluluğu bulunmaktadır. İnsansız alanlara mayını döşemesi gerekirken yapmaması halinde kusur sorumluluğu doğar. Bazı toplumsal olaylarda, belli tarihlerde emniyet teyakkuza geçiyor. Buna rağmen olay meydana geliyor. İdareye atfedeceğimiz bir kusur var mı? Gerekli tüm tedbirleri aldığımızı varsayıyoruz. Biri telefon açtı ve mayını gelip alın diye idare umursamadı, gerekli özeni göstermeden burada bir kusur sorumluluğu var. Uğur Mumcu suikastında keza, Daniştay kusur sorumluluğuna hükmetti. Terör faaliyeti neticesinde olsa bile toplumca tanınan ve bir kesim tarafından rahatsızlık duyulan bir kişinin özel olarak korunması gerekiyor. Özel polis sağlayacaksınız, aksi halde hizmet kusuru vardır. İstihbarat zaafı varsa, genel bir bilgi değerlendirilmemişse, idare gerekli tedbirleri almamışsa bütün bunlar idarenin kusurluluğunu ortaya koyar ve buna dayanarak hizmet kusuru vardır diyebiliriz.

Özel hukukta kusursuz sorumluluk halleri bulunmaktadır. İdarenin de bu hallerini kusursuz sorumluluğa dayandırabilir miyiz? O halde hangi esasa dayandırılmalı? Hayvan tutucusunun sorumluluğuna mı? Adam çalıştırmanın sorumluluğuna mı? Bina sahibinin sorumluluğuna mı? Hangi esaslara dayandırmak gerekir?

Vermiş olduğumuz örneklerde idareye atfedeceğimiz bir kusur bulunmaktadır. İdare hukukunda, idarenin sorumluluğunu gerektiren ikinci başlığımız kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluğu da esasen üç temel ilkeye dayandırıyoruz.

Sosyal Risk İlkesi

Bazen toplumsal olaylar neticesinde belli kişiler özel kişiselleşmiş bir zarara uğrarlar. Terörist birine zarar veriyor. İdare neden bundan dolayı sorumlu oluyor? Evimize hırsız girdiği zaman idare neden sorumlu olmuyor? Bu tür toplumsal olaylarda terörizm esasen zarar verme kastı o kişiye yönelik bir kasıt değildir. Esasen burada zarar verme kastı toplumun tamamına yöneliktir. Devlete, idareye zarar verme kastıdır ve kişilere yönelik değildir. Toplumsal olaylar neticesinde meydana gelen zararların idare tarafından karşılanması kabul ediliyor. Sosyal risk ilkesidir.

Doktrinde bunu kabul etmeyen yazarlar bulunmaktadır. Bu terör olayları neticesinde meydana gelen zararları kusur sorumluluğuna dayandırıyorlar, onların gerekçesi de; idare bireylerin güvenliğini sağlamak zorunda, toplumun güvenliğini sağlamak zorundadır. Sosyal risk diye bir şey yoktur. Bu görüşü zayıflatan nedir? İdare kendi dönemi bakımından o günkü koşullar içerisinde tüm güvenlik önlemlerini almış olmasına rağmen zarar doğuyorsa kusur sorumluluğuna gitmemiz anlamsız kalıyor. Dolayısıyla biz sosyal risk ilkesine kabul ediyoruz.

Tehlike (Risk) Sorumluluğu

Diğer örneğimiz, akıl hastalarının tedavisine ilişkin örnekti. Buradaki durum idarenin bazı faaliyetleri riskli faaliyetlerdir; askeri tatbikatlar, baraj inşaatı niteliği itibariyle bünyesinde risk taşıyan faaliyetlerdir. Gerekli özeni gösterseniz bile faaliyetin bünyesinden kaynaklanan birtakım zararlar doğabilir. Burada **tehlike sorumluluğu, risk sorumluluğu** dediğimiz idarenin sorumluluğunu gündeme getiriyoruz.

Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik

Üçüncü örnek ise üst geçit örneğiydi. Belli kişiler zarara uğradı. **Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi** esasına dayanarak idarenin sorumluluğuna gidebiliriz ya da **fedakârlığın denkleştirilmesi** kapsamında idarenin sorumluluğuna gidebiliyoruz. Toplum için fedakârlık yapılması gerekiyor; trafiğin daha hızlı akabilmesi için yol yapılması gerekmektedir. Tüm toplumun istifade etmesi amacıyla yapılan bu faaliyetlerin sadece zararın belli kişiler üzerinde ortaya çıkması hakkaniyete uygun olmayacağı için fedakârlığı denkleştirmek suretiyle kişilerin zararının tazminidir. Kamusal külfetin belli kişilere yıkılması hakkaniyete uygun olmaz. Bunun idarenin bütçesinden dağıtılması gerekmektedir.

Özetle, idarenin kusursuz sorumluluğu da mümkün bunu 3 temel esasa dayandırıyoruz:

- 1) sosyal risk
- 2) sosyal tehlike
- 3) kamu külfetleri karşısında eşitlik- fedakârlığın denkleştirilmesi ilkeleri

Ülkemizde terör olaylarından dolayı zarar görenlerin zararlarının tazminine ilişkin özel bir kanun bulunmaktadır. Terörle mücadele kapsamında doğan zararların tazminine ilişkin bir kanundur. Boşaltılan köyler dolayısıyla idare tarafından zararların karşılanmasını mümkün kılmaktadır. Bu kanun yalnızca maddi zararları kapsadığı için manevi zarar söz konusu olduğunda ayrıca idari yargı yerlerinde tam yargı davası ile talep mümkündür. Ayrıca bu kanun kapsamında sulh yoluyla idare aleyhine dava açmadan da idari yollarla terör mağdurları zararların tazmini istemiyle idareye başvurabilirler.

İdarenin Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Haller

İdarenin sorumluluğu kimi durumlarda azalabilir, kalkabilir. Bu hallerden ilki, mücbir sebeptir. İdarenin faaliyeti dışında meydana gelen zarar doğurucu birtakım durumlardır. Doğa olayları; yağış barajlar doldu kapaklar açıldı taşan sular ekili araziye mahvetmesi durumunda idare sorumlu mudur? Kusur sorumluluğunu kaldırır ama kusursuz sorumluluğu devam eder. Şimdi mücbir sebeplerde deprem, doğa olaylarının sorumluluğu azaltması veya kaldırması için de söz konusu mücbir sebepler için gerekli önlemlerin alınmış olması lazım. Buna ilişkin Danıştay kararları da bulunmaktadır. Deprem mesela mücbir sebeptir. Erzincan depreminde açılan davada hâkimlerin kaldığı lojman yıkılmış eşyaları zarar görmüş ve idare aleyhine dava açılmıştır. Erzincan deprem bölgesinde lojman kurarken depreme dayanıklı olması gerekiyor, gereken önlemleri almaması dolayısıyla zarar doğmuştur. Deprem mücbir sebep ancak deprem bölgesi olması dolayısıyla gereken önlemleri almaması halinde sorumluluğu devam eder. Bu mücbir sebebin idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için depreme dayanıklı lojman yapması gerekiyordu. Deprem bölgesi olduğu bilinmektedir. Binaları depreme dayanıklı yapman lazım zorundasın. Ruhsatı veren idare de sorumludur. Denetimleri yapılmak zorundadır. Aksi halde kusur sorumluluğu gündeme gelir. Burada öngörülebilir tedbirler alınmak zorundadır.

Mücbir sebep olgusunun idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için bu vakıaların idarenin önleyecek imkânı hiç olmaması bunun hiç öngörülemiyor olması lazım. Aksi halde idarenin kusur sorumluluğu devam eder. Heyelan bölgesine yol yapıyorsa, idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz.

Beklenmeyen hal ise idari faaliyet içinde gerçekleşen bir durumdur. Tedbirler alınsa dahi yine gerçekleşen olan durumdur. Özetle, mücbir sebep, beklenmeyen hal ve zarar görenin kendi kusuru idarenin sorumluluğunu azaltan veya kaldıran hallerdir.

Trafiğe kapalı yol ve buna rağmen bilerek o yoldan gidiliyor veya İSKİ'nin çukuru var önlemleri almışlar. Alkollü sürücünün çukura düşmesi halinde idarenin sorumluluğu söz konusudur diyebilir miyiz? Kimi zaman idarenin kusuruyla zarar görenin kendi kusuru **müterafık kusur** dediğimiz **birlikte kusur** hali meydana gelmiş olur. Bu ikisi de kusurları oranında sorumlu olurlar. İdarenin kusurunu belli oranda azaltan veya kaldıran sebep olarak ortaya çıkar.

Üçüncü kişinin kusuru ise idarenin sorumluluğunu azaltabilir kaldırabilir. İdare gerekli tedbirleri almasına rağmen üçüncü kişi bu tedbirleri ortadan kaldırdı ise,

ışıklandırma yapılmasına rağmen ışıklandırmaya zarar vermesi örneğinde olduğu gibi, eğer tespit edilebiliyorsa üçüncü kişilerin kusurları, idarenin sorumluluğunu belli bir oranda azaltabilir veya tamamen de kaldırabilir. İdare bu gibi durumlarda tazminat ödememek zorunda kalırsa üçüncü kişiye rücu edebilir. İdarenin sorumluluğu, her bir somut olay üzerinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

İDARİ USUL

İdari işlem dediğimiz idarenin irade açıklaması, bir sonuç olarak karşımıza çıkıyor. Bu işlemin sebebi var idi, yapılmasını gerektiren şey, yani öncesinden gelen bir unsurdur. Yeki, yapacak olan makam, konusu düzenlediği kısım, yöneldiği amaç ve uygulanacak bir usul var. Her işlemde beş unsur var ancak bu işlemlerin derinliği aynı nitelikte değil. Bazı işlemler sadece kağıt üzerindedir. Bir işlemin derinliği ne olursa olsun bir usulü teorik olarak düşünülebilir. Örneğin kamulaştırma, başlaması ve bitişi ile birçok unsuru var ve kamulaştırma bunun hepsine verilen isimdir. İşlemin tesis edilebilmesi için bir süreci var, prosedürü var. İşlem isterse sonucunu bir anda doğursun (ceza hukukundaki neticesi harekete bitişik suç gibi) isterse kamulaştırma gibi geniş bir işlem olsun sonuçta bir usule tabidir. Bu usul idare hukukunun gündemidir. İdarenin işlem yapma usulüdür, yargılama usulü değil. Bu durum ilk olarak tıp alanında gündeme gelmiştir. Hastaneye gelen her insana uygulanacak işlem sırası belirli ve bunlar izlenecektir. Bu idari işlemlere de getirilmeye çalışılmaktadır.

İHALE USULLERİ

İdare ister özel hukuk sözleşmesi akdetsin ister idari sözleşme akdetsin sözleşmenin karşı tarafını belirlerken belli kurallara uymak yükümlülüğündedir. Bunu belirleyen kurallara ihale usulleri denilmektedir.

Esasen ihale mevzuatını, ihale usullerini düzenleyen birden çok mevzuat mevcuttur. Sadece bir kanuna dayalı olarak yürütülen ihale sürecinden bahsetmek mümkün değildir. Mesela özelleştirme uygulamaları hakkında kanuna bakıldığında, özelleştirme ihaleleri ayrı bir usule tabidir. Örneğin Milli Piyango'nun özelleştirilmesine ilişkin bir açıklama yapıldı. Buna göre bir ihale yapılacağı ve ihalede en yüksek teklifi verenlere iş ihale edilecektir. Ama bu ihale süreci özelleştirme uygulamaları hakkındaki kanun ve o kanuna bağlı olarak çıkarılan bir yönetmelik hükümleri çerçevesinde yapılacak bir ihaledir.

Yine başka kanunlarda başka kurulların kendilerine ilişkin kanunlarda da ihale usullerine ilişkin düzenlemeler var. Ama esasen bizim ülkemizde iki tane temel ihale yasası var. Biri 2886 sayılı devlet ihale kanunu diğeri ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'dur. Bunlar arasındaki fark:

Bundan önce tek bir kanun vardı. O da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunuydu. İdarenin hem mal alımı satımı hizmet alımı gibi tüm ihaleleri 2886 sayılı Kanunu hükümleri çerçevesinde yerine getirilmekteydi. Ancak daha sonra, özellikle AB sürecinde ihale mevzuatımızın yetersiz olması, şeffaf olmaması ve AB kriterlerine uyumlu olmaması nedeniyle yeni bir ihale kanunu yapılması ihtiyacı ortaya çıktı. O zaman da 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu hazırlandı. Ve yine bu Kamu İhale Kanunu kapsamında akdedilecek sözleşmelere ilişkin hususları düzenleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Hakkında Kanun yürürlüğe girdi. 2886 sayılı Kanun ise yürürlükten

kalkmadı. Ancak belli konularla sınırlı olarak yürürlükte kalmaya devam etti. Dolayısıyla her iki kanun yürürlükte olmakla birlikte konu bakımından farklılık arz eden durumlarda uygulanmaya başlandı.

Böylece 2886 Kanun idarenin cebine para girmesini sağlayan ihalelerde örneğin idarenin mal satması, taşınmazını kiraya vermesinde vb. durumlarda uygulanmaktadır. Diğer taraftan idarenin mal hizmet alımı ve yapım işlerine ilişkin ihalelerinde ise yani idarenin cebinden belli bir para çıkan ihalelerde 4734 sayılı Kanun uygulanmaktadır. Örneğin idarenin temizlik işlerini yürüten bir şirket var. Ya da tadilat yapan firmalar var. Bu tür ihaleler de 4734 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır. Bu nedenle iki tane farklı kanun var. Ama iki kanunun konuları farklılık arz etmektedir. Biri idarenin mal ve hizmet alımı veya yapım işlerine ilişkin ihaleleri kapsıyor. Diğeri ise idareye ait bir şeyin satılması, devredilmesi veya kiraya verilmesi gibi hususları kapsayan bir kanundur.

Bu ayrımı ortaya koyduktan sonra kamu ihalelerine ilişkin bazı temel ilkelerden bahsetmek gerekir. Ondan sonra da bu temel ilkeler kapsamında ihale sürecinin nasıl işlediğini ana hatlarıyla anlatmaya çalışacağız.

Bir ihale nasıl gerçekleşir:

Önce idare ihtiyacını ortaya koyar. Yani yetkili makamlar aracılığıyla önce idarenin ihtiyacı belirlenir. İstanbul üniversitesi rektörlük binası çok eski olduğu, yıprandığı gerekçesiyle restorasyonu gerekiyor. Ondan sonra bunun yapılmasına ilişkin idare bir teknik şartname hazırlıyor. Bu teknik şartnameler genellikle tip teknik şartnameler olarak düzenleniyor. Tip dediğiniz, belli kuralları önceden hazır olarak içeren düzenlemeler olmasıdır. Ama işin özelliğine göre idare onun belli kısımlarını dolduruyor. İdare teknik şartname hazırladıktan sonra ihale için ilana çıkıyor. İhalenin konusuna göre, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü'nün Beyazıt'ta bulunan merkez kampüsünün, şu koşullarda restorasyon yapım işi halesine çıkılıyor. Niye ihaleye çıkılıyor. Çünkü İhalenin amacı birden fazla kişi ihaleye başvurabilsin. İdare onlar arasından en uygun koşulda bu işi yapacak olanı tercih edebilsin.

İlana çıktıktan sonra ilanda bulunması gereken hususlar var. Yani ilanda muhakkak yer alması gereken bilgiler var. Bunlar eksik olursa o ilan hukuka aykırı olur. İlana çıktıktan sonra ilgililer ihale şartnamesi satın alırlar. İhaleye girmek isteyenler ilanda belirtilen adreste ve tarihler arasında şartname satın alırlar. Niye şartname para ile satılıyor. Çünkü şartname hazırlanması belli bir masraf gerektiriyor. Bir başka sebep ise herkes ihaleye başvurmasın. Yani yoldan geçen birinin keyfi bir şekilde gidip şartname alarak burada ne iş yapılıyor ben de başvurayım gibi durumları önlemek amaçlanmıştır. Bu işin farkında olan, ciddiyetinde olanlar, bu işi gerçekten yapmayı düşünenler şartname alsın isteniyor. Onun için ihale şartnameleri belli bir bedel karşılığında satılıyor.

Bu ihale şartnamesi satın alındıktan sonra, yine şartnamede belirtilen koşulları taşıyan kişiler o ihalelere başvurabilirler. Yani herkes her ihaleye katılamaz. Şöyle ki nükleer santral yapımı işinde... Ltd. Şti gelip nükleere santral ihalesine katılamaz. Çünkü o şirket nükleer santral yapabilecek bir kapasiteye sahip değildir. O konuda bir deneyimi ve bir yeterliliği yoktur. Bu şirketin bir kaç arsada kat karşılığı inşaat yapmış

olması onun nükleer santral inşaat edebilecek kapasitede bir şirket olduğu anlamına gelmez. Çünkü ihalenin amacı sadece bir işi yaptırmak değil, o işi en uygun koşullarda ve en iyi yapabilecek kişiye yaptırabilmektir. O nedenle işte şartnamede idari şartname ve teknik şartname hazırlanmaktadır. Örneğin, restorasyon şu şekilde olacak, şu kurallara uyulacak, ancak şu koşulları sağlayan şirketler başvurabilir gibi kurallar belirleniyor. İş hangi süre içinde yapılacak, bu işi yaparken eğitim hizmetleri aksatılmayacak gibi bütün koşulları o şartnamelerde yazılıyor. Şartnameleri alan kişiler, (şartnameler düzenleyici işlemlerdir, burada bir hukuka aykırılık iddia edilirse elbette ki iptali istemi ile dava açılabilir). İlanda bir idari işlemdir. Onun iptali içinde isteyen dava açabilir. Ondan sonraki aşama ise şartnamede ve ilanda belirtilen tarihler arasında herkes teklif mektuplarını hazırlar. Teklif dosyasında bulunması gereken evraklarda ihale ilanında ve şartnamede yazar. Yani hangi evraklar ile başvurulacağı, vekâletname, ticaret sicil kaydı, ticari sicil gazetesini örneği, imza sirküleri, teminat mektubu vs. bütün bu belgelerin hepsini dosyaya koyup, başvuru yapmak gerekiyor. Ondan sonra ihale günü gelip çıktığında ihaleler aleni bir şekilde, bir ihale komisyonu teşkil ediliyor. Bu ihale komisyonu toplanıyor. İhaleler aleni bir şekilde yapılıyor. Katılımcılar bulunuyor. Herkesin gözü önünde ihale dosyaları açılıyor. Evraklar öncelikle inceleniyor. Başvuru esnasında istenen evraklar var mı yok mu veya usulüne uygun mu değil mi? Ticaret sicil var mı? Teminat mektubu var mı yok mu? Bunlara bakılıyor. Bunlardan birinin olmaması halinde, bir sonraki aşamaya henüz geçmeden, o kişi ihale dışı bırakılıyor. Bazen şirketler zaten ihale dışı bırakılmak için kasten o belgeleri koymazlar. Çünkü sırf ihalede birden fazla kişi ihaleye katılmış görüntüsü vermek için ihaleye on kişi giriyor. Beş tanesini dosyaya bir şeyi eksik koyuyor. Ancak bunun ne amaçla yapıldığını ispat etmek mümkün olmuyor.

Sonraki süreçte ise ihaleye katılanların teklif mektupları açılıyor. Teklif mektupları da o işi kimin ne kadara gösteriyor. Bu aşamada da aşırı düşük olmamak kaydı ile en düşük teklif olana bu iş ihale ediliyor. Komisyon sadece bu durumu tespit eder ve harcama yetkilisine sunar. Harcama yetkilisi de bunu onayladıktan sonra ihale süreci tamamlanmış olur.

Aşırı düşük teklif: İdare ihalenin hazırlık sürecinde o işe ilişkin kendi bünyesinde bir yaklaşık maliyet tespit eder. Örneğin, üniversitenin yapı işleri daire başkanlığı var. Orada çalışan mühendisler, Bayındırlık Bakanlığının birim fiyatları var. Bunları esas alarak, rektörlük binasının restorasyonu şu kadar tutar diyorlar. Yani yaklaşık maliyet olarak o tutarı belirliyorlar. Bir şirket bu miktarın altında bir teklif verirse ona bu iş ihale edilmez. Çünkü idarenin amacı sadece yaptırmak değil o işi en iyi şekilde yaptırabilmektir. Yani İdarenin 10 milyon liraya yapılacağını hesapladığı bir işi siz 5 milyon liraya yapacağım diye iddia ederse ya doğru söylemiyordur, ya da işi gereği gibi yapmayacaktır ya da işi yarım bırakacaktır. Yani bir risk teşkil etmektedir. İş yarım kalırsa veya kötü yapılırsa buradaki hizmet aksayacaktır. O nedenle amaç sadece düşük bir bedelle yapmak değil o işi uygun koşullarda yapabilmektir.

O nedenle bu gibi durumlarda aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmaktadır. Yani ilgili firmaya teklifinin aşırı düşük olduğu söylenir. Bunun gerekçesinin izah edilmesi istenir. Bazen firmalar diyor ki; evet teklifimiz düşük çünkü demir firmaları

yüksek ama benim stoklarımda yeteri kadar demir bulunmaktadır. Bunun belgelerini de sunar. Ayrıca aynı zamanda inşaat malzemesi toptancısı olduğunu belirtir. Herkesten ucuz alıyorum. Üç yıl önce çok ucuza almıştım diyerek bu nedenle başkalarının yaptığından çok daha ucuza yapabilirim diye savunma verebilir. Eğer bunu ispatlarsa bu teklif aşırı düşük teklif kabul edilmez. Bunu makul bir şekilde ispatladığı için bu iş o firmaya yaptırılır. Ancak bu ispatlanamıyor ise bu iş ona yaptırılmaz. Mesela hizmet alımı ihalelerinde çok oluyor. Örneğin 200 tane güvenlik çalıştırılacak bir işte; 200 tane güvenlik görevlisini asgari ücretin altında çalıştıramayacağına göre en az asgari ücret vermek zorunda olunacak, yol parası, yemek parası ve üniforma parası verilmesi gerekiyor. Dolayısıyla idare bu iş için örneğin 5 milyon lira yaklaşık maliyet hesaplıyor ise ihaleye katılan şirket ben bu işi 3 milyon liraya yaparım dediğinde bunun mümkün olmadığı ispatlanamayacağı gerçeği ile bu iş o firmaya yaptırılmaz.

Dolayısıyla ihaleye çıkan iş makul bir bedele yapabileceğini ispatlayan şirkete yaptırılmalıdır.

Bu şekilde, bu prosedüre uygun olarak ihale süreci tamamlanmış oluyor. Ancak bu aşamada idareye karşı, ihale komisyonu kararlarına karşı itiraz yolları gündeme gelebilmektedir.

İHALELERE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

SAYDAMLIK İLKESİ

Saydamlık ilkesi, ihale sürecinin şeffaf olmasını ifade etmektir. Bu yüzden yukarıda belirttiğimiz üzere ihale için ilana çıkma zorunluluğu var. İhale komisyonu toplantısı yapılırken aleni olması, isteyen basın mensuplarının bu ihaleyi takip edebilme imkânları var. Teklif verenlerin hepsinin orada hazır bulunma hakkına sahip olma imkânları var. Bütün bunlar ihale sürecinin denetlenebilirliğini sağlamak bakımından önemli olduğu için saydamlık ilkesi kamu ihalelerine hâkim olan temel ilkelere biridir.

REKABET İLKESİ

İhalenin amacının bir kamusal ihtiyacın en uygun koşullarda hem mali bakımdan hem de teknik bakımdan teminini sağlamaktır. Bunu yapabilmek için de ihalenin mümkün olduğu kadar rekabete açık olması gerekir. Rekabete açık olması için de, uygun vasıtalarla ihaleyi duyurmak gerekir. Rekabeti kısıtlayıcı ihale koşulları ortaya koymamak gerekir. Ama rekabeti kısıtlayıcı koşullar derken de bir şeyi kaçırmamak gerekir. Örneğin İstanbul Üniversitesi Avcılar kampüsünde bir yer yaparken, bu alelade bir inşaat işidir. Burada inşaat tecrübesi olan her firma ihaleye katılabilir. Nitelikli bir iş değildir. Dolayısıyla burada getirilecek koşullar çok fazla ağır olmasına gerek yoktur. Şu kadar iş deneyimi olan her firma bu ihaleye katılabilir

denilmek yeterli olabilir. Ama az önce bahsettiğimiz üzere mesela bir baraj ihalesi yapılırken; her inşaat firması o iş yapamaz. Çünkü baraj yapımı nitelikli bir iştir. O yüzden de benzer iş deneyimleri şartı aranmak gerekir.

Dolayısıyla da burada tercih yapılırken getirilecek sınırlama rekabeti bozucu veya ihlal edici bir sınırlama olarak kabul edilmez.

Bazı işler ise zaten nitelikleri itibari ile çok sayıda firmanın başvurabileceği işler değildir. Örneğin, nükleer santral yapma konusunda deneyim olan, gücü olan firma sayısı zaten dünyada bile az sayıdadır. Dolayısıyla bu ihalede ihaleye başvuran firma sayısı az diye rekabet oluşmamıştır denilemez. Çünkü bu işin niteliği itibari ile işi yapabilecek firma az sayıdadır. Örneğin üçüncü hava limanı ihalesine çok sayıda firma katılmadı. Katılanlar ise konsorsiyum olarak başvurdu. Çünkü 22 milyar euroluk bir maliyet ortaya çıktı. Bu kadar yüksek bir miktarın riskini alabilecek firma sayısı zaten az sayıdadır. O yüzden de rekabetin sağlanıp sağlanmadığını tespit etmek için işin mahiyetine bakarak tespit etmek gerekir.

Rekabet bakımından önemli olan hususlardan birisi de; diğer firmaları veya diğer kişileri dışlayıcı veya belli bir firmayı kişiyi kayıracı, önceleyici bir takım kriterlerin koyulmaması gerekliliğidir. Örneğin bir tıp fakültesi ihalesinde hazırlanan teknik şartname tamamen Siemens marka tomografi cihazlarını tarif ediyordu. Teknik uzmanlar (Doktorlar) bu hususta en iyi cihazın Siemens olduğu kanaati ile bu durumu savunuyor. En iyisi o olabilir ancak belli bir markayı tarif edecek şekilde teknik şartname hazırlanamaz. Ancak objektif kurallar koymak gerekir. Örneğin, görüntü çözünürlüğü şu kadar kalitede olacak, hastanın cihazın içine gireceği genişlik şu kadar olacak, günde şu kadar çekim yapabilecek kapasitesi olacak, çeşitli niteliklerde çekim yapabilme özelliği olacak vb. Dolayısıyla bu özellikleri hangi marka üretiyor ise ona göre tercih yapmak gerekir. Ancak özel bir hastanemiz var ise Siemens marka cihaz tercih edebilirsiniz. Oysa bir kamu ihalesinde Siemens en kaliteli marka olsa bile, en verimli sonuçları veren marka olsa bile maalesef Siemens marka cihazını tarif edecek koşullar konulamaz.

Ya da, örneğin, üniversitenin konservatuar bölümü için piyano alırken en iyi marka yamaha diye onu almazsınız. Evinize almak istediğinizde alabilirsiniz. Ancak üniversiteye alırken bunu yapmak mümkün değildir. Belli koşullar konulara, bir takım objektif kriterler koyarak o kriterlere sahip firmalardan en uygun teklifi veren firmayı seçmek gerekir.

EŞİTLİK İLKESİ

Önemli bir ilkedir. İdare bütün ihale sürecinde, ihale teklif verme aşamasında, yani teklif verebilecek durumda olanlar da dâhil hem teklif verme aşamasında hem de bir sonraki süreçlerde bütün ilgililere eşit davranmak ile yükümlüdür. Örneğin özelleştirme ihalelerinde bilgi odası diye bir şey var. Satın almayı düşündüğünüzde bilgi odası süreci diye bir şey kuruluyor. Bilgi odası şartnameyi satın aldıktan sonra, bilgi odasına girmek istiyorum dediğinizde(dört duvar arasında bir oda anlamında değil), şunu ifade ediyor, buradaki o kurum ile ilgili sorular soruyorsunuz ve bilgi

alıyorsunuz. Mesela Milli Piyango özelleştirmesi için, milli piyangoğunun ne kadar borcu var diye soruyorsunuz? Ne kadar alacağı var? Ne kadar şüpheli alacağı var? Hacizli Malları var? Bunların miktarı ne kadar? gibi sorular soruyorsunuz. Ve bu hususlarda size bilgilendirme yapılıyor. Buna bilgi odası deniliyor. Bu husus şunun için önemlidir: O kurum hakkında ya da özelleştirilecek o şirketin hakkında bilgi edinmiş oluyorsunuz ve vereceğiniz teklifi ona göre belirliyorsunuz. Örneğin Başkent Doğal Gaz'ın ihalesi, bilgi odasına girdikten sonra tam üç defa firmalar almaktan vazgeçtiler. Bir defasında 60 milyon dolar bir şirketin teminatı da yanmış oldu. Adeta şirket satılmadan belediyenin bütçesine 120 milyon dolar geçici teminat ile gelir girmiş oldu. Çünkü ihaleyi kazandıktan sonra sözleşmeyi imzalamasınız geçici teminatınız idareye irat kaydı ile gelir oluyor. Ancak siz ihaleyi alırsanız çok yüksek miktarda zarar etme riskinizin olduğunu öğreniyorsunuz ve bu riski göze almak istemiyorsunuz. O nedenle bu aşamada bazı katılımcılara bilgi verme bazılarını vermeme gibi bir tavır tabi ki idareye tercih edilemez. İdare herkese eşit bilgi ve doküman sağlamak durumundadır.

GÜVENİLİRLİK İLKESİ

Önemli bir diğer ilkedir. Kamu ihalelerinin güvenilirliği sağlanmak zorundadır. Esasen saydam olan, rekabeti sağlamış olan, eşitlik ilkesini ihdas etmiş bir ihale bakımından güvenilirlik sağlanmış oluyor. Yani ihaleye başvuracak kişilerin ihale sürecinin adil bir şekilde yürüyeceği konusunda bir tereddüdünün olmaması gerekir. Ve aynı zamanda kamuoyunun da o ihalenin şeffaf, rekabete uygun bir şekilde ve herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı konusunda bir inancının olması gerekir. Güvenilirlik ilkesi bu bakımdan önemlidir.

GİZLİLİK İLKESİ

Bir diğer ilke gizlilik ilkesidir. Saydamlık ilkesinden bahsettikten sonra gizlilik diye bir ilke nasıl belirlenir diye düşünülebilir. Ancak ihalelerde belli bilgilerin açıklanması, ihale öncesinde açıklanması ihalede şeffaflığı veya rekabeti bozabilir. Örneğin yaklaşık maliyetten bahsetmiştik. İdare bu yaklaşık maliyeti gizli tutmak zorundadır. Çünkü gizli tutulmaz ise ihaleye katılanlar tekliflerini buna göre belirleyebilir. Bu durum kişilerin idareye vereceği teklifi etkileyeceği için, daha düşük teklif vermelerini engelleyeceği için yaklaşık maliyetin ihale sonuna kadar açıklanması yasaklanmıştır. O nedenle ihalenin şeffaflığını sağlamak, rekabeti sağlamak, eşitliği sağlamak bakımından da bazı bilgilerin gizli tutulması gerekebilir. Gizlilik ilkesinden kastedilen budur. Yoksa açıklanması bilgilerin gizli tutulması durumu değildir.

KAMUOYU DENETİMİ

İhalelerde kamuoyu denetimine imkân verilmesi gerekir. BU denetim bir kaç şekilde olabiliyor. Örneğin ihalelerin mutlaka ilana çıkması gerekir. İlan yönteminin olması ve herkesin böylece o ihaleyi görebilmesi gerekir. Herkesin, isteyenlerin bunu takip edebilmesine imkân tanınmalıdır. Hangi idarenin hangi alanda ihale yapacağını takip edebilirsiniz. Böylece kamuoyu da ihaleleri denetler. Aynı şekilde idare ihale sonuçlarını da kamuoyuna deklare etmek zorundadır. Örneğin İBB şu ihale için şu kadar bedel ödedi diye kamuoyu bilgilendirilmektedir. Bu yüzden ihale komisyonu süreci alenidir. Basın mensupları isterlerse o ihaleye katılabilirler. Hatta kamuoyunda önemli olan bazı ihaleler tv lerde canlı olarak bile yayınlanmaktadır. Dolayısıyla kamuoyu denetimi de mümkündür diyebiliriz.

ÖDENEK AYRILMASI

Bir iş ihaleye çıkmadan önce yeterli ödeneğin ayrılmış olması gerekir. Yani idare bir iş yapacak ise o iş için gerekli olan parayı ayırması gerekmektedir. Bu şartı şunun için koydular: Önceden bir işe başlanılıyordu. İdare parasını sonra buluruz diye düşünüyordu. Ama daha sonra bulunamıyordu. O işi yapan kişiler ise hak edişlerini alamıyordu. Hizmetler yarım kalıyordu. Binalar yarım kalıyordu. Bu nedenle kanun koyucu diyor ki, bir iş ihaleye çıkacak ise önce işin ödeneğini ayırmak gerekir. Bazen de yıllara sâri olan mal ve hizmet alımları söz konusu olmaktadır. Diyelim ki üç yıl sürecek bir yıl yatırım işi olabilir. Bu tür halelerde ise ilk yılın ödeneğini ayırmış olmak gerekmektedir. Sonraki yılların ödeneğini de yine o plana göre ayırmış olmak gerekiyor.

BİRDEN FAZLA İŞİN TEK İHALEYE KONU OLAMAMASI

Aralarında doğal ve kabul edilebilir bir bağ olmadığı müddetçe birden fazla ihalenin aynı şekilde yapılması mümkün değildir. Mesela bir hastane yapım işi ihalesine çıkarken aynı zamanda hastanenin tefrişine ilişkin, mobilya veya tıbbi cihaz aynı zamanda tıbbi sevk malzemelerinin alımını aynı ihaleyle yapamazsınız. Çünkü aralarında doğal bir bağlantı bulunmamaktadır. Biri bir yapım işi ihalesi iken diğeri bir hizmet alımı ihalesi bir diğeri mal alım ihalesidir. Bunlar arasında kabul edilebilir doğal bir bağlantı yoktur. Ayrıca bunları bir arada yapmanın sakıncaları da vardır. Örneğin yapım işi ihalesinde, firma hem yapacak hem ilaç temin edecek, hem de personel işini yapacak vs. Bunların hepsini bir arada yapacak şirket bulmak mümkün değildir. Bunu yaptığımız zaman o işi yapacak şirketleri sınırlandırmış olursunuz. İhaleyi kısıtlamış olursunuz. Rekabeti boşmuş olursunuz.

Yapım işi ayrı bir uzmanlık gerektirir. Hastanenin yapımından sonra hastanenin yürütülecek sağlık hizmetleri kapsamında ihtiyaç duyduğu sevk

malzemelerinin alımı ayrı bir uzmanlık gerektirmektedir. O nedenle ihaleye çıkacak işler arasında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olması gerekir.

İHALE USULLERİ

Kanunda öngörölmüş belli ihale usulleri vardır. Az önce söylediğimiz üzere bahsettiğimiz hususlar 4734 sayılı Kanunu esas alarak yaptığımız açıklamalardır. Farklı kanunlarda farklı ihale usulleri de öngörölmüş olabilir.

AÇIK İHALE USULÜ

Herkesin teklif verebildiği herhangi bir sınırlamanın olmadığı ihale usulüdür. Yukarıda örnek verdiğimiz gibi; Avcılar Kampüsü inşaat işi ihalesi veya başka bir yerdeki yapım işi ihalesi veya Çapa Tıp Fakültesine alınacak tıbbi malzeme ihalesi vb. şekildeki işler açık ihale usulü ile yapılmaktadır. Bu açık ihaleye o koşulları taşıyan her firma başvurabilir. Burada herhangi bir yasaklama veya sınırlandırma yoktur. Koşulları taşıyan her istekli bu tür ihalelere katılabilir.

BELLİ İSTEKLİLER ARASINDAKİ İHALE USULÜ

Bu ihale usulü ise idarenin bir ön değerlendirmesi bir ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen belli istekliler arasında yapılan bir ihale usulünü ifade etmektedir. Dolayısıyla da burada dikkat edilirse, herkese açık olan bir ihaleden değil sadece idare tarafından tespit edilmiş ön yeterlilik kriterlerinden geçmiş şirketler davet edilmek suretiyle yapılan bir ihale usulüdür. Az önce bahsettiğimiz nükleer santral yapım işi mesela gerçekten herkesin yapmayacağı nitelikli bir iştir. Herkesin yapabileceği bir iş değildir. Dolayısıyla İdare bu işi yapabilecek ulusal ya da uluslararası firmaları tespit ediyor. İdare kendisine göre ön yeterlilik kriterleri belirliyor. Firmaları davet ederek onlara nasıl bir iş yapılacağı bildiriliyor. Ön yeterliliği geçenler arasında bir ihale yapmak suretiyle de belli istekliler arasında ihale usulünü gerçekleştirebilirsiniz.

PAZARLIK USULÜ

Pazarlık usulü ise açık ihale usulünde ya da belli istekliler arasında ihale usulüne teklif çıkmaması durumunda pazarlık usulü ile de ihale yapılabilmektedir. Burada da yine piyasada o işi yapan firmalarla pazarlık yapmak suretiyle ihaleyi gerçekleştirmek mümkündür. Pazarlık bildiğiniz üzere açık arttırma veya eksiltme usulü ile yapılabilmektedir.

DOĞRUDAN TEMİN

Doğrudan temin bir ihale usulü müdür? Tartışılabilir. Ancak kanunda öngörölmüş bir usuldür. Niye doğrudan temin bir ihale usulü müdür diyoruz. Çünkü doğrudan teminde esasen bir ihale yapmıyorsunuz. Kanunda öngörölmüş olan eşik değerlerin altında kalan bazı mal ve hizmet alımlarını doğrudan ilgili firmalardan almak mümkündür. Ya da diyelim ki, bir mal ve hizmeti sadece bir firmadan satın almak mümkündür. Örneğin Mercedes marka makam aracı alımında bakım ve onarımı da mercedes yetkili serviste yapmak durumundasınız. Başka bir yerde yapma imkânınız bulunmamaktadır. O şehirde de zaten bir tane Mercedes yetkili bayisi varsa o araçların bakım ve onarımı için ihale açmaya gerek yoktur. Doğrudan temin usulünü uygulanabilir. Bunun gibi Kanunda yazılı olan hallerde doğrudan temin usulünü de uygulamak mümkündür. Ya da öyle bir takım mal ve hizmetler vardır ki bunları sadece belli kişiler üretmektedir. Belli bir yerden temin etmek mümkündür. Mesela şu an çok gündemde olan insansız hava araçlarında olduğu gibi, Türkiye'de zaten bunları üreten bir tane şirket var ise o şirket ile doğrudan temin usulünü kullanarak satın alma gerçekleştirilir. Çünkü başka bir yerden o malı temin etme imkânı bulunmamaktadır. İnsanları yarıştırmak veya ilgilileri yarıştırmak gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.

Demek ki açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü veya doğrudan temin usulü dediğimiz usullerle kamu ihalesini gerçekleştirmek mümkün olabilir.

İHALE İŞLEMLERİNE KARŞI İTİRAZ SÜRECİ

İhale işlemlerine özgü bir itiraz süreci öngörölmüştür. İhalelerde ilgili idarenin hukuka aykırı olduğunu düşündüğünüz işleme karşı itirazda bulunmak mümkündür. Bu itirazı ihaleyi yapan idareye yapmak gerekir. Diyelim ki İstanbul Üniversitesi'nin yapmış olduğu ihalede bir hukuka aykırılık olduğunu düşünüyorsanız itirazınızı İstanbul Üniversitesi'ne yapmanız gerekir. İstanbul Üniversitesi itirazınızı kabul etmez ise veya reddeder ise bu durumda da şikâyet yoluyla kamu ihale kurumuna gidebilirsiniz. Kamu İhale Kurumu da kamu ihaleleri alanında konusunda düzenleyici ve denetleyici hukuki itirazları inceleyen, karara bağlayan bir bağımsız idari otoritedir.

Bunun idare hukuku bakımından özelliği şudur: Bu yöntem yani bu itiraz ve şikâyet yöntemleri dava açmadan önce tüketilmesi gereken idari başvuru yollarıdır. Yani başvurmak zorunda olan yollardır. Eğer bunlara başvurmadan doğrudan dava açılırsa idari yargı mercileri merci tecavüzü nedeniyle davanın reddine karar verir. Yani davanızı daha doğrusu yetkili idareye gönderir. O nedenle buradaki itiraz süreci önemlidir. Bu nedenle itiraz veya şikâyet yoluyla başvuru sürecinin tüketilmesinin ardından ancak ihale işlemlerine karşı idari dava yerlerinde dava açılabilir.