



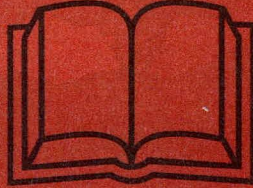
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



MERSİN BAROSU

“İDARİ YARGI”

PANEL

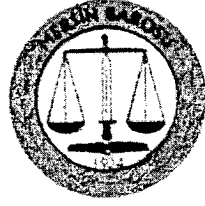


11-12 Nisan 2003

MERSİN



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



MERSİN BAROSU

İDARİ YARGI

PANEL

11-12 Nisan 2003 – MERSİN

Yayına hazırlayan ve düzeltmeler

Adnan KILIÇ



ŞEN MATBAA

Tel : (0.312) 229 64 54 - 230 54 50

Fax: (0.312) 229 64 54

ANKARA

PROGRAM - İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

11 Nisan 2003 CUMA

Saat 10.00 AÇILIŞ

- Mersin Barosu Başkanı **Av. İsa GÖK** 1
- TBB Başkanı **Av. Özdemir ÖZOK**..... 7
- Danıştay Başkanı **Nuri ALAN**..... 12

Saat 11.00 – 12.15 (1. OTURUM)

"İDARİ YARGININ GÖREV ALANI VE İŞLEVİ"

- Oturum Başkanı : **Av. Kazım KOLCUOĞLU** 29
Istanbul Barosu Başkanı
- Tebliğ Sunan : **Mehmet R. ÜNLÜÇAY** 33
Danıştay Üyesi
- Tartışmacı : **Mustafa ÖZBEK**..... 66
A.Ü. Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi
- Tartışmacı : **Av. Anibal AKDAMAR**..... 76
Adana Barosu

Saat 14.00 – 15.15 (2. OTURUM)

"İDARİ DAVALARDA SÜRE SORUNLARI"

- Oturum Başkanı : **Yekta Güngör ÖZDEN**..... 83
Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı
- Tebliğ Sunan : **Özlem ERDEM KARAHANOĞULLARI** . 87
Danıştay Tetkik Hakimi
- Tartışmacı : **Av. Necati ARAS** 122
Ankara Barosu
- Tartışmacı : **Av. Habibe ÖZER** 127
Mersin Barosu

Saat 15.30 – 16.45 (3. OTURUM)

"MEMURLARIN YARGILANMASI"

- Oturum Başkanı : **Sabih KANADOĞLU**..... 137
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı
- Tebliğ Sunan : **Esen EROL** 139
Danıştay Üyesi
- Tartışmacı : **Av. Ahmet AKGÜL** 148
Ankara Barosu
- Tartışmacı : **Atilla SARP** 156
Adana Bölge İdare Mahkemesi Başkanı

12 NİSAN 2003 CUMARTESİ

Saat 09.30 – 150.45 (4. OTURUM)

"KAMU GÖREVLİLERİ HAKKINDA VERİLEN DİSİPLİN CEZALARINDA YARGI DENETİMİ"

- Oturum Başkanı : **Av. Teoman EVREN** 167
TBB Önceki Başkanı
- Tebliğ Sunan : **Yücel IRMAK**..... 169
Danıştay Üyesi
- Tartışmacı : **Av. İsmet CANTÜRK** 190
Ankara Barosu
- Tartışmacı : **Av. Necati ARAS** 199
Ankara Barosu

Saat 11.00 – 12.15 (5. Oturum)

"İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASI"

- Oturum Başkanı : **Harun ÇETİNTEMEL** 211
Danıştay Başsavcısı
- Tebliğ Sunan : **Turgut CANDAN** 212
Danıştay Üyesi
- Tartışmacı : **Av. Tezcan ÇAKIR**..... 263
Ankara Barosu
- Tartışmacı : **Ali İhsan ŞAHİN**..... 295
Mersin İdare Mahkemesi Başkanı

Saat 14.00 – 15.15 (6. OTURUM)

"TAM YARGI DAVALARI"

- Oturum Başkanı : **Eraslan ÖZKAYA**..... 305
Yargıtay Başkanı
- Tebliği Sunan : **Dr. Zuhal BEREKET BAŞ**..... 306
Danıştay Tetkik Hakimi
- Tartışmacı : **Orhan TEKİNSOY** 402
Başkent Üni. Huk. Fak. Arş. Görevlisi
- Tartışmacı : **Av. Yüksel ESİN** 409
Ankara Barosu

Saat 15.30 – 16.45 (7. OTURUM)

**"VERGİDE BELGELENDİRME VE TİCARET ŞİRKETİ TEMSİLCİLERİNİN
ŞİRKETİN VERGİ BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU"**

- Oturum Başkanı : **Av. Semih GÜNER**..... 416
Ankara Barosu Başkanı
- Tebliğ Sunan : **Semra KAYIR**..... (418-436) – (443-462)
Danıştay Üyesi
- Tartışmacı : **Naci ÇETİN**..... 437
Mersin 2. Vergi Mahkemesi Başkanı
- Tartışmacı : **Doç. Dr. Mustafa AKKAYA** 463
A.Ü. Hukuk Fakültesi

PANELDEN GÖRÜNTÜLER..... 484

BASINDAKİ YANSIMALAR..... 487

SUNUCU (Av. MERİH ŞANLI) - Sayın konuklarımız; açılış konuşmasını yapmak üzere, Mersin Barosu Başkanımız Sayın Avukat İsa Gök'ü davet ediyoruz.

Av. İSA GÖK (Mersin Barosu Başkanı)- Protokolümüzün değerli konukları, meslektaşlarım, hâkimlerim, savcılarım; ben de tekraren onur verdiğiniz için hepinize teşekkür ediyorum.

Barolar Birliğiyle birlikte düzenlediğimiz ve ulusal çapta olan bu panelin 2 gün sürecek olması, elbette ki yorucu. Ancak, konuların önemi, konuklarımızın bu işin ustası olmaları, hepimizi onurlandırıyor, hakikaten gururlandırıyor.

Bilindiği üzere, Anayasamızın 1. maddesi, Türkiye Cumhuriyetini "demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti" olarak nitelirmektedir. Hukuk devletinin temel özelliği ise, devlet içindeki tüm kamusal yaşam ve yönetim faaliyetlerinin yargı denetimi altında olmasıdır. Bu itibarla, idarenin işlemlerinin yargısal denetime bağlanması, gelişmiş demokrasiler için bir zorunluluktur.

Yönetmelik yargı, yönetimin hukuk kuralları ile düzenlenmiş bulunan ve yönetim hukukundan kaynaklanan etkinlikleri nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzlukları çözümleyen, adli yargının dışında, kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olan bir yargı düzenidir. Dolayısıyla, idari yargı denetimi de, kamu gücünü kullanma tekeline sahip idarenin, 3.kişiler üzerinde, tek yanlı hukuksal sonuçlar doğurma üstünlüğüne dayanan işlemlerinin yargısal denetimidir.

Yönetim hukuku gibi, yönetsel yargı da Fransa'da doğmuş ve gelişmiştir. Bizde ise, yönetsel yargı alanında atılan ilk adım, 1868 yılında, "Şurayı Devlet" adıyla anılan, bugünkü "Danıştay"ın kurulması

olmuştur. Cumhuriyet döneminde kabul edilen 1924 Anayasasının 51. maddesinde, günümüz Türkçesi ile ifade etmek gerekirse, "İdare davalarına bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere bir Danıştay kurulur." hükmü yer almıştır. 1982 yılı başlarında ise , yönetsel yargı alanında yeni düzenlemeler yapılmış ve 2576 sayılı "Bölge idare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun" ile ilk derece mahkemesi olarak, idare ve vergi mahkemeleri kurulmuştur.

Yaşanan bu tarihi sürece rağmen, ne yazık ki, ülkemizde, bireyler hala, yönetimin karar alma sürecine demokratik yollardan katılma geleneğine sahip değildirler. İşte, bu noktada, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine oranla, hukuksal açıdan üstün bir konumda bulunan yönetimin, eylem ve işlemlerini gerçekleştirirken ortaya çıkan iradesinde, kuralsızlığa ve keyfiliğe kaçmadan hareket etmesini sağlayacak olan yargı denetiminin önemi bir kez daha anlaşılacaktır. Nesnel bir denetim yolu olan yargı denetimi, yönetim hukuku kuralları gereği, kendisinden üstün konumda bulunan idareye karşı, bireylerin, hukuksal yönden korunmasını sağlamakta ve onlar için bir güven unsuru olmaktadır.

Ancak, tüm bu pozitif yönlerine karşın, idari yargı alanında, idari yargının işleyişi anlamında birtakım eksiklikler ve aksaklıklar süregelmekte ve bunların giderilmesi yönünde yeterli çaba gösterilmemektedir.

Her şeyden önce, hızla gelişen dünya üzerinde, yönetimin görevi alanının genişlemesi, yönetsel yargıya duyulan gereksinmeyi de artırmış ve yönetim ile birey arasındaki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, yönetim hukuku alanında uzmanlaşmış hukukçuların görev alması zorunlu hale gelmiştir. Bu açıdan özellikle, idari yargı hakimleri,

yönetmel yargıdan beklenen yararların ortaya çıkartılması noktasında, çok önemli ve ağır bir sorumluluk taşımaktadırlar.

Özel hukuktan farklı olarak, yönetim hukukunda taraflar arasında eşitlik olmayıp, yönetim, birey karşısında daha üstün bir konumda ve güçtedir. Her ne kadar, Anayasamızın 125. maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü yer almış ise de; 1982 Anayasası ile getirilen, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile (madde 105, 125), Yüksek Askeri Şura kararları (madde 125) ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarını (madde 159) yargı denetimi dışında bırakan düzenlemeler, yönetmel yargının görev alanını, yasama yolu ile daraltmıştır. Bu şekilde yargı denetimi dışında bırakılan işlem ve kararlar, hukukun üstünlüğüne ve dolayısıyla demokratik uygulamalara getirilen bir istisnalar demeti olma özelliği taşımaktadır.

İdari işlemlerin, tarafsız bir kurumca, Özel başvuru üzerine denetlenmesi işlevini gören "Ombudsman Kurumu" 1970'li yıllardan bu yana ülkemizde de tartışılmakla birlikte, henüz bu uygulamayı hayata geçirme yönünde ciddi bir çalışma yapılmamıştır. Oysa, İsveç, Finlandiya, Norveç, İngiltere, Almanya ve Fransa gibi ülkelerde bir süredir uygulanan ve pek çok yararı görülen "Ombudsman Kurumu" nun, Türk Hukukuna da katkı sağlayacağı inancındayız.

Son yıllarda, idari birimlerde görev verilen kişilerde, "yeterlilik" yerine, "siyasi yandaşlığı", idari işlemlerde ise, "yerindelik" yerine, "kişisel çıkarların" ön plana çıkartılması, idarenin işlemlerinde denetimi, daha önemli hale getirmiştir. Kamu gücünün, neredeyse bir tür kötüye kullanılması boyutuna gelmiş olan uygulamalar da, idari yargı yerlerinin iş yükünü arttırmaktadır.

İdarenin bu uygulamalarının sonucunda doğal olarak gelen, iptal kararlarını uygulamama eğiliminin de yaygınlaştığını görmekteyiz.

"Anayasayı bir kere delmekle bir şey olmaz" yaklaşımı, mahkeme kararlarına uymama anlayışını güçlendirmekte ve hatta cesaretlendirmektedir. Bu durum, yönetim yerlerinde bulunan birçok kişinin, hukuksal bilincinin düzeyini de ortaya koymaktadır.

İdari işlemlerin, hiyerarşik yönden denetlenmesi de mümkün olmakla birlikte, "yargı kararlarına uymama eylemi", idari makamlarca çok önemli bir kusur olarak görülmediğinden, ne yazık ki, bu yoldan etkili sonuçlar alınmamaktadır.

Bu itibarla, bugün için, idari kararlar yönünden en etkin denetim yöntemi, idari yargı denetimi yoludur. Ancak, buna rağmen, idare, çoğu zaman, yargı kararlarını tartışma konusu yapmakta, Özellikle yürütmeyi durdurma kararlarını ve hatta ilk derece mahkemesi kararlarını, kesinleşmemiş olduğu gerekçesi ile uygulamamayı tercih etmektedir. İdari kararları alırken hukuka uygun davranmayan idari ajanlar, iptal kararlarını uygulama konusunda ise, ayak sürümektedirler.

İdari yargı kararlarını uygulamama konusunda, hem idareye, hem de idare ajanlarına uygulanacak yaptırımlar hakkındaki düzenlemeler, yeterince caydırıcı olmamaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanununun 28. maddesinde yer alan, "yargı kararlarının yerine getirilmemesi halinde, idare ve idare ajanı aleyhinde tazminat davası açılmasına" ilişkin hüküm, bu davaların açılabilmesini "zarar doğmuş olması" koşuluna bağladığı için, uygulamada pek fazla bir yarar sağlamamaktadır. Yargı kararlarının uygulanmaması, idare açısından bir tür hizmet kusuru olduğundan, idari yargının görev alanını ilgilendirmektedir. İdare ajanı açısından ise, kişisel kusur sayıldığından, adli yargının görev alanına girmektedir.

Anayasamızın 129 ve 657 sayılı DMK.nun 13. maddelerinin getirdiği "kamu görevlilerinin kusurundan dolayı ancak idare aleyhine

dava açılabilir" şeklindeki hüküm, kişisel kusur olan "yargı kararlarının uygulanmaması" eylemine bir koruma getirmemektedir. Ancak, 4483 sayılı "Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Kanun" gereğince, idare ajanı hakkında soruşturma açılması yetkili amirin iznine bağlanmıştır. Eğer, yargı kararını yerine getirmeyen idare ajanı, Bakan ya da Başbakan ise, yargılama TBMM kararı ile olabilmektedir.

Yargı kararlarının yerine getirilmemesi eylemi, Ceza Hukuku anlamında da suç oluşturmaktadır. Uygulamada, fiilin işleniş koşulları dikkate alınarak; TCK'nun 228. maddesinde yazılı "keyfi muamele yapmak", 230. maddesinde yazılı "görevi savsaklama" ya da 240. maddesinde yazılı "görevi kötüye kullanma" suçlarından biri olarak vasıflandırılmaktadır. Ancak, şu da bir gerçektir ki; bu suçları işleyenlere verilen hapis cezalarının paraya çevrilmesi ve ertelenmesi gibi nedenlerle, bu hükümler de caydırıcı olmaktan uzaktır.

Adliyeye ilişkin görevlerinde ihmalleri olanlar hakkında, savcılıklarca doğrudan soruşturma yapılacağına ilişkin CMUK 154. madde kapsamına, "yargı kararlarını uygulamama" fiilinin de konulmasında ve bu fiilleri dokunulmazlık kapsamı dışına çıkaracak yasal düzenlemeler yapılmasında yarar ummaktayız.

Yargı kararlarının yerine getirilmemesi, hukuk etiği açısından son derece önemli bir olaydır. Bu tip davranışlara getirilen müeyyidelerin de, o oranda ağır olması, caydırıcılığı açısından önemlidir. Aslında, bu fiillere getirilen müeyyideler, yasa koyucunun hukuka olan inancının bir göstergesidir. Hukukun önemi kavrandığı ölçüde yargı kararlarına sahip çıkılacak ve o kararlara, bir gün herkesin ihtiyacı olabileceği olgusu anlayışlara yer edecektir.

Bu arada, şunu da belirtmek istiyorum ki; yargı için görünen en

büyük ve yakın tehlikelerden biri, yargının siyasallaşması, yani; yargı birimlerinin kararlarında, salt hukuki gereklilik sınırını aşarak, siyasi etkileri de yansıtmış olmaları halidir. Bu tür kararlar, yargıya olan toplumsal güveni sarsmaktadır. Nitekim, seçim süreci içerisinde, bu izlenimi uyandıracak türde alınan YSK kararları, kamuoyunda tartışmalara neden olmuştur. Tüm yargı uygulayıcıları, bu konularda çok titiz davranmalı ve hukuksal değerler dışında, hiçbir etkeni kararlarına yansıtmamalıdır.

Bu duygu ve düşüncelerle hepinizi saygıyla selamlıyorum

SUNUCU- Yine açılış konuşmasını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Avukat Özdemir Özok'u kürsüye davet ediyorum.

Av. ÖZDEMİR ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)

Sayın Yargıtay Başkanım, Sayın Danıştay Başkanım, Yargıtay ve Danıştay'ın sayın başsavcuları, Anayasa Mahkememizin Sayın Onursal Başkanı, Sayın Valim, değerli parlamenterler, saygıdeğer meslektaşlarım ve sayın Mersinliler, yine yerel ve ulusal basınımızın değerli temsilcileri; biraz önce Mersin Barosu Başkanımızın da sizlere aktardığı gibi, Mersin Barosu'yla birlikte Mersin'de İdari Yargı Mahkemesinin açılması nedeniyle, Türkiye Barolar Birliği'yle "İdari Yargı" konu başlıklı bu paneli düzenlemiş bulunuyoruz.

Kuşkusuz, 2 gün sürecek olan bu panel sonrasında konularının uzmanı olan değerli bilim adamları ve uygulamacılar, bize idari yargının tüm inceliklerini, tüm ayrıntılarını anlatacaklar. Ama yine benden önce konuşan Sayın Başkanımın da belirttiği gibi, ülkemizde idari yargının temel konuları konusunda, ben de birtakım tespitlerimi bu değerli ve seçkin toplulukla paylaşmak istiyorum.

Değerli konuklar;

Yönetimin hukuka bağlılığını sağlamada en etkili yol, etkili yargısal denetimdir. Yönetimin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu Anayasanın 125.maddesinde vurgulanarak hukuk devletinin zorunlu öğelerinden birinin altı çizilmiştir. Yargı yolu, hiçbir neden ve biçimle kısıtlanamaz. Ancak, yönetimin yargısal denetimi, yargının kendiliğinden hareket ederek yönetimi denetlemesi ve yönetimin yerine geçerek yönetsel eylem ve işlemler kurması demek değildir. Yürütme ve yönetme yetki ve görevi, Anayasa ve yasalara göre hükümetler tarafından kullanılır ve yerine getirilir. Yargı denetimi, bu görev ve

yetkinin "Anayasaya ve yasalara göre kullanılmasını ve yerine getirilmesini" sağlamak, yönetimi "hukuk düzeni" içinde tutmak için gereklidir. Yönetimin hukuka bağlılığını yargısal denetimle sağlamak, hukuk devletinin zorunlu gereği ve insan haklarının güvencesidir. Anayasada Türkiye Cumhuriyetinin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Anayasanın 125.maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilmesine karşın, gerek bu maddenin değişik fıkralarında, gerekse diğer ilgili maddelerde bu temel ilkeye önemli sınırlamalar getirilerek idari yargının, yargısal denetimini özenle kısıtlama yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda almış olduğu kararlar incelenemeyecek, başka bir deyimle idari yargı denetiminden geçmeyecek kurum ve kurulları şöyle sıralayabiliriz.

YHSK kararları, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Yüksek Seçim Kurulu kararları, Anayasanın 125.maddesinin 1.fıkrasına 4446 sayılı yasa ile eklenen "Kamu Hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir" hükmüyle bu alan da idari yargı denetimi dışına çıkarılmış, yine Anayasanın 127 maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesiyle, işleri bakanına geçici bir önlem olarak da tanınan bir yetki olsa da mahalli idare organları ve üyelerini görevden alma yetkisine dayalı görevden alma işlemi, Anayasanın 129. maddesinin 5.fıkrasında disiplin cezalarıyla ilgili alanda idare tarafından kurulan uyarma ve kınama cezaları, Anayasanın geçici 15. maddesiyle 12 Eylül yönetiminin işlem ve tasarrufları hakkında getirilen idari yargı denetimi sınırlandırılması ile oldukça büyük bir denetimsiz tasarruf alanı kalmaktadır, idari işlemlere karşı yargı denetimini bu denli sınırlamak ve

kapatmak, hukuk devleti ilkesini zedelemektedir. Hukukun üstünlüğüne dayanan hukuk devletinin tüm kuralları ve çağdaş nitelikleri ile gerçekleşebilmesi için, idari yargı denetimine konulan bu ve benzeri sınırlamalar, kısıtlamalar kaldırılmalıdır. Çünkü "Yargı denetimi bağımsızlığına sahip idari işlemlerin" mevcudiyeti idarenin yargısal denetimini zayıflatmaktadır. Çağlar boyu yönetenlere onur ve saygınlık veren, hukuka uygun davranış içinde olmak uğruna gösterdiği özendir.

Ülkemizde, halen idari yargı hizmetleri, 50 idare Mahkemesi, 51 Vergi Mahkemesi ve 25 Bölge idare Mahkemesiyle yürütülmekte Danıştay ise, yasayla verilen yargılama görevleri dışında, temyiz incelemelerini yapmaktadır.

Sayın başkanlarım, değerli meslektaşlarım.

İçinde bulduğumuz süreç yurt ve meslek sorunlarının giderek ağırlaştığını, buna karşın çözüm olanaklarının ve en kötüsü çözüm umudunun giderek azaldığını göstermektedir.

Hemen yanı başımızda, tüm dünyanın gözleri önünde ABD ve yandaşları tarafından hiçbir mantıksal ve hukuksal gerekçeye dayanmayan ve tamamen emperyalist geçmişlerine uygun bir davranışın uzantısı olan Irak savaşı, uluslararası hukuku, uluslararası sözleşmeleri ve en önemlisi, kendi elleriyle kurdukları BM teşkilatını büyük oranda ihlal etmiş, yıpratmıştır.

Uygarlığın ve gelişmişliğin gereği bu olamaz, bu olmamalı. İnsanlık ABD öncülüğünde gözü dönen petrol tekelleri ile silah zorbalığına teslim olmamalıdır.

Yıllardır ulusal bir dava olarak toplumsal bilincimizde yer etmiş olan Kıbrıs sorununa, iki toplumun varlığını ve hukukunu tanıyan, devletlerin arşivlerindeki belgelere ve yurttaşların belleklerindeki

anılara aykırı olmayan insani, hukuki gerçekçi çözümlerin getirilmesini diliyoruz.

AB Türkiye İlişkilerinde üzülerek ifade etmek isteriz ki, Avrupalı dostlarımız bize içtenlikli davranmamakta; yaşanan süreçte Türkiye tercihini hep çağdaş dünya ve Avrupa yanında yapmasına karşın, aynı ilgi ve desteği görememektedir, insanlığın ortak kültürü ve birikimi olan çağdaş değerler ve çağdaş yaşam Türkiye'nin öncelikli tercihi olmuştur. Tüm bunları görmezden gelen AB yetkilileri, İslam dünyasının içinde tek Demokratik, Laik Hukuk Devleti olma mücadelesinde temel dayanağımız olan Atatürk ilke ve devrimlerinden vazgeçmemiz halinde birlik içine girebileceğimizi söyleyebilmektedirler. Kısa bir süre önce, basına yansıyan bu haberde AB yetkilisi bir zatın, "Türkiye'nin AB'ne girebilmesi için Atatürk ilke ve devrimleriyle Kemalist düşünceden vazgeçmesi gerekmektedir" dediği yayınlanmış, yine birkaç gün arayla bu kez "hasta adamı iyileştirelim" başlığıyla ve Abdülhamit Hanın resmiyle birlikte AB yetkilisinden haberler basına yansımıştır. Olayın en vahim yanı, üzerine ant içerek başladıkları kamu görevlerinde bulunan yetkililer ve parlamenterlerin bu saldırıya hiçbir tepki göstermemeleridir.

Ulusal birliğin tartışmaya açıldığı, insan hakları ve özgürlükler adına üniter yapının zorlandığı, kutsal din duyguları adına laik yapının yıpratıldığı bir dönemde Avrupa'dan gelen bu çatlak sesler hiçte tesadüf değildir.

Ama şunun, tüm dost ve düşman tarafından özellikle bilinmesini istiyoruz. Türkiye Cumhuriyetinin temel felsefesi, Atatürk İlke ve Devrimleridir.

Bu ise, aklın ve bilimin aydınlattığı çağdaş düşünce sistemidir. Bu düşünce sistemi; yaşamada, halkın kayıtsız şartsız egemenliğine dayalı parlamenter demokratik Cumhuriyeti, onun denetiminde yürütmeyi ve

tam bağımsız yargıyı içeren, ulusçu, halkçı, devrimci ve laik yaşamı, vazgeçilmez ötelenmez bir temel olarak kabullenir. İşte tüm bunların ifade edildiği kavram bütünü Atatürk İlke ve Devrimlerini oluşturur. Amaç, çağdaş devleti ve çağdaş toplumu yaratmak, gelişmiş uygarlık düzeyini yakalamak suretiyle ulusu gönençli kılmak ve yurttaşın başını dik tutmaktır. Hiç kimse, ama hiç kimse bizi bu aydınlık yoldan geriye çeviremez. Her Türk aydınının varlık nedeni olan bu değerlere hepimizin içtenlikle sahip çıkması gereklidir. Numaracı cumhuriyetçilere, bölücülere, mandacılara, işbirlikçilere, gericiilere karşı tek yol ve tek çıkış bize emanet edilen demokratik laik çağdaş Türkiye Cumhuriyetidir.

TBB ve 74 baro ile 53 bin aydın Türk avukatı bu emaneti korumaya ant içmiştir, kimsenin bundan kuşkusu olmasın.

Sizlere bu duygu ve düşüncelerle yeniden hoş geldiniz der "İdari Yargı" panelinin yararlı geçmesi dileğiyle saygılarımı sunarım.

SUNUCU - Yine açış konuşmasını yapmak üzere, Danıştay Başkanımız Sayın Nuri Alan'ı kürsüye davet ediyorum.

NURİ ALAN (Danıştay Başkanı)- Sayın Yargıtay Başkanı, Yargıtay ve Danıştay'ın sayın başsavcıları, Sayın Vali, Sayın Belediye Başkanı, Anayasa Mahkemesinin Sayın Onursal Başkanı, sayın Barolar Birliği ve barolarımızın değerli başkanları, sayın Danıştay üyeleri, sayın yargıçlar, savcılar, avukatlar; basınımızın değerli mensupları; hepinize saygılarımı sunuyorum.

Türkiye Barolar Birliği'nin ve Mersin Barosu'nun düzenlemiş olduğu bu panelde, bana açış konuşması kapsamında bir tebliğ sunma görevi verdikleri için, adı geçen kuruluşlarımıza teşekkür ediyorum ve bunu bir onur olarak kabul ediyorum. Gerçekten ülkemizin bu kadar seçkin hukukçusunun huzurunda bu tebliğ sunma görevi benim için daha da yüksek bir onuru ifade etmektedir.

Bilgilerim dahilinde olmak üzere, Mersin Barosu, Ankara, İzmir ve İstanbul dışında ilk kez konuları tümüyle idari yargıya hasredilmiş bir paneli düzenlemiş oluyor. Bunun için kendilerine teşekkür ediyorum. Bu bizim yönümüzden, hem konularının idari yargı ve idare hukukuyla ilgili olması yönünden, hem de avukatlarımızın idari yargıya giderek artan ilgisini göstermesi bakımından çok değerli bir organizasyondur. Biz de, bu nedenle Danıştay olarak tüm imkânlarımızla bu panele destek verdik. Konuşmacılarım tebliğ sunacak, yine tartışmaya katılacak olan 4 arkadaşımız da Danıştay'ın eski mensuplarıdır.

Benden bugünkü bildiri için Cumhurbaşkanının tek başına yapmış olduğu işlemler ve Yüksek Askeri Şura kararları konusunda bir tebliğ sunmam istendi. Bu aslında idarenin yargısal denetimi konusunun içinde yer alan bir konudur, bir bütünün parçasıdır. Dolayısıyla, ben önce idarenin yargısal denetimini, bu yargısal denetimin yasal sınırlarını sizlere anlatmaya çalışacağım. "Yasal sınırlar" diye vurguluyorum, çünkü idari yargı denetiminin bir de içtihatla belirlenmiş olan sınırları var. Bu

sınırlar zaman zaman yasayla belirlenen sınırları genişletebilir veya yasada yer almamış başka sınırlamalar getirebilir. Bundan sonradır ki, Cumhurbaşkanının tek başına yapmış olduğu işlemlerle, Askeri Şura kararları konusunda konuşacağım.

İdarenin yargısal denetimi konusu genellikle "Hukuk Devleti" ilkesinin kapsamı içinde ele alınarak incelenmektedir. Bu iki konu arasındaki ilişki tarihsel nedenlere dayandırılmakta ve hukuk devleti kavramının ilk kez, idare hukuku alanında idarenin hukuka bağlılığı ve onun denetlenmesi sorunu ile bağlantılı olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir.

Anayasa mahkemesi de hukuk devletini tanımlayan kararlarında yargı denetimine ağırlık vermektedir. Mahkemeye göre hukuk devleti "insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargının denetimine bağlı olan devlet demektir. Böyle bir düzenin kurulması yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanması ile olanaklıdır." Yürütme ve yasama işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini yapacak yargı organının, yasama ve yürütme organları karşısında tam bağımsızlığa sahip olması, yargısal denetimden beklenen yararın gerçekleşmesi için zorunlu koşuldur.

Anayasa Mahkemesinin tanımında başlıca iki unsur ön plana çıkmaktadır: Bunlar yargı erki de dahil olmak üzere kamusal alandaki tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygun olarak yapılması ve idarenin ve yasama işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca, önceden belli edilen usullere uygun olarak denetlenebilmesidir. Kanımca hukuk devletinde asli ve önemli unsur kamusal işlem ve eylemlerin hukuka uygun bir biçimde yürütülmesi, böylece idarenin hukuka bağlılığı ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Özellikle yürütme organı ve onun içinde yer alan idare tarafından yapılan işlem ve eylemlerden bunların muhatabı olan

yurttaşlar doğrudan etkilenirler; etkilenme hak kaybı veya menfaat ihlali biçiminde olduğu takdirde yargısal denetim yoluna başvurulur ve yargının işlevi başlar. Yargı geniş anlamı ile önleyici, giderici, telafi edici, eski hale getirici bir işlev görür. Şu halde asıl olan, kamusal faaliyetlerde hukuk kurallarına uygun davranmak, hukuk sınırları içinde kalmak, hukuku ihlal etmemektir. Hukuka aykırı işlem ve eylemlerden zarar gören yurttaşların, maruz kaldıkları maddi ve manevi kayıpların; bunların neden olduğu acı ve üzüntülerin yargı tarafından derhal ve tümüyle giderilmesi olanağı yoktur. Hele yargının paralı, çoğu kişiler için pahalı ve uzun vadede sonuç veren bir yol olduğu dikkate alınırsa devletin eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı kalmasının önemi ve anlamı daha iyi anlaşılır.

Hukuk Devleti tanımında ön plana çıkardığımız "Hukuk", "Hukuka Uygunluk" kavramlarının içeriği nedir? Bu kavramlara sanıyorum mevzu hukukla sınırlı olarak yaklaşmak, bir çok durumlarda bizi yanlış yönlere sevk edebilir. Kuşkusuz devletin tüm erkleri, devlet adına yetki kullanan tüm kamu kurum, kuruluş ve makamlar öncelikle Anayasaya uymak zorundadırlar. Ancak Anayasada yer alan kurallar çağdaş hukuk devletinin değerlerine yer vermemiş ise, salt o Anayasa kurallarına uygun bir yasama tasarrufu hukuk devleti ilkeleri ile uyum içinde kabul edilecek midir? Ya da Anayasadaki antidemokratik kurallara uygun yasalara dayanılarak kurulan idari eylem ve işlemlerle çağdaş hukuk devleti düzeyine ulaşılabilir mi? Şu halde Anayasanın öncelikle çağdaş ve uygar ülkelerde tartışmasız kabul edilen değerleri ve ilkeleri benimsemiş olması, uygulamanın da bu kurallar çerçevesinde yürütülmesi gerekir.

Hukuk devletinde, tüm kamusal işlemlerin yargısal denetime bağlı olması da ağırlıklı bir yere sahiptir. Anayasanın 2 nci maddesinde demokratik bir hukuk devleti olduğu kurala bağlanmış olan Türkiye Cumhuriyetinin anayasal sisteminde yargı, yasama ve yürütmenin üstün gücünü "hukuk" ile sınırlamak ve hukuka aykırılıkları önlemek işlevini üstlenmiştir. Bir anayasal düzende keyfi uygulamaların, hukuka

aykırılıkların yer almayacağı ne kadar belirgin kılınırsa, toplumun güven duygusu o oranda artar. Diğer yandan yasama ve yürütme, işlemlerinin hukuka uygunlukları yargı tarafından onaylandığı oranda güvenilirlik kazanırlar. Yargı denetimi demokratik hukuk devletinin temel bir ögesidir ve etkili bir denetime olanak tanıyan hukuksal araçların kullanıma açık tutulması ile güvence altına alınmıştır. Bu araçlarda gerçekleştirilecek her türlü sınırlama yargı denetiminin özüne dokunur ve anayasal dengede bozulmaya neden olur. Bu nedenle, yargısal denetim olabildiğince sınırsız tutulmalı, yurttaşlar hukuka aykırı ve keyfi her türlü idari işleme karşı yargısal korunmaya alınmalıdır. Sadece, etkili bir yargı denetimi ile hukukun üstünlüğü geçerli kılınabilir. Anayasa Mahkemesi bağımsız ve tarafsız bir yargı denetimini, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesi olarak kabul etmektedir (27.1.1977 günlü, 4 sayılı kararı).

1961 Anayasasının ilk metninde, idari yargının denetim alanında herhangi bir sınırlama getirilmemiş iken, 1980 sonrasında, önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, daha sonra 1982 Anayasası ile bu alanda önemli sınırlamalar yapılmış, yargı yetkisine ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin olumsuz kuralların da katkısı ile idari yargının denetim alanı ve yetkisi daraltılmak suretiyle gücü zayıflatılmış bir idari yargı örgütü yaratılmak istenmiştir. Yargısal denetimin kapsamının yasal düzenlemelerle belirlenmesi, başka bir anlatımla kurucu nitelik de taşıya yargının denetim alanının sınırlarının siyasal iktidarlara bırakılması çağdaş hukuk düzeni ile çelişki içindedir. Çağdaş bir devlette bu sınırları belirleyen siyasal iktidarların takdiri değil, hukuk devletinin içeriği ve bu içeriği belirleyen ilkeler olmalıdır.

Anayasanın 125 inci maddesinin ilk fıkrası, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralını getirmiş; yargı denetimi dışında kalan işlemler genel olarak yine bu maddede, özel olarak da ilgili diğer maddelerde gösterilmiştir.

İdari yargının denetim alanının sınırlandırılması konusunu, yürürlükte bulunan yasal kuralları esas alarak, iki başlıkta toplamak mümkündür.

Bunlardan birincisi, yargı denetimi dışında tutulduğu Anayasada açıkça belirtilen idari işlemlerdir.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları, Sayıştay'ın kesin hükümleri, Anayasanın açık kuralları ile doğrudan yargı denetimi dışında bırakılan idari işlemlerdir. Anayasanın 129 uncu maddesi, uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında tutabilme konusunda yasama organına takdir yetkisi tanımıştır. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasındaki genel ilke çerçevesinde ve özgürlükçü bir yaklaşımla bu konunun düzenlenmesi mümkün ve gerekli iken, yasama organı takdir yetkisini olumsuz yönde kullanmış ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135 inci maddesinde, pek de açık olmayan bir ifadeyle, uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakmıştır.

İdari yargı denetiminde yapılan ikinci tür sınırlama, doğrudan doğruya Anayasa kuralları içinde yer almamış; ancak Anayasa yargısını sınırlayan kuralların sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bunun Anayasamızda iki örneği vardır:

Anayasanın 121 nci ve 122 nci maddelerine göre; olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararnameler ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılması tamamen durdurulabilir veya bu hak ve özgürlükler için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilir. Görüldüğü üzere söz konusu kararnamelerle yürütme organına tanınan düzenleme alanı ve bu alan içinde idarenin kullanabileceği yetkiler çok geniş, bir anlamda sınırsızdır. Buna karşın Anayasanın 148 nci maddesinin ilk fıkrası, bu kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine dava açılmasını önlemektedir. Bireyler için hukuksal güvencenin ve bunun en etkili aracı olan yargısal denetimin asıl gerekli olduğu

durumlarda, Anayasa Mahkemesinde iptal davası yolunun kapatılmış olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu husus Anayasa yargısı ile ilgilidir.

Anayasa yargısı yönünden getirilmiş olan bu sınırlama, beraberinde, idari yargının denetim alanına da bir sınırlama taşımıştır. Anayasanın 121 inci maddesi uyarınca yürürlüğe konulan 285 sayılı "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında" Kanun Hükmünde Kararnamenin değişik 7 nci maddesinde, bu Kararnamenin verdiği yetkilere dayanarak Olağanüstü Hal Bölge Valisinin yaptığı işlemlere karşı iptal davası açılmayacağı açıklanmıştır. Anayasanın "YARGI YOLU" başlıklı 125 inci maddesine göre olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde kanunla, ancak yürütmenin durdurulması kararı verilmesi sınırlanabilir. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargısal denetimi genel kural olarak kabul eden Anayasada, yukarıda sayılan hallerde iptal davası yolunu kapatan herhangi bir kural yer almadığından, söz konusu 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 7 nci maddesi Anayasaya aykırıdır. Ne var ki, Anayasanın 148 inci maddesinin yukarıda açıklanan kuralı karşısında, idari yargıda iptal davası yolunu kapatan 7 nci madde için Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmamaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1991 senesinde verdiği bir kararda (10.9.1991 günlü, 1991/1 sayılı), olağanüstü hal keyfilik ve denetimsizlik yönetimi olmadığına göre, bu dönemde yetkili makamlarca yapılan bireysel ve düzenleyici işlemlerin idari yargı denetimine bağlı olması gerektiğini; yurttaşlar için hukuksal güvence sağlamanın ancak etkin bir yargısal denetim ile gerçekleştirilebileceğini vurgulamış, ancak 148 inci maddedeki yasaklayıcı hüküm karşısında yetkisizlik nedeniyle iptal kararı verememiştir.

Yasal bir tasarrufa karşı Anayasa Mahkemesinde dava açma yolunun kapatılmış olması, o tasarruf ile Anayasaya aykırı kuralların getirilebileceği anlamında yorumlanmamalıdır. Kanun hükmünde kararnameyi düzenleyenler, bu halde dahi, Anayasayı titizlikle

uygulamak, ona aykırı kurallardan kaçınmak yükümlülüğü altındadırlar.

İkinci örnek, senelerce Anayasanın Geçici 15 inci maddesinin yürürlükten kaldırılmış olan üçüncü fıkrasının korumasında kalan kurallarla ilgilidir. Milli Güvenlik Konseyi, üç yılı aşan yönetimi döneminde, henüz 1982 Anayasası yürürlüğe girmeden önce, sonradan anayasal nitelik kazanan kurumların kuruluşları, siyasi hak ve özgürlükler gibi önemli ve değişik alanlarda 668 yasa, 139 Kanun Hükmünde Kararname olmak üzere 808 adet yasama tasarrufunu yürürlüğe koymuştur.

Toplumumuz için yaşamsal önem taşıyan alanları düzenleyen söz konusu yasalar yürürlüğe konulmadan önce kamuoyuna sunulmamış ve kamuoyu önünde tartışılmamış; Milli Güvenlik Konseyi üyelerinin beğenisi koşulu ile dar bir çevrenin görüş ve önerileri doğrultusunda hazırlanıp kabul edilmiştir. Daha sonra da Anayasa halk oylamasına sunulmuş, kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Denilebilir ki, Konsey önce devletin önemli kuruluşlarını ve bunların yapısını, temel hakları ve ödevleri belirlemiş; bundan sonra da Anayasayı düzenlemiş ve yürürlüğe koymuştur. Anayasanın geçici onbeşinci maddesi ile de Anayasadan önce yürürlüğe konulmuş olan tüm bu yasal tasarruflara dokunulmazlık sağlamış, bunların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini kuralla bağlamıştır.

Bu garip ve anlaşılmaz düzenleme yöntemi, toplumun belli bir kesiminin değiştirilmesi gerekliliğinde birleştiği 1982 Anayasasının dahi tümüyle yürürlüğe girmesinin ertelenmesi ve ülkede ikili bir Anayasal rejimin ihdası sonucunu doğurmuştur. Başka bir anlatımla, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce Milli Güvenlik Konseyi tarafından yürürlüğe konulan yasalarla 1982 Anayasası arasında bir uyum sağlanamamıştır. 1982 Anayasasının, Milli Güvenlik Konseyi döneminde yürürlüğe giren yasal tasarruflara dokunulmazlık sağlayan geçici onbeşinci maddesinin üçüncü fıkrası 4709 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, şimdi söz konusu yasama

tasarruflarındaki Anayasaya aykırılıkların itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine götürülmesi mümkündür. Ancak bu yola başvurulabilmesi belli koşulların oluşmasına bağlıdır ve uzun bir zamanı gerektirmektedir.

Nitekim İdari yargı yolunu kapatan Yargıtay Kanunu'nun 17 nci maddesi ile Sıkıyönetim Kanunu'nun Ek 3 üncü maddesi, Anayasaya açıkça aykırı olmalarına karşın, Anayasanın söz konusu geçici maddesinin korunmasında kalarak senelerce uygulanmışlardır. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulması için henüz bir olanak da ortaya çıkmadığından söz konusu kurallar yürürlükte kalmışlardır. Verdiğim örnekler sadece idari yargı denetimini sınırlayan kurallardır. Konsey döneminde Anayasadan önce yürürlüğe konulan diğer yasalarda da, Anayasanın başka kurallarına aykırılıklar bulunması mümkündür. Bu nedenle, söz konusu yasalar titizlikle incelenmeli, Anayasaya aykırı oldukları saptanan kurallar yürürlükten kaldırılmalıdır. Bu arındırma işlemi bir anlamda uyum yasalarının bir devamı olarak değerlendirilmektedir.

CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPTIĞI İŞLEMLER - YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARI

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ve bu işlemlerin yargısal denetimi konularına daha önce muhtelif vesilelerle yaptığım konuşmalarda değinmiştim. İlk kez 10-12 Haziran 1982 tarihleri arasında Danıştay'da yapılan "İdari Yargıda Son Gelişmeler" sempozyumunda sunduğum tebliğde ele aldığım bu konu, sanıyorum Anayasa Hukuku yönünden taşıdığı hayati önem nedeniyle güncelliğini korumakta ve zaman zaman gündemin ilk sırasına yükselmektedir. Bilindiği gibi, bu konudaki ilk düzenleme 06.01.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile yapılmış; bu kanunun ikinci maddesinin (3) işaretli fıkrasında "Devlet Başkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır" kuralına yer verilmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 inci maddesinde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yanına Yüksek Askeri Şura kararları da eklenmiştir. Yeni düzenlemeye göre

"Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır."

Ben tebliğimin bundan sonraki bölümünde, yargısal denetim yönünden aynı hukuki rejime tabi olan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararlarını biraz daha ayrıntılı biçimde ve tüm boyutlarını gözetenek inceleyip değerlendireceğim.

I- Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler.

Önce hepimizin çok iyi bildiği bazı hukuki durumlara ve maddi olgulara kısaca değinmek, bazı tespitlerde bulunmak istiyorum.

1- Cumhuriyet döneminin tüm Anayasalarında olduğu gibi 1982 Anayasası da Cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilmesi yolunu benimsemiştir. 101 inci maddeye göre Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenimini yapmış kendi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından seçilir ve yedi yıl süreyle görev yapar.1982 Anayasası, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolması veya Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisini kısa sürede yeni Cumhurbaşkanını seçmeye zorlayan bir yöntem getirmiş ve 102 nci maddede yaptığı düzenleme ile dördüncü oylamada Meclisin üye tam sayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanının seçilmesine olanak sağlamıştır. Dördüncü oylamada Cumhurbaşkanının seçilememesinin yaptırımı, Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesidir.

2- Günümüzden geriye doğru bakıldığında Türkiye Büyük Millet Meclisinde bir siyasi partinin tek başına, Anayasada seçim için öngörülen yeterli üye sayısına sahip olduğu veya partiler arasında uzlaşma sağlanabildiği dönemlerde, Cumhurbaşkanının milletvekilleri arasından seçildiği; seçilenlerin tamamının en çok milletvekiline sahip olan partinin seçim tarihinden önceki genel başkanları olduğu görülmektedir. Bir siyasi partinin Cumhurbaşkanının seçimi için tek

başına yeterli sayıda milletvekilinin olmadığı, partiler arasında milletvekillerinden biri üzerinde uzlaşma sağlanamadığı ve ordunun açık veya örtülü müdahalede bulunduğu dönemlerde ise Cumhurbaşkanı, siyasi parti mensubu olmamakla birlikte bu makam için öngörülen niteliğe sahip olan veya 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi (Cumhurbaşkanı tarafından kontenjan senatörü seçilerek) adaylık niteliği kazandırılan kişiler arasından seçilmiştir. Kuşkusuz Türkiye Büyük Millet Meclisinin kendi içinden birini Cumhurbaşkanı seçebilmesinin yanında dışarıdan birini de bu göreve getirebilmesi, parlamenter rejimde Cumhurbaşkanının hukuki durumu ile uyumlu kabul edilebilir. Ancak işin doğası, Meclisin yapısı elverdiğinde Cumhurbaşkanının bir siyasi partiye mensup milletvekilleri arasından seçilmesi yolunu öne çıkarmaktadır.

3- Anayasanın 104 üncü maddesi, Cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargı ile ilgili olan ve Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uygun olarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkileri göstermektedir. Bu maddeye ve konuyu özel olarak düzenleyen maddelere göre Anayasa Mahkemesinin sekiz asıl, üç yedek üyesi ilgili kurumların göstereceği adaylar arasından, üç asıl, bir yedek üyesi de üst derece yöneticileri ile avukatlar arasından doğrudan doğruya; Danıştay üyelerinin dörtte biri nitelikleri kanunda gösterilen görevliler arasından doğrudan doğruya; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcı Vekili Yargıtay Genel Kurulunun belirleyeceği beşer aday arasından; Askeri Yargıtay üyeleri Genel Kurulunun göstereceği adaylar içinden; Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askeri hakim sınıfından olan veya olmayan üyeleri ilgisine göre Mahkemenin veya Genel Kurmay Başkanının göstereceği adaylar arasından ve nihayet Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yargıç olan asıl ve yedek üyelerinin tamamı ilgisine göre Yargıtay veya Danıştay Genel Kurullarının göstereceği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanı yüksek mahkemelerin oluşumuna doğrudan veya dolaylı olarak, ama etkili biçimde katılmaktadır.

4- Yüksek Mahkeme ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliklerine yapılan bu seçim işlemleri öğretilerde ve yargısal içtihatlarda Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler arasında kabul edilmekte; uygulama da bu görüşlere koşut olarak yürütülmektedir: Seçim işlemlerine ilişkin kararname sadece Cumhurbaşkanının tarafından imzalanmakta ve Resmi Gazetede yayımlanmaktadır.

5- Bilindiği üzere Cumhurbaşkanının Anayasadaki deyimle "tek başına" yapacağı işlemler, İdari Yargılama Usulü Kanunundaki deyimle "doğrudan doğruya" yaptığı işlemler idari yargının denetimi dışında bırakılmıştır.

Cumhurbaşkanına yüksek mahkemelere ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin, yürütme organının başı sıfatıyla değil, tarafsız Devlet Başkanı kimliği ile verildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten Cumhurbaşkanının statüsü, varsa partisi ile ilişkisini kesmesini, tüm siyasi partilere eşit mesafede kalmasını ve tarafsız olmasını gerektirmektedir. Statüsünün gerektirdiği tutum ve davranışları sergileyebilen bir Cumhurbaşkanının, yargı ile ilgili bu yetkileri kullanmasının yargı bağımsızlığı ilkesi yönünden herhangi bir sakınca taşımadığı düşünülebilir. Ancak bir hukuksal kurumun tüm boyutları ile ve tüm durumlar için değerlendirilmesi zorunludur. Yukarıda açıkladığım gibi Cumhurbaşkanlığı makamına, parlamenter sistemin işleyişine ve doğasına uygun olarak, mecliste çoğunluğu sağlayabilen bir siyasi partinin mensupları arasından birinin ve büyük olasılıkla bu partinin genel başkanının seçilmesi halinde, yargının oluşturulmasında Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler amacına ulaşabilecek midir? Milletvekilleri arasından seçilecek bir Cumhurbaşkanının siyasal yaşamı boyunca belli bir siyasal parti ile ilişkisinin, bu ilişki nedeniyle de belli siyasal görüşlere ve değer yargılarına sahip olmasının düşünülmesi halinde bu yetkilerin, verilmiş amacının dışında, tam tersine bir sonuca neden olması ve böylece yargının siyasallaşması uzak bir ihtimal olarak görülmemelidir. Özellikle bir siyasi partinin tek başına iktidarda olduğu dönemlerde, bu siyasi

partinin oyları ile seçilen bir Cumhurbaşkanının yüksek mahkeme üyelerini seçmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi yönünden çeşitli sakıncalara neden olabilecek bir durumdur. Anayasanın benimsediği kuvvetler ayrılığı ilkesinin böyle bir uygulamadan önemli derecede zarar görmesi söz konusu olabilir. Çünkü Cumhurbaşkanı, Anayasanın kendisine verdiği takdir yetkisini kendi değer yargıları içinde kullanarak yüksek mahkemeleri dilediği biçimde oluşturabilecektir.

Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkiler uygulamada başka sakıncaları da beraberinde getirmektedir: Birçok Danıştay ve Yargıtay üyesi tarafsız cumhurbaşkanları döneminde, seçilmemesi halinin reddedilmek anlamını taşıyacağı, bunun da kendileri için onur kırıcı olacağı ve sonucun kişiliği yönünden değişik yorumlara neden olabileceği; geçmişinde siyasi kimliği olan Cumhurbaşkanları döneminde ise, belli bir siyasi görüş sahibi olarak değerlendirileceği endişesi içinde Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliklerine aday olarak katılmamışlardır. Böyle dönemlerde sonuçları önceden belli olan seçimlerin yaşanmış olması bu yöndeki endişeleri haklı çıkarmıştır.

Yukarıda belirtilen olası sakıncaların önlenmesi için, Anayasanın 104 üncü maddesinde ve konuyu düzenleyen özel maddelerde Cumhurbaşkanına yargı ile ilgili olarak verilen yetkiler olabildiğince sınırlandırılmalı; Cumhurbaşkanınca seçileceği belirtilenlerden özellikle yargıç kökenli olanlar, ilgili yüksek mahkemelerin genel kurulları tarafından tek dereceli seçimlerle belirlenmelidir.

Anayasanın 125 inci maddesinin, "Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararlarının yargı denetimi dışında" bırakan ikinci fıkrası hükmü, uygulamaya ilişkin sakıncaları yanında, hukuk devletinin, tebliğin başında açıkladığım amaç ve ilkelerine de aykırıdır.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin çoğu atama işlemleridir. Bunlarının yargı denetimi alanından çıkarılmasının nedeni

Cumhurbaşkanının tercih ve takdirinin korunmasını sağlamaktır. Bu işlemlere karşı yargı yolu açılırsa, idari yargı yerleri bunlar üzerinde sadece hukuksal denetim yapacak; Cumhurbaşkanının yaptığı değerlendirme ve buna bağlı olan tercihi yargısal denetimin dışında tutulacaktır. Örneğin Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı bir atama işleminde yargı, atama işleminden önce gelen alt ve ara işlemleri, öngörülmiş ise, yönteme uyulup uyulmadığını, atanan veya seçilen kişinin yasada belirlenen niteliklere sahip olup olmadığını inceleyecek, Cumhurbaşkanının tercih ve takdirine hiçbir şekilde müdahale etmeyecektir. Anayasa Mahkemesinin 17.11.1992 günlü, 3 sayılı kararı, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılmasının sakıncalarını ve bu konudaki yargısal denetim boşluğunu açıkça ortaya koyması bakımından ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi oy çokluğu ile aldığı bu kararında, Yüksek Öğretim Kurulunun gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi asıl üyeliğine atanan bir profesörün, Anayasa'da ve yasada öngörülen "onbeş yıl öğretim üyeliği yapmış olmak" koşulunu taşımadığı sonucuna varmış ve durumun Cumhurbaşkanlığına ve Yüksek Öğretim Kuruluna bildirilmesine karar vermiştir. Bu karar uyarınca da seçilen kişiyi göreve kabul etmemiştir. Gerekçesindeki açıklamaya göre, bir Anayasa kuralının korunması amacına yönelmiş olsa bile karar, Anayasa Mahkemesinin görev alanı dışında kalmaktadır. Çünkü ortada, idare hukuku kurallarına göre, icrai nitelikte, yani uygulanması gerekli ve hukukilik karinesinden yararlanan idari bir tasarruf mevcuttur; ve bu tasarrufun sakat olduğunu ancak görevli ve yetkili bir mahkeme söyleyebilir. Aksi halin kabulü, yani idari bir merci veya makam tarafından alınan bir kararın hukuki sonuçlarının başka bir idari merci veya makam, veya başka erklere dahil organlar tarafından tanınmaması tam bir hukuki kaos ortamı yaratır. Böyle bir uygulama, yargı kararlarının da uygulanmayabileceği görüşlerini beraberinde getirir. İşte böylesine tartışmalı durumlara neden olmamak ve belli idari işlemleri çözümsüz bırakmamak için Anayasanın 125 inci maddesinin

idari yargının görev alanını sınırlayan kuralı yürürlükten kaldırılmalıdır.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin kapsamı ve niteliği, bu yetkilerin kişisel değerlendirmelere ve tercihlere açık bulunduğu, zaman içinde bu yönde uygulamalar yapıldığı gibi ilerdeki oluşumlarda da aynı biçimde kullanılmasının muhtemel olduğu, öte yandan bu işlemlerin idari yargı denetimi dışında kaldığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, konunun önemi ve Anayasanın ilgili maddelerinin değiştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır.

II- Yüksek Askeri Şura Kararları

Bu kararların da, idari yargı denetimine bağlı olması yönünden, yukarıda belirtilen gerekçeler ve varılan sonuç geçerlidir. Konunun siyasi bir zemin üzerinde ele alınmaması, yapılacak olan Anayasal ve yasal düzenlemelerin hukuki bir temel üzerine oturtulması gerekir.

Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması görüşlerinin, son tahlilde, Yüksek Askeri Şuraya ve yargıya güvensizlikten kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Yüksek Askeri Şuranın keyfi davranmadığından, kararlarının belli kural ve ilkelere uyularak ve kamu yararı ön planda tutularak alındığından kimsenin kuşkusuz olmamalıdır. Bu kararlar yargı önüne geldiğinde de, görevli mahkemeler kararlarını kuşkusuz, hukuk ilkeleri içinde, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen niteliklerini ve kamu yararını gözeterek vereceklerdir. İdari Yargı düzeni içindeki mahkemelerin benzer konularda bugüne kadar vermiş olduğu kararlar bu tespitin doğruluğunun tanığıdır. Hukuk devletinde ayrıcalıklı merci ve makamlar yaratılmamalı, temelinde hukukun üstünlüğü kavramının yer aldığı çağdaş devlet düzeyine ulaşabilmek için, kamu gücü kullanılarak yapılan her türlü işleminin yargı denetimine bağlı olduğu kabul edilmelidir.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim.

SUNUCU- Değerli konuklar; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcımız Sayın Sabih Kanadoğlu'na ve yine Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanımız Sayın Yekta Güngör Özden'e plaket verilecektir. Plaket töreni için Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok'u davet ediyorum.

Av. ÖZDEMİR ÖZOK- Değerli başkanlarım, saygıdeğer konuklar; gerçekten Yekta Güngör Özden ve Sabih Kanadoğlu, Türk Hukuk Tarihinde anıtlamış iki köşe taşı, çok değerli saygın ve özgün hukukçu olarak yerlerini almışlardır.

Hepinizin bildiği gibi, çok kısa bir süre sonra Mayıs ayında Yargıtay'ımızın ilkeli, tutarlı, aydın Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Sabih Kanadoğlu bu görevi, emeklilik nedeniyle bırakacaktır. Ama biz, kendisini ve kendi gibi düşünen aydın hukukçuları hiçbir zaman unutmayacağız, hep onların yolunda yürüyeceğiz.

Bu paneli düzenlediğimiz zaman, Sayın Mersin Barosu Başkanı İsa Gök'le birlikte, bu değerli hukukçu, Sayın Başsavcımıza, gerçekten yaşamının her döneminde hukukun üstünlüğünü, yargı bağımsızlığını ve bugün uluslararası sözleşmelerde hep sözü edilen adil yargılamanın gerçekleşmesi için duraksamadan mücadele veren, bu saygın ve özgün Başsavcımıza, bu yaptıklarının belki karşılığı değildir, sembolik bir plakettir, ama bugünlerde anımsanmak, vefalı davranmak hakikaten çok az görülen bir şeyler. Biz, her zaman yaşadıkları sürece saygılarımızı, sevgilerimizi ve bağlıklarımızı kendilerine ileticeğiz. Ama emekliliklerinin anısına kendisine bir plaket vermeyi düşündük.

Yine, kendi adıma söylüyorum, hakikaten bugün bir avukatlığım kimliğim ve kişiliğim varsa, Yekta Güngör Özden'e, Sayın Baro Başkanına çok şeyler borçluyum. 1971'de bugün Ankara Barosu Başkanı olan Semih Güner'le birlikte staja başladığımız dönem Yekta Güngör Özden Ankara Barosu Başkanı olmuştu. O günden bu yana yüreği hep hukuk adına, Atatürk devrimleri adına, yargı adına, hukukun üstünlüğü

adına, insan hakları ve demokrasi adına çarpan bu değerli hukuk adamı ve Değerli Başkanımıza, –geçen Cuma, Cumartesi ve Pazartesi günleri, mesleğimizde 40 ve 50 yıllarını tamamlayan meslek ustalarımıza plaket vermiştik– bu gecikmiş vefa borcumuzu da bu plaketle sunmak için yine Sayın Mersin Barosu Başkanımızla birlikte karar verdik.

Eğer, lütfederek, bu mütevazı plaketlerimizi kabul ederlerse, çok mutlu olurum.

Sanıyorum, Mersin Barosu Başkanımız İsa Bey'in de söyleyecekleri vardır.

Av. İSA GÖK- Sayın Başkanım söylenecek her şeyi söyledi zaten.

Yekta Bey ağabeyimiz, 86'da Baromuzu onurlandırmıştı, 2 gün beraber olmuşuk, hatta çok güzel anılarımız olmuştu. Başsavcım, Ankara görüşmelerinden tanıdığım, onur duyduğum bir kişiliktir. Mersin'imize geldiklerine son derece seviniyoruz, panele katıldıkları için teşekkür ediyoruz.

Saygılar sunuyorum.

(Plaket verildi)

SABİH KANADOĞLU- Atatürk ilke ve devrimlerine ve hukukun üstünlüğüne dayalı laik demokratik Cumhuriyeti, görev sürem boyunca korumaya çalıştım. Bu çabalarımın boşa gitmediğini, büyük vefa örneği göstererek plaketle ödüllendiren ve beni onurlandıran Türkiye Barolar Birliği ve Mersin Barosu Başkanlığına gönülden teşekkürlerimi sunuyorum ve hepinizi saygıyla selamlıyorum.

(Plaket verildi)

YEKTA GÜNGÖR ÖZDEN- Değerli izleyenler; sizlerle birlikte bulunmaktan engin mutluluk duyuyorum. Tam bağımsızlığın, özgürlüğün, ulusal egemenliğin ve Türkiye aydınlanmasının kaynağını

oluşturan, büyük Atatürk'ün önderliğini yaptığı Türk Devrimi'nin, Sayın Kanadoğlu gibi ödünsüz olmaya çalışan bir koruyucusu ve izleyicisi sayarak bizi hatırlamanızdan dolayı da ayrıca kıvanç duyuyorum.

Gerçek bir hukuk devleti, gerçek demokrasidir. Yargı, gerçek hukuk devletinin onuru ve namusudur. Bu onuru ve namusu taşıyan arkadaşlarım arasında bulunmak, "aslını inkâr eden haramzadedir" derler, eski bir avukat olarak sizlerle birlikte çalışmaya katılmak, bana ayrıca güç vermektedir. Hukuksal aydınlığın, Türkiye'de ikinci bir Atatürk güneşi gibi özgürlüğümüzü koruması dileğiyle, hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

BİRİNCİ OTURUM

"İDARİ YARGININ GÖREV ALANI ve İŞLEVİ"

Oturum Başkanı

Av. KAZIM KOLCUOĞLU

(İstanbul Barosu Başkanı)

SUNUCU (Av. Merih ŞANLI) - Sayın konuklarımız; ilk Oturumumuzun konusu "İdari Yargının Görev Alanı ve İşlevi". Süremiz 1 saat 15 dakikadır.

Kürsüdeki yerlerini almak üzere katılımcıları takdim ediyorum: Oturum Başkanı, İstanbul Barosu Başkanı Sayın Av. Kazım Kolcuoğlu.

Tebliğ sunmak üzere Danıştay Üyesi Sayın Mehmet Ünlüçay.

Bu bölümün tartışmacıları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Sayın Mustafa Özbek ve Adana Barosu avukatlarından Sayın Av. Anibal Akdamar.

OTURUM BAŞKANI (Av. Kazım KOLCUOĞLU – İstanbul Barosu Başkanı) - Sayın Yargıtay Başkanım, Sayın Danıştay Başkanım, Sayın TBB Başkanım, sayın başsavcılarım, değerli baro başkanlarım ve bize bu toplantıda eşlik edecek olan, beraber olacağımız meslektaşlarım; hepinizi İstanbul Barosu adına saygıyla, sevgiyle selamlıyorum,

Türkiye Barolar Birliği'yle Mersin Barosu'nun ortaklaşa düzenlemiş oldukları "idari yargı" konusu gerçekten, ülkemizde uzun dönem içerisinde hep tartışılmalıdır. İdari yargı kararlarının uygulanıp, uygulanmadığı konusundaki değerlendirme ve tartışmaların bizi ta eskilere doğru götürdüğünü görüyoruz.

İdari yargı gerçekten önemlidir. Çünkü, idarenin kişilere karşı tek taraflı devlet gücünü kullanarak yaptığı eylem ve işlemler, tabiki vatandaşı o eylem ve işlemlerin karşısında bir yargı denetiminden geçirmek suretiyle korumaya yönelik olduğu açıktır. Bu nedenle ben şu anda hemen anımsadım, 1978 yılında İstanbul Barosu Yönetim Kuruluna ilk seçildiğim zaman, o zaman başkanımız Orhan Apaydın'dı ve ilk yaptığımız eylem idari yargı kararlarına uyulması konusunda bir tepkiyi içeriyordu. İstanbul'da ilk defa cüppelerimizle, o dönemde 4800 kayıtlı üyesi olan İstanbul Barosunun 3200 üyesi cüppeleriyle Beşiktaş'tan Taksim'e yürüdü ve o yürüyüşün sloganı da "idari yargı kararlarını uygulamayan yönetim Anayasa suçu işlemektedir" diye slogan atarak yürümüş idik. O nedenle idari yargı denetimi çok önemli, ama o denetim sonucunda verilen kararların da, uygulanmasını sağlamanın daha da önemli olduğunu, bu söylediğim yürüyüş de açık olarak ortaya koymaktadır.

İdari yargı alanından çıkarılmaya çalışılan önemli konular var. Bunların yasal olarak düzenlenmiş olan biçimlerini, biraz evvel Sayın Başkan anlattılar. Onun dışında anımsarsınız, tahkim konusunda Anayasada çok önemli bir değişiklik bir gece yarısı yapıldı. Tartışmasız, sadece "isteniyor, yabancı sermaye ülkemize tahkim olmadığı için gelmiyor" iddiasıyla bir gece yarısı Anayasa değişikliği yapıldı.

Çok merak ediyorum, o günden bugüne, ben o zaman Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesiydim, gene aynı şikâyetler var. Bu Tahkim Yasası, bir de Anayasa değişikliği yapıldı ve arkasından bununla ilgili yasalar da çıkarıldı, ama hâlâ deniliyor ki, "yabancı sermaye Türkiye'ye gelmiyor" Demek ki, sebep yalnız başına yabancı sermayeyi Türkiye'ye getirmeye yönelik değil, bana göre bazı eylem ve işlemleri yargı denetiminin dışına, yani ulusal yargı denetiminin dışına çıkarmaya yönelik olduğu bu kısa dönem içerisinde anlaşılmış oluyor.

Kamu hizmeti niteliği taşıyan imtiyaz sözleşmeleri tüm kamuyu

ilgilendiren sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin ulusal yargı denetiminden çıkarılması, bir yerde tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları tahkim usulüne göre ihtilafların çözülmesi, gerçekten belki hukuku tam olarak yerleşmiş, yöneticileri hukukun üstünlüğünü kavramış bir ülke için belki geçerli, ama ülkemizde tabii, bu koşullar henüz tam olarak gerçekleşmemiş iken, böyle bir sonuca varılması, gelecekte bize göre bazı sorunları da beraberinde getirecektir.

Bir de, ayrıca biliyorsunuz, son zamanlarda "uyum yasaları" adı altında çıkarılan yasalardan Ceza Yargılama Usulü ve Hukuk Yargılama Usulünde bazı değişiklikler yapıldı. Bu değişikliklerde, sonuç olarak bir son yargı mercii olarak görülen mahkemelerin verdikleri karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürüldüğü zaman, sonuçta bir iadeyi muhakeme yolu açılmış oldu. Anlaşıyor ki, bu mahkemelerin verdikleri karar, bir kere son karar olmaktan çıktı, yani sonuç karar bir yerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği karara göre yeniden değerlendirilmesi şekline dönüştü.

Bir de ayrıca idarenin bazı kararları da, iç yargı yolları tüketilmeden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülmeye başlandı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hiç idari yargıya başvurmadan, sadece idari kararın denetleme konusunda karar aldı. Bunun en son örneği, İstanbul'da Cerrahpaşa Tıp Fakültesinde 2 türbanlı öğrencinin derslere türbanla alınmaması konusundaki kararın iptali için, hiçbir iç yargıya gitmeden direkt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurusu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bunu görüşmeye değer kabul etmiş olmasıdır. Böylece sadece iç yargının denetimi değil, iç yargıdan âdeta kararları başka bir yargıya aktarmak suretiyle böyle bir yol da maalesef açılmış oldu. Bize göre, bu çok sakıncalı bir yoldur. Ulusal bir yargı sistemi olan ülkede, hiçbir yargı denetiminden geçmeyen kararı, hukuka uygun olup olmadığı konusunu uluslararası bir yargıya götürmenin ve uluslararası yargının verdiği kararı buna göre değerlendirmenin sonuçta, ülkemizin gelecekte ulusal yargı sistemini

bozacağı düşüncesindeyiz.

Bütün bu değerlendirmeleri bu toplantımızda, çok değerli konuşmacılarımız herhalde dile getirecekler, bunları tartışacağız.

Bu arada, böyle önemli bir konuyu gündeme getirip, burada bir panel düzenleyen ve bu vesileyle sizlerle beraber olmamızı sağlayan Mersin Barosu Başkanı ve Yönetim Kurulu'na, Türkiye Barolar Birliği Başkan ve Yönetim Kurulu'na huzurunuzda teşekkür ediyorum.

Sözlerimi böyle bitirip, hemen konuşmacılara söz vereceğim.

Efendim, ben konuşmacıları size takdim etmek istiyorum: Sağ tarafımda Danıştay Üyesi Mehmet Ünlüçay, sol tarafımda Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Mustafa Özbek ve Adana Barosu Üyesi Av. Anibal Akdamar, sizlere tebliğlerini sunacaklar.

İlk sözü Sayın Mehmet Ünlüçay'a veriyorum.

Mehmet ÜNLÜÇAY (Danıştay Üyesi) – Sayın oturma başkanı,
değerli konuklar;hepinizi saygıyla selamlıyorum.

İDARİ YARGININ İŞLEVI VE GÖREV ALANI

I-İDARİ YARGININ İŞLEVI :

Genel olarak yargının işlevi, hukuk düzeninin korunması amacıyla hukukun ne olduğunun belirlenip gösterilmesidir. Bir başka deyişle yargılama işlevi, bir gözlem ve belirleme faaliyetidir. ¹

Varlık nedeni idarenin denetlenmesinde uzmanlığa sahip yargı düzenine ihtiyaç duyulması, adli yargıya oranla daha etkili denetim yapabilmesi olarak açıklanan idari yargı ise, gözlem ve belirleme faaliyeti ötesinde bireyleri ve toplulukları idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden koruma işlevini üstlenmiştir. ²

İdarenin yargısal denetimine yoğunlaşmış olan idari yargı, gerek düzenleyici işlemlerin, gerekse sübjektif işlemlerin hukuka uygunluk denetimini yaparken; iptal davalarının nitelikleri gereği, çözümlediği uyuşmazlığın boyutlarını aşarak idare alanını etkileme yetki ve olanağına sahiptir. Dolayısıyla İdari Yargının temel işlevi, kamu gücünün her günkü görünüşü olan idarenin ³ hukuka bağlılığının sağlanmasıdır.

Hukuk güvenliği ilkelerinin başında gelen idarenin hukuka bağlılığı, hukuk devletinin yaşama geçirilmesinin temel koşuludur. Ancak yalnızca idari yargı düzeninin varlığıyla yetinilip, hukuka bağlı idarenin oluşturulamayacağı; hukuku, yargısal denetimi benimseyen idare, hukuk

¹ İl Han Özay - Türkiye'de İdari Yargının İşlevi ve Kapsamı - İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu. Ankara 1982. S.12; Baki Kuru, Hukuk Usulü Muhakemeleri Usulü C.1. Ankara 1979 S-31

² Metin Günday - İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları - Anayasa Yargısı Cilt:14. Ankara-1997 S.347

³ Lütfi Duran - İdare Hukuku Ders Notları İstanbul - 1982 - S. 19

bilinci taşıyan örgütlü bireyler olmadan idari yargı işlevinin de yerine getirilemeyeceği açıktır.

1- HUKUK VE İDARE İŞLEVİ :

Çağlar boyunca kendisini ve çevresini tanıma ve tanımlama çabası içinde olan insanlık, yaşadığı değişim sürecinde bugünkü hukuk anlayışına ulaşmıştır. Doğal hukuka dayalı insan hakları öğretisinde, İkinci Dünya Savaşından sonra meydana gelen hızlı gelişmelerle insan, devlet, toplum düzeni yeniden tanımlanmıştır. Egemenliğin hukuktan kaynaklandığı ve hukukla sınırlı olduğu kabul edilirken, Metafizik değerlerden arındırılan devlet, belli bir toprak parçası üzerinde yaşayan bireyler topluluğunun oluşturduğu tüzel kişiliğe; ⁴ topluma hizmet sunma amacını taşıyan bir organizasyona dönüşmüş; insan da, kul, tebaa veya idare edilen değil, iradesiyle toplum yönetiminde etkili hukuk süjesi birey niteliğini kazanmıştır.

Belirtilen hukuk anlayışının, evrensel değerlerdeki hukukun genel ilkelerinin toplum yaşamında egemen olması, bugün çağdaş toplumların ortak projesidir. Benimsenen ortak hukuk projesi, "Hukuk Devleti", "Hukukun Üstünlüğü" kavramlarıyla açıklanmakta; bu kavramlar arasında, tarihsel ve felsefi kökenleri itibarıyla geçmişte var olan farklılık anlamını yitirmektedir. Elbette kuramsal olarak uzlaşılan hukukun üstünlüğü esasına dayalı demokratik toplum düzeninin gerçekleştirilip, sürdürülmesi kolay olmayıp; pek çok engelin aşılması gerekmektedir.

Toplum yaşamının sürdürülebilmesi, genel ve ortak ihtiyaçların karşılanmasını ve bu ihtiyaçların giderilmesi için bir kamusal organizasyonun oluşumunu zorunlu kılmaktadır. Devletin yürütme gücünün uzantısı olmakla birlikte, ondan farklı bir cihaz olarak ortaya çıkan idare, toplumun ihtiyaç duyduğu kamusal etkinlikleri gerçekleştirme işlevini üstlenmiştir. Yasama, yargılama ve hükümet etme olmayan bütün kamusal kurum ve işler olarak tanımlanan idare; yasama ve yürütmenin saptadığı siyasi yönde ve hukuki çerçevede,

⁴ İl Han Özay - Günışığında Yönetim-İstanbul-1996-S.25

toplum düzeninin gerektirdiği kamusal etkinlikleri yürütme işlevini yerine getirmektedir.⁵

İdare Hukukunda cihaz olarak adlandırılan idare, toplumun benimsediği siyasal sisteme göre, bu sistem çerçevesinde kurulup, işletilir. Esasen, İdare Hukuku da, toplumun benimsediği siyasal öğretinin hukuksal olarak kurumlaşması şeklinde tanımlanmaktadır.⁶ Hukukun üstünlüğüne dayalı çoğulcu demokratik toplum düzeninde çözümü gereken temel sorun, kamu gücünü elinde tutan idarenin hukuka uygun biçimde kurulup, işletilmesidir. İdarenin kuruluşunu, idare-birey ilişkisini konu alan İdare Hukukunun, anılan temel soruna bulduğu en etkin yol, idarenin yargısal yoldan denetimidir. O nedenle de idarenin yargısal denetimi, hukuk devletinin ön koşulu olarak kabul edilmektedir. Hatta idarenin denetim hukuku olarak tanımlanan İdare Hukukunun hukuk devletiyle eşanlı olduğu savunulmaktadır.⁷

İdarenin yargısal denetimi, idari yargı düzeni, hukuka uygunluğu sağlamada en etkin yol olmakla birlikte; demokratik toplum düzeni gereklerine uygun biçimde kurulup, işletilmeyen, demokrasi öncesi

⁵ Lütfi Duran - age 12

⁶ İl Han Özay - "Komisyonlar Saltanatı" Ülkesinin "İdare Hukuku", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Yıl:4 Sayı-1-3-İstanbul-1985-S.96. Makalede Özay, California Berkeley Üniversitesi Öğretim Üyelerinde Martin Shapiro'dan "İdare hukuku siyasal öğretinin kurumsallaşmasından başka bir şey değildir. Kuramın uygulamaya dönüşmesi zaman aldığından bu kurumsallaşma da gecikmeyle oluşmaktadır. Günümüzdeki İdare Hukuku geçen son on yılın kuramıdır" alıntısına yer vermektedir.

⁷ İl Han Özay-age.S.17 Özay, "Sonuç olarak idarenin yargısal yolla denetlenmesi ve bu alanda da özellikle işlemlerin hukuka uygunluğunu araştıran iptal davaları, "Hukuk Devleti" kavramının sadece bir unsuru olmaktan çıkarak onunla "eşanlı" bir hale gelmektedir. İdare Hukuku da ancak yargısal denetim olduğu takdirde varolabileğine, bütün kurum ve ilkeleri bunun "fonksiyonu" sayılmak gerektiğine göre, her üç kavramı da birbirleri ile eşanlı saymamak olası değildir. Bir benzetme yapmak için dinlerin doğma olarak öngördüğü "teslis" yani hem üç hem tek inancını kullanırsak "Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve İdari Yargı'nın da böyle olduğunu yani birbirleriyle özdeşleştiklerini kabul etmemiz gerekir. ve tıpkı dinlerdeki gibi bunu bir "doğma" şeklinde kabul etmemiz de zorunludur, yani buna inanılmazsa olmaz" görüşünü savunmaktadır.

geleneksel toplum anlayışını sürdüren idarenin, yargısal denetimi boşa çıkaracağı da gözardı edilemez. Dolayısıyla sadece yargısal denetimle yetinilmeyip; demokratik, saydam bir idarenin oluşturulması, idare-birey ilişkisinde bireye ve topluluklarına, idari faaliyetlerin hukuka uygunluk denetimi yaptırma hakkı yanında, bilgi edinme, yönetime katılma, idareyi etkileme, yönlendirme haklarının da tanınması zorunludur. Kamu gücüyle donatılmış, ayrıcalıklı yetkilere sahip idare cihazını kullanan yetkililerin, ellerindeki cihazın, sadece bireylere hizmet ve edim sunmak için ve bireyleri değil, hizmet alanlarını yönetmek üzere kurulduğunu kabullenmeleri; bu anlayışın sağlanması, hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmede yaşamsal önem taşımaktadır.

"Tatbik eden, icra eden, karar verenden daha kuvvetlidir" ⁸ sözü yürütme ve idarenin gücünü çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır. Her toplumda, yaygın, kesintisiz biçimde sürekli faaliyette bulunan, kamu gücüyle ayrıcalıklı yetkilerle donatılan idare, en etkili, güçlü cihazdır. Üstlendiği işlev nedeniyle güçlü olması gereken idarenin, hukuka bağlı kılınması, gelişmiş ülkelerin de sorunudur. Ancak demokratik toplum düzenini oluşturmuş olan bu ülkeler, idarenin hukuka bağlılığı konusunda karşılaştıkları sorunlara çözümler üretebilme çabası gösterebilmektedirler. Bizimki gibi az gelişmiş ülkelerde idarenin hukuka bağlılığını sağlamada ortaya çıkan sorunlar ise, daha köklü, çözümü zor, dramatik niteliktedir.

Demokratik toplum düzeni kurma sürecini yaşayan az gelişmiş ülkeler, kendi tasarımları olmayan, gelişmiş batı toplumlarının ürünü idari kurum ve kuruluşları aynen ülkelerine aktarmışlardır. Ancak Batıdan alınan bu idare yapısı, az gelişmiş toplumlarda siyasallaşmış;

⁸ Lütfi Duran, III. Cumhuriyetin Yürütmesi Kuvvetli İcra mı, Kişisel İktidar mı? Bahri Savcı'ya Armağan. Ankara 1988-S.233 Duran, Makalede Mustafa Kemal Atatürk'ün mecliste söylediği nutuktan şu alıntıya yer vermektedir: "Kuvvei teşriye kanunu yapar, fakat... bizzat temin... etmez. Halbuki herşey kanun yapmaktan ibaret değildir. Bilakis herşey o kanunları tatbik etmek ve ettirmekten ibarettir. Hakikatı tarihiye, hakikatı ilmiye olmak üzere söylüyorum: Tatbik eden, icra eden, karar verenden daha kuvvetlidir"

yolsuzluğun, kayırmacılığın odağı olmuştur. "Yönetimde Siyasallaşma" konulu yazısında Cemil Oktay, az gelişmiş ülkelerde rüşvet, kayırma ve kabilecilik türünden bozulma görüntüleriyle birlikte ortaya çıktığını belirttiği siyasallaşmayı; az gelişmiş ülke toplumlarının, kendilerine yabancı idari yapı karşısında "yönetim şoku"na girerek gösterdikleri tepki ve idarenin çevreye duyarsızlığını giderme yolu olarak yorumlamaktadır. Yazıda, "... az gelişmiş ülke yönetimlerinin formel yapıları, içinde buldukları toplumsal dokunun ürünü olmayıp, daha çok sanayileşmiş toplum ürünüdürler. Formel biçimiyle az gelişmiş ülke yönetimi, adeta köklerinden koparılarak saksı içinde farklı iklimlere taşınmıştır. Üstelik pek çok rastlanan örneğiyle, dünün sömürgeci gücünün bağımsızlık savaşından sonra bırakıp gittiği, ya da yerel seçkinin bazen fazla düşünmeden taklit yoluyla başka ülkelerden aldığı bir "şey"dir. Bu gerçek, en azından yönetimi çevresinden kopuk ve ona yabancı hale getirmektedir. Çevre ve yönetim, birbirlerinden farklı değerlere bağlıdır ve farklı kaygılar içindedir" saptaması yapılmaktadır.⁹

Çağdaş hukuk düzeninin oluşturulması ve bu düzende hukuka bağlı idarenin kurumlaştırılması, toplumun, hukukun üstünlüğü ilkesini özümsemesi ve rasyonel biçimde kendi dokusuna uygun tasarımları ortaya koymasıyla mümkündür. Esasen böyle bir başarıya ulaşan toplum da, az gelişmiş değil, gelişmiş toplum sayılacaktır.

⁹ Cemil Oktay-Yönetimde Siyasallaşma Üzerine Bir Not-İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi-Yıl:6 Sayı-1-3 Vakur Varsan'a Armağan Özel Sayısı-İstanbul-1985 S.189-192 Makalenin sonunda Oktay, "Yönetim örgütünün Max Weber'in deyimiyle "desenchante" (şenliksiz) veya "her türden duygu ve heyecana yer vermeden işlemesi, ussal ve dünyevileşmiş bir toplum yapısını gerekli kılar. Oysa az gelişmiş ülke toplumu, bir uçtan diğer uca "heyecan" "duygu" ve "şenlik" demektir. Örgüt olarak bürokrasinin dosyaları ne denli "ruhsuz" iç dekoru ne denli Kafka'nın Şatosu'nu andırırsa andırsın, sokaktaki fener alaylarıyla havai fişeklerin parıltısı, dışarıdaki güzelliği (!) kadar olmasa bile içeride ister istemez yankı yapacaktır.

Toplumun şu fener alaylarından bıktığı gün, yönetimi daha az siyasallaşmış görme şansına sahip olabiliriz" görüşünü ifade etmektedir.

2- TÜRK İDARESİNİN HUKUKA BAĞLILIĞI

Ülkemizde güvenilir, tarafsız, objektif, hukuka bağlı, hizmet ve edim sunmayı amaçlayan idarenin kurulamadığı; demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun idare-birey ilişkisinin gerçekleştirilemediği herkesçe kabul edilmektedir. Üstelik idareye yönelik şikâyet ve yakınmaları da içeren bu saptama yeni de değildir.

Osmanlı İmparatorluğunda Tanzimatla başlayıp, Cumhuriyet döneminde hız kazanan modernleşme girişimleri, toplumsal değişim ve dönüşümlere, öykündüğümüz çağdaş uygarlığın idari kurum ve kuruluşlarını oluşturmamıza olanak sağlamıştır. Fakat Batı Uygarlığından aldığımız kurum ve kuruluşlar, işlevlerini yerine getirememişler; geleneksel toplum anlayışından arındırılmış, demokratik, nitelikte, toplumun ihtiyaçlarına duyarlı idarenin oluşumunu yeterince sağlayamamışlardır.

Esasen demokratik toplum düzeni gerekleri yerine getirilip, kamu alanı hukukun genel ilkeleri doğrultusunda düzenlenmeden, sadece Batı'daki örnekleri gibi idari kurum ve kuruluşlarla yetinilerek istenilen nitelikte bir idare cihazının kurulamayacağı açıktır. Buna rağmen bugün de Batıdaki örnekleri doğrultusunda yeni kurum ve kuruluşlar oluşturmayı sürdürüyoruz. İdare yapısını bu şekilde genişletmeyi sürdürürken de; aldığımız bu kurum ve kuruluşların, toplumunun ekonomik, sosyal, kültürel yapısına ne şekilde uyum göstereceklerini irdelemiyoruz. O nedenle de yeni idari kuruluşlar da, topluma yabancı, kapalı, birey ve topluluklarına duyarlı olmayan, sonuçta da işlevlerini gereği gibi yerine getiremeyen kuruluşlara dönüşmektedir.

Başbakanlık tarafından gönderilen İdari Usul Kanununun Ön Taslağını inceleyen Danıştay Başkanlığı, görüşlerini Başbakanlığa bildirmiştir. Anılan raporda; idarenin içinde bulunduğu durum irdelenmiştir. Raporda aşağıdaki saptamalara yer verilmiştir.¹⁰

¹⁰ Danıştay'ın görüşlerini içeren bu rapor, 1998 yılında Danıştay Başkanlığınca Başbakanlığa gönderilmiştir.

"Bireye karşı otoriter görünümdeki idare, zamanla değişen siyasi kadrolarla bütünleşip, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak üzere hukuk çerçevesinde faaliyette bulunma işlevinden, tarafsız, objektif, teknik bir aygıt olmaktan uzaklaşmaktadır.

İdare, çalıştıracağı personeli belirlemede, personelin tayin ve terfisinde, her türlü ekonomik faaliyetinde, yaptığı ihale işlemlerinde, neredeyse gelenekselleşen, giderek yadırganmayan kayırmacılık ve siyasi baskı nedeniyle objektif hukuk kurallarını yeterince uygulayamamaktadır. Siyasallaşan idare, hukuku, yargı kararlarını engel olarak görmekte; hukuku zorlayıp, kendisine hukuk dışı alanlar yaratmaya çalışmaktadır. Sonuçta da idare, üstlendiği görevi yerine getirememekte, hizmet üretememekte; personeliyle, hizmetten yararlananlarla, idari faaliyetle doğrudan muhatap olanlarla, idari faaliyetler nedeniyle hak ve menfaatleri etkilenenlerle sürekli uyumsuzluk halinde bulunmaktadır.

Bugünkü yapısı ve işleyişiyle idarenin, yasalaştırılacak usul kurallarını uygulama, böylece idarede demokratikliği ve açıklığı sağlama yeteneğine sahip olmadığı ortadadır. Bireye yakın, saydam, demokratik idarenin oluşturulabilmesi, kamu alanının hukukun genel ilkeleri doğrultusunda düzenlenmesi, idare ve birey kavramlarının yeniden tanımlanması; idarenin, hukuki çerçevede, tarafsız, objektif biçimde hizmet veren, siyasi baskılara karşı dirençli özerk bir yapıda teknik aygıt olarak yeniden oluşturulması koşuluna bağlıdır. Belirtilen şekilde idarenin yeniden yapılandırılmasıyla birlikte yapılacak idari usul düzenlemesinin başarıya ulaşması mümkün olabilecektir."

Ülkemizde idare, bireyle her alanda uyumsuzluk halindedir. Her yıl idari mahkemelerde çok sayıda dava açılmaktadır. 2002 yılında Danıştay'da, ilk derece dava ve idari mahkeme kararlarına karşı temyiz istemlerine ilişkin 60.570 dosya açılmıştır. 2002 yılında toplam 57.546 dava ve temyiz dosyalarını karara bağlayan Danıştay, 73.448 dosyayı 2003 yılına devretmiştir. Sayılarının fazlalığı ve idarenin olumsuz tavrı, uyumsuzlukların mükül süreler içinde çözümünü zorlaştırmaktadır.

İdari yargıya intikal eden uyuşmazlıklar, idarenin tavrını, idare-birey ilişkisinde yaşanan temel sorunları ortaya koymaktadır.

A- İDARENİN YETKİ VE ETKİNLİK ALANINA GİREN BİREYLE İLİŞKİSİ ;

a- İdare, bireysel hak ve özgürlüklere duyarlı değildir.

Kamusal yetkilerle donatılmasına rağmen hizmet alanını gereği gibi yönetemeyen idare, yabancı ve güvenilmez gördüğü bireylerin hak ve özgürlüklerine özen göstermemektedir. Bu özensizlik, temel idari mevzuatın çağdaş hukuk anlayışını, hukukun genel ilkelerini yansıtmaması; geleneksel toplum anlayışından hareket eden yetkililerin, kurumsal yetkileriyle özdeşleşmeleri, tanınan takdir yetkilerini mutlak, kendilerini her türlü denetimden bağımsız görmeleri sonucudur. Çağdaş hukuk anlayışıyla bağdaşmayan bu tavır, bireysel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açmaktadır.

1935 yılında yürürlüğe giren 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununu dayanak alan idare, hakkında ceza kovuşturması yapılmaya bile, kamu adına suçlanmayan, yalnızca polisçe ifadeleri alınan kişiler hakkında düzenlediği bilgi fişlerini, kişilerin 72 yaşını doldurmasına kadar saklamakta; sakladığı bilgileri, "suç kaydı" gibi değerlendirilecek biçimde açıklamaktadır.

1955, 1956 yılları arasında kumar oynadığı, serseri vaziyette dolaştığı öne sürülerek polisçe ifade alınan kişi, 1996 yılında iş yeri açma izni için başvurduğunda, otuz yıl önce poliste ifadesi alınması nedeniyle düzenlenen bilgi fişi "suç kaydı" değerlendirilmesi gibi açıklanmıştır. Söz konusu fiş kaydının silinmesi isteğinin idarece reddi üzerine açılan davada İstanbul 5 Nolu İdare Mahkemesince "söz konusu bilgi fişlerinin ilgili aleyhine sonuç doğurmasının ve yasal hak ve menfaatlerinin şüpheye dayanan işlemlerden etkilenmesinin hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı" gerekçesiyle hukuka aykırı olan dava konusu işlem iptal edilmiştir. Bu karar Danıştay Onuncu Dairece onanmıştır. (14.12.1999 tarih, E:1999/2071, K:1999/6900)

5682 sayılı Pasaport Kanununun uygulayıcısı olan idare, ikiden fazla pasaportunu kaybedenlere pasaport vermeyebileceği; bu kişilerin seyahat özgürlüğünü engelleyebileceği görüşündedir.

Pasaportunu iki kez kaybeden kişi, yeniden pasaport istediğinde, idare, pasaport kayıtlarının makul ve inandırıcı bir nedene dayanmadığını belirterek, varlığını öne sürdüğü takdir yetkisine dayanarak isteği reddetmiştir. Bu işlem, ilgilinin açtığı dava sonunda, İdare Mahkemesince, yurt dışına çıkma özgürlüğünün bu şekilde sınırlandırılmayacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bu karar Danıştay Onuncu Dairece onanmıştır. (4.5.1993 tarih, E:1991/2324, K:1993/1793)

Yine Pasaport Kanununun 22 nci maddesini dayanak alan idare, siyasi nitelikte bir suçtan hüküm giyen, cezasını çeken kişinin, aradan yıllar geçtikten sonra bile yurt dışına çıkamayacağı, pasaport alamayacağı şeklinde uygulamasını sürdürmektedir. Bu tür işlemler açılan davalar sonucu İdare Mahkemelerince iptal edilmekte; iptal kararları Danıştay'ca onanmaktadır. (Danıştay Onuncu Daire, 17.5.1993 tarih, E:1991/2401, K:1993/1941)

Kişiler hakkındaki somut bilgi ve belgeye dayanmayan, hukuki kanıt niteliği taşımayan, yetkili kişinin indi kanaatini yansıtan istihbari bilgiler, idari işlemlere dayanak gösterilebildiği gibi; söz konusu bilgiler, gereği gibi saklanmamaları nedeniyle basına sızabilmektedir.

b- İdare, yargı kararı olmadıkça hukuki sorumluluğunu kabul etmemektedir.

Toplum yaşamının her alanında aralıksız, kesintisiz biçimde ve ayrıcalıklı yetkileri kullanarak faaliyette bulunan idare, hizmetin kusurlu işletilmesi sonucu veya ortada herhangi bir kusuru olmaksızın bireylere zarar verebilmektedir. Toplum yaşamının doğal sonucu olan bu olguyu değiştirmek olanaksız olduğu için de, hukuk devletinde idarenin hukuken sorumlu tutulması esası benimsenmiştir.

Nitekim Anayasanın 125 nci maddesi, idareyi, idari işlem ve eylemleri nedeniyle verdiği zararları ödemekle yükümlü kılmış; idarenin

hem hizmet kusurunu, hem de kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. Ülkemizde öğretide ve yargı kararlarında da idarenin sorumluluğuna ilişkin ilkeler tanımlanıp, benimsenmiştir. Danıştay kararlarında, hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk sebepleri dışında, nedensellik bağı da aranmadan sosyal risk ilkesine göre terör olaylarıyla ilgili olmayıp, bu olaylar nedeniyle zarara uğrayanlara karşı idarenin tazmin sorumluluğu olduğu sonucuna varılmıştır.¹¹

Öğretide ve yargı kararlarında sorumluluk ilkelerini geliştirme yönündeki bu çabaları, idarede hukuki sorumluluk anlayışını geliştirdiğini söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Ülkemizde idare, faaliyetleri nedeniyle verdiği zararı tazminle yükümlü olduğunu kabul etmemekte; hukuki sorumluluğunu görmezden gelebilmektedir.

İdari mevzuatta, idari faaliyetler nedeniyle bireylerin uğradığı zararların tazmin yöntemi; zarara yol açan olayı soruşturup, gerçeği ortaya çıkarma usulü, izlenecek prosedür düzenlenmemiştir. Dolayısıyla idare, idari alanda meydana gelen bir olayı ve sorumlularını belirleyememekte; nedenini ve tutarını saptayamadığı zarara duyarsız kalmaktadır. Böylece idare, çağdaş hukuk anlayışından, adalet ve hakkaniyetten uzaklaşmaktadır.

Doğal afetlerde olduğu gibi, yasalarla bireylerin uğradığı zararların kısmen tazmin yöntemi belirlendiğinde bile, idare bireyi bir değer olarak görmeyen geleneksel toplum anlayışını sürdürmekte; zararların tazminini lütuf ve atıfet olarak değerlendirmektedir. Zarara yol açan

¹¹ Terör olayları nedeniyle zarara uğrayan, bu olayda taraf olmayıp, terör olaylarının hedef aldığı toplumun bireyi olarak zarar gören kişilerin açtığı davalar, bu olaylarla idarece yürütülen genel güvenlik hizmeti arasında nedensellik bağı olmadığı belirtilerek reddedilmiştir. 1978 yılında evine kimliği belirsiz kişilerce patlayıcı madde atılan bir Danıştay Üyesinin açmış olduğu dava reddedilmiştir. (Danıştay Onikinci Daire 10.2.1981 tarih, E:1979-1567, K:1981/203)

Daha sonra Danıştay Onuncu Daire terör olayı nedeniyle sadece bu toplumun bireyi olması nedeniyle zarara uğrayan kişilerin uğradıkları zararların, nedensellik bağı olmasa bile, sosyal risk ilkesi gereği tazmini gerektiği sonucuna ulaşmıştır. (25.1.1995 tarih, E:1994/1042, K:1995/154)

olayları tam olarak ortaya çıkarıp, irdeleyemeyen zararların tazminini objektif kriterleri uygulayarak gerçekleştiremeyen idare, pek çok uyuşmazlığa yol açmaktadır.

Bireylerin, açtıkları davalar sonucunda aldıkları idari yargı kararları da, davaların üç dört yılda sonuçlanması, yargı yerlerinin gerçek zararın tazminine olanak verecek hukuksal çözümleri bulamayışları nedeniyle, gerçek zararların tazminini sağlayamamaktadır. Bireyler, yargı kararlarıyla, zararlarına karşılık istemde buldukları kadar Türk Lirası alabilmekte; Türk lirasında üç-dört yılda enflasyon nedeniyle meydana gelen değer kayıpları ise karşılanmamaktadır.

B- İDAREYLE İDARİ HİZMETLERDEN YARARLANAN BİREY İLİŞKİSİ ;

Toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak için yürütülen hizmetlerin rasyonel biçimde organize edilmesi belli kalite ve standartta olması, bedelinin adalet, hakkaniyet kurallarına uygun biçimde belirlenmesi, söz konusu hizmetler özel sektörce karşılanırsa bile idarenin ödevidir. İdare, kendisinin yürüttüğü idari hizmetlerde verimlilik, etkililiği sağlamakla, özel sektörce yürütülen hizmet alanlarını düzenleyip denetlemekle görevlidir. Neo-liberalizm ideolojisi çerçevesinde özelleştirme uygulamaları, belli hizmet alanlarının özel sektöre aktarılması, idarenin düzenleme ve denetleme işlevini daha da belirginleştirmiştir.

Ülkemizde idarenin işleyişinde verimlilik etkililik sağlanamamıştır. İdarenin rasyonel olmayan yapısı hizmet ve edim sunmayı yeterince amaçlamaması, siyasallaşması, bozulması, verimlilik, etkililik önünde en büyük engeller olarak ortaya çıkmaktadır. İdare, üstlendiği hizmetleri gereği gibi yerine getiremediği gibi; özel sektör eliyle yürütülen hizmetlerle ilgi düzenleme ve denetleme görevini de gereği gibi yerine getirememektedir.

Ülkemizde bugün toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak üzere yürütülen hizmetlerin hepsinde, organizasyon, kalite sorunları

yaşanmaktadır. İdare siyasi saikle hareket eden yetkililerin hizmet alanını değil, hizmetten yararlanan bireyleri yönetmek şeklinde ortaya çıkan zihniyet ve tavırları sonucu, birey ve topluluklarına kapanmakta; yeterince hizmet ve edim sunamamaktadır.

Hizmetten yararlanan bireyler, bilgi edinme hakları bulunmayan, kendilerine kapalı hizmet alanını etkileyememekte; hizmet organizasyonu ve kalitesi konusundaki yakınmalarına cevap alamamaktadırlar. Bilgi edinemeyen, ayrıca örgütlenemeyen bireyler, kendilerine sunulduğu kadar hizmetten yararlanmakta; herhangi bir çözüm üretmeden yakınmakla yetinmektedirler.

Emeklilik aylıklarını almak üzere uzun kuyruklar oluşturan emeklilerin kuyruklarda ölümü; Bağ-Kur'dan aylık alan emeklilerden, kimlikleriyle bankaya gitmeleriyle yetinilmeyip, yaşadıklarını kanıtlamalarının istenilmesi; doğal gaz tarifelerinde belediyelerle Bakanlık arasında sürdürülen tartışmada, ithal edilen doğal gaz fiyatının neredeyse "devlet sırrı" görülüp açıklanmaması; indirildiği öne sürülen doğal gaz fiyatının, dolar cinsinden abonelik ücretleri arttırılarak sürdürülmesi; hastaneye alınmayıp, hastane kapısında doğuran kişiden kapıda doğum yapması nedeniyle ücret alınması; alt yapısının çarpıklığı nedeniyle, aşırı yağışta sular altında kalan kentlerimiz; neredeyse yarısı imarsız kentlerimiz...

Yaşadığımız bu günlük olaylar, henüz rasyonel bir hizmet organizasyonunun ülkemizde oluşturulmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Ancak kamusal etkinliklerdeki eksikliklerin, yalnızca kamu yetkililerinin kusurlarından kaynaklanmayıp, toplumun bütününe ait, az gelişmişlik göstergesi olduğunun da kabulü gerekir.

Hizmetten yararlanan bireyler, idareyle uyuşmazlık halinde olmalarına rağmen dava yoluna gitmemektedirler. Örgütlenemeyen bireylerde, karşılaştıkları sorunların hukuki yollarla çözüleceği yolunda yeterli güven bulunmamaktadır. Kaldı ki açılan davalarda, bireyler lehine verilen kararlar ise, gerektiği gibi uygulanmamaktadır.

Türk Telekom A.Ş., 1998 yılı Ocak ayında telefon abonelerinden, konuşma ücreti dışında 50 kontrollük sabit ücreti alınmasını kararlaştırmış; bu düzenleme bir telefon abonesi tarafından Danıştay 10. uncu Dairede dava konusu edilmiştir. Bu dava devam ederken Türk Telekom, 1998 yılı Temmuz ayında, sabit ücretin tutarını 100 kontöre çıkarmıştır. Türk Telekom'un ikinci işlemi de dava konusu edilmiştir. Bu iki davada da Danıştay Onuncu Daire, "... yapılan iş ve hizmetler karşılığı belirlenip alınacak ücretlerin dışında, belirlenen tarifede değişiklik yapılmaksızın ilgililerden karşılığında konuşma hakkı tanınmadan ayrı bir ücret istenilemeyeceği" gerekçesiyle önce yürütmenin durdurulması ve daha sonra iptal kararları verilmiştir.

TEDAŞ da, elektrik abonelerinden, enerji bedeli dışında abonelerden güç bedeli adı altında bir bedel alınmasını 2000 yılı Eylül ayında kararlaştırmış; bu düzenleme de bir abone tarafından Danıştay Onuncu Dairede dava konusu edilmiştir. Danıştay Onuncu Daire, telefon aboneleriyle ilgili kararındaki aynı gerekçeyle, elektrik aboneleriyle ilgili düzenlemenin yürütülmesini durdurmuştur.

Danıştay'ın anılan kararlarının düzenleyici işlemlerin iptali ve yürütülmesinin durdurulması nitelikleri nedeniyle bütün aboneler hakkında uygulanmaları gerekirken, idareler, sadece başvuruda bulunan abonelere bu kararları uygulamışlardır. Ayrıca idareler, hizmette yararlananlara nedenlerini açıklama gereği duymayıp, tarifelerini değiştirmişler; yine telefon ve elektrik ücretlerini arttırmışlardır.

C- İDAREYLE PERSONELİ ARASINDAKİ İLİŞKİ :

Kamu kuruluşlarımızda çalışanlar, çok çeşitli, değişik statülere sahiptirler. 657 sayılı Yasaya tabi devlet memurları; kadro karşılığı sözleşmeliler; kapsam dışı personel; işçiler... 1960 lı yıllardan bu yana "personel reformu" olarak nitelendirilen yasal düzenlemeler, liyakat ve kariyer ilkelerine dayalı bir personel rejimi oluşturulmasına yetmemiştir. Esasen yasal olarak, belirtilen nitelikte personel rejimi oluşturulsa bile,

siyasallaşma ve kayırmacılığın gelenekselleştiği idarenin, böyle bir rejimi uygulaması düşünülemez.

Siyasallaşmış, kayırmacılığı yadırganmayan idare, çok çeşitli, değişik statüdeki personeliyle sürekli uyuşmazlık halindedir. Bugün görülmekte olan idari davaların üçte biri idareyle personeli arasındaki uyuşmazlıklara ilişkindir. Bu uyuşmazlıklar üzerine verilen yargı kararları ise, idare tarafından uygulanmamakta veya tekrar tekrar yapılan işlemlerle etkisiz kılınmaktadır.

D- BÜTÜNLÜĞÜ VE EYLEM BİRLİĞİ SAĞLANAMAYAN İDARENİN KENDİ KURULUŞLARI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR :

Anayasanın 123 üncü maddesinde idarenin bütünlüğü ilkesi yer almasına karşılık; ülkemizde idare, bütünlükten, eylem birliği ve eşgüdümden yoksun, tam bir karışıklık içindedir. Bu karışıklık, idari kuruluşlar arasında uyuşmazlıklara ve idari davalara da yol açmaktadır.

Tahsil edilen vergileri süresi içinde vergi dairesi hesaplarına intikal ettirmedeği ileri sürülerek, vergi dairelerince, Ziraat Bankası Şubelerine para cezası tahakkuk ettirilmiştir. Bu para cezaları nedeniyle Ziraat Bankasınca dört yüze yakın dava açılmış; Maliye Bakanlığı ile Ziraat Bankası arasındaki bu davalar, bütün kanun yolları kullanıldığı için de yıllarca sürmüştür. Sonunda Ziraat Bankası, Maliye Bakanlığı aleyhine açtığı davaları kaybetmiştir.

PTT Genel Müdürlüğü Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü ve Telekom Genel Müdürlüğü olarak ikiye ayrılmış; ancak telefon hizmetleri postahanelerde aynı personelle verilmeye devam edilmiştir. Ancak Posta İşletmelerinde kalıp, telefon hizmeti vermeyi sürdüren personel, telefon ücreti indiriminden yararlandırılmamıştır. Telefon ücreti indiriminden yararlanamayan personel, 7000 idari dava açmış; bütün kanun yolları Telekom Genel Müdürlüğüne kullanıldığı için yıllarca süren bu davaları, çalışanlar kazanmıştır.

II-İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

Hukukla bağlı idarenin oluşturulması, birey ve topluluklarının hukuk güvenliğinin sağlanması amacı doğrultusunda yargısal denetim yapmakla görevli idari yargı, İdare Hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde genel yetkili bir yargı düzenidir. Ancak idarenin hukuk rejiminin, kamu ve özel hukukun özgün bir karışımı oluşu nedeniyle İdare Hukuku alanının belirlenmesinde ortaya çıkan güçlükler, ayrıca kimi İdare Hukuku uyuşmazlıklarının görüm ve çözümünün yasalarla adli yargıya bırakılması, idari yargı görev alanının kolayca belirlenmesine engel oluşturmaktadır. Esasen idari rejim benimsenip, farklı yargı düzenleri kurulunca, bu yargı düzenleri arasında uyuşmazlık doğması da kaçınılmazdır. Bu nedenle idari rejimde, farklı yargı düzenleri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarının çözümü için Uyuşmazlık Mahkemesine yer verilmektedir.

1- İDARENİN HUKUK REJİMİ

Toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak üzere her türlü kamusal faaliyeti gerçekleştirmekle yükümlü olan idare, tek yanlı hukuki işlemler ve maddi eylemler yapmak, aldığı kararları kendi gücüyle doğrudan uygulamak yetki ve yeteneklerine sahiptir.

İdare işlevi, idare tarafından, yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasi yönde ve hukuki çerçeve içerisinde, toplumun düzenli ve uygarca yaşamını sağlamak ve sürdürmek için kamu gücü ve usullerini kullanarak doğrudan, devamlı olarak kamusal faaliyetlerin yürütülmesidir.¹² Tanımlanan çerçevede idare işlevi, idare alanına ilişkin ve İdare Hukukuna tabi bulunmaktadır.

Öte yandan, toplum yaşamında kesintisiz, sürekli faaliyette bulunan idare, kendisine özgü alanı düzenleyen İdare Hukuku dışında özel hukuk kurallarına göre de tasarrufta bulunur. Bir başka deyişle idarenin

¹² Lütfi Duran - age S.10

hukuku "İdare Hukukundan ibaret değildir. ¹³ idarenin özel hukuk alanındaki tasarruflarından doğan uyuşmazlıklar, doğal olarak adli yargıda çözümlenir.

İdarenin hukuk rejiminin, hem kamu, hem de özel hukuku kapsamı, İdare Hukukunun uygulama alanı konusunda öğretilerde farklı düşünceler öne sürülmesine neden olmaktadır. Yürütülen kamusal faaliyetlerin çeşitliliği, tek bir faaliyette bile, İdare Hukuku kuralları ve özel hukuk kurallarının belli evrelerde uygulanışı, İdare Hukuku ve özel hukuk ayrımında, sonuçta da uyuşmazlıkların idari yargıda mı, yoksa adli yargıda mı çözüleceği konusunda belli ölçütler geliştirilmesini gerektirmektedir.

2- GÖREV ALANI ÖLÇÜTLERİ

Öğretilerde, İdare Hukuku uygulamasının idari yargının, özel hukuk uygulamasının da adli yargının tekelinde olmadığı; anılan iki yargı düzeninin her iki hukuk dalını da uygulayabildikleri; ayrıca son yarım yüz yıldır kamu hukuku ile özel hukuk arasında bir "geçişme" gözlemlendiği ifade edilmektedir. ¹⁴

İdarenin özel hukuk tasarruflarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, adli yargının, idarenin kuruluşunu, organik yapısını, bir ölçüde kamu yararı amacını değerlendirmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla adli yargı, özel hukuk uyuşmazlığının çözümünde zaman zaman İdare Hukuku kurallarını da uygulayabilmektedir. Ayrıca bazı idari davaların görüm ve çözümünün yasalarla adli yargıya verildiği de dikkate alındığında, idari yargının İdare Hukukunu uygulama tekeli olmadığını kabul etmek gerekir. Fakat İdare Hukukunun idari yargıya özgülenmemiş olması, idari yargının idarenin denetlenmesinde uzmanlığa sahip bir yargı düzeni oluşunu; bireylere ve topluluklarına hukuki koruma sağlayan işlevini etkilememektedir.

¹³ Lütfi Duran - age S.16

¹⁴ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan - İdare Hukuku Cilt 2 211

İdari yargı, idarenin, kamu gücü ve usullerini kullanarak yürüttüğü kamusal faaliyetlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevlidir. Toplum yaşamının sürdürülmesi için gerekli olan kamusal işler, yasama ve yürütme erklerinin belirlediği çerçevede İdare Hukuku kurallarına göre yürütülür. Anılan idare işlevinin yerine getirilmesinden doğan uyuşmazlıklar da, kural olarak idari yargıda çözümlenmektedir.

İdareyi ve idare alanını belirleyen en önemli öge olan idare işlevi, idarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu ve hakim niteliğini sergileyen ve varlık nedenini oluşturan kavramdır¹⁵ Ancak niteliği nedeniyle idare işlevini, her olayda tek bir ölçütle belirlemeye olanak bulunmamakta; bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen kamu gücü, kamu hizmeti, kamu kanunu, kamu yararı gibi ölçütlerden birlikte yararlanmak gerekmektedir.

İdare, İdare Hukuku alanında idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler yaparak üstlendiği işlevi yerine getirmektedir. İdarenin anılan hukuki tasarrufları tanımlanıp, irdelenerek, özel hukuk tasarruflarından farklılıkları ortaya konulmak suretiyle, her uyuşmazlıkta idare olgusu ve işlevi somutlaştırılabilir.

A-İDARİ İŞLEMLER

İdare, toplumsal düzen açısından yaşamsal öneme sahip işlevini yerine getirirken kamu gücünü, ayrıcalıklı yetki ve usulleri kullanmakta; çeşitli işlemler ve sayısız eylemler yapmaktadır. Ancak İdare Hukukunda idarenin işlem ve eylem yapma gücü, özel hukukta özel kişilere getirilen genel sınırlamalarla kıyaslanmayacak ölçüde, belirlenip, düzenlenmiştir. İdareye tanınan kamusal yetkiler, nitelikleri gereği, belirli bir amaç için tanınan sınırlı yetkililerdir.¹⁶

Nitekim Anayasanın 6 ncı maddesinde; "Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan devlet yetkisi kullanamaz." kuralı; 123

¹⁵ Celal Erkut - İdari İşlemin Kimliği Ankara 1990 - S.63

¹⁶ Lütfi Duran - age 380

üncü maddesinde "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" kuralı konmuştur. Böylece Anayasayla idare, kanunilik ilkesine bağlanmıştır.

İdari işlemler, idarenin idare alanındaki hukuki durumlar yaratan, değiştiren irade açıklamalarıdır. İdare, bir yandan, kanunilik ilkesi gereği istisnai olan düzenleme yetkisini kullanıp; idare alanında düzenleyici işlemler yaparken; öbür yandan, birey ve topluluklarının hukuki durumlarını belirleyen subjektif işlemleriyle işlevini yerine getirir. İdari işlemler idarenin tek yanlı iradesini taşırlar ve kabul ve onaylarına bağlı olmaksızın ilgililerin hukuki durumlarını etkilerler.

Hukuka bağlılığı nedeniyle idarenin yaptığı işlemler, hukuka uygunluk karinesi taşırlar. Başka bir anlatımla idari işlemlerin hukuka uygun oldukları varsayılır. Ancak yargı kararları gibi kesin nitelikte olmayan idari işlemler, ilgililerce itiraz ve belli bir süre için dava konusu yapılabilirler. İtiraz ve dava konusu edilmeleri idari işlemlerin uygulanmalarına engel oluşturmaz.

Genel olarak hukuki işlemler, hukuksal etkiler yaratmak amacıyla, hukuk gücü kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen irade açıklamalarıdır. Dayanak alınan hukuksal iktidar veya güç, özel hukukta subjektif hak, İdare Hukukunda ise, kamu gücü ve kudretidir.¹⁷

Yukarıda açıklanan nitelik ve özellikleri doğrultusunda idari işlemler, idari makamların, kamu gücü ve kudretiyle hareket edip, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır.¹⁸

a- Düzenleyici İşlemler:

İdarenin yasalarla verilen yetki çerçevesinde genel, soyut, sürekli nitelikte yaptıkları düzenleyici işlemler, İdare Hukuku ilke ve kurallarına ve idari yargının denetimine tabidir. Bu ilke, özel hukuka tabi olarak

¹⁷ C. Erkut age S.9

¹⁸ C. Erkut age S.2

faaliyette bulunan kamu kuruluşları için de geçerlidir.

Özel hukuk kurallarına göre faaliyette bulunan Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve kamu kurumlarının düzenleyici işlemlerine karşı açılan davalar, idari yargıda çözümlenmektedir. Anılan kurum ve kuruluşların, kendi hizmet alanlarına ilişkin yönetmelik, genelge, fiyat tarifeleri, düzenleyici işlem olmaları nedeniyle tartışmasız idari yargıda dava konusu edilmektedir.

b- İdare Kavramı

Tanımından da anlaşılacağı gibi idari işlemlerin idarece yapılması mümkündür. Ancak idare, idare cihazı içinde yer alan idari birimlerle sınırlı bir kavram olmayıp; işlevsel olarak tanımlanmaktadır. Yasama ve yargı organlarının, yasama ve yargı tasarrufları dışında bir idari alana sahip oldukları ve bu alanda idare işlevini yerine getirip, idari işlemler yapabildikleri kabul edilmektedir.

İdari yargı, organik anlamda idare içinde yer almayan yasama ve yargı organlarında görevli makamların idari nitelikteki işlemlerini de denetlemektedir.

Yasama ve yargı personelinin, özlük hakları konusundaki idari işlemlere karşı açılan davalar idari yargıda çözümlenmektedir.

TBMM Başkanlığınca çıkarılan Milli Saraylar Daire Başkanlığı Koruma ve Değerlendirme Kurulu Kuruluş ve Görevleri Yönetmeliğine karşı Kültür Bakanlığı tarafından açılan davada, Danıştay Altıncı Daire; uyuşmazlığın görüm ve çözümünü idari yargının görev alanında görüp, davanın esasını incelemiş; TBMM bünyesindeki kültür varlıklarının bakım, onarım ve korunmasıyla ilgili 2919 sayılı Yasayla Milli Saraylar Daire Başkanlığı'nın oluşturulduğu; dava konusu yönetmeliğin anılan yasaya aykırı düzenleme içerdiği, idarenin kuruluş ve görevlerinin yasayla düzenleneceği yolundaki Anayasa hükmüne aykırı olduğu sonucuna vararak yönetmeliği iptal etmiştir. (Danıştay 6. D.28.2.1996 E:96/91-K:96/229)

Yargıtay Başkanlar Kurulunun, daireler arasındaki iş dağıtımına ilişkin kararına karşı açılan davada Danıştay eski Onikinci Dairesi, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargıyı görevli görüp, davanın esasını kararı bağlamıştır. (19.3.1979 E:78/7347, K:79/833-DD36.37) Ancak 2797 sayılı Yargıtay Kanunuyla Yargıtay Başkanlar Kurulu kararları aleyhine yargı merciine başvurulamayacağı kuralı getirilmiştir.

İdare kavramının işlevsel tanımı, kamusal yetki ve usulleri kullanma yetkisi tanınan özel hukuk kişilerince yapılan bir takım işlemlerin de idari işlem olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. İdare alanında, idare işleviyle ilgili, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılan işlemler, hukuken yetkili kılınan özel hukuk kişilerince yapılmış olsa bile İdare Hukuku kurallarına bağlıdır.

Ankara Şehirlerarası Terminali, Büyükşehir Belediyesi ve Tarım Bakanlığınca oluşturulan, özel hukuk kurallarına bağlı terminal işletmesince işletilmektedir. Bu işletmenin ihale işlemine karşı açılan dava, terminal işletmesinin özel hukuk kurallarına bağlılığının görülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmediği belirtilerek idari yargının görev alanında görülmüştür. (Danıştay 10 D 21.5.1996 E:95/4326, K:96/2769)

c- İdarenin kamusal yetki ve usullerini kullanması

İdare, idare alanında kamu gücü ve usullerini kullanarak iradesini açıklar; idari işlemler yapar. Daha önce de açıklandığı gibi, idarenin ne şekilde işlem yapacağı, izleyeceği usul, idari mevzuatta ayrıntılı biçimde düzenlemekte olup; idari işlemlerin tek amacı kamu yararadır. İdare Hukukunun kamu görevlilerine tanıdığı yetki, özel hukuktaki gibi mutlak ve kişisel bir hak olmayıp, bir çok kural ve koşula bağlı objektif bir kudrettir.¹⁹

İdare, kamu gücü ve ayrıcalıklarını kullanarak yaptığı idari işlemlerle, bireylerin ve topluluklarının hukuksal durumları hakkında

¹⁹ C. Erkut age S.19

karar verip uygulayarak üstlendiği işlevi yerine getirmektedir. İdari işlemten sonra idarece özel hukuk ilişkisi kurulmuş olması da, idari işlem evresinin İdare Hukukuna bağlılığını değiştirmemektedir.

Piyasadan mal ve hizmet alımı için idarece yapılan ihale işlemleri, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılan irade açıklamaları olmaları nedeniyle idari işlem niteliğindedir. İhale kararı üzerine ihaleyi kazananla idare arasında kurulan özel hukuk ilişkisi, İdare Hukuku kurallarının uygulandığı ihale sürecinin hukuki niteliğini etkilememektedir. Sadece idareyle ihaleyi kazanan kişi arasındaki özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, anılan sözleşmeyle sınırlı biçimde adli yargıda çözülmektedir. Özel hukuk sözleşmesinin yapılmasından sonra idarenin, ihale kararını, İdare Hukukunun kurallarına bağlı ihale sürecine ilişkin herhangi bir nedenle geri alması, kaldırılması, değiştirmesi halinde de, ortada kamusal yetki ve usullere dayanılarak yapılan bir idari işlemin varlığı nedeniyle, belirtilen nitelikteki işlemlere karşı açılan davalarda idari yargı görevlidir. (Uyuşmazlık Mahkemesinin 20.5.1996 tarih, E:1996/18, K:1996/68, 8.7.1996 tarih, E:1996/34, K:1996/82 sayılı kararları,) İhale kararını geri alan, kaldıran idare, bu idari işlemiyle, ihale kararı sonrasında yapılmış özel hukuk sözleşmesini de geçersiz saymaktadır. Dolayısıyla ihale kararının geri alınıp kaldırılması nedeniyle idari yargıda dava açılırken, özel hukuk sözleşmesinin geçersiz sayılışı nedeniyle de adil yargıda dava açılabilir. Böyle bir durumda adli yargının, idari yargıdaki davayı bekletici ön sorun yapması gerekmektedir.

Özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan kamu kurumu ve kuruluşları, özel hukuk tasarrufları dışında, kamusal yetki ve usulleri kullanarak idari işlemler de yapmaktadırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi; özel hukuk hükümlerine tabi kamu kurumu olduğunu kabul ettiği OYAK'ın genel kurulu kararının, idari işlem niteliği taşıdığı sonucuna varmış; konut kredisinden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanına girdiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi

kararında "... ortada özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeden doğan hukuki bir ilişki olduğu kabul edilir ise de; sözleşmede uygulama usul ve esaslarını değiştiren Genel Kurul kararlarının, kuruma yasa ile tanınan kamusal yetkilere dayalı olarak ve idari usul ve esaslara göre re'sen ve tek yanlı biçimde tesis edilmiş olması ve bu nedenle de sözleşmeden ayrılabilir kesin ve icrai nitelik taşıması karşısında idari bir işlem olduğu açıktır." değerlendirmesini yapmaktadır. (Uyuşmazlık Mahkemesi 29.9.1997 E:97/43, K:97/42)

Kamu kurumu ve kuruluşlarınca verilen, öğretilerde "endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri" olarak nitelendirilen hizmetlerden yararlananlar abonman sözleşmesi imzalamakta olup; bu sözleşmeler özel hukuk kurallarına bağlıdır. Ancak anılan kamu kuruluşları, abonman sözleşmeleri dışında, hizmet alanına, hizmetten yararlanma koşullarına ilişkin olarak İdare Hukuku kurallarını uygulamak suretiyle düzenleyici ve subjektif idari işlemler de yapmaktadırlar. Sözleşmeli ilişkiden ayrılabilen idari işlemlere karşı açılan davalar idari yargının görev alanındadır.

EGO Genel Müdürlüğünün doğal gaz abonelik koşullarını düzenleyen kararı ve buna dayanılarak abone olmak isteyenlerden 300 dolar istenilmesine ilişkin işleme karşı açılan dava, İdare Mahkemesinin davayı görevden reddeden kararını bozan Danıştay Sekizinci Dairece, idari yargının görev alanında görülmüştür. Daire kararında "Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulların, idarece tek taraflı olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu düşünülemez" değerlendirmesi yapılmıştır. (Danıştay 8 D 23.6.1997 E:97/185, K:97/2229)

Yazılı ve sözlü sınavları kazandığı halde, sağlık raporunun olumsuzluğu nedeniyle işçi olarak çalıştırılmayacağı kendisine bildirilen kişinin açtığı davada, Uyuşmazlık Mahkemesince, sözleşmeden

ayrı, tek yanlı idari işleme karşı dava açıldığı kabul edilerek idari yargının görevli olduğuna karar verilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi bu kararında, "idarenin kendi mevzuatının öngördüğü esaslara uygun biçimde sınav açmış, davacı da bu sınava katılmakla, davacı ile idare arasında kamu hukukunu ilgilendiren ilişki doğmuş bulunmaktadır." açıklamasını yapmıştır. (Uyuşmazlık Mahkemesi 26.12.1994 tarih, E:94/40, K:94/40)

Öte yandan idare, kamu gücü ve usullerini kullanarak, ekonomi alanında kamu düzenini sağlamakla görevli ve yetkilidir. İdare, "ekonomik kolluk" yetkileri olarak nitelendirilen ²⁰ bu yetkilerini, bireylerin ekonomik faaliyetleriyle ilgili olarak kullanıp; düzenleme ve denetleme görevini yerine getirmektedir. Dolayısıyla idarenin belirtilen yetkileri kullanarak yaptığı işlemler, özel hukuk ilişkilerini etkilemektedir. Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi, özel hukuk alanında sonuç doğuran bu idari işlemlere karşı açılan davaların da idari yargının görev alanına girdiğini kabul etmektedir.

Sermaye Piyasası Kurulunun, anonim ortaklıkların ortak sayısını belirleyerek 2499 sayılı Yasa kapsamına alınmalarına ilişkin kararlarına karşı açılan davalar, Uyuşmazlık Mahkemesince idarenin, kendisine yasayla tanınan denetim yetkisini kullanarak tek yanlı idari işlem yaptığı gerekçesiyle, idari yargının görev alanında görülmüştür. (27.11.89, E:89/24, K:89/30)

B- İDARİ EYLEMLER

İdare, idare işlevini, idari işlemler yanında, sürekli idari eylemlerde bulunarak yerine getirir. İdari işlemlerin uygulanması da eylemler yapılmak suretiyle gerçekleştirilir. Ancak idari işlemin uygulanmasıyla oluşan eylem, bütünüyle idari işleme bağlı; idari işlemin öngördüğü prosedürün belli bir aşamasından ibaret olup; idari eylem niteliği taşımamaktadır.

²⁰ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan - age S.170

İdarenin kamusal yetki ve usulleri kullanarak yürüttüğü faaliyetleri sırasında, gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar ve gerekse bilerek ve isteyerek yapmış olduğu maddi eylemler ile hareketsiz kalması sonucu meydana gelen fiili durumlar idari eylemi oluşturur. İdari işlemler, hukuk yaşamında değişiklik yapmayı amaçlayan irade açıklamalarını içerdikleri halde, idari eylemler, doğrudan bir idari işleme dayanılmadan, idarenin kamu gücü ve usulleriyle yürüttüğü faaliyet alanında iradi veya irade dışı meydana gelen, idare işleviyle ilgili bulunan her türlü olayı, hareketi ve hatta hareketsizlikleri ifade eder.

Maddi yaşamda değişiklik meydana getirmeye yönelmeleri nedeniyle idari eylemler, yapıldıkları anda hukuki sonuçlarını doğururlar ve yapılmakla tükenirler. Doğal olarak, olmuş, bitmiş bir eylemin iptali de söz konusu olamayacağı için idari eylemler iptal davasına konu edilemezler.²¹ idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenler, hak ihlallerinin giderilmesi, zararlarının tazmini için idari yargıda tam yargı davası açabilirler.

Terör olayları nedeniyle, bu olaylarda taraf olmayan bireylerin şiddet olaylarına maruz kalmaları, genel güvenlik ve düzenliği sağlamakla görevli idarenin üstlendiği işlemlerle ilgisi nedeniyle idari eylem niteliğini taşımakta; tam yargı davalarına konu olabilmektedir.

Yine idareye ait barajın, fazla yağış nedeniyle taşması da, idare işleviyle ilgili olması nedeniyle idari eylem niteliğindedir.

Kayseri Kalesinin sur duvarlarının çökmesi sonucunda işyerinin enkaz altında kalması ve meydana gelen ölüm olayı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan dava, Uyuşmazlık Mahkemesince Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve özel mülkiyete konu edilmeyen yerler üzerindeki mülkiyet haklarının bir nevi "İdare Hukuku Mülkiyeti" olduğu belirtilerek, böylece tazmini istenilen zararın idari eylemden kaynakladığı kabul edilmek suretiyle idari yargının görev alanında görülmüştür. (12.11.2001 tarih, E:2001/70, K:2001/79)

²¹ C. Erkut age S.21

Özel hukuk hükümlerine tabi kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri faaliyet sırasında, üçüncü kişileri etkileyen eylemleri de idari eylem niteliğinde olup; idari yargıda tam yargı davasına konu edilirler.

Elektrik, telefon, demiryolları gibi hizmetleri yürüten kamu kuruluşlarının, faaliyet alanlarıyla ilgili olarak üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlar, idare işleviyle ilgili olup; idari eylemlerden kaynaklandığı kabul edilen; söz konusu zararların tazmini istemiyle idare yargıda dava açılabilir. ²²

Öte yandan idarenin, özel kişilere gördürdüğü hizmetlerle ilgili yetki ve sorumluluğu devam ettiğinden; özel kişilerin idare adına gördüğü hizmetlere ilişkin eylem, idari eylem niteliğini taşımaktadır. Belirtilen nitelikteki eylemler nedeniyle idare aleyhine idari yargıda dava açılması mümkündür. ²³

C- İDARİ SÖZLEŞMELER

Üstlendiği işlevi çoğunlukla tek yanlı işlemlerle yerine getiren idare, İdare Hukuku veya özel hukuk kurallarının geçerli olduğu sözleşmeler de yapmaktadır.

İdarenin, genel ehliyetini kullanarak alım-satım, kira, bayındırlık gibi işlerle ilgili özel hukuk sözleşmeleri sayıca fazladır. Ancak bu sözleşmeler yapılırken, idare, sözleşme öncesi İdare Hukuku kurallarına göre irade açıklamasında bulunmak idari mevzuatta öngörülen

²² Uyuşmazlık Mahkemesi, elektrik kablosu düşmesi nedeniyle ölen kişinin ailesi tarafından, ölenin desteğinden yoksun kalındığı öne sürülerek açılan davanın, idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararda, TEK'in özel hukuk hükümlerine tabi kamu kuruluşu olduğu; ancak faaliyetleri sırasında 3. kişilerce ilişkisinin özel hukuk ilişkisi olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. (Uyuşmazlık Mahkemesi 18.11.1991 tarih, E:91/42, K:91/43)

²³ Şeref Gözübüyük, T.Tan, age 706 Danıştay 6 ncı Dairenin 18.3.1970 tarih, E:66/2848, K:70/713 sayılı kararı. Kararda "... Binanın yıktırılması sırasında cami duvarının yıkılmaması için, müteahhit tarafından gerekli tedbirlerin alınmadığı, davalı idarenin de yakın gözetim ve denetim görevinin iyi işlemediği" belirtilerek idarenin kusurlu şahsa rücu hakları saklı kalmak üzere tazminata hükmedilmiştir.

prosedürü tamamlamak zorundadır. Diğer bir deyişle idarenin genel hükümler uyarınca sözleşme yapma yeteneği, özel hukuk kişilerinden çok daha sınırlı ve kısıtlıdır. Daha önce de değinildiği gibi, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden önceki İdare Hukuku kurallarının uygulandığı evreye ilişkin uyuşmazlıklar idari yargının; özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar ise adli yargının görev alanına girmektedir.

Özel hukuk sözleşmeleri dışında idare, kamusal yetki ve ayrıcalıklarına dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları özel hukuk sözleşmelerinden farklı idari sözleşmeler de yapabilmektedir. Kamu kuruluşlarının İdare Hukuku kurallarına göre yaptıkları bu sözleşmeler, konusu kamu hizmeti, amacı kamu yararı olan ve idareye üstünlük, ayrıcalık tanıyan, idarenin kamu gücüne dayalı yetkilerini kullanmasına olanak sağlayan sözleşmelerdir.²⁴

İdari sözleşmelerin mali iltizam sözleşmesi, maden işletme imtiyazı, kamu istikrazı sözleşmesi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, idari hizmet sözleşmeleri gibi türleri bulunmaktadır.

Ülkemizde idari sözleşme uygulaması, idari hizmet sözleşmeleri ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle sınırlıdır.

a- İdari Hizmet Sözleşmeleri :

Anayasanın 128 nci maddesinde, devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği kurala bağlanmıştır. İşçi statüsünde olmayan sözleşmeli personel, anılan Anayasa hükmünde sözü edilen diğer kamu görevlileri kapsamına girmektedir.

Ülkemizde yaygınlaşan sözleşmeli personel uygulaması, İdare Hukuku kurallarına bağlı olup; sözleşmeli personelle idare arasındaki

²⁴ Lütfi Duran - age 430

uyuşmazlıkların görüm ve çözümü idari yargının görev alanına girmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu iktisadi teşebbüslerinde ve bu kuruluşların iştiraklerinde "kapsam dışı personel" adıyla çalışanların kamu görevlisi statüsünde olduklarını kabul ederek, bu statüde bulunanlarla idare arasında doğan uyuşmazlıkların da idari yargının görev alanında olduğu sonucuna ulaşmıştır. (Uyuşmazlık Mahkemesi 14.10.1996, E:96/52, K:96/94) idari yargı, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları doğrultusunda kapsam dışı personel tarafından açılan davalara bakmaktadır.

b- Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi :

İmtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesinin ya da sadece kurulması veya işletilmesinin özel kişilere verilmesi amacıyla yapılan, İdare Hukuku kurallarına bağlı idari sözleşmedir.

Öğretide genellikle idari sözleşmelerden ayrılabilen idari işlemlerin iptal davasına konu edilebileceği belirtilmektedir. Ancak, Danıştay eskiden beri imtiyaz sözleşmenin iptali istemiyle menfaat ilgisi bulunanlarca dava açılabilceğini kabul etmektedir. (Danıştay Onuncu Daire 29.4.1993, E:91/1, k:93/1752)

Ülkemizde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri uygulaması sınırlı sayıda kalmıştır. 1984 yılından itibaren yapılan yasal düzenlemelerle yap-işlet, devret-yap-işlet modelleri uygulanmak istenilmiş; Danıştay, bu sözleşmeleri de imtiyaz sözleşmeleri olarak değerlendirerek, sözleşmelere karşı açılan davalara bakmıştır.

Anılan yasal düzenlemelerle getirilen yap-işlet-devret, yap-işlet sözleşme türleri de, yeterli hukuki çerçeveden yoksun bulunmaktadır.

13.8.1999 tarihinde 4446 sayılı Yasayla Anayasa'nın "Devletleştirme ve Özelleştirme" başlıklı 47 nci, "Yargı yolu" başlıklı 125 nci maddesi, "Danıştay" başlıklı 155 nci maddesi değiştirilmiştir. Bu Anayasa değişiklikleriyle kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri

tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılmasına veya devredilmesine; kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde doğacak uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebilmesine olanak sağlamıştır.

Yapılan Anayasa değişikliği, idari sözleşmelerin günün ekonomik anlayışı doğrultusunda geliştirilemediği, bu alanda İdare Hukuku ilke ve kurallarının yeterli olmadığı gerekçesine dayandırılmaktadır. Gerçekten de idari sözleşmeler özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri günün ekonomik koşullarına, değişen toplumsal anlayışa uygun biçimde geliştirilememiştir. Ancak uygulanacak ilke ve kuralları, hukuki çerçevesi yeterince belirlenmeden, sadece idarenin özel hukuk sözleşmesi yapmasına olanak sağlanarak, idarenin yatırım ve hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi konusunda yeni bir yöntem geliştirildiğini; sorunun çözümlendiğini kabule de olanak bulunmamaktadır.

Anayasa değişiklikleriyle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanı daraltılıp, idarece yürütülen yatırım ve hizmetlerin gerçek veya tüzel kişilere yaptırılması veya devredilmesi özel hukuk kurallarına bağlanmakla birlikte; idarece, belirtilen biçimde özel hukuk sözleşmesi yapılmadan önceki evrede İdare Hukuku ilke ve kurallarına göre gerekli prosedürün tamamlanıp, irade açıklamasında bulunulacağı açıktır. Dolayısıyla idarece yürütülen kimi yatırım veya hizmetlerin devrinden önceki evreye ilişkin, sözleşmeli ilişkiden ayrılan uyuşmazlıkların, yine İdare Hukuku kuralları çerçevesinde idari yargıda çözümlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca milli veya milletlerarası tahkime bağlanan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, hizmetten yararlanan bireylerle idare arasında, sözleşmeli ilişkiden ayrılabilen, İdare Hukuku uygulamasından doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümüne engel oluşturmamaktadır.

5 - İDARENİN İDARE İŞLEVİ DIŞINDA OLDUĞU KABUL
EDİLEN EYLEMLERİ

A - FİİLİ YOL :

İdarenin, kamusal usul ve esaslar dışında, mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine saldırı niteliğindeki açık ve ağır biçimde hukuka aykırı eylemleri "fiili yol" olarak adlandırılmaktadır. "Haksız fiil" oluşturan bu eylemlere ilişkin davalar, adli yargıda görülür. Adli yargı yeri Medeni Kanun hükümlerini uygulayarak saldırının durdurulmasına veya önlenmesine karar verir; saldırı nedeniyle uğranılan zararın da, Borçlar Kanunu 41'nci ve devamı maddelerine göre tazminine hükmeder.

Fiili yoldan söz edilebilmesi için idarenin maddi olarak bir etkinliği; açık ve ağır hukuka aykırılığın bulunması; idarenin etkinliğinin, mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine saldırı niteliği taşıması gerekmektedir.²⁵

Fiili yol sayılan eylemler hiç bir hukuki temele dayanmayan veya dayandığı temel hükümsüz olan ya da hukuki temele dayanmakla birlikte uygulanması ağır hukuk dışı koşullar içerisinde geçmiş bulunan maddi tasarruflardır.²⁶

İdarenin, haksız fiil niteliğinde, zora dayalı hukuk dışı eylemleri, hem idarenin, hem de görevlilerinin sorumluluğunu gerektirir.

Ülkemizde "kamulaştırmaz el atma" olarak adlandırılan idarenin haksız fiili niteliğini taşıyan hukuk dışı eylemlere rastlanmaktadır. Yargıtay Hukuk İçtihadı Birleştirme Kurulu 11.5.1959 tarih, E:58/17, K:59/15 sayılı kararında; kamu kuruluşlarının Kamulaştırma Kanununa uygun hareket etmeden kişinin malına el atmasının veya zarar vermesinin haksız fiil ve bu tür davaların özel hukuk hükümlerine göre çözümleneceği sonucuna varmıştır.

²⁵ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan - age S.177

²⁶ Kazım Yenice, Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983 - S.371

İdari yargı ve Uyuşmazlık Mahkemesi de, kamulaştırmaz el atma olarak adlandırılan hukuk dışı eylemlere karşı adli yargı yerinde dava açılabileceği görüşündedir. (Uyuşmazlık Mahkemesi, 23.10.2000 E:2000/26, K:2000/42) Ancak "kamulaştırmaz el atma" Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, "idarece herhangi bir aynı hakka müdahale, el atma" halleriyle sınırlıdır. İdarenin uygulamaya koyduğu plan ve proje çerçevesinde yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi kurması, işletmesi ve bakımı sırasında, müdahale ve el atma dışında kişilerin taşınmazlarına verdiği zararların tazmini istemiyle açılan davaların görüm ve çözümü idari yargının görev alanına girmektedir.

B - İDARE ARAÇLARININ YAPTIĞI KAZALAR :

İdareye ait araçların karıştığı trafik kazaları nedeniyle idare aleyhine açılan davalar adli yargının görev alanında görülmektedir. İdari yargı tarafından da benimsenen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında "-Trafik Yasası, karayollarında trafik yönünden gerçek ve tüzel kişilerle kamu tüzel kişileri arasında bir ayırım ve ayrıcalık gözetmeden aynı kuralın uygulanması ilkesini öngörmüş ve bunları aynı sorumluluk kurallarına bağlı tutmuştur. Devleti de, zarardan sorumluluk bakımından eşit şartlarla kişi gibi bu kurallara tabi kılmak suretiyle, özel hukuk çıkarına giren bir durum yaratmıştır" değerlendirmesini yapmaktadır. (Uyuşmazlık Mahkemesi 13.7.81 E:81/6 K:81/16)

Trafik yasasında yer alan kurallara aykırı davranan sürücü kusurlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargıda çözülmekle birlikte; yol yapım ve bakım hizmetine, yol kusurlarına ilişkin zararların tazmini istemiyle açılan davalar, kamu hizmetinin işleyişiyle ilgili oluşu nedeniyle idari yargıda çözülmektedir.

Ayrıca idareye ait araçların yaptıkları kazalarda zarar görenin kamu görevlisi olması halinde de, kamu görevlisiyle idare arasındaki ilişkinin İdare Hukuku kurallarına bağlılığı nedeniyle açılacak davanın idari yargıda görülmesi gerekmektedir.

6 - YASAL DÜZENLEMELERE ADLİ YARGIDA ÇÖZÜMÜ ÇÖZÜMÜ ÖNGÖRÜLEN UYUŞMAZLIKLAR :

İdari işlem ve eylemlerden doğan bazı uyuşmazlıkların görüm ve çözümü, konunun özelliği itibariyle yasal düzenlemelerle adli yargı görev alanına sokulmaktadır.

İdari yargı görev alanını daraltan yasal düzenlemelerin Anayasaya uygun olup olmadığı tartışılan bir konudur. Öğretide ve yargı kararlarında, genellikle idari eylem ve işlemlerden doğan davaların çözümleneceği görevli yargı yerinin belirlenmesinin yasa koyucunun yetkisi içinde olduğu ifade edilmektedir.²⁷ Ancak yasa koyucunun, idari yargının görev alanındaki bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargıyı görevlendirme konusunda mutlak bir takdir hakkı olduğunun da kabul edilmemesi gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 15.5.1997 tarih, E:96/72, K:97/51 sayılı kararında, "... kural olarak İdare Hukuku alanına giren konularda idari yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir." açıklamasını yapmaktadır.

A - İDARENİN, ÖZEL HUKUK ALANIYLA İLGİLİ OLARAK ÜSTLENDİĞİ SİCİL KAYDI DÜZENLEME İŞLEVİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR :

Medeni kanun, ahvali şahsiye ve tapu sicil kayıtlarının tutulması görevini idareye vermiştir. Sicil kaydı tutulmasına ilişkin hizmetler nitelikleri yönünden birer kamu hizmetidir. Ancak anılan kayıtların düzeltilmesi ve değiştirilmesi istemlerinden kaynaklanan

²⁷ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan - age 121

uyuşmazlıkların özel hukuk alanına ilişkin mülkiyet ve ahvali şahsiye konularına ilişkin olmaları nedeniyle açılacak davaların görüm ve çözümü Medeni Kanun ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu hükümleriyle adli yargı yerine bırakılmıştır. Ayrıca Medeni Kanunla sicil kayıtlarını tutmakla görevlendirilen idarenin hukuki sorumluluğuna ilişkin davalar da adli yargının görev alanına girmektedir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı ve tüzel kişiliğe sahip kamu kuruluşu olan Türk Patent Enstitüsünün aldığı bütün kararlara karşı da adli yargıda dava açılabileceği 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede hükme bağlanmıştır.

B - İDARİ PARA CEZALARI :

İdari yaptırımların en önemlilerinden biri idari para cezalarıdır. İdari işlem niteliğini taşıdıkları, İdare Hukuku kurallarına bağlılıkları tartışmasız olan idari para cezalarına özellikle 1982 öncesi İdari Mahkemelerin kurulmamış olması nedeniyle, pratik düşüncelerle adli yargıda itiraz edilebileceği benimsenmiştir.

1608 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkında Kanun, belediye encümenlerince verilecek cezalara karşı beş gün içinde "mahsus hakimlere", bulunmayan yerlerde de sulh hakimliğine itiraz edilebileceğini öngörmektedir.

1475 sayılı İş Kanunu ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa göre verilen idari para cezalarına karşı açılan davalar da adli yargının görev alanına girmektedir.

3194 sayılı İmar Kanununun 42 nci maddesi imar para cezalarına Sulh Ceza Mahkemesine itiraz edilebileceğine ilişkin kural, Anayasa Mahkemesinin 15.5.1997 tarih, E:96/72, K:97/51 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, "... yıkım kararının da, para cezasının da konusunu ruhsat alınmadan ya da ruhsata aykırı yapı oluşturmaktadır. Her iki kararı alan da idaredir. İdarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda, bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozar. İşlemin idari işlem

olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre, idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün idari yargının, bir bölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet yoktur." açıklamasına yer verilmektedir.

C - DİĞER YASAL DÜZENLEMELER :

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, idarenin sosyal güvenlik işlevini düzenlemelerine karşı, bu yasaların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünü adli yargıya bırakmıştır.

İcra ve iflası görevlilerinin kusurundan dolayı devletin sorumluluğunu düzenleyen İcra ve İflas Kanunu da; bu yasaya göre idare aleyhine açılacak tazminat davalarının adli yargıda görülmesini öngörmüştür.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu da, eser sahibinin bu yasanın düzenlediği hukuki ilişki nedeniyle idare aleyhine açılacak davaların adli yargı yerinde çözümleneceğini belirtmektedir.

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Mehmet Beye, bu tebliğinden ötürü teşekkür ediyoruz.

Bu arada idareyi de çok güzel bir mercek altına yatırarak bir değerlendirme yaptı. "Böyle idareden sağlıklı karar çıkar mı? Yargı denetimi dışında bırakılabilir mi?" gibi kendi söylemedi, ama ben böyle bir sonuç çıkardım.

2 tartışmacı konuşmacımız var. Ben, tartışmacı Mustafa Özbek'e söz veriyorum.

Buyurun.

MUSTAFA ÖZBEK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi) – Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Değerli konuklar; hepinize saygılarımı sunuyorum.

Ben yeni bir konuyu tartışmaya açmak istiyorum; "idari uyuşmazlıkların, yargı dışı yollarla çözümü", yani mukayeseli hukuktaki terminolojik ifadesi itibariyle, "alternatif uyuşmazlık çözümü". Bu kavramı "ADR" olarak ifade edeceğim, çünkü bu kavram İngilizce kısaltmasının baş harfleriyle kullanılıyor.

Sayın Ünlüçay ve diğer konuşmacılar, önemli noktaların altını çizdiler; dediler ki, "davalar çok uzun sürüyor, masraflı oluyor ve yıpratıcı bir dava süreci yaşıyor. Bunun sonucunda da taraflar, aldıkları hükümden tatmin olmuyor." 2003'e devreden 73448 dava sayısı gerçekten çok yüksek ve daha da birikme varmış. Aslında bu bir hastalıktır. Bu hastalığın dermanını da, mukayeseli hukukta bulmuşlar; kelimenin tam anlamıyla alternatif uyuşmazlık çözümü. İdare hukukumuz, hem kamu kurumlarının örgütlenmesiyle ilgili, hem de idareyle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüyle ilgilidir. Bu

konuda da çeşitli ülkelerde, bu amaçla özel olarak kurulmuş idare mahkemeleri bulunmaktadır.

Genel olarak yüzyılımızın sorunu, mahkemelerin taşıyabileceklerinden daha fazla iş yükü altında kalmalarıdır. İdare mahkemeleri de, bu durumdan fevkalâde olumsuz etkilenmektedirler. Bunun yanında belirli uyuşmazlıkların çözümünde de, yargısal usuller, yani dava yolu tam olarak yeterli olamamakta, uygun çözümler üretilmemektedir.

Bu sorun, tabii ki Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin de ortak sorunu haline gelmiştir. Avrupa Konseyine üye olan ülkelerde, ADR günümüzde değişik ölçülerde uygulanmakta; bununla ilgili çalışmalar yapılmaktadır. Özellikle medeni hukukta, ceza hukukunda, aile hukukunda çok ileri bir ADR sistemi uygulanmaktadır.

Günümüzde vatandaşlar daha bilinçlenmiş ve idareden neler talep edebileceklerini daha iyi bilir hale gelmişlerdir. Bu da, geleneksel yargısal usullerin dışında, alternatif usullerin arayışına bir etken olmuştur. Diğer taraftan yargısal usuller, şekilci usuller olup, esneklikten yoksun bulunmaktadırlar. Yargı sisteminin şekli yapısını yumuşatmak ve bu şekliliğin bünyesinde barındırdığı tehlikelere karşı bir güvence oluşturmak amacıyla, daha esnek usullerin arayışına girilmiş; hakkaniyete uygun olarak uyuşmazlıkları çözebilen ve sadece katı yasa kurallarıyla bağlı olmayan alternatif usuller üretilmiştir. Avrupa Konseyi, bunu yaparken İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre, vatandaşların ve idarenin haklarının kesin bir güvencesi olan idari yargının önemini de özellikle vurgulamaktadır.

Yasal işbirliği hakkında Avrupa Komitesinin gözetimi altında, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu tarafından 1999 yılında bir çalışma başlatılmıştır. Bu çalışma, idare hukukunda ADR'nin Avrupa Birliğindeki geçmişi olarak nitelendirilebilir. Bu çalışmaların sonucunda 31 Mayıs-2 Haziran 1999 tarihlerinde Avrupa Konseyi, Portekiz Adalet Bakanlığıyla ortak bir çalışma yapmış; "İdari Merciler ve Özel Kişiler

Arasında Dava Yoluna Alternatifler: Uzlaştırma, Arabuluculuk ve Tahkim" konulu çok taraflı uluslararası bir seminer düzenlemiştir.

Lizbon Konferansını takiben İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, idari merciler ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların tanıtılması ve uygulanması için, üye devletlere rehber teşkil edebilecek ortak ilkeleri tanımlamayı amaçlayan bir çalışma başlatmış ve bu çalışmanın sonucu yayınlanmıştır. Bu yayın hem İngilizce, hem Fransızca olarak 2 dilde hazırlanmış olup Avrupa Konseyine üye olan ülkelerde satılmaktadır. Burada 2 temel uyuşmazlık çözüm usulü öngörülmektedir.

Birincisi, uyuşmazlığın doğmasını önleyici usuller.

İkincisi, uyuşmazlık doğduktan sonra, bu uyuşmazlığın yargı dışı yollarla çözümünü sağlayan usuller.

Avrupa Konseyi, uyuşmazlıkları önleyici usulleri kamu araştırması, istişare ve müzakere şeklinde tasnif etmiştir. Örnek vermek gerekirse, istişare, vatandaşların idareyle olan yakınmalarını, şikâyetlerini görüşmek amacıyla idareyle toplantı yapmasıdır. İstişare, hakları idari işlemde etkilenecek olan tarafların görüş ve düşüncelerinin önceden alınmasıdır. Bu sayede vatandaşlar, idarenin neden söz konusu idari işlemi yapmak istediği konusunda bilgilendirilecekler ve bu işlem hakkında görüşlerini beyan edeceklerdir. Böylece, idari işlemin hazırlık sürecinde vatandaş söz sahibi olacaktır.

Diğer bir usul, müzakere usulüdür. Bu da, idari mercilerle özel kişiler arasındaki çeşitli toplantılara verilen ortak isimdir. Böylece vatandaş, idari işleme katılmaya özendirilecek; idari işlem hakkında daha çok bilgi sahibi olacaktır. Bu aşamalar, idari işlemin hazırlık sürecinde yaşanır. Bu aşama tamamlandığında, idarenin yaptığı işlemde kaynaklanabilecek müstakbel uyuşmazlıkların önüne geçilebilir; çünkü, vatandaşın idari işlemin yapılmasına aktif olarak katılımı sağlanmıştır.

Bundan sonra idari işlem yürürlüğe girer. Bir ihtilaf doğarsa,

geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemi, bildiğimiz gibi, idare mahkemesinde dava açmaktır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararı burada devreye girmektedir. Belirli ADR usulleri öngörülmektedir. Bunlar, dahili incelemeler, arabuluculuk, uzlaştırma, müzakereye dayalı çözüm ve tahkimdir. Bunlar tahdidi, **numerus clauses** usuller değil, sadece örnek kabilinden sayılmıştır. Literatürde bu usuller, örneğin Birleşik Devletler'de, Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminde çok geniş bir şekilde uygulanmaktadır.

Fazla uzatmadan, doğrudan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bu kararını özetlemek istiyorum. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu tavsiye kararını 5 Eylül 2001'de, 762. Bakan Vekilleri Toplantısında resmen kabul etmiştir. Bu yeni bir karar olup, 2001/9 sayılı Bakanlar Komitesi Kararıdır. Bakanlar Komitesi, öncelikle 2 önemli tavsiye kararını vurgulamaktadır. ADR yeni bir konu değildir, bundan önce de Bakanlar Komitesi, adli yargı ve ceza yargısında ADR'yi tartışmıştır. Bunlardan biri olan adalete ulaşmayı kolaylaştırıcı tedbirler hakkındaki 81/7 sayılı Tavsiye Kararında, üye ülkelerin yargı sistemlerinde uzlaştırma ve arabuluculuğun teşvik edilmesi tavsiye edilmiştir.

Diğer bir tavsiye kararı, 86/12 sayılı Tavsiye Kararıdır. Yargı sürecinin öncesinde; yani dava açmadan önce ve derdest olan davanın devamı sırasında, uyuşmazlıkların dostane çözümünü sağlayacak usullerin kullanılmasını gerekli kılan, tavsiye eden tavsiye kararıdır. Bu tavsiye kararı da, mahkemelerdeki aşırı iş yükünün azaltılması ve önlenmesiyle ilgili 86/12 sayılı Tavsiye Kararıdır.

Bakanlar Komitesi, diğer tavsiye kararlarını hatırlattıktan sonra şu hususa değinmiştir: "Belirli devletlerdeki idari dava sayısı sürekli artmaktadır. Bu durum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesindeki 'mahkemelerin idari davaları makul bir süre içinde görebilme' yeteneğine zarar vermektedir." Bakanlar Komitesi, diğer taraftan, mahkemelerin yargılama usullerinin idari uyuşmazlıkların çözülmesine her zaman çok uygun olamayabileceğini de

vurgulamaktadır. İdari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların yaygın bir şekilde kullanılmasının, bu sorunların giderilmesine bir ölçüde imkân tanıyacağı ve idari mercilerle kamuyu birbirine yakın hale getireceği belirtilmiştir. Bakanlar Komitesi, bu sayede idari uyuşmazlıkların çözümünde daha basit, esnek, hızlı, az masraflı dostane çözümlerin ve bir ölçüde uzman eliyle çözümün mümkün olabileceğini ileri sürmüştür. Böylece kullanıcıların, yani vatandaşların, bireylerin idari uyuşmazlıkları mahkemelerin dışındaki yollarla çözebileceği gözönünde bulundurulmuştur.

Burada Bakanlar Komitesinin altını çizdiği noktalardan biri de, idari merciler veya özel kişiler, ADR usullerini uygulamak suretiyle yükümlülüklerini yerine getirmekten kesinlikle kaçınamazlar; yani, bu usuller idarenin sorumluluklarını, hukuk devletine saygı ilkesini bertaraf etmemektedir.

Ayrıca, ADR usulleri yargısal incelemeye de imkân tanımaktadır. Bu durum, hem vatandaşların, hem de idarenin haklarını korumada güçlü bir garanti sağlayacaktır. Bunun gibi, taraflar arasında eşitlik ilkesine, tarafların savunma hakkına ve tarafsızlık ilkesine; özellikle ADR sürecini yöneten kuruluşun, idarenin bir parçası olmadığı veya olsa bile, bünyesinde çalıştırdığı arabulucuların ve uzlaştırmacıların tarafsızlığına zarar vermeyeceği temin edilmelidir.

Bunun sonucunda da Bakanlar Komitesi, üye ülkelere ve aday ülkelere, mevzuatlarında tavsiye kararının ekinde yer alan bu ilkeleri de dikkate alarak, idare hukukunda yargı dışında uyuşmazlık çözümünü geliştirmelerini tavsiye etmektedir.

Söz konusu tavsiye kararında öne sürülen usuller, "idari işlem, uzlaştırma, dahili İnceleme, arabuluculuk, müzakereye dayalı anlaşma" olarak sıralanmıştır.

Bu ADR usulleri, kurumsal olarak düzenlenebileceği gibi, ihtilaflı tarafların talebine ve kararına bağlı olarak, davadan davaya uygulanmasına karar verilecek şekilde de düzenlenebilir. Burada önemli

olan bir nokta da, tarafların ADR usulleri hakkında mutlaka önceden bilgilendirilmesidir. ADR usullerini kullanacak ve uygulayacak kuruluşların tarafsızlığı ve bağımsızlığı sağlanmalıdır. Özellikle, idarenin vatandaş karşısında daha güçlü olduğu dikkate alınırca, taraflar arasında eşitlik de mutlaka dikkate alınmalıdır. Tarafların savunma hakkına saygı duyulmalıdır. Bu usullerde şeffaflık sağlanmalıdır. İdareye mutlaka takdir hakkı tanınmalıdır. Ayrıca, bu usuller sonunda alınan kararların icra edilebilirliği garanti altına alınmalıdır.

ADR usullerinin sonuçlanması için makul ve uyulması zorunlu süre sınırları öngörülmelidir. Bu genel bir kural koymak şeklinde ya da özel bir zaman sınırı belirlemek şeklinde olabilir.

Nihayet, ADR hakkındaki bu düzenlemelerle, ADR usullerinin uygulanmasının belirli davalarda kendiliğinden ya da yetkili mercinin emriyle ihtilafı idari işlemin yürütmesini durduracağı öngörülmelidir. Bakanlar Komitesinin tavsiyesi, bunun idare mahkemesinin kararıyla olmasıdır.

Ayrıca bu ADR usullerinin kullanılması için de, ADR sürecine başvurunun dava açmak için öngörülen zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri durdurması şarttır.

Bakanlar Komitesi, ADR usullerinin mahkemelerle olan ilişkisini de ayrıntılı olarak düzenlemiştir. ADR usulleri, yargı süreci başlamadan önce başvurulması zorunlu bir ön adım olarak örgütlenebilir ya da derdest olan davanın devamı sırasında, büyük bir olasılıkla hâkim tarafından tavsiye edilmesi üzerine, tarafların ADR'ye, mesela arabuluculuğa sevk edilmesi mümkün kılınabilir.

Bu usullerden dahili incelemelere şöyle bir özetle bakalım: Her türlü idari işlem hakkında dahili inceleme yapılabilir. Hukuka uygunluk ve yerindelik yönünden denetim yapılabilir. Dahili incelemeler, yetkili idari mercilerce yapılmalı ve karara bağlanmalıdır.

Uzlaştırma ve arabuluculuk da, dediğimiz gibi tarafların talebiyle, hâkimin tavsiyesiyle ya da zorunlu bir ön adım şeklinde başlatılabilir.

Taraflar arabuluculukta müşterek ya da ayrı ayrı toplantılar yaparlar ve bunu arabulucu örgütler. Uzlaştırmacılar ve arabulucular yerindelik ve hukuka uygunluk nedenlerine bağlı olarak, bir idari merciyi yapmış olduğu işlemi geri almaya, kaldırmaya, değiştirmeye davet edebilirler; ama arabulucuların kararları bağlayıcı değildir.

Müzakereye dayalı anlaşma gene kullanılabilir. Müzakereye dayalı anlaşma yoluyla, idari merciler yükümlülüklerini yerine getirmeyecekleri konusunda bir anlaşmayı kabul etmemelidirler. ADR usulüne katılarak bir çözüme ulaşmayı amaçlayan kamu görevlileri, uzlaşma için yeterli yetkiye mutlaka sahip kılınmalıdırlar.

Nihayet, tahkim, öngörülen en son usuldür. Bu, tabii çok ayrıntılı bir konu ve bununla ilgili Lizbon Konferansında 3 gün boyunca çalışmalar yapılmıştır. Ama benim burada tartışmaya açmak istediğim konu şu: Alternatif uyuşmazlık çözümü hukukumuzda bir ihtiyaçtır. Günümüzde Adalet Bakanlığı, mahkemelerin etkinliğinin artırılması için büyük bir çalışma içinde ve Danıştay'a, Yargıtay'a, Ankara Hukuk Fakültesi'ne görüş soruldu; ama alternatif uyuşmazlık çözümü, hiç göz önüne alınmıyor. Bununla ilgili Bakanlar Komitesinin kararları var. Gerçi bu kurumun doğduğu yer, Anglo-Amerikan Hukukudur. Oradaki emsalleri örnek alınarak, ADR ile ilgili çalışmaların mutlaka başlatılması ve ADR'ye ilişkin düzenlemelerin yasalaştırılması gerekiyor. Bu günlerde İdari Usul Yasa Taslağı hazırlanmakta, şu anda barolardan görüş soruluyor. Danıştay'dan görüş sorulmuş, değerli konuşmacı söyledi. Bu yasa, ADR'yi de içine alacak şekilde çıkmalıdır. Birleşik Devletler'de bu yasa var, aslında oradan alıyoruz. Farkında değiliz; ama, Avrupa oradan alıyor, biz de Avrupa'dan alıyoruz, ama doğrudan kaynağında bu var.

Birleşik Devletler 3 aşamalı düzenleme yapmıştır. Birinci aşama, Bilgi Edinme Özgürlüğü Yasası. İkinci aşama, Müzakereye Dayalı Kural Oluşturma Yasası. Üçüncü aşama da, İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu. Bu, 1990 tarihli bir kanun ve 1996'da yenilenmiştir. Federal Hükümetin avukatlarının, Hazine avukatlarının ADR'yi uygulaması için, Başkan

Clinton döneminde, başkanlık düzeyinde tezkereler çıkarılmıştır. Birleşik Devletler'de bu konuda özel eğitimler verilmekte; hukuk fakültelerinde ADR dersleri okutulmaktadır.

Tabi ki, ADR'yi getirir de yasalastırırsak bu tek başına ADR'nin işlemesi için yeterli olmaz, ben onun farkındayım. Tahmin ediyorum, eleştiriler gelecek. Ama bunun altyapısı yapılırsa, bunun eğitimi verilirse başarılı olunabilir. Kamu avukatlarının en büyük şikâyeti uzlaşma konusunda girişim eksikliği bulunmasıdır; yani "mutlaka dava açmak zorunda bırakıyoruz, uzlaşma masasına oturamıyoruz" denilmektedir. Çünkü, avukatların buna yetkileri yok. Uzlaşma masasına oturulsa, muhtemelen gayrimeşru bir menfaat temin edildiği konusunda birtakım iddialar ileri sürülecek. Bu nedenle, şu anki ortam uzlaştırmayı geliştirmeye elverişli değil. Ayrıca bir yasa taslağı var. 1994 yılında Tansu Çiller Hükümeti zamanında Meclise indirildi, ama kadük oldu. Bu yasa taslağı, Uzlaşma Kurullarının Kurulmasına Dair Yasa Taslağıdır. Taslağa göre, kişilerle idare arasında özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan, konusu para alacağı olan ve adliye mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklar, tamamen uzlaştırma kurullarına havale edilmekte ve uzlaşma sağlanamazsa dava açma yolu açık tutularak tarafların hak arama hürriyeti kısıtlanmamaktadır. Bence, Barolar Birliği bu konuda baskı yapmalı, bu yasa taslağı yasallaşmalıdır. Hiçbir menfi görüş yok, ben Adalet Bakanlığıyla da görüştüm. Olumlu düşünüyorlar, ama bir hareket yok; uyuyan bir yasa taslağı. İdare Hukukumuzda da ADR ile ilgili hükümler var. Petrol Kanunu'nda, Köy Kanunu'nda var. Anayasanın 125. maddesinden söz edildi, onunla ilgili bir kanun -Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim- var; ama bunlar münferit örnekler. Benim kastettiğim, ADR'nin ülke çapında ulusal hukuk politikası haline getirilmesidir.

Son olarak, kanaatimce, Türk Tahkim Kurumu çok geç kalmış bir kurumdur, mutlaka kurulmalıdır. Türkiye Barolar Birliğinin bünyesinde kurulmalıdır. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Türk Tahkim Kurumunu kendisi kurmak istemekte. Bence, Barolar Birliği bu fırsatı

kaybetmiş durumdadır ve bu da üzüntü verici bir şey. Bakın, geçen ay Kazakistan Cumhuriyeti bile Tahkim Kurumu kurdu. İran'da Uluslararası Tahkim üzerinde çalışmalar yapılmakta. Türkiye'de hâlâ bir Tahkim Kurumu yok. Halbuki Türkiye, bu konuda coğrafi konumu itibariyle çok büyük avantaja sahip. Türkiye hem Avrupa'nın, hem Ortadoğu'nun, hatta Uzak Doğu'nun tahkim davalarını çekebilecek bir ülkedir. Alternatif uyuşmazlık çözümünün geliştirilmesi gerektiğine inanıyorum.

Sorularınız olursa, konuyu daha da açarız.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür eder, saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Mustafa Özbek'e, bu açıklamalarından ötürü teşekkür ediyoruz.

Bu arada ben bir şey hatırlatayım: Bu dostane çözüm konusunda, tabiki insanların bütün uzlaşmazlıklarını mahkemelere götürme yerine, kendi aralarında çözmeleri önemlidir. Ama biliyorsunuz ki, Avukatlık Ücret Sözleşmesinden doğan ihtilafların çözümü için hakem mahkemeleri kuruldu. Bizim İstanbul Barosunda da bir hakem mahkememiz var. Bizim yasamızda daha birinci duruşmada tarafları uzlaşmaya davet etme zorunluluğu var. "Hiç uzlaşma oldu mu?" dedim, "600 karar çıkardık, daha hiç uzlaşmaya rastlamadık" dediler. Tabi, uzlaşma bir kültürdür ve o kültürün de alınması gerekiyor. Yoksa, uzlaşma yapılacak yasaları getirdik, "tamam bunlar uygulanacak" diye bir şey mümkün değil.

Size önemli bir örnek daha vereyim: İsrail'de 5-6 milyon nüfus, 6 milyon dava var. Biz gittiğimiz zaman, "6 milyon davamız var" dediler. Uzlaşma kültürü, orada da biraz zayıf herhalde.

Yalnız, bu Amerika konusunda bir şey söylemek istiyorum: Amerika, bu konularda hep kendi ülkesi içerisinde bazı çözüm yolları

arar, ama kendi dışında kalan ülkeler için özel kanunlar çıkarır. Bunların biri, "Rico Kanunu" dedikleri, yani "mali suçlar ve dolandırıcılık" diye, fukara ülkeler için çıkarılmıştır. Amerika'dan bir avukat bana geçen gün bir dava dilekçesi gönderdi. O dava dilekçesi, Amerikalı bir avukat tarafından Rico davasıyla Türkiye aleyhine açılan bir davada, Türkiye'deki yargı sisteminin tamamen devlete bağımlı olduğu, adil bir karar vermesinin mümkün olmadığı, bu nedenle yargılamanın Amerika'da yapılmasını talep eden bir karar. Bu bana geldiği zaman, bundan 20 gün önce Paris'te 18 büyükşehir baro başkanının toplantısı vardı. Orada New York Baro Başkanına "biz, sizin avukatlar hakkında disiplin kovuşturması yapamıyoruz, ama siz belki yaparsınız" dedim. Türkiye'yi orada anlattığımız zaman, "Türkiye'nin hukuki anlamda ne kadar ilerde olduğunu görüyorsun, ama sizin bir avukatınız Türkiye'deki sistemi bilmeden, bu konuda değerlendirme yapmadan, bizi âdeta başında bir kral bulunan ve istediği şekilde karar verdiren bir mahkeme sistemi gibi gösterip ve bunu da sizin mahkememiz kabul ederek 'Rico Davası' olarak, burada devam eden davayı kendi ülkelerinde görmeye başlamışlar" dedim. Bizim mahkemelerimize güven bir tarafa, buradaki bir dava devam ederken, Amerika'da aynı konuda bu nedenlerle dava açılıyor. Orada karar çıkılacak ve uygulamaya konulacak. Bizimkini belki de hiçbir zaman uygulamayacaklar; bunu da açıklamak zorunluluğu duydum.

Sözü, Sayın Av. Anibal Akdamar'a veriyorum, buyurun.

Av. ANİBAL AKDAMAR (Adana Barosu)- Teşekkür ederim.

Demokratik, laik ve sosyal hukuk devletinin, ancak idari rejimin bütün unsurlarıyla kurumlaştığı, işlerlik kazandığı bir ortamda gerçekleşebileceği inancını taşımaktayım. Devlet, birey ve topluluklar arasında duyarlı dengeyi sağlamak durumunda olan idare hukukunu, kullandığı temel ölçüsü kamu yararıyla, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu denetleme yöntemleriyle, insandaki adalet duygusunu doyuran çözümleriyle, hukukun ayrıcalıklı bir türevi olarak anlıyorum.

Biliyoruz ki, siyasi iktidarlar ve onların güdümündeki bir kısım idareler, bir uzmanlık alanı olan idari yargı denetiminden rahatsızlık duymaktadırlar. İdari yargı alanını daraltma gayretleri, mahkeme kararlarını uygulamamak, aynı idari işlemi yeniden yapmak gibi yollara başvurmak, temel hukuk düzenini bertaraf etme amacından başka bir şey değildir. İdari yargının, idari işlem ve eylemler karşısında bireylerin hak ve hukukunu farklı yöntemle belirlenmesi, uzmanlığın getirdiği bir güvencedir. İdari yargı, düşünüş biçimi, yargılama yöntemi ve değerlendirmesi halkça bir deyimle "kılı kırk yaran" bir yargılamadır. Bir kısım idari uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleneceğine dair yasal düzenlemeler karşısında aynı güvenceyi bulmak mümkün müdür?.. İdari yargının görev alanının daraltılması değil, aksine genişletilmesi gerektiği inancındayım.

Malumdur, Belediye Yasasıyla, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Yasasıyla, 1475 sayılı İş Yasasıyla ve en son Terörle Mücadele Yasasıyla idari para cezalarının itiraz mercii olarak sulh ceza mahkemesi belirlenmiştir. Bunun adı "itirazdır." İtirazın yargılama konusu olabilmesi için, yani duruşma açılması için, hâkimin buna karar vermesi lazımdır, yani tamamen onun takdirine bağlıdır.

Belki geçmişte belediye cezaları açısından baktığımız zaman, bunun hakkaniyete fazlaca aykırı, hukuku fazlaca tedirgin eden bir tarafı yoktu, ama günümüz koşullarında uygulanan ceza rakamlarına

baktığımız zaman, hayretlere düşmemek mümkün değildir. Örneğin, 150 işçi çalıştıran bir işyerinde, Terörle Mücadele Yasası uyarınca, terör mağduru veya yakınına çalıştırmadığı gerekçesiyle bir işyeri hakkında uygulanan (somut bir olaya dayalı olarak söylüyorum) 33 milyar lira para cezasıdır. Siz, mahkemede 50-100 milyon liralık bir dava açacaksınız, bu karara bağlanacak, bunu temyiz edebileceksiniz, ama 33 milyar gibi bir para cezasıyla karşı karşıya kalacaksınız. İlgili mahkeme karar verecek ve de bu mahkemenin kararı kesin olacak. Biliyorsunuz, evrak üzerinde karar verilmişse, böyle bir karara karşı (sulh ceza olması bakımından) bir üst mahkemede itiraz gibi bir yol vardır. Ancak, bu yol da her zaman işlemeyen, çoğu zaman o mahkemenin kararının onaylanması şeklinde sonuçlanan bir olgudur.

Olayın adli yargıda incelenmesi, her şeyden önce idari işlemin özelliklerini dikkate almamak gibi bir sonuçla karşı karşıya bırakmaktadır. Her ne kadar, biraz önce konuşan arkadaşım, konuyla ilgili idari uyumsuzluğun adli yargıya bırakılmasını övgülü biçimde dile getirdiyse de, bu görüşe katılmam kesinlikle olası değil. Olayın, adli yargıda çözümü birey-devlet ilişkileri açısından eğer Adli Yargıya bırakılırsa, Adli Yargının olayı değerlendirmesi, sureti katiyede idari yargıdakiyle benzer bir durum değildir.

Nitekim, 506 sayılı Yasadan, yani Sosyal Sigortalar Kurumu Yasasından, keza 1479 sayılı Bağ-Kur Yasasından çıkan uyumsuzlukların da, çözüm yeri adliye mahkemeleri, yani iş mahkemeleridir. İş mahkemelerinde devlet-birey ilişkisi söz konusu olunca, hiç de idare yargıçlarının gözüyle olaya bakılmamaktadır. Örneğin, 506 sayılı Yasanın 79. Maddesine göre, eğer bir işçi, bir işyerinde sigortasız olarak çalıştırılmış ise, bu işçi sigortalı sayılması gereken bu hizmetlerin tespitini isteme hakkına sahiptir.

Olaya dava hakkı açısından baktığımız zaman, daha hakkı Anayasadaki temel haklardan biridir. Temel haklar, ancak yasayla sınırlandırılabilir. Eğer, bir temel hak var ise, bir yasal sınır da yoksa, bu vatandaşın özgürlüğüdür ve de bu hak kullanılacaktır. Örneğin, Anayasa

göre 3 dava türü, inşai dava, eda davası veya tespit davasıdır. Şayet dedenizin şehitliğini tespit etmede veya Kurtuluş Savaşına katıldığını tespit etmede ya da bir başkasının ölümünü tespit etmede, gaipliğini tespit etmede hukuksal yararınız varsa, bu davayı açarsınız ve de mahkemeler bu davayı kabul eder. Aynı şekilde, eğer bu yasal düzenleme mecburi bir sigortalılık sistemi getirmiş ise, sigortalı çalışanları, ister hizmet akdi uyarınca olsun, ister bağımsız şekilde olsun, bunları tespit etmek devletin yükümlülüğüdür. Devlet bunu tespit edecektir ve de gereğini yapacaktır. Eğer, bu tespit yapılmamışsa, orada devletin hizmet kusuru vardır. Ama iş mahkemesinde "hizmet kusuru" diye bir araştırma yapılmaz.

Diğer taraftan, sosyal güvenlik hakları vazgeçilmez haklardır. Ne var ki, bu uyumsuzluk adli yargının eline düştüğü zaman, ortaya çok değişik tablolar çıkabilir. Nitekim, Bağ-Kur sigortalısı olan çeşitli vatandaşlar, geçmişte Bağ-Kur sigortalılığından yararlanmak için, tespit edilmeyen hizmetlerinin tespitini istediğinde, karşısına şöyle bir karar çıkmıştır: "Bağ-Kur Yasasında, 506 sayılı Yasada olduğu gibi, sigortalıların tespiti hususunda bir hak tanınmadığından davanın reddine" Oysa, Anayasa hukuku açısından, idare hukuku açısından baktığımız zaman, bir dava hakkının kullanılması bahse konusuysa, evet yasa koyucunun yetkisi vardır. Devlet düzenleme yetkisine sahiptir. Sınırlama yapabilir ve de bu sınırlamayı, ancak 13. Maddeye göre yasayla yapabilir. Hizmet akdi uyarınca çalışanların, sigortalılık sürelerinin tespiti konusunda, 79. Madde bir sınırlama getirmiş, "işyerinden ayrıldıktan itibaren, ancak bu davayı 5 yıl içinde açabilirsin" demişse, bu aslında hizmet akdi uyarınca çalışanlara tanınan bir hak değil, genel dava hakkının sınırlamasıdır. Ama Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de, 10. Dairesi de olaya bu açıdan bakmamakta, "1479 sayılı Yasada böyle bir düzenleme yoktur. Öyleyse, sen bu hakkı kullanamazsın" diye davayı reddetmekte ve de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bu kararları doğru kabul etmektedir. Arızalı nokta nerededir?.. Fert-devlet ilişkisini gereği gibi kavrayamayan hukuk biçimindedir. Yani idare hukukunun, Anayasa

hukukunun bu müessesini, bu müessesenin özüne aykırı olarak yorumlamasıdır.

506 sayılı Yasanın, keza Bağ-Kur Yasasının, adli mahkemelerde çok olumsuz uygulamaları vardır. Oysa, bu yasalar, o insanları korumak için çıkarılmıştır. Ama uygulamaya baktığımız zaman, idare hukukunun ölçüleri kullanılmadığından, mahkeme kararlarıyla insanlar âdeta o adli mahkemelerde ezilmektedir.

Sayın konuklar; yine böyle yasayla, idari işlemlere karşı idari yargının kapalı olduğu çok önemli bir husus daha vardır. Bu, Anayasanın 79. Maddesidir, yani Yüksek Seçim Kurulu. Seçim, seçmen listelerinden hazırlanmasından, kütüklerin kesinleşmesinden, seçim uygulamasından ve sonuçların değerlendirilmesine kadar tümüyle idari işlemdir. Peki, idari işlem olduğu halde, neden bunlarla ilgili olarak idari yargıya gitme yolu kapatılmıştır?.. İllerde il seçim kurulunun kararı kesindir, Ankara'da Yüksek Seçim Kurulunun Kararı kesindir. Eğer, bunlar idari işlemse, neden yargı denetiminin dışındadır?.. Oysa, Danıştay'ın bir dairesi, Yüksek Seçim Kurulu gibi görev yapabilir; idare mahkemeleri de, il-ilçe seçim kurullarının aldığı kararları denetleme yeri olabilir. Eğer, böyle olursa, seçim uygulamasıyla ilgili sonuçlar da, idari işlemler olması bakımından, idare hukukunun ölçüleri çerçevesinde geçerli olacaktır ve ortaya daha sağlıklı kararlar çıkacaktır diye düşünüyorum.

Çok sayın konuklar; fazlaca vaktinizi almak istemiyorum, ama değinmek istediğim çok önemli bir şey daha var. En büyük sorunumuz, demokratikleşmedir. Bir tespit yaptım, "demokratik" ve "demokrasi" kavramı, Anayasamızın 9 ayrı maddesinde vura vura geçiyor, çok önem veriyor. Fakat, bu demokratik işlerliğin sağlanması için, en ufak bir kıpırtı var mı?.. Üniversitelerin hiçbir araştırması var mı?.. Kitle örgütlerine bakıyoruz, tabii başta siyasi partiler olmak üzere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ardından kooperatif gibi kuruluşlar ve şunu görüyoruz: Demokraside bir tıknama olgusu var: Birisi geliyor, genel başkan koltuğuna oturuyor ve oradan bir daha kalkmıyor. Aslında bu, gündemdeki sorunumuzdur. Eminim, sizler de

benim gibi şöyle zihninizi bir yokladığımız zaman, 5-8-10 sendika başkanının, esnaf odası başkanının, sanayi odası başkanının ve siyasi parti başkanını adını kolaylıkla sayarsınız. Yıllardan beri, 32 yıllık filan odası başkanı gibi. Bu mekanizma niçin çalışmıyor?.. Bir yanlımız var herhalde. Biz demokrasiyi sadece "oy kullanma" diye anlıyoruz. Oysa, demokrasi, sadece seçimden ibaret değildir. Seçim, demokrasinin araçlarından biridir. Seçim sürecine gelinceye kadar, örneğin genel kurul toplantısı, üyelik, denetçi raporu... "Denetçi raporu" dediğimiz zaman, bu rapor hangi kuruluş olursa olsun seçimden 2-3 saat önce birkaç satır yazı yazmaktan ibarettir. Genel kurul niçin yapılır?.. O örgüt içi kamuoyunun oluşmasında yardımcı olması için yapılır.

Evet, demokratik işlerlikten bahsediyorum. Kitle örgütleri, eğer bunlar meslek kuruluşlarıysa, belki bir planda idari yargıya bugün de götürmek mümkün. Ama siyasi partiler, kooperatifler... Mesela, kooperatiflerle ilgili eminim, salt bu sahilde onbinlerce dava vardır. Mekanizma çalışmıyor. Neden çalışmıyor?.. Ben bir tespit yaptım: Kooperatifler Yasası diyor ki, "kooperatif kurmak için en az 7 kişi lazım." 7 kişiyi belirtiyorsan, bunun azamisini de belirlesin ve de Anayasaya aykırı olmaz. Bir bakıyorsunuz, binlerce, onbinlerce kooperatif üyesi var. Bir çete yönetimi ele geçiriyor ve de bir türlü oradan ayrılmıyor. Ondan sonra suistimal ve bir sürü dava çıkıyor. Mademki, bir seçim olgusu vardır, bunun adı siyasi parti de olsa, kooperatif olsa da, kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlar da olsa, buralardaki demokratik işlerliğinin idari yargı tarafından denetlenmesinden yanayım. Çünkü, ne Seçim Kurulundan, ne de adli yargıdan biz bu incelikli konularda bugüne kadar karar çıkaramadık. Örneğin, gazeteyle kongre ilanı yapılmış. Kongreye yakın günlerde gidip bakmışlar, "bu nasıl bir salon?" diye. Bu kuruluşta delege sayısı 1200. Fakat, salon 300 kişilik. Bu, o kadar ilkel, kaba bir ihlal ki, eğer başkan yerini sağlam tutmak istiyorsa, kendi yandaşı 300 kişiyi sabah saat 7'den itibaren o salona dolduruyor ve de orada hiçbir kamuoyu oluşmuyor.

Hepinize saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Çok değerli konuşmacılara, bu bildirimleri ve katkıları nedeniyle teşekkür ediyorum.

Sizlere, bizi sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Öğleden sonra saat 14'te idari yargıda süreler konusu incelenecek ve iki oturum arka arkaya yapılacak. Hepinize teşekkür ediyorum.

İKİNCİ OTURUM

"İDARİ DAVALARDA SÜRE SORUNLARI"

Oturum Başkanı

YEKTA GÜNGÖR ÖZDEN

(Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı)

SUNUCU (AV. MERİH ŞANLI) - Değerli konuklarımız; panelimizin ikinci oturumuna geçmeden, önce gelen telgrafları kısaca okumak istiyorum:

Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı Hakim Tuğgeneral Dr.Erol Alpar, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin, Dışişleri Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Abdullah Gül,Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Doç.Dr.Abdülatif Şener,Adalet Bakanı Cemil Çiçek, Devlet Bakanı Ali Babacan, Milli Eğitim Bakanı Doç.Dr.Hüseyin Çelik, Milli Savunma Bakanı Vecdi Gönül,Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Mehmet Hilmi Güler,Çevre Bakanı Kürşat Tüzmen, Kültür Bakanı Erkan Mumcu,Turizm Bakanı Güldal Akşit, Sanayi ve Ticaret Bakanı Ali Coşkun,Ankara Milletvekili ve CHP Genel Başkan Yardımcısı Eşref Erdem,Mersin Milletvekili ve CHP Grup Başkanvekili Mustafa Özyürek, Mersin Milletvekili ve Ak Parti Genel Başkan Yardımcısı Dengir Fırat, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Başkanı Bilal Kartal,Yargıtay 10.Hukuk Dairesi Başkanı Resul Aslanköylü, Yargıtay 10.Ceza Dairesi Başkanı Şener Güngör,Ankara Cumhuriyet Başsavcısı Fatih Kasırğa,Tarsus Cumhuriyet Başsavcısı İbrahim Bağcı, Adli Yargı

Adalet Komisyon Başkanı Vehip Ekinci, Samsun Barosu Yönetim Kurulu adına Başkan Av. Ersoy Üsttay, Malatya Barosu Başkanı Av. Mehmet Görgeç, Sakarya Barosu Başkanı Av. Önder Döker, Giresun Barosu Başkanı Av. Sansal Dikmen, Denizli Barosu Başkanı Av. Adil Demir.

Sayın konuklarımız, ikinci oturumumuzun konusu "İdari Davalarda Süre Sorunları". Süremiz 1 saat 15 dakikadır.

Kürsüdeki yerlerini almak üzere katılımcıları takdim ediyorum: Oturum Başkanı, Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı Sayın Yekta Güngör Özden.

Tebliğ sunmak üzere Danıştay Tetkik Hâkimi Sayın Özlem Erdem Karahanoğulları.

Bu bölümün tartışmacıları, Ankara Barosu avukatlarından Sayın Av. Necati Aras ve Mersin Barosu avukatlarından Sayın Av. Habibe Özer.

OTURUM BAŞKANI (Yekta Güngör ÖZDEN - Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı) - Sayın Başkanlar, değerli meslektaşlarım, sayın Mersinliler; Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'yla Mersin Barosu Başkanlığı'nın düzenledikleri bu ortak etkinlik, idari yargı konusunda yeni açılımları, Türk hukukunda yeni ufuk yükselmelerini gündeme getirmektedir. O nedenle, iki organın değerli yöneticilerini içtenlikle kutluyorum.

Bana eski bir hukukçu olarak görev vermekle, açıkladıkları ilgi için de teşekkür ediyorum. Elimden geldiğince yararlı olmaya çalışacağım.

Öbür arkadaşlarımdın dinlediğim etkin, yararlı konuşmaları gibi konuşma yapmayı da bırakıyorum, çünkü geç başladık, sizin zamanını

kötüye kullanmak istemem. Ama bir şeyi söylemek istiyorum: Türkiye Cumhuriyetinin hangi koşullarda kurulduğunu bilmeyen insan, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olamaz. Bu tıpkı, "Ne mutlu Türküm diyene" sözünü söylemekten kaçınmamak gibidir, söyleyeceksek, gururla söyleyeceğiz. Ama bu devlet, büyük Atatürk'ün kurduğu demokrasinin yaşamdaki adıdır; demokrasinin yaşama geçen biçimidir. Atatürk'ün "Demokrasi yönetiminin yöntemidir" diye ilân ettiği Cumhuriyetin amaçladığı bir hukuk devleti olmak zorundadır. Hukuk devleti, gerçek demokrasidir. Gerçek demokrasilerde de, en sağlıklı güvence yargıdır. Ne tür bir yargı?.. Hiç kuşkusuz, bağımsız bir yargı.

İdare mahkemelerinin, Türkiye'de idari yargı konusuna getirdiği kolaylıkları hepimiz biliyoruz. Türkiye, yalnız yargı konusunda değil, her konuda güçlükler, hattâ çıkmazlar içindedir. Bunları aşabilmenin kaynağında da, özgürce tartışıp, bağımsız kurumların etkinliğini artırıp, halkın güvenini ve inancını toplayarak sorunları barışçıl biçimde çözmek yatar. O nedenle süre sorunu çok önemlidir. Hepimiz biliyoruz, Anayasa Mahkemesi'nin bile kararlarının giderek geç yayımlandığı günlerde çekilen sıkıntıları, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası'ndan sonra ağırlaştırılan, 10 yıl geçmeden aynı konuda bir itiraz davasını mahkemeye getirilmemesi türü kurallar ve sabahleyin Sayın Nuri Alan'ın açıkladığı, katıldığım yönler de var. Ama o söylemişti, yeri gelmişken belirteyim, Sayın Alan'ı da biraz rahatlaşmış olayım. Bizim, idari yargı alanına girmesi olası konuyu, süresi geçen, yeterli süreyi taşımayan insanın Anayasa Mahkemesine getirilmesini kurulda tartıştık. Ben, o zaman kurul başkanıydım ve Cumhurbaşkanı'nın tek başına imzaladığı bir tasarruf, işlem olduğu için onun idari yargıya da götürülmeyeceğini biliyorduk. Ama "idari yargıya götürülmeyecek" diye, Cumhurbaşkanı'nın Anayasayı çiğneyerek yaptığı bir atamayı kabul etmenin küçüklüğünü de kendimize yediremedik. Benim bulunduğum formülle Cumhurbaşkanı'nı ikna ettim, tarih bunu yazacaktır. "İlgili maddede Cumhurbaşkanı'nın

Anayasaya uygun olarak yapacağı tasarruflardan söz ediyor. Sayın Özal sizin yaptığımız Anayasaya aykırı tasarruftur ve bunu Anayasa Mahkemesinin dinlemesi olanak yoktur, biz iptal kararı vermiyoruz, ama bur kararın bizi bağlamadığını söylüyoruz" diyerek konuyu anlattım. Başka çâremiz yoktu, koşullar bazen kendi çözümünü içinde getiriyor, hani bazı soruların yanıtı kendi içinde olduğu gibi.

Yurttaşlarımızın yargıya güveninin artması için, yargının yalnızca doyurucu gerekçelerle kanısını açıklaması yetmiyor, onun zamanında açıklaması çok önemlidir. Hepimiz biliyoruz ki, geciken adalet adaletsizliktir. Yargının idari alanda, öz Türkçe'siyle yönetsel alandaki çözümler arayan çabalarına katkı vermek kutsal sayılacak bir görevdir. Ama bana göre her bozukluk siyasi alandan kaynaklanıyor. Türkiye'de siyaset düzgün olsa, başka şeyler bu kadar kötü olmaz. Yargı ne yapsın?.. Hukuk ne yapsın?.. Çünkü, hukukun, günümüzün hızlı gelişmesine ayak uyduracak bir yapısı yok. Dünyanın her yerinde böyle, ama siyaset adamları, kendilerini, yandaşlarını, partilerini ve çıkarlarını düşünerek hukuku ihmal ettiklerinden, biz hukuksal çıkmazlar içinde sıkıntılar çekiyoruz. Bunun gidermenin biri de, dava açarken, yanıt verirken, inceleme yaparken, kararı ortaya koyarken süreler çok uygun davranmaktır. Bu süreler nedir, nasıl olmalıdır, nasıl kullanılmaktadır?.. Ben sözü uzatmadan değerli uzmanlarına konuşmaları için sıra vererek, gündeme geçiyorum.

Efendim, kendilerini pek tanıtmayacağım, unvanları önlerinde yazılı. Arkadaşımız Sayın Özlem Erdem Karahanoğulları, şimdi Danıştay Tetkik Hâkimi olarak çalışmaktadır. İngilizce ve Fransızca bilen, yurtdışı ilişkilerde, hukuksal alanlarda çabaları ve çalışmaları beğeniyle izlenen bir genç hanımdır. Bütün hanımlar gençtir ya, ayrıca biraz daha genç onun için söylüyorum.

Ben bir yere gitsem, görevde olduğum zaman da, şimdi de, polis

bir bayanı, subay bir bayanı, bayan belediye zabıta memuru gördüğüm zaman seviniyorum. Balkanların en büyük ortaokulunda yıllarca öğretmenlik yaptım. İçlerinde şimdi vali, rektör, dekan birçok öğrencim var. O okulun kız-erkek ayrımını kaldırdık; içinizde bilenler var. O bakımdan bayanları, Atatürk'ümüzün Türkiye aydınlanması kaynağı olduğu gibi, toplumsal aydınımızın kaynağı sayıyorum, kutluyorum ve onlardan çok şey bekliyorum. Bu ülkeyi kurtarırsa, bayanlar kurtaracak, batırırsa da bayanlar batıracak.

Buyurun efendim.

Özlem ERDEM KARAHANOĞULLARI (Danıştay Tetkik Hakimi)- Ben, öncelikle güzel sözleri için Sayın Oturum Başkanına teşekkür etmek istiyorum.

Değerli konuklar;

İDARİ DAVALARDA SÜRE SORUNLARI

I - GENEL İLKELER

A. Süre ve Nitelikleri

İdari davalarda süreden ilk anlaşılması gereken şüphesiz dava açma süreleridir. Dava açma süreleri ise iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin davalar bakımından farklılık taşımaktadır.

İdari işlem ve eylemlere karşı dava açmanın süreye bağlanmasının iki temel nedeni bulunmaktadır: - Yönetilenlerin haklarında yapılmış olan idari işlem ya da eylemin hukuka uygun olup olmadığını, dava konusu etmenin gerekip gerekmediğini düşünme ve inceleme olanağını vermek, - İdarenin işlem ve eylemlerinde kararlılığı sağlamak.

Dava açma süresi belirlenirken yönetilenlerin çıkarları ile kamu yararı arasında bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır. Özel yasalarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde, idari dava açma süresi, Danıştay'da ve idare mahkemelerinde 60 gün, vergi mahkemelerinde ise 30 gündür (İYUK m.7).

İdari dava açma süresi kamu düzenindedir. İdari yargı yeri davanın süresinde açılıp açılmadığını resen araştırır ve bu inceleme davanın her aşamasında yapılabilir¹. Ayrıca taraflarca her safhada ileri sürülebilir. 1973 tarihli bir Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararına göre,

1 Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 2.12.1967 tarih ve E. 1966/67, K.1967/8, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları II, 1967 - 1972, s. 25

davanın süresinde açılıp açılmadığı, yalnız dava karara bağlanana kadar değil, kararın düzeltilmesi aşamasında dahi dikkate alınacaktır².

Dava açma süreleri kamu düzenini ilgilendirdiğinden, sürelerle ilgili düzenlemeler kanunla yapılabilir. Kanun dışındaki tasarruflarla yapılan düzenlemeler idari yargı yerince dikkate alınmaz.

Kanunla belirlenmiş süreler, idari yargı yerince değiştirilemeyeceği gibi dava açma süresinin durmasına ya da kesilmesine ilişkin olarak kanunlarda yazılı olanlar dışında nedenler ortaya konamaz³.

Genel olarak öğretide ve Danıştay içtihatlarında⁴ dava açma süresi, hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir⁵. “Hukuk yargılama yönteminde davalar, genel olarak, dava konusu olan hakka uygulanan zamanışı süresi içinde açılabilir. Hukuk mahkemeleri, zamanışımına uğramış bir hak konusunda açılan davayı kendiliklerinden, davanın esasına girmeden reddedemezler. Buna karşılık, idari davalarda, dava açma süresi, davanın ön koşullarındandır. Bu koşul yerine getirilmediği zaman, idari mahkeme davanın esasını incelemeyen, ön koşullar yönünden davayı reddeder”⁶.

Ancak yok hükmündeki işlemlere⁷ karşı dava açma süresinin

2 Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 24. 2.1973 tarih ve E. 1970/1, K.1973/1, Resmi Gazete, 13.10.1973, sayı: 14684

3 Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 24. 2.1973 tarih ve E. 1970/1, K.1973/1, Resmi Gazete, 13.10.1973, sayı: 14684

4 Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 13.3.1998 tarih ve E.1996/244, K. 1998/45

5 İdari dava açma süresinin kamu hukukuna özgü “sui generis” bir niteliği olduğunu da ileri sürenler vardır. Bu konuda bkz. Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Süresi”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, sayı 1-2, s. 249; Erol Çırakman, “İdari Davalarda Süre”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler 1, s. 191

6 Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt: II – İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 859

7 “Açıklanan irade, hiçbir hukuksal sonuç doğurmuyorsa, başka bir deyişle geçerli değilse ya da işlem açıkça yasaya aykırı veya idarenin açıkça yapamayacağı işlemlerden ise, yok işleme karşı karşıyız demektir. Yok işlemlerin, kuramsal olarak iptalleri için dava açmaya gerek yoktur. İdare, işlemi yok hükmünde bir işlem saymayarak, yürütmeye

geçirilmiş olması, bu tür işlemlere sağlık kazandırmayacağından, bunlara karşı süre ile bağlı olunmaksızın her zaman dava açma olanağı bulunmaktadır.

B. Genel ve Özel Dava Açma Süreleri

1. Genel Dava Açma Süresi

Genel dava açma süresi Danıştay'da ve idare mahkemelerinde 60 gün, vergi mahkemelerinde ise 30 gündür (İYUK m.7). Özel yasalarda dava açma süresi belirtilmişse, bu süre dikkate alınır. Herhangi bir belirleme olmayan hallerde genel dava açma süresi uygulanır.

İdare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri bakımından farklı dava açma sürelerinin öngörülmüş olması, uygulamada sorunlara neden olmaktadır. Özellikle uyuşmazlığın idari bir uyuşmazlık varsayılarak dava açıldığı hallerde, idare mahkemesince verilen görev ret kararı üzerine dosyanın gönderildiği vergi mahkemesince, dava açmanın ön koşullarından olan süre koşulu incelenmekte ve dava süreden reddedilmektedir⁸. Bu yöndeki kararlara katılma olanağı bulunmamaktadır. Doğru yargı düzeni (idari yargı düzeni) içinde hak

devam ederse, ilgilinin yok hükmünde olan bir işlemin iptali için dava açması, bu dava dolayısıyla, yargı yerinin işlemin yok hükmünde olduğunu saptaması zorunlu bir yol olarak görünmektedir." Bkz. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, age, s. 208

⁸ Örneğin Danıştay Üçüncü Dairesinin 13.11.2002 tarih ve E. 2002/289, K. 2002/3624 sayılı kararına konu olan olayda, 1994 yılında gerçekleştirdiği ihracat nedeniyle 1995 yılında ödenen navlun primini 1994 yılında ihtirazi kayıtla beyan eden kurum adına itirazı kabul edilmeyerek tahakkuk ettirilen fon payına karşı idare mahkemesinde dava açılmış, idare mahkemesince verilen kararın temyizi üzerine Danıştay Onuncu Dairesi uyuşmazlık konusunun idare değil, vergi mahkemesinin görevine girdiğini belirterek idare mahkemesi kararını bozmuş, Danıştay'ın bozma kararına uyan idare mahkemesi dosyayı vergi mahkemesine göndermiştir. Vergi mahkemesi davanın 30 günlük dava açma süresi içinde açılmadığını belirterek davayı süre aşımı nedeniyle reddetmiştir. Karar davacı tarafından temyiz edilmiş, Danıştay Üçüncü Dairesi kararı onamış, karar düzeltme talebini ise reddetmiştir. Karara muhalif kalan üyeler karşı oyda, vergi mahkemelerinde dava açma süresinin daha kısa olması gibi bir nedenle hak arama özgürlüğünün kullanılmasının ortadan kaldırılması sonucunu doğuran kararın düzeltilmesi gerektiği görüşüyle karara katılmamışlardır.

arayan kişinin, idarenin işleminin vergi hukuku ile mi, yoksa idare hukuku ile mi bağlantılanması konusunda bir güçlük yaşaması her zaman mümkündür, dolayısıyla sırf görevli mahkemenin belirlenmesinde hataya düşülmüş olması nedeniyle davayı süre aşımı nedeniyle reddetmek hem hakkaniyete aykırıdır hem de kişilerin hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı bir yaklaşımdır. Mevcut ikiliğin giderilmesi için İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesi değiştirilmeli ve tek tip süre getirilmelidir. Ancak bu yapılan kadar mahkemelerce her olayda durum değerlendirilmeli, davacıların iyi niyeti de değerlendirilerek⁹ hak arama özgürlüğünü kısıtlamayacak kararlar verilmelidir.

Danıştay'da açılan davaların hepsi 60 gün mü, yoksa birel işlemler için 30, düzenleyici işlemler için 60 mı? Vergi uyuşmazlıkları bakımından bir özellikten sözetmek gerekmektedir. Düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçirildikten sonra, örneğin tarh işlemi ile birlikte düzenleyici işlemin dava konusu edilmesi halinde, vergi davalarında süre 30 gün olmasına karşın, dava Danıştay'da açılmak zorunda olduğundan dava açma süresi 60 gün olacaktır¹⁰.

2. Özel Dava Açma Süresi

Çeşitli kanunlarda özel dava açma süreleri öngörülmüştür. Örneğin *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 58. maddesi* uyarınca, ödeme emirlerine karşı dava açma süresi 7 gündür. *Kamulaştırma Kanununun 14. maddesi* uyarınca dava açma süresi ise 30 günle sınırlanmıştır. *Vergi Usul Kanununun mükerrer 49. maddesinde* ise, emlak vergisi beyanlarına esas alınmak üzere takdir komisyonlarınca tespit edilen asgari ölçüde arsa metrekaresi birim değerlere ilişkin

⁹ Örneğin uyuşmazlık konusunun açıkça vergi olduğu bir olayda 30 günlük süreyi geçiren davacının idare mahkemesinde 60 günlük süre içinde dava açıp görevden ret kararı alarak vergi mahkemesinde davanın görülmesini sağlamaya çalışmasında iyi niyetli olduğundan sözetmek mümkün değildir.

¹⁰ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 9.3.1990 tarih ve E.1989/14, K.1990/26

davaların, sözkonusu değerlere ilişkin tespitlerin Resmi Gazetede yayımlanmasını izleyen günden itibaren 15 gün içinde açılacağı hükme bağlanmıştır.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Burada önemli olan, dava açacak kişinin, dava konusu edeceği işleme ilişkin özel bir dava açma süresi olup olmadığını araştırmasıdır.

II – SÜRELERİN BAŞLANGICI

İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 2. bendinde, dava açma sürelerinin başlangıcına ilişkin genel kurallar yer almaktadır.

A. Yazılı Bildirim Koşulu

1. Yazılı Bildirimde Sürenin Başlangıcı

Dava açma süresi, yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden başlar (İYUK m. 7/2-a). Bu hüküm uyarınca, bireysel idari işlemlere karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için, idari işlemin ilgiliye yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Yazılı bildirim koşulu, vergi uyuşmazlıkları da dahil tüm uyuşmazlıklar hakkında uygulanan genel bir kuraldır¹¹.

Birden çok kişiyi doğrudan doğruya ilgilendiren bir idari işleme ilişkin yazılı bildirim her ilgiliye ayrı ayrı yapılması gerekir.

Dolaylı olarak idari işlemle ilgili olanların her birine ayrı ayrı yazılı bildirim olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, işlemin ilgililerine göre üçüncü kişi durumunda olanlar için dava açma süresinin başlayabilmesi için işlemin yayımlanması gerekmektedir. “Eğer bireysel idari işlem yayımlanmamış ise, üçüncü kişiler yönünden dava açma süresinin işlemeye başlaması gerekir. ...Böyle olmakla birlikte, hukuken dava açma süresi başlamasa bile, idari işlem tamamlandığı andan itibaren dava

¹¹ Şeref Gözübüyük – Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 200

konusu yapılabilir. Nitekim, Danıştay¹², idari karar tebliğ edilmeden önce açılan davanın esasını karara bağlamıştır¹³.

2. Yazılı Bildirimin Tam Olması

Yazılı bildirim, biçim ve yöntem koşullarına uygun ve tam olarak yapılmadığı sürece dava açma süresi başlamayacaktır. Uygulamada yazılı bildirim, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapıldığı gibi, imza karşılığı bizzat ilgilinin kendisine ya da adi veya taahhütlü posta aracılığı ile de yapılmaktadır. İlgililerin haklarında tesis edilen işlemi bilmeleri amacı gerçekleştirildiği sürece, tüm bildirim yöntemleri geçerlidir.

İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı bildirim kapsamı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, yazılı bildirim ilgilinin dava açma hakkını kullanmasına olanak sağlayacak açıklıkta, kesin ve yürütülebilir nitelikte bir işleme ilişkin olmalıdır.

İlgiliye karar metni gönderilmeden, sadece karar alındığının bildirilmesi, yazılı bildirim bakımından yeterli değildir. Tam olmayan yazılı bildirimlerde ilgili, dava açma süresi içinde idareye başvurarak, kararın ya da işlemin kendisine tam olarak bildirilmesini istemelidir. Aksi takdirde dava açma süresi işlemeye devam edecektir.

Öte yandan, usulüne uygun olarak bildirilen işlem, uygulamaya konulmamış olsa bile, dava açma süresi bildirimle başladığından süreyi kaçırmamak için dava açılmalıdır.

3. Yazılı Bildirimin Belgelendirilmesi

Bildirim tarihinin saptanabilmesi için belgelendirme önemlidir. Yazılı bildirim yapıldığı tarihi kanıtlama yükü, idareye düşmektedir. Dava açma süresinin başlangıcının saptanamaması ya da idare

¹² Olayda kamulaştırma kararı dava açıldıktan sonra davacıya tebliğ edilmiş, davalı idarenin süre defii yerinde görülmemiştir. Danıştay Altıncı Daire Kararı, 2.3.1966 tarih ve E.1965/4069, K.1966/1140, **Danıştay Kararlar Dergisi**, sayı: 100-102, s.264

¹³ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *age*, s. 867

tarafından kanıtlanamaması durumunda çeşitli olasılıklar ortaya çıkmaktadır: - Ya idari yargı mercilerince davalı idarenin süre defii yerinde görülmeyerek davaya bakılacak, - Ya davacı, idareye (üst makam ya da işlemi tesis eden makam) başvurmuşsa, bu başvuru tarihi bildirim tarihi kabul edilerek süre hesaplanacak, - Ya da işlem uygulamaya konulmuş ise, yazılı bildirim en geç uygulamanın başladığı tarihte yapıldığı kabul edilerek süre hesaplanacaktır.

B. Öğrenme ve Sözlü Bildirim

İdari işlemin içeriğini yazılı bildirim yapılmadan öğrenen kişinin, yazılı bildirim beklemeyen dava açması mümkündür. Bu konuda hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu gibi hallerde davanın zamanından önce açıldığı ileri sürülemez¹⁴.

Tekin Akıllıoğlu, ilgilinin adli yargı yerindeki duruşma sırasında hakkında tesis edilen işlemi öğrenmesi üzerine açtığı davada Danıştay Sekizinci Dairesince verilen bir karar üzerine yazdığı karar notunda¹⁵, yönetsel işlemlerin varlığını her nasılsa öğrenmiş olmanın, yazılı bildirim koşulu yerine geçmeyeceğini, ...Danıştay'ın yazılı kurallarla getirilen açıklık karşısında yönetsel işlemlerin yazılı bildirimine (düzenleyici ve genel olanlarda yayın saklı kalmak üzere) ayrı kabul etmediğini, "bildirimin tam olması"nın, başka bir deyişle yeterli bilgi ve açıklık içermesi koşulunun adli yargı kararında karşılanmış olup olmayacağını sormakta, bu soruya olumlu yanıt verilse bile bildirim işlem yapan yönetimce yapılması koşulunun her halde yerine getirilmemiş olacağını

¹⁴ Örneğin, "...idari işlemler tesis edildikleri tarihte hukuken var olan geçerli bir işlem niteliğini kazanırlar. Yazılı bildirim amacı ilgilileri işlemde haberdar etmek ve dava haklarını kullanmalarına olanak sağlamak olduğuna göre, usulüne uygun bir yazılı bildirim bulunmamasına rağmen işlemin varlığının haricen öğrenilmesi üzerine açılan davanın incelenmesine bir engel bulunmamaktadır". Danıştay Dördüncü Dairesinin 7.11.1990 tarih ve E.1990/1088, K.1990/3054 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı 82-83, s. 353

¹⁵ Tekin Akıllıoğlu, "Danıştay Sekizinci Dairesinin 15.2.1985 tarih ve E.1984/648, K.1985/151 sayılı kararına ilişkin not", **Amme İdaresi Dergisi**, c.20, sayı: 4, s. 194

ifade etmiştir. Gerçekten burada İdari Yargılama Usulü Kanununun aradığı şekilde tam ve usulüne uygun bir yazılı bildirimden sözlemeye olanak yoktur.

Bazı durumlarda sözlü bildirimle de dava açma sürésinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Bu husus özellikle doçentlik bilim sınavlarına ilişkin uyuşmazlıklarda karşımıza çıkmaktadır. Doçentlik sınavına giren bir kişinin başarısız olduğu hemen sözlü sınav sonrası kişiye duyurulmakta ve böylece yazılı bildirim beklemeksizin dava açma olanağı kişilere tanınmaktadır.

C. “Zımnî Ret” İşlemlerinde Sürenin Başlangıcı

İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. İdari makamlar, yapılan başvurulara en geç 60 gün içinde yazılı olarak yanıt vermekle yükümlüdür. İdarenin sözkonusu süre içerisinde yanıt vermemesi halinde, başvuruyu reddettiği varsayılır. Bu şekilde oluşan “zımnî ret” işlemi de idari davaya konu olabilir (İYUK m. 10).

D. İdareye Başvuru Durumunda Süre¹⁶

Anayasanın 74. maddesinde dilekçe hakkı, vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancıların, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip olması şeklinde tanımlanmıştır. Madde hükmü uyarınca, kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir ve hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir.

Anayasanın bu hükmüne uygun olarak çıkarılan 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 7. maddesinde ise, Türk

¹⁶ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Onur Karahanoğulları, “İdari Başvurular, Zımnî Ret, Sonradan Gelen Yanıt ve Dava Açma Süresi” yayımlanmamış eser

vatandaşlarının kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç iki ay içinde cevap verileceği, işlem safahatının duyurulması halinde alınan sonucun ayrıca bildirileceği şeklinde hükme bağlanmıştır.

Dilekçe hakkını düzenleyen bu genel düzenlemeler dışında yer alan bir hüküm de İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesidir. Maddenin 1. bendine göre, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabileceği öngörülmüştür.

Bütün bu hükümlere birarada bakıldığında, idareye yapılan başvurunun, bireyin genel başvuru hakkının bir türü olduğu ve önemli siyasi haklardan olduğu görülmektedir.

1. İdareye Başvurma Koşulları¹⁷

İdareye yapılacak başvuruya ilişkin koşullar aşağıdaki biçimde sıralanabilir:

a) Başvuru yetkili makamlara yapılmalıdır. Örneğin Bakanlığın yetkili olduğu bir konuda Cumhurbaşkanlığına başvuru yapılması. Bu şekilde yetkisiz makamlara yapılan başvurular dava hakkı doğurmamaktadır.

b) Başvuru, idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylem için yapılmalıdır.

c) İdareye yapılacak başvuru için genel bir süre öngörülmemiştir. Kanunlarda özel süre öngörülmeyen hallerde ilgililer karar almak için her zaman idareye başvurabilirler. Örneğin, Genel Muhasebe

¹⁷ 2577 sayılı Kanunun 10. maddesi kapsamında ilgililerin başvurusu üzerine tesis edilmiş bir işlemin varlığından sözede bilmek için başvuru dilekçesinin idareye ulaştığı olması gerekir. Başvuru dilekçesinin yazılış tarihi değil, idare kayıtlarına geçiş tarihi esas alınarak süre hesaplanır. Bu konuda bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 21.4.1999 tarih ve E.1998/2266, K.1999/1789 sayılı kararı.

Kanununun 93. maddesinde, kişilerin alacaklarını, alacağın doğduğu andan itibaren beş yıl içinde isteyebilecekleri belirtilmek suretiyle idareye başvuru süresi beş yıl ile sınırlanmıştır. 9.10.1997 tarih ve E. 1997/2859, K. 1997/3557 sayılı Onuncu Daire kararında da ilgililerin Tasarrufu Teşvik Hesabından ödeme yapılmasına hak kazandıkları tarihten itibaren genel zaman aşımı süresi içinde 10. madde kapsamında idareye başvurabilecekleri belirtilmiştir.

2. İdarenin Karar Alması

İdare yapılan başvurulara 60 gün içinde yazılı olarak yanıt vermek zorundadır. Bu zorunluluk yukarıda belirttiğimiz Anayasanın 74. maddesi ile 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 7. maddesi ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesine dayanmaktadır. Belirtilen sürede yanıt vermeyen idarenin sorumluluğuna gidilebilir. İdarenin yanıt verme görevini yerine getirmemesi bir hizmet kusuru olarak kabul edilmelidir. Zira burada getirilen süre koşulu idareye yanıt vermemesi için değil, aksine idarenin yanıt vermeyerek durumu sürüncemede bıraktığı hallerde, ilgililerin dava açabilmeleri için tanınmıştır.

60 günlük süre içinde yanıt verilmemesi durumunda, idarenin başvuruyu reddettiği, olumsuz yanıt verdiği kabul edilir. Bu şekilde oluşan zımni ret kararı da idari davaya konu olabilir. İdareye başvuru tarihinden itibaren 60 gün olan zımni ret süresinin bitiminden itibaren dava açma süresi (60 ya da 30 gün) içinde idari yargıda dava açılabilir.

İdarenin bir hakkı sürekli ihlal etmesi durumunda, ilgili kişi idareye birden fazla kere başvuruda bulunabilir. Her bir başvuru, zımni ret süresi dolduktan sonra yeni bir dava hakkı vermektedir¹⁸.

¹⁸ Aksi yönde bir karar için bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 11.6.2002 tarih ve E. 2002/2249, K. 2002/1942 sayılı kararı, olayda ekmek fırını ruhsatı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine ikinci başvurudan sonra açılan dava süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir. Karara karşı oy kullanan üyeler, ilgililerin anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden olan çalışma özgürlüğünü kullanabilmek için gerekli işlemin

3. İdarenin Kesin Yanıt Vermemesi

İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesinin 2. bendine göre, idare tarafından 60 günlük süre içinde verilen yanıt kesin değilse, ilgili bu yanıtı, istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin yanıtı da bekleyebilir. Bu durumda dava açma süresi işlemeyecektir. Ancak bekleme süresi, başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemeyecektir.

4. “Zımnî Ret” Süresi Dolmadan Dava Açılması

Zımnî ret süresi dolmadan açılan dava, henüz ortada bir idari karar bulunmadığı gerekçesiyle reddedilir. “Fransız Danıştayı,...eğer dava karara bağlanana kadar ‘zımnî ret’ süresi geçmiş ise, süre yönünden davayı reddetmeyerek işin esasını karara bağlamaktadır”¹⁹. Benzer bir anlayış 1944 tarihli eski bir Danıştay kararında da görülmüştür²⁰.

5. “Zımnî Ret” Süresi Geçtikten Sonra Yanıt Verilmesi

Bazen idare ilgilinin yeni bir başvurusu üzerine ya da kendiliğinden zımnî ret süresi dolduktan sonra, ilgilinin başvurusuna yanıt vermektedir. Bu gibi durumlarda çeşitli olasılıklar ortaya çıkmaktadır: a) 60 günlük zımnî ret süresi dolduktan sonra, dava açma süresi içinde idarenin yazılı bildirimde bulunması halinde, dava açma süresi yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacaktır²¹. b) Zımnî ret süresi ile dava açma süresi geçtikten sonra, idarenin yazılı bildirimde bulunması halinde, dava açma süresi, bu bildirim tarihinden itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır. c) Dava açma süresi geçtikten sonra açılan

yapılmasını idareden her zaman isteyebileceklerini belirtmişlerdir. Aynı Dairenin 13.21995 tarih ve E.1993/2082, K.1995/529 sayılı kararında kahvehane açma ruhsatı için yapılan birden fazla başvurudan sonuncu üzerine açılan davada çalışma özgürlüğünün sürekliliği nedeniyle bu özgürlüğün kullanımı konusunda yapılan her yeni başvuru üzerine idarece tesis edilecek işlem için süresinde dava açılacağı belirtilmiştir.

¹⁹ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *age*, s. 882

²⁰ Danıştay Beşinci Dairesinin 11.2.1944 tarih ve E.1939/3473, K.1944/306 sayılı karar, *Danıştay Kararlar Dergisi*, sayı:27, s. 18

²¹ Örneğin Danıştay Onuncu Dairesinin 7.12.2000 tarih ve E.1998/5856, K.2000/6237 sayılı kararı.

davanın süreden reddedilmesinden sonra, idare tarafından yazılı bildirimde bulunulması durumunda, dava açma süresi, bu yazılı bildirim üzerine yeniden işlemeye başlayacaktır.

6. “Zımni Ret” Süresinin Dolduğunun Kanıtlanması

Zımni ret süresinin dolduğunun kanıtlanması yükü davacıya aittir. Davacı idareye başvurduğu tarihi posta makbuzu, dilekçe kayıt tarih ve numarası gibi delillerle kanıtlayabilir.

7. İlan Yoluyla Bildirimde Sürenin Başlangıcı

İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 3. bendine göre, adresleri belli olamayanlara özel kanunlarındaki hükümlere göre ilan yoluyla bildirim yapılır. İlan yoluyla yapılan bildirimlerde, süre başlangıcı konusunda yasalarda özel bir düzenlemeye gidilmeyen hallerde, süre, son ilan tarihini izleyen günden itibaren 15 gün sonra işlemeye başlar.

İlan yoluyla bildirim konusunda genel düzenleme 7201 sayılı Tebligat Kanununda yer almaktadır. Tebligat Kanununun 28 ila 31. maddelerinde, ilan yoluyla bildirim kimlere, hangi koşullarda ve nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Özel kanunlarda yer alan düzenlemelere örnek olarak, Vergi Usul Kanunu ve Kamulaştırma Kanunu hükümlerini verebiliriz.

8. Vergi Uyuşmazlıklarında Dava Açma Süresinin Başlangıcı

Buraya kadar anlattığımız koşullar vergi davaları bakımından da aynen geçerlidir. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 2-b bendi hükmüne göre, vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda birtakım başlangıç süreleri öngörülmüştür. Buna göre, tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın; tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin; tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve

idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği tarihi izleyen günden itibaren dava açma süresi başlayacaktır.

Kanun koyucu, dava açma süresinin başlangıcı bakımından vergilendirme işlemleri ile ilgili olarak ek bir açıklama yapmak gereksinimi duymuştur. Böylece doğabilecek karışıklıkları engellemeye çalışmıştır.

E. Düzenleyici İşlemlere Karşı Açılacak Davalarda Süre

İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. bendinde, düzenleyici işlemlere karşı açılacak davalara ilişkin sürenin başlangıcı düzenlenmiştir. Düzenleyici işlemler, genel ve objektif kurallar koyan veya bu nitelikteki kuralları değiştiren ya da kaldıran tasarruflardır. Tüzük, yönetmelik, kararname, karar, genel tebliğ, talimat, genelge, tarife, vb.yi düzenleyici işlemlere örnek olarak sayabiliriz.

İlanı gereken düzenleyici ve genel işlemlere karşı açılacak davalarda süre, ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Buradaki ilan koşulu, genellikle Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yerine getirilir.

Düzenleyici işlemlerin ilgiliye uygulanması durumunda ise, uygulama işleminin yazılı olarak bildirilmesi üzerine, sona ermiş dava açma süresi, yeniden doğmaktadır (İYUK m. 7/4). Örneğin Danıştay Altıncı Dairesinin 1992 tarihli bir kararında²², Danıştay'ın süregelen içtihatları uyarınca düzenleyici işlem kabul edilen imar planı değişikliğine karşı, İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. bendi hükmüne dayanılarak uygulama üzerine de dava açılabileceği belirtilmiştir.

İlgili, düzenleyici işlemin uygulanması üzerine, salt düzenleyici işleme karşı dava açabileceği gibi, sadece uygulama işlemine ya da her

²² Danıştay Altıncı Dairesinin 4.2.1992 tarih ve E.1991/132, K.1992/447 sayılı karar, **Danıştay Dergisi**, sayı: 86, s. 316

ikisine birden dava açabilir²³. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacaktır. “Danıştay’ın ilanı gereken düzenleyici ve genel tasarruflara karşı ilgililerin kendilerine uygulanması üzerine açacakları iptal davalarında uygulama işleminin de iptalini istemeleri gerektiği yönünde kararları vardır”²⁴.

Uygulama işleminin de bulunduğu hallerde dava açma süresi, uygulama işleminin bildirim tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlamaktadır. “Danıştay’a göre, ilanı gereken düzenleyici ve genel tasarrufların kendilerine uygulanması üzerine ilgililerin bu işlemlere karşı açacakları davada süre başlangıcı olarak, adli yargıda kendilerine karşı açılan davaya ilişkin dilekçenin bildirim gününün esas alınması gerekir”²⁵.

Vergi uyuşmazlıkları bakımından bir özellikten söz etmek gerekmektedir. Düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçirildikten sonra, örneğin tarh işlemi ile birlikte düzenleyici işlemin dava konusu edilmesi halinde, vergi davalarında süre 30 gün olmasına karşın, dava Danıştay’da açılmak zorunda olduğundan dava açma süresi 60 gün olacaktır²⁶.

F. İdari İşlemin Uygulanmasından Doğan Zararlar İçin Açılacak Davalarda Süre

İdari Yargılama Usulü Kanununun 12. maddesinde idari işlemler nedeniyle açılacak tam yargı davalarına ilişkin süre konusu

²³ “Davacının, belediye tarafından çıkarılan ve yararının zedelenmesine neden olan yönetmelik kuralının iptalini istememiş olması, bu kurala dayalı olarak idarece yapılan işlemin iptaline engel sayılmayacağı 2577 sayılı Yasanın 7. maddesi 4. bendi kuralı gereğidir”. Danıştay Sekizinci Dairesinin 4.5.1988 tarih ve E.1988/315, K.1998/358 sayılı kararı

²⁴ Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 19.6.1970 tarih ve E.1969/6, K.1970/411 (Aktaran Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, age, s. 888)

²⁵ Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 26.9.1969 tarih ve E.1969/694, K.1969/681 (Aktaran Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, age, s. 890)

²⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 9.3.1990 tarih ve E.1989/14, K.1990/26

düzenlenmiştir. Maddeye göre, ilgililer haklarını ihlal eden bir işlemin icrasından doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava açma süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Madde hükmü uyarınca ilgililerin İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi uyarınca idareye başvurma hakları saklı kalmaktadır.

12. maddenin ilgililere 11. madde kapsamında tanıdığı idari başvuruda bulunma tercihi, hakkı ihlal ettiği işlemin bildirim ya da uygulanması üzerine, doğrudan doğruya tam yargı davası açılmadan önce; tam yargı davasının iptal davası ile birlikte açılabileceği hallerde dava açılmadan önce; iptal davasının sonuçlanması üzerine açılacak tam yargı davalarında ise iptal davası açılmadan önce kullanılmalıdır. İdareye yapılan bu başvuru dava açma süresini durdurur. Dava açma süresi geçirildikten sonra yapılan başvurular ise yeni bir dava açma hakkı doğurmayacaktır. Bu tip başvurularda ve başvuru üzerine açılacak davalarda İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesinde yer alan esaslar uygulanır.

Maddede vergi mahkemelerine de dava açılabileceği hükmü yer almakla birlikte, vergi uyuşmazlıkları bakımından maddenin uygulanmasına pek rastlanılmamaktadır.

12. maddeye göre, idari işlemlerden dolayı hakları ihlal edilenler, isterlerse doğrudan doğruya, isterlerse açacakları iptal davasıyla birlikte, isterlerse iptal davasının sonuçlanması üzerine tam yargı davası açabilirler.

1. Doğrudan Doğruya Tam Yargı Davası Açılması

İdari işlemlerden bir kısmı tesis ve tebliğ edildikleri anda icra edilmiş olurken, bir kısmı ise tesis ve bildirimden bir süre sonra icra edilirler. Tesis ve icra aşaması aynı zamanda olan işlemlere²⁷ karşı da farklı olan

²⁷ Örneğin, resen emekliye sevk işlemi. Burada zararın doğması bakımından işlemin tesisi yeterli değildir, tebliği gerekir. Ancak tebliğ aşaması tamamlandıktan sonra zarar (hak ihlali) doğmuş olur.

işlemlere karşı da doğrudan doğruya açılacak tam yargı davalarında İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesindeki esaslar uygulanır.

İcra yani uygulama aşaması farklı olan işlemlerde zarar, ancak uygulama tarihinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle uygulaması süren işlemlerde dava açma süresinin başlangıcının belirlenmesi, zaman zaman duraksamalara neden olmaktadır. Örneğin, Danıştay Beşinci Dairesinin bir kararına²⁸ konu olan uyuşmazlıkta, davacı yurtdışında görev yaptığı sürece eksik ödendiğini öne sürdüğü aylık fark tutarının ödenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmış, İdare Mahkemesince dava süreden reddedilmiştir. Davacı, yazılı bildirim tam olarak yapılmadığını, bordroya imza atması ile dava açma süresinin başlamayacağını, kanunen doğmuş olan alacağın zamanaşımına uğrama süresinin genel olarak 10 yıl olduğunu, idareye yaptığı başvurunun bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmesi gerektiğini ileri sürerek kararı temyiz etmiştir. Danıştay Beşinci Dairesi temyiz incelemesine geçmeden önce, davanın niteliğini tartışmış²⁹ ve davanın bir iptal değil, tam yargı davası olduğunu belirterek süre yönünden 2577 sayılı Yasanın 12 ve 11. maddelerine göre davanın ele

²⁸ Danıştay Beşinci Dairesinin 2.5.1991 tarih ve E.1989/1317, K.1991/823 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı: 84-85, s. 284 vd

²⁹ "Temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun olup olmadığını incelemeyen önce davanın hukuki niteliğinin yapılması gerekli görülmüştür. Her ne kadar davacı dava dilekçesinde yurt dışındaki görev süresince noksan ödendiğini öne sürdüğü maaş farklarının ödenmesi için idareye yaptığı 11.9.1986 günlü başvurusunun reddine ilişkin 9.10.1986 günlü, 116614 sayılı işlemin "iptalini" istemiş ve idare mahkemesince de dava "iptal davası" olarak değerlendirilip karara bağlanmış ise de; davacının yurda döndükten sonra idareye yaptığı 11.9.1986 günlü başvurusunun "...yurtdışında geçen sürekli görev aylıklarının 5/9. derece kadro karşılığında uygun olarak hesaplanıp, aradaki farkın ödenmesi..." istemini içermesi ve böylece bu başvurusu ve reddi üzerine açılan davayla Banka Yönetim Kurulunun 1.5.1979 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan 2.4.1980 günlü kararının uygulanmasından (icrasından) kaynaklanan maddi zararların giderilmesinin amaçlanması karşısında davanın bir "tam yargı davası" niteliğinde bulunduğu, dolayısıyla süre yönünden 2577 sayılı Yasanın 12 ve 11. maddelerine göre ele alınması gerektiğine oybirliği ile karar verilerek temyiz isteminin incelemesine geçildi:..." **Ibid.**

alınması gerektiğini belirtmiştir.

Sözkonusu kararda İdari Yargılama Usulü Kanununun 11 ve 12. maddeleri yorumlandıktan sonra, 12. maddenin 521 sayılı Danıştay Kanununun değişik 71. maddesinin aynen tekrarı olduğu ve sözkonusu 71. madde hükmünde 1740 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gerekçesinde, şahsın hakkının her zaman işlemin tesis edildiği tarihte ihlal edilmediği, işlemin icrası sırasında zararın meydana gelebildiği, bu gibi hallerde açılacak tam yargı davasının süresinin başlangıcının nasıl tayin edileceğinin uygulamada tereddütlere sebep olması nedeniyle maddeye açıklık getirildiği belirtilmiştir. Buna göre hakkın ihlali işlemin tesisi tarihinde değil de, bu işlemin icrası tarihinde gerçekleşmiş ise, tam yargı davası işlemin icrası tarihinden itibaren açılacaktır.

“Olayda davalı Bankanın yurtdışı bürosuna temsilci yardımcısı olarak atanan davacıya her ay 4000 DM aylık ödenmesi Banka Yönetim Kurulunca kararlaştırılmış olup; 20.1.1984 tarihinde yeni görevine başlayan ve bu görevi 12.7.1986 tarihine kadar sürdüren davacı hakkında anılan kararın, göreve başladığı tarihten itibaren her ay yapılan maaş ödemeleri ile icra edildiği (uygulandığı) çekişmesizdir. Davacı, kendisine eksik ödentiye yol açtığını öne sürdüğü bu kararın iptali için dava açmadığı gibi kararın her ay icra edilmesine karşın icra tarihinden itibaren 60 gün içinde de doğrudan doğruya veya 11. maddedeki süreci işlettikten sonra dava açmamış; böylece yasaca belli edilen süre geçirilmiştir.

Davanın, son icra tarihine göre de süresinin geçirilmiş olduğunu vurgulamak gerekir. Banka Yönetim Kurulunun yurtdışı temsilci yardımcılarına ayda 4000 DM ödeneceğine ilişkin kararının davacı hakkındaki son icrası 1.7.1986 tarihinde yapılmış olmasına ve böylece 60 günlük dava süresinin bu tarihten itibaren işlemeye başlamasına karşılık, 12.7.1986 tarihinde yurda dönen davacı 2577 sayılı Yasanın 8. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 12.9.1986 tarihine kadar uzamış olan 60 günlük başvurma süresi içinde 11.9.1986 tarihinde maaş farkının

ödenmesi için 11. maddeye göre idareye başvurmuş ve 9.10.1986 günlü işlemle istemin reddi üzerine, işlemin tebliğ edildiği 15.10.1986 günü dava açması gerekirken 11.12.1986 tarihinde dava açmış olup belirtilen tarihlere göre dava 2577 sayılı Yasanın 11 ve 12. maddelerinde öngörülen sürede açılmadığından uyuşmazlığın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı açıktır”³⁰.

2. İptal Davası İle Birlikte Tam Yargı Davası Açılması

Aynı dilekçe ile hem idari işlemin iptali hem de işlem nedeniyle doğan zararın giderilmesi istemiyle dava açılan hallerde de İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde öngörülen süre esas alınır. Burada dava açma süresi işlemin yazılı bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlar. Tek dilekçe ile dava açılabilmesi için iptali istenen işlem ile tazmini istenilen zararı doğuran işlemin aynı olması gerekmektedir. Aksi takdirde, iptal ve tam yargı davasının ayrı ayrı açılması gerekir.

3. İptal Davasının Sonuçlanması Üzerine Tam Yargı Davası Açılması

Önce iptal davası açılıp sonuçlanması üzerine tam yargı davası açılan hallerde iptal davasının olumlu sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ortada “idari hasar” kuramı uyarınca tazmini gereken bir zarar olabileceğinden, iptal davası kazanılsa da kaybedilse de tam yargı davası açılabilir.

Bu gibi hallerde tam yargı davası açma süresi, iptal davası açılması üzerine ilk derece yargı yerince verilen kararın ya da kanun yollarına başvurulması halinde de buna ilişkin kararın tebliğinden itibaren İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde öngörülen esaslar dahilinde başlar.

³⁰ Danıştay Beşinci Dairesinin 2.5.1991 tarih ve E.1989/1317, K.1991/823 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı: 84-85, s. 284 vd

G. İdari Eylemlerden Doğan Zararlar İçin Açılacak Tam Yargı Davalarında Süre

İdari eylemlerden doğan zararlar için açılan tam yargı davalarında uygulanacak süreye ilişkin kurallar İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinde getirilmiştir. Bu maddede sözü edilen idari eylemler, idari işlemlerin uygulanması amacıyla yapılan eylemlerden farklıdır. İdarenin, herhangi bir idari karar veya işleme dayanmayan ve bütünüyle eylem olarak gerçekleşen faaliyetlerine ait tutum, hareket ve olaylardır.

Maddede sözü edilen idari eylemlerden doğan zararlar için dava açılabilmesi için bir *önkarara* gereksinim bulunmaktadır. Önkarar alınması için başvuru yapılması bir zorunluluktur. İlgililer, idari eylemi yazılı bildirim ya da başka biçimde öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemektedirler. Önkarar alınmadan açılan davalar, eğer bir yıllık başvuru süresi içinde açılmışsa, idari merci tecavüzü olduğu kabul edilerek dosya merciine tevdi edilmektedir. Bir yıllık süre geçirildikten sonra önkarar alınmaksızın açılan davalar ise reddedilmektedir.

Maddedeki *bir ve beş yıllık süreler*, dava açma süresini değil, önkarar alma süresini göstermektedir. Bu sürelerin durması ya da kesilmesi sözkonusu olmamaktadır. Son günlerinin adli tatile rastlaması ise süreyi uzatma nedeni olmamaktadır. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir.

Maddede beş yıllık sürenin başlangıcı açıkça gösterilmiştir. Buna göre *beş yıllık süre*, eylem tarihinden itibaren hesaplanmaktadır. Bir yıllık süre koşuluyla uyulsa bile, beş yıl içinde idareye önkarar almak için başvurmayan ilgili, dava hakkını yitirmektedir.

Bir yıllık idareye başvurma süresinin, idari eylemin öğrenildiği tarihten mi, eylemden doğan zararın öğrenildiği tarihten mi başlayacağı hususunda madde hükmü, idari eylemin öğrenildiği tarihi esas almıştır.

“Burada önemli olan, idari eylemin öğrenilmesi değil, bu eylemden doğan zararın da öğrenilmesidir. Maddeyi bu biçimde anlamak ve uygulamak, tam yargı davalarının da özüne uygun düşer. Danıştay içtihadı da, genel olarak bu doğrultudadır”³¹.

Vergi hukuku alanında ise ilgililerin, salt maddi bir olaydan, yani idari bir işleme dayanmayan bir eylemden zarara uğramaları çok istisnai bir durumdur. Kamu alacağının tahsili amacıyla haczedilen borçluya ait bir malın, satışına kadar uygun koşullarda korunmamış olması nedeniyle ortaya çıkan zarar bu duruma örnek gösterilebilir³².

İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinin 2. bendi hükmü uyarınca, idari eylemlere karşı açılacak tam yargı davalarında, gerekli olan önkarar alma koşulu, adli ya da askeri yargıda görev yönünden reddedilen davanın idari yargı yerinde yeniden açılması halinde aranmamaktadır. Bu gibi hallerde görevsizlik kararının tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde görevli idari yargı yerinde dava yeniden açılabilmektedir.

İdari eylemlerden doğan zararlar için tam yargı davası açma süresi ise, önkarar alındıktan sonra işlemeye başlamaktadır. Buna göre dava açma süresi, önkararın yazılı bildirim tarihinden, eğer önkarar talebi zımnen reddedilmişse, zımni ret süresinin bittiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.

Önkarar için idareye yapılan başvuruya, idarenin yazılı yanıt vermesi üzerine, ilgili, İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi uyarınca dava açma süresi içinde üst makama, üst makam yoksa kararı almış olan makama başvurarak önkararın değiştirilmesini talep edilebilir. Bu takdirde dava açma süresi duracaktır.

İdarenin zımni ret süresi geçtikten sonra, yazılı olarak yanıt vermesi halinde ise, İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesi uyarınca

³¹ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *age*, s. 901

³² Turgut Candan, “Vergi Yargısında Süreler”, *Maliye Postası Dergisi*, sayı 29, s. 182

dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesi de, 11. maddesi de idari eylemlerden doğan tam yargı davalarına uygulanacak, genel nitelikteki maddelerdir.

H. İdari Sözleşmelerden Doğan Davalarda Süre

İdari Yargılama Usulü Kanunu idari sözleşmelerden doğan davalarda süre ile ilgili özel düzenlemeler getirmemiştir. Bu alanda iki husus ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

1. İdari Sözleşmelerle İlgili, Fakat Sözleşmeden Ayrılabilen İşlemler

İdari sözleşmeler dolayısıyla alınan idari kararlar, yürütülmesi zorunlu türdense, sözkonusu idari işlem hem iptal hem de tam yargı davasına konu olabilir. Bu takdirde dava açma süresi ve sürelerin başlangıcı bakımından bir özellik bulunmamaktadır. Yani 60 günlük dava açma süresi, idari işlemin yazılı olarak tebliği tarihinden başlamaktadır.

2. İdari Sözleşmelerden Doğan Haklar

İdari sözleşmeden doğan bir hakkın alınması amacıyla açılacak davalarda, ilgililerin önce sözleşmede ya da yasada belirtilen süre içerisinde haklarının yerine getirilmelerini istemeleri ve idareden alacakları yanıtı göre dava açmaları gerekmektedir. Bu takdirde de genel süre koşulları uygulanmaktadır. Eğer hakkın istenebilir duruma gelmesi için sözleşmede ya da yasada süre belirtilmemişse, hakka uygulanan zamanaşımı süresi içinde, hakkın yerine getirilmesi istenebilecektir. Burada da alınacak yanıtı göre, yasalarda aksi düzenlenmediği sürece, genel süre koşulları uygulanmaktadır. Yani 60 günlük dava açma süresi, işlemin yazılı bildirim tarihinden ya da zımni ret sözkonusu ise zımni ret süresinin dolmasından itibaren işlemeye başlayacaktır.

III. SÜRELERİN HESAPLANMASI

İdari Yargılama Usulü Kanununun 8. maddesi, sürelerin hesaplanmasına ilişkin genel esaslar getirmiştir. Maddede getirilen esaslar sadece dava açma süresiyle değil, diğer sürelerin (itiraz, temyiz, karar düzeltme, yargılamanın yenilenmesi, yürütmenin durdurulması, dava ve savunma dilekçelerinin verilmesi gibi) hesaplanmasıyla da ilgilidir.

8. maddeye göre,

a) Süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlamaktadır.

b) Tatil günleri sürelere dahildir ve sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzamaktadır.

c) Sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa, süreler, çalışmaya ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılmaktadır.

A. Sürenin Gün, Hafta, Ay ve Yıl Olarak Belirtilmesi

Sürelerin gün olarak belirtildiği hallerde, tebliğ günü sürenin hesabında dikkate alınmamaktadır. Tebliğin ertesi günü sürenin birinci günü olarak kabul edilerek hesap yapılmaktadır. Süre, son gün çalışma saatinin bitiminde sona ermektedir.

Sürelerin hafta, ay ve yıl olarak belirtildiği hallerde ise, gün olarak belirtilen hallerden farklı bir hesaplama yapılır. Sürenin hafta olarak belirtildiği hallerde, süre, tebliğin yapıldığı güne son haftada rastlayan günün çalışma saati sonunda sona ermektedir. Örneğin, Çarşamba günü yapılan bildirimde, iki haftalık süre, ikinci haftanın Çarşamba günü çalışma saati sonunda bitmektedir.

Sürenin ay olarak belirtildiği hallerde de, süre tebliğin yapıldığı güne son ayda rastlayan günün çalışma saati sonunda bitmektedir.

Örneğin, iki aylık süre Şubat ayının ikinci günü yapılan tebligata göre Nisan ayının ikinci günü çalışma saati sonunda sona ermektedir. Sürenin başladığı günün biten ayda bulunmaması halinde de süre, biten ayın son günü çalışma saati sonunda bitmektedir. Örneğin 31 Ocak tarihinde başlayan bir aylık süre Şubat ayının 28. (duruma göre 29.) günü çalışma saati sonunda sona ermektedir.

Sürenin yıl olarak belirtildiği hallerde de aynı yöntemle hesaplama yapılır. Buna göre, 25 Nisanda yapılan tebligat üzerine bir yıllık süre, bir sonraki yılın 25 Nisan günü sona ermektedir.

B. Sürenin Son Gününün Tatile Rastlaması

8. madde hükmü uyarınca, kural olarak resmi tatil günleri sürenin hesabına katılmaktadır. Sürenin başlangıcının ya da aradaki günlerin tatile denk gelmesi sürenin hesabını etkilemezken, sürenin son gününün resmi tatil gününe rastlaması halinde süre, tatil gününü izleyen iş gününün akşamı çalışma saatinin sonuna kadar uzamaktadır.

Madde hükmündeki tatil deyimi, hafta tatilleri ve bayram tatilleri gibi resmi tatilleri kapsamaktadır. Bakanlar Kurulu kararıyla verilen ve ülke çapında uygulanan idari izin günlerini kapsamamaktadır.³³ Bu durum, uygulamada birtakım karışıklıklara, hatta zaman zaman hak kayıplarına yol açmaktadır.

³³ Aksi yöndeki bir Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu kararında, 29 Ekim 1992 Perşembe gününü izleyen 30 Ekim 1992 Cuma günü kamuda çalışan personelin Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü genelgesi ile idari izinli sayıldığı, genelgede zorunlu hizmetlerin yürütülmesi için asgari seviyede eleman bulundurulması öngörülmüşse de, genelgenin kamuoyuna 30 Ekim 1992 gününün tatil olduğu izlenimini uyandıracak biçimde duyurduğu, sözkonusu günün "resmi tatil" diye nitelendirilmese de, zorunlu işler için ayrılan personel dışında bütün ülkede tüm kamu personelinin tatil yaptığı günü, sürenin uzamasına yol açan bir tatil günü saymanın, olayda *hukuk düzenini bozmadan hakkın kullanılmasına olanak sağlayan amaca uygun bir yorum olacağı* gerekçesiyle 2 Kasım 1992 Pazartesi günü açılan davada, vergi mahkemesince verilen davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi gerektiği yolundaki ısrar kararını bozmuştur. 17.6.1994 tarih ve E. 1993/179, K. 1994/220

C. Sürenin Son Gününün Çalışmaya Ara Vermeye Rastlaması

Çalışmaya ara verme ile ilgili esaslar İdari Yargılama Usulü Kanununun 61. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri her yıl Temmuz ayının yirmisinden Ağustos ayının yirmibirine kadar çalışmaya ara verirler. Bu hüküm 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanunun 27. maddesi ile değiştirilmiş ve 1994 yılında çalışmaya ara verme süresi 32 gün olmuştur. Ancak 23.7.1995 tarih ve 4124 sayılı Kanunla İdari Yargılama Usulü Kanununa eklenen geçici bir madde ile, 4001 sayılı Kanunla otuziki güne indirilen çalışmaya ara verme süresinin, adli yargı için öngörülen adli ara verme süresine ilişkin değişiklik yürürlüğe girinceye kadar, her yıl Temmuz ayının yirmisinden Eylül ayının beşinci gününün çalışma saati sonuna kadar uygulanacağı belirtilmiştir. Yasama organının idari yargı mercilerine olan kızgınlığı sonucu yaptığı kanun değişikliği, uygulamada yaşanan sıkıntılar ve Danıştay³⁴ ile alt derece yargı yerleri arasında ve yine idari yargı ile adli yargı yerleri arasında ayrımcılığa neden olduğundan ve kişilerin hak arama özgürlüğünü olumsuz yönde etkilediğinden durum, İdari Yargılama Usulü Kanununa eklenen geçici madde ile düzeltilmiştir. En kısa sürede yapılacak Kanun değişikliği ile asıl maddede düzeltmeye gidilmesi yerinde olacaktır.

1994 yılında yaşanan karışıklık dışında, İdari Yargılama Usulü Kanununun 8. maddesinin 3. bendi hükmü uyarınca, bu Kanunda yazılı sürelerin bitimi çalışmaya ara verme dönemine rastlarsa, süreler, çalışmaya ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış olmaktadır. Buna göre süreler, 12 Eylül günü çalışma saati bitimine kadar uzamaktadır.

³⁴ Danıştay Kanununun 86. maddesi uyarınca Danıştay'da çalışmaya ara verme süresi de Temmuz ayının yirmisinden Eylül ayının beşinci günü mesai bitimine kadardır.

IV. SÜRELERİN DURMASI VE EK SÜRELER

A. Süreyi Durduran Haller

1. İdareye Yapılan Başvuru

İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi hükmü uyarınca, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi ya da yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan dava açma süresi içinde istenebilir. Kural olarak, dava açma süresi içinde bu şekilde idareye yapılan başvuru, dava açma süresini durdurmaktadır.

İdareye yapılan başvuru, üst makama yapılan başvuru ve işlemi yapan makama başvuru olarak ikiye ayrılmaktadır.

a) Üst Makama Başvuru

Dava açma süresi içinde, üst makama yapılan başvuru, dava açma süresini durdurmaktadır. İdarenin başvuru üzerine açık ya da zımni olarak ret yanıtı vermesi üzerine, durmuş olan dava açma süresi, durduğu yerden işlemeye başlamaktadır.

i) Üst Makama Başvuru Koşulları

Üst makama yapılan başvurunun dava açma süresini durdurabilmesi için aşağıdaki koşullara uygun olması zorunluluğu bulunmaktadır:

a) Başvurunun üst idari makama yapılması gerekir. İdari yerler dışında yapılan ya da hiyerarşi içinde yer almayan başka idari makamlara yapılan başvurular dava açma süresini durdurmamaktadır. Örneğin 1990 tarihli bir Danıştay Altıncı Daire kararında³⁵, valiliklerin imara ilişkin konularda belediye başkanlığının üst makamı olmadığı, bu nedenle belediyece verilen inşaat ruhsatının iptali istemiyle valiliğe

³⁵ Danıştay Altıncı Dairesinin 26.2.1990 tarih ve E.1988/833, K.1990/166 sayılı karar, *Danıştay Dergisi*, sayı: 80, s. 242

yapılan başvurunun işlemeye başlayan dava açma süresini durdurmayacağı belirtilerek davayı süreden reddeden idare mahkemesi kararı onanmıştır.

b) Üst makama yapılan başvurunun, dava süresini durdurabilmesi için dava açma süresi içinde yapılması gerekmektedir. Dava açma süresinden sonra yapılan başvurular, dava süresini etkilememektedir³⁶.

c) Üst makama yapılan başvurunun, bir işleme karşı olması ve işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi ya da yeni bir işlem yapılması istemini içermesi gerekmektedir. Bu şekilde istem taşımayan başvurular, örneğin idareden bilgi isteyen ya da işlemin gerekçesini soran istemler, süreleri etkilememektedir.

ii) Dava Açma Süresinin Yeniden İşlemeye Başlaması

Üst makama yapılan başvuru üzerine, idarenin olumsuz karar alması ya da zımni ret süresinin dolması durumunda dava açma süresi, kaldığı yerden yeniden işlemeye başlamaktadır. Zımni ret süresi dolduktan sonra, idarenin açıkça ret kararı vermiş olması, zımni ret kararı üzerine yeniden başlamış olan dava açma süresini etkilememektedir, düşmüş olan dava açma süresini yeniden canlandırmamaktadır.

İdareye ikinci kez yapılan başvuru da, yeniden işlemeye başlamış olan dava açma süresini ikinci kez durdurmamaktadır³⁷.

b) İdari İşlemi Yapan Makama Başvuru

Dava açma süresi içinde, işlemi tesis eden makama yapılan başvurunun süreyi durdurabilmesi için, işlemi yapmış olan makamın üstünde başka bir idari makamın bulunmaması gerekmektedir.

³⁶ Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesinin 11.3.1997 tarih ve E.1995/476, K.1997/803 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı: 94, s. 719

³⁷ Danıştay Altıncı Dairesinin 3.11.1973 tarih ve E.1972/4399, K.1973/3923 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı: 14-15, s. 314

Eğer üst merci varsa, işlemi yapan makama başvuru, başlamış olan dava süresini durdurmaz. “Böyle olmakla birlikte, dava açma süresi içinde, idareye yapılan başvuru üzerine idarenin yeni bir karar alması, eski kararını şu ya da bu biçimde değiştirmesi durumunda, dava açma süresi kesilmiş olur. Dava açma süresi, idarenin yeni kararının bildiriminden itibaren yeniden işlemeye başlar. Dava açma süresi geçtikten sonra idareye yapılan başvuru üzerine, idarenin yeni bir karar alması, başka bir deyişle eski kararını değiştirmesi durumunda dava açma süresi yeniden işlemeye başlar”³⁸.

İdare başvuru üzerine önceki işlemi tekrarlarsa, başvuru dava açma süresi içinde yapılmışsa, dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır. Eğer başvuru dava açma süresinden sonra yapılmışsa ve idare eski işlemi tekrar eden bir işlem tesis etmişse dava açma süresi yeniden işlemeye başlamayacaktır.

c) Vergi Uyuşmazlıklarında İdareye Başvuru

İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesinin 4. bendinin ilk halinde, Vergi Usul Kanununda yer alan vergi hatalarının düzeltilmesi istemleri dışında, vergi uyuşmazlıklarında bu hükmün uygulanmayacağına dair bir düzenleme vardı. Bu hüküm 5.4.1990 tarih ve 3622 sayılı Kanunla değiştirilerek, maddedeki hükümlerin vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklara uygulanmayacağı öngörülmüştü. 18.6.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile maddenin 4. bendi tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

4001 sayılı Kanunun 6. maddesiyle ilgili gerekçede³⁹, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsili ile bunların zam ve cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, idari davaya konu olacak işlemlere karşı mevcut hükümlere göre dava açılmadan önce idari

³⁸ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *age*, s. 917

³⁹ TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Yılı 3 - 1994, cilt 62

makamlara başvurulmasının mümkün bulunmadığı, başvuru yapılması dava süresini durdurmadığından daha sonra açılan davaların süre aşımı nedeniyle reddedildiği, bu nedenle çoğu zaman hak kayıplarına sebep olduğu, gerek bu türden haksızlıkların ortadan kaldırılması, gerekse dava yoluna gidilmeden idareye yapılacak başvuru yoluyla uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasının sağlanması, dava sayısının azalması yönünde yapacağı olumlu etki de gözönüne alınarak ilgili hükmün yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir.

Bu gerekçeden de anlaşılacağı gibi, tarh, tahakkuk ve tahsil gibi vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ile cezalarına yönelik idari işlemlerin de kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için dava açma süresi içinde idareye başvuru yolu açıkça tanınmıştır⁴⁰.

“Öte yandan idari dava açma süresi içinde yapılacak düzeltme başvuruları ile ilgili olarak, halen Vergi Usul Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmamakta ise de, dava açma süresi içinde yapılan düzeltme başvurularının reddi üzerine açılacak davalarda 11. madde hükmünün uygulanması gereği vardır. Zira 11. madde, ilgililerin isteğine bağlı olan başvuruları düzenlemektedir. Hakkında bir idari işlem yapılan kişi, işlemin yazılı bildirimi üzerine, dilerse doğrudan ilgili idari yargı yerinde dava açar, dilerse 11. maddedeki koşullara uyararak idareye başvurur. Burada idareye başvuru, bir zorunluluk olmayıp ilgilinin isteğine bağlıdır. Dava süresi içinde yapılan düzeltme başvuruları da bir anlamda isteğe bağlı başvurulardır ve başvurunun konusunu oluşturan işlem hakkında şikâyet yoluna başvurulmayacaktır. Bu bakımdan, dava açma süresi içinde yapılan düzeltme başvuruları hakkında 11. madde hükmü uygulanacaktır. Ancak bu durumda da, bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Zira, 11. madde hükmünde, esas itibariyle, üst makama başvuru düzenlenmiştir. Üst makamın bulunduğu durumlarda da, işlemi

⁴⁰ Aksi yönde bir Danıştay kararı için bkz. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin E. 1997/4555, K.1998/3542 sayılı kararı.

yapmış olan makama yapılan başvurular, idari dava açma süresini durdurmamaktadır. Oysa Vergi Usul Kanununun 122. maddesine göre, düzeltme, ancak işlemi yapmış olan vergi dairesinden istenebilecektir. Durum böyle olmasına rağmen, uygulamada, dava açma süresi içinde yapılan düzeltme başvuruları, işlemi yapmış olan vergi dairelerine yapılmakta, vergi dairelerince verilen ret cevabı üzerine, açılan davalarda, yargı yerlerince, düzeltme talebinin yapılmasına kadar geçen süreler dava açma süresine dahil edilmektedir⁴¹.

d) İdareye Başvurunun Özel Olarak Düzenlendiği Haller

İdareye yapılacak başvurunun bazen kanunlarda⁴² özel olarak düzenlenmesi sözkonusu olmaktadır. Özel düzenleme bulunan hallerde İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi değil, özel düzenlemenin uygulanması gerekmektedir. Danıştay kararları da bu yöndedir. Örneğin, Danıştay Beşinci Dairesinin 1990 tarihli bir kararında⁴³, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunundaki 118. madde uyarınca yapılan itirazların özel hükümle düzenlediği ve bu konuda İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi hükmünün uygulanamayacağı belirtilmiştir.

d) Vesayet Makamlarına Yapılan Başvurular

Kural olarak vesayet makamlarına yapılan başvurular, dava açma süresi içinde bile olsa, dava açma süresini etkilememektedir. Böyle bir etkilenmenin olabilmesi için açık yasa kuralı bulunmalıdır. Danıştay Altıncı Dairesinin bir kararında⁴⁴ da bu husustan sözedilerek dava süre aşımından reddedilmiştir. Karara konu olayda, belediye meclisince düzenlenmiş imar planının değiştirilmesi için meclise yapılan

⁴¹ İbrahim Topuz – Kadir Özkaya, **Açıklamalı İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002, s. 282

⁴² Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 117 ve 118

⁴³ Danıştay Beşinci Dairesinin 4.10.1990 tarih ve E.1989/531, K.1990/1649 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı: 82-83, s. 408 vd.

⁴⁴ Danıştay Altıncı Dairesinin 28.3.1983 tarih ve E.1979/933, K.1983/1301 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı: 82-83, s. 408 vd.

başvurunun reddi üzerine İmar ve İskan Bakanlığına yapılan başvurunun, üst makama değil, vesayet makamına yapılan başvuru olduğu ve bu nedenle dava açma süresini durdurmasına olanak bulunmadığı belirtilmiştir.

B. Ek Süreler

1. Görevsiz Yargı Yerine Başvuru Halinde Ek Süre

İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesinde, çözümü Danıştay, idare veya vergi mahkemesinin görevine girdiği halde, adli ya da askeri yargı yerinde açılan bir davanın görevden reddi halinde kararın kesinleşmesinden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabileceği belirtilerek ilgilinin hak kaybına uğramasını önlemek için dava açma süresine ek, otuz günlük bir süre tanınmıştır. Maddede belirtilen ek otuz günlük süreden yararlanabilmek için, davanın görevli olmayan yargı yerinde ve dava açma süresi içinde açılması, yargı yerince görevsizlik kararı verilmesi ve verilen bu görevsizlik kararının kesinleşmesi gerekmektedir.

Görevli olmayan yargı yeri adli ya da askeri yargı yeridir. İdari yargı düzeni içinde ise, İdari Yargılama Usulü Kanununun 43. maddesi uyarınca, görevsizlik kararı veren idari yargı merci dava dosyasını kendiliğinden görevli idari yargı merciine göndermektedir.

Davanın görevli olmayan yargı yerlerinde, görevli yargı yerindeki dava açma süresi içinde açılmış olması halinde ek süre tanınabilecektir.

Görevli olmayan yargı yerince görevsizlik kararı verilmez de davanın esası hakkında karar verilirse, ilgilinin ek süreden yararlanabilmesi için görevli olmayan yargı merciinin kararı temyiz edilmiş olmalı, temyiz merciince mahkeme kararının bozulması üzerine de mahkemenin bu bozma kararı uyarınca görevsizlik kararı vermesi gerekmektedir.

Öte yandan, görevli olmayan mahkemece verilen görevsizlik kararı

ya kanun yollarına gidilmeyerek ya da kanun yoluna gidilmesi üzerine onanarak kesinleştirilmiş olmadığı sürece, ilgiye davasını görevli idari yargı yerinde yeniden açması için ek süre tanınmaz.

2. Ek Sürenin Başlangıç Tarihi

Otuz günlük ek sürenin başlangıç tarihi, görevli olmayan yargı merciince verilen görevsizlik kararının kesinleşmesi tarihidir.

a) Kanun Yollarına Gidilmesi Halinde Ek Sürenin Başlangıcı

Görevli olmayan ilk derece adli yargı yerince verilen görevsizlik kararının temyiz edilmesi halinde Yargıtay tarafından kararın onanması üzerine, onama kararının tebliğinden itibaren, eğer bir karar düzeltme yoluna başvurulmuş ise, bu istemin reddine dair verilen kararın tebliğinden itibaren otuz günlük ek süre başlamaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi halinde ise, düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliği üzerine otuz günlük ek süre işlemeye başlamaktadır.

b) Kanun Yollarına Gidilmeyerek Kesinleşmede Ek Süre

Adli yargı yerleri için, görevsizlik kararının kesinleşmesi için, Asliye Hukuk Mahkemesi ve Ticaret Mahkemesi kararlarında onbeş gün, Sulh Hukuk Mahkemesi ve İş Mahkemesi kararlarında sekiz günlük temyiz süresinin geçirilmesi gerekmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında ise onbeş günlük karar düzeltme süresinin geçirilmesi ile görevsizlik kararı kesinleşmektedir.

c) Uyuşmazlık Mahkemesi Tarafından Verilen Görevsizlik Kararları

Görev uyuşmazlığı çıkması üzerine Uyuşmazlık Mahkemesine intikal eden bir uyuşmazlıkta Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından davaya

bakan mahkemenin görevsiz olduğu yönündeki karar üzerine mahkeme bu karara uyarak görevsizlik kararı verir. Bu takdirde otuz günlük ek süre, Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar üzerine mahkeme tarafından verilen görevsizlik kararının tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

3. Ek Süre İşlemeye Başlamadan Dava Açılması

Görevli olmayan adli ya da askeri yargı merciince verilen görevsizlik kararı kesinleşmeden ve idari yargıya başvuru için tanınan ek otuz günlük süre başlamadan önce görevli idari yargı merciinde dava açılması halinde, dava reddedilmemelidir. “Danıştay davayı karara bağlamadan önce, görevsizlik kararının kesinleşmesi yeterli sayılmalıdır”⁴⁵.

4. İdari Davanın Ek Süre İçinde Açılması

Görevsizlik kararı üzerine ilgili ek otuz günlük süre içerisinde idari yargı yerinde dava açmalıdır. Görevsizlik kararı veren mahkemenin kendiliğinden ya da davacının isteği üzerine dava dosyasını idari yargı merciine göndermesi, dava açma anlamına gelmemektedir⁴⁶. Aynı şekilde ilgilinin de idari yargı yerine başvurarak dava dosyasının görevsizlik kararı verilen mahkemeden getirtilmesini istemesi de dava açma anlamında değildir. Bu nedenle idari yargı merciine verilecek dava dilekçesinde, dava konusu idari işlemin yazılı tebliğ tarihi ile görevsizlik kararı veren mahkeme, orada davanın açıldığı tarih ve görevsizlik kararının kesinleştiği tarih bulunmalıdır.

5. Ek Sürenin Geçirilmesi, Ancak İdari Yargıda Dava Açma Süresinin Henüz Dolmamış Olması

İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesinin 2. bendi hükmü uyarınca, görevli olmayan adli veya askeri yargı merciince verilen

⁴⁵ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *age*, s. 926

⁴⁶ Danıştay Sekizinci Dairesinin 1.2.1973 tarih ve E.1973/1481, K.1973/2153 sayılı kararı, *Amme İdaresi Dergisi*, cilt 6, sayı: 3, s. 158

görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra otuz günlük ek süre geçirilmiş olsa bile, eğer idari dava açmak için öngörülen süre geçmemişse açılan idari davaya bakılacaktır⁴⁷.

6. Dava Dilekçesinin Reddini Gerektiren Eksikliklerin Tamamlanması İçin Tanınan Ek Süre

Dava dilekçesinin reddini gerektiren eksiklikler, dava dilekçesinin düzenlenmesinde ve içeriğinde bulunan eksiklikler, avukat olmayan vekil tarafından dava açılması durumu, koşulları oluşmadığı halde bir dilekçe ile birden çok dava açılması hali ya da yine koşulları oluşmadığı halde birden çok kişinin bir dilekçe ile dava açmaları hali olarak sıralanabilir.

Sözkonusu eksikliklerden birinin varlığı halinde idari yargı yerince dava dilekçesi reddedilir ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 15. maddesi uyarınca, ilgiliye eksikliklerin tamamlanması için otuz günlük ek bir süre tanınır. Süre dava dilekçesinin reddine ilişkin kararın ilgiliye tebliğinden itibaren işlemeye başlar ve belirtilen otuz günlük süre içinde eksiklikler giderilerek yeniden dava açılabilir. Bu kararlara temyiz yolu kapalıdır. O nedenle temyiz edilmiş olması otuz günlük ek süreyi durdurmamaktadır. Ancak aksi yönde bir Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu kararı⁴⁸ bulunmaktadır. Olayda davacı kooperatif ihtirazi kayıtla verdiği beyanname üzerine tahakkuk eden net aktif vergisi ile kurumlar vergisine karşı birlikte dava açmıştır. İlk derece mahkemesince iki vergi için iki ayrı dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçe reddedilmiş; davacının dilekçe ret kararına yönelik temyiz istemi ise incelenmeksizin reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı davayı yenilemiştir. Mahkemece, dilekçe ret kararı üzerine davanın otuz gün içinde açılmasının usul hükümleri gereği olduğu, ancak dava açmakta

⁴⁷ Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesinin 11.10.1990 tarih ve E.1989/930, K.1990/2189 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı: 82-83, s. 1009

⁴⁸ Danıştay Vergi Dava Dairelerinin 24.3.2000 tarih ve E. 1999/348, K. 2000/112 sayılı kararı

asıl olanın dava açma hakkının süresinde kullanılması olduğu, davanın ilk dilekçe ile süresinde açıldığı belirtilerek işin esasına geçilmiştir. Danıştay Üçüncü Dairesi, davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur. Mahkeme, “davacı yasal engel bulunmasına rağmen dilekçe ret kararını temyiz edip bu istem incelenmeksizin reddedilmiş ise de, böyle bir yasağın davacılar tarafından bilinmemesinin kabul edilebilir bir mazeret olduğu, ilk dava dilekçesinin süresinde verildiği ve bu aşamada dava konusunun mahkemece yanlış değerlendirilerek dilekçe ret kararı verildiği gözönüne alındığında, davacının iradesi dışında oluşan bir yanlışlıktan dolayı davanın süre aşımı nedeniyle reddinin hakkaniyete uymadığı” gerekçesiyle ilk kararında direnmiş, bu direnme kararı ise Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunca onanmıştır.

Dava dilekçesinin reddini gerektiren eksiklikler dava dilekçesini ret kararında gösterilmek zorundadır. Kararda gösterilen eksiklik birden fazla ise bütün eksiklikler giderilerek dava yenilenmelidir. Aksi takdirde, İdari Yargılama Usulü Kanununun 15. maddesinin 5. bendi uyarınca, artık dilekçe değil, dava reddedilecektir.

V. DAVA AÇMA SÜRESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

Dava açma süresinin sona ermesinin çeşitli sonuçları vardır:

a) Dava açma süresi kamu düzeni ile ilgili olduğundan, süresinden sonra açılan davalar incelenmeksizin, yani işin esasına geçilmeden reddedilir. Ayrıca idari yargı mercileri davanın süresinde açılıp açılmadığını resen incelemekle yükümlüdür.

b) Dava açma süresi içinde verilen dilekçelerdeki iddia ve istekler idari yargı yerince dikkate alınmaktadır. Bu nedenle süre geçtikten sonra, iddia ve isteklerde değişiklik yapılamaz. Dava açma süresi içinde ileri sürülen iddialar ve istekler “tevsi (genişletme)” sayılmaz. Öte yandan ileri sürülen hususlar kamu düzeni ile ilgiliyse, yani idari yargı merciinin kendiliğinden dikkate alacağı hususlarda ise, davanın her

aşamasında dikkate alınabilecektir.

c) Dava süresinin geçirilmesi, idari işleme, idari karara kesin hüküm niteliği kazandırmamaktadır. Ancak, sözkonusu kararlar dava konusu edilemez hale gelmektedir. İdare kamu hizmetinin gerektirdiği ölçülerde, kazanılmış haklara da saygı duyarak, dava açma süresi içinde de, dışında da işlemini geri alabilir, kaldırabilir ya da değiştirebilir. Bunun aksini kabul etmek, idarenin işlemlerini yargı kararları ile eş değer tutmak olur ki, bu hususun kamu düzeni ve kamu yararı ile bağdaştığını söylemek mümkün değildir.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Sayın Karahanoğullarına çok teşekkür ediyorum.

Tabi, işin yapılışından kaynaklanan bir zaman yetersizliği var. Herkesin haksız olduğu yerde, herkes haklıdır. O nedenle kendisine bir şey söylemiyorum.

Sayın Necati Aras, Danıştay üyeliğinden emekli, Ankara Barosunda çalışmalarında sürdüren bir değerli arkadaşımız. Kendisi yavaş yavaş dinlenme sürecini seçip, işleri oğluna bırakarak hukukçuluğunu ikinci kuşakta yürütmek istiyor. Çok yararlı kültürel çalışmaları da vardır. Herhalde dinleyicilerimiz bu güzel tebliğinden yararlanacaklardır.

Buyurun efendim.

Av. NECATİ ARAS (Ankara Barosu)- Efendim, ben tartışmacının rolü konusunda Sevgili Özlem'le aynı fikirdeyim. Tartışmacının görevi, burada ikinci bir tebliğ sunmak değil, sunulan tebliğ üzerine görüşlerini belirtmek, varsa eksiklerini veya yanlışlarını düzeltmekten ibaret olmalıdır. Bu bakımdan, ben bugünkü görevimi böyle yapacağım. Bazı noktalarda görüşlerimi bildireceğim.

Esasen bu tebliğ, bize tartışmacı olduğumuz için daha evvelden iletildi. Biz de, okuduk, inceledik, ilk defa burada duymuyoruz ve görüşlerimizi bildireceğiz.

Ben, 10 ve 11. maddelerdeki idareye başvuru üzerine bir cevap verme zorunluluğu olduğunu kabul etmiyorum. Yasamız zaten "verilmezse" demekle, idarenin cevap vermeyebileceğini gösteriyor. Böyle zorunluluk yok müeyyidesiz zorunluluk bir sonuç doğurmaz.

Arkadaşım, davacının işlemi öğrenmesi üzerine dava açabileceğini, bu davanın vaktinden önce açılmış sayılmayacağını söyledi. Ben, bunu bir de ters yönüyle almak istiyorum. Davacının öğrendiğini, karşı taraf veya mahkeme tespit ederse, yazılı bildirim dayanamayan bu öğrenmeyi süreye başlangıç yapabilir mi?.. Mesela, şöyle bir kararda okuduğum, çok genel yazılmış hüküm beni çok rahatsız etmişti: "Bir idari işlemin her ne şekilde olursa olsun öğrenilmesi halinde, dava açma süresinin bu öğrenme tarihinden başlayacağı kuşkusuz bulunduğundan..." Böyle bir görüş, çok genel bir kural halinde mahkeme kararında yer almamalıydı; hem Anayasamızın, hem de İdari Yargılama Usulü Yasamızın yazılı bildirim esas alan hükümleri karşısında, "her ne suretle olursa olsun, öğrenilmesinden itibaren" denilmesi bana göre fevkalâde yanlıştır.

OTURUM BAŞKANI - Anayasa Mahkemesinin kararlarının Resmi Gazetede yayımlanmasıyla yürürlüğe girmesi var. Onu beklemeden uygulama da var.

Av. NECATİ ARAS - Boğaziçi kararları da var, ama o da yürekler acısı, hukuka aykırı bir karardı ve bu karar da, maalesef Danıştay'da onandı, derecattan geçti.

Bazı işlemlerde, yazılı bildirim her zaman bilinen, beklenen şekilde olmuyor. Mesela, bordro da bir yazılı bildirim kabul edilerek, memurun maaşında bir eksiklik olmuşsa veya beklediği yükselme yapılmazsa, bordro da yazılı bildirim kabul ediliyor. Mesela, okullarda notların ilan edilmesi, ama bu bir düzenleyici bir işlemin ilanı gibi Resmi Gazeteyle veya yerel gazeteyle yapılan ilan türünden bir ilan değil, ama bu davaları çabuklaştırmak bakımından "ben bu şekilde öğrendim" diye dava açılması, bence işin pratik tarafıdır ve hukuka aykırı bir yönü de yoktur.

Yasamızın düzenlemediği bir konu var: Bir sübjektif idari işlemin mutlaka bir muhatabı vardır; bir kişiye tayin emri tebliğ edilir, ruhsat ister verilir veya verilmez. Buna benzer işlemlerde, daima işlemi yapan bir idareyle, onun bir muhatabı vardır. Eğer, o işlem kişinin menfaatinin ihlal ediyorsa, dava açar. Ama diyelim ki, komşunuz boş parseline inşaat yapmak için ruhsat aldı, inşaaata başladı ve siz de izliyorsunuz. Bir gün baktınız ki. imar planına göre orası 3 kat olduğu halde, 4 üncü kat çıkıyor. Sizin menfaatinizin ihlali işte o zaman bilginiz dahilinde oluyor ve bunun üzerine dava açma hakkını mahkemelerimiz, süre geçmemiş olduğunu tespit ederek kabul ediliyor. Fakat, bunun maalesef bir sonu da yok. Ben, size şöyle söyleyeyim; kendimden örnek vereyim: Ben, bir tarihte bir ev almıştım ve kıştı taşınmadık. Yazın geldik baktık ki, Bahçelievler'de 4 katlı bina yapılacak yerde, 7 katlı bir bina çıkmış, bitmiş. Ben, bu ruhsatın iptali için dava açtım, kazandım. Ama tabii,

Türkiye'de bu bina yıkılmadı, hâlâ duruyor ve yanına yenileri de yapıldı. Sen şu tarihte öğrendin, mesela ruhsat tabelası, orada ruhsatın tarih numarası var, ama ben o ruhsat işleminin muhatabı olmadığım için ve ruhsatın içeriği tabelada görülmediği için bilmeme imkân yok. Bir taraftan "komşuyu koruyalım, haklarını arasın" derken, bir taraftan da inşaat sahibini mutazarrır ediyoruz. Buna, yasamızda belki bir çözüm bulunur diye düşünüyorum.

İlanı gereken işlemler arasında uygulamada çok karışıklığa sebebiyet veren bir tür var. İmar planları, genel düzenleyici işlemlerdir. Bunlar üzerine, ya ilandan itibaren veyahut uygulanmasından itibaren dava açılır. Bir de, parselasyon planları var. İmar planlarından sonra, İmar Kanununun ,18. Maddesine göre yapılan işlemler, bizim belediyelerimiz bu işlemleri belediye ilan tahtasında ilan ederler, ama bu işlemler mülkiyet hakkının doğrudan özüne dokunan, maliki değiştiren veya mülkiyetin miktarını değiştiren işlemlerdir. Onun için Danıştayımızın, bunların yazılı yapılması gerektiği yönünde, çok haklı bir içtihadı birleştirme kararı var. 6. Dairemizin de çok yerleşik, devamlı kararları var. Hatta, tevhidî içtihattan biraz daha da ileri götürerek, tebligatın bizzat kişiye yapılması şeklinde bir kararı var. Tebliğde bu konuya dokunulmadığı için, yani parselasyon planına değinilmiş, ama "tebliğ yazılı metin haline gelirse" diye bir tamamlayıcı olsun diye söyledim.

İdari Yargılama Usulü Kanunumuzda çok çeşitli süreler var. Tebliğin konusu, dava açma süresi, ama kanunumuzda 7 günden 60 güne kadar çeşitli süreler var. Hepsi hak düşürücü sürelerdir. Mesela, bizim kanunumuzda temyiz süresi 30 gün, fakat bir maddede 7 günlük temyiz süresi var. Benim başımdan geçti, ben tesadüfen süresinde bir temyiz yaptım. Mahkeme Danıştay'a göndermiş ve Danıştay "bunda süre geçti" demiş. Süreden ret kararı gelmiş, postacı tarihi yanlış yazmış, üzerindeki damgadan daha eski bir tarihi atmış. Mahkeme Başkanı demiş ki,

"avukatınız bilir, bunu 7 gün içinde temyiz etsin" Ben, bu süreyi o zaman öğrendim. Böyle şaşırtıcı, yanıltıcı, çok farklı süreler var. Temyiz süresi 30 gün ise, her yerde 30 gün olmalıdır. Böyle bir hal için, sadece 7 günlük veya farklı bir süre konulmamalıdır. Hatta, 60 gün, 30 gün, bu vergi mahkemesi, idare mahkemesi dava açma sürelerinde de bir birlik getirilmesinde yarar olacak.

Son olarak, tamamen kişisel bir düşüncemi daha arz etmek istiyorum. Bir davada süreyi kaçıran kişi kusurludur. Yasanın belirlediği sürede davayı açmamıştır. Ancak, bu diyelim ki, noksan maaş vermedir, katlanır. İnşaat ruhsatı istemiş, verilmemiştir. O gün için yapamaz, sonra koşullar, ya plan değişir, ya kendisini ret sebebindeki eksiklikleri yerine getirir filan. Ama bazı süre ret halleri var ki, temel hakların tümüyle ortadan kalkmasına yol açıyor. Vatandaşlıktan çıkarma işlemi, süreyi geçirdiğiniz anda artık ömür boyu bir daha vatandaşlık hakkını alamayacaksınız. Burada sonuca katlanmak temel haklar açısından kabul edilebilecek bir şey değil. Yasamızda bu süre konusuna daha hümanist, daha insani açıdan bakan bir görüşle bir hüküm getirmek lazım. Bu nasıl olur?.. Elbette, işin daha içinde olan arkadaşlarımız, bir yasal düzenlemede buna bir çözüm bulurlar diye ümit ediyorum.

Beni dinlediğiniz için hepinize teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Değerli dinleyenler; ben, konuşmaların yöntemini özlenen biçimde düzenli yürütmek isteğimi söylemişim. Nitekim, gördünüz, asıl konunun sahibi olan, tebliğ veren arkadaşın görüşlerini tartışan arkadaşlarımızdan Sayın Necati Aras bir tebliğ nitelikli, içerikli konuşma yaptı.

Dava açma süreleri gerçekten çok önemli. Bakın, elimde bir belge var. Sayın Alan'ın da sabahleyin dinlediğim güzel konuşmasının

ağırlığını oluşturan konuda (onun da aynı 10 Mayıs 2002'de konuşması var.) Bugünkü Barolar Birliği Sayın Başkanı bir konuşma yapmış. İdari yargıyla ilgili özelemlerini açıklarken, bir yerde diyor ki, "İnsan haklarının en önemlilerinden yaşama hakkı kadar, dava ve savunma özgürlüğüdür, daha doğrusu hak arama özgürlüğüdür. İdari işlem ve eylemlere dava açma süreleri yeniden ve herkesin kolayla anlayabileceği bir biçimde düzenlenmelidir. Uygulamada bu konuda yakınmalar oldukça fazladır" Bu, Sayın Özdemir Özok'un 10 Mayıs 2002 günlü konuşmasının bir bölümüdür.

İkinci tartışmacı Mersin Barosu avukatlarından Sayın Habibe Özer'e söz veriyorum; buyurun.

Av.Habibe ÖZER (Mersin Barosu) - Teşekkür ediyorum.

İdari işlem ve eylemelere karşı dava açabilme hakkının belli bir süreye bağlı tutulması kamu düzeni, kamuda istikrarın sağlanması idarenin yaptığı işlem veya eylemlerin yasaya uygun olup olmadığının önceden bilinmesi ve idare tarafından daha sonra buna göre hareket edilmesi bakımından zorunlu görülmüştür.

İdari Yargılama Usul Kanununda da idari işlem ve eylemlere karşı açılacak davalar için süre konulmuş olup buna göre;

Bu süreler genel dava açma süresi olup özel kanunda ayrı hüküm olması halinde bu sürelerin uygulanması esası getirilmiştir.

İYUK da idari işlem ve eylemlerin çok çeşitli oluşuna bağlı olarak kanunun 7. maddesinin yanında 8-9 maddeler sürelerle ilgili genel esasları 10. 11. 12. ve 13. maddelerde de özel düzenleme getirilmiş bulunmaktadır.

Genel kural idari işlem ve eylemlerle ilgili olarak hem dava açma süresi hem de idareye başvuru süresi olarak 60 gün olarak belirlenmiştir.

Ancak;

Kanunun 10. maddesinde idarenin kendiliğinden yapması gerekipte yapmadığı idari davaya konu olabilecek işlem ve eylemlerinin yapılmasını temin için idari makamlara başvurulabileceğini, bu başvuru üzerine 60 gün içinde idare cevap vermezse isteğin reddedileceği 60 günün bitiminde, zımni ret nedeniyle 2. 60 gün içinde konusuna göre Danıştay, İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemelerinde dava açabilecekleri, idarenin cevap vermesi gerekli olan 60 gün içinde değil de bu süre geçtikten sonra cevap vermesi halinde cevabın tebliğinden itibaren yeniden dava süresinin başlayacağı verilen cevap kesin değil ise ilgili bu cevabı ret sayarak davasını açabileceği gibi kesin cevabı da bekleyebileceği bu bekleme süresinin 6 ayı geçemeyeceği ve bu sürede dava açma süresinin işlemeyeceği hiç dava açılmamış ise veya dava açılmışta süreden reddedilmiş ise idari makamlarca yeniden cevap verildiğinde ise dava açma süresi cevabın tebliğinden itibaren yeniden

başlayacağı kuralına bağlanmıştır. Maddenin 1990 yılında yapılan değişikliğinde vergi, resim, harçların tarh, tahakkuk, tahsili ile bunların zam ve cezalarında bu hükümlerin uygulanmayacağı 3. fıkra hükmü olarak kabul edilmiş iken 1994 yılında yapılan değişiklikle 3. fıkra kaldırılmış ve vergi, resim, harçların tarh, tahakkuk ve tahsili ile bunların zam ve cezaları içinde idarelere başvuru yapılabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır.

7. maddede vergi mahkemelerinde dava açma süresi 30 gün olmasına rağmen 10. maddeye göre idareye başvurduğu hallerde 60 günlük bekleme süresini müteakip 30 gün içinde dava açılması,

Yasanın 11. maddesinde

İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce idari işlemin kaldırılması geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makama veya üst makam yoksa işlemi yapan makama dava açma süresi içinde başvurulabilir. Bu başvuruda dava açma süresini durdurmaktadır.

60 gün içinde cevap verilmediği takdirde istek ret edilmiş sayılarak geriye kalan dava açma süresi yeniden işlemeye başlar. 1994 yılında yapılan değişiklikle bu hükmün vergi, resim, harçlarda da uygulanacağı esası getirildiğinden 30 günlük dava açma süresi işlemeye başladıktan sonra idareye başvuru halinde 60 günlük bekleme süresi devreye girecek hiç cevap verilmeyerek ret edilmiş sayılma sonucu 60 günün sonunda 30 günün geri kalan kalan süresinde dava açılabilir. Vergi işlemlerine karşı düzenleyici işlemle birlikte dava açılması halinde düzenleyici işlem için dava açma süresi 60 vergi işlemleri için 30 gün olduğundan bu süreler karıştırılabilmektedir.

İYUK 13. maddesinde

İdari işlem olmaksızın idari bir eylem nedeniyle menfaati ihlal edilmiş olanların yazılı bildirim veya başka şekilde öğrenme tarihinden itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde eylemi yapan idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemesi bu

isteğın retti veya 60 günlük süresinde cevap verilmeyerek zımni ret edilmesi sonucu davanın açılması esası getirilmiştir.

Bu bir dava şartıdır. Bu başvuru olmadan davanın açılması halinde mahkeme mercii tecavüzü sayarak dilekçeyi ilgili merciine gönderme kararı vermesi gerektiği yerleşik içtihatlarıdır.

Bu durumda da kişi 60 gün beklemek zorunda kalmaktadır.

İYUK 28. maddesinde kararların yerine getirilmesi için 30 günlük süre verilmesi,

görevsiz mahkemeye başvurma halinde görevsizlik kararının kesinleşmesini müteakip 30 gün içinde görevli mahkemede dava açılabilirliği,

15. madde, açılan davada dilekçelerin usulsüz açılması halinde yeni dava açabilmeleri için 30 günlük süre verilmesi idari işlemin tebliğini müteakip 11. maddeye göre başvuru yapıldığı takdirde 120 günlük sürenin yani yılın 1/3'nün dava açma süresi olarak kabulü,

İlaveten idari işlem veya eylemlerin çok çeşitli ve birbiri ile karıştırılabilmeleri nedeniyle vergi mahkemesi görev alanına giren bir davanın idari yargıda açılabilirliğini düşünerek 60 gün içinde idari yargıda açması halinde dava açma süresinin kaçırılabilirliği dikkate alınarak genel dava açma sürelerinin 60 gün değil 30 gün olarak düzenlenmesi hem yanlışlıkları giderecek hem yargı sürecini azaltacak, işlemlerin biraz daha çabuk sonuçlanmasını sağlayacak sürelerle ilgili karmaşada biraz hafifleyecektir.

DİĞER BİR KONU:

Bir kısım idari işlemler için üst makamlara başvuru yolları yine kanunlarla veya kanunların yaptığı atıfla yönetmeliklerle belirlenmektedir. İşte üst makamlara itiraz yolu açık olan idari işlemlere doğrudan dava açılmamakta bu idari yollar tüketildikten sonra süresi içinde dava açma hakları tanınmaktadır. İdari işlemin kesinleşmesi bu işlemlere bağlı tutulmuş ise işlem kesinleşmeden açılan davalarda idari mercii tecavüzüne karar verilir.

Örneğin 1136 Sayılı Avukatlık Yasasında Baro Levhasına yazılmak isteyen bir Avukatın gerekçeleri belirtmek suretiyle Baro Yönetim Kurulunca talebinin reddi halinde Cumhuriyet Savcılığı kararın kendisine verildiği tarihten, ilgili ise kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde Barolar Birliğine itiraz edebileceği, Barolar Birliğinin verdiği kararın Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde karar verilmediği veya karar onaylandığı takdirde kesinleşeceği, Adalet Bakanlığı'nın uygun bulmadığı kararları yeniden görüşülmek üzere Barolar Birliğine geri gönderdiği halde Barolar Birliğince 2/3 çoğunlukla yeniden karara bağlanmıyorsa karar Barolar Birliğince onaylanmış, aksi takdirde onaylanmamış sayılır.

Adalet Bakanlığı'nın verdiği bu kararlara karşı Barolar Birliği ilgili Baro ve aday, geri göndermek üzere Barolar Birliğinin verdiği kararlara karşı Adalet Bakanlığı, aday ve ilgili Baro idari yargıda dava açabilir hükmü yer almıştır.

Benzeri durum A.K. 157. maddesindeki Disiplin Kurulu kararları için öngörülmüştür.

Disiplin Kurulu kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı ve ilgililer tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde Barolar Birliğine itiraz edebileceği, Birlik Disiplin Kurulunun verdiği kararların Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren 2 ay içinde karar verilmediği veya onaylandığı takdirde kararın kesinleşeceği, geri gönderme halinde (yukarda ki gibi işlem yapılacağı)

Barolar Birliğinin uyarma, kınama para cezasına karşı kararların kesin olduğu Bakanlığın onayına tabi olmadığı açıklanmıştır. Bu hükümlere göre idari itiraz yolları tüketilmeden veya itiraz süreleri geçirilmeden dava açılması halinde 2577 sayılı yasanın 14/3-b, 15/1-c maddelerine göre idari mercii tecavüzü kabul edilip ilgili merciiine tevdi hususunda Danıştayın içtihatları mevcuttur.

İdari işleme karşı üst makama itiraz yolu önerilmiş ise kişi dava süresini hangi tarihte başlatacaktır. Danıştayın bu konuda değişik kararlarına rastlamak mümkündür. Bir kararında kendi özel kanunlarında hüküm varsa 11. maddeye göre başvuru mümkün değildir.

İtiraz süresinin bitimini müteakip dava açma süresinin içinde davasını açması gerektiği karar bağlanmıştır. (Danıştay 10. daire 28.04.1986 tarih 86/1075 Karar sayılı kararı.)

Danıştay diğer bir kararında (D.6 D1997/5279 E., 1998/4592 K. Sayılı Kararı)

"İdari itiraz süresi içinde itiraz edilmiş ve idare talebi reddederse tebliğinden itibaren 60 gün, hiç cevap vermezse 60 günün bitimini müteakip 2. 60 günlük süre içinde idari yargıda davasını açması gerekir. İtiraz edilmemiş ise ilan süresinin bitimini müteakip 60 gün içinde davanın açılması esastır, denilmiştir." Örnek vermek gerekirse, imar planı düzenleyici tasarruf olup 7. maddede ilan tarihini izleyen günden itibaren dava açılabilceği, 11. maddede ilgililer dava açmadan önce idari işlemin kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için başvurabileceği böyle bir başvuru olursa idari davca açma süresinin duracağı, idare cevap verirse geri kalan sürede davanın açılacağı cevap vermezse 60 günün sonunda geri kalan sürede davanın açılabilceği kurala bağlanmıştır.

3194 Sayılı İmar Kanunu 8. maddesinde imar planının Belediye Meclisi kararı ile uygulamaya konulabilceği yani onaylanacağı, karar verilmesini müteakip 1 ay süre ile ilan yerlerinde ilan edileceği, ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilceği, itirazı müteakip 15 gün içinde karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Danıştay'ın sonradan verdiği karar yasaya daha uygundur, kişi üst makama itiraz etmiş ise itiraz neticelenmeden dava açılması engellenmiş olacaktır.

Örneklerini verdiğimiz idari itirazların sayısı çoğaltılabilir. Yanlış anlaşılmanın önlenmesi, mahkemelerden değişik yorumlarla değişik kararların çıkmasını önleme açısından 7. madde hükmüne tebliğinden itibaren veya özel yasalarda öngörülen idari itiraz yolları tüketildikten sonra davanın açılması şeklinde hüküm konulursa hem yanlışmalar önlenecek hem de idari itiraz yolu ile çözümlenebilecek konular yargıya intikal ettirilerek yargı meşgul edilmeyecektir.

Benzeri bir hüküm DMK. 135. maddesinde yer almaktadır. 135. maddede;

Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz bir üst amire veya disiplin kuruluna yapılabilir.

Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarılma cezalarına karşı idari yargı yolu açıktır hükmü yer almaktadır.

Madde hükmü yorumlandığında disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı idari itiraz yolu öngörölmüş ancak, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarılma cezaları için idari itiraz yolu kapatılarak doğrudan idari yargıda dava açılabilceği hükme bağlanmıştır. Bu özel hüküm İYUK 11. Maddesine istinaden ilgililerin yapılan işlemlerin kaldırılmasına, değiştirilmesine veya yerine yeni işlem yapılmasını isteme hakkını ortadan kaldırmış bulunmaktadır.

Anayasanın 114. maddesinde açıklanan idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine tabi olduğu ilkesi dikkate alındığında DMK 135. Madde hükmü Anayasaya aykırı gibi görölmektedir. Ancak Anayasanın 129. Maddesinde yapılan ayrı bir düzenleme ile uyarma ve kınama *cezaları* ile ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz denilerek kanun koyuculara uyarma ve kınama cezası için yargı denetiminin yasaklanabileceği öngörölmüş olduğundan DMK 135. Madde hükmü kanun koyucular tarafından getirilmiş bulunmaktadır. Ancak bu hükmün anayasanın 114. maddesi ile çelişkili oluşu. Eşitlik ilkesine aykırı oluşu ve yanlış uygulamalara sebebiyet vermesi nedeni ile kaldırılması daha uygun olacaktır.

-İYUK MADDE 28-

Anayasanın 138. maddesinde idarelerin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri belirtildiği İYUK 28. maddesinde idarelerce yargı kararlarının tebliğinden itibaren 30 gün içinde kararların icaplarına göre işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Karar icaplarına göre işlem yapılmaz veya eylemde bulunulmaz ise idare

aleyhine Danıştay veya idare mahkemelerinde maddi ve manevi tazminat davası açılacağı hüküm altına alınmıştır. İlgili uğradığı zararı hizmet kusuruna dayalı olarak idareden istiyorsa idari yargıda idare ajanlarının kusurlu olduğuna inanıyorsa ajanları aleyhine adli yargıda dava açabilecektir.

Kararların yerine getirilmemesi halinde açılacak tazminat davalarının ne kadar sürede açılacağı konusunda kanunda bir hüküm yer almamış bulunmaktadır.

Yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davaları ile Kanununun 12. maddesinde iptal edilen işleme dayalı olarak uğranılan zararların tanzimi nedeniyle açılacak davalar birbirine karıştırılmamalıdır.

12. maddeye göre açılacak tam yargı davaları işlemin yapıldığı tarih ile mahkemenin iptal tarihi arasındaki geçen sürede uğradığı zarardır. Bu nedenle ilgili isterse ilk iptal kararını müteakip isterse bu kararın kesinleşmesini müteakip 60 gün içinde idare aleyhine tam yargı davasını açarak zararının telafisi yoluna gidebilir.

Kararların uygulanmaması nedeniyle uğranılacak zararlar için yasada bir hüküm olmadığından Danıştay'ın ilgili dairelerinden değişik görüşler çıkmış bulunmaktadır. Danıştay bir kararında ilamlar için genel zamanasımı süresi olan 10 yıllık süre içinde kararların yerine getirilmesi istenebilir. Karar idare tarafından yerine getirilmiyorsa kararın yerine getirilmesi için idareye başvurulup 60 gün beklemesi, 60 gün içinde ret cevabı verildi ise bu cevabın tebliğinden itibaren, ret cevabı verilmemiş ise 60 günün bilimindeki zımni ret nedeniyle uğradığı zararların giderilmesi için maddi ve manevi tazminat davası açılacağı şeklindedir. (D. 10. D 25/05/1989 tarih 1998/1908 E. 1989/1148 K.)

Danıştay diğer bir kararında İYUK 28. Maddesinde belirtilen 30 günlük süre içinde karar gereğini yerine getirmeyen idare aleyhine 60 gün içinde zararın tazmini için dava açılması gerektiğini (D. 6. D 25/09/1995 , 1995/276 E. 1995/3322 K.) karara bağlamıştır.

Danıştay'ın diğer bir dairesi 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 93. Maddesinden hareketle, ilgililerin idarelerden alçağının

5 yıllık sürete zaman aşımına uğrayacağı nedeni ile bu süre içinde idareye başvurarak kararın yerine getirilmesini istemesi ret halinde ise yasal süre içinde davasını açması gerektiğini karara bağlamıştır. (D. 5.D. 15/05/1992 tarih, 1998/2911 E. 1992/1449 K)

Danıştay'ın diğer bir dairesi (D. 4.D. 13/04/1995 Tarih, 1994/3282 E. 1995/1690 K. sayılı kararı) bir kararında verilen iptal kararının temyiz, karar düzeltme yolu ile kaldırılıncaya kadar hükmü ifade edeceği ne zaman olursa olsun mutlaka uygulanması gerektiği, dava açma süresinin ise idareye başvuru tarihinden itibaren ret veya zımni ret durumuna göre hesaplanarak davalarını açması gerektiğini karara bağlamıştır.

Uygulamada birliği sağlama açısından;

- a) Dava açma süresinin başlama tarihini
- b) Zarar kavramı içinde Danıştay 1. Dairesinin istişari görüşü de dikkate alınarak ilk işlem tarihinden itibaren uygulanacak zararında dahil olup olmadığı
- c) 11. Maddeye göre idareye başvurunun gerekip gerekmediği
- d) 10 yıllık - 5 yıllık gibi ilamların genel zaman aşımı süresi olup olmadığı konularında hukuki boşluğu doldurmak üzere yasal düzenleme yapılıncaya kadar İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRİCİ bir karar alınması zorunluluğunun var olduğuna inanıyorum.

Teşekkür ediyor saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI – Biz de size teşekkür ediyoruz.

Dünyanın her yerinde olduğu gibi, daha çok da bizim Türkiye'mizde yönetim konusunda yakınmalar sürüyor. Ciddi yönetici olmadan, iyi yönetim olmaz. O bakımdan yapacağımız şey, eğitimden başlayan bir kalkınmadır. O nedenle, Türk yargısında yargının bağımsızlığı, etkinliği, güvenilirliği, doyuruculuğu, kararların zamanında verilmesi, süreler konusunda söylenecek çok söz var. Unutmamışsam, eski bir avukat olarak, eskiden dava açmaları süreleri 90 gündü, sonra 60 oldu, şimdi 30

olsun. Bu konuda ne yapılabilir?.. Kendi özelliğine göre, yargı organlarının durumları gözetilerek, uyum sağlanacak bir çözüm getirilmeli. Yeniden 30 güne indirirseniz bir kaos olur, birkaç yıl da onun gürültüsü sürer. Kanımca, "60 günde mi olur, başka zamanlarda mı olur?" diye bunu yetkililerin, yani yasama organındakilerin düşünüp, iyi değerlendirmeleri gerekir. Onların tabii, sabah da söylediğim gibi, her şeyden, kendilerinden önce ülkeyi düşünmeleri gerekir.

"Adaletin devletin, savunma da adaletin temelidir" bu benim tanımım.

Değerli arkadaşımızın bu güzel tebliğine yönelik tartışmacı arkadaşlarımızın eleştirilerini gözeterek, kendisine son 10 dakikayı değerlendirmesi ricâsında bulunacağım.

Buyurun efendim.

ÖZLEM ERDEM KARAHANOGULLARI - Teşekkür ederim.
Sayın Başkan.

Çok fazla konuşmayacağım. Sadece vergi mahkemelerinde ve idare mahkemelerinde dava açma süresinin farklı oluşuna ilişkin birkaç şey söylemek istiyorum.

Ben, Sayın Özer gibi bu sürenin 30 güne indirilmesi gerektiğini düşünmüyorum. Eskiden 90 gün olan süre, 1982 anayasası döneminde 60 güne indirilirken, insanların hak arama özgürlüğü kısıtlanmıştı. Bu hak arama özgürlüğünü bir kere daha kısıtlamamak gerek. Bu düzenlemede değişiklik yapılacaksa süre en azından 60 günde birleştirilmelidir.

Ayrıca orada şöyle bir husus var: İdari yargılama Usul Kanununun 11. maddesine göre, ilgililer üst makamlara ya da üst makam yoksa, işlemi tesis etmiş makama başvururken, idari dava açma süresi içinde başvurmakta. Eğer, biz bu süreyi kısaltırsak, idareye başvuruyu, idarenin buna cevap vermesi için hazırlanması gereken zamanı da kıstlamış oluruz. Bu durumda zimmi ret müessesesi daha çok işler. O

yüzden süreyi 30 güne indirmenin doğru olmadığını düşünüyorum.

Bunun dışında daha fazla zamanınızı almak istemiyorum.

Sabırla dinlediğiniz için, tekrar teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI – Efendim, bana sözümde durma olanağını verdikleri ve sağladıkları için değerli konuşmacı ve tartışmacılara çok teşekkür ediyorum.

Buyurun, ondan sonra ara vereceğim.

FADİME TANER – Önce olayı anlatmak istiyorum. 2577 sayılı Yasının 36. maddesi ve 2578 sayılı Kanununun 11. maddesi ve buna dayalı yürütme kurulu kararlarının idarece yanlış uygulanması ve "yanlış uygulandı" diye süresi içinde yargıya başvurulması... Bu uygulamada, ben işlemin iptali ve haklarımın alınmasını talep ettim. Ben, başvurduğumda, 3 aylık süreydi ve bu usulsüzlük hâlâ devam ediyor. Yargı karar verdi. Yargı karar verdikten sonra, idare bana şöyle bir yazı yazdı: "Yargı süreci içerisinde söz konusu olan haklarınızı veririz." Ondan sonraki haklarım verilemiyor. Benim tekrar ikinci bir yargı yoluna gitmem gerekiyor. Sürem geçti mi, geçmedi mi? Acaba, yargıya gitsem, devam eden haksızlığa karşı, haklarımı alabilmem için sürem geçti mi, geçmedi mi? 2000'nin şubatından itibaren haklarımı alabilmek için başvurabilir miyim?

OTURUM BAŞKANI – Bu soru, bilimsel görüşleri açıklamayı aşan bir tür danışmaya dönüştü. Siz uygun bulursanız, ben toplantıyı kapatayım. Size değerli Karahanoğulları dışarıda açıklasın.

Hepinize teşekkür ederim efendim, hoşça kalın.

ÜÇÜNCÜ OTURUM

"MEMURLARIN YARGILANMASI"

Oturum Başkanı

SABİH KANADOĞLU

(Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)

SUNUCU (Av. Merih ŞANLI)- Sayın konuklarımız; İkinci Oturumumuzun konusu "Memurların Yargılanması" süremiz yine 1 saat 15 dakikadır.

Kürsüdeki yerlerini almak üzere katılımcıları takdim ediyorum: Oturum Başkanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Sabih Kanadoğlu.

Tebliğ sunmak üzere Danıştay Üyesi Sayın Esen Erol.

Bu bölümün tartışmacıları, Adana Bölge İdare Mahkemesi Başkanı sayın Atilla Sarp ve Ankara Barosu avukatlarından Sayın Av. Ahmet Akgül.

OTURUM BAŞKANI - Sabih Kanadoğlu - (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı) - Siz değerli katılımcıları, sevgi ve saygıyla selamlayarak Türkiye Barolar Birliği ve Mersin Barosu Başkanlığının birlikte düzenledikleri "İdari Yargı" panelinin üçüncü oturumunu açıyorum.

Oturumumuzun konusu, "Memurların Yargılanması"dır. Bu çok geniş kapsamı ifade ediyor, bir üst başlık. Bu üst başlığın altında, konuyu irdeleyecek olursak, elbetteki kişilerin yargılanmasında, işledikleri iddia olunan suçun nitelikleri, işlendiği yer ve zaman önem kazanmaktadır. Bu yönüyle, bugünkü oturumumuzun konusunu görev sırasında kişisel

olarak işlenen suçlarla, 3628 sayılı Yasa kapsamı dışında kalan, yani görev sebebiyle veya görev dolayısıyla işlenen suçlarda memurların yargılanması olarak ele almak gerekmektedir.

Konunun kapsamını bu şekilde sınırladıktan sonra, ben tebliği sunacak olan Değerli meslektaşım Sayın Erol'a yarım saat ve tartışmacı diğer iki arkadaşıma da 20'şer dakika olarak söz vereceğim.

Söz sizin efendim, buyurun.

ESEN EROL (Danıştay Üyesi) – Teşekkür ederim Sayın Başkan.

ANAYASA VE MEMUR YARGILAMASI

Ülkemizde memur yargılamasının Osmanlı İmparatorluğundan bugüne kadar uzanan uygulaması vardır.

Bu konuda ilk düzenleme 1288 (1872) tarihli Nizamnamedir. Nizamnamede memurların görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında uygulanacak soruşturma usulüne ilişkin hükümlere yer verilmiş, Şura'yı Devlet Nizamnamesi ile de Danıştaya bu konularda dava açma ve yargılama yapma yetkisi tanınmıştır.

Daha sonra 1329 (1913) tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat yürürlüğe girmiş; Meclisi Mebusan'dan geçmemiş olan bu Yasa, padişah iradesi ile yürürlüğe sokulmuş olması nedeniyle Kanunu Muvakkat olarak adlandırılmıştır.

1961 Anayasasıyla birlikte Anayasa aykırılığı iddiasıyla zaman zaman tartışma alanına getirilen bu Yasa, çeşitli eleştirilere konu olmuş, ancak bu iddia her defasında Anayasa Mahkemesince sağlam hukuki gerekçelerle reddedilmiştir.

Yürürlükte olduğu süre içinde Padişahlıktan Cumhuriyet rejimine geçilmiş, idari yapıda ve ilgili mevzuatta çok önemli değişiklikler yapılmış olmasına karşın yürürlükten kaldırıldığı 1999 yılına kadar uygulanmıştır.

Memurların görevlerinden doğan suçlardan dolayı özel bir soruşturma yöntemine tabi tutulmalarının temel nedeni, görevlerinin yerine getirilmesinde her türlü korku ve endişeden uzak tutulmalarını sağlamak ve bu surette kamu hizmetinin aksamadan, düzenli bir biçimde yürütülmesini temin etmektir. Bu sonucun sağlanması memurun şahsı yönünden değil, memuriyet görevi bakımından bir teminattır. Esasen, memurun kamu hizmetini yerine getirirken bir suç işlemesi hali, kamu

hizmetinin ve sorumluluğunun sonucudur.

Öte yandan, kamu görevi yürüten memurun görevden doğan bir eyleminin hizmetin gereklerine uygun bir davranış mı, yoksa bir suç mu olduğunun değerlendirilmesi özel bilgi ve birikim gerektirmektedir. “Özel bilgi ve birikim”le ifade edilmek istenen ise; ekonomi, yönetim bilimi ve yönetim hukuku bilgisidir. Kendisine özgü ilke ve kuralları olan yönetim hukuku, ülkemizde adli yargıdan ayrı örgütlenen idari yargı tarafından uygulanmaktadır. Sistem içinde idari faaliyetlerin gereklerini bilen, idareyi denetleyen ayrı bir yargı düzeni mevcut olduğu için idari faaliyete ilişkin bir eylemin suç teşkil edip etmeyeceği noktasındaki denetim idari yargı tarafından gerçekleştirilmektedir.

Özel yargılama sisteminin tümüyle adli yargıya bırakılması gerektiğini savunan görüşler, Anglo Sakson hukuk sistemi taraftarlarıdır. Bu görüş sahipleri devleti oluşturan gücün yasama ve yargıdan ibaret olduğunu savunurlar. Oysa, bizim Anayasal sistemimiz yasama, yürütme ve yargı güçlerine dayanır. Kuvvetler ayrılığı teorisinde yargının yasama ve idareye karşı bağımsız olması gerektiği kadar, yürütmenin de yargı karşısında bağımsız olması ve yargının idareye müdahale etmemesi esastır.

Anayasanın 129 uncu maddesinin son fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasının, kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlı olduğu belirtilmiştir.

23.11.1992 günlü ve 21414 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 27.02.1992 günlü ve E.1991/26.K.1992/11 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında; 1924 ve 1961 Anayasalarında yer almayan bu hükmün 1982 Anayasası ile getirildiği ve başta Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat olmak üzere memurları kapsayan özel soruşturma sisteminin temelini oluşturduğu ifade edilmiştir.

Mevcut memur yargılama sisteminin değerlendirilmesi, söz konusu

Anayasa hükmünün hukuksal yorumunun yapılmasına bağlıdır. Bu ise maddede yer alan “idari merci” ve “ceza kovuşturması” kavramlarının tanımını gerektirmektedir.

Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasanın son fıkrasında yer alan “idari merci” kavramı karar kurulları ile eş anlamlı kullanılmış, bu kavramla il ve ilçe idare kurulları yanında Danıştay İkinci Dairesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Kararlarda kamu hizmetinin bir takım özel ilke ve yöntemlere bağlı olduğu belirtildikten sonra, idari faaliyet içinde yer alan memurun eyleminin idari faaliyetinin gereği olup olmadığının değerlendirilmesinin uzmanlık gerektirdiği, bu konudaki yetki sahiplerinin ise Anayasanın 129 uncu maddesinin son fıkrasında sözü edilen “idari merciiler” olduğu vurgulanmıştır.

Madde hükmünde yer alan “ceza kovuşturması” kavramına gelince;

Bilindiği üzere soruşturma (tahkikat), suçu ve suçluluğu ortaya çıkarmaya yarayan her türlü delil toplama faaliyetini; kovuşturma (takibat) ise, suçun ve sanığın belirlenmesinden ve kamu davasının açılmasından sonra yetkili mahkemelerde yapılan yargısal işlemleri ifade eder.

Hazırlık soruşturması, “ceza kovuşturması” değildir. Hazırlık soruşturmasında savcı delilleri toplar. Soruşturma sonunda deliller yeterli ise iddianame düzenleyerek kamu davasını açar ve kovuşturma sürecini başlatır. Bu aşamadan sonra yargılamayı yargıç yürütür.

Mer’i Anayasa, İdare ve Ceza Hukukumuz açısından durum bu şekilde belirlenmiş iken 4 Aralık 1999 gününde yürürlüğe giren, eksik ve hatalı düzenlemeleri nedeniyle hemen hemen tüm maddeleriyle ilgili olarak Danıştaydan istişari düşünce istenilen 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile Memurin Muhakematı Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmış ve kamu görevlilerinin görevden doğan suçlarının soruşturulması izne bağlanmış; kaymakam, vali ve bakan... gibi idari makamlarda bulunan kamu

görevlileri tarafından verilecek izin üzerine Cumhuriyet Savcılarına hazırlık soruşturması yapma yetkisi tanınmıştır.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı haklarında ceza kovuşturması açılmasını idari merciilerin iznine bağlı kılan Anayasa hükmüne rağmen ceza soruşturmasını izne tabi tutan söz konusu Yasa, Anayasaya aykırı bir düzenlemeyi gündeme getirmiş ve bu yönüyle Danıştay Başkanlarınca “İdari Yargı Günü” Açış Konuşmalarında eleştirilere konu olmuştur.

Anayasanın “Genel Esaslar” kısmında yer alan ve “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlığı altında düzenlenen 11 inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları ve diğer kuruluşlar ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtildikten sonra kanunların Anayasaya aykırı olmayacakları hükme bağlanmıştır. Anayasaya açıkça aykırı olan kanunların iptali için girişimde bulunmak, bir uygulayıcı olarak yargılama faaliyetini yürüten yargıcın görevidir. Bu bağlamda, yargılama süreci içinde yer alan yargıçların üstlerine düşen görevi yerine getirmeleri ve Anayasaya açıkça aykırı bulunan bu Kanunun iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaları gerekmektedir.

Günümüzde “memur yargılama sisteminin tümüyle kaldırılması, bunun için Anayasanın 129 uncu maddesinin son fıkrasının madde metninden çıkartılması gerektiği” yolunda görüşler ileri sürülmektedir.

Bu görüşlerin kaynağı genellikle akademik çevreler ve yargı çevreleridir. Bu fikir sahipleri memur suçlarının soruşturulmasında esasen ceza hukukçularının da çok yakındığı ve ülkemizde çok tartışılan, çok özel durumlarda başvurulması gereken, ıslaha muhtaç “bilirkişi müessesinden yararlanılabileceğini” ifade etmektedirler. Değişen ekonomik ve toplumsal koşullar ve buna koşut olarak çeşitlenen idari faaliyetin giderek daha karmaşık bir hal aldığı hepimizce bilinmektedir. İdari faaliyetin yargısal denetiminde, idari uyuşmazlıkların çözümünde

yetkili ve uzman yargı mercileri mevcut iken idari faaliyetten doğan eylemlerin suç teşkil edip etmeyeceği noktasında yapılacak bir inceleme ve soruşturmanın bilirkişiye teslim edilmesi çok sakıncalıdır.

Kaldı ki, hazırlık tahkikatı kapsamında henüz “zanlı” durumunda olan ve üstlendiği kamu görevi nedeniyle çok hassas yetki ve sorumluluklara sahip bulunan kamu görevlisinin sanıklığının tespitinde bilirkişinin öne çıkarılması çok vahim, giderilmesi mümkün olmayan sakıncalı durumları da beraberinde getirebilir.

Bu sakıncanın giderilebilmesi, sistemin Anayasanın 129 uncu maddesinin son fıkrasına uygun düzenlemeye kavuşturulmasına bağlıdır. Bunun için yapılması gereken, memur yargılamasının soruşturmaya ilişkin kısmında idari mercilerin yetkili kılınması, kovuşturma sürecine yönelik kısmında ise 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu ile 521 sayılı Danıştay Kanunu’nda yer alan “yorum davaları”ndan yararlanılmasıdır. Nitekim, İdare Hukukunun Umumi Esasları adlı kitabında Sıddık Sami Onar da aynı görüşü paylaşmakta (İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III. İstanbul 1966. 1808), yorum davasının, adalet mahkemesinde görülen bir hukuk davası dolayısıyla açılabileceği gibi, ceza davası dolayısıyla da açılabileceğini ifade etmektedir.

Yorum davaları, adalet mahkemelerinde bakılmakta olan bir davada, bu dava ile ilgili bir idari işlemin anlamının ve kapsamının belirlenmesi hususunda çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için mahkeme kararı üzerine açılan davalardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer almayan bu dava türünün, memur yargılamasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından, idari yargılama usulüne getirilmesi bir zorunluluk olarak görülmektedir.

Sistemin tümüyle kaldırılması gerektiğini savunanların, mevcut düzenlemeleri eleştiren görüşleri de mevcuttur.

Sisteme yönelik ilk eleştiri, özel yargılama sisteminin “eşitlik” ilkesine aykırı olduğudur.

Bu eleştiri, memur yargılama sisteminin Anayasal dayanağının bulunmadığı 1924 ve 1961 Anayasalarının yürürlükte olduğu dönem için tartışmaya değer bulunmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi 27.04.1971 günlü E. 1971/20, K, 1971/47 sayılı kararı ile bu iddiayı ayrıntılı gerekçelere dayalı olarak reddetmiş ve sistemin 1961 Anayasasının 12.maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Aynı hüküm, 1982 Anayasasının 10.maddesinde de yer aldığından söz konusu iddianın bugün için de geçerli olmadığı düşünülmektedir.

Ayrıca, 1982 Anayasasının 129.maddesi ile memur yargılama sisteminin Anayasal dayanağının oluşturulması karşısında bugün bu iddianın kabul edilebilir bir yönü olmadığı da ortadadır.

İkinci eleştiri, sistemin memurlara ayrıcalık tanıdığıdır.

Bu iddia da yukarıda değindiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında karşılanmıştır. Kararda, sistemin memurlara bir zümre, bir sınıf olarak imtiyaz tanımadığı belirtildikten sonra sistemin memurun şahsına değil, memurluk görevine bir çeşit teminat tanıdığı ifade edilmiştir.

Yine aynı kararda, memurlar hakkındaki iddiaların memurluk psikolojisini bilenlerin süzgecinden geçirilmesinin ve ortada kovuşturmayaya değer bir eylem kaldığında işin mahkemenin eline bırakılmasının kamu yararına uygun bir tedbir olduğu vurgulanmıştır.

Bu hale göre, memur yargılama sisteminin, memurlara ayrıcalık tanımak amacıyla değil, kamu hizmetinin iyi işlemlerini sağlamak amacıyla getirilen bir tedbir olduğu ortadadır. Nitekim aynı müessese, yargısal faaliyet alanında yargıçlar ve avukatlar, yüksek öğrenim alanında üniversite öğretim görevlileri ve üniversitede görevli 657 sayılı Yasaya tabi memurlar için de mevcuttur. Bu bir ayrıcalık ise anılan meslek sahipleri yönünden de konunun tartışma alanına getirilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bir başka eleştiri, sistemin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğudur.

Memura ilişkin özel yargılama sisteminin genel hükümler dışında özel bir yöneme bağlı tutulmasının yargı yetkisine müdahale niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir.

Gerek Memurun Muhakematı Hakkında Kanun'da, gerek 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda "kovuşturma" niteliğinde sayılabilecek hiçbir işlem yoktur. Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanun'da düzenlenen soruşturma süreci 4483 sayılı Kanun ile bir adım daha gerilemiş ve inceleme sürecine dönüştürülmüştür. Mevcut durum, bu iddianın da kabul edilebilir bir yönü bulunmadığını göstermektedir.

Kaldı ki, Anayasanın 129. maddesinin son fıkrasında "Memurlar hakkındaki kovuşturmanın izne tabi olduğu" nun belirtilmiş olması dahi sistem içinde kovuşturma sayılabilecek hiçbir işlemin mevcut olmadığını göstermek için yeterlidir.

Üzerinde önemle durulması gereken bir diğer eleştiri de, memur yargılamasının özel bir yöneme tabi tutulması ile bir çok suçun zamanaşımına uğradığı iddiasıdır.

Bu eleştiri, 4483 sayılı Yasanın temel gerekçelerinden birini oluşturmuş, söz konusu Yasada ön inceleme ve karar süreçleri konusunda süre sınırlandırılması getirilerek memur yargılamasına hız kazandırılmak istenmiştir.

Memur yargılama sistemi ile 20 yıl ilgilenen bir yargıç olarak gözlemlerim, bu eleştirinin de haklı bir eleştiri olmadığı yolundadır.

Zira, uygulamada kamu görevlilerine isnad edilen suçlamaların genellikle görevden alma öncesinde ortaya çıktığı, soruşturma elemanının konuyu incelemeye alma aşamasında çoğu suçların zamanaşımına uğramış olduğu görülmektedir.

Sisteme yöneltilen en güncel eleştiri ise memur yargılamasına ilişkin özel düzenlemelerin yolsuzluklarla mücadelede engel oluşturduğudur.

Tarihin değişik evrelerinde ve farklı toplumlarda çeşitli biçimlerde ortaya çıkan ve belki de bir dizi akademik araştırmaya konu olabilecek yolsuzluk olgusunun tarihten, ekonomik ve toplumsal yapıdan, kültürden, siyasetten ve toplumsal psikolojik süreçlerden ve burada saymadığımız başka derin ve belirleyici etkenlerden soyutlanması mümkün değildir.

Bu bağlamda, ekonomik, toplumsal sistem ve süreçlerde bir değişiklik yapmadan sadece memur yargılama sistemini kaldırmak suretiyle yolsuzluklarla mücadele edilemez.

Bildirime son vermeden önce yukarıda kısaca değindiğim bir hususu belirginleştirmek istiyorum. 4483 sayılı Yasayla getirilen yeni düzenlemede memurların “görev sırasında işledikleri ileri sürülen suçlar” özel soruşturma yöntemi dışında bırakılmıştır. Memurların görev sırasında işledikleri iddia olunan suçlar nedeniyle özel soruşturma yöntemine tabi tutulmalarından amaç, asılsız iddialarla huzursuz edilmelerini önlemek ve böylece kamu görevinin aksamadan yürütülmesini sağlamaktır.

Nitekim, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 89.maddesi ile hakim ve savcılarının, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58.maddesi ile avukatların görevlerinden doğan suçların yanı sıra görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı özel soruşturma yöntemine tabi tutulmaları sağlanmış ve böylece yargısal faaliyetin etkin ve kesintisiz bir şekilde yürütülmesi hedeflenmiştir.

Yargısal faaliyetin kesintisiz ve daha etkin bir şekilde yürütülmesini sağlayan bu kurallar mevcut iken toplumun varlığını ve düzenini koruyan, onun maddi ve manevi ihtiyaçlarını ve gelişimini sağlayan uygulayıcı eylem ve işlem niteliğinde bulunan idari faaliyetin kesintisiz

ve sratlı bir biçimde yürütülmesini sağlayıcı kurallardan yoksun bırakılması uygun görülemez.

Keza, Yükseköğretim Kanununun 53.maddesinin 2563 sayılı Kanunla değişik (c) bendi ile yükseköğretim üst kurulları başkan ve üyelerinin, yüksek ğretim kurumları yöneticilerinin, ğretim elemanları ve memurların hem görevlerinden doğan, hem de görevleri sırasında işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı, özel soruşturma yönteminden yararlanmaları, yükseköğretim faaliyetlerinde devamlılığın sağlanması açısından önemlidir.

Bu düzenlemeler yürürlükte iken, yani bir hakim veya savcı, avukat, ğretim elemanı ve hatta üniversitede 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre görev yapan bir memur, görev sırasında işlediği ileri sürülen suçtan dolayı özel soruşturma yöntemine tabi tutulurken memurların ve özellikle de müsteşar, vali, büyükelçi... gibi üst düzey kamu görevlilerinin özel soruşturma yönteminin dışında tutulmalarının haklı ve kabul edilebilir bir yönü olamaz.

Ülkemizde bugün uygulanan memur yargılama sisteminin eleştirilecek çok yönü mevcuttur. 4483 sayılı Yasanın Anayasaya aykırılığı ortada iken maddelerinin ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmesi, tartışılması önem taşımaz. Yürürlüğe girmesiyle birlikte çoğu maddeleri istişari düşünce sistemine konu olan 4483 sayılı Yasanın eksik ve hatalı bir Yasa olduğu uygulayıcılar tarafından bilinmektedir.

Hukuk Devletinde hukuklara düşen öncelikli görev; Anayasaya aykırı bu Kanunun iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak olmalıdır.

Hepinize saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Esen Erol'a, sunduğu değerli ve özgün tebliğ için ben de teşekkür ediyorum.

İlk tartışmacı olarak, Sayın Av. Ahmet Akgül'e sözü veriyorum.

Av. AHMET AKGÜL (Ankara Barosu)- Teşekkür ederim Sayın Başkanım.

Efendim, herkesi selamlayarak sözlerime başlamak istiyorum.

Memurin muhakematı ya da memur yargılaması meselesi, gerçekten hukukumuzun çetin alanlarından biridir. Bu panele konu olması da, bunun bir göstergesidir. Konu hâlâ tartışmalıdır ve tartışılmaya da devam edecektir.

Sayın Esen Erol güzel bir sunuş yaptılar, güzel de bir tebliğ sundular; kendilerine teşekkür ediyoruz.

Tebliğ bize daha önce ulaştırılmıştı ve tebliğ üzerinde bir hazırlık yaptık. Zamanı iyi kullanmak için notlarıma da bakarak, konuşmamı sürdürmek istiyorum.

Tebliğde tarihsel süreçle ilgili bilgi verildikten sonra, memurlar hakkında özel soruşturma yöntemi uygulamasının nedenleri açıklanmış, görevle ilgili suçların özel bilgi ve birikim gerektiği vurgulanarak, idari yargının yöntemi içinde yer almasının uygun olacağı öne sürülmüştür.

Memur yargılamasında suçun ve suçlunun saptanmasının idari faaliyet kapsamında olduğu, kuvvetler ayrılığı sisteminde yürütmenin de yargı karşısında bağımsız olması gerektiği, yargının yürütmeye müdahale etmemesi gerektiği belirtilerek, Anayasanın 129. Maddesi hükmüyle, konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda, izin sisteminin yerinde olduğu ve izin vermeye yetkili idari merciin, önceki yasa, yani Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat döneminde olduğu gibi "kurullar" olması gerektiği belirtilmiştir.

"Soruşturma" ve "kovuşturma" kavramları yorumlanarak, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanunun sistemi bozduğu, bu kanunun Anayasa aykırı düzenlemeler içerdiği savunulmuştur.

Bir de, 4483 sayılı Yasayla getirilen görev sırasında işlenen suçların, izin kapsamı dışına çıkarılmasının, hâkimler, savcılar, avukatlar, akademik personel ve üniversitede 657 sayılı Kanununa göre çalışan personel ile diğer memurlar arasında bir eşitsizlik, farklılık yarattığı belirtilerek, görev sırasında işlenen suçların kaldırılması düşünülüyorsa, tüm memurlar açısından bunun tartışma konusu yapılması gerektiği açıklanmıştır.

Sonuç olarak, tebliğde 4483 sayılı Yasanın Anayasaya aykırı olduğu, iptali için hukukçulara görev düştüğü belirtilerek tebliğ sona erdirilmiştir.

Kısaca tebliğe ilişkin görüşlerimi açıkladıktan sonra, zaman yeterli olursa 4483 sayılı Kanunun içeriği ve uygulamasıyla ilgili bazı temel noktalara değinmek istiyorum.

Öncelikle konunun iyi anlaşılabilmesi bakımından, 1913 tarihli ve 1999 yılında yürürlükten kaldırılan Kanunu Muvakkat ile 04.12.1999'da yürürlüğe giren 4483 sayılı Yasa arasındaki farkları kısaca bir görmemiz gerekiyor. "Acaba, bir iyileştirme mi oldu, yoksa geriye mi gidildi? Gerçekten Anayasaya aykırı bir durum var mı?" önce bunu anlamamız gerekiyor.

1913 tarihli Muvakkat Yasa, 86 yıl yürürlükte kalmıştır. Bu 4616 sayılı Yasa uygulamaları nedeniyle, bir müddet geçici madde uygulaması nedeniyle en az 5 yıl daha yürürlükte kalacaktır; öyle görünüyor. Bu yasa, adı "muvakkat" olmasına rağmen, bir türlü hukuk sistemimizden çıkarılmamıştır; onu söylemek gerekiyor. Öncelikle, bir konuyu da vurgulamak istiyorum: Babiali suikastından hemen sonra, 15 gün sonra bu İttihat ve Terakki Yasasının, "Muvakkat Kanun" adıyla yürürlüğe girmesi araştırılması gereken bir konudur. Acaba, İttihat ve Terakki

grubu Osmanlı Kadısından mı korkuyordu, böyle bir düzenleme yaptı?.. Bazı kaynaklarda bunun izleri var.

4483 sayılı Yasa, önceki Muvakkat Yasaya göre şöyle farklılıklar içeriyor: Birincisi, görevle ilgili olmayan suçlar kapsam dışına çıkarılmıştır. Bundan böyle, sadece görevle ilgili suçlar, memur yargılaması sistemine, yani izin sistemine tabidir.

İkincisi, Memurun Muhakematı Hakkında Kanunda cürümler izin sistemine dahil edilmişken, yeni yasada "suç işlenmesi" deyimini kullanıldığı için, suçlar, yani kabahatleri de içerecek bir düzenleme yapılmıştır. Görevle ilgisi olmayan suçlar kapsamdan çıkarılırken, bu anlamda bir kapsam daraltılması söz konusu iken, yeni yasada eylemler yönünden bir kapsam genişlemesi görüyoruz. Gerçi, 1913 tarihinde "cürüm" kavramı kabahatleri de içeriyordu, ama sonradan yürürlüğe giren Ceza Kanunumuz cürüm-kabahat ayrımı yaptığı için konu tartışmalıydı. Bir Danıştay Kararında, sürücü belgesi olmadan araç kullanan bir kaymakamla ilgili verilen kararda, eylemin kabahat olduğu ve Kanunu Muvakkat hükümlerine tabi olmadığı belirtilmiştir.

Üçüncü fark; 4483 sayılı Yasayla, ilçe, il idare kurulları, merkez muhakematı komisyonları ve Danıştay 2. Dairesinin hazırlık soruşturması niteliğindeki yetkilerine son verilmiştir.

Dördüncüsü, KİT genel müdürleri ve yönetim kurulu üyeleri hakkında, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan izin sistemi, memur yargılama sistemine dahil edilmiştir.

Beşincisi, hazırlık soruşturması yapacak olan cumhuriyet savcıları, soruşturma izni veren merciye ve memurun statüsüne göre belirlenerek, memurlarla ilgili hazırlık soruşturması yapacak görevli yetkili cumhuriyet savcılıkları tek tek gösterilmiş; buna bağlı olarak da, yargılamayı hangi mahkemelerin yapacağı belirtilmiştir.

Altıncı olarak, soruşturma izni ve itiraz aşamaları sürelerle sınırlandırılmış ve sürecin hızlandırılması amaçlanmıştır.

Bu çerçevede konuya yaklaşıldığında, önemli sayılabilecek yenilikler getirildiğini de söylemek yanlış olmaz. Kuşkusuz, 4483 sayılı Yasanın tartışılması gereken yönleri de mevcuttur. Uygulama yargı kararlarıyla daha da belirginleşecektir. Bölge idare mahkemeleri ve Danıştay 2. Dairesinin itirazlar üzerine, Yargıtay'ımızın da temyiz merci olarak verdiği kararlarla uygulama şekillenmeye başlamıştır. Çok önemli bir sorun olmadığını da görüyoruz. Bu konuda epey yayın faaliyeti de başladı.

Anayasanın 129/son Maddesinde yer alan hüküm kaldırılmadıkça, izin sistemiyle yaşamak durumundayız. İzin sisteminin tümüyle kaldırılması ya da bu sistemin korunarak kapsamının daraltılması, yönteminin değiştirilmesi yolundaki görüşlerin tutarlı ve mantıklı gerekçeleri mevcuttur. Sistemin devamından yana olanlar, kamu görevinin etkinliği açısından bu görevi yürütenlerin asılsız isnat ve şikâyetlerden korunması gerektiğini, memurların ve diğer kamu görevlilerin tedirgin edilmeleri durumunda kamu hizmetinin gereği gibi yürütülemeyeceğini ileri sürmektedirler. İzin sistemine karşı olanlar ise, memurların yargısal yönden bir zırha bürünmelerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, suç işleyenlerin yargı önüne çıkarılmadıklarını, bu nedenle adalet duygusunun rencide edildiğini savlamaktadırlar.

Hukukçuların büyük bir çoğunluğu, başta milletvekilliği dokunulmazlığı olmak üzere, tüm izin ve koruma sistemlerinin kaldırılmasından yanadır. Şahsen benim de katıldığım ideal budur. Herkesin suç isnatları karşısında aynı hukuki konumda olmaları gerekmektedir. Cumhuriyet savcılarına ve mahkemelerine güvenmek durumundayız.

"Susurluk Kazası" olarak bilinen olayda, siyasetçi, kamu görevlisi, mafya üçgeninin yolsuzlukların kaynağı olduğu net bir biçimde ortaya çıkmıştır. Aslında izin sistemi, kutsal devlet anlayışının da bir uzantısıdır. Demokratik hukuk devletinde, yargısal korunma, yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünün ve savunmanın önündeki engellerin kaldırılmasıyla gerçekleştirilebilir. Bireylerin yararlandığı hak arama

özgürlüğü ve savunma hakkından, memurların ve diğer kamu görevlilerinin de yararlanacağı kuşkusuzdur. Önemli olan, yargılanmama hakkı değil, **adil yargılanma hakkıdır**. Herkesin doğru ve güvenli bir biçimde, iyi hâkimler, iyi cumhuriyet savcıları, iyi savunmanlar elinde yargılanmasını sağlamaktır. Yoksa, mahkemelerden ya da savcılıklardan kimsenin çekinmesine de pek gerek bulunmamaktadır.

Danıştay Üyemiz Sayın Esen Erol'un tebliğinde, "soruşturma" ve "kovuşturma" kavramları yorumlanarak, 4483 sayılı Yasanın kovuşturmayı idari mercilerin elinden alarak, Anayasanın 129. Maddesine aykırı bir durum yaratıldığı belirtilmiştir. Gerçekten bu soruşturma ve kovuşturma konusu tartışmanın temelidir. Soruşturma ve kovuşturma konusunda, hukukçular arasında, yasalarımızda bir kavram birliği bulunmaktadır. Soruşturma eski adıyla "tahkikat", kovuşturma eski adıyla "takibat" evreleri arasında öncelik, sonralık ilişkisi gerçekten önem taşımaktadır. Bu mesele, biraz da yumurta tavuk meselesine de benziyor, örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 24. Maddesinin madde başlığı "kovuşturma ve yargılama" yani kovuşturmayı, burada yargılamadan öne alıyor. 131. Maddede ceza kovuşturmasından disiplin kovuşturmasından söz ediliyor.

Hazırlanmakta olan CMUK Tasarısında bu kavram kargaşalığı anlaşılmış olacak ki, Tanımlar Maddesinde soruşturma ve kovuşturma tanımları yapılmıştır. Bu tasarı yasalaşır ise, kovuşturma evresi sadece mahkemelerdeki süreci kapsayacağı için Sayın Erol'un belirttiği durumlar ortaya çıkabilir.

Bir de, Türk Ceza Kanunumuzun 523/2 Maddesinde bir hüküm var; mala karşı işlenen cürümlerde, malın iadesi, tanzimi ile ilgili bir indirim maddesi, "ret, ve iade veya tazmin hususu, takibat esnasında, fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vuku bulursa, failin göreceği ceza indirilir" diyor. Burada "takibat" sözü ilk soruşturma anlamında kullanılmış, yani eskiden sorgu hâkiminin yaptığı evreyi kapsıyor.

Sorgu hakimlerince yürütülen ilk soruşturma evresi 1985 yılında kaldırılmış, ilk soruşturma ve hazırlık soruşturmaları evreleri birleştirilmiş ve bu evrede cumhuriyet savcıları yetkili kılınmıştır. Yürürlükten kaldırılan Muvakkat Kanun döneminde, kurulların yaptığı iş başlangıçta ilk soruşturma niteliğindedi, yani sorgu hâkiminin yaptığı iş niteliğindedi. Nitekim, Muvakkat Kanununun 5. Maddesinde, "lüzum-u muhakeme kararı, müstantik kararnamesi mahiyetindedir" hükmü yer alıyor. Daha sonra, ilk soruşturma kaldırılınca, -sanıyorum bu konuda Danıştay içtihatları da var- kurulların yaptığı faaliyet, cumhuriyet savcılarının yaptığı hazırlık soruşturması niteliğine dönüştü. Çünkü, lüzumu muhakeme kararı, yani memurun yargılanma kararı iddianame yerine geçen, son soruşturmayı açan bir karar niteliğindedi. 4483 sayılı Yasayla kurulların hazırlık soruşturması yapma yetkileri kaldırılmış, memur ve diğer kamu görevlileri yönünden de hazırlık soruşturması yetkisi, bu evrenin gerçek sahibi olan cumhuriyet savcılarına tevdi edilmiştir. Bunun Anayasaya aykırı yönünün bulunmadığı düşüncesindeyim.

Anayasanın 129. maddesindeki, "kanunun gösterdiği idari merciin kurullar olduğuna" ilişkin görüşe katılamıyorum. Gerçi Anayasa Mahkememiz bir kararında, kurulların Anayasada belirtilen idari merci olduğunu belirtmiştir. Ancak, Anayasamızın birçok maddesinde kanunen yetkili kılınan merci, yaklaşık 25 maddesinde var, yani bir yerde "sıkıyönetim komutanı" merci oluyor. Merceiin mutlaka kurul olması gerekmiyor, tek kişi de olabilir; bir vali, bir kaymakam, bir bakanın da olması mümkündür. "Merci = kurul" görüşüne de katılmak mümkün değildir.

İdari yargının memur suçları konusunda uzman olduğu görüşüne, en azından il ve ilçe idare kurulları bakımından katılamıyoruz. Danıştay 2. Dairemiz yüksek hakimlerden oluşan, çok ciddi çalışan bir dairemizdir. Ama il ve ilçe idare kurullarının teşkil tarzına baktığımız zaman, kimlerden oluşuyor?.. İlçe idare kurulu. Hatırlatmakta fayda var, kaymakamın başkanlığında tahrirat kâtibi, mal müdürü, hükümet

hekim, milli eğitim memuru, tarım memuru ve veteriner. İl idare kurulu, vali, hukuk işleri müdürü, defterdar, milli eğitim, bayındırlık, sağlık-yardım, tarım ve veteriner müdürleri. 81 ilimizde 14 ya da 15 ilde hukuk işleri müdürü var. Son durum nasıldır; bilmiyorum. Ama yakın zamana kadar öyleydi. Bu yeni düzenlemeden sonra, hukuk işleri müdürlüklerine çok ciddi ve doğru atamalar yapılması gerekiyor. Bu kurulların yargısal yetkileri kaldırılırken, yani il ve ilçe idare kurulları bakımından artık geriye dönüşün mümkün olmadığı kanaatindeyim. Ama yüksek memurlar bakımından, Danıştayımızın 2. Dairesinin yetkileri korunabilir. Çünkü, hukukçuların olmadığı ortamlarda verilen kararların, yani bu il ve ilçe idare kurullarının cumhuriyet savcisından daha iyi soruşturma yaptığını söylemek mümkün değildir.

Bir de, yeni düzende, bir konuda soruşturma izni yetkisi verilen kişiler, zaten kaymakam ve validir, bu kurulların başkanıdır. 4483 sayılı Yasayla idarenin güçsüzleştirildiği değil, daha güçlü hale getirildiğini düşünmek de mümkündür. Soruşturma izni verilmesine ya da verilmemesine ilişkin kararlara karşı, idari yargı nezdinde itiraz olanağının tanınması, hem memur, hem de memurdan yakınan yurttaş açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır. Bir hâkim, cumhuriyet savcısı ve avukat hakkında, Adalet Bakanının verdiği kovuşturma ya da soruşturma iznine karşı idari yargıya başvurulamamaktadır. Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 1995 yılında aldığı bir kararla, bir avukat hakkında Adalet Bakanı tarafından verilen kovuşturma izninin, idari faaliyete ilişkin olmadığını, yargısal sürece ilişkin olduğunu karara bağlamış; bu tür izinlerin idari davaya konu olamayacaklarını belirtmiştir. Avukatlar hakkında verilen bir soruşturma izni, idari davaya konu olamıyor. Oysaki, 4483 sayılı Yasanın kapsamına giren tüm memurlara ve diğer kamu görevlilerine idari yargı nezdinde itiraz olanağı sağlanmıştır. İdari yargının itiraz üzerine verdiği karar kesindir 4483 sayılı Yasa açısından değerlendirilerek, Hakim, Savcı ve Avukatlar hakkında verilen, "soruşturma izni verilmesine ilişkin"

kararlara karşı da, idari yargıya başvurma olanağının tanınması gerektiği ve bu yönde bir içtihat değişikliği gerektiği düşüncesindeyim.

4483 sayılı Yasanın Anayasaya aykırı olmadığını, ama iyileştirilmesi gereken yönleri bulunduğunu düşünmekteyim. Ankara Adliyesinde ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında ağırlıklı olarak adalet müfettişi kökenli cumhuriyet savcılarında oluşan memur suçları büroları kurulmuştur. Böyle bir oluşum da son derece isabetlidir. Böyle bir düzenleme yaptıkları için Sayın Başsavcımı da kutluyorum. Gerçekte adalet müfettişlerimiz, kökenleri itibarıyla yıllardır hâkimler, savcılar ve adalet memurları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapan kişilerdir. Diğer adliyelerin de böyle bir eğilim içinde olduğunu görüyoruz. Bu nedenle adli yargının birikim ve uzmanlık konusunda yeterli madığına ilişkin kaygıların giderileceğini de sanıyorum.

Bir de, bu yeni yasada eleştirilmesi gereken bir yön, memurlar ve diğer kamu görevlileriyle ilgili bir tanım yapılmamıştır; sadece anayasal tanıma bağlı kalmıştır. Eski Yargıtay 4. Ceza Dairesi başkanlarından, onursal başkanlardan Demir Dai, 1979 yılında görevden ayrılırken diyor ki "memur suçlarına bakan Yargıtay 4. Ceza Dairesinde Üye ve Başkan olarak 19 yıl çalıştım, kim memurdur, kim değildir çözmeden ayrılıyorum." Gerçekten bu kargaşa bugün de devam etmektedir.

Maddelere geçmek istiyordum, Sayın Başkanımın notlarını görüyorum ki, kendisi tahlil edecek.

Çok teşekkür ediyorum, sağolun.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ederim Sayın Akgül.

Söz, Sayın Atilla Sarp'ta, buyurun efendim.

ATILLA SARP (Adana Bölge İdare Mahkemesi Başkanı)-
Teşekkür ederim, Başkanım.

04.12.1999 günü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 18. Maddesiyle, 1913 yılından bu yana uygulanmakta olan Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkat yürürlükten kaldırılmıştır. Bu devrim midir, bir düzenleme midir, bir reform mudur?.. Bunu, kanunun kendisini uyguluyoruz ki, sonuçları ortaya çıktıkça görülecektir. Ama bir devrim olmadığı gerçektir, çünkü devrim siyahla beyaz kadar birbiriyle uyuşmaz. Sistem olarktan memurların, yine idari mekanizmadan geçen inceleme sonucunda yargı önüne çıkarılması öngörülmektedir. Kaldırılan yasanın biraz daha hızlandırılmış halidir. Sistem içerisinde memurun, idarenin ön incelemesinden sonra yargı önüne götürülmesi temel olarak benimsenmiş bulunmaktadır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanunun, eskiye göre getirdiği yenilikler var mıdır?.. Memurların görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı yargı önüne çıkarılmaları kolaylaş mıdır, yoksa zorlaş mıdır?.. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin farklı yönleri nedir?.. Bunların kısaca ortaya konulması gerekmektedir.

Anayasanın 128. Maddesi, "devletin kamu iktisadi teşebbüsler ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" hükmünü öngörmekte, müteakip 129. Maddesinde de "memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunda belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciinin iznine bağlıdır" kuralını getirmiş bulunmaktadır. Bu kural yürürlüğe girdiği 1982 yılında, yürürlükte olan

Memurin Muhakematı Hakkında Kanun mevcut değildi. Bu, ona bir elbise giydirme midir, yoksa yeni bir yasa hazırlamaya temel midir?.. Bence, kişisel düşüncem, yeni bir yasa hazırlamaya temel olmuştur. 1913'ten beri işleyen yasanın, yürürlükteki yasanın gerek dili, gerekse bugünkü dile çevriliş hali bile anlaşılmaz birçok ifadeler taşımaktadır.

Memurin Muhakematı Kanununun 1. Maddesi nedir?.. Yeni kanunumuz ne demektir?.. Bu kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir. Burada görev esnasında, görev nedeniyle işlenen suçlar esas alınmış. Görev sırasında işlenen diğer suçlar bu kanun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

2. Maddede bu kanuna kimlerin tabi olacağı düzenlenmiştir. Ancak, kendi içerisinde getirdiği düzenlemelerle, birçok kanunlardaki düzenlemeler korunarak, kanunun bütün kamu görevlilerine uygulanması önüne set çekilmiş bulunmaktadır.

Yasa kendi içerisinde "ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir ve disiplin hükümleri saklıdır" denilmek suretiyle diğer uygulamaları da yürürlükte tutmuştur.

Bu kanuna göre kimler izin verecektir?.. Görev, yetki, sorumluluk ve atanma usulleri dikkate alınarak, birçok merci, birçok kamu görevlisi diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verme yetkisiyle donatılmış bulunmaktadır. Bunlar, çok uzun bir liste tutmakta, bunları tek tek açıklamaktansa, sadece konu başlığıyla belirtmeyi yararlı görmekteyim.

Olayın yetkili merciye iletilmesi:

Olay, cumhuriyet başsavcılarına ve idari merci yöneticilerine iletilme durumuyla karşı karşıya bulunmaktadır. Olay, cumhuriyet başsavcılığına iletildiği takdirde ne olacaktır?.. Cumhuriyet başsavcısı gerekli bütün delilleri toplayacak, bilgi ve belgeleri temin edecek, soruşturma izni verilmesi için oluşturduğu dosyayı yetkili merciye tevdi

edecektir ve bu yapmış olduğu işlemler sırasında, hiçbir şekilde suçlanan kişinin ifadesini alma gibi bir konuma gelmeyecektir. Bence, bu kadar çaba sonucu oluşturulan bir dosyaya, başsavcının suçlanan kişinin ifadesini de eklemek suretiyle, sadece izin istemek için göndermesi, izin vermeye yetkili merciye dosyayı yeni baştan incelemesi için göndermemesi gerekir. Yapılan işlemlerin sıfırdan bir daha tekrarı gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

İlgili makama iletildiği zaman ne olacaktır?.. İlgili makam, derhal konuyu soruşturmakla bir personel veya bir denetim elemanı görevlendirerek, dosyayı tamamlaması için tevdi edecektir.

Bu arada her dilekçe işleme konulacak mı?.. Yasa, bu konuda yapılacak olan ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar ve şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesini zorunlu kılmaktadır. Burada önümüze, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun" çıkmakta, çünkü bu kanun dilekçelerin hangi şekil şartlarını taşıyacağını açık olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Ad, soyadı, imza ve adres; böyle bir dilekçe verildiği takdirde, fakat içerisinde somut bir olay gösterildiği takdirde ne olacaktır?.. Bu konu Cumhurbaşkanı tarafından geri çevrilen kanun içerisinde, "olay belirtildiği takdirde, kişinin belirtilmesi önemli değildir, soruşturulacak olan olaydır ve olaydan kişiye ulaşılabilir" mantığından hareketle çok net şekilde bu tür dilekçelerin mutlak suretle işleme konulmasını öngörmüştür.

İzin vermeye yetkili merci, bir suçun işlendiğini öğrendiği takdirde, bir öninceleme başlatmak zorundadır. Bu önincelemeyi başlattığı zaman, bir denetim elemanı grubu, müfettiş isteyebilir ve soruşturmayı yapacak kişinin bu durumda mutlak suretle, soruşturulacak kişinin üstü olma konumunu aramaktadır. Meclisten geçip Cumhurbaşkanı tarafından geri çevrilen kanunda, eşiti konumu getirilmişti. Bence de, her zaman her durumda üstünü bulmak mümkün olmamakta, özellikle küçük ilçe ve beldelerde bu sorun önümüze çıkmaktadır, önincelemeyi yapan kişilerin yetkisi nedir?.. Önincelemeye

yapan kişinin yetkileri, kendisini görevlendiren makamın bütün yetkilerine sahiptir. Bakanlık müfettişlerinin yetkilerine sahiptir. Önincelemeyi yürüttüğü sırada gerekli gördüğü takdirde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kendisine tanıdığı yetkilere de sahiptir. Bu önincelemeyle görevli kişi, suçlanan kişinin hakkındaki her türlü lehe ve aleyhe olan delilleri toplamak, ulaşabildiği kişilerin ifadelerini almak, suçlanan kişinin mutlak suretle ifadesini almak ve bir rapor düzenlemek zorundadır. Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verir veya vermez. Soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi durumunda mutlak suretle kararlarda gerekçe yer alması gerekmektedir.

Süre nedir?., öninceleme süresi yasayla, önincelemeye başlayış ve bitiş tarihi olarak 30 günü öngörmüştür. Yasa, zorunlu hallerde 15 günlük ek süreye izin vermektedir. Olayın yetkili amire ulaşması, karar verme aşaması her halükârda 45 günü geçmemek zorundadır. Geçtiği takdirde ne olacaktır?.. Olay, "45 günü geçti" diye sonuçlandırılmayacak mıdır?.. Yasada bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, kesin şekilde idarenin süreyi geçmiş olsa bile bir karar vermesi gerekmektedir. Ancak, bu durumda bu kararı verme durumunda olan kişinin kendi cezai ve disiplin sorumluluğu doğmuş olması gerekir.

İtiraz dilekçesi:

Yetkili merci soruşturma izni verilmemesine veya verilmesine ilişkin kararını tebliğ etmek zorundadır. Kimlere tebliğ etmek zorundadır?.. Soruşturma izni verilmesine dair kararı, mutlak suretle suçlanan kişiye tebliğ etmek zorundadır. Verilmemesi halinde ise, şikâyetçi ve cumhuriyet başsavcılığına tebliğiyle yükümlüdür.

Kişilerin bu kararlara karşı itiraz hakları mevcut olup, kararın kendilerine tebliğini izleyen günden itibaren 10 gün içerisinde konusuna göre bölge idare mahkemesine veya Danıştay'ın 2. Dairesine itiraz dilekçesini sunmak konumundadır. Yalnız, yasanın bu bölümünde bir eksiklik daha var. İtiraz dilekçeleri nereye verilecek?.. Hiçbir şekilde

yasada, "kararı veren merciye, bölge idare mahkemesine, Danıştay'a, asliye hukuk hâkimliğine" ibaresini taşımamaktadır. Uygulamada baktığımız, süresinde olmak kaydıyla ve az önce saydığım sıradaki yer alan idarelerden birine verilmesini yeterli görmekteyiz. Bu husus, yasanın eksiklerinden biridir ve 10 günlük süre zaman zaman farklı yerlerde, farklı şekillerde işlemlere tabi tutulmaktadır.

İştirak halinde işlenen suçlarda ne olacaktır?.. Burada memur olanla, ast memur, üst memurla beraber ilgili yargı merciinde beraber yargılanacaklardır. Farklı farklı yargı yerlerinde yargılanmaları öngörülmemiştir. Memur olmayan kişinin dosyası ise, memur olan kişinin dosyası sonuçlanana kadar ilgili merciide, ilgili mahkemede bekletilmek durumundadır.

Hazırlık soruşturmasını kimler yapacak?.. Hazırlık soruşturması, yine yasada çok detaylı olarak düzenlenmiş durumdadır. Bunu okumayı gerekli görüyorum: "Hazırlık soruşturması, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve Bakanlar Kurulu Kararıyla atanan memur ve diğer kamu görevlileriyle, büyükşehir belediye başkanları hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekili; ortak kararlar veya Başbakanın onayıyla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri, il ve ilçe belediye başkanları, ilçe idare şube başkanları hakkında il cumhuriyet başsavcısı veya başsavcı vekili; diğerleri hakkında genel hükümlere göre yetkili ve görevli cumhuriyet başsavcılığı tarafından yapılır"

"Hazırlık soruşturması sırasında hâkim alınmasını gerektiren -bu yurtdışına çıkma yasağı olabilir, tutuklanma hali olabilir- A Bendinde sayılanlar için Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, B Bendinde sayılanlar için il asliye ceza mahkemesine, diğerleri için genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine başvurulur" Bu da, yasadaki uygun düzenlemelerden biridir.

Yetkili ve görevli mahkeme, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar, Bakanlar

Kurulu Kararıyla atanan memur ve diğer kamu görevlileriyle, büyükşehir belediye başkanları için, Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, B Bendinde sayılanlar için il ağır ceza mahkemesi, diğerleri genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemelerdir.

Vekiller bu kanunun uygulanmasında asillerin tabi olduğu usule tabidir. Bir vali yardımcısı, vali vekili olarak görev yaptığı zaman, hakkında verilecek soruşturma ilgili bakan tarafından olmakta, vali muavini olarak yaptığı zaman görevli bulunduğu ilin valisi tarafından hakkında soruşturma izni verilmesi gerekmektedir.

Yasada, haksız şekilde suçlanıp, idari soruşturmaya muhatap olan kişilerin korunması öngörülmüş ve bu şekilde yapılan şikâyetler neticesinde ilgili cumhuriyet başsavcısının resen soruşturmaya geçme yetkisi tanınmış bulunmaktadır.

Aynı şekilde kişiler de, kamu davası açılması için cumhuriyet başsavcılığına müracaat hakkına sahiptir. Yalnız, ihbar şeklinde yapılıp, ihbar edenin belli olmadığı hallerde, ilgili kime karşı dava açacaktır?.. Çünkü birçok şikâyetler, isim, imza, adres belirtilmeden yapılmaktadır. Dolayısıyla, bu maddenin pratikte pek de uygulanabilir olduğu görülmemektedir.

Bu yasanın diğer değiştirilen ve geçici hükümleri var Bunlar, uygulamada bir kısmı geçerliliğini kaybetmiş, bir kısmı da son demlerini yaşayan, Memurin Muhakematı Kanununun bazı hükümlerini koruyan bölümler.

Bu genel açıklamalar dışında, Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkaten sistematığı içerisinde soruşturma için süre öngörülmemesi, memurun suçlarında görevden doğan ya da görev sırasında işlenen suç tanımına açıklık getirmemesi nedeniyle memurların işledikleri tüm suçları, bu kanun hükümlerine tabi tutması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 08.08.1941 tarih ve 1225 sayılı kararı uyarınca, Türk Ceza Kanununun memur saydığı kişilere uygulanması suretiyle çok geniş bir personel grubunu sisteme dahil etmesiyle âdeta

bir koruma kanunu görünümünü sergilemekteydi. Yeni yayınlanan yasa ise, sadece memurların görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle yargı önüne çıkması sürecini öngören Memurin Muhakematını yürürlükten kaldırarak, memurların görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmalarına olanak tanıyan 4483 sayılı Yasa, aksayan yönlerine rağmen, sisteme ivme kazandırması, birçok korumayı ortadan kaldırması olumlu olup, uygulamada devam edilmesi görüşüyle, saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, eleştirileri cevaplamak, karşılamak üzere Sayın Esen Erol'a 5 dakikalık bir süre tanıyorum.

ESEN EROL- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Tartışmacı Sayın Ahmet Akgül, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkattin yürürlükte olduğu dönemde, soruşturma izni verilmemesi kararının denetim dışı kaldığından söz etti ve bu konuda açılan bir dava nedeniyle idari Dava Daireleri Genel Kurulunun bu kararı incelemeyeceğini belirtti. İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun, konuya ilişkin kararı mevcut. Karar yetkili makamca verilen soruşturma izninin yargısal denetime konu olmayacağı yönünde. Ancak aynı kararda iddianamenin başlangıç evresini oluşturan soruşturma izninin idari faaliyetle ilgisi bulunmadığı belirtildiğinden, söz konusu karardan soruşturma izni verilmemesi halinin dava konusu olabileceği sonucunu çıkarmak mümkün. Nitekim Danıştay Sekizinci Daire görüşü de bu yönde. Ancak ben ne soruşturma izni verilmesi halinin, ne de soruşturma izni verilmemesi halinin idari davaya konu olmasının mümkün olmadığını düşünüyorum.

Bir diğer eleştiri, il ve ilçe idare kurulları yönünden getirildi. İl ve ilçe idare kurulları, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun kapsamı içerisinde yer alan karar kurullarıdır. İl idare kurullarınca verilen menî muhakeme kararları, itiraz olsun olmasın ikinci aşamada 2. Dairede inceleniyordu. Lüzumu muhakeme kararları ise, iddianame niteliğini

taşıdığı için iş mahkemeye intikal ediyordu. Verilen lüzumu muhakeme kararları yönünden hiçbir problem yoktu. Meni muhakeme kararları da, değindiğim gibi ikinci aşamada yargıçlardan oluşan 2. Dairede incelendiği için eleştiri konusu olmuyordu. Eleştiriye konu olan, ilçe idare kurul kararlarının ikinci aşamada il idare kurulunda sonuçlandırılmasıydı. Meni muhakeme kararının idare kurulunda ikinci derecede incelenerek onanması ya da verilen bir lüzumu muhakeme kararının bozularak meni muhakemeye çevrilmesi eleştiri konusu oluyordu. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunda yer alan bu düzenleme, hatırladığım kadarıyla 1992 yılında Anayasa Mahkemesince iptal edildi ve kanun koyucu bölge idare mahkemelerine ilçe idare kurulu kararlarını ikinci aşamada inceleme görevi vermek suretiyle bu eleştiriyi de ortadan kaldırdı.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanununun dili eleştiri konusu ediliyor. Bu eleştiri haklı. Yalnız, bir kanunun 86 yıl süreyle uygulanması çok önemli, üzerinde önemle durulması gereken bir durum.

Tartışmacı sayın Atilla Sarp'ın söylediklerine eklemek istediğim hususlar var. Biliyorsunuz 4483 sayılı Kanun gerek öninceleme süreci, gerek karar aşamaları için süre kısıtlaması getiriyor. Amaç, yargılama sürecini hızlandırmak. Ancak kanun, maddede büyükşehir belediye başkanı, il ve ilçe belediye başkanı, büyükşehir il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ve il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanını soruşturma izni vermekle görevlendiriliyor ve bu makamların kararlarına yapılan itirazlar Danıştay 2. Dairede karara bağlanıyor. Hem süre kısıtlaması getiriyorsunuz, hem de son derece geniş bir kamu görevlisi hakkında karar vermekle, danıştay 2. dairesini görevli kılıyorsunuz ki, bence bu oldukça büyük bir çelişki.

Öte andan bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulu Kanununa atıfta bulunuluyor. Bu gönderme çok net değil. Oysa, Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunda, "Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk tahkikata ilişkin hükümleri uygulanır" demek suretiyle

net ve açık bir göndermede bulunuluyordu. MMHK'da sözü edilen ilk tahkikat, 3206 sayılı Yasayla hazırlık tahkikatına dönüştürüldüğünden bu atıftan kaynaklanan herhangi bir problem olmuyordu. Oysa bugün bu konunun eleştirilmesi gereken bir konu olması gerektiğini düşünüyorum. Zira, 4483 sayılı Yasa ile inceleme elemanına CMUK'da öngörülen yetkiler tanıyorsunuz. İnceleme elemanı, ne sorgu yargıçısı, ne de savcı. CMUK'da öngörülen yetkilerin tanınması tartışılır. Üstelik bu yetkiler çok net ve açık olmazsa.

Yine, 4483 sayılı kanun çoğu kamu görevlerine yer vermemiş. Örneğin, kaymakamlar, yurtdışı temsilciliklerinde çalışan kamu görevlileri, Danıştay memurları, Anayasa Mahkemesi memurları hakkında kim karar verecek?.. Bu kanunda belirgin değil.

Bir başka eleştirim de, şu noktada olacak: ihbar bizim hukukumuzda şekle bağlı değildir. Oysa, kanun şekle bağlı tutmuş. Bu da, bir hatadır. Kanımca, bunun da şekle bağlı olmaktan çıkarılması gerekir. Çok sayıda dosya üzerinde isimsiz ve imzasız dilekçelere dayalı olarak yapılan soruşturmalar sonucunda Danıştay 2. Dairesi ve idari işler Kurulunca lüzumu muhakeme kararı verilmiştir ve daha sonra yargılama süreci içerisinde de bu bürokratlar mahkûm olmuşlardır.

Bir diğer eleştiri, Yasada bölge idare mahkemelerinin kendi aralarında ve yine Danıştay'la bölge idare mahkemeleri arasında 4483 sayılı, Yasa uygulamasında bir yetki uyuşmazlığı söz konusu olduğunda uyuşmazlığı çözümlenecek yer belli değildir. Bu da, ayrı bir problemdir. Bu eksikliğin de giderilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Hepinize teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Değerli konuşmacılara, ben de yürekten teşekkür ediyorum.

Değerli konuşmacılar, memurların yargılanması üst kavram ve başlığı altında, genellikle 4483 sayılı Yasayı anlattılar, irdelediler ve tartıştılar. Memurların yargılanması konusunun önem kazandığı en önemli yasa 3628 sayılı Yasadır.

Zimmet, rüşvet, irtikap, ihtilas, ihaleye fesat karıştırma türü suçlar nedeniyle 4483 sayılı Yasa geçerli değildir. Doğrudan kendi usul yasasına göre, ceza soruşturması yapılır. Bunun istisnası, zaten yasa tekniği itibariyle de fevkalâde sakıncalı bir hüküm taşımaktadır. Müsteşar, vali, kaymakam bunun dışındadır. Yani bu tür suçlarda yine 4483 sayılı Yasaya göre öninceleme yapılması ve izin alınması lazımdır. Ancak, bu tür suçlarla suçlanan bir vali, kaymakam ve müsteşar hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının gerekli takibi yapacağı ve Danıştay 2. Dairesinin de soruşturma izni vereceğinde hiçbir kuşku yoktur. Bu itibarla, memurların "yolsuzluk" olarak adlandırılacak birtakım suçlarda herhangi bir dokunulmazlığı, her hangi zırhı mevcut değildir.

Bu sözleri niçin söylüyorum?.. Bugün Türkiye, yolsuzluk iddialarının sarmalı altındadır. Uluslararası kuruluşların yapmış oldukları değerlendirmelere göre, yolsuzluk liginde Türkiye'miz, maalesef hiç iç açıcı olmayan, bize onur kazandırmayacak bir yerde bulunmaktadır. Yolsuzluk olaylarının 3 ayağı olduğu kesin olarak bilinmektedir. Bunun birincisi, siyasettir. Diğeri bürokrasidir. Üçüncüsü, ticaret veya "mafya" diyeceğimiz ayaktır.

Biraz önce, memurlar hakkındaki bu yönde soruşturmanın herhangi bir engelinin bulunmadığını net olarak ifade ettim. Ancak, siyasetle ilgili ayağın, yapılan bütün isteklere, vaatlere ve bu konuda kamuoyunun baskısına rağmen, gündeme getirilmediğini ve özellikle getirilmediğini görmenin üzüntüsü içindeyim. Elbette, dokunulmazlıkların sınırlandırılması ve asıl üzerinde hiç durulmayan, ancak dokunulmazlıklardan daha büyük önem taşıyan Anayasamızın 100.

Maddesinde yer alan "Meclis Soruşturması" kurumunun mutlaka siyasi bir çıkar ve yarar hesabından, karşılıklı aklama durumundan kurtarılması ve yargının bu işe ortak edilmesi gerekmektedir.

Maalesef, verilen vaatler yerine getirilmemekte; kamuoyumuz, Türk Milletinin içine sinmiş olan, "geçenleri unutma" duygusu içerisinde çok kısa sürede, bir zamanlar üzerinde önemle durduğu konuyu ikinci plana atmakta ve siyasi iktidarlar üzerinde bu konunun halledilmesi için gerekli ağırlığı koyamamaktadır. Bu nedenle, vaatler verilmiş olsa dahi, bu vaatlerin yerine getirilmemesinin gerekçesi olarak, memurlara da sağlanan dokunulmazlıklardan ve zırhlardan bahsedilmekte ve sanki böyle bir dokunulmazlık zırhı varmış gibi, kendilerinin aslında sınırlandırılması gereken dokunulmazlıkları aynı katı kurallar içerisinde devam ettirilmektedir.

Onun için ben son olarak, dokunulmazlıkların sınırlandırılması ve Meclis soruşturmasının bugünkü durumundan çıkarılması için hepinizin ortak bir ağırlık, bir irade koyması temennimi sizlere iletiyorum ve üçüncü oturumu, hepinize sayėı sunarak kapatıyorum.

SUNUCU- Sayın konuklarımız; Panelimizin ilk gün programı burada sona ermiştir. Yarın 09.30'da yine bu salonda buluşmak dileğiyle, hepinize sonsuz sevgi, sayėı ve teşekkürlerimizi arz ediyoruz efendim.

DÖRDÜNCÜ OTURUM

"KAMU GÖREVLİLERİ HAKKINDA VERİLEN DİSİPLİN CEZALARINDA YARGI DENETİMİ"

Oturum Başkanı

Av. TEOMAN EVREN

(Türkiye Barolar Birliği Önceki Başkanı)

SUNUCU (Av. MERİH ŞANLI) : Değerli başkanlarım, başsavcılarım, tüm değerli konuklarımız; dün çok yoğun bir çalışmayla ilk gün programımızı tamamlamıştık. Bugünkü programımız ise, 4 oturumdan oluşmaktadır.

Bugünkü ilk ve Panelimizin 4. Oturumumuzun konusu, "Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi" Süremiz 1 saat 15 dakikadır.

Kürsüdeki yerlerini almak üzere katılımcıları takdim ediyorum: Oturum Başkanı, Türkiye Barolar Birliği Önceki Başkanı Sayın Av. Teoman Evren.

Tebliğ sunmak üzere, Danıştay Üyesi Sayın Yücel Irmak.

Bu bölümün tartışmaları, Ankara Barosu avukatlarından Sayın Av. İsmet Cantürk ve yine Ankara Barosu avukatlarından Sayın Av. Necati Aras.

OTURUM BAŞKANI - Av. TEOMAN EVREN (TBB Önceki Başkanı) Sayın Yargıtay Başkanımız, Sayın Danıştay Başkanımız, Sayın

Danıştay Başsavcımız, Sayın Yekta Güngör Özden, protokolün diğer davetlileri ve sayın misafirlerimiz; hoş geldiniz.

Efendim, bugünkü konumuz "Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi"

Konuşmacılarımız, Sayın Yücel Irmak, Sayın İsmet Cantürk, Sayın Necati Aras.

Öncelikle arz etmek istediğim konu, disiplin cezaları bildiğimiz gibi, bizim ceza kanunlarımızdaki yaptırımlara benzeyen özellikler gösterir. Ancak, çok bariz ayrılıkları vardır. Bu ayrılıkların başında, disiplin cezalarının sadece memurlarla ilgili olaylara uygulanması olarak görülmektedir. İkinci önemli ayrılık da, disiplin cezalarını uygulayan makamlar tercihler bakımından ortaya çıkmaktadır. Bildiğimiz gibi, disiplin cezalarını idari makamlar uygulamakta, ceza yasalarını ise yargı uygulamaktadır.

İdari makamlarının uyguladığı disiplin cezaları konusunda, elbette ki bir yargı yoluna başvurmak gerekmektedir. Panelimizin konusunu da bu oluşturmaktadır.

Sayın konuşmacılar, zannediyorum bu konuda çok önemli açıklamalar yapacaklardır. Onun için ben korsan bir tebliğ sunmadan önce bu hususu belirterek panele geçmek istiyorum.

Sayın Yücel Irmak, Danıştay Üyesi, Yüksek Seçim Kurulu Üyesidir. Kendisini, sizlere daha önce de takdim ettiler. Ben de, bir kez daha söylemiş olayım.

Buyurun efendim, söz sizde.

YÜCEL IRMAK (Danıştay Üyesi)- Efendim, herkesi selamlayarak konuşmama başlıyorum.

Biraz önce Sayın Başkan, "disiplin cezaları yalnızca memurları ilgilendirir, genel olarak vatandaşlar ceza hukukuyla ilgilidir" dedi, ama disiplin cezaları direkt olarak doğrudan doğruya memurları ilgilendirir. Ancak, hizmetin iyi işleyişini temin bakımından da dolaylı olarak herkesi ilgilendiriyor.

Dünkü konuşmalarda, idari yargının önemi, hukuk devleti vesaire geniş boyutlarda tartışıldı. Biz daha geniş bir çerçeveden girerek vakit kaybetmeden, doğrudan disiplin cezalarının açıklamasıyla konuşmamıza başlıyoruz.

Bilindiği üzere kamu hizmeti, kısaca Devlete bağlı kamu tüzel kişileri ile, Kamu İktisadi Kuruluşlarının, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetler olarak tanımlanabilir.

Kamu hizmetlerinin gerektirdiği gibi ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlilerince yürütülür ve özlük hakları kanunlarla düzenlenir.¹

Kamu hizmetlerini yürüten görevlilerin, bu görevlerini, eksiksiz, dürüst ve kamu yararına uygun olarak yerine getirmelerini sağlamak amacıyla, idarenin elinde çeşitli mekanizmalar ve yetkiler vardır. Memurun ödüllendirilmesi, aylık ve görev yönünden yükseltilmesi gibi avantajlar yanında, gerektiğinde disiplin cezası ile cezalandırılması da, hizmetin iyi işleme yönünden zorunludur.

657 sayılı yasanın 124. maddesinde, disiplin cezaları; Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin, emrettiği ödevleri yerine getirmeyenlere, uyulması zorunlu kıldığı ilkelere uymayanlara ve yasakladığı işleri

¹ T.C. Anayasası md. 128

yapanlara, durumun niteliğine ve eylemin ağırlık derecesine göre uygulanan yaptırımlar olarak tanımlanmıştır.

Disiplin cezalarının uygulama amacı bu olmakla birlikte, bazı durumlarda idare tarafından bu amacın dışına çıkılarak, kendi siyasal görüşlerine uyum sağlamadığı düşünülen kamu görevlilerinin çeşitli yollardan tasfiyesinde gerekçe olarak kullanıldığı görülmektedir.

Gerçekten de 657 sayılı yasanın 132. maddesinde belirtildiği gibi, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilen kamu görevlilerinin, valilik, büyükelçilik, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük ve daire başkanlığı gibi üst görevlere atanmasına olanak bulunmadığından, bu görevden alınmalarını sağlamak amacıyla sözü geçen cezaların çok sık olarak uygulandığı görülmektedir. Bu cezalar idari yargı organlarınca iptal edilmediği sürece, üst görevlerden alınma işlemlerine karşı açılan davalarda, mahkemelerin elini kolunu bağlamakta, başka hiçbir neden gösterilmese ve idarenin hizmet dışı amacı anlaşılrsa bile davanın reddi için sebep oluşturmaktadır.

Daha alt kademede bulunan görevliler hakkında verilen uyarma ve kınama cezaları da, görev yeri değişikliklerinin ve olumsuz sicillerinin başlıca dayanağı olarak gösterilmektedir.

Başka bir anlatımla, disiplin cezaları amacı dışında kötüye kullanılmakta ve bu cezaların bir bölümüne karşı idari dava açılmaması nedeniyle memurun önlenmesi zor sıkıntılara düşmesine neden olmaktadır.

Gerek kamu hizmetinin yasalara ve kamu yararına uygun biçimde yürütülmesini sağlamak, gerekse görevini tam olarak yerine getiren kişilerin amacından saptırılan cezalarla zarar görmesini önlemek açısından, disiplin cezalarının yargısal denetimi büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmada, disiplin soruşturması ve cezaların verilmesindeki idari usul işlemlerinden ziyade, tebliğin konusuna uygun olarak, disiplin cezalarına karşı açılan davalarda yargının benimsediği ilke ve içtihatlar

üzerinde durulacak, ana başlıklar halinde yargı organlarındaki uygulamalara ağırlık verilecektir.

1- DİSİPLİN CEZALARINDA UYGULANACAK MEVZUAT:

Kamu görevlilerine uygulanacak disiplin cezalarına ait ana ilkeler, Anayasanın 129. maddesinde belirtilmiştir. Burada belirtilen genel ilkeler yasalara yansımış bulunduğundan, daha fazla açıklanmasına burada gerek yoktur.

Kamu hizmetinin yürütülmesinde temel görevliler memurlar olduğundan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun “disiplin” bölümünde yer alan 124 – 136. maddeleri devlet memurlarına uygulanacak disiplin hükümlerinin esasını teşkil etmektedir.

Ancak, kamu hizmetini yürüten tüm görevliler devlet memurlarından ibaret olmadığı gibi, bazı kurumların özelliği nedeniyle farklı disiplin suç ve cezalarının uygulaması da bazen zorunlu bulunmaktadır.

Bu duruma 657 sayılı yasanın 125. maddesinde değinilmiş, maddenin sondan bir önceki fıkrasında, “özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır.” hükmüne yer verilmiştir. Madde hükmünde “özel kanunlardan” söz edilmesine karşın, bu kanunların verdiği yetki ile çıkarılan tüzük ve yönetmeliklerle getirilen ceza hükümleri de ilgili personel hakkında uygulanacaktır. Bu konuda uygulamada ve yargı kararlarında duraksama yoktur.

657 sayılı yasanın kapsamı yani uygulama alanı 1. maddesinde belirtilmiştir. Maddenin diğer fıkralarında sayılan görevliler, kendi özel yasalarına bağlı olup, genel hükümlere açıkça gönderme yapılmadıkça bu kişilere 657 sayılı yasa hükümleri uygulanamaz. Örneğin Hakim ve savcılar, üniversite öğretim üye ve yardımcıları, subay ve astsubaylar gibi bu kanunun kapsamında olmayan kamu görevlileri hakkında, kendi özel kanunlarında atıf yoksa 657 sayılı yasanın disiplin hükümleri de uygulanamaz. Yasanın 125. maddesinde, “özel kanunlarında disiplin suç ve cezaları saklı tutulan personel” deyimi ile, yasanın kapsamı dışındaki personel değil bu yasaya bağlı, fakat kuruluş kanunlarında özel disiplin

cezaları yer alan kişiler amaçlanmaktadır. Yasalarında özel disiplin cezaları yer alan Emniyet örgütü mensupları, Gümrük teşkilatı personeli, ilk ve orta öğretimde görevli öğretmenler gibi personel, 657 sayılı yasaya bağlı oldukları halde, disiplin suç ve cezaları bakımından öncelikle kendi yasalarındaki hükümlere bağlıdırlar. Bu yasalarda özel olarak tanımlanmayan eylemlere yine 657 sayılı yasanın disiplin hükümleri uygulanır. Ancak aynı eylem, hem özel yasada hem genel yasada yer almışsa, özel yasa hükümlerinin uygulanması gerekli olup, genel yasadaki cezanın uygulanması, ancak özel yasada düzenleme olmaması ile mümkündür.

Örneğin öğretmenin görev yeri olan okula sarhoş olarak gelmesinin cezası hem 657 sayılı yasanın 125/D-a maddesinde, hem de 1702 sayılı yasanın 24. maddesinde yer almıştır. Olayda özel yasa olan 1702 sayılı yasanın uygulanmasında hukuka aykırılık görülmediğinden, 657 sayılı yasanın uygulanması yolundaki gerekçeye dayalı idare mahkemesi kararı bozulmuştur.²

657 sayılı yasanın 125. maddesi ile sınırlı tutulan ve uygulamaya devam edilen hükümler, sadece disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümlerdir. Soruşturma yöntemi, savunma hakkı, zamanaşımı, disiplin kurullarının çalışma usulü gibi konular saklı tutulmadığından, bu konularda 657 sayılı yasa hükümleri uygulanacaktır.³

² - Danıştay 8. Dairesinin 15.04.1996 gün ve E.1995/479, K.1996/1114 sayılı kararı.

- Orta dereceli okul öğretmenlerinin disiplin suçlarında, öncelikle 1702 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerektiğine dair 22.02.1985 gün ve E.1984/124, K.1985/5 sayılı Danş. İd.D.D. Gnl. K. kararı.

- KİT personeli hakkında 657 sayılı Yasanın değil kendi yasa ve yönetmeliklerinin uygulanması gerekliliği hakkında Danıştay 8. Dairesinin 11.03.1999 gün ve E.1996/5477, K.1999/1401 sayılı kararı.

³ Emniyet Örgütünde görevli personele verilen cezalar özel yasa ve tüzüklerinde yer aldığı halde, 657 sayılı Yasa

uyarınca kınama cezasına karşı yargı yolunun kapalı olduğu hakkında Danıştay 8. Dairesinin 29.06.1988 gün ve

E.1995/5346, K.1988/2393 sayılı kararı.

II – SORUŞTURMA USULÜ:

Bir kamu görevlisinin disiplin cezasına konu teşkil edecek eyleminin öğrenilmesi durumunda, yasada öngörülen süre içinde usulüne uygun olarak soruşturma açılacak, bu soruşturma sonucunda bir rapor düzenlenecek ve yine yasada öngörülen zamanaşımı süresi içinde disiplin cezası verilecektir. 657 sayılı yasanın 127 ve 128. maddeleri ile, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 19. maddesinde, eylemin öğrenilmesi ile soruşturma yapılması gerektiği açıkça belirtilmiş olduğundan, soruşturma yapılmadan ilgilinin yalnızca savunması alınmak suretiyle ceza verilmesinde hukuka uyarlık yoktur.

Disiplin amirlerince soruşturma yaptırılmadan ilgilinin savunması alınmak suretiyle verilen disiplin cezalarının iptali gerektiği konusunda Danıştay'ın tüm daireleri görüş birliği içindedir.⁴

Burada üzerinde durulması gereken konu, soruşturma sırasında yalnızca sanığın aleyhinde olanlar değil, lehindeki kanıtlarında toplanması ve soruşturmacının sanığa göre üst, en azından eşit görevde bulunması zorunluluğudur.⁵

III – SAVUNMA HAKKI:

Anayasanın 129. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. Memurlar için buna paralel bir hüküm 657 sayılı Yasanın 130. maddesinde yer almış, soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya

⁴ - Danıştay 8. Dairesinin 22.05.1997 gün ve E.1996/1793, K.1997/1778 sayılı kararı.

- Danıştay 10. Dairesinin 23.11.1989 gün ve E.1987/2100, K.1989/2239 sayılı kararı.

⁵ - İlköğretim müfettişi tarafından yapılan soruşturma sonucunda, orta okul öğretmenine disiplin cezası verilemeyeceği hakkında Danıştay 5. Dairesinin 24.11.1983 gün ve E.1982/5294, K. 1983/7719 sayılı kararı.

- Ancak bu soruşturma için soruşturmacı atanması şart olmayıp, disiplin amiri tarafından da yapılabilir. Danıştay 8. Dairesinin 16.12.1988 gün ve 1998/4372 sayılı kararı.

belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memurun bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Benzer hükümler çeşitli yasa ve yönetmeliklerde 657 sayılı yasaya bağlı olmayan personele de getirilmiştir.

Yasanın 130. maddesinde savunmanın “soruşturmayı yapan kişi veya yetkili disiplin kurulu tarafından alınacağı” belirtilmiş olduğundan, soruşturma sırasında en az yedi günlük süre verilerek usulüne uygun savunma alınmış ise, disiplin amiri veya kurullarınca ayrıca savunma alınmasına gerek bulunmamaktadır. Keza soruşturma sırasında memurun savunması alınmasa bile, disiplin kurulu tarafından usulüne uygun olarak savunmanın alınmış olması yeterlidir. Bu konuya ilişkin Danıştay kararları yerleşik hale gelmiştir.⁶ Soruşturma sırasında sanığın ifadesinin tesbiti, süre verilerek alınan yasanın amacına uygun bir savunma olarak kabul edilemez.

Yasanın 129. maddesinde, memurluktan çıkarma cezası istenen kişiler için ek savunma olanakları getirilmiştir. Bu kişiler sicil dosyası dışında soruşturma belgelerini inceleme, tanık dinletme yüksek disiplin kurulunda sözlü ya da yazılı olarak kendisi veya vekili aracılığı ile savunma hakkına sahiptirler.

Memurluktan çıkarılması istenen memurların yukarıda belirtilen haklarını kullanabilmeleri için, olayın bu teklifle Yüksek Disiplin Kuruluna intikal ettiğini bilmeleri, başka bir anlatımla, Yüksek Disiplin Kurulunca ayrıca savunmalarının istenmesi gerekmektedir. Ancak maddede belirtilen haklarını kullanmaları konusunda kurulca uyarılmalarına gerek bulunmamaktadır.⁷

⁶ Danıştay 8. Dairesinin 23.09.1999 gün ve E.1998/7033, K.1999/1715 sayılı kararı.

⁷ - Yüksek Disiplin Kurulunca ayrıca savunma alınması gerektiği hakkında Danıştay 8. Dairesinin 14.04.1997 gün ve E.1996/394, K.1997/1325 sayılı kararı.

- Yüksek Disiplin Kurulunca savunma istenmesinin yeterli olup, diğer haklarının hatırlatılmasının zorunlu olmadığı hakkında Danıştay 8. Dairesinin 20.01.2000 gün ve E.1998/3940, K.2000/354 sayılı kararı şu anda disiplin işlerini çözümleyen 12. Dairenin kararları da aynı doğrultudadır.

Ancak, ilgili bu haklarını kullanmak istediği halde kullanılmasına olanak tanınmamış ise, verilen cezanın mahkemelerce iptal edileceği açıktır.

IV – KARAR VERMEYE YETKİLİ AMİR VE KURULLAR:

Bu konuya ilişkin temel hüküm, 657 sayılı yasanın 126. maddesidir. Madde hükmüne göre, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından kademe ilerlemesinin durdurulması cezası memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra atanmaya yetkili amirler, il disiplin kurullarının kararlarına dayanak durumlarda valiler tarafından verilir. Disiplin kurulu ve Yüksek Disiplin Kurulunun görevine giren uyarıyı reddetmesi halinde ayrı bir cezayı verme yetkisi yoktur. Ancak atamaya yetkili amir veya disiplin amiri tarafından daha alt ceza verilebilir.⁸

Devlet memurluğundan çıkarma cezası ise Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilir. Konuya ilişkin ayrıntılı kurallar, 24.10.1982 gün ve 17848 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkındaki Yönetmelikte belirtilmiştir. Burada daha fazla açıklamaya gerek bulunmadığından, yalnızca soruşturmayı yapanın disiplin kurulunda yer alamayacağını,⁹ disiplin kurulu başkan ve üyelerinin kendilerine, yakın akrabalarına, disiplin cezası teklif ettikleri ve soruşturma yaptıkları işlerle ilgili olarak kurul toplantılarına katılamayacaklarını belirtmekle yetinelim.

V – CEZANIN HAFİFLETİLMESİ:

657 sayılı yasanın 125. maddesinde, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alan memurlar için bir derece hafif ceza uygulanabileceği belirtilmiştir. Burada cezanın alt sınırı ile, bir alt ceza karıştırılmamalıdır. Örneğin kademe

⁸ Danıştay 8. Dairesinin 12.03.1996 gün ve E.1994/6429, K.1996/652 sayılı kararı.

⁹ - Danıştay 8. Dairesinin 03.03.1998 gün ve E.1997/5697, K.1998/763 sayılı kararı.

- Aynı konuda daha eski bir karar Danıştay 5. Dairesinin 18.03.1976 gün ve 1267 sayılı kararı.

ilerlemesinin durdurulması cezası önerilen bir olayda, memurun iyi hali kurulca kabul edilmiş ise, verilecek ceza bu cezanın alt sınırı olan bir yıl durdurma değil, aylıktan kesme cezasıdır.

Sicil durumu ve çalışmaları iyi olan memura bir alt ceza verilmesinin zorunlu olup olmadığı veya bu durumun disiplin kurulu kararında tartışılmasının gerekliliği konusunda, Danıştay'ın çeşitli daireleri arasında görüş birliği yoktur. Disiplinle ilgili davalara bir süre bakmış olan 8. Daire, bir alt ceza verilmesi konusunun disiplin kurulu kararında tartışılması gerektiği hatta alt cezanın koşulları varsa mutlaka uygulanması gerektiği yolunda kararlar vermiş iken,¹⁰ şu anda bu davalara bakan 12. Dairemiz, alt ceza uygulamasının idarenin takdirine giren bir konu olduğu, böyle bir değerlendirme yapılmasının bile zorunlu olmadığı görüşündedir.¹¹

VI - CEZALARIN AĞIRLAŞTIRILMASI:

Disiplin suçunun birden fazla işlenmesi halinde (tekerrür), memurun uslanmadığı, suç işleme alışkanlığını ve çalışma düzenine karşı direnişini sürdürdüğü düşünülerek cezanın artırılması yoluna gidilmiştir.

657 sayılı yasanın 125. maddesinde, disipline sebep olan bir fiil veya durumun, cezanın sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekrarlanmasında bir derece ağır ceza uygulanacağı, aynı derecede cezayı gerektiren, fakat ayrı fiil ve haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verileceği belirtilmiş bulunmaktadır. (Disiplin cezalarının sicilden silinmesi süresi, uyarma ve kınama cezalarında 5 yıl, diğer cezalarda 10 yıldır) madde hükmüne göre disipline konu eylemin tekrarlanması yeterli olup, önceki cezanın affa uğraması veya başka biçimde ortadan kalkmış bulunması, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

¹⁰ Danıştay 8. Dairesinin 09.11.1995 gün ve E.1995/1678, K.1995/3522 sayılı ve 03.06.1997 gün ve E.1996/508, K.1997/1956 sayılı kararları.

¹¹ Danıştay 12. Dairesinin 27.09.2001 gün ve E.2001/935, K.2001/3239 sayılı kararı.

Yasaya göre tekerrür iki şekilde oluşmaktadır.

1- Belli süreye bağlı tekerrür:

Disiplin cezasını gerektiren herhangi bir eylemden dolayı cezanın artırılması için bu eylemlerin, cezanın sicilden silinmesine ilişkin süre içinde oluşması gerekmektedir. Bu süre geçtikten sonra işlenen disiplin suçları için ağırlaştırma yoluna gidilemez.

2- Süreye bağlı olmayan tekerrür:

Aynı derecede cezayı gerektiren, fakat ayrı fiil ve haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza uygulanmaktadır.

Birinci durumda, yani cezanın sicilden silinmesi süresi içinde tekerrür hükümleri uygulanarak cezanın ağırlaştırılması için, aynı eylemin tekrarı gerekmekte iken, ikinci durumda, "aynı derecede cezayı gerektiren" herhangi bir eylemin üçüncü kez yapılması gereklidir. Ancak bu uygulamada eylemin sicilden silinme süresinin içinde olması koşulu aranmayacaktır.

Aynı derecede cezayı gerektiren farklı bir eylem veya durum sözkonusu ise, ilk tekrarında üst ceza değil aynı ceza bir kez daha uygulanacak, ancak üçüncü kez ihlalde tekerrür hükümleri uygulanacaktır.

Bu konuya ilişkin Danıştay kararında, alkol alarak tabancısını kaybeden bir bekçinin, ikinci kez aynı cezayı gerektiren farklı bir eylemi tekrarlaması durumunda, bir üst ceza uygulaması ile cezalandırılıp meslekten çıkarılamayacağına karar verilmiş, ilk eyleme verilen kısa süreli durdurma cezasının yeniden verilmesi gerektiği belirtilerek davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararı bozulmuştur.¹²

Yasadaki koşulların tam olarak oluşmaması nedeniyle tekerrür

¹² - Danıştay 10. Dairesinin 19.02.1985 gün ve E.1984/1768, K.1985/254 sayılı kararı.

- Danıştay 10. Dairesinin 09.12.1985 gün ve E.1985/2632, K.1985/2072 sayılı kararı.

uygulanamasa bile, bu nedenle aynı cezanın üst sınırının uygulanmasında hukuka aykırılık yoktur.

VII - DİSİPLİN HUKUKUNUN CEZA HUKUKU İLE BAĞLANTISI:

Kamu düzenini korumak, kişileri her türlü tecavüz ve kötülükten uzak tutmak için konulan ceza hukuku kurulları ile, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik disiplin kuralları arasında önemli farklar vardır. Ceza hukuku tüm toplumu ilgilendirdiği halde, disiplin hükümleri ancak kamu görevlileri hakkında uygulanabilir. Diğer yandan disiplin cezasını gerektiren bazı eylemler aynı zamanda ceza kanunlarına göre de suç teşkil edebilir.

Her iki hukuk disiplinindeki bu farklara karşın, yine de ceza yargılaması ile, disiplin uygulaması arasında yakın ilişkiler de mevcuttur.

Bu konuda temel düzenleme, 657 sayılı yasanın 131. maddesi ile getirilmiştir. Bu maddede belirtildiği gibi, aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktirmez. Memurların ceza yasasına göre mahkum olması veya olmaması durumları, ayrıca disiplin cezası uygulamasına engel olamaz.

Ceza kovuşturmasının, disiplin kovuşturmasını geciktirmemesinin nedeni çok açıktır.

Disiplin suçlarının öğrenilmesinden itibaren, gerek soruşturmanın başlaması, gerekse bitirilmesi ve cezanın verilmesi konusunda yasal süreler vardır ve bu sürelerin geçirilmiş olması, ceza verme yetkisini ortadan kaldırır.

Ceza yargılamasının sonucunun beklenilmesi, çoğu kez ceza verme yetkisini zamanaşımına uğratacağından, amirlerin bu yargılamanın sonucunu beklemeden disiplin soruşturmasını sonuçlandırması gerekir.

Ceza yargılamasının sonucu ise, bağlayıcı olmamakla birlikte disiplin cezası yönünden çok etkilidir. Hatta ceza mahkemesi kararları

çoğu kez disiplin mercileri ve idare mahkemelerinde başlıca kanıt olarak dikkate alınmaktadır.

Bazı durumlarda ise ceza mahkemesi kararları bağlayıcı bir nitelik taşır. Bir kamu görevlisinin üstüne atılan disiplin suçu, aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliği taşıyorsa ve ceza yargılaması sonucunda ilgili suçsuz görülmüş ise, artık disiplin yönünden de ilgilinin disiplin suçunu işlemediğinin kabulü gerekir.¹³

Yine ceza mahkemesince, memurun üstüne atılan suçu işlediğine karar verildiği takdirde, disiplin soruşturmasında suçun işlendiği yolunda farklı bir sonuca varılamaz.

Her iki halde de, yani ilgilinin üstüne atılan suçu işlediği veya işlemediği yolundaki kesinleşen ceza mahkemesi kararları disiplin yönünden bağlayıcıdır. Farklı bir sonuca ulaşmak, kesin hüküm kavramına da aykırı düşer.

Ancak kanıt yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararları disiplin hukuku yönünden bağlayıcı olmayıp, idari soruşturma dosyasındaki belgelere göre disiplin suçunun işlendiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ceza yargılamasında verilecek mahkumiyet kararında kanıtların değerlendirilmesi ile, disiplin hukukundaki değerlendirme açısının farklı olması bizi böyle bir sonuca götürmektedir.¹⁴

Diğer yandan ilgilinin eylemi üstüne atılan suçun unsurlarını oluşturmamış ise, bu nedenle verilen beraat kararı da disiplin cezası uygulamasına engel oluşturmaz. Örneğin bir memurun amirine hakaret ettiği gerekçesiyle yapılan yargılama sonucunda hakaret suçunun tam olarak oluşmaması nedeniyle beraat etmesi durumunda, aynı eylem

¹³ Danıştay 10. Dairesinin 12.11.1984 gün ve E.1984/907, K.1984/1860 sayılı kararı.

¹⁴ - Danıştay 8. Dairesinin 13.11.1996 gün ve E.1994/7095, K.1996/3113 sayılı kararı.

- Danıştay 10. Dairesinin 27.10.1987 gün ve E.1987/1721 sayılı kararı

- Danıştay 10. Dairesinin 26.10.1989 gün ve E.1987/1637, K.1989/1877 sayılı kararında, irtikap suçundan yargılanarak kanıt yetersizliğinden beraat eden memurun, yine de çıkar sağladığı anlaşıldığından, Devlet Memurluğundan çıkarılabileceğine karar verilmiştir.

saygısızlık nedeniyle disiplin suçu teşkil edebilir. Fakat ceza mahkemesince unsurların oluşmaması nedeniyle verilen beraat kararı karşısında, aynı suçun karşılığı olan disiplin cezası değil, bu eylemin karşılığı olan disiplin cezasının verilmesi gerekir. Örneğin ceza mahkemesinde zimmet suçunun oluşmadığı yolunda beraat kararı verilmiş ise, artık zimmet suçu nedeniyle disiplin cezası da verilemez.¹⁵

VIII – ZAMANAŞIMI:

Disiplin suçu teşkil eden eylemlerin gerçekleşmesi veya öğrenilmesinden itibaren belirli süreler içinde soruşturma açılması, tamamlanması ve ceza verilmesi gereklidir. Aksi takdirde ceza verme yetkisi zamaanaşımına uğrar.

657 sayılı yasanın değişik 127. maddesinde; uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında, disiplin suçunun işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde, memurluktan çıkarma cezasını gerektiren eylemlerde ise, altı ay içinde disiplin soruşturmasına başlanılmadığı takdirde ceza verme yetkisinin zamaanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir.

Disiplin soruşturmasının yetkililerce, eylemin öğrenildiği tarihten itibaren, belirtilen süreler içinde soruşturma emri verilerek başlatılması gerekmektedir.

Ayrıca aynı maddede; Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren en fazla iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisinin zamaanaşımına uğrayacağı hükme bağlanmıştır.

Soruşturma ile ilgili zamaanaşımı süresi fiilin öğrenildiği tarihten başladığı halde, ceza verme yetkisi konusundaki iki yıllık genel zamaanaşımı süresi eylem tarihinden başlamaktadır. Hakaret suçunun 18.05.1987 tarihinde dilekçe ile bildirildiği bir olayda, bir aylık süre getikten sonra, 26.06.1987 gününde verilen soruşturma emri ile başlatılan

¹⁵ Danıştay 10. Dairesinin 30.05.1990 gün ve E.1990/1731, K.1990/1248 sayılı kararı.

disiplin soruşturması sonucu verilen cezada zamaşımı bulunduğu gerekçesiyle, davanın esastan reddine dair mahkeme kararı Danıştay'ca bozulmuştur.¹⁶

Yukarıda açıklandığı gibi soruşturmanın belli sürede başlatılmaması veya en son iki yıl içinde ceza verilmemesi durumunda ceza verme yetkisi zamaşımına uğradığı halde, yasanın 128. maddesinde belirtilen karar verme sürelerinin geçirilmesi durumunun zamaşımı sonucu doğurmadığı kabul edilmektedir. Gerçekten de 128. maddede ceza verme yetkisinin düşeceğine dair bir yaptırım hükmü bulunmayıp, sözü geçen süreler idarenin işleyişini çabuklaştırmak, disiplin mercilerinin görevlerini savsaklamasını önlemek amacıyla konulmuştur. Bu konuda Danıştay kararları yerleşik hale gelmiş bulunmaktadır.¹⁷

Ancak zamaşımı süresi geçirilmeden verilen bir disiplin cezasının, idari yargı tarafından (yeniden işlem tesisini gerektirecek şekilde) iptali üzerine eylem tarihi ile yeniden cezanın verildiği tarih arasında iki yıldan fazla bir süre geçmiş olsa bile zamaşımı sözkonusu olmayacaktır.¹⁸

IX – CEZA EHLİYETİ:

Disiplin cezaları yalnızca kamu görevlileri ile ilgili olduğundan yaş küçüklüğü nedeniyle ehliyetsizlik sözkonusu olamaz. Ancak eylem sırasında, yaptığı işlerin sonuçlarını takdir edemeyecek, bilincini tamamen ortadan kaldıracak derecede akıl hastalığına tutulan kamu görevlisine disiplin cezası uygulanacak mıdır? Ceza hukukuna göre bu durumdaki kişilerin cezalandırılmasına olanak bulunmadığından, aynı ilkenin disiplin hukukunda da dikkate alınarak, eylem sırasında temyiz kudretinden yoksun kişilere disiplin cezası uygulanmaması gerekir. Bu

¹⁶ Danıştay 10. Dairesinin 20.03.1991 gün ve E.1988/2595, K.1991/1002 sayılı kararı.

¹⁷ Danıştay 8. Dairesinin 11.01.1994 gün ve E.1993/2433, K.1994/56 sayılı; 17.09.1991 gün ve E.1991/1370, K.1991/1358 sayılı kararları.

¹⁸ Danıştay 10. Dairesinin 12.10.1989 gün ve E.1989/2299, K.1989/1735 sayılı kararı. Daha sonra 8 inci ve 12 nci Dairelerce verilen kararları da aynı doğrultudadır.

durumdaki bir personelin kamudaki görevine devam etmesi de düşünülemez olduğundan, yapılacak işlem Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanarak malulen emekliye sevk edilmesidir.

Danıştay 10. Dairesi, önüne gelen bir olayda, disiplin yoluyla görevden çıkarılan ve idare mahkemesince davası reddedilen bir kamu görevlisi hakkındaki kararı, dosyadaki belgelere göre eylem sırasında akli dengesinin yerinde olmadığına ulaşıldığı bu nedenle emekliye sevk edilmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.¹⁹

X – GÖREVDEN AYRILANLARA DİSİPLİN CEZASI **UYGULAMASI:**

Kamu görevinden istifa veya emeklilik gibi nedenlerle ayrılanlar hakkında, memurluğu sırasında işlediği disiplin suçları nedeniyle ceza verilip verilemeyeceği konusunda yasalarda bir açıklık yoktur.

Disiplin cezası verilmeden görevden ayrılanlara, ceza verilemeyip soruşturma belgelerinin dosyasında saklanması veya eylemine uygun cezanın verilmesi konularındaki tereddüt üzerine, bu konuda istişari görüş için Danıştay'a başvurulmuş, 3. Dairesinin kararı ile ikinci görüş kabul edilerek, soruşturmanın sonuçlandırılması gerektiği yolunda karar alınmıştır.²⁰

Uygulamada da bu konuda herhangi bir duraksama kalmamış, görevden ayrılanlar hakkında ceza uygulaması gerektiği yolundaki uygulamaya dava dairelerinden de hiçbir itiraz gelmemiştir. Gerçekten de gerek suçun memurluk veya herhangi bir kamu görevliliği statüsünde iken işlenmiş olması, gerekse aynı kişilerin daha sonra yeniden hizmete alınmaları mümkün olduğundan, başvuruları sırasında durumlarının değerlendirilmesi yönünden, cezanın uygulanıp dosyasında saklanması ve ilgiliye tebliği gerekmektedir.

¹⁹ Danıştay 8. Dairesinin 07.04.1997 gün ve E.1995/4538, K.1997/1171 sayılı kararı.

²⁰ Danıştay 3. Dairesinin 27.01.1977 gün ve E.1977/47, K.1977/12 sayılı kararı

Burada üzerinde durulması gereken nokta, görevden ayrılmış olsa bile, ilgilinin savunmasının alınmasının ve cezanın tebliğinin zorunlu olmasıdır. Savunma isteyen yazı tebliğ edilemiyorsa tebligat yasası ve tüzüğünün ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir.

XI - DİSİPLİN CEZALARI İDARE TARAFINDAN GERİ ALINABİLİR Mİ?

Disiplin amirleri veya yetkili kurullar tarafından verilen disiplin cezaları, bazı istisnalar dışında geri alnamaz veya değiştirilemez. Esasen 657 sayılı yasanın (2670 sayılı yasa ile değişik) 132. maddesinde de belirtildiği gibi disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve hemen uygulamaya konulur. İdari yargı mercileri tarafından yürütmenin durdurulmasına ilişkin bir karar verilmedikçe, dava açılmış olması da, cezanın uygulanmasına engel olmaz.

Ancak, idari yargıda dava konusu yapılamayan uyarma ve kınama cezalarının, itiraz üzerine yetkililer tarafından ortadan kaldırılması cezaların geri alnamayacağı veya değiştirilemeyeceği yolundaki kuralın istisnasını oluşturur. Kamu görevlileri hakkında uygulanıp kesinleşen disiplin cezalarının, daha sonra yöneticilerin değişmesi veya diğer nedenlerle, kişinin lehine veya aleyhine değiştirilmesinin yaratacağı kargaşayı ve doğuracağı olumsuz sonuçları açıklamaya ve tartışmaya bile gerek yoktur.

Memurun hakkında uygulanıp kesinleşen disiplin cezalarının üst makamlarca değiştirilmiş olması da ayrı bir disiplin suçu oluşturur.

Danıştayın ilgili dairesince, kesinleşmiş ve süresi içinde idari yargıya başvurulmamış bulunan disiplin cezası ile ilgili olarak, idarece yapılacak hiçbir işlem bulunmadığı halde verilmiş bir cezanın kaldırılması amacıyla teftiş kurulu başkanlığını harekete geçiren genel müdüre verilen disiplin cezası uygun bulunmuş, ayrıca bu görevlendirme sonucu

zorlama ile rapor düzenleyen teftiş kurulu başkanına uygulanan cezayı da onaylanmıştır.²¹

XII – DİSİPLİN CEZALARINA KARŞI KANUN YOLLARI:

Disiplin cezalarına karşı gidilebilecek kanun yolları Anayasamızda ve yasalarda gösterilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 129. maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında uygulanan disiplin cezalarında, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar dışında disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

Anayasanın 36. maddesinde, herkesin hukuka uygun amaç ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı yada davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu, 125. maddesinde de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ifade edilmiştir.

Anayasanın, idari işlemlerin yargı denetimine açık olması ve hak arama özgürlüğüne ilişkin bu genel kurallarına karşın, yine Anayasada bu genel kuralların aksine yargı yoluna başvurulamayacak işlem ve kararlara da işaret edilmektedir.

Anayasamıza göre, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler ile, Yüksek Askeri Şura kararları (m. 125), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (m. 159) ve Yüksek Seçim Kurulunun (seçimlerle ilgili) kararları (m. 79) yargı denetimi dışındadır.

İşte 129. maddenin uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasına izin veren hükmü de bu genel kurala karşı getirilen istisnalardan biridir.

²¹ - Danıştay 8. Dairesinin 03.03.1998 gün ve E.1997/5697, K.1998/763 sayılı ve 16.06.1998 gün ve E.1998/1856, K.1998/2250 sayılı kararları.

- Daha başka bir olay nedeniyle Danıştay 10. Dairesinin 04.04.1985 gün ve E.1984/2635, K.1985/700 sayılı kararı.

Ancak dikkat edilirse, diğer konularda yargı yoluna başvurulamayacağı açık olarak ifade edilip yasaklanmasına karşın, 129. maddede bu cezalara karşı yargı yolunu kapatılmamış, sadece yasa koyucuya böyle takdir alanı ve imkânı getirilmiştir. Yasa koyucu, Anayasa ile verilen bu takdir yetkisini 657 sayılı yasanın 135 ve 136. maddeleri ile memurlar aleyhine kullanmıştır. Yasanın 135. maddesinde, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılacağı, 136. maddesinde bu itiraz süresinin tebliğden başlayarak (7) gün olduğu, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olup, bu kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasanın “Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması” başlığını taşıyan 13. maddesinde, temel hakların ancak yasa ile sınırlanabileceği belirtilmiş olduğundan, temel hak olduğunda kuşku bulunmayan yargıya başvurma hakkının da, ancak Anayasanın izin verdiği ölçüde ve kesinlikle yasa ile kısıtlanması gerekmektedir.

Kamu personeli ile ilgili hükümler içeren yasalarda, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen hükümler yoksa, böyle bir kısıtlamanın tüzük veya yönetmelik gibi alt düzenlemelerle getirilmesine olanak yoktur.

Bu konuya ilişkin Danıştay kararlarında hiçbir duraksama yoktur. Örneğin, Üniversite Öğretim Üyelerinin durumlarını düzenleyen 2547 ve 2914 sayılı yasalarda, kamu iktisadi personelinin özlük haklarına ilişkin 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede bu cezalara karşı yargı yolunu sınırlayan hükümler yer almadığından, bu yasalara dayanılarak çıkartılan yönetmeliklerde kısıtlamalar dikkate alınmamıştır.²²

Diğer yandan 657 sayılı yasa kapsamında bulunmayan personel ile ilgili hükümler içeren diğer yasalarda, bu yasalarda hüküm bulunmayan

²² Danıştay 8. Dairesinin 16.10.1997 gün ve E.1997/4412, K.1997/2860 sayılı, 28.04.1999 gün ve E.1996/4740, K.1999/2526 sayılı kararları.

durumlarda genel hükümlerin uygulanacağı belirtilerek 657 sayılı yasaya gönderme yapılmış olabilir. İşte yasaların da bu şekilde 657 sayılı yasaya atıf bulunması, bu kişilerin 657 sayılı yasaya bağlı personel olduğunu göstermez. Bunun doğal sonucu olarak da, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan hükümler bu kişilere de uygulanamaz. Danıştay 8. Dairesince; 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan gönderme hükmü nedeniyle, bazı konularda 657 sayılı yasanın uygulanacak olmasının, bu kişilerin K.İ.T. personeli sayılmasını gerektirmediği belirtilerek kınama cezasına karşı yargı yolunun açık olduğu kabul edilmiştir.²³

Türk hukuk sisteminde yargı yoluna başvurulmasının engellenmesi istisna teşkil ettiğinden, 657 sayılı yasa dışındaki mevzuatın da bu açıdan yorumlanması, yargı yolunu genişletecek biçimde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin 1702 sayılı yasanın disiplin hükümleri öğretmenler için özel cezalar içermektedir. Bu yasadaki geçen "ihtar ve tevbih" cezaları, 657 sayılı yasadaki uyarma ve kınama cezalarına karşılık gelmekte ise de, 657 sayılı yasadaki terminolojiye uygun bir yorumla, özel yasadaki bu cezalara da yargı yolunun açık olduğu sonucuna varılmalıdır.

Yargı yoluna kısıtlama getiren bu yönetmeliklerin iptal edilmiş olup olmadığı veya Resmi Gazetede yayımlanıp yayımlanmaması da bu yönden sonuca etkili değildir.²⁴

Bütün bu açıklamalardan, 657 sayılı yasa kapsamında bulunan personel için uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı, yasalarında böyle bir kısıtlama bulunmayan diğer kamu personeli için ise yargı yolunun açık olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.²⁵

²³ Danıştay 8. Dairesinin 28.04.1999 gün ve E.1996/4740, K.1999/2526 sayılı kararı.

²⁴ Danıştay 8. Dairesinin 10.11.1988 gün ve E.1996/866, K.1998/3263 sayılı kararı ile Resmi Gazetede yayımlanması gereken disiplin yönetmeliğinin yayınlanmamış olması karşısında mevzuat değeri taşımadığı, uygulanmayacağı bu nedenle iptaline de gerek olmadığına hükmedilmiştir.

²⁵ 657 sayılı yasaya bağlı personel için yargı yolunun kapalı olduğuna dair Danıştay 12. Dairesinin 14.11.2002 gün ve E.2000/4623, K.2002/3535 sayılı, 03.12.2002 gün ve

Bu yasal düzenlemelere karşın disiplin cezası verilen kişinin savunmasının alınmaması, zamaşımı süresinin geçirilmiş olması, uygulanan yönetmeliğin yayınlanmamış olması gibi çok ağır hukuki sakatlıklarla doğan uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna gidilebileceğine ilişkin zaman içinde bazı kararlar verildiği de görülmüştür.²⁶

Ancak disiplin uyuşmazlıkları ile ilgili davaları bir süre çözümleyen 8. Dairenin, bu kararların arkasında durmadığı, oyçokluğu ile verilen bu kararlardaki görüşün daha sonra terkedildiği, şu anda bu davalara bakan 12. Daire tarafından da benimsenmediği görülmektedir.

657 sayılı yasaya bağlı personelin, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvuramayacakları yolundaki yasal düzenlemenin Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamakla birlikte, konunun Avrupa İnsan Haklarına ve Ana Hürriyetleri Koruma sözleşmesi karşısında değerlendirilmesi de düşünülmelidir. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında belirtildiği gibi, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslar arası andlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık savı ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Yukarıda da açıklandığı gibi, Anayasa ile uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kesinlikle kapatılmayıp, yasa koyucuya takdir yetkisi verildiğinden, Türkiye'nin de yasa ile onayladığı sözleşmenin 6. maddesinde yer alan "Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili uyuşmazlıkları, gerek cezai alanda kendisine karşı yöneltilen isnadın esası hakkında, karar verecek olan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının dinlenmesini istemek hakkına sahiptir" cümlesi ile Anayasa arasında çelişki yoktur.

Çelişki sözleşme ile, 657 sayılı yasanın ilgili hükümleri arasındadır.

E.2001/3807, K.2002/3903 sayılı kararları.

²⁶ Danıştay 8. Dairesinin zamaşımı ile ilgili 04.05.1999 gün ve E.1996/5272, K.1999/2696 sayılı, savunma alınmaması ile ilgili 09.12.1997 gün ve E.1995/2936, K.1997/3826 sayılı kararları.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılan yasa ile onaylanan ve bu şekilde içi hukuk değeri de kazanan sözleşmenin Türk yargıçları tarafından da doğrudan uygulanması ve yukarıda anılan sözleşme hükmününün 657 sayılı yasadaki kısıtlayıcı hükümle karşılaştırılarak bir sonuca ulaşılması gerektiği düşüncesindeyim.

Konunun bu açıdan değerlendirilerek olumlu ya da olumsuz sonuca ulaşılan bir Danıştay kararına rastlanmamış, ancak üzerinde durulmaya ve tartışılmaya değer görülmüştür.

Yargı yoluna başvurulamayan uyarma ve kınama cezalarının dışında, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı yargı yolunun kapalı tutulmasına olanak yoktur. Ancak bu cezaların itiraz üzerine idari makamlarca kaldırılması veya değiştirilmesine olanak bulunmadığından, dava açılmadan yapılan itirazın işlemeye başlayan dava açma süresini kesmeyeceği veya durduramayacağı açıktır.²⁷

Ancak, idari mercilere yapılan itiraza çok kısa sürede cevap verilmesi ve cezanın ilk tebliği ile dava tarihi arasında 60 günlük süre geçmemiş ise davaya bakılacak, daha önce yapılan itiraz bu açıdan engel oluşturmazdır.

Son olarak ülkemizde disiplin affı diye anılan ve çok sık olarak çıkarılan yasalara da kısaca değinmekte yarar görülmüştür. her konuda olduğu gibi disiplin cezalarında da kolay kolay başvurulmaması gereken bu yola kısa sürelerle başvurulmuş ve çok sayıda af yasası çıkarılmıştır. Bu yasalarda kısaca yüz kızartıcı suç diyebileceğimiz bazı suçlarla, ülke güvenliğini yakından tehdit eden suçları nedeniyle göreve son verme sonucunu doğuran cezalar af dışında bırakılmakta, diğer suçlarla ilgili tüm cezalar bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmaktadır. Yasaların geçici maddeleriyle, isteyenlere derdest davalara devam etmeleri konusunda seçim hakkı verilmekte, ancak dava reddedilse bile ilgili aftan

²⁷ Bu konuya ilişkin Danıştay 10. Dairesinin 22.05.1985 gün ve E.1984/86, K.1985/1057 sayılı kararında, dava süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir

yararlandırılmaktadır. Hatta disiplin affı için idari davanın açılmış olması koşulu getirilmediği gibi, aftan yararlanmak için başvuru süresi de sınırlandırılmamaktadır.

Ancak uygulamada görevine son verilen kişilerle ilgili konularda Danıştay Daireleri, bize göre yasada mevcut olmayan bazı sınırlamaları içtihatla koymuşlar ve bu kararları yerleşik duruma getirmişlerdir. Örneğin disiplin cezasına karşı dava açmayan davanın sonuçlanmasından itibaren kısa sürede başvurmayan, hatta iptal davası disiplin affı yasasının yürürlüğünden önce sonuçlanan kişilerin görevlerine dönmelerinin idarenin takdirine bağlı olduğu yolunda kararlarla, aftan yararlanmayı tercihine ve takdirine bırakmışlardır.

Yasanın açık hükmüne karşın verilen bu kararlara katılmıyorum.

Ancak, mevcut uygulama bu yönde olup, kararlar bu yönde yerleşmiştir.

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI – Sayın Irmak teşekkür ediyorum.

Sıra sayın İsmet Cantürk'te. İsmet Cantürk, bizim çok yakın bir arkadaşımız. Danıştay kökenli bir avukat, meslektaşımız. Bir ara siyasete heves etti, başaramadı.

SALONDAN – Ama bu olumlu bir puan.

OTURUM BAŞKANI – Olumlu olabilir.

Sonra Rekabet Kurulu Üyesi oldu, o görevi de sona erdikten sonra tekrar aramıza döndü. Söz sırası Sayın Cantürk'te.

Av. İsmet CANTÜRK (Ankara Barosu) – Teşekkür ederim. Sayın Başkan.

DİSİPLİN HUKUKUNUN BAŞLICA KAYNAKLARI VE YARGI DENETİMİ

I-GİRİŞ

Kamu hizmetini yürütmekle yükümlü kurum ve kuruluşların, öncelikle hizmetin; gereği gibi verimli, etkin ve ivedi işlemlerini sağlayacak sağlıklı bir ortamı ve koşulları gerçekleştirme yükümlülüğü içinde bulunduğunu anımsatarak konuya girmek istiyorum.

Kamu hizmetinin yasalara ve kamu yararına uygun biçimde yürütülmesini istiyorsak, çalışanlara, özlük hakları dahil çağdaş çalışma koşullarını ve ortamını sağlamak zorundayız. Kuşkusuz, disiplin hiyerarşi ve çalışma güvencesinin yerini karmaşanın aldığı, araç ve gereçten yoksun bir ortamda disiplin suçlarının yoğunluk kazanması kaçınılmazdır. Disiplin cezalarının yargısal denetimi bu açıdan da ayrı bir önem taşır.

Siyasal otoritenin kurum ve kuruluşlar üzerindeki etkinliği, çoğu zaman kamu hizmetinin aksamasına ve hizmet ortamının bozulmasına yol açar. Hizmete ve görev yapanlara müdahale, emir ve talimat gibi davranışlar bürokratik yapımızın adeta gelenekselleşmiş bir özelliği olmuştur. O nedenle özerk statüde hizmet üreten kuruluşların varlığını bürokratik yapımız ve siyasil otorite benimseyememiştir. Bu kuruluşların siyasil otoritenin etki ve baskısından uzak yapıları, kısa sürelerde yasalarında yapılan değişikliklerle ortadan kaldırılmıştır. Örneğin mali kaynaklarını %70 oranında azaltan yasa değişikliği ile mali özerklik, denetimlerinin Sayıştay gibi bir Anayasal kurumdan alınarak, Başbakanlık müsteşarının emrinde görev yapacak üç kişilik denetim elemanına verilmesiyle idari özerklikleri yok edilmiştir. Bundan böyle, siyasil otoritenin talimatı ile istedikleri kişileri ve kurumu

denetletecekler ve talimat doğrultusunda işlemler tesis edeceklerdir. Başka bir anlatımla, bu yolla disiplin yaptırımlarına başvurulacaktır. Yapılan değişikliklerle öngörülen temel amaç budur.

Özerk kurumlar, idarenin ve bürokrasinin siyasallaşmasını engelleyen temel güvencedir.

Mali olanakların kısılması yüzünden de kurum yapılanmasını tamamlayamayacak ve öngörülen hizmetlerin verimli ve etkin işlemesi engellenmiş olacaktır.

II- Disiplin Hukukunun Temel Kaynakları

a-Anayasalar

Disiplin hukukunun temel kaynakları olarak Anayasalara baktığımızda, 1876 Kanun-u Esasiesi'nde ve 1921 Teşkilat-ı Esasiye kanununda memur ve disiplin hukukuna ilişkin bir düzenleme olmadığını görürüz. 1924 Anayasasında memur tanımı yapılmamış ancak memurlarla ilgili yasal düzenlemenin yasa ile yapılacağı öngörülmüştür. Bu Anayasa'nın yürürlüğü döneminde öngörülen düzenleme yapılmamıştır.

1961 Anayasası'nın 117. maddesinin 1 numaralı bendinde yer alan "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memur eliyle görülür" hükmü ile genel bir tanımla yapılmıştır.

1961 Anayasası ile memur kavramı önemli güvencelere kavuşturulmuş ve kapsamı da genişletilmiştir. Memur teminatına ilişkin 118. maddesinde yer alan, " memurlar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensupları hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında, isnad olunan hususun ilgiye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve savunma için belli bir süre tanınması şarttır. Bu esaslara uyulmadıkça disiplin cezası verilemez.

"Disiplin kararları yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" hükmü memurlar lehine düzenlenmiş bir güvence niteliğindedir.

Aynı güvenceyi 1982 Anayasasının 129. maddesinde görme olanağı yoktur.

1982 Anayasası'nın memur statüsüne ilişkin temel niteliğindeki 128. madde hükmü ile 1961 Anayasası'nın 117. maddesine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Ancak, " Kamu iktisadi teşebbüslerinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin varlığını açıkça ortaya koyma ve bu tür hizmetlerin memurlar dışındaki diğer kamu görevlilerince de yerine getirileceği" hükmü de 1961 Anayasasından farklı bir düzenleme niteliğindedir.

1982 Anayasası'nın memur güvencesi ile bağdaşmayan düzenlemelerinden birisi de mahalli idarelerle ilgili 127. maddesinin dördüncü fıkra hükmüdür. Bu hükme göre; "mahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü yargı yolu ile olur. Ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahalli idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanı, geçici bir tedbir olarak kesin hükme kadar uzaklaştırabilir."

Bu hüküm, yerel yönetim organları için, siyasal otoritenin nesnellikten uzak, siyasal yeğlemelere ve keyfiliğe açık bir "görülen lüzum" müessesesi anlayışı ile uygulanmaktadır. Özellikle 1980 ve 90'lı yıllarda bu uygulamalarla demokratik yapı akıl almaz keyfiliklerle çok tahribe uğratılmıştır.

Hiçbir hukuksal nedene dayanmayan her türlü nesnellikten uzak uygulamalarla yerel yönetimlerin seçilmiş organlarını, özellikle belediye başkanlarını hizmet yapamaz konuma sokmuşlardır.

Çoğu belediye başkanı, haklarında henüz soruşturma bile açılmadan, telefon ya da faks emirleri ile görevlerinden uzaklaştırılmışlardır. Geçici bir önlem niteliği taşıması gereken görevden

uzaklaştırma çoğu zaman sürekli bir uzaklaştırmaya dönüştürülmüştür.

Çanakkale Belediye Başkanı 18 Mart 1989 tarihinde yapılan törenlerin akşamında faks emriyle görevinden uzaklaştırılmış, yargılama sürecinin yetkili mahkemenin belirlenmesindeki gecikmeler nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı ancak 1 Nisan 1991 tarihinde verilmiş, Karar 24 Nisan 1991 tarihinde tebliğ olunmuş, uygulama 30 Haziran 1991 tarihinde gerçekleştirilebilmiştir.

Anayasa'nın bu hükmüne sığınarak yapılmış görevden uzaklaştırma işlemleri azımsanamayacak boyutlardadır

Görüldüğü gibi, Anayasanın bu hükmü, kamu görevlileri için bir güvence olmaktan çok, idareye takdir hakkını ve görevini kötüye kullanma ve keyfiliğe varan davranışlarla cezalandırma olanağı sağlamaktadır.

Başka bir anlatımla gerek bu düzenleme, gerek buna göre yapılagelen uygulamalar, sosyal bir hukuk devletine yakışmamaktadır.

Oysa, 1961 Anayasasının aynı konuyu düzenleyen 116. maddesi yerel yönetimlerin seçilmiş organları için tam bir güvence niteliğinde olup, hukuk devleti olgusu ile örtüşür bir görünüm taşımaktadır. Gerçekten anılan maddenin 3. fıkrası hükmü ile, yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kazanma ve kaybetmeleri konusundaki denetimin ancak yargı yolu ile olacağı öngörülmüştür.

b-Yasalar ve ikincil mevzuat

Ülkemizde disiplin hukukuna ilişkin mevzuat homojen bir görünüme kavuşturulamamış, kodlaştırılamamıştır. Gerek 1961 gerek 1982 Anayasalarındaki personel rejimine ilişkin düzenlemelere koşut yasal bir bütünlük sağlanamamıştır.

1961 Anayasasının getirdiği sosyal devlet anlayışına, kamu hizmetlerinin niteliği ve uygulama kapsamındaki artışa göre, kamu personelinin hukuksal durumunun yeniden düzenlenmesi gereksinimi

sonucu 1965 yılında 657 sayılı yasa yürürlüğe konulmuştur.

Ancak bu yasa, yapılan yüzlerce değişikliğe karşın bekleneni verememiştir.

Disiplin hukukunun kaynaklarını oluşturan diğer istisna niteliğindeki yasaların çokluğu, bu alandaki kodlaştırmayı olanaksız kılmaktadır.

Hemen belirtelim ki; Disiplin Ceza Hukukunun bağlı olduğu kuralları düzenleyen mevzuat, ülkelerin benimsediği siyasal rejime göre de değişiklik gösterir. Demokratik rejimlerde memuru koruyacak, onun konumunu güçlendirecek hüküm ve güvenceler ön plana çıkar.

Disiplin hukukundaki dağınıklığa karşın, mevzuatımızda benimsenmiş ortak ilkeleri şöylece sıralayabiliriz:

a-Oranlılık İlkesi

Yaptırım konusundaki eylem ile yaptırım arasındaki oran adil olmalıdır.

b-Savunma Hakkı

Gerek Anayasada, gerek yasa ve ikincil mevzuatlarda temel bir hak olarak benimsenmiştir.

c-Gizlilik

Disiplin soruşturmasının yürütülmesi sürecinde gizlilik esastır.

d-Çift Disiplin Yaptırımı Uygulama Yasası.

İstisna da olsa bazı karar ve işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması, hukuk devleti kavramını zedeleyen bir anlayıştır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetiminden ayırık tutulması, demokratik yapıya yakışmayan uygulamalardır.

Hakimler ve Savcılar Kanununun 69. maddesinde ".....disiplin cezası

uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile, mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde meslekten çıkarma cezası verileceği" öngörülmüştür. Bu denli geniş bir takdir yetkisi sonucu verilmiş kararın yargı denetimi dışında bırakılması, hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayan bir uygulamadır.

Anayasanın, Yüksek Askeri Şura kararlarına ilişkin 125 ve " Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı" yolundaki hükümlerin A.İ.H. Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda değerlendirilerek, yargısal denetime açılması gerektiği kanısındayız.

III- Ceza Hukuku - Disiplin Hukuku İlişkisi

Toplumsal düzenin sağlanmasında temel etken olan ceza kuralları, kamu hizmeti alanını korumaya yetmez. Kamu hizmetinin aksamadan işlemesini sağlayacak daha özel ve ayrıntılı kuralların varlığını gerektirir. Başka bir deyişle, kamu hizmeti, toplum düzeni içinde ayrı bir düzenlemeyi gerekli kılan özel bir alandır. Kendine özgü kuralları ve disiplini vardır.

Disiplin cezasını gerektiren bazı eylemlerin aynı anda ceza kanunu ile örtüşdüğünü de görürüz. Böyle durumlarda, aynı suç nedeniyle verilecek disiplin cezası ile ceza yargıcının vereceği cezanın bağlayıcı özellik taşıyabileceği de sözkonusu olabilir. Ceza mahkemesi kararı aynı suçtan dolayı açılmış disiplin kovuşturmasından önce verilmiş ise sorun yoktur. Disiplin cezası da bu doğrultuda verilecektir. Ancak bağlayıcı nitelikteki ceza mahkemesi kararı, disiplin soruşturması sürecinden sonra verilmiş ise, idari yargı yerinde bu karara göre bir hüküm kurmanın doğru bir yaklaşım olacağı kanısındayım. Disiplin cezasına ilişkin idare kararının idari yargıya intikali evresinde, henüz ceza mahkemesinden bir karar çıkmamış ise, mahkemece bu kararın bekleme nedeni yapılması gerekir.

Kuşkusuz, kanıt yetersizliğinden dolayı verilen beraat kararları

disiplin hukuku yönünden bağlayıcı değildir.

" Kanunsuz suç olmaz" ilkesinin disiplin hukuku için de geçerli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. 657 sayılı yasanın 125. maddesinin (k) bendi sonuna eklenmiş bir fıkra ile bu ilke zedelenmiştir. Çünkü bu fıkra, yasada yazılı olmayan bir eylemin, yasada yazılı bir eyleme benzetilerek cezalandırılmasına yani kıyas yoluna olanak vermektedir. Oysa ceza hukukunda kıyas sözkonusu değildir. Bir çok kurum ve kuruluşun disiplin yönetmeliklerinde de kıyasa yer verilmiştir. (Yüksek Öğretim Kurumları, Öğretim Elemanları ve Memurları Disiplin Yönetmeliği, TRT Disiplin Yönetmeliği, TCDD Personel Yönetmeliği vb)

"Şüpheden sanık yararlanır" ceza hukukunun bu kuralının disiplin hukuku ile örtüştüğünü ve disiplin hukuku kuralı olarak uygulandığını da ileri süremeyiz. Aksini ileri sürmek olasıdır. Şüphe (kuşku) disiplin hukukumuzun yaptırım uygulamak konusunda benimsediği temel öğelerdendir. Yasaların suç saymadığı, ceza yargısının beraatle sonuçlandığı konular, şüpheye dayanılarak disiplin yaptırımıyla sonuçlandırılmaktadır. Hakimler ve savcılar kanununun yukarıda değindiğimiz 69. maddesi bu uygulamanın somut bir örneğidir.

Ceza hukukunun sanığın lehine yorumladığı "şüphe", disiplin hukukunda cezalandırma ögesi olabilmektedir.

Kuşkunun (şüphenin) temelinde ise güvensizlik yatar. Özellikle idari yapımız, adeta kişilere ve kurumlara güvensizlik anlayışıyla yapılandırılmıştır. Yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının, ciddi ve nesnel bir neden gösterilmeksizin ve yargı yolu da kapatılarak görevden uzaklaştırılmalarının temelinde güven olgusu yatmaktadır. 1982 Anayasasının 127/4.maddesi, demokratik yapılanmanın temelini oluşturan yerel yönetimlerin hem varlık nedenini, hem de bu organları ve başkanları belirleyen halkın istencini önemsemeyen bir yaklaşımı öngörmektedir.

Geleneksel bürokratik yapımız, teknolojik gelişmelere, çağdaş

yaklaşımlara hizmetin ivedi ve verimli işlemesi gibi yaklaşımlara yatkın değildir.

Bu yaklaşım, idari yapımız içinde yer alan özerk kuruluşları da içine sindirememiş, kısa sürelerde bu kuruluşlarda geleneksel yapı içine sokulmuştur. Bir başka deyişle, bu kuruluşların ivedi, verimli ve etkin hizmet üretmeleri engellenmiştir.

Ülkenin kronikleşmiş bu rahatsızlıktan, devrim niteliğindeki yeni düzenlemelerle kurtulması kaçınılmazdır.

Disiplin hukukunda takdir hakkının sınırlarının daraltılması gerektiği kanısındayım.

Bilindiği gibi disiplin hukukunda tekerrür, bazı koşulların gerçekleşmesiyle memurun zaman içinde, birden fazla disiplin suçu işlemesi nedeniyle, bir derece ağır ceza verilmesi olarak tanımlanmaktadır.

657 sayılı yasanın 125. maddesinde düzenlenmiş olan tekerrür müessesesinde, disiplin yaptırımını uygulayacak kurumlara takdir hakkı tanınmaktadır. Aynı maddenin 4. fıkrası ile de aynı takdir hakkı söz konusudur. Yani, maddede sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve durumlara nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezası verilir.

Aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulmasına ilişkin uygulanan disiplin yaptırımlarında da idareye takdir hakkı tanınmıştır.

IV- SONUÇ

Disiplin Hukukunun temel kaynağını oluşturan 1982 Anayasası, bu hukuk dalının homojen bir yapıya kavuşmasını ve kodlaştırılmasını kolaylaştırıcı düzenlemelerden uzak hükümler içermektedir.

Anayasanın 53. maddesinin 23.07.1995 tarihli değişik 3.fıkrası hükmü ile, memur güvencesi niteliğini taşıyan ve kamu görevlilerine sendika kurma olanağı sağlayan önemli bir düzenleme yapılmıştır. Bu

düzenlemeyi disiplin hukukunun önemli bir güvencesi olarak görüyorum.

Disiplinle ilgili çoğu düzenlemenin 657 sayılı yasada yer almasına karşın, bu yasa kapsamında yer alan çeşitli bakanlık, kurum ve kuruluşların kendi örgüt yasalarında disiplinle ilgili hükümlerin varlığı azımsanmayacak boyutlardadır. Sadece başlıklarıyla verdiğimiz şu örnekler bile, disiplin hukukumuzun ne denli homojen bir yapıdan yoksun olduğunu ve mutlaka kodlaştırılması gerektiğini zorunlu kılmaktadır:

Milli Eğitim mensupları ile ilgili 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun, 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler için Teşkil Edilecek Sağlık ve İhtimai Yardım Sandığı Kanunu;

İçişleri Bakanlığı Mensupları ile ilgili 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, Özel İdare Kanunu, 1580 sayılı Belediyeler Kanunu disiplinle ilgili hükümler içermektedir. Bu özel yasaların yanında, Devlet İhale Kanunu, Harcırah Kanunu, Sayıştay Kanunu, Muhasebe-i Umumiye Kanunu, Tebligat Kanunu, Kefalet Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu, İskan Kanunu gibi genel yasalar da disiplinle ilgili hükümler içermektedir.

Disiplin Hukukuna ilişkin bu dağınık mevzuata göre uygulanan disiplin cezalarındaki temel kuralların belirlenmesi, içtihatların tutarlılık kazanması ve bu hukuk dalının homojen bir görünüme, disipline kavuşması kuşkusuz yargısal denetim yolu ile gerçekleşecektir.

Sabırla dinlediniz, teşekkür ediyorum,

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Cantürk.

Efendim, sıra Sayın Avukat Necati Aras'ta.

Necati Aras, Danıştay Üyesiyken avukatlığa geçmiş bir meslektaşımız, kendisi bize çok katkılarda bulunmuş, onur vermiştir, söz sırası onda.

Av. NECATİ ARAS (Ankara Barosu)- Sayın Başkan teşekkür ederim.

Ben, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı denetimi olmadığı yolundaki açıklamalara bir küçük ilave yapmak istiyorum. Bu açıklama mutlak değil, biliyorsunuz arkadaşımın söylediği gibi 657 Sayılı Kanuna tabi olmayan kurumlarda üniversite ve diğer KİT'lerde uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açık. 657 kapsamında da eğer disiplin cezası disiplin kurulunca verilmişse buna da engel yok. Çünkü 135. Madde hemen başında "disiplin amirlerince verilen uyarma ve kınama cezaları" diyor. Ama "itiraz" diyor ve yargı yolunu kapatıyor. Disiplin kurullarınca verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı bir engel, yasak yok ve ben avukatlığım sırasında da böyle bir davayı açtım ve kazandım. Bir de pratik bir uygulamam var.

Ben şimdi tebliğ sahibi değerli arkadaşımın disiplin cezalarının geri alınamaması ilkesine karşı bir görüş geliştirmeye çalışıyorum. Disiplin cezalarının geri alınamaması ilkesi 1961 Anayasasından önceki bazı görüşlerin sonucu, o zaman disiplin cezaları hakkında bunlar şibih kazai kararlardır. Yani "yargı kararları benzeri kararlardır" denilir ve yargısal denetiminden kaçınılırdı. Ama o zamanki Danıştayın buna benzer başka kararları da vardı. Mesela, Türkiye Büyük Millet Meclisinde çalışan memurların atama, terfi gibi işlemlerine de karşı "bunlar teşri organın tasarruflarıdır, yasama organının tasarruflarıdır" diye yargi denetimi yapılmazdı. Hatta daha Yüksek Hâkimler Kurulu yokken "Adalet, Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürlüğünce, ayırma meclislerince verilen

kararlara da karşı bunların yargısal denetimi idari yargının, adli yargının denetimi sonucunu doğurur" diye bu tür davalara bakılmazdı.

Ancak bütün bunlar 1961 Anayasasıyla "her türlü idari işleme karşı yargı yolu açıktır" kuralı geldikten sonra bütün bunlardan vazgeçildi, hâkim davalarına da bakıldı. Meclis memurlarının davalarına bakıldı, teşri tasarruf, yasama tasarruf görüşü anayasal zorunluluk gereği terk edildi. Ben, disiplin cezalarının geri alınamaması ilkesinin de bu kapsamda artık değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Disiplin cezalarıyla ilgili kararlar, memurlar hakkındaki diğer bütün işlemler gibi, tayin, terfi, nakil, atama işlemleri gibi tam bir idari işlemdir, onlardan eksik veya fazla hiçbir yönü yoktur.

Disiplin cezası verilirken soruşturma yapılması yahut memurun savunmasının alınması, sadece daha doğru bir karar vermek, memura güven sağlamaktan ibarettir. Yoksa bu kararları bir yönüyle dokunulmaz hale getirmek amacını taşımamaktadır. Tabii burada hemen akla şu geliyor: Bu idari kararlar geri alınırsa ne olur? Kaos doğar mı? Tebliğ sahibi arkadaşım dedi ki, "disiplin cezaları amacı dışında kullanılıyor, memurlar hakkında haksız işlemlere zemin hazırlamak üzere disiplin cezaları veriliyor." Böyle haksız yere verildiği kabul edilen disiplin cezalarının bir sonraki aşamada geri alınması niçin yanlış olsun? Eğer disiplin cezalarında haksız verilme oranı yüksek ise, bunların tekrar geri alınması, düzeltilmesi yolunun da açık olması lazım.

SALONDAN- Haksız yere silinir diye düşünüyorum.

Av. NECATİ ARAS- Haksız yere veriliyorsa haklı yere de silinebilir.

Bizim kanunumuzdaki idari dava açmadan önce idari işlemin düzeltilmesi, geri alınması, değiştirilmesi, kaldırılması yolundaki başvuru hakkı bence disiplin cezası işlemlerine karşı da mevcuttur. Biliyorsunuz,

bir tarihe kadar vergi işlemlerine karşı bu yola başvurulamıyordu. Yani düzeltme, değiştirme, kaldırma talebinde bulunulamıyordu, bu başvurular dava süresini durdurmuyordu. Bunun bile sakıncalı olduğu görüldü ve sonraki bir değişiklikte bu yasak kaldırıldı. Halbuki disiplin cezaları hakkında böyle bir engel, böyle bir yasak hiçbir zaman olmadı. O bakımdan hem geri alınamazlık ilkesini kabul etmiyorum, hem de 10 veya 11. Maddeye göre bu işlemlerin davadan önce düzeltilmesi, geri alınması için idareye başvurulmasının mümkün olduğunu düşünüyorum.

Şunu söylemek istiyorum: Disiplin cezaları hakikaten arkadaşımın çok güzel belirttiği gibi çok keyfi veriliyor, başka amaçlarla veriliyor ve hakikaten çok güzel bir deyim; şüphe, daima sanığın lehine oluyor. Bu bakımdan idari yargıya çok önemli görev düşüyor. "Yapmıştır, elbette bunun bir sebebi vardır, idare hizmeti daha iyi takdir eder" görüşlerini ben burada kabul etmiyorum. Bazen yaşamın verdiği cesaretle de idare mahkemesi hâkimleri arkadaşlarıma takılıyorum, "arkadaşlar, siz idare mahkemesi hâkimisiniz, idarenin hâkimi değilsiniz." İdare mahkemesindeki hakim arkadaşların hiçbir zaman idarenin hâkimi olduklarını düşünmemesi lazım, öyle olursa vaktiyle idare mahkemeleri kurulmak istenilirken İçişleri Bakanlığı bir tasarı sevk etmişti; "İdare mahkemeleri İçişleri Bakanlığına bağlı, bağımsız mahkemelerdir." (Gülüşmeler)

Biz bunu bir Mali Yargının Sorunları Sempozyumunda eleştirdik. Maliye Bakanlığı da ondan sonra bir tasarı hazırladı. "Vergi mahkemeleri Maliye Bakanlığına bağlı bağımsız mahkemelerdir." Arkadaşlar, idare mahkemeleri hiçbir yere bağlı olmayan, sadece Anayasaya, yasaya ve vicdanlarına bağlı olan mahkemelerdir; görevlerini bu çerçevede yapacaklarına inanıyorum ve hepimize teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Aras'a çok teşekkür ediyorum.

Konuşmacılara ve tartışmacılara soru soracak arkadaşlarımız varsa soru sorabilirler. Buyurun efendim.

MUSTAFA ÖZBEK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-

Başkanım, ben soru sormayacağım, üç hususun altını çizmek istiyorum. Disiplin soruşturmalarında sık olarak şunu gördüm: Soruşturulan hakkında hep "sanık" deniliyor; bu uygulamada da böyle. Bence bu doğru değil. Çünkü sanıklık sıfatı sadece cumhuriyet savcısının şüpheliye resmen suç isnad edici nitelikte bir işlem yapmasından itibaren başlar; yani ceza usul hukukuna özgüdür. Sanık, hükmün verilmesiyle hükümlü olur ya da beraat eder. Bu hususun önemli olduğunu düşünüyorum. Ama uygulamada bunu çok sık gördüm, sürekli "sanık" deniliyor.

İkinci husus da "ne denilmeli?" diye bir soru geldi; onu da söyleyeyim. Ben mevzuatı inceledim. Mevzuat bilinçli olarak kullanmış, ya "soruşturulan" diyor ya da "ifade sahibi" diyor ya da "ilgili" diyor. Mevzuatta bir bilinç var. Bu konu özellikle ilgimi çektiği için çok dikkatli inceledim.

Bir diğer husus yemin hususu, soruşturulana yemin teklif ediliyor. Bence fevkalade yanlış; bu soruşturulanın susma hakkını engeller. Soruşturulana yemin verilmez, tanığa yemin verilebilir; bu da uygulamada hatalı.

Bir diğer üçüncü husus, değerli konuşmacılar gizlilikten söz etti. Doğru, disiplin soruşturması gizlidir. Yalnız gizliliği kime karşı? Ben uygulamada bunu da gördüm. Hakkında soruşturma açılan kişi dosyayla ilgili tanık beyanlarını görmek istedi. Gösterilmedi, neden gösterilmedi? "Gizlilik var" denildi. Yanlış, gizlilik soruşturulana karşı değil, gizlilik üçüncü kişilere karşı. Yani soruşturma evrakı örneğin tebliğ edilirken gizli tebliğ edilir. Gerçi uygulamada buna da dikkat edilmiyor. Elden ele, alenen, son derece açık bir şekilde tebliğ ediliyor; bu hususun da yanlış olduğunu düşünüyorum. Aleniyet, taraflarla sınırlı olarak sağlanmalıdır. Yani hakkında soruşturma açılan kişi dosyayı inceleyebilmeli, tanık beyanlarını görebilmeli, ithamı tam olarak, delilleri tam olarak öğrenebilmeli. Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ederiz.

Herhalde siz soru sormadınız; ama güzel konulara temas ettiniz. Çok teşekkür ediyorum. Biz de sizin gibi düşünüyoruz.

Buyurun efendim.

SALONDAN - Ben bir disiplin cezası aldım, yönetim biriminden ve yargı benim suçsuz olduğuma karar verdi. İdareye "bu yargı kararını uygulayın" diye başvurduğumda uygulamıyor. Uygulanacak mı, uygulanmayacak mı, nasıl uygulanacak? Yücel Beye soruyorum.

YÜCEL IRMAK - Necati Bey söylediler, hanımefendinin sorusu bundan sonraki tebliğin konusu. Fakat "yargı kararları uygulansın mı, uygulanmasın mı?" diye bir soru tabi sorulması gerekmeyen bir sorudur. O bakımdan uygulanmalıdır. Soruyu ben böyle anlıyorum. Yani "uygulanmayabilir mi?" diyorsunuz. Anayasa ve Usul Yasası ile yerleşik yargı içtihatları karşısında bu mümkün değil.

OTURUM BAŞKANI - Efendim, bir sonraki tebliğde zaten konuğumuz sizin bu sorunuza cevap verecek.

Sami Bey buyurun.

Av. SAMİ KAHRAMAN (Ankara Barosu) - Yücel Beyin tebliğinde, idari yargının denetimi dışında olan, Necati Bey'in açıklamalarıyla da açıklığa kavuşan disiplin amirleri tarafından verilmiş olan uyarı ve kınama cezalarının durumu değerlendirildi. Ancak bir husus açıklığa kavuşmadı. Soruşturma usulüne uygun olarak yapılmamış bir soruşturma neticesinde verilmiş olan disiplin cezaları, uyarma ve kınama cezaları bakımından, şekli hukuk yönünden yargı denetimine tabi midir,

değil midir? Örneğin, savunma hakkına riayet edilmeden disiplin amiri tarafından verilmiş olan kınama cezası veya zamaşımı süresi dolduktan sonra disiplin amiri tarafından verilmiş olan disiplin cezaları yargı denetimine tabi midir, değil midir? Birinci konu bu.

İkinci konu, disiplin af yasaları son zamanlarda anlaşılması zor bir ifadeyle hep aynı metin üzerinde çıkmaktadır. Ancak Yücel Bey tebliğinde bir nebze belirtti; fakat ben büyük bir problem olarak görüyorum ve eleştiriyorum. Görevden ihraç cezası yasama iradesiyle bir af konusu haline getirilmesine rağmen, Danıştay ve idare mahkemeleri kendisini idarenin yerine koyarak birtakım ağır koşullarla bu af hükmünün ancak uygulanabileceğini içtihat etmekle, af kanununu işlemez hale getirmektedir. Ben bunun gerekçesini hiç hukuki bulmuyorum.

Diğer bir hususu çok kısa olarak söyleyeceğim. İdarelerde müfettiş raporunun sonunda ilgililerin maliyeye ilgili yahut parasal konularda çalıştırılmaması veya idari görevlerde çalıştırılmaması yolunda idareye verdiği tavsiye niteliğindeki raporlar var; bunu bir disiplin cezası olarak kabul etmek mümkün. Ama bu ilgili hakkında bir sabıka haline gelmektedir. Yücel Bey bunu ne şekilde değerlendirir? Bunun bir yargı denetimi söz konusu mudur? Bu konuda da açıklama bekliyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Buyurun Yücel Bey.

YÜCEL IRMAK - Efendim, Sayın Avukat Sami Kahraman Beyin açıklamasına af yasası yönünden, af yasasının adeta yargı tarafından işlemez hale getirildiği yönündeki iddialara tamamen katılıyorum. Çünkü yasada olmayan pek çok sınırlama bu kararların af yasasının uygulanmasında içtihatla getirilmiştir. Örneğin, "şu kadar süre içinde başvurulacaktır" diye yasada bir süre yoktur. İki tane istisna vardır. Birincisi, belli suçlar af yasası kapsamı dışında bırakılmıştır. İkincisi de «geçmişe dönük maddi bir hak ödenmez" denilmektedir. Bunun dışında bir sınırlama olmadığı halde "idarenin takdir hakkı vardır isterse göreve alır, isterse almaz" demesine katılmıyorum. Fakat ne yazık ki içtihat benim düşündüğüm gibi değil, içtihat, Sami Beyin dediği gibi.

Burada İçişleri Bakanlığı o kadar ileri gitti ki, bütün teşkilata bir genelge çıkardı. "Disiplin yoluyla görevden çıkarılan tüm emniyet mensupları hakkında ben takdir hakkımı bu genelgeyle kullanıyorum, hiçbirinin göreve dönmesini de uygun görmüyorum" dedi. Yani bir genelge çıkararak görevden çıkarılan bütün görevliler hakkında disiplin affı yasasının uygulanmamasını istedi. Bu genelge iptal edildi. "Sen değerlendireceksin, takdir hakkını nasıl kullanacağımı her kişi için ayrı ayrı belirteceksin" dedi. Ben orada değerlendirme yapılması değil, idarenin bağlı yetki içinde olduğunu düşünmekle beraber, bu genelgenin iptali bir dereceye kadar olumlu bir adımdır. Fakat her davada, her uyuşmazlıkta "sen bilirsin" dedikten sonra bu genelgenin iptal edilmiş olup olmaması da pek bir pratik sonuç doğurmuyor. Halbuki af yasası ile devlet bir anlamda bu uyuşmazlıkları kabul etmiştir.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyoruz.

YÜCEL IRMAK - Sami Bey bir soru daha sormuştu. Tavsiye kararları niteliğindeki şeyler; bunların da dava konusu edilmesi tabii idare hukuku doktrinine göre mümkün değil; ama bu tavsiye kararlarının uygulanması sonucunda açılan davalarda değerlendirilmesi doğaldır.

SALONDAN - Bir tane soru daha vardı, savunma olmadan...

YÜCEL IRMAK - Tamam, o konuya da açıklama getirmeye çalışayım. O konuda bazı Danıştay kararları oldu. İdare mahkemeleri de buna uyararak bazı kararlar verdi. Tabi uyarma ve kınama cezaları için soruyorsunuz. Efendim, Danıştay 8. Dairesi "savunma alınmadan verilen bu kadar ağır bir sakatlıkla malul bir disiplin cezasını ben incelerim" dedi, birkaç karar verdi. Fakat oyçokluğuyla verilen bu kararların arkasında durmadı. Ondan sonra "ben bu dosyanın kapağını hiç kaldıramam" dedi ve halen de bu içtihat sürmektedir.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyorum.

Buyurun Sayın Başkan.

NURİ ALAN (Danıştay Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

İzleyicilerin katılımını soru sormakla sınırladığımız için ben başta katkıda bulunmak için söz istemeye cesaret edemedim. Fakat yorumlara da müsaade ettiğinizi gördüğüm için, lütfen, 3-4 dakikanızı istirham ediyorum.

Savunma hakkıyla ilgili birkaç husus tespit ettim, çok kısa olarak konuşacağım. Yücel Beyin dediği gibi disiplin cezaları Danıştay'ın muhtelif dairelerinde dolaştığı için savunma konusunda istikrarlı bir içtihat kurulamadı. Son içtihat, soruşturma sırasında alınmış olan savunmanın yeterli olduğu yönünde. Ancak ben buna katılmıyorum ve Danıştayın 40 sene önceki içtihadında söylenildiği gibi, disiplin cezasını tertip edecek olan kurul önünde de savunmanın alınmasını gerekli görüyorum. Niçin? Soruşturma sırasında alınan savunma ilgiliye tebliğ edilen ve duyurulan eylemle sınırlı olarak yapılır. Cezayı tertip edecek disiplin kurulunun önüne geldiği zaman bir soruşturma dosyası oluşturulmuştur ve ilgilinin savunması dışında tanıkların ve elde edilen

bilgi ve belgelerin katılımıyla yeni bir dosya oluşmuştur. İlgililere bu dosyanın içeriği duyurulmak suretiyle yeni bir savunma hakkı verilmesi uygun olacaktır.

İkinci husus uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili; bunu idare çok kötüye kullanıyor. Gerektiğinde dosya içindeki bilgi ve belgeler daha üst cezayı gerektirdiği halde idare, salt idari yargıya başvurma olanağı bulunmadığı için ve o kişinin dosyasında bir disiplin cezasının bulunmasını sağlamak üzere alt cezayı veriyor; bunun kaldırılması lazım.

Yüksek Seçim Kuruluyla ilgili olarak bir şey söylemek istiyorum. Ben dünkü açış tebliğinde işlemlerine karşı idari dava yolu kapatılan kurumlar arasında Yüksek Seçim Kurulunu saymadım; bunun sebebi şu: Yüksek Seçim Kurulunun hem yönetsel, hem yargısal görevleri var. Yönetsel görevler, seçimlerin düzen içinde, dürüstlikle yönetilmesi ve yürütülmesine ilişkin. Yargısal görevler, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama görevleri. Yasaya göre, "Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı hiçbir mercie başvurulamaz." Bu Yüksek Seçim Kurulunun yapmış olduğu görevin niteliğinden kaynaklanıyor. Çünkü Yüksek Seçim Kurulu, seçimle ilgili tüm işlemlerini belli bir takvime bağlamak suretiyle yürütür. Eğer siz yönetsel kararlarına karşı idari dava yolunu açarsanız seçimler bittikten çok sonra içinden çıkılmaz hukuki durumlara neden olursunuz.

İtiraz ve şikâyetlerin büyük bir kısmı seçim sonucuyla ilgilidir; burada Kurul, "yüksek mahkeme görevini görmektedir. Ben onun için daha önce de önerdiğim gibi, Yüksek Seçim Kurulunun, Anayasanın yüksek mahkemelerinin yer aldığı bölümüne alınmasını ve tabii bu sağlandığı takdirde seçim mevzuatıyla ilgili olarak da Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilmesinin temin edilmesinin uygun olacağını düşünüyorum. Çünkü bu haliyle Yüksek Seçim Kurulu, Anayasaya aykırı görmüş olduğu hükümleri uygulamak zorunda kalıyor. Anayasa Mahkemesi, Yüksek Seçim Kurulunu mahkeme olarak kabul etmedi ve seçimle ilgili temel kuralları adli ve idari yargıda uygulama olanağı

olmadığı için ortada fiilen anayasa yargısı dışında kalan yasal kurallar ortaya çıkıyor; bunun tek yolu kanımca Yüksek Seçim Kurulunun yüksek mahkemeler arasına alınmasıdır.

YÜCEL IRMAK- Bir tane daha olsun efendim.

NURİ ALAN- Tabii, yargısal hiçbir görevi olmayan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yüksek mahkemeler arasında değil; ama yargı bölümünde yer almış. Siz, Yüksek Seçim Kurulu'na –ki, çok fazla yargısal görevi var- yürütme bölümü içinde yer veriyorsunuz, bence bu büyük bir çelişki.

Disiplin cezalarının geri alınması konusunda da kısaca görüşümü sunmak istiyorum: Bunu disiplin cezalarının şibih kazai karar olduğu noktasından değil; İdari işlemlerin geri alınmasına ilişkin genel teori içinde incelemek lazım. O da şu: Takdir yetkisi içinde verilmiş olan kararların idare tarafından geri alınması idarede istikrar ilkesini zedeler ve gerçekten büyük bir kaosa neden olur. Disiplin cezaları da takdir yetkisi içinde verilir. Yalnız alt işlemlerde eğer yasaya aykırılık varsa, tabii bu yönüyle idare vermiş olduğu disiplin cezasını geri alabilir. Sayın Necati Aras'ın çok iyi bildiği gibi Danıştayın da bir tevhide içtihat kararı var. İdari hatalı işlemi her zaman alabilir.

Diyelim, verilen disiplin cezasının içerisinde bir bağlı yetki söz konusu; bu bağlı yetkiye aykırı işlem yapılmışsa yine disiplin cezası geri alınabilmelidir. Ama biz bunun uygulamasını da gördük. Maalesef Türkiye'de yönetim siyasallaşmış olduğu için 5 sene önce, 4 sene önce verilmiş olan disiplin cezasını geri alma yoluna gidiyor; bu dava olarak da geldi. Yani genel teoriden ayrılmamak gerektiğini düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Av. NECATİ ARAS- "Zararı ayrı mesele" dedim. Hukuki olarak engel yok; ama diğer yönü tartışılabilir.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum efendim.

Av. HÜSEYİN ERKENCİ (TBB Başkan Yardımcısı) - Efendim,
Sayın Yücel Irmak'a yazılı bir sorumuz var.

YÜCEL IRMAK - Avukat Hüseyin Erkenci Beyin sorduğu soru şu: "İdari Yargılama Usul Yasasında disiplin suç ve ceza dosyalarının taraflarca incelenmesinin mümkün olması gerekir" görüşündesiniz. "Daha önceki yasaklamanın kaldırılmış olmasından dolayı bir boşluk doğdu. İdare mahkemeleri bu boşluğa rağmen bize disiplin ve özlük dosyaları incelettirmemektedir, bu konudaki görüşleriniz nelerdir?" diyor.

Efendim, daha önce Usul Yasasında "yalnız disiplin sicil dosyaları değil, gizlilik kaydı taşıyan belgeler de incelenmez" şeklinde bir hüküm vardı. Son derece antidemokratik bir hükümdü. Burada disiplin ve sicil dosyalarının incelenmesi tabi bazı bakınlardan gizlilik taşıyabilir. Örneğin; bir kurumda verilen ifadelerin sanığa - gene sanık denildi, beyefendi itiraz ediyor - soruşturma geçiren kişiye incelenmesi halinde o kurum tamamen ayağa kalkabilir, karışabilir veya verilen ifadelerin gizli kalmasından endişe eden kişiler ifadelerini vermekten kaçınabilirler; bu bakımdan bir dereceye kadar gizliliğe uyulması gerekmektedir. Sicil zaten tebliğ ediliyor. Fakat disiplin soruşturmasındaki ifadelerin sanığa gösterilmemesi bir dereceye kadar yerindedir diye düşünüyorum.

İdarenin gizlilik kaydı koyduğu diğer belgeler konusunda ise, zaten kanunda değişiklik yapılarak bu hüküm kaldırılmıştır. Fakat eski uygulama belki alışkanlık halinde devam etmektedir, son derece yanlışır. Eski uygulamada da ben idare mahkemesi başkanlığı yaptığım zaman idarenin gizlilik kaydı koyduğu her belgeyi gizli tutmuyordum. Müsaade ederseniz hakim buna bakacak, gerçekten gizli olmasına karar verirse gizli olacak. "Efendim, adam sabah 09.00'da gelmedi, gizli" olmaz böyle bir şey. O bakımdan uygulamaları bazı mahkemeler yumuşatmakla beraber sakıncalıydı. Alışkanlıkla devam etmesi son derece yanlış.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun.

BASIN MENSUBU - "Disiplin cezalarının geri alınması yargıyı zedeler" denildi. Sayın Erdoğan, belediye başkanlığı döneminde bir disiplin cezası almıştı ve bu disiplin cezasına göre siyasete girmeme olayı vardı. Sayın Erdoğan'ın disiplin cezası geri mi alındı? Ya da af mı edildi? Yargı zedelendi mi? Yücel Bey yanıt verebilir.

YÜCEL IRMAK - Sorunuza yanıt veremem, şu bakımdan yanıt veremem: Tayyip Erdoğan'ın aldığı bir disiplin cezası nedeniyle siyaset dışı kalmadı, Türk Ceza Kanununun 312. maddesi uyarınca aldığı bir ceza mahkumiyeti nedeniyle bazı siyasi haklarını kullanamadı. O bakımdan ben tebliğle ilgisini göremedim. Bu konuda söyleyeceklerim bu kadar.

BASIN MENSUBU - Yani disiplin cezası değil miydi?

YÜCEL IRMAK - Değildi.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ederim.

BEŞİNCİ OTURUM

"İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASI"

Oturum Başkanı

HARUN ÇETİNTEMEL

(Danıştay Başsavcısı)

SUNUCU (Av. MERİH ŞANLI) - Sayın konuklarımız, Beşinci Oturumumuzun konusu "İdari Yargı Kararlarının Uygulanması." Süremiz 1 saat 15 dakikadır. Kürsüdeki yerlerini almak üzere katılımcıları takdim ediyorum: Oturum Başkanı Danıştay Başsavcısı Sayın Harun Çetintemel, tebliğ sunmak üzere, Danıştay Üyesi Sayın Turgut Candan. Bu bölümün tartışmacıları, Ankara Barosu avukatlarından, Sayın Avukat Tezcan Çakır, Mersin İdare Mahkemesi Başkanı Sayın Ali İhsan Şahin.

OTURUM BAŞKANI - HARUN ÇETİNTEMEL (Danıştay Başsavcısı)- Sayın Başkanım, saygıdeğer konuklar, değerli meslektaşlarım; sizleri sevgiyle, saygıyla selamlıyor, esenlikler diliyorum. İdari yargıya önemli katkılar sağlayacağına inandığım bu toplantıyı düzenleyen Türkiye Barolar Birliği'yle Mersin Barosu'nun değerli Başkan ve mensuplarını içtenlikle kutluyor, teşekkürlerimi sunuyorum.

Anayasasında hukuk devleti olduğu yazılan, yargı kararlarının uyulmasının zorunlu olduğu belirtilen ülkemizde yargı kararlarına uyulmamasının, gereklerinin yerine getirilmemesinin, Cumhuriyetten bu yana sürekli tartışma konusu olması hiç kuşkusuz çok acıdır. Anayasaya açıkça aykırı, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle

bağdaşmayan hak arama özgürlüğünü anlamsız kılan bu konularda şimdi değerli konuşmacılarımız ve tartışmacılarımız sizlere ayrıntılı ve kapsamlı açıklamalarda bulunacaklardır.

Şöyle bir yöntem uygulayacağız: Konuşmacımıza yarım saat, tartışmacılarımıza da yarım saat süre tanyacağız. Arta kalan sürede de katkıda bulunmak ya da soru sormak isteyen izleyicilerimize söz vereceğiz.

İlk söz Danıştay Üyesi değerli meslektaşım Turgut Candan'ın, buyurun Sayın Candan.

TURGUT CANDAN - (Danıştay Üyesi)

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

GİRİŞ:

I - İNFAZ YÖNTEMİNİN DAVA TÜRÜNE BAĞLILIĞI:

II - İPTAL DAVALARINDA VERİLEN KARARLARIN İNFAZI:

A - İNFAZI 28'İNCİ MADDEYE GÖRE OLAN KARARLAR:

- 1 - Esasa İlişkin Kararlar:
- 2 - Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Kararlar:

B - İNFAZ YÖNTEMİ:

- 1 - İptal Ve Yürütmenin Durdurulması Kararları Bakımından Kural:
- 2- Tarh, Tahakkuk Ve Ceza Kesme İşlemlerine Karşı Açılan Davalarda Verilen Kararların İnfazı Bakımından Kural:

C - İNFAZDA İMKÂNSIZLIK:

- 1 - Hukuki İmkânsızlık:
- 2 - Maddi İmkânsızlık:

D - İNFAZ SÜRESİ:

E - ADEMİ İNFAZ:

- 1 - Ademi İnfaz Sayılan Haller:
 - a - Hiç İnfaz Etmeme:
 - b - Noksan İnfaz:
 - c - Hatalı İnfaz:

d - Geç İnfaz:

e - Muvazaalı İnfaz:

2 - Ademi İnfazın Başlangıcı:

3 - Ademi İnfazın Yaptırımı:

a - Tazminat:

aa - İdare Aleyhine Tazminat Davası:

ab - Kamu Görevlisinin Aleyhine Tazminat Davası:

ac - Tazminat Davasında Süre:

b - Gecikme Faizi:

c - Yeniden İptal Edilme:

d - Cezai Yaptırım:

III - TAM YARGI DAVALARINDA VERİLEN KARARLARIN İNFAZI:

A - BELLİ MİKTAR İÇEREN KARARLARIN İNFAZI:

B - BELLİ MİKTAR İÇERMİYEN KARARLARIN İNFAZI:

SONUÇ:

GİRİŞ:

Dava; kişilerin hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız yargı yerlerince hukuka uygun biçimde çözümlenmesi ve uyuşmazlığa getirilen çözümün, sonuçta, gerçek yasama geçirilmesi amacıyla açılır. Uyuşmazlıklar hakkında yargı yerlerince getirilen çözüme karar; bu kararın gerçek hayata geçirilmesine de infaz (kararın gereklerinin yerine getirilmesi-uygulanması) adı verilir. Gerçek hayata geçirilmeyen ya da geçirilemeyen kararlar, davanın tarafları üzerinde moral etki yaratmaktan öteye geçemezler.

Eşit konumda bulunan özel hukuk kişileri veya özel hukuk kişileri ile davadaki durumu onlardan farklı olmayan (hukuki ilişkilerinde özel hukuk kişisi gibi davranan) Devlet kurumları arasındaki uyuşmazlıkları çözümlleyen adli yargı kararları, Devlet'in icra ve infaz kurumlarınca ve, gerekiyorsa, kamu gücü kullanılarak infaz edilir. Bu yüzden, bu kararların infazı, imkânsızlık ve bazı istisnai durumlar dışında, çok büyük sorun yaratmaz.

İdari yargı yerlerince idari davalarda verilen kararların infazı, adli yargı yerlerinin kararlarınınkinden farklılık gösterir. Zira, idari yargı yerlerinde açılan ve “idari” olarak adlandırılan davalarda bir taraf (davalı) sürekli şekilde “idare” dir. Ve idarenin bu davalardaki konumu, adli yargı yerlerinde davacı veya davalı olarak bulunmasıyla aynı değildir. İdare, idari yargı yerlerinde açılan davalarda kamu gücünün temsilcisi olarak bulunmaktadır. *İdari Rejim*, idari yargı yerlerinin davada getirdikleri çözüme uygun idari işlem tesisi yetkisini, kamu gücünün temsilcisi olan idareye tanımıştır. Yani, idari yargı kararlarına uygun idari işlem tesisi (kararların infazı), davada taraf durumunda bulunan idarenin idari yetkisi içerisindedir. Bu yetkinin, onun yerine bir başkası veya bir başka idare tarafından kullanılması, İdari Rejimin gereklerine ve bu rejimin idari kuruluşlar için belirlediği yetki kurallarına aykırıdır. İdarenin, idari davalarda hem davalı olarak bulunması, hem de bu davalarda verilen kararların gereklerini yerine getirecek makam olması, uygulamada, adli yargı kararlarıyla ilgili olarak rastlanılmayan sorunlara neden olmaktadır.

İdari yargı yerlerince verilen kararların gereklerinin yerine getirilmesi, her şeyden önce, Hukuk Devleti İlkesinin ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereğidir. Danıştay Sekizinci Dairesinin 17.5.1989 gün ve E: 1987/984, K: 989/329 sayılı kararında¹ da açıkça vurgulandığı gibi, hukuka bağlı idare, yargı yerlerince verilen kararların icaplarını, ilgililerin başvurusuna gerek olmaksızın, yerine getiren idaredir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 138'inci maddesinin son fıkrasında yer alan “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” hükmü, sözünü ettiğimiz Hukuk Devleti İlkesi ve hukuka bağlı idare anlayışının anayasal ifadesidir. Bu anayasal

¹ Danıştay Dergisi, S. 76-77, sh. 568

düzenlemenin benzeri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinde, idari yargı kararları bakımından, yasa hükmü olarak yer almıştır².

Tebliğimizin konusunu, idari yargı yerlerince verilen kararların gereklerinin yerine getirilmesine ilişkin yöntemler, bu yöntemlerin uygulamaya konulmasının yaratacağı sorunlar ve bu sorunların, Danıştay kararları ışığında, çözümü ile idarenin idari yargı kararlarına uymamasının yaptırımları oluşturmaktadır.

I - İNFAZ YÖNTEMİNİN DAVA TÜRÜNE BAĞLILIĞI:

İdari Yargılama Usulü Kanununun “*Kararların Sonuçları*” başlıklı 28'inci maddesi, gerçekte, 521 sayılı mülga Danıştay Kanununun 95'inci maddesinde yer alan düzenlemenin benzeridir. Farklılık, ilk derece idari yargı yerlerinin kurulmuş olmasından ve yeni düzenlemenin daha geniş önlem ve yaptırımlar içermesinden ileri gelmektedir.

28'inci madde, idari yargı kararlarıyla ilgili olarak iki infaz yöntemi öngörmüştür. Maddenin 10.4.1994 gün ve 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki şeklinde, açıkça ifade edilmiş olunmamakla birlikte, infaz yöntemiyle ilgili olarak getirilen farklılık, İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yapılan iptal ve tam yargı davaları ayırımıyla uyuşmaktaydı. Madde, bu dava türü ayırımına uygun olarak, 1, 3, 4 ve 5'inci fıkralarındaki düzenlemelerini iptal; 2'nci fıkrasındaki düzenlemesini ise, tam yargı davalarında verilen kararların infazına ayırmıştı. 4001 sayılı Kanunun 13'üncü maddesiyle yapılan değişiklikle, 2'nci fıkra hükmü, tam yargı davaları hakkında verilen kararlardan belli miktarı içerenlere inhisar ettirildiğinden, anılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten (18.6.1994) sonra bu davalarda verilen kararlardan belli bir miktar içermeyenlerin infazı da, 1'inci fıkra

² Dan. 1.D., 5.10.1984, E.: 1984/221, K: 1984/218: Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri karşısında, iptal kararları gereğince işlem yapılmasının zorunlu bulunduğu hk.; Dan. 5.D., 6.11.1996, E.: 1996/1997, K: 1996/3334: İdari yargı kararlarının uygulanması konusunda idarenin bağlı yetki içerisinde bulunduğu hk.

hükmüne göre olmaktadır. Maddenin son fıkrası ise, bir tam yargı davası olan tazminat davası ile, bizce, iptal davası tanımına giren vergi mevzuatının uygulanmasından doğan idari davalarda verilen kararların geç infaz edilmesi sebebiyle idarenin gecikme faizi ödeme yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Vergi mahkemelerinin görevlerine giren idari davalar (2576 sayılı K.md. 6), vergi mevzuatının uygulanması dolayısıyla kamu maliyesi idaresi tarafından tesis edilen tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleri ile bu işlemlere konu kamu maliyesi hizmetlerine yardımcı işlemleri konu edinmektedirler. İdari eylemlerin neden olduğu zararların tazmini veya idarece gasbedilen bir hakkın istirdadı amacıyla açılan tam yargı davaları, bu mahkemelerin görevine girmezler. Sözünü ettiğimiz işlemlere karşı vergi mahkemelerinde açılan davalar için, Kanun, “*vergi davası*” adlandırmasını kullanmıştır. Bunun sebebi, idari dava türünün değil, davaya konu edilen idari işlemin beş unsurundan biri olan “*konu*” unsurunu tanımlamak amacıdır (Tıpkı, uygulamada, İmar Kanunundan doğan idari uyuşmazlıklar için imar davası, Devlet Memurları Kanunundan doğanlara da memur davası denildiği gibi.). Dolayısıyla, Kanunda vergi davası olarak adlandırılan idari uyuşmazlıkların, davanın konusuna, davacının idari dava açmakla elde etmek istediği sonuca, yani davadan beklentisine uygun olarak belirlenecek idari dava türü içerisinde çözümlenmesi zorunludur. Şayet, davaya, vergi idaresinin işlemi konu edilerek, bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin yapılması ve, sonuçta, hukuk düzeninden yapıldığı tarih itibarıyla kaldırılması (iptali) isteniyorsa, açılan dava, bir iptal davasıdır. Dahası, idari işlemi konu edinen, onun hukuka uygunluğunun denetimini amaçlayan her davanın, iptal davası olduğunu, kural olarak, söyleyebiliriz. İptal davasının aksine, tam yargı davaları, idari işlemin kendisini değil, hukuk düzeninde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesini ve idari eylemlerin idare edilenlere verdikleri zararların tazminini amaçlayan istekleri konu edindiklerinden, davada vergilendirme işleminin vergi mükellefinin veya kamu borçlusunun mamelekinde yarattığı eksilmenin giderilmesi, başka

deyişle, tazmini isteniyorsa; bu dava, bir tam yargı davasıdır. Bazan, açılan idari davada, hem vergilendirme işleminin hukuka uygunluğunun denetimiyle onun hukuk düzeninde doğmamış hale getirilmesi, hem de bu işlemin mamelekte meydana getirdiği azalmanın giderilmesi istenilmiş olabilir. Bu takdirde ise, iptal davası ile tam yargı davası birlikte açılmış demektir³.

II - İPTAL DAVALARINDA VERİLEN KARARLARIN İNFAZI:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının "a" bendinde, iptal davaları; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, davanın konusu, idari işlemin bizzat kendisidir. Amaç, hukuka aykırı olarak nitelendirilen dava konusu idari işlemin geçmişe etkili (şamil) olarak, yani yapıldığı tarih itibariyle hukuk düzeninden çıkarılmasının sağlanmasıdır. Başka bir anlatımla da, idari işlemin hiç yapılmamış, hiç doğmamış hale getirilmesidir⁴.

İdari işlemin yapıldığı tarih itibariyle hukuk düzeninden kalkması, iptal kararı ile birlikte kendiliğinden olmakta ise de; davacının dava açmakla amaçladığı sonuç, her zaman, idari işlemin iptal edilmesiyle sağlanamayabilir. Çoğu zaman, dava konusu işlemin hukuk düzeninde yarattığı etki ve değişiklikler, kendisinin bu düzene dahil olmasından ibaret değildir. Dava konusu edilen işlemin, tıpkı domino taşları gibi, ardarda, yeni idari işlemler tesisine veya başka hukuki durumların oluşumuna neden olması olasıdır. Örneğin; Devlet memuruna verilen disiplin cezası nedeniyle terfiinde ve kariyerinde bir takım gecikmeler

³ Turgut CANDAN; "Vergi Uyumsuzlukları ve İdari Davalar", Danıştay Dergisi 1984, S. 54-55, sh. 31-40:

⁴ Dan. 1. D., 17.5.1982, E: 1982/102, K: 1982/113: İdare Hukuku ilkelerine göre, yargısal bir kararla iptal edilen idari işlemin ortadan kalkarak tesisinden önceki hukuki durumun geri geleceği, yani iptal kararının geriye yürüyen - makale şamil - sonuçlar doğuracağı; başka bir deyişle, işlemin tesis edildiği tarihe kadar etkide bulunacağı hk.

olmuş veya, kanunun izin verdiği alanlarda, vergi miktar ve oranlarını artıran düzenleyici idari işlem dolayısıyla sayısız mükelleften vergi tahsilatı yapılmış bulunabilir. Tüm bu etki ve sonuçların, hatta Danıştay'ın iptal kararlarının iptali istenilen idari işlemi ve ona bağlı işlemleri tesis edildikleri tarihten itibaren ortadan kaldıracağı yolundaki görüşüne⁵ rağmen, yalnızca iptal kararı ile giderilmesi mümkün olamayabilir. Ek olarak, bir yağın önlemin alınması, maddi ve/veya hukuki engellerin kaldırılması, yeni işlem ve eylemlerin yapılması gerekli olabilir. İdari Rejime göre, bu önlemlerin alınması ve işlem ve eylemlerin yapılması, idarenin yetki alanı içerisindedir. Yetkili idarenin gerekli önlemleri alması, yukarıda «GİRİŞ» bölümünde açıklanan Anayasa ve yasa hükmü gereğidir⁶.

İşte, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesi, bu gereği, bu zorunluluğu düzenlemektedir. Maddenin 1'inci fıkrasında yer alan "... mecburdur." ibaresi, bu zorunluluğu ifade etmektedir. Madde, ayrıca, idari yargı yerlerinin hangi tür kararlarının gereklerinin idare tarafından yerine getirilmek zorunda olduğunu, idarenin bunun için yararlanacağı azami süreyi, idari yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesi (infaz edilmemesi) halinde alınabilecek önlemleri ve vergi mahkemelerinin bazı kararları için öngörülen özel infaz yöntemini düzenlemiştir.

A - İNFAZI 28'İNCİ MADDEYE GÖRE OLAN KARARLAR:

Her idari yargı kararı, bir gereğin yerine getirilmesi için verilir. Ancak, her idari yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesine göre olmaz.

⁵ Dan. 3. D., 2.12.1975, E: 1975/542, K: 1975/519; Dan. 5. D., 11.2.1991, E: 1991/112, K: 1991/154, Danıştay Dergisi, S. 82-83: İptal kararlarının geriye yürümesinin, yani iptal edilen idari işlemin tesis edildiği tarihe kadar etkide bulunmasının İdare Hukukunun bilinen kuralı olduğu, dolayısıyla iptal edilen karara dayanan veya onunla doğrudan doğruya ilişkisi bulunan diğer idari tasarrufların da iptal kararlarından etkilenmesinin kaçınılmaz olduğu hk.

⁶ Dan. 8. D., 17.5.1989, E: 1988/808, K: 1989/395.

Madde, 1'inci fıkrasında, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin icaplarına göre idare tarafından işlem tesis edilmesi veya eylemde bulunulması zorunlu kararlarının, esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar olduğunu belirtmektedir. O halde, her şeyden önce, idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının tanımlanması ve bu kararlardan hangilerinin icaplarının 28'inci maddenin öngördüğü biçimde yerine getirilmesinin gerekli olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

1 - Esasa İlişkin Kararlar:

Esasa ilişkin karar, taraflar arasındaki maddi uyumsuzluğu sona erdiren, ona hukuki bir çözüm getiren karardır. İptal davaları bakımından geçerli bir başka tanıma göre de, davaya konu olan idari işlemin hukuka uygunluğu hakkında bir yargı - hüküm - ortaya koyan karardır. Bu tür kararlar, aynı zamanda, idari yargı yerinin elini davadan çekmesi sonucunu doğuran, yani nihai nitelikte olan kararlardır. Bu tanım, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin şu kararlarını 28'inci maddenin kapsamı dışına çıkarmaktadır:

- **Ara Kararları:** Hukuki çözüme ulaşabilmek için gerekli bilgi ve belgelerin ilgili yerlerden istenilmesine ya da bir usulü noksanlığın giderilmesinin sağlanmasına ilişkin olan bu tür kararların gereklerinin nasıl ve hangi sürelerde yerine getirileceği, İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci maddesinde ve ilgili maddelerde (örneğin, 2577 sayılı Kanununun 48'inci maddesinin, 3'üncü maddede yazılı esaslara uygun olmayan temyiz dilekçeleri hakkında yapılacak işlemleri düzenleyen, 2'nci fıkrasında olduğu gibi) gösterilmiştir. Bu kararlar, adlarından da anlaşılacağı üzere, nihai nitelikte değildir.

- **Usule İlişkin Nihai Kararlar:** İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesinde yazılı yönlerden usule aykırı görülen dava dilekçeleri hakkında 15'inci maddeye göre verilen nihai nitelikli kararların gereklerinin yerine getirilmesine ilişkin yöntem ve kurallar,

bu maddede gösterilmiştir. Örneğin; dava dilekçesinin İdari Yargılama Usulü Kanununun 3'üncü maddesine aykırılığı sebebiyle reddi üzerine, yenileme dilekçesinin yine davacı tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip otuz gün içinde ilgili idari yargı yerinin kaydına geçirilmesi veya 4'üncü maddede yazılı yerlere verilmesi gerekir. Usule ilişkin bazı nihai kararların gereklerinin yerine getirilmesi, kararı veren idari yargı yerinin kalemine aittir. Örneğin; İdari Yargılama Usulü Kanununun 26'ncı maddesi uyarınca tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelmesi sebebiyle verilen dosyanın işlemde kaldırılmasına dair kararlar ile, aynı maddeye göre, gösterilen adreste tebligat yapılamaması sebebiyle verilen davanın açılmamış sayılmasına dair kararlar böyledir. Bu tür kararlar üzerine kalemin yapacağı, dosyanın kaydını kapatıp, arşive kaldırmaktan ibarettir.

- Temyiz Ve İtiraz Başvurusu Üzerine Verilen Kararlar: Danıştay'ın alt derece idari yargı yerlerinin nihai kararları üzerindeki temyiz denetimi, bir hukuka uygunluk denetimidir. Bu nedenle, temyiz başvurusu bir dava; bu başvuru üzerine verilen kararlar da, davaya konu maddi uyuşmazlığın esası hakkında verilen ve infazı 28'inci madde kapsamında olan kararlardan değildir. Danıştay'ın bozma kararının gereklerinin yerine getirilmesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49'uncü maddesi uyarınca, kararı bozulan ilk derece idari yargı yerince olur. İlk derece idari yargı yerinin temyize konu kararlarına kesinlik kazandıran onama kararları ise, infazı gerekmeyen kararlardır.

İtiraz başvurusu üzerine bölge idare mahkemelerince ilk derece idari yargı yerlerinin kararları üzerinde işletilen denetim, sebepleri bakımından aynı olmakla birlikte, nitelik olarak temyiz denetiminden farklıdır. İstinaf denetimi de denilen bu denetim biçiminde bölge idare mahkemesi, itiraza konu ilk derece mahkemesinin kararını bozduktan sonra, bazı hallerde, bu mahkemenin yerine geçerek, maddi uyuşmazlığı da çözümlmek zorundadır. Bölge idare mahkemelerinin bu şekilde vermiş buldukları kararlar, ilk derece idari yargı yerlerinin esasa ilişkin kararları gibi, 28'inci madde uyarınca infaz olunurlar. Buna

karşılık; itiraz başvurusunun reddine veya itiraza konu karar bozulduktan sonra dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine dair olan bölge idare mahkemesi kararları, Danıştay'ın temyiz başvurusu dolayısıyla vermiş olduğu kararlar gibidir.

İnfazı 28'inci maddeye göre olacak esasa ilişkin kararların, ayrıca, idareye verilmiş bir talimat içermesi, yani gereklerine göre yeni bir işlemin yapılmasının veya eylemde bulunulmasının zorunlu olması da gerekir. Bu nitelikte olmayan esasa ilişkin kararların infaz zorunluluğundan söz edilemez. Davanın reddi yolunda verilen kararlar böyledir. Davanın reddi üzerine idare, mahkemece dava sırasında yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş bulunsa dahi, davaya konu idari işlemin yürütülmesine devam edebilir. Bunun için, herhangi bir süre ile de kayıtlı değildir. Bu durum, kararın infaz zorunluluğundan değil, davaya konu edilen idari işlemin yürütülebilir (icrai) olma niteliğinden ileri gelmektedir.

İdarenin, icaplarına (gereklerine) uygun işlem tesisine veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu kararlar, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı idari davalarda, bölge idari mahkemelerinin de itiraz üzerine ilk derece mahkemesinin kararını bozduktan sonra işin esası hakkında verdikleri kararlarla idare ve vergi mahkemelerinin, görevlerine giren idari davalarda, verdikleri kararlardan davaya konu edilen idari işlemin (kısmen veya tamamen) iptaline ilişkin olanlardır.

Bu kararların gereklerine göre işlem tesisi veya eylemde bulunma zorunluluğunun doğabilmesi için, maddede yazılı istisnalar dışında, kesinleşmiş olmaları gerekli değildir. Başka bir anlatımla; iptal kararının henüz kesinleşmediğinden; örneğin, temyiz (ya da itiraz) süresinin dolmadığından veya anılan başvuru hakkının kullandığından ve henüz bu başvurusu hakkında karar verilmemiş bulunduğundan bahisle (üst yargı yerince 2577 sayılı Kanununun 52'nci maddesi uyarınca verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı olmadıkça) bu zorunluluktan geçici de olsa kurtulma olanağı yoktur.

28'inci madde, 1'inci fıkrasının üçüncü cümlesinde, bu kurala bir istisna getirmiştir. “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” şeklindeki düzenlemeye göre; haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili olarak açılan idari davalarda idari mahkemelerce verilen nihai kararların gereklerini yerine getirme zorunluluğu, bu kararların kesinleşmiş olmaları halinde doğmaktadır. Bu düzenleme, bizce, anılan kararların kesinleşmelerinden önce de gereklerinin yerine getirilmesine engel değildir. İsterse, idare, bu kararları da kesinleşmelerinden önce uygulamaya koyabilir. Düzenleme, yalnızca, idarenin kesinleşme tarihinden önce buna zorlanamayacağı ve ademi infaz nedeniyle maddede öngörülen önlemlere başvurulamayacağı, örneğin, idare aleyhine tazminat davası açılmayacağı anlamındadır.

2 - Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Kararlar:

Fıkra, yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları, icaplarına göre işlem tesisi veya eylemde bulunulması zorunlu kararlar olarak göstermiştir. İdari davalarda yürütmenin durdurulması istekleriyle ilgili olarak verilen kararlar:

- İsteğin (kısmen veya tamamen) kabulüne,
- İsteğin reddine,
- İsteğin idarenin savunması (ve/veya ara kararına cevap) alınıncaya kadar kabulüne,
- İdarenin savunması (ve/veya ara kararına cevap) alındıktan sonra isteğin incelenmesine,
- İstek hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin olabilir.

İdari Yargı'da, iptal davası açabilmenin ön koşulu, ortada, kesin ve yürütülmesi gereken (yürütülebilir) bir idari işlemin bulunmasıdır (İYUK, md. 14/3-d). *İdari işlemin kesinliği*, varlık kazanabilmesi için tamamlanması gereken idari prosedürün son aşamasını da geçirmiş

bulunması anlamına gelir. *Yürütülebilir (icrai) olması ise*, başka bir merciin (idari veya adli) ön iznine gerek bulunmaksızın, uygulanabilmesi ve bu uygulamanın da gerekli olması demektir. İdari yargı yerlerinde açılan idari davaya konu edilmekle, İdari Yargılama Usulü Kanununun 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında vergi mahkemelerinde vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları dolayısıyla açılan davalarla ilgili olarak getirilen istisna dışında, idari işlemin bu iki niteliğine halel gelmez. Davaya rağmen idari işlem hukuk düzenindeki varlığını ve uygulanabilirliğini sürdürür.

Davada yürütmenin durdurulması konusunda yapılan isteğin idari yargı yerince reddedilmesi veya davalı idarenin savunması (ya da ara kararına cevap) alındıktan sonra incelenmesi yahut istek hakkında herhangi bir nedenle karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen kararlar da, davaya konu edilen idari işlemin bu nitelikleri üzerinde etkili değildir. İdare, bu kararlar üzerine, o tarihe kadar yapmamışsa bile, idari işlemi uygulamaya koyabilir. Bu durum, yürütmenin durdurulması isteği ile ilgili olarak verilen anılan kararların infazı anlamına gelmez; idari işlemin yürütülebilir (icrai) olma niteliğinin bir sonucudur. Dolayısıyla; idari yargı yerlerinin yürütmenin durdurulması isteklerinin reddi, savunma (ve/veya ara kararına cevap) alındıktan sonra incelenmesi ve istek hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolundaki kararları, tıpkı davanın reddine dair olanlar gibi, 28'inci madde uyarınca infazı gereken kararlardan değildir.

Yürütmenin durdurulması müessesesi, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetimini etkili kılan araçtır. Bu müessese olmadan idari yargı denetiminin amacına uygun biçimde işlemesi düşünülemez. Davaya konu edilen idari işlemin uygulanarak hukuk düzeninde tüm etkilerini, hem de düzeltilemez biçimde, meydana getirmesinin, yıllar sonra verilecek iptal kararını etkisiz kılması kaçınılmazdır. Daha basit olarak, iptal kararı elde edildiğinde iş işten geçmiş olabilir. İşte, yürütmenin durdurulması müessesesi, iptal kararının gecikmesinden doğabilecek bu sakıncayı gidermek amacıyla

vardır ve davaya konu idari işlemin ikinci niteliği, yani yürütülebilirliği üzerine etki yapar. Başka bir anlatımla, idare ve vergi mahkemeleriyle ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da açılan davaya konu idari işlemin yürütülmesinin durdurulması yolunda verilen karar, işlemin yürütülebilirliğini (icrai olma niteliğini) tesis edildiği tarihten itibaren askıya alır. Onu uygulanamaz hale getirir. Yürütmenin durdurulması yolunda verilen kararların bu etkisi, idari işlemin anılan niteliği bakımından, iptal kararlarınıninkine benzer⁷. Bu yüzden, yürütmenin durdurulması istekleriyle ilgili olarak verilebileceği yukarıda açıklanan kararlardan 28'inci maddeye göre infazı zorunlu olanlar, yalnızca isteğin (kısmen veya tamamen ya da idarenin savunması ve ara kararına cevap alınıncaya kadar) kabulü yolunda verilenlerdir.

İtiraz ve temyiz aşamalarında ise, 28'inci maddeye göre gereklerinin yerine getirilmesi zorunlu yürütmenin durdurulması kararları, İdari Yargılama Usulü Kanununun 52'nci maddesinin 1'inci fıkrasına 4001 sayılı Kanunun 22'nci maddesiyle eklenen son cümle uyarınca ve dava konusu işlem hakkında verilen aynı tür kararlardır.

B - İNFAZ YÖNTEMİ

İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesi, 1'inci fıkrasında, idari yargı yerlerince iptal davalarında verilen kararların gereklerinin yerine getirilmesi (infazı) ile ilgili kuralı düzenlemiştir. Aynı maddenin 5'inci fıkrasında da, vergi uyuşmazlıklarında verilen mahkeme kararlarının infazına ait bir başka düzenleme yer almıştır. Bu son düzenleme, ilk bakışta, 1'inci fıkradaki kuralın vergi uyuşmazlıklarında verilen mahkeme kararlarının infazı ile ilgili istisnası olarak görülebilir. Ancak, gerçekte, bu fıkra, 1'inci fıkradaki kuralın vergi uyuşmazlıklarında verilen kararların infazı ile ilgili olarak

⁷ Dan: 3. D., 9.3.1978, E: 1978/151, .K: 1978/199: Yürütmenin durdurulmasına dair kararların, iptali istenilen tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durduracağı ve bu tasarruf ve işlemlerin tesislerinden ve icralarından önceki hukuki durumun yürürlüğe girmesini sağlayacağı hk.

uygulanmasını, başka bir deyişle, anılan kararların icaplarına göre idarece tesis edilmesi gereken işlemi göstermeyi amaçlamaktadır.

Bu nedenle, iptal kararlarının infaz yönteminin, bu iki fıkra ayrı ayrı alınarak açıklanmasında yarar vardır.

1 - İptal Ve Yürütmenin Durdurulması Kararları Bakımından Kural:

İptal kararları, idari işlemlerin aksine, zaman bakımından geriye yürüyerek, etki yaratırlar. İdari davaya konu edilen idari işlemi tesis edildiği (yapıldığı) tarihten itibaren ortadan kaldırarak, idari işlemden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlarlar⁸. Hatta, Danıştay Üçüncü Dairesinin 2.12.1975 gün ve 579 sayılı kararında söylendiğine göre, iptal kararı, yalnızca dava konusu edilen idari işlem üzerinde etki yaratmaz; ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemleri de yaptıkları tarihten itibaren ortadan kaldırarak tesis edilmemiş hale getirir (İptal kararlarının bu etkisi, Danıştay Üçüncü Dairesinin 12.3.1980 gün ve E: 1980/32, K: 1980/39 sayılı kararında da yinelenmiştir.).

Bu açıklamalardan, idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının, davaya konu idari işlem üzerinde, b i r i, davaya konu idari işlemle ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemlerin yaptıkları tarihten geçerli olarak ortadan kaldırılması; d i ğ e r i, bu işlemlerin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesinin sağlanması; böylece, hukuk düzeninin hiç bozulmamış hale getirilmesi olmak üzere iki tür etkisi olduğu anlaşılmaktadır.

İptal kararlarının etkilerinden ilki, yani davaya konu edilen idari işlem ile ona bağlı diğer işlemlerin tesis edildikleri tarihten geçerli olarak ortadan kalkması, iptal kararı ile kendiliğinden olur. İptal edilen idari işlemin ortadan kalkması için, idarenin herhangi bir davranışta bulunmasına, örneğin, başka bir idari işlem tesis etmesine veya eylemde bulunmasına gerek yoktur. Buna karşılık, iptal edilen idari işlemle ona

⁸ Dan. 3. D. 2.12.1975, E: 1975/542 K: 1975/579; Dan. 1. D., 10.10.1990, E: 1990/211, K: 1990/256.

bağlı diğer işlemlerin tesis edildikleri tarihten önceki hukuki durumun avdet edebilmesi (geri gelebilmesi), her zaman, iptal kararı ile eş zamanlı değildir. Çoğu kere, bu sonucun sağlanması için, idarenin de bir davranışta bulunmasının; örneğin, görevden alınma işlemi iptal edilen kamu görevlisinin eski görevine iadesi için, kendisinden boşalan kadroya atanan görevlinin, idare tarafından, bu görevden alınmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir⁹.

İdari yargı yerlerince verilen yürütmenin durdurulmasına dair kararlara gelince: Bu kararların sonuçları da, iptal kararlarının sonuçları gibidir; ancak, kimi farklılıklar gösterir. Yürütmenin durdurulmasına dair olan kararlar, idari işlemi değil, onun icrailiğini (yürütülebilirliğini) askıya alıcı etki yaparlar¹⁰. Dolayısıyla, bir anlamda, idari işlemin hukuki

⁹ Dan. 3. D., 4.4.1979, E: 1979/190 K: 1979/265, Danıştay Dergisi, S. 36-37: Kadro derecesi ve ünvanı aynı olan görevlerde bulunup da görevden alınan memurlardan biri tarafından bu tasarrufun iptali için açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararı, tasarrufu askıya alıp, tesisinden önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlayacağından; idarenin başındaki kişinin, bu kararın yerine getirilmesi için, ilgililere bir yazı yazarak, eski hukuki durumun devamını sağlaması gerektiği hk; Dan. 5. D., 11.2.1991, E: 1991/112, K: 1991/154, Danıştay Dergisi, S. 82-83: İdarenin, iptal kararını aynen uygulamak ve iptal kararlarının geriye yürütmesinin doğal sonucu olarak iptal edilen işlemde önceki hukuki durumu yeniden tesis etmekle; yani, görevden alınan bölge müdürünü eski görevine iade etmekle yükümlü olduğu; bu uygulamayı gerçekleştirebilmek için, idarenin, öncelikle bölge müdürlüğü kadrosunu boşaltması gerektiğine göre, davacının bölge müdürlüğü kadrosundan alınmasının, idare yönünden anayasal ve yasal zorunluluk olduğu hk. **Açıklama:** Biz, iptal kararının bu etkisinin de kendiliğinden oluştuğunu; iptal edilen işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelebilmesi için, idarenin başındaki görevlinin herhangi bir girişimde bulunmasına gerek olmadığını; aksine, bu etkinin kendiliğinden oluşabilmesinin engellenmemesi bakımından, pasif kalmasının doğru olacağını; tersine anlayışı, "tutuk adalet" anlayışının bir başka biçimi olarak görmek gerektiğini; idarenin, yalnızca, harcırah ödemek, kimi maddi engelleri ortadan kaldırmak (örneğin, iptal edilen inşaat ruhsatına dayanılarak yapılan binayı yıkmak) gibi ikincil işlemleri yapmasının gerekli olduğunu düşünüyoruz.

¹⁰ Dan. 5. D., 11.3.1997, E: 1996/2957, K: 1997/546, Danıştay Dergisi, S. 95: Danıştayın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre, yürütmenin durdurulması kararlarının dava konusu işlemin uygulanmasını durduran, başka deyişle onun icrailik niteliğini askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlar olduğu; bireysel bir idari işlemin yürütülmesinin durdurulması halinde, idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken

sonuçlarını doğurmasına engel olarak, önceki hukuki durumun devamını sağlarlar. Ancak, idari işlemin, otomatik olarak veya idari yargı yerince yürütmenin durdurulmasına karar verilmeye kadar bazı sonuçlar yaratmış bulunması da mümkündür. Örneğin; göreve son verme işleminin tebliği tarihinde ilgili memurun kadrosunun boşalmış sayılması gibi. Bu durumda; idari işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesi ve geri gelen bu hukuki durumun davanın esasının karara bağlanmasına kadar devam edebilmesi için, idarenin bazı önlemler alması zorunlu olur¹¹.

İptal kararlarının etkileri, bazan, iptal olunan idari işlemle ona bağlı diğer işlemlerin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlamaktan da öteye giderek, idarenin yeni bir hukuki durum yaratmasını zorunlu kılabilir; yani, idare için bir takım yükümlülükler getirebilir. Örneğin; boş bulunan bir kadroya atanma isteğinin reddi yolundaki idari işlemin iptaline dair karar, hukuki etkisini, tam olarak, ancak idarece anılan kadroya davacının atanmasıyla gösterir.

Bu etkinin yaratılması bakımından, her iptal veya yürütmenin durdurulması kararı, idareye yöneltilmiş bir talimat gibidir. Kuşkusuz, bu talimat, hiç bir zaman, *“idarece şu yolda işlem yapılsın veya falanca eylemde bulunulsun...”* şeklinde değildir. Esasen, yargı yerlerince idareye

işlemleri yapmakla yükümlü bulunduğu hk. Ayrıca; önceki dipnottaki Danıştay Üçüncü Dairesinin Kararı.

¹¹ Dan. 5. D., 6.11.1996, E: 1996/1997, K: 1996/3334, Danıştay Dergisi, S. 93: İdare Hukukunun önemli ilkelerinden olan usulde paralellik ilkesi gereğince ilgililerin atandıkları usule uygun olarak görevden alınmaları gerekmekte ise de, Anayasanın 138'inci maddesinin son fıkrası ile 2577 sayılı Kanunun 28'inci maddesinde yer alan kurallar karşısında, yargı kararlarını uygulamak konusunda bağlı yetki içerisinde bulunan idarenin, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14.1.1996 günlü, 1995/473 sayılı kararında da belirtildiği gibi, yürütmenin durdurulması kararlarının iptali istenilen idari işlemi ve onun sonucu olan işlemleri durduran ve bu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlayan niteliğini de gözetenek, tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, müşterek kararname ile atanan davacının yürütmenin durdurulması kararı üzerine Bakan onayı ile görevden alınmasına dair dava konusu işlemin iptali yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği hk.

bu tür bir talimat verilmesi, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi tarafından yasaklanmıştır. İptal ve yürütmenin durdurulmasına dair kararları idareye yöneltilmiş talimata benzetmemizin nedeni, Hukuk Devleti İlkesi ve bu ilkeyi uygulamaya koyan anayasal ve yasal düzenlemelerin, idareyi, söz konusu kararlara uygun davranmakla yükümlü kılmasıdır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu, 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının idareye getirdiği bu yükümlülüğü, idarenin, Danıştay ve bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğunu söyleyerek ifade etmiştir. Yani, idare, idari yargı yerlerinin anılan kararlarını, bunların gereklerine (icaplarına) uygun işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak suretiyle, infaz etmiş sayılabilir. O halde, idari yargı yerlerince verilen kararların infaz yönteminden söz edildiğinde anlaşılması gereken de, budur.

İnfazın hangi tür idari işlem tesisıyla veya eylemde bulunulmasıyla olacağı ise, iptal edilen veya yürütülmesi durdurulan idari işlemin genel veya kişisel olmasına, konusuna, hukuk düzeninde yarattığı etki ve değişikliklere ve iptal nedenlerine (unsurlarındaki hukuki sakatlıklara) bağlıdır¹².

Örneğin; iptal edilen idari işlem düzenleyici nitelikte ise, dayanağı olan yasada idareyi düzenleme yapmaya zorlayan bir hüküm olmadığı sürece, iptal kararı üzerine yeni bir düzenleme yapılmasına gerek olmayabilir. Buna karşılık; yasada, idareye belli bir alanı düzenleme görevi verilmişse; idare, bu düzenlemeyi, iptal kararında açıklanan hukuki duruma ve yasada öngörülen zaman ve biçim kurallarına uygun olarak gerçekleştirebilir. Ya da, dava noksan düzenleme nedenine dayanılarak açılmışsa, iptal kararı, idareye, bu kararda yazılı gerekçelere

¹² Dan. 5. D., 9.2.1998, E: 1996/125, K: 1998/259, Danıştay Dergisi, S. 97: İdari yargı yerlerince verilen iptal ya da yürütmeyi durdurma kararlarının, bu kararlarda belirtilen gerekçeler doğrultusunda uygulanması gerektiği hk.

uygun biçimde noksanlığı yeni düzenlemeyle doldurma yükümlülüğü getirir.

Eğer, iptal edilen kişisel işlem, evvelce olmayan hukuki bir durum yaratmışsa; örneğin, kamu güvenliği bakımından tehlikeli nitelendirilen binanın yıkılmasını; kamu sağlığı ya da ahlaki bakımdan sakıncalı görülen bir faaliyetin yasaklanmasını veya kanuna aykırı faaliyet gösterdiği saptanan bir iş yerinin kapatılmasını konu edinmiş ise; iptal kararı, söz konusu binanın yıkılmaması, faaliyetin yasaklanmaması, iş yerinin kapatılmaması konusunda idareye talimat içerir. Yani; idare, pasif kalmak zorundadır. İdare, karara karşın, binayı yıkarsa, faaliyeti yasaklarsa, iş yerini kapatırsa; bu, “*fiili yol*” olur ve bu nedenle doğan zararın tazmini gerekir.

Eğer, iptal olunan kişisel işlem, idare edilenlerin, dilekçe haklarını kullanarak, kendileriyle ilgili olumlu bir işlem tesisi için yapmış oldukları başvurunun; örneğin, boş bulunan memuriyet kadrosuna atama yapılması, bir mesleki faaliyete izin verilmesi ya da işyeri veya konuta girişi güçleştiren yol ve kaldırım engellerinin kaldırılması için gerekli onarımın gerçekleştirilmesi isteklerinin (açık veya zımni) reddi niteliğinde ise; iptal kararı, idare için, davacının boş bulunan memuriyet kadrosuna atanması, mesleki faaliyetine izin verilmesi, giriş engellerinin kaldırılması konularında gerekli işlemin tesisi veya eylemin (onarımın) yapılması yükümlülüğünü yaratır.

Kimi durumlarda, idare, iptal kararı üzerine, gerekli inceleme ve araştırmaları yaparak, aynı yolda yeniden işlem tesis edebilir. İdare edilenlerin isteklerinin herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın, dilekçeye eklenen belge ve bilgiler değerlendirilmeksizin reddedilmiş ve buna dair işlemin de, idari yargı yerince, bu gerekçeyle iptal edilmiş olmasında durum böyledir. Süresi içinde gerekli araştırmaları yaparak isteği yeniden reddeden idare, kararın gereklerini yerine getirmiş sayılır¹³.

¹³ Dan. 1. D., 7.5.1987, E: 1987/165, K: 1987/207: Bulunmuşluğu açıkça ortada olan maden

2 - Tarh, Tahakkuk ve Ceza Kesme İşlemlerine Karşı Açılan Davalarda Verilen Kararların İnfazı Bakımından Kural:

28'inci madde, 5'inci fıkrasında, 1'inci fıkrasından ayrı olarak, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarından bazılarının nasıl infaz edileceğini özel olarak düzenlemiştir.

Fıkra "*Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.*" hükmünü içermektedir. Buna göre; infazı 5'inci fıkra uyarınca olacak idari yargı kararının, davaya konu vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezalarının miktarlarının yeniden tespitini gerektiriyor olması gerekmektedir. Böyle bir karar, ancak vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümleri ve bunların zam ve cezaları ile ilgili, yani tarh ve tahakkuk işlemlerini konu edinen idari davalarda verilmiş olabilir. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunların zam ve cezalarını konu edinen idari davalar, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 6'ncı maddesi uyarınca vergi mahkemelerinin görevine giren davalardır. O halde, böyle bir karar, ancak vergi mahkemelerince veya bunların tek hakimli olarak baktıkları davalarda verilen kararlara karşı yapılan itiraz başvuruları üzerine yetkili bölge idare mahkemesince verilmiş olabilir. Yani, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla vermiş olduğu kararların, bu fıkraya göre infazları mümkün değildir.

Yine böyle bir karar, yani vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle zam ve cezalarının yeniden hesaplanmasını gerektiren karar, ancak dava konusu tarh, tahakkuk ve ceza kesme işleminin kısmen iptali, kısmen de davanın reddi (kısmen terkin, tadilen tasdik) yolunda verilen

kömürü alanı için arama ruhsatnamesi verilmesi isteminin reddine ilişkin kararın Danıştay'ca iptal edilmesinin, ilgiliye mutlaka arama ruhsatı verilmesini öngörmediği, idarenin bu istemi yeniden inceleyerek ulaşacağı sonuca göre yeni bir işlem yapma zorunluluğu doğurduğu hk.

karar olabilir. Zira, dava konusu işlemin tümüyle iptali (vergi ve cezanın tamamen terkini) yolunda verilen karar üzerine, miktarı yeniden hesaplanması gereken bir vergi ve ceza kalmaz. Aynı şekilde, davanın tamamen reddi halinde de, tarh, tahakkuk ve ceza kesme işlemlerine konu vergi ve cezanın idarece hesaplanan miktarı bakımından hukuka uygunluğu yargı organınca da kabul edilmiş olacağından, yeniden hesaplanmaları diye bir sorun olmayacaktır.

Fıkraya göre, açıklanan türdeki bir kararın infaz edilmiş (gerekleri yerine getirilmiş) sayılabilmesi için, idarenin, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle zam ve cezalarını kararda öngörüldüğü gibi yeniden hesaplayıp ilgili mükellefe tebliğ ve, tahsil etmişse, vergi ve cezanın fazla alınan kısmını iade etmiş olması gereklidir.

Vergi idaresince yapılan bu şekildeki hesaplama, Vergi Usul Kanununun 20'nci maddesinde tanımlanan tarh veya 366'ncı maddesinde ihbarnamesi gösterilen ceza kesme işleminden başka bir şey değildir. Yani, idari yargı yerlerinin kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi, idarece işlem tesisi suretiyle olmaktadır. Bu da, bizim, vergi mevzuatının uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların, kural olarak, iptal davasına konu edilebilecekleri yolundaki tezimizi doğrulamaktadır.

Vergi idaresinin vergi uyuşmazlıklarında verilen kararların gereklerini yerine getirmek üzere 28'inci maddenin 5'inci fıkrasına göre tesis ederek, vergi mükellefine tebliğ ettiği idari işlemlerin ayrı bir idari davaya konu edilip edilemeyecekleri tartışılmaktadır. Bir görüşe göre; mahkeme kararı uyarınca miktarı yeniden hesaplanan vergi ve cezaya ait işlemin vergi mahkemelerinde davaya konu edilmesi, bu mahkemelerin kendi kararlarını inceleme sonucunu doğuracağından mümkün değildir¹⁴. Bu görüş, vergi mahkemesince (veya itiraz üzerine bölge idare mahkemesince) verilen kararların, vergi idaresince hatasız ve noksansız uygulanacağı varsayımına dayanmaktadır. Oysa, başından beri açıklamaya çalıştığımız gibi, mahkeme kararına göre vergi ve ceza

¹⁴ Dan, 3. D., 25.9.1986, E: 1986/1014, K: 1986/1778.

miktarını yeniden hesaplayacak olan, bizzat vergi idaresidir. Vergi idaresinin, teknik veya beşeri zaatlardan ileri gelen bir takım hatalar yapması, vergi ve cezanın miktarını kararda öngörüldüğü gibi hesaplayamaması mümkündür. Bu işlemlerin idari davaya konu edilemeyeceklerini söylemek, uygulama işlemlerinde yapılan hata ve hukuka aykırılıkların, hukuka uygunluk denetimi dışında bırakılmaları anlamına gelir. Bu ise, Anayasa'nın 125'inci maddesine aykırı bir sonuçtur. Bizce, vergi idarelerinin vergi mahkemelerinin kararlarının infazı zımında tesis ettikleri işlemlerin de, idari davaya konu edilmeleri mümkündür; Ancak, açılacak idari davada yargılama, idari işlemin, vergi mahkemesinin kararına uygun olarak tesis edilip edilmediği noktasında cereyan eder. Yargı yerinin, daha öteye giderek, infaz edilen kararda hüküm altına alınan konuları yeniden irdelemesi ve bunlar hakkmda hüküm tesisi olanaksızdır. Bu, bir bakıma, Danıştay'ca verilen bozma kararına alt derece idari yargı yerince uyularak verilen karara karşı yapılan başvuru üzerine yeniden cereyan eden temyiz denetimine benzemektedir. Yani, sınırlı bir denetim söz konusudur. Bu nedenle de, uygulama işleminin yargı denetimine tabi tutulması, hiç bir zaman, mahkemenin kendi kararını incelemesi veya hukuka uygunluk denetimine tabi tutması anlamına gelmez¹⁵.

5'inci fıkra, idarenin vergi ve ceza miktarını hesaplayarak, ilgili mükellefe tebliği için özel bir süre öngörmemiştir. İdare, bu işlemi, tarh ve ceza kesme zaman aşımı süresi içersinde yapma olanağına sahiptir. Ancak, tarh edilen vergi ve kesilen vergi cezası tahsil edilmişse, idare, bunun vergi mahkemesi kararında hukuka aykırılığı saptanan kısmının davacıya iadesi için, 1'inci fıkra hükmü uyarınca, gecikmeksizin gerekli işlemi yapmak zorundadır.

¹⁵ Dan, 4. D., 7.5.1998, E: 1997/4143, K: 1998/1870, Danıştay Dergisi, S. 98:Mahkeme kararı uyarınca düzenlenen ve yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmayan (2577 sayılı Kanununun 28'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca düzenlenen) ihbarname ile istenen kurumlar vergisi ve fon payı yönünden verilen incelenmeksizin red kararının yerinde olduğu hk.

C - İNFAZDA İMKÂNSIZLIK:

İdari yargı yerlerince verilen kararların infaz zorunluluğu, infazın imkân dahilinde olması halinde söz konusudur. Kararın gereklerine göre işlem tesisine veya eylemde bulunulmasına imkânsızlık sayılabilecek bir engel bulunması durumunda, idarenin gerekeni yapmaması infaz etmeme (ademi infaz) olarak nitelendirilemez. İmkânsızlık, hukuki veya maddi olabilir:

1 - Hukuki İmkânsızlık:

İdarenin, idari yargı kararının gereklerine uygun olarak işlem tesis etmesine veya eylemde bulunmasına hukuki bir engelin bulunması halinde, hukuki imkânsızlıktan söz edilir. Örneğin; görevinde fiziki veya fikri yetersizliği sebebiyle re'sen emekliye sevk olunan bir Devlet memurunun, bu emeklilik işleminin idari yargı yerince iptal olunduğu tarihte, esasen, 65 yaşını doldurmuş bulunması durumunda iptal kararının infazı hukuken imkânsız demektir.¹⁶

Vergi hukuku bakımından hukuki imkânsızlık hali, ender olarak, verginin cebren tahsili dolayısıyla söz konusu olabilir. Haczedilen malın satışına dair işlemin iptali yolunda karar verildiği tarihte, satışa konu malın iyi niyetli kişiler arasında bir kaç kez el değiştirmiş bulunması buna örnek olarak gösterilebilir¹⁷. Hukuki imkânsızlık halinden söz edilebilmesi için, ayrıca, gösterilen hukuki engelin aşılamıyacak nitelikte olması da gereklidir¹⁸.

¹⁶ Dan. 5. D., 16.12.1986, E: 1985/1475, K: 1986/1433; Görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlem Danıştay Beşinci Dairesince iptal edilen, ancak bu karardan önce 1402 sayılı Kanun uyarınca görevine son verilen davacının görevine iade edilemeyeceği hk.; Dan. 1. D., 4.4.1991, E: 1991/54, K: 1991/53: Yurt dışı koruma görevlisi sınavını kazandığı tarihten sonra geçen sürede hakkında verilen yargı kararının uygulanması sırasında, bu görev için ön görülen en üst rütbeyi aşan kişinin yurt dışına koruma görevlisi olarak atanmasında hukuki imkânsızlık olduğu hk.

¹⁷ Dan. 4.D., 9.11.1988, E: 1988/3895, K: 1988/3759, Danıştay Dergisi S, 74-75, sh: 189: Satışın iptali yolundaki kararın yerine getirilmesine olanak bulunmaması durumunda, bu nedenle ödenmesi gereken tazminatın gerçek zarar esasına göre hesaplanması gerekeceği hk.

¹⁸ Dan. 5.D., 10.2.1987, E: 1986/951, K: 1987/179: 2301 sayılı Kanununun 2'nci maddesinin

2 - Maddi İmkânsızlık:

Maddi imkânsızlık, infazı gereken idari yargı kararının icaplarına göre tesis edilecek idari işlemin konusunun kalmaması veya esasen maddi bir davranış olan eylemde bulunmaya bir engelin çıkmış olması halinde vardır. Örneğin; yerel idarelerce alınan yıkma kararının idari yargı yerince iptal olduğu tarihte taşınmazın yıkılmış olması; borcuna karşılık haczedilip yeddiemine teslim edilen eşyanın, iklim koşulları yüzünden bozulup özelliğini veya değerini yitirmesi; teminat mektubunun, karar tarihinden önce paraya dönüştürülmüş bulunması¹⁹ hallerinde olduğu gibi.

Hukuki ve maddi imkânsızlık; idareyi, bu durumu kanıtlaması koşuluyla yalnızca kararın yerine getirilmesi (infazı) zorunluluğundan kurtarır. Yoksa, idarenin, bu imkânsızlık sebebiyle ilgilinin maruz kaldığı maddi ve manevi zararlardan dolayı sorumluluğu devam eder. İdare, bu durumda, ilgilinin maddi (Danıştay Dördüncü Dairesinin yukarıda verilen 1988/ 3759 ve 1983/9151 sayılı kararları) ve manevi²⁰ zararlarını gerçek miktarları ile hesaplayıp vermek zorundadır.

D - İNFAZ SÜRESİ:

Hukuka bağlı idare anlayışı, idarenin idari yargı kararlarının icaplarına uygun olarak, *derhal*, idari işlem tesis etmesini veya eylemde bulunmasını gerektirir²¹. Bununla birlikte, iptal olunan ya da

Sıkıyönetim Komutanlıklarına mahkeme kararlarının uygulanmasını durdurma yetkisini vermediği, dolayısıyla idari yargı kararının yerine getirilmesinin zorunlu bulunduğu hk.

¹⁹ Dan. 4.D., 22.11.1983, E: 1983/791, K: 1983/ 9151: Taşaronun vergi borcu nedeniyle müteahhit hakkında uygulanan ihtiyati haczin kaldırılması yolundaki Danıştay kararına karşın, teminat mektubunun paraya dönüştürüldüğünü ileri sürerek iade etmeyen idarenin, uğranılan zararı tazmin etmesi gerekeceği hk.

²⁰ Dan. 6.D., 21.5.1985, E: 1985/143, K: 1985/880: Konut tahsis kurasına iştirak ettirilmeme işleminin iptal edilmesinden önce tahsis işlemlerinin tamamlanması karşısında, Danıştay'ın iptal kararı doğrultusunda yeniden işlem tesis etme olanağı bulunmaması nedeniyle ortada maddi bir zararın bulunmadığı, ancak konut tahsis kurasına, hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan işlemlerle iştirak ettirmeyen idarenin davacıya manevi tazminat ödemesi gerekeceği hk.

²¹ Dan. 1.D., 10.10.1990, E: 1990/211, K: 1990/256: İptal ve yürütmenin durdurulması

yürütülmesi durdurulan idari işlemin hukuk düzeninde meydana getirdiği değişikliklerin giderilmesi ve bu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri getirilebilmesi, başka deyişle, iptal ya da yürütmenin durdurulması kararının icaplarına göre işlem tesisi veya eylemde bulunulması zaman alabilir. İptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının icaplarına uygun işlem yapabilmesi ve eylemde bulunabilmesi için idarenin yararlandığı bu süre, 2577 sayılı Kanunun 28'inci maddesinin 4001 sayılı Kanununun 13'üncü maddesiyle değişik 1'inci fıkrasına göre, *otuz gündür*. Fıkra, idarenin, idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre *gecikmeksizin* işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğunu; bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceğini söylemektedir. Fıkradaki "... geçemez." ibaresi, otuzuncu günün idare için tanınan sürenin sınırını oluşturduğunu, bu sürenin uzatılamayacağını göstermektedir. Bir başka nokta da, bu sürenin sonuna kadar beklemenin, idare için bir hak olmadığıdır. Yukarıda verdiğimiz Danıştay kararında da söylenildiği gibi, koşulları mevcutsa, kararın derhal, yani geciktirilmeden yerine getirilmesi, idare için bir ödevdir.

Fıkroda 4001 sayılı Kanunun 13'üncü maddesiyle yapılan değişiklik, sürenin başlangıcı konusunda, önceki düzenlemede olmayan açıklığı getirmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre, infazı için kesinleşmesi gerekmeyen kararlar bakımından, otuz günlük süre, (iptal veya yürütmenin durdurulması) kararının idareye tebliğ edildiği tarihten başlamaktadır. Düzenleme, aynen, *"Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez."* şeklindedir. Düzenlemede, otuz günlük sürenin başlangıcı kararın idareye tebliği olarak gösterilmişse de, İdari Yargılama Usulü Kanununun sürelerle ilgili 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, sürelerin, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı öngörüldüğünden;

kararları arasında idarenin kararın gereklerine göre işlem yapması bakımından hiçbir fark bulunmadığı, maddi koşulların elverdiği ölçüde bu kararların derhal uygulanmasının İdare Hukukunun genel ilkelerinden olduğu hk.; **Dan. 5.D., 28.3.1991, E: 1988/2913, K: 1991/627**: Aynı yolda karar.

düzenlemeyi, otuz günlük sürenin kararın idareye tebliğini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı şeklinde anlamak gerekir.

Haciz veya ihtiyati uygulamaları ile ilgili vergi uyuşmazlıklarında vergi mahkemelerince verilen kararlar bakımından ise, kararın kesinleştiği tarihi izleyen gün, otuz günlük sürenin başlangıcıdır.

Sürenin başlayabilmesi için, lehine karar verenin bir başvuruda bulunması gerekli değildir²².

İdari yargı kararının icaplarına göre gerekeni yapma konusunda idareye tanınan bu sürenin dolmuş bulunması, idareyi bu yükümlülüğünden kurtarmaz. İdarenin kararı infaz yükümlülüğü, otuz günlük sürenin geçmiş bulunmasına karşın, zaman aşımı süresince²³ devam eder²⁴.

²² Dan. 8.D., 17.5.1989, E: 1987/984, K: ,1989/329, Danıştay Dergisi S. 76-77, sh. 568.

²³ Açıklama: İnfaz zaman aşımı konusunda, Danıştayın dava daireleri arasında görüş birliği yoktur. Kimi daireler, zaman aşımını kabul etmezken (Dan. 4.D., 13.4.1995, E: 1994/3382, K: ,1995/1690); zaman aşımını kabul eden daireler de, 5 ve 10 yıl gibi farklı süreleri uygulamaktadırlar. Örneğin; Danıştayın Sekizinci (17.5.1989, E: 1988/808, K: ,1989/395) ve Onuncu (25.5.1989, E: 1988/1908, K: ,1989/1148) Daireleri ile Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu (18.6.1993, E: 1992/301, K: ,1993/74), on yıllık genel zaman aşımı süresini esas almışlardır. Buna karşılık; Danıştay Beşinci Dairesi, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 93'üncü maddesine gönderme yaparak, bu maddede öngörülen beş yıllık süreyi uygulamaktadır. Bize göre, zaman aşımı konusunda, iptal kararlarının kendiliğinden olan etkileri ile idarenin iptal kararlarının gereklerine uygun işlem tesis etme ve eylemde bulunma yükümlülüğünü birbirinden ayırmak gerekir. Biz, zaman unsurunun, iptal kararının söz konusu etkilerini silerek, bu kararlar hukuka aykırılığı yargısal kesinlik kazanan idari işlemi hukuka uygun kılmasının olanaksız olduğunu düşünüyoruz. Yukarıda verilen Danıştay Dördüncü Dairesinin kararında dile getirilen görüş de, bu yoldadır. Dolayısıyla, iptal kararının zaman aşımına uğradığından bahisle iptal olunan idari işlemle yaratılan hukuk dışı durumun devamı sağlanamaz. İptal kararının bu etkileri sürdükçe, idarenin bu etkilerin doğmasını güçleştiren maddi ve hukuki engelleri kaldırma yükümlülüğü de devam eder. Bizce, zaman aşımı, idarenin iptal kararının gereklerine göre ve davacının iptal edilen işlemle reddedilen isteği doğrultusunda idari işlem tesis etme veya eylemde bulunma yükümlülüğü ile ilgili olabilir.

²⁴ Dan. 8.D., 17.5.1989, E: 1987/984, K: ,1989/329, Danıştay Dergisi S. 76-77, sh. 568

E - ADEMİ İNFAZ:

Ademi infaz, yani infazın yokluğu, idari yargı yerlerinden verilen kararların icaplarına göre, 28'inci maddenin 1'inci fıkrasında tanınan otuz günlük süre içerisinde, idari işlem tesis edilmemesi veya eylemde bulunulmamasıdır. Bu durum, gerçekte, idarenin idari yargıca direnmesi, Anayasa ve yasa hükmünü ihlal etmesidir. 28'inci maddenin 3, 4 ve 6'ncı fıkraları, ademi infaz halinde idare edilenlerin tazminat davası açma ve gecikme faizi isteme haklarını düzenlemiştir. Bu haklarla ilgili açıklamalara geçmeden önce, ademi infaz sayılan hallere değinmekte yarar vardır.

1 - Ademi İnfaz Sayılan Haller:

Ademi infaz sayılması gereken halleri; beş gruba ayırmak mümkündür:

a - Hiç İnfaz Etmeme:

Davalı idarenin, idari yargı yerlerince verilen kararların icaplarına göre tesisi gereken işlemi veya yapılması gereken eylemi 28'inci maddenin 1'inci fıkrasında yazılı süre içerisinde ve bu süre geçtikten sonra hiçbir biçimde tesis etmemesi veya yapmaması; başka bir deyişle, idarenin tümüyle hareketsiz kalması demektir. İdarenin, otuz günlük süre geçtiği halde, görevine son verilen memuru göreve başlatmaması, tahsil ettiği vergiyi iade etmemesi, ruhsatları iptal olunan yapıları imar mevzuatına uygun hale getirmemesi²⁵ gibi durumlar, hiç infaz etmeme haline örnek olarak gösterilebilir.

b - Noksan İnfaz:

İdarenin, kararın icaplarından olan idari işlem veya eylemlerden bir kısmını yapıp; diğer kısmını ise, infaz için kanunun tanıdığı sürenin geçmesine rağmen yapmaması, noksan infazın varlığını gösterir. Bu halde, tesis edilmeyen işlem ya da yapılmayan eylemler bakımından ademi infaz söz konusudur. Örneğin; vergi idaresinin, vergi ve cezayı

²⁵ Dan, 6.D., 23.3.1983, E: 1978J3793, K: 1983/1254.

miktar itibariyle yeniden hesaplayarak, fazla aldığı vergi ve cezayı iade etmesine karşın, cezanın türünü değiştirmemesi, mahkemenin aksine kararına rağmen kaçakçılık cezası kesmekte ısrar etmesi, noksan infazı gösterir ve bu durum, cezanın tümü bakımından ademi infaz sayılır.

c - Hatalı İnfaz:

İdari yargı kararının icaplarına göre işlem tesisi veya eylemde bulunulması sırasında hata yapılması halidir. Burada, idare, kararın infazında niyetlidir. Ancak, elinde olmayan bazı nedenlerle, hata yapmıştır. Hatalı infazın noksan infazdan farkı da buradadır. Noksan infaz, idarenin bilerek ve isteyerek yaptığı bir davranış olabileceği halde, hatalı infazda irade dışılık söz konusudur. Vergi Hukuku bakımından, hatalı infaza, vergi mahkemesinin kararı üzerine mükellefe iade olunan vergi miktarında hesap hatası yapılması örnek verilebilir.

d - Geç İnfaz:

Bu ademi infaz türünde, idare, gerçekte, kararın, gereklerini yerine getirmiştir. Ancak, kararın gereklerinin yerine getirildiği tarihte, kanunda idareye tanınan otuz günlük süre geçirildiği için, infaz zamanında değildir. Dolayısıyla; idare edilenlerin bu yüzden uğradıkları zararlar bakımından, infaz tarihine kadar geçen sürede, ademi infaz söz konusudur.

e - Muvazaalı İnfaz:

Bu ademi infaz türünde, idare, yargı kararlarının icaplarına göre işlem tesis ederken veya eylemde bulunurken, gerçekte, ademi infazın ilerde değineceğimiz yaptırımlarından kurtulmayı amaçlamaktadır. Bunun için, niyeti farklı olmasına karşın, idare, önce, kararın icaplarına uygun davranır. Yani, kanunda yazılı bulunan otuz günlük süre içerisinde, idari yargı yerinin kararının gereklerine uygun işlemi tesis eder veya eylemde bulunur. Ancak, arkasından, tesis ettiği bir başka işlem ya da yaptığı bir başka eylemle, kararı etkisiz kılma yoluna gider. Daha çok personel hukukuyla ilgili olarak görülen bu duruma, görevine son verilen Devlet memurunun idari yargı yerince verilen iptal kararı

üzerine görevine başlatılıp, akabinde bir başka sebeple yeniden görevine son verilmesi²⁶ örnek gösterilebilir.

2 - Ademi İnfazın Başlangıcı:

Uygulamada, ademi infazın başlangıç tarihi olarak, yukarıda sözünü ettiğimiz otuz günlük sürenin, dolumu esas alınmaktadır²⁷. Ancak, 28'inci maddenin ilk fıkrasına göre, idarenin idari yargı kararının gereğini yerine getirme zorunluluğu, kararın kendisine bildirim tarihinde doğmaktadır. Ve, Danıştay Birinci Dairesinin, yukarıda “İnfaz Süresi” başlıklı paragrafta vermiş olduğumuz kararında çok açık biçimde vurgulandığı üzere, hukuka bağlı idare, yargı kararının gereklerini, otuz günlük sürenin dolumunu beklemeden, maddi koşullarının elverdiği ölçüde, *derhal* (kanundaki anlatımla “*gecikmeksizin*”) yerine getirmek zorundadır. Kanunda belirlenen otuz günlük süre, olanakları derhal infaza imkân vermeyen idarenin yararlanabileceği azami bekleme süresidir²⁸. Yani, idare, “*Kanun bana idari yargı yerrince verilen*

²⁶ Dan., 5.D., 26.11.1987, E: 1986/ 183, K: 1987/1659, Danıştay Dergisi S, 70-71, sh. 263: İptal kararı üzerine göreve başlatılıp üç gün sonra görevden alınan davacı hakkındaki karar uygulanmış sayılamayacağından, davacının bu nedenle uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan davanın reddinde isabet bulunmadığı hk.

²⁷ Dan, 9. D., 26.11.1987, E: 1986/2538, K: 1987/3466: İdari yargı kararlarının idarece yerine getirilme zorunluluğunun bu kararın idareye bildirim tarihinde doğacağı; ancak, bu tarihten sonra kararın gerektirdiği işlem veya eylemlerin yapılabilmesi için belirli bir sürenin geçmesi gerektiği; zira, idari yargı kararlarını tebellüğ eden idarenin bu kararın ortaya çıkardığı hukuki duruma fiili durumu uydurmak için bir takım işlemler yapmak durumunda olduğu; bu sürenin 2577 sayılı Kanununun 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasında otuz gün olarak belirlendiği; bu durumda, idarenin, idari yargı kararının kendine tebliğinden itibaren otuz gün içinde gereğini yapmak zorunda olup, bu sürenin bitiminde kararın gereğini yapmayan idarenin infazdaki gecikme nedeniyle doğduğu kanunen kabul edilen yükümlü zararını bir ölçüde karşılaması gerektiğinden, haksız tahsil ettiği vergi için gecikmenin başladığı otuzuncu günden itibaren bunu iade ettiği tarihe kadar geçen süre için gecikme faizi ödenmesi gerektiği; bu nedenle, gecikme faizinin, uygulanması gereken kararın idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren ödenmesi gerektiği yolundaki iddiada isabet bulunmadığı hk.

²⁸ Dan, 5. D., 28.3.1991, E: 1988/2913, K: 1991/627: Maddede en geç altmış gün içinde denilmekle, kararların derhal uygulanması ilkesinin benimsendiği, her durumda bu sürenin altmış günü aşamayacağı, kararların uygulanması için idarelerin gereksinim

kararların icaplarına göre işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak için otuz günlük süre tanımıştır. Ben, bu süreyi istediğim gibi kullanırım. Kimse, beni son günden önce işlem tesisine veya eylemde bulunmaya zorlayamaz...” diyemez. İdareye böyle bir olanağın tanınmasının, Hukuk Devleti İlkesi ile bağdaşmayacağını söylemeye gerek olmadığını sanıyoruz. İdarenin kararın gereklerini yerine getirirken gecikmesindeki haklılığı, içinde bulunduğu koşullar tarafından belirlenir. Bunun takdiri de, uyumsuzluk halinde, idari yargı yerine aittir. Bize göre, idareye tebliğinden itibaren, örneğin, yirmi beşinci günde uygulanan idari yargı kararının gereklerinin davalı idarenin sahip olduğu olanaklara nazaran beş gün gibi çok daha kısa süre içinde yerine getirilmesinin mümkün bulunduğunun saptanması halinde, ademi infaz halinin, beşinci günü izleyen tarihten başlatılması gerekir.

Kuşkuşuz, bu durumda, kararın gereklerine uygun işlem tesis edecek veya eylemde bulunacak idarenin olanaklarının daha kısa sürede infaza elverişli olup olmadığının nasıl saptanacağı veya kimin tarafından kanıtlanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bizce; idarenin yargı kararının gereklerini *derhal – gecikmeksizin* yerine getirme yükümlülüğünün hareket noktası olarak alınması halinde; bu, çözümü o kadar zor bir sorun değildir. Zira, idari yargı kararının icaplarına göre *derhal – gecikmeksizin* işlem tesis etmekle veya eylemde bulunmakla yükümlü olan idarenin, bu yükümlülüğünün derhal yerine getirmemesinin veya infazda gecikmesinin nedenlerini idari yargı yerine açıklamak zorunda olması kadar doğal bir şey olamaz. Bu açıklamanın gerçeğe ve hukuka uygun olup olmadığının takdirinin ise, yukarıda da söylediğimiz gibi, idari yargı yerince yapılması tabiidir. O halde, ademi infaz halinin varlığı veya başlangıcı, her olayda, kararın gereklerini yerine getirecek idarenin içinde bulunduğu koşullara göre belirlenmelidir,

duydıkları sürenin nihayet altmış günle sınırlı bulunduğu hk.; **Dan, 5. D., 24.4.1991, E: 1989/2113, K: 1991/756**, Danıştay Dergisi S. 82-83: Hukuk devleti ilkesi karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan başka seçeneği bulunmadığı hk.

Kısaca tekrarlamak gerekirse, idari yargı kararlarının gereklerine göre kanunda belirlenen otuz günlük süre içinde işlem tesisi veya eylemde bulunması, her zaman, kararın zamanında yerine getirildiğini, başka bir anlatımla, idarenin infaz etmeme veya gecikerek infaz etme durumuna düşmediğini göstermez. Aksine, d e r h a l - g e c i k m e k s i z i n y a d a d a h a k ı s a s ü r e d e infaz olanağına sahip bulunan idarenin, otuz gün içinde, fakat gerekenden daha uzun sürede işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması da, ademi infaz sayılmalıdır.

3 - Ademi İnfazın Yaptırımı:

İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesi, idari yargı yerlerinin kararlarının gereklerine göre işlem tesis etmeme veya eylemde bulunmama davranışı için, tazminat ve gecikme faizi olmak üzere iki tür yaptırım öngörmüştür. Biz, bu iki tür yaptırımı bir üçüncüsünü eklemenin doğru olacağını düşünüyoruz. Sadece hatalı infaz halinde söz konusu olabilecek nitelikte olan bu üçüncü yaptırım, hatalı infaz sonucu tesis edilen idari işlemin de, yargı yerince iptal edilmesidir. Ademi infazın başka bir yaptırımı da, kararın gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında söz konusu olan cezai yaptırımdır.

a - Tazminat:

İdari yargı yerlerinin kararlarının icaplarına göre işlem tesis edilmemesi veya eylemde bulunulmaması dolayısıyla lehine karar verilen tarafın zarara uğraması mümkündür. Bu zarar, maddi nitelikte olabileceği gibi, manevi de olabilir. Veya bu iki zarar, bir arada bulunabilir.

28'inci madde, lehine karar verilen tarafın ademi infaz sebebiyle uğradığı zararların tazminat davası yoluyla giderilmesini öngörmüştür. Madde, 3'üncü fıkrasında, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde, idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabileceğini söylerken; 4'üncü fıkrasında da, mahkeme kararının otuz gün içinde kamu

görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgilinin, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabileceğini açıklamıştır.

Bu iki fıkra hükmü, ademi infaz sebebiyle uğranılan zararın tazminat davası yoluyla giderilmesinde, ademi infaza neden olan davranışın kamu görevlisinin kasti hareketinden ileri gelip gelmemesine göre, lehine karar verilen tarafa iki olanak tanımıştır. Bu olanaklardan ilki, tazminat davasının, idare; ikincisi ise, kasıtlı davranan kamu görevlisi aleyhine açılmasıdır²⁹.

aa - İdare Aleyhine Tazminat Davası:

Aleyhine tazminat davası açılacak idareden amaç, idari yargı kararının gereklerini yerine getirmekle yükümlü olan ve gerekleri yerine getirilecek kararın verilmesine neden idari davada hasım mevkiinde bulunan idari birimdir³⁰. Tazmini istenilen maddi veya manevi zararın nedeni, bu idarenin tarafı olduğu idari davada verilen kararın gereklerini, bu konuda Anayasa ve kanunla kendisine getirilen yükümlülüğe karşın, yerine getirmeme eylemi veya hareketsizliğidir. Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrasına göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak, idarenin, davacının ademi infaz sebebiyle uğramış olduğu maddi ve manevi zararı tazmin etmiş olması, onu kararın gereklerini yerine getirme yükümlülüğünden kurtarmaz³¹. İdarenin, ademi infaz dolayısıyla idare edilenlerin uğradıkları zararlardan dolayı sorumluluğunun anayasal dayanağı, bu maddedir. Sorumluluk hukuku bakımından da, idarenin

²⁹ Dan. 5. D., 28:9.1999, E: 1996/1753, K: 1999/2643: Yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle ilgililerin 2577 sayılı Kanununun 28'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında belirtilen iki seçenektan birini kullanarak idare veya kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açabilecekleri hk.

³⁰ Dan. 9. D., 26:11.1987, E: 1986/2538, K: 1987/3466.

³¹ Dan. 6. D., 19:2.1992, E: 1990/848, K: 1992/632: Tazminat ödemek suretiyle yargı kararlarının bertaraf edilmesinin mümkün olmadığı hk.; Dan. VDDG., 18:6.1993, E: 1992/301, K: 1993/74: Aynı yolda karar.

sorumluluğu kaynağını, hizmet kusurunda veya kusursuz sorumluluk ilkesinde bulabilir.

x - Ademi İnfazın Hizmet Kusuru Oluşturması:

Danıştay kararlarına göre, infaz etme olanağı bulunmasına karşın, idarenin idari yargı yerlerince verilen kararlarının gereklerini yerine getirmemesi veya bu konudaki yükümlülüğüne zamanında uymaması, hizmet kusuru sayılmaktadır³². **Hizmet kusuru**; hizmetin normal işleyişi içerisinde idarenin bir veya birden çok görevlisine düşen, fakat kişisel olarak onlara atfedilemeyen bir eksiklik³³. Bu eksiklikten dolayı hizmet kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, idarenin, idari yargı yerince verilen kararın icaplarına uygun işlem tesisi veya eylemde bulunma olanağına sahip olmasına karşın, zamanında bunu yapmamış olması gerekir.

xx - Ademi İnfaz Sebebiyle İdarenin Sorumluluğunun Kusursuz Sorumluluk İlkesine Dayalı Olması :

Yukarıda söylediğimiz gibi, ademi infaz sebebiyle idarenin hizmet kusurundan söz edilebilmesi, idarenin infaz olanağına sahip bulunmasına karşın, bunu yapmamış olmasına bağlıdır. Ancak, ademi infaz, bazan, idarenin iradesi dışında oluşur. Kararın gereklerinin yerine getirilmesinde maddi veya hukuki imkânsızlık halinin bulunması veya idare adına hareket edecek olan kamu görevlisi veya görevlilerinin kasıtlı olarak kararın uygulanmasını engellemeleri hallerinde, idarenin hizmet

³² **Dan. 10. D., 19.12.1988, E: 1986/2368, K: 1988/2241:** İdare mahkemesince alınan iptal kararının gereğini yerine getirmeyen idarenin bu davranışının hizmet kusuru oluşturduğu ve bu nedenle vermiş bulunduğu zarardan dolayı sorumlu olduğu hk.; **Dan. 5. D., 24.4.1991, E: 1989/2113, K: 1991/756,** Danıştay Dergisi, S., 82-83: Kanun yoluna başvurulduğundan bahisle iptal kararının uygulanmamasının idare yönünden ağır hizmet kusuru oluşturduğu hk.; **Dan. 6. D., 19.2.1992, E: 1990/848, K: 1992/632:** Kararın gereklerine göre işlem tesis edilmemesi halinin ağır hizmet kusuru oluşturacağı hk.; **Dan. 10. D., 25.10.1994, E: 1993/5339, K: 1994/5161,** Danıştay Dergisi, S., 90: Yargı kararının uygulanmamasının veya eksik ve geç uygulanmasının, ağır hizmet kusuru olduğu hk.

³³ **Jean Rivero,** Droit administratif, Paris, Dalloz, 1970, 4. edit., p. 255.

kusurundan söz edilemez. Bu iki durumda, idarenin tazminat yükümlülüğü, objektif yani kusursuz sorumluluk ilkesine dayalıdır.

İdare aleyhine tazminat davası, ister hizmet kusuruna, ister kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmış olsun, idari yargı yerinde açılır. Bu konuda görevli idari yargı yeri, infazı yapılmayan kararı veren idari mahkeme (Danıştay, bölge idare mahkemesi, idare ve vergi mahkemesi) dir³⁴.

ab - Kamu Görevlisinin Aleyhine Tazminat Davası:

28'inci maddenin 4'üncü fıkrası, mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde, ilgilinin, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabileceğini söylemektedir. Burada, kararın gereklerine göre idare adına işlem tesis edecek veya eylemde bulunacak kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusudur. Yani, ademi infaz ve lehine karar verilenin zararı, bu kişisel kusurdan kaynaklanmaktadır. Kişisel kusur, kamu görevlilerinin olayıdır ve görevin yerine getirilmesiyle doğrudan ilgili değildir. Kişisel kusurdan söz edilebilmesi için, kamu görevlisinin mutlaka kasıtlı davranışta bulunmuş olması da gerekmez. Ancak, 28'inci madde, ademi infaz sebebiyle lehine karar verilenin uğradığı zararın kamu görevlisinden istenebilmesi için her kişisel kusuru yeterli görmemektedir. Ayrıca, kamu görevlisinin kasıtlı davranmış olması koşulunu da aramaktadır. *Kasıt*, bir davranışı sonuçlarını bilerek ve isteyerek yapmaktır. Yani, kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılmasına neden olabilecek kişisel kusur, kasta dayalı, ağır bir kusurdur.

³⁴ Dan. 9. D., 30.12.1985, E: 1983/5384, K: 1985/2047: Danıştay kararlarına göre işlem tesis etmeyen ve eylemde bulunmayan idare aleyhine açılacak tazminat davasının görüm ve çözümünün, kararı veren Danıştay dairesine ait bulunduğu hk.; Dan. 5. D., 4.12.1997, E: 1997/2385, K: 1997/2883: Danıştay Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanununun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinde, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak görevli bulunduğu davalarda verdiği kararların uygulanmaması nedeniyle açılacak tam yargı davalarında da ilk derece görevli yargı yerinin Danıştay olduğu hk.

Kamu görevlisinin bu nitelikte bir kusurunun bulunması halinde, 28'inci madde, lehine karar verilen tarafa, ademi infaz sebebiyle uğradığı zararın tazmini için iki seçenek tanımıştır:

- Zarara uğrayan, isterse, objektif sorumluluk esasına göre, doğrudan doğruya idare aleyhine tazminat davası açabilir.

- Veya tazminat davasını, isterse, kasıtlı kamu görevlisine yöneltebilir. Bu konudaki tercih, tümüyle, ademi infaz sebebiyle zarara uğrayana aittir.

Kamu görevlisinin kişisel kusurunun sebep olduğu ademi infazdan dolayı uğranılan zararın tazmini için idare aleyhine davanın, idari yargı yerinde açılması gerektiğine yukarıda değindik. Tazminat davasının kamu görevlisi aleyhine açılması halinde ise, görevli yargı yeri, idari yargı değil³⁵, adli yargı düzenine giren mahkemelerdir³⁶.

ac - Tazminat Davasında Süre:

İdari yargı yerlerince verilen kararların gereğinin zamanında yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılacak davanın süresi, hasmın idare veya kamu görevlisi olmasına bağlı olarak farklılık gösterir. Tazminat davasının idare aleyhine açılması halinde dava açma süresi, İdari Yargılama Usulü Kanununun da öngörülen kurallara; kamu görevlisi aleyhine açılması halinde ise, Borçlar Hukuku kurallarına göre belirlenir.

³⁵ Dan. 5.D., 22.6.1982, E: 1979/4849, K: 1982/7836.

³⁶ Yar. 4. HD., 13.5.1986 E: 1986/1995, K: 1986/4064, Yargıtay Kararlar Dergisi, C. 12, Temmuz/1986, S. 9, sh. 1287: Anayasada, memur ve kamu görevlileri için öngörülen güvencenin idari işlem ve eylem olarak nitelendirilebilen davranışlarda söz konusu olduğu; memurun, kamu görevini yerine getirirken zarar oluşturan davranışının idari işleme yabancı olması halinde, memurun zarar görene, karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusuru nedeniyle sorumlu bulunduğu; idarenin ve dolayısıyla kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmesinin bir idari işlem ve eylem niteliğinde olmayıp, tersine, uyulması gerekli bir Anayasa emri olduğu; yargı kararlarının yerine getirilmemesinden doğan sorumlulukta kusurun, kasit niteliğinde olması gerektiği hk.

x - İdare Aleyhine Açılacak Tazminat Davalarında Süre:

İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinde ademi infaz sebebiyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini için özel bir dava açma süresi öngörülmemiştir. Kanunda ayrıca bir süre öngörülmediğinden, bu tür talepleri konu edinen idari davanın, 2577 sayılı Kanunun 7'nci maddesinde idari mahkeme türüne göre belirlenen genel dava açma süresine (Danıştay ve idare mahkemeleri için altmış, vergi mahkemeleri için otuz gün) tabi olması doğaldır.

Süre ile ilgili asıl sorun, sürenin gün olarak miktarında değil, başlangıç tarihinin belirlenmesindedir. Bilindiği gibi, türü ne olursa olsun, idari dava açmanın ilk koşulu, ortada, idari uyuşmazlık yaratan bir idari işlem veya eylemin bulunmasıdır. İdari uyuşmazlık yaratan böyle bir idari işlem veya eylemin bulunmaması halinde, İdari Yargılama Usulü Kanununun 10'uncu maddesi, idare edilenlere bu konuda idareye başvuru hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla, her şeyden önce, lehine karar verilen tarafından, kararı infaz etmek durumunda olan idareye yapılmış bir başvurunun bulunması, tazminat davası açabilmenin ilk koşuludur. Bu koşul hakkında, Danıştay dava daireleri arasında farklı görüşler vardır. Danıştay Altıncı Dairesi, idari yargı kararlarının gereklerinin 28'inci maddenin 1'inci fıkrasında öngörülen süre içerisinde yerine getirilmemesinden doğan zararların tazmini için sürenin bitim tarihinden itibaren idari dava açma süresi içerisinde tazminat davası açılması gerektiğini söyleyerek (25.9.1995 gün ve E. 1995/276, K. 1995/1322), bu başvurunun şart olmadığı görüşünü ortaya koymuştur. Buna karşılık; diğer dava daireleri, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu ve 521 sayılı Danıştay Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Danıştay Dava Daireleri Kurulu (27.3.1970 gün ve E. 1968/533, K. 1970/210), ademi infaz sebebi ile açılacak tazminat davasının süresinin, idareye yapılacak başvurunun (açık veya zımnen) reddi üzerine işlemeye başlayacağını kabul etmektedirler.

Tazminat davası açılabilmesi için idareye başvuru önkoşulunu arayan dairelerin görüşleri arasında da, başvurunun konusu bakımından fark vardır. Danıştay Onuncu Dairesinin kararlarında³⁷, idareye yapılacak başvurunun, idari yargı yerinin kararının uygulanması (infazı) için yapılması gerekliliğinden söz edilmesine karşın; Danıştay Sekizinci Dairesinin kararları³⁸, idareye başvuruyu, idari yargı kararının gereklerinin zamanında yerine getirilmemesinden doğan zararın ödenmesi (tazmini) isteğinin idare nezdinde dile getirilmesi için gerekli görmektedir.

Yukarıda, ademi infazla ilgili açıklamalarımızda da değindiğimiz gibi, idarenin idari yargı kararlarının gereklerine göre işlem tesis etme ve eylemde bulunma zorunluluğu için lehine karar verilen tarafın başvurusuna gerek yoktur. Bu zorunluluk, idare için, kararın kendisine tebliği (veya kesinleştiği) tarihte doğmaktadır. Lehine karar verilen tarafın, infaz konusundaki, başvurusu, ancak idareyi harekete geçirmek amacıyla olabilir. Dolayısıyla, böyle bir başvuru hukuken herhangi bir değer taşımaz. Nitekim, Danıştay Sekizinci Dairesinin yukarıda değinilen kararında da bu görüş işlenmektedir. Ayrıca, idari yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi için yapılan başvurunun zımnen veya açık biçimde reddi, kararı uygulamayan idarenin, bu tutumundan doğan maddi ve manevi zararı ödemek istemediği anlamına da gelmez.

³⁷ **Dan. 10. D., 25.5.1989 E: 1988/1908, K: 1989/1148:** İdari yargı yerince verilen iptal kararının uygulanması istemiyle on yıllık genel zaman aşımı süresi içinde idareye başvurularak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10'uncu maddesi kapsamında olan bu başvurunun reddi halinde buna dair işlemin tebliği üzerine otuz gün içinde dava açılması gerektiği hk.; Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Güven DİNÇER, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1996, sh. 469.: Tebliğinden itibaren on yıl içinde kararın uygulanmasının istenilmesinin gerektiği; 60 gün bekleyip, isteğin zımnen veya açık reddi halinde, genel dava açma süresi içinde, tazminat davası açılabileceği yolunda görüş.

³⁸ **Dan. 8. D., 17.5.1989 E: 1988/808; K: 1989/395:** Kararın yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak davalarda bir süre öngörülmediğine göre, genel olarak ilamların yerine getirilmesi için mevcut 10 yıllık zaman aşımı süresi içinde kararın yerine getirilmemesinden doğan zararın ödenmesi için yapılacak başvurunun reddi üzerine 2577 sayılı Kanunun 7'nci maddesinde öngörülen gene idari dava açma süresi içinde tazminat davası açılması gerektiği hk.

Başka bir deyişle; ademi infaz sebebiyle zarar doğmuş olabilir; ancak, bu zararın tazmini konusunda idare ile zarara uğrayan (mağdur) arasında bir uyuşmazlık, en azından, henüz, doğmamıştır. İdareye kararın uygulanması için yapılacak başvuru da, bu tür bir uyuşmazlığı doğurabilecek nitelikte değildir. Bunun için, idareye yapılacak başvurunun konusu, ademi infaz sebebiyle uğranılan zararın ödenmesi isteği olmalıdır. Ancak, bu takdirde, yapılan başvuruya verilen olumsuz yanıt veya 2577 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde öngörülen bekleme süresinin yanıtı geçmesi, tazminat davası açılmasına ve bu dava için idari dava açma süresi işlemlerine yol açabilir³⁹.

İki kararda ortak olan görüş, söz konusu başvurunun, ilamların infazı için geçerli on yıllık zaman aşımı süresi içerisinde yapılmasının gerekliliğidir. Yani, ancak, idareye, yargı kararının infazı veya ademi infaz sebebiyle uğranılan zararın ödenmesi için yapılacak başvurunun on yıllık infaz zaman aşımı süresi içerisinde olması halinde, bu başvuruya verilecek yanıt üzerine işleyecek idari dava açma süresi içinde tazminat davası açılması mümkündür. Bu içtihat, bir bakıma, idari yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi konusunda idareye ait yükümlülük için varlığı kabul edilen infaz zaman aşımı ile zarara uğrayanın bu zararının tazminini idareden istemek için yararlanacağı süreyi özdeşleştirmektedir. Oysa, her iki süre, doğuşu ve ilgilisi farklı hak ve yükümlülüklerle ilişkindir. İdarenin anılan yükümlülüğüne ilişkin olan infaz zaman aşımı, idari yargı kararının kendisine tebliğini izleyen günden başlar ve süresinin sonunda idarenin söz konusu yükümlülüğünü ortadan kaldırır. Buna karşılık, ademi infaz dolayısıyla

³⁹ **Dan. 4. D., 13.4.1995 E: 1994/3382; K: 1995/1690:** İptal kararının yerine getirilmesinde herhangi bir süre söz konusu olmamakla birlikte ilgilinin idareye başvurarak kararın yerine getirilmesini ve zararının tazminini istemesi durumunda, bu başvuruya verilen olumsuz cevap üzerine idari dava açma süresi içerisinde dava açabileceği hk.; **Dan. VDDGK., 18.6.1993 E: 1992/301; K: 1993/74:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların yerine getirilmemesi sebebiyle ilgililerin, on yıllık süre içinde uğradıkları zararın tazmininden ödenmesini isteyebilecekleri; bu halde, İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11'inci maddelerinin uygulanacağı hk.

zarara uğrayanın tazminat isteme hakkı, zararın meydana geldiği ve miktarının kesin olarak hesaplandığı tarihten başlar. Ayrıca, ademi infaz sebebiyle uğranılan zararın, her zaman, ademi infaz halinin başlangıcında doğmuş ve miktar olarak hesaplanabilir duruma gelmiş olması da mümkün olmayabilir. Örneğin; devam eden ve her ay yinelenen zararlar böyledir. Bu zararların tazmini isteğinin infaz zaman aşımına tabi kılınmasının, zaman aşımı süresinin dolumundan hemen önce doğan zararların tazmini için idareye başvuruyu imkânsız kılması kaçınılmazdır. Bu sakıncayı önlemek için, Danıştay, geçmiş tarihlerde kesin miktarı bilinen zararların tazmini talebiyle açılan davada, olası, fakat periyodik zararların, ödenmesini de hüküm altına almak, zarar tarihini veya gecikerek infaz tarihini idari dava açma süresine başlangıç kabul etmek⁴⁰ gibi çözümler üretme yoluna gitmişti. İlk çözümün, olası zararın kesin miktarının hesaplanması sırasında idare ile zarara uğrayan arasında yeni bir uyuşmazlığın doğması; diğer çözümlerin ise, zarar tarihinin ve idarenin zararı ödeme niyetinin bilinmemesi gibi sakıncalarının olacağı kuşkusuzdur.

Bize göre; bu konuda getirilebilecek çözüme, İdari Yargılama Usulü Kanununun 13'üncü maddesi hukuksal dayanak olabilir. Bilindiği gibi, bu maddede, idari eylemlerden hakları ihlal edilenlerin açacakları tam yargı davalarına ilişkin yöntem düzenlenmiştir. Yine bilindiği gibi, "idari eylem", idarenin, herhangi bir kararının icrası niteliğinde olmayan, maddi davranışdır. Anayasanın 138'inci maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinin emredici hükümlerine karşın, idari yargı kararının gereklerine göre işlem tesis etmeyen veya eylemde bulunmayan idarenin bu davranışının da, herhangi bir idari karara dayanması olanaklı değildir. Gerçekte, böyle bir durumda, idarenin idari işleme dayanmayan, dayanması da hukuken mümkün olmayan hareketsizliği söz konusudur. Öğreti'de idarenin bu hareketsizliği, "menfi

⁴⁰ Dan. 10 D., 8.3.1976, E: 1973/9998, K: 1976/531: İnfazın geciktirilerek yerine getirilmesi halinde en geç infazın yapıldığı tarihten itibaren idari dava açma süresi içinde tazminat davası açılması gerektiği hk.

eylem” (Prof. Dr. Lütfi DOĞAN, “İdari Muhakeme Usulü”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIII, S. 3-4, sh.390), “*hukuk dışı uygulama ve eylemli durum ve hukuk dışı davranış*” (Ahmet ERDOĞDU, Yönetmelik Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi, Ankara 1971, sh.8), “*yapmama fiili*” (Ord.Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III. Sh.1998) olarak nitelendirilmektedir. Bu bakımdan; idari yargı kararının gereklerine göre işlem tesis etmeyen ve eylemde bulunmayan idarenin bu davranışından doğan zararların, anılan 13’üncü maddede öngörülen süre ve yöntem kurallarına uyularak açılacak tazminat davasıyla giderilmesi uygun olur. Ancak, idarenin söz konusu hareketsizliği, belli bir tarih itibariyle olup biten eylem değildir; ademi infaz halinin meydana geldiği tarihten kararın gereklerinin yerine getirildiği tarihe kadar süren bir davranış biçimidir. Ademi infaz sebebiyle ilgilinin zararının, bu eylemin herhangi bir anında doğması; hatta, değişik tarihlerde yinelenmesi olasıdır. Bu yüzden; 13’üncü maddenin uygulanmasında, zarara neden olan eylem için belli bir tarihin saptanması mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda, idareye başvuru için eylem tarihinden itibaren beş yıl koşulunun aranmaması; zararın hesaplanabilir hale geldiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak başvurunun yeterli görülmesi çözüm olabilir⁴¹.

xx - Kamu Görevlisi Aleyhine Açılacak Tazminat Davalarında Süre:

İdari yargı kararlarının gereklerine uygun işlem tesis edilmemesi veya eylemde bulunulmaması sebebiyle uğranılan zararın tazmini için, söz konusu işlemi tesis etmeyen veya eylemde bulunmayan (görevi olduğu halde) kamu görevlisi aleyhine açılacak davanın hukuki dayanağı, bu kamu görevlisinin kasta dayalı kişisel kusurudur⁴². Söz konusu kusur, hangi amacı taşırsa taşırsın, hukuka aykırı bir davranıştır ve mağdura

⁴¹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun E.1996/2 sayılı dosyasında Danıştay Başsavcısı tarafından verilen “*Düşünce*”de de benzer görüş dile getirilmiştir.

⁴² Yr. İç.B.B.G.K., 22.10.1979, E: 1979/7, K: 1979/2, R. G. 29.11.1979-16824; Yr. HGK., 6.2.1987, 4-98/77, İ. MALKOÇ-A.MALKOÇ, a.g.e. sh. 667

karşı yapılan bir haksız fiildir⁴³. Yani, ortada, kamu görevlisinin haksız fiilinin oluşturduğu bir zarar mevcuttur. Bu zararın tazmini için davanın, Adli Yargı Düzenine mensup mahkemelerde açılması gerektiğine daha önce değinmiştik. Adli yargı yerinde açılacak bu davanın Borçlar Kanununun 60'ıncı maddesinde öngörülen zaman aşımına tabi olacağına ise, kuşku yoktur⁴⁴. Buna göre; kamu görevlisinin kasıtlı hareketi sonucu zamanında gereği yerine getirilmeyen idari yargı kararının bu durumundan doğan maddi ve manevi zararın tazmini için kamu görevlisi aleyhine adli yargı yerinde açılacak tazminat davasının, zarara ve kamu görevlisine ıttıla tarihinden itibaren bir sene ve herhalde zararı doğuran ademi infaz olayının meydana geldiği tarihten itibaren on sene içinde açılmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde, dava hakkının kullanılması olanaklı değildir.

60'ıncı madde, bir yıllık zaman aşımı süresinin başlangıcında, hem zarara, hem de faile ıttılanın gerçekleşmiş olmasını aramıştır. Zarara ve faile (kararın gereklerini yerine kasten getirmeyen kamu görevlisine) ıttıla tarihleri farklı ise, bir yıllık zaman aşımı süresi sonuncusundan itibaren başlar. Zarara ıttıladan kasıt, zararın hesaplanabilen kesin miktarından bilgilenmedir. Kamu görevlisine ıttıladan kasıt, kimliği hakkında yeterli bilgi edinmektir. Zararın kesin miktarı ve idari yargı kararının gereklerine uygun işlem veya eylemi kasten yapmayarak bu zarara neden olan kamu görevlisinin kimliğini öğrenme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde tazminat davası açılabilir. Ancak, bu süre hiç bir zaman, zarara neden olan ademi infaz olayının vuku bulduğu tarihten itibaren on yılı geçemez. Örneğin, ademi infaz sebebiyle doğan maddi ve manevi zarar ile idari yargı kararını kasten yerine getirmeyen kamu görevlisinin kimliğini, ademi infaz olayının vukuundan itibaren dokuz yıl altı ay sonra öğrenen ilgili, tazminat davasını, ancak on yıllık süreden geriye kalan altı ay içerisinde açabilir. Bu süre geçtikten sonra açılan dava incelenmez.

⁴³ Bkz.dipnot 41.

⁴⁴ Yr. 4. HD., 5.4.1988, E: 1988/10607, K: 1988/3416, İ. MALKOÇ-A.MALKOÇ, a.g.e. sh. 662:

b - Gecikme Faizi:

28'inci maddede, idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre kanunla belli edilen süre içinde işlem tesis edilmemesinin veya eylemde bulunulmamasının ikinci yaptırımını olarak gecikme faizi ödeme zorunluluğu getirilmiştir.

Gecikme faizi, maddenin 6'ncı fıkrasında, tazminat ve vergi davalarında verilen kararlar için öngörülmüştür. Amaç, bu davalarda verilen kararların geç infazından dolayı uğranılan gelir kaybının giderilmesidir. Bu nedenle ödenmesi gereken gecikme faizi, kanuni gecikme faizidir.

Danıştay Dokuzuncu Dairesi, kanuni gecikme faizi olarak, 19.12.1984 gününde yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 1'inci maddesinde öngörülen senelik faiz oranını almaktadır⁴⁵. Bu yüzden, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

⁴⁵ Dan. 9.D., 26.11.1987, E: 1986/2538, K: 1987/3466: İdari yargı kararlarının infazının gecikmesi nedeniyle idarenin gecikme faizi ödeyeceği ilkesini koyan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda ödenecek gecikme faizinin oranı hakkında herhangi bir hükümü yer almadığından, bu konuda genel hükümlere başvurmak zorunluluğu bulunduğu; Borçlar Kanununun 72. maddesinde, bir kimsenin faiz vermeye mecbur olupta miktarı sözleşme, yasa veya örf ve adetle belirli değilse, bu faizin yıllık yüzde beş oranında hesaplanacağını belirtildiği, 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren ve 5. maddesiyle Borçlar Kanununun yukarıda belirtilen madde hükmünün uygulanmayacağını açıklayan 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 1. maddesinde, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse faiz ödenmesinin, senelik yüzde otuz oranında yapılacağını, geçici maddede de, bu kanunun yürürlüğünden önceki ilişkilerden doğan faiz alacakları hakkında da yürürlük tarihinden itibaren bu kanun hükümlerinin, uygulanacağını hükme bağlandığı; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun, kamu alacaklarının kamu gücüne dayanılarak tahsili hükümlerini kapsamakta olup, 51. maddesi hükmü ile kamu alacağının ödeme süresi içinde ödenmesi halinde kamu borçlusunun ödemek zorunda kalacağı zam miktarlarını düzenlediği; halbuki, idari yargı kararının gereğinin yerine getirilmesindeki gecikme nedeniyle kamu borçlusunun değil, hizmetin geç yapılması nedeniyle idarenin bir ödemede bulunmasının söz konusu olduğu; bu durumda olayda, idare, 20.3.1984 tarihinde tebliğ edilen Vergi Mahkemesi kararının infazında meydana

Hakkında Kanunun 51'inci maddesinde vadesinde ödenmeyen kamu alacakları için öngörülen gecikme zammının veya 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinde getirilen gecikme faizinin açıklanan fıkra hükmüne göre ödenecek kanuni gecikme faizinin hesabınca nazara alınması kabul edilmemektedir. Ancak; idarenin idare edilenlere olan borcu için onlardan olan alacağına uygulanana nazaran farklı faiz uygulanması, bizce, iki nedenle hukuki ve adalet ilkelerine uygun görünmemektedir. Öncelikle, kanuni gecikme faizinin borçlu idarenin kendi alacaklarına uygulanması kanunla belirlenen faiz oranı esas alınarak hesaplanması; yalnızca adalet ilkelerine değil, ayrıca zararın gerçek miktarına da uygun düşecektir. Zira, vadesinde ödenmeyen kamu alacakları için uygulanan gecikme faizi ve gecikme zammı, her yıl kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yeniden tespit edilmektedir. Bu tespit yapılırken de, yıllık enflasyon oranının esas alındığında kuşku yoktur. Yani, Devlet kendi alacakları için paranın alım gücündeki azalmayı dikkate alarak gecikme zammı ve faizi tespit etmektedir. Enflasyonun şiddetine göre yıllık çok yüksek rakamlara ulaşabilen bu oran; aynı zamanda, kamu alacağının vadesinde ödenmemesinden dolayı Devlet'in uğradığı gerçek zararı göstermektedir. Aynı miktar zarar, aynı ekonomik koşullara tabi olan idare edilen ve onun Devlet'ten olan alacakları için de söz konusudur. O halde, idare edilenlerin Devlet'ten olan alacaklarındaki gecikmeler için de aynı faiz ya da gecikme zammı oranının esas alınması gerekir. Bu, hukuk devleti ilkesinin gereğidir, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin yukarıda tarih ve sayısını verdiğimiz kararındaki "Karşı Oy", bu konudaki görüşümüzü hemen hemen aynı gerekçelerle desteklemektedir⁴⁶. Bu görüşü

gelen gecikmenin doğduğu 20.5.1984 tarihinden, 3095 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.1984 tarihine kadarki süre için Borçlar Kanununun 72. maddesine göre % 5, 19.12.1984 tarihinden infazın yapıldığı 21.1.1985 tarihine kadarki süre için 3095 sayılı Kanuna göre % 30 gecikme faizi ödemek zorunda olduğundan, davacının 6183 sayılı Kanunun 51. maddesi hükmüne göre gecikme faizi isteminin Vergi Mahkemesince reddedilmesinde yasaya aykırılık görülmediği hk.; Dan. 9.D., 20.1.1998, E: 1996/2572, K: 1998/67: Aynı yolda karar.

⁴⁶ **Karşı Oy:** İdarenin hukuki sarumluluğunun, idari faaliyetler sonucu, idare ile idare

destekleyen, yani idare edilenlerle olan ilişkilerinde idarenin yararlandığı avantajlardan, ilişkinin diğer tarafını oluşturan idare edilenlerin de yararlanacaklarına dair Danıştay kararları da mevcuttur⁴⁷.

İkincisi, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin kararına dayanak alınan 3095 sayılı Kanunda sözü edilen faizin adı, “*kanuni faiz*” dir ve Kanunun 1’inci maddesine göre bu faiz, Borçlar Kanunundan ve Türk Ticaret Kanunundan doğan alacaklar için öngörülmüştür. Oysa; 2577 sayılı Kanunun 28’inci maddesinin 6’ncı fıkrasında öngörülen faizin adı, “*kanuni gecikme faizi*” dir ve bu faizin uygulanacağı alacağın, haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacakları dışında, yukarıda sözü edilen iki kanunla da ilgisi yoktur. Bu yüzden; anılan fıkranın 3095 sayılı Kanuna göndermede bulunduğu kabul edilemez. Fıkroda sözü edilen kanuni gecikme faizi, alacağın tabi olduğu özel kanunda öngörülen faiz olarak anlaşılmalıdır. Bu faiz, vergi alacakları için, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112’nci maddesinde öngörülen gecikme faizidir. Dolayısıyla,

edilenler arasında idare yararına bozulan ekonomik dengenin tekrar tesisini amaç edinen bir anlayış olarak ortaya çıktığı; bu anlayışın, idari faaliyetler nedeniyle idare edilenlerin mamelekinde ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi ve karşılanabilmesi için aranan koşulları ve uygulanması gereken kuralları içerdiği; Vergi Hukukunda, tarh işlemiyle kendisinden vergi tahsil edilen yükümlünün idari yargı yerine başvurması sonucu yargı merciince; tahsil edilen verginin haksız olması nedeniyle terkin ve iadesine karar verilmesi ve bu kararın geç uygulanması halinde yükümlünün mamelekinde ortaya çıkan eksilmenin idarenin hukuki sorumluluğu prensibinden hareketle sebepsiz zenginleşme kuramına göre, verginin tahsil edildiği tarihten itibaren doğan zararın tazmin edilmesi yoluyla telafisinin mümkün olabileceği; yükümlünün mamelekindeki eksilmeyi, para değerindeki düşüşler ve yükümlünün vergi olarak ödediği paranın faiz gelirinden mahrumiyetin oluşturduğu; bu eksiklik haksız tarh ve tahsil işleminden doğduğuna göre, zararın da bu tarihten itibaren düşünülmesi gerekeceği; nasıl ki, Yasakoyucu, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112. maddesinin 3. bendi ile devletin vergi alacağının tahsilindeki gecikmeden doğan zararın karşılanmasını düşünmüş ise, vatandaşı da, haksız olarak, vergi borcu diye ödediği paranın getirebileceği bir takım-zararlardan mahrum bırakmanın mümkün olmadığı; aksine düşünmenin, adalet düşüncesiyle bağdaşmayacağı; bu durumda, yükümlüye, haksız alındığına karar verilen verginin tahsil edildiği tarihten itibaren gecikme faizi verilmesi gerektiği hk.

⁴⁷ Dan. 10.D., E: 1983/343, K: 1985/1166.

faiz miktarının hesaplanmasında, bu maddeye göre belirlenen oranın esas alınması uygun olur.

Kanuni gecikme faizi, infazın yapıldığı tarihe kadar hesaplanır. Ancak, hesaplamada başlangıç alınacak tarih konusunda, belirsizlik vardır. Fıkra, "... kararın tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir." demektedir. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, yukarıda değindiğimiz kararında; bu hükümden hareketle gecikme faizinin, infazı geciken kararın idareye tebliği tarihinden itibaren hesaplanacağı görüşündedir. Ancak, Daire, daha sonra vermiş olduğu, 20.1.1998 gün ve E. 1996/2572, K. 1998/67 sayılı kararında, gecikme faizinin hesabında başlangıç olarak, otuzuncu günü esas alan vergi mahkemesi kararını onamakla, bu görüşünden dönmüş görünmektedir. Oysa; Danıştay Yedinci Dairesi, 27.3.2000 gün ve E. 1999/2121, K. 2000/845 sayılı kararında, kanuni gecikme faizinin kararın idareye tebliği tarihinden geçerli olarak hesaplanacağını söylemektedir. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin önceki içtihadı ile Danıştay Yedinci Dairesinin bu kararı, bizim, ilgili bölümde, ademi infazın varlığının kabulü için 28'inci maddenin 1'inci fıkrasında yazılı otuz günlük sürenin dolmasının beklemeye gerek olmadığı, koşullarının infazı olanaklı kılmasına karşın idarenin iradi olarak derhal infaza yanaşmamasının da ademi infaz sayılacağı yolundaki görüşümüzü doğrulamaktadır.

Gecikme faizi, kararın infazı sırasında idarece, kendiliğinden hesaplanarak ilgiliye ödenmelidir. Bununla birlikte, idarenin bu ödemeyi yapmaması da mümkündür. Bu durumda, gecikme faizinin açılacak idari dava ile istenilmesi gerekmektedir. Dava, geç infaz edilen kararı veren idari yargı yerinin görevine girer. Ayrıca, açılacak davanın idari yargı kararını infazla yükümlü olmasına karşın zamanında infaz etmeyen idareye yöneltilmesi de gereklidir⁴⁸. Gecikme, faizi istemiyle açılacak

⁴⁸ **Dokuzuncu Dairenin a.g.k.:** İdareden maksadın, idari yargı kararının gereğini yerine getirmekle yükümlü ve vergi davasında hasım mevkiinde bulunan idari birim olduğu; 5655 sayılı Kanununun 13. maddesine göre ilçelerde Defterdarlıklara bağlı olarak kurulan bağımsız vergi daireleri, Maliye Bakanlığı Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun ile

idari dava, gerçekte, bir tazminat davasıdır. Dolayısıyla, yukarıda, ademi infaz sebebiyle uğranılan zararın tazmini için açılacak idari davalarla ilgili olarak yaptığımız açıklamalar, idareye başvuru koşulu dışında, bu davalar için de geçerlidir. Gecikme faizi istemiyle dava açılmadan önce, idareye başvuru gereksizdir. Zira, gecikme faizini gecikerek infaz sırasında kendiliğinden hesaplayarak ilgilinin istemine gerek olmaksızın ödemek durumunda olan idare, bunu yapmayarak, gecikme faizi ödeme istek ve iradesinde olmadığını göstermiştir. Yani, ortada, gecikme faizi dolayısıyla doğmuş bir idari uyuşmazlık esasen mevcuttur. Nitekim, Danıştay Dokuzuncu Dairesi de, yukarıda verilen kararında, dava açma süresini, doğrudan, gecikilerek yapılan infaz tarihinden başlatmıştır⁴⁹. Ancak, dava açmadan önce, kanuni gecikme faizi ödenmesi için, idareye müracaat olunmasına da engel yoktur. Bu takdirde, müracaatın reddi üzerine idari dava açılabilir⁵⁰.

Vergi Daireleri Kuruluş ve Görev Yönetmeliği hükümlerine göre; terkinleri vs reddi gereken vergi, resim ve harçlara ait işlemleri yaptırmakla görevli ve bu işlerin zamanında ve düzenli yapılmamasından doğan Hazine zararlarından sorumlu olduğundan ve öte yandan, idari yargı kararının geç infazı nedeniyle ödenmesi gereken kanuni gecikme faizi, idarenin özel borcu olmayıp, haksız olarak tahsil edilen, verginin yükümlüye zamanında iade edilmemesi nedeniyle doğduğu kanunen kabul edilen zararın bir ölçüde karşılığı olduğundan kanuni gecikme faizi istemine ilişkin davanın tahsilatın haksızlığına karar veren idari mahkemede ve karar gereğini yerine getirmekle yükümlü ve vergi davasında hasım mevkiinde bulunan makama karşı açılması gerektiğinden olayda, davanın vergi mahkemesinde ve vergi dairesi aleyhine açılmasında kanuna aykırılık bulunmadığı hk.

⁴⁹ **A.g.k.;** Öte yandan, haksız tahsil edilen verginin yükümlüye ne kadar süre sonunda iade edildiği ve bu geç ödeme nedeniyle hesaplanacak kanuni gecikme faizi miktarı, haksız tahsil edilen verginin, iadesi tarihinde orkaya çıkacağından, olayda, 20.3.1984 tarihinde tebliğ edilen vergi mahkemesi kararının gereğinin, 21.1.1985 tarihinde yerine getirilmiş olması nedeniyle kanuni gecikme faizi istemine ilişkin olarak 29.1.1985 tarihinde açılan davanın süresinde olduğu anlaşıldığından, vergi dairesinin bu konuya ilişkin iddiasında yasal isabet bulunmadığı hk.

⁵⁰ **Dan. 4.D., 18.10.1990, E: 1988/5395, K: 1990/2809;** Yargı kararıyla terkin edilen vergi alacağını geç ödeyen idareden kanuni gecikme faizi taleplerini süre yönünden sınırlayan bir hüküm bulunmadığından, genel zaman aşımı süresi içinde istekte bulunabileceği, istemin reddi halinde de süresi içersinde dava açılabilceği hk.

c - Yeniden İptal Edilme:

İdari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarının yerine getirilmesinin idari işlem tesisi suretiyle olması durumunda, idarenin tesis ettiği yeni idari işlemin de bazı hukuka aykırılıklar içermesi olasıdır. Bu hukuka aykırılıklar, yargı yerince iptal olunan veya yürütülmesi durdurulan ilk işlemdekilerin tekrarı niteliğinde olabileceği gibi tamamen yeni de olabilir.

ca - İdari yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla tesis edilen idari işlemde, iptal olunan veya yürütülmesi durdurulan işlemdeki hukuka aykırılıkların aynen veya kısmen tekrarlanması halinde, gerçekte ademi infaz veya noksan infaz söz konusudur. Bu durumda, kuşkusuz, ilgilinin ademi infaz veya noksan infaz sebebiyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazminini idareden veya kasıtlı kamu görevlisinden isteme hakkı vardır. Esasen, uzunca süre, Danıştay da, bu durumda, yeni tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilemeyeceği; ademi infaz veya noksan infaz sebebiyle tazminat istenebileceği içtihatında bulundu. Ancak, çoğu kere, yalnızca maddi ve manevi tazminat elde edilmesi, kişinin hukukunda ve hukuk düzeninde söz konusu işlem dolayısıyla oluşan bozulmanın giderilmesine yeterli olmayabilir. Esasen, Hukuk Devleti İlkesi de, hukuka aykırılığı idari yargı yerinin kararı ile sabit bulunan idari işlemin hukuk düzeninde kalmamasından yanadır. Belki, idari yargı kararı ile iptal olunan veya yürütülmesi durdurulan idari işlemdeki hukuka aykırılıkların tekrarı ile tesis edilen yeni idari işlemin yok hükmünde (keenlemyekün) sayılması anılan amaca hizmet edebilir. Hatta, idarenin bu tür tutumlarının ağır hukuka aykırılıklar olarak nitelendirilmesinde ve bu nitelikteki hukuka aykırılıkları içeren idari işlemin yok sayılmasında, Hukuk Devleti İlkesinin korunması ve idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından yarar da vardır. Bununla birlikte; özellikle, daha sonraki kararlarında, Danıştay, noksan infaz halinde dahi, bu şekilde tesis edilen

idari işlemin idari yargı yerlerince iptal edilebileceğini kabul etmektedir.⁵¹

cb - İdari yargı kararının gereklerini yerine getirmek amacıyla tesis edilen idari işlemde, iptal olunan veya yürütülmesi durdurulan işlemdekenden farklı ve tümüyle yeni hukuka aykırılıkların bulunması halinde, gerçekte, infaz vardır. Ancak, yapılan infaz hatalıdır ve yeni hukuka aykırılıklar içermektedir. Bu durumda, idari yargı kararının icaplarının yerine getirilmesi amacıyla tesis edilen işlem, icaplarına uygun işlem tesis edilecek kararlar iptal olunan veya yürütülmesi durdurulandan, yani idari davaya konu olandan ayrı ve tamamen bağımsız bir idari işlemdir. Kesin ve yürütülmesi gerekli olma niteliği dolayısıyla da yeni bir idari davanın konusu olmaya elverişlidir. Açılan dava, idari yargı yerince, bu yeni hukuka aykırılıkların mevcudiyeti açısından incelenerek, varılan sonuca ve yapılan saptamaya göre karara bağlanır.

d - Cezai Yaptırım:

Yargıtay, geçmişte, Anayasa hükmü ile kendisine takdir yetkisi tanınmadan yüklenen görevin yerine getirilmesinde; yani, idari yargı kararının gereklerine göre işlem tesisi veya eylemde bulunulmasında

⁵¹ **Dan. 10. D., 20.10.1977, E: 1976/ 1314, K: 1977/1714:** Anayasanın 132'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, Yasama ve Yürütme organları ile idarenin; mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştirmeyecekleri ve bunların yerine getirilmesi geciktiremeyecekleri öngörülmüş olup, davalı Belediye Başkanlığının, Danıştay Onuncu Dairesince verilen yürütmenin durdurulmasına dair karar uygulayarak davacı hakkında emekliye sevk kararını durdurmak suretiyle görevine iade etmesi gerekirken, anılan yargı kararının uygulanmasını belli koşullara bağlanmasında açıklanan Anayasa hükmüne aykırılık açık hulusduğundan, bu yolla alınan kararın iptali hk.; **Dan. 6.D., 13.11.1987, E: 1987/1350, K: 1987/1102:** Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinde görevli personele görevleri süresince kullanılmak suretiyle kiralık olarak tahsis işleminden sonra bu konutların bazı personele mülk olarak tahsisi işleminin Danıştay'ca iptal olunmasına karşın, idarece bu karar doğrultusunda işlem yapılması gerekirken, bu konutların bir kamu kuruluşuna satılmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı, bu nedenle, anılan işlemin iptali yolundaki temyize konu idare mahkemesi kararında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma sebeplerinin bulunmadığı hk.

ihmal gösteren veya ısrarla kararın gereklerini yerine getirmekten kaçınan kamu görevlisinin, derece derece ihmal veya görevi kötüye kullanma suçunu işlediğini kabul etmiştir⁵². Ancak, son zamanlarda verilen kararlarda, kamu görevlisinin söz konusu eyleminin, Türk Ceza Kanununun yardımcı ve genel nitelikli 240'uncü maddesine değil, temel ve özel nitelikli 228'inci maddesine girdiği kabul edilmektedir⁵³. Yargıtay, bu kararlarında, yetkinin kötüye kullanıldığını kabul etmektedir. Oysa; Anayasanın 138'inci maddesinin son fıkrası hükmü karşısında, yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi konusunda, idarenin yetkisinden değil, yükümlülüğünden söz edilmek gerekir. Eğer, yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi idarenin yetkisine bırakılmış bir husus olsaydı; 28'inci maddenin mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılmasına olanak tanıyan 4'üncü fıkrasının, Anayasanın 129'uncü maddesinin memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceği yolundaki beşinci fıkrası ile bağdaştırılması olanaksız olurdu.

Önce de söylediğimiz gibi, ademi infaz durumunda, idarenin; gerçekte de, ilgili kamu görevlisinin idari yargıca direnmesi ve Anayasa ve yasa hükümlerini ihlali söz konusudur. Başka anlatımla; gerçekte, ortada, Anayasayı ihlal suçu mevcuttur. Dolayısıyla, idari yargı kararlarının gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlisinin eyleminin bu çerçevede değerlendirilmesi ve bu eylemin oluşturacağı suçun 4483 sayılı Kanun kapsamından çıkarılması doğru olur.

III - TAM YARGI DAVALARINDA VERİLEN KARARLARIN İNFAZI:

İlgili açıklamalar sırasında değinildiği üzere, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinde 4001 sayılı Kanunun 13'üncü maddesiyle yapılan değişiklikten önce, tam yargı davalarında

⁵² Yr. CGK., 25.9.1978, 4/230-303, İ. MALKOÇ-A.MALKOÇ, a.g.e. sh. 18:

⁵³ Yr, 4. CD., 22.1.1998, E: 1997/10, K: 1998/1.

verilen kararların infazı, kararın belli bir miktar içerip içermemesine bakılmaksızın, genel hükümlere göre olmaktadır. Anılan Kanunla maddenin 2'nci fıkrasında yapılan değişiklik, genel hükümlere göre infazı gerçekleştirilecek kararları, belli miktar içerenlerle sınırlandırmıştır. Bu değişikliğe göre; tam yargı davaları hakkında verilen kararlardan belli miktar içerenlerin infazı, 2'nci; diğerlerinin ise, 1'inci fıkra uyarınca olmaktadır.

A – BELLİ MİKTAR İÇEREN KARARLARIN İNFAZI:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesi, tam yargı davalarında verilen idari yargı kararlarının infazını, iptal davalarında verilen kararlarınkine nazaran ayrı tutmuştur. Bunun sebebi, idari yargıda görülen bu davaların, adli yargıda görülen edim davalarından sebep, konu ve sonuçları itibariyle pek farklı olmamalarıdır.

Tam yargı davalarının konusu, idarenin eylem ve işlemleri dolayısıyla idare edilenlere verilen zararların tazmini (giderilmesi), idare edilenlerin mameleklerine dahil olan, ancak sebepsiz (haksız) olarak idare tarafından iktisap olunan bir hakkın geri alınması (istirdatı) veya genel hizmetlerin yürütülmesi için kamu hukuku ilkelerine göre akdedilen idari sözleşmeler olayısıyla sözleşmenin tarafları arasında çıkan uyuşmazlığın çözümüdür.

Bu davalarda idarenin tazminat ödeme veya iade yükümlülüğü, adli yargı yerlerinde görülen benzerlerinde olduğu gibi, kusur, kusursuz (objektif) sorumluluk ve sebepsiz zenginleşme ilkelerine dayanmaktadır.

Bu yüzden; tam yargı davalarında verilen ve belli bir miktar içeren kararların infazının, adli yargı yerlerince verilen benzerlerinininkinden farklı olmasını gerektiren bir neden mevcut değildir. Bu esastan hareket eden İdari Yargılama Usulü Kanunu, 28'inci maddesinin 4001 sayılı Kanununun 13'üncü maddesiyle değişik 2'nci fıkrasında, "*Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.*" hükmüne yer vermiştir.

Genel hükümler dairesinde yapılması gereken infaz ve icra, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra dairelerince yürütülen infaz ve icradır. Kuşkusuz, bu hüküm, ilgilinin, anılan genel hükümlere başvurmadan önce, borçlu idareye başvurarak idari yargı kararında hüküm altına alınan tazminatın kendisine ödenmesini; hakkının geri verilmesini istemesine engel değildir. Bu yoldaki istek, kararların infazı için aranan 10 yıllık zaman aşımı süresi içerisinde yapılır. Bu yolla sonuç alamayan idare edilen, genel hükümlere göre infaz ve icranın gerçekleştirilmesi için yetkili ve görevli icra dairesine başvurabilir.

Bu durumda, icra dairesi, İcra ve İflas Kanununun kamu idarelerine karşı kullanılmasına izin verdiği yetkileri kullanarak, idari yargı kararında hüküm altına alınan tazminatın veya hakkın davacı idare edilene verilmesini sağlar.

Tam yargı davalarından olan tazminat davalarında verilen kararların geç infaz edilmesi, yani bu kararlarda hüküm altına alınan tazminatın gecikerek ödenmesi halinde, idare, tıpkı, vergi uyuşmazlıklarıyla ilgili davalarda verilen kararların geç infazı sebebiyle olduğu gibi, kanuni gecikme faizi ödemek zorundadır (fik. 6). İnfazın hangi halde geç yapılmış sayılacağı konusunda düzenlemede bir açıklık yoktur. Yukarıda, kanuni gecikme faizi konusunda yapmış bulunduğumuz açıklamalar, tazminat davalarında verilen kararların geç infazı dolayısıyla ödenecek kanuni gecikme faizi için de geçerlidir,

B – BELLİ MİKTAR İÇERMEYEN KARARLARIN İNFAZI:

Kimi zaman, idari yargı yerleri, tam yargı davalarında, davalı idarenin ödemeye mahkum edileceği miktarı belirlemek yerine, bu belirlemeyi idareye bırakabilmektedirler. Bu tür uygulama, çoğunlukla, iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasında söz konusu olmaktadır. Bu davalarda, idari yargı yeri, henüz kesin miktarı belli olmayan zararın belirlenmesindeki güçlüğü de etkisiyle, örneğin, *“...dava konusu göreve son verme işleminin iptaline; davacının açıkta kaldığı süreye ilişkin aylık, ikramiye vs. gibi parasal haklarının hesaplanarak tazminat olarak ödenmesine...”* şeklinde karar

verebilmektedirler. Bu durumda, davacıya ödenecek tazminatın bir tahakkuk işlemiyle hesaplanması işi, davalı idareye düşmektedir.

İdari yargı yerinin bu tür kararların infazı, 28'inci maddenin ikinci fıkrasına göre değil, 1'inci fıkrasına göre olmaktadır. 1'inci fıkra hakkında önceki başlıklar altında yapmış olduğumuz açıklamalar, bu kararların infazı için de geçerlidir.

SONUÇ:

Yapmış olduğumuz açıklamalar, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleriyle bozulan hukuk düzeninin onarılması için, çoğu zaman, salt idari yargı kararının verilmiş olmasının yeterli bulunmadığını göstermektedir. Ayrıca, idarenin, idari yargı kararlarının gereklerine uygun olarak idari işlem yapması veya eylemde bulunması da gereklidir. Bu gereklilik, tam yargı davalarında verilen kararlar için, bu kararlarda hüküm altına alınan tazminat veya hakkın ilgiliye verilmesi şeklinde görülür. Hukuk Devletinde, hukuka bağlılığı asıl olan idareye düşen, bu gereklilikleri gecikmeden ve noksansız yerine getirmektir.

Açıklamalarımız, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinde yer alan düzenlemenin, idari yargı kararlarının yaşama geçirilmesinde yetersiz kaldığını da göstermektedir. Bize göre, maddenin yeniden yapılacak düzenlemesinde;

- “*Gecikmeksizin*” sözcüğü yerine, daha emredici ve zorlayıcı anlamı olan, “*derhal*” sözcüğü kullanılmalıdır.

- Uygulamada yanlış anlamalara neden olan “*otuz günü geçemez*” ibaresi metinden çıkarılarak, kararın gereği olan işlem veya eylemin yapılması için gerekli zamanın (gerçekten gerekli olup olmadığının) takdiri ve belirlenmesi, kararı veren idari yargı yerine bırakılmalıdır.

- İdarenin kararın gereklerini zamanında ve gereken biçimde yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi görevi, idari yargı kararlarının gereklerinin neler olduğunu ve nasıl yerine getirileceğini iyi bilen, deneyimli elemanlardan oluşan Danıştay Başsavcılığına verilmelidir.

OTURUM BAŞKANI - Efendim, bu değerli ve aydınlatıcı açıklamalarından dolayı Sayın Candan'a çok teşekkür ediyorum.

Söz Danıştay kökenli, şimdi avukatlık yapan Sayın Tezcan Çakır'ın, buyurun Sayın Çakır.

Av. TEZCAN ÇAKIR (Ankara Barosu)- Sayın Başkanım, sayın misafirlerimiz.

A- İdari Yargısal Denetimin Gerekliliği:

20. ve 21. yüzyılda, bilim ve teknoloji kadar olmasa bile, hukuk, insan hakları, insanlık anlayışında yeni boyutlara ulaşılmıştır. Bu nedenle, çağımıza "İnsan hakları" çağı da denilmektedir. Bu nitelendirme elbette, insan hakları ihlalleri, soy kıyımlar ve haksız savaşlarla yaşamın maddi boyutuna ilişkin olmayıp, düşünce boyutundaki gelişmelere yöneliktir. İnsan haklarının, insanlığın ortak sorunu olarak kabul edilmesi, gelecek için umut vericidir.

Çağımızda varılan bu insanlık anlayışı, devlet anlayışını da değiştirmiştir. Artık, 'mülk devlet', 'polis devlet' anlayışının sürdürülmesi olanaksızdır. Artık insan, kul veya tebaa olmaktan çıkmış, doğal haklara sahip, iradesiyle yönetim üzerinde etkili hak sujesi bireye dönüşmüştür. Artık, Devletin de evrenselleşmiş hukukla bağlı olduğunu kabul etmek zorunda kalınmıştır. Hukuk Devleti denilen bu anlayışın en belirgin özelliği, devletin hukuka bağlılığının yargı yoluyla sağlanabilmesine olanak sağlanmasıdır. İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti ilke ve sisteminin en önemli yaptırımıdır.

Hukuk Devleti ilkesini benimsemiş ülkelerde; kamu hizmetlerinden yararlananları, yönetilenleri kamu gücünün keyfiliklerinden kurtarmanın, gerçek bir güvenceye bağlamanın en etkin yollardan birisi, idarenin yargısal denetime tabi tutulmasıdır.

İdarenin yargısal denetimi ilkesinin benimsendiği ülkemizde, bu denetimin sonuçlarının tartışıldığı ve idari yargı kararlarının yerine getirilmemekte ısrarlı davranıldığı her zaman görülmüştür. 1961 Anayasanın yürürlüğünden beri, idari yargı kararlarının yerine getirilmesi, uyumsuzluğun tarafları, kamuoyu ve mahkemeler açısından bir sorun olmuştur. Davacıları, kamuoyunu ve mahkemeleri gereksiz yere meşgul eden ve bir sorun haline getirenlerse; politikacılar ve onların yandaşları olan üst düzey kamu yöneticileridir. Bu konuda o kadar ileri gidilmiş ve haksız saldırı ortamı yaratılmış ki, Danıştay Başkanı 1976 açılış konuşmasında "*Ben Danıştay kararını yerine getirmem. . . Tehir edilecek icra yoktur orta yerde; çünkü icra yapılmış bitmiştir ; bunun tehiri mümkün değildir icranın üzerine çıkmış bir Danıştay müessesesi ile Türkiye'yi idare etmek mümkün değildir.*" ¹ biçiminde öne sürülen eleştirileri şu sözlerle yanıtlamak zorunda kalmıştır.

" . . . Asırlarca önce ölmüş " Devlet benim " düşüncesinin ve keyfi idare sistemlerinin görüntülerini hatırlatan bu davranışların el' an sürdürülmesinin içerde ve dışarıda Devletimize itibar kazandırmayacağı, yarar değil zarar getireceği, yargı erkinin tahribe ve onun saygınlığını yitirmeğe yönelik girişimlerin medeni ve özgürlükçü demokratik Cumhuriyetimize ve özellikle bunu yapmak isteyen organların saygınlığına gölge düşüreceği ve Devleti güçlendirmek yerine zaafa uğratacağı kuşkusuzdur " ² denilmesine karşın, halen Hukuk Devleti ilkesini ve idarenin yargısal denetimini küçülten, hiçe sayan davranış ve mahkeme kararlarını üzülmektedir.

Oysa, çağdaş devlet anlayışında, yönetenlerin keyfi istek ve iradeleri değil, hukukun üstünlüğü esas olmalıdır. " kral olmasına kralım , bunda kuşku yok. Ama her aklıma eseni de yapamam " diyenlerin sayısı artmalıdır. ³ Çağdaş demokratik hukuk devlet düzeninde yasama,

¹ Dan. Der. sayı: 20-21 sh: 7

² Dan. Der. sayı: 20-21 sh: 15 vd.

³ İki bine Kavuşurken Gümüşğında Yönetim II Han özyay, İstanbul 1994 sh: 27

yürütme ve yargı organlarının, hukukun genel ilkeleriyle, bunlara uygun çıkarılmış yasaların çizdiği sınırlar içinde kendi görev alanlarında işlevlerini sürdürecekleri, Devletin egemenliğini temsil eden bu güçler arasında üstlük ve üstünlük sıralaması olmadığı, belirli devlet yetki ve görevlerinin, yetkili organlarca kullanılması gerekliliği unutulmamalıdır. Devletin egemenliğini temsil eden bu güçlerin, birbirinin görev alanına el atmaması, özellikle yürütme organının yargıya gerekli saygınlığı göstermesi beklenilir iken, uygulamada idari yargı hor ya da karşı cephe olarak görülmektedir.

İdari yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesinde ısrarlı davranış biçiminin tüm ülkeler için geçerli olduğu belirtilmekte ve bu durum " *hasta ruhlu ve insanlıktan uzak. . . dostluk yoluyla varılabilecek sonuçları reddeden, didişme konusunda açgözlü, idare mahkemelerini işten başlarını alamaz hale getiren, yargı yerleri kendisini haksız çıkardığında da, genellikle bu kararları uygulamaktan kaçan, uyuşmazlıktan zevk alır gibi.* " biçiminde tanımlanmaktadır.^{4 5}

" *Bir yargı kararını umursamama iradesi çoğu kez kolayca görülmeyen, sinsî bir biçimde tezahür eder. Bu irade, hukuki bahanelere yahut yasallık endişe ve titizliğine bürünür, hesaplı bir yavaşlık içinde ortaya çıkar.* " ⁶

B- İdari yargı kararlarının uygulanmasına yönelik idari yargı içtihatları:

Devletin bir borcunu ödememesiyle, yargı kararının yerine getirilmemesi halinin eş anlamlı olduğu kabul edildiğinde, ". . . *devlet*

⁴ İki bine Kavuşurken Günışığında Yönetim u Han Özey, İstanbul 1994 sh: 15

⁵ Bu anlatım biçimine gerek duyulduğundan kaynak gösterilerek kullanılması tavsiye olunur. ikinci örnek kararın dava dilekçesinde yer verilen bu anlatım biçiminden alınganlık gösteren kişinin açtığı, manevi tazminat davası reddolunmuş ve bu karar Yargıtay 4. Hukuk dairesinin 23. 2. 1995 günlü ve 1995/1405-1702 sayılı kararıyla onanmıştır.

⁶ İdari Yargı Kararlarının Uygulanması. A. Ş. Özeren, T. Bayhan 1992 Ank. sh:55

*kamu tüzelkişiliğinin itibar ve haysiyeti icabı. . .*⁷ sonucuna ulaşılması gerekir. Bir başka anlatımla, borcunu ödeyememesi devletin itibarına nasıl gölge ve kuşku düşürecekse, yargının aldığı kararların kısa bir süre içinde ve etkin bir biçimde yerine getirilmemesi halinde de durum aynıdır. Yargının gücü ve saygınlığı, aldığı kararların kısa bir süre içinde ve etkin bir biçimde yerine getirilmesine bağlıdır.

Bir idari yargı kararının uygulanması söz konusu olduğunda, yönetim ve/veya yargı neden tıkanmaktadır. ? Hemen verilebilecek kısa yanıt, Hukuk Devleti ilkesini BİLİNÇLİ VE KASITLI zaafa uğratma çabaları ile keyfi yönetim anlayışının genetik yapımıza sinmiş (!) olmasıdır.

İdari yargı kararlarının yerine getirilmesindeki güçlük ve sorunlar nereden, neden kaynaklanmaktadır;

İptal davasına konu olan idari işlemlerin yapısında ve yapılmasında birbirinden çok farklılıkların varolması, iptal kararının, hukuksal niteliği gereği olarak idarenin yerine geçememesi ve yargının kararından sonra ikinci bir işlemin yapılması gerekliliği, kariyer ve Liyakat ilkelerine karşın kadrolaşma uygulamaları, her yönetimin keyfiliği vs gibi güçlükler ilk akla gelenlerdir. Bu sorunların, nasıl çözümlenmesi gerektiği uygulama ve öğretilerde ortaya konulmuştur.

Her Danıştay Dergisinde, idari yargı kararlarının uygulanmasına yönelik makaleler⁸ ve ayrıca bir çok yargı kararları yer almaktadır. 9. 7. 1966 günlü ve E: 1965/21 , K: 1966/7 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme kararında ". . . *iptal davasına konu olan idari bir işlem ve kararın Danıştay'ca iptal edildiği tarihten değil, idarece verildiği andan itibaren ortadan kalkacağı.* . ."⁹ belirtilerek iptal kararlarının geriye yürürlüğü ilkesine yer verilmiştir. İptal ve idari yargıya özgü yürütmenin

⁷ 15. 1. 1947 günlü ve 1947/14- 15 sayılı İBK. Yargıtay İBK. Hukuk bölümü cilt :3 sh: 602

⁸ Dan. Der. sayı: 16-17 sh: 3; 20-21. sh: 15-24; 26-27. sh: 42; 38-39. sh: 5; 46-47 sh: 3; 40-41. sh:3; 52-53. sh:3 sayı: 102, sh 12, sayı:105, sh: 3 ve 31

⁹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları cilt : 11953-1967 sh:283

durdurulması kararları, iptali istenilen idari işlemi ve buna bağlı işlemleri tesis edildikleri andan itibaren ortadan kaldıran ve işlemin tesisinden önceki hukuki durumu ortaya koyan kararlar olduklarına göre, uygulanmaları gerektiğinde hukuki ve teknik sıkıntıların olmaması gerekir.

Danıştay 1. Dairesi " *haklarında tesis edilen göreve son verme, görevden çekilmiş sayılma ya da benzeri işlemlerin yürütmenin durdurulması kararıyla durdurulması üzerine, görevine döndürülen memurların fiilen görev yapmadıkları döneme ait özlük hakların ödenmesini* " ¹⁰, yine aynı Daire " *daha sonra açtığı dava ret edilmiş olsa dahi, yürütmenin durdurulması kararının uygulanması nedeniyle memurunun özlük haklarına ilişkin olarak yapılan ödemelerin geri alınamayacağını* " kararlaştırılmıştır. ¹¹

İptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesinde çeşitli olasılıklarla uygulama yöntemleri hakkındaki Danıştay 3. Dairesi E: 19781151, K: 19781199 sayılı kararı, özellikle kamu görevlilerinin atanması ve görevlerine son verilmesine ilişkin sorunlara açıklık getirmektedir. Danıştay 2. Dairesi yargı kararını uygulamayan kamu görevlilerinin TCK 'un 240. maddesinin kapsamına giren -görevi kötüye kullanma -suçunu işledikleri yolundaki kararını devam ettirmektedir. ¹²

Bu kararlardan esinlenen yürütme organı, yürütmenin durdurulması kararı alan kamu görevlilerinin yoksun kaldığı özlük haklarının dava açılmasına neden olunmadan kendiliğinden ödenmesi yolunda Devlet Memurları Genel Tebliği (71, 81, 81 ek)¹³ yayımlayarak, yargı kararlarına uyum sağlama çabası göstermek istemiştir.

¹⁰ Dan. Der. sayı: 52-53 sh: 41 1983/11 16, 1983/144

¹¹ Dan. Der. sayı: 52-53 sh: 37 1983/124, 1983/153

¹² Danıştay Yayınları sayı:21, idari Yargı ile incelemeler 1. sh: 129

¹³ İbrahim Pınar, Devlet Memurları Kanunu Ankara 1993 sh: 891,914,915

1961 Anayasasının uygulama döneminde; yürütmenin durdurulması kararlarının gerçek bir mahkeme kararı olmadığından uygulanmayabileceği, hele tazminat verilirse uygulanmasının tartışma konusu edilemeyeceği yolunda bir iki hukukçu görüşünün kamuoyuna yansması üzerine, Türk Hukuk Kurumu "**Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**" konulu konferansı 1966 yılında düzenlemiş ve birbiriyle zıt görüşleri kitap haline getirmiştir. ¹⁴ ". . . Yüksek memurların görevden alınmalarına veya başka göreve tayinleri hakkındaki idari tasarrufların, Danıştay tarafından yetki bakımından denetlenmesi mümkün değildir ve olmaması lazımdır. . . " görüşü bile öne sürülmüştür.

C- İdari yargı kararlarının uygulanmasına yönelik adli yargı içtihatları:

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 22. 10. 1979 günlü ve 712 sayılı kararında " *kararı yerine getirmeyen kamu görevlisinin ayrıca garez, kin, husumet ve benzeri duyguların etkisi ile hareket etmesinin aranılmayacağını* " ¹⁵, Yargıtay C. G. Kurulu, 625. 9. 1978 günlü ve 2301330 sayılı kararında ". . . yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasında ihmal gösterilmesi veya ısrarla uygulamadan kaçınılması hallerinde görevi savsama veya görevi kötüye kullanma suçlarının oluşacağını. . " ¹⁶, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 17. 5. 1991 günlü ve 112 sayılı kararında ". . . vakua ve karinelerden iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda olan kimsenin kötünüyetinin karşı tarafça ispat edilmesine gerek ..." ¹⁷ olmadığı kararlaştırılmıştır.

İdari yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin, sadece uygulama yapmamış olması kötünüyet ve kasdın varlığına karine

¹⁴ Türk Hukuk Kurumu No: 24- 123 Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması Ankara 1966

¹⁵ Turgut Uygur Açıklamalı içtihatlı Borçlar Kanunu I. cilt 1990 Ank. sh:468

¹⁶ Kazım Yenice, Yüksel Esin idari Yargılama Usulü Ankara 1983 sh: 608

¹⁷ Yargıtay Kararlar Dergisi cilt: 17, sayı : 8, sh: 1154

olduğundan, bunun yokluğunu kendisi kanıtlamak durumunda olmalıdır.

İdari yargı kararını uygulamayan kamu görevlileri hakkında tazminat davalarına ilişkin Yargıtay 4. Hukuk Daire kararlarını toplu olarak, Turgut Uygur'un Açıklamalı -İçtihatlı Borçlar Kanunu 1990 Ankara cilt 1, 462. ve devamı sayfalarında görebilmekteyiz.

Bu adli yargı kararları dışında elde ettiğimiz bazı kararları tartışmaya açmak isteriz.

D- İdari yargı kararının uygulanmaması üzerine açılan kişisel kusura dayalı tazminat davalarına ilişkin adli yargı kararları ve eleştirisi;

1- 1994 yılında yerel yönetime seçilen belediye başkanı, soruşturma olmaksızın özel talimatla Sağlık Daire Başkanını hastane doktorluğuna atar. Görevden alınma işlemine karşı, Ankara İdare Mahkemesinde dava açılmış, önce yürütmenin durdurulması kararı , daha sonra da iptal kararı verilmiştir. Yürütmenin durdurulması kararının uygulanması için idareye başvurulmuşsa da. yasal süreç içinde uygulamadan kasıtlı olarak kaçınılması üzerine, kişisel kusura dayalı manevi tazminata ilişkin dava açılmıştır. Mahkeme yukarıda anılan Yargıtay İBK. nı esas alarak, tazminat davasını kısmen kabul etmiş ve davalı belediye başkanını manevi tazminata mahkum etmiştir.

Davalının temyizi sonucunda Yargıtay 4. H. D E: 199511600-2397 sayılı kararıyla *"...Kamu görevlisinin kasdı ise ancak uygulama isteğinin kendilerine ulaştırılması ile belirginliğe kavuşur. Davacı bu yoldaki isteğini 20. 7. 1994 günlü ve 4344 sayılı dilekçesiyle gerçekleştirdiğini dava dilekçesinde bildirmiş olmasına rağmen dosya arasında bu dilekçeye rastlanılmamıştır. Öyleyse anılan dilekçe üzerinde durulup davahların kasıtlarının açığa kavuşturulmasından sonra bir karar verilmesi gerekir. (...) ' idareye tebliğ' temel alınarak davahların kişisel sorumluluğuna karar verilmesi bozma nedenidir. "* gerekçesiyle tazminat kararını

bozulmuştur. Bozmaya uygun olarak verilen karar. aynı Dairenin 26. 12. 1995 günlü ve 199519159-1 0099 sayılı kararla onanmıştır.

Yargıtay'ın bozma ve bu karara uyularak verilen karar ; yukarda yer verilen Yargıtay İBK' na. idare hukuku ilke ve uygulamalarına aykırıdır.

Adli yargı; idari yargı kararının değil. bunun uygulanması için yapılan başvurunun tebliğini esas alarak kasıt ve illiyet ilişkisini arıyor ve davahya özel tebligat üzerinde duruyor. Bu kararındaki gerekçenin hukuka uygun olmadığı kanısındayız.

Şöyle ki;

1)Yargı kararının tebliği:

İdare mahkemesi kararının, davalının bilgi alanına yeni ulaştığı, ulaştığı tarih itibariyle de işlem tesis edilmiş olduğu yolundaki gerekçe, hukuki dayanaktan yoksundur. Her türlü yargı kararı, elbette ve her zaman kamu tüzelkişiliğinin genel evrak kaydına girer. Genel evrak kaydına giren belge, zimmetlenerek ilgili birime gönderilir , gerekli hukuki ve bürokratik işlemleri tamamlanır. Bunu takiben, o kuruluş veya kurumun en üst durumunda olan atanmış veya seçilmiş rast geldi yöneticisi, -amir -yargı kararı doğrultusunda tersine bir ikinci karar tesis etmek zorundadır. Bir başka anlatımla; herhangi bir yargı kararının doğrudan kamu idaresinin başında bulunan kimseye **BİZZAT** tebliğine gerek ve yasal zorunluluk yoktur. Bir yargı organınca alınmış karar veya bunun uygulanması yolundaki başvuru; bir **aşk mektubu** değildir ki, illa ve mutlaka ilgili en üst amire tebliğ edilsin.

Bir idari davada, yargılanan idari işlemin kendisidir. İdari işlemi tesis eden makam veya kişinin yargılanması söz konusu olmadığından, yargı kararının, davaya konu edilen kararı tesis eden kişiye tebliğinden söz edilemez. Aksi halin kabulü halinde, her ne suretle olursa olsun, idarenin alt birimlerinden kurum amirine kadar geç ulaşan veya bilinerek geç ulaştırılan bir yargı kararının uygulanmaması halinde, sorumlu kişi bulunamaz. Kurumun içindeki herhangi alt idari kademe, kurum genel evrakından gelen yargı kararını, bilerek ve isteyerek uzun

süre elinin altında alıkoymalı ve böylece uygulama için öngörülen yasal süreyi geçirebilir. Bu takdirde de, yetkili amirin sorumlu olmadığı ve her zaman yasal uygulama süresinin arttırılması sonucu ortaya çıkar. 2577 sayılı yasanın öngördüğü otuz günlük uygulama sürecinin başlangıcı, amirin duruma ittila tarihi olacaksa, bu yasa kuralının amacına ve esprisine aykırıdır. Böylesi- bir durumda, davalılar geç haberdar olduklarından bahisle her zaman sorumluluktan kaçınabileceklerdir. Çünkü, idare kurum içi yazışma ve yazışma havalelerini istedikleri biçimde düzenleme ve düzeltme olanaklarına sahiptirler.

2) Yargı kararı uygulaması için başvuru koşulu:

İdari yargı kararının uygulanması için, başvuru koşulunun aranılması, karar uygulanmasının geciktirilmesiyle eş anlamlıdır. Zira, bir idari işlemin şakathğının idari yargı tarafından ortaya konulmasıyla, o işlemin hukuk düzeni içinde yerinin olmadığı belirlenmiş demektir. Bu halde, davaya konu edilen işlemin sonuçlarının resen kaldırılması, eski halin iadesi gerekli ve yasal zorunluluktur. İptal edilmiş ve/veya yürütmenin durdurulması karar verilmiş işlemin sonuçlarının resen kaldırılmasında görevli ve sorumlu olan kamu idaresidir , onun adına karar tesis etmeğe yetkili olanlardır. Çünkü, yargı kararının hasmı kendisidir. Keyfi ve hukuka aykırı işleme karşı dava açma iradesini gösteren kamu görevlisinin, yargı kararını alır almaz " *ben yine görevimin başındayım* " deyip bir makamı işgal etmesi düşünülemez. Meğer ki, ilgili kişi hukuk profesörü ve aynı zamanda özerk ve özel bir kurumun genel müdürü olmasın. ¹⁸ Davaya konu edilen işlemin yerine getirilmesini sağlamak üzere ikinci bir işlemin tesisi gerekir ki, bunu kararı alan kamu idaresi kendiliğinden yapmak zorundadır. Bir başka anlatımla, görevine son verilen veya görev yeri değiştirilen bir kamu görevlisi açtığı dava sonucunda aldığı kararı uygulatmağa koyabilmek için, ayrıca özel bir başvuruya gerek olmadan, idaresinin, yargı kararının uygulanmasına yönelik kararını beklemek durumundadır.

¹⁸ 31 Ocak ve 2 Şubat günlü Hürriyet' te E. Çölaşan' ın makaleleri

Yasallık ve resen hareket edebilme ilkesinden yola çıkan idarenin, buna karşı bir yargı kararıyla karşılaştığında, anayasa ve genel hukuk ilkeleri gereği olarak kendiliğinden uygulama yapması, eski kararını kaldırarak göreve çağrıda bulunması gerekir. Aksi halde, başvuru olmadığı için yargı kararı uygulanmamış olur ki, bu durumda idarenin yargısal denetiminin bir anlamı kalmaz. Nitekim, Danıştay 8. Dairesinin kararın E:1987/984, K: 1989/329 sayılı kararında ". . . hukuka bağlı bir idarenin, ilgililer başvurmasa dahi karar gereğinin yerine getirmeleri bir görev ve zorunluluktur. . . .", biçimindedir.¹⁹

3) Kötüniyet ve zincirleme davalar:

Bu uyuşmazlıkta, davalının kötüniyetli davranışı belgelenmişti. İdari yargı mahkemesi kararını yasal süresi içinde uygulamayan davalı Belediye, uygulama adı ve bahanesi altında önce APK üyeliğine, buradan da geçici görevlendirme suretiyle Sağlık ve Sosyal Daire başkanlığı emrine atama kararları tesis etmiştir. Bunlara karşı, idari davalar açılmıştır. Oysa, Yargıtay İBK kararı açıkça sorumluluk ilkelerini belirlemiştir.

Yargıtay'ın E: 1978/7 , K: 1979/2 sayılı İBK ' da "...yürütmeyi durdurma veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmaması, bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterlidir. Sorumluluk için ayrıca, kin, garez husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılması gerekmez. Yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu yönüne gidilebilmesi için ilgilinin açmış bulunduğu iptal davasının sonucunun beklenilmesine gerek yoktur... " denilmiş olduğundan, bilgi sahibi olma. kişiye özel başvuru ve kasıt gibi subjektif bir unsur veya duygunun araştırılmasına gerek yoktur. İBK kararında belirttiği gibi, yalnızca yargı kararının uygulanmaması, uygulamayı yapma durumundaki kişinin kişisel kusuru için yeterlidir.

¹⁹ Dan. Der. sayı : 76- 77 sh: 568

" . . . kamu görevlisi, zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi vesilesiyle yapmışsa, artık görev kusuru değil, salt kişisel kusur söz konusudur. . " yolundaki Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E:1985/4-309, K: 1986/466 sayılı kararı devamlılık arz eden bir içtihat olduğundan, kasıt ve/ veya tebligat araştırmasına girilmeden, atamaya yetkili amirlerin tazminatla sorumlu tutulmaları zorunludur.²⁰

II- İkinci örnek kararda üzülererek söylemek gerekirse, davalı idarenin üst yöneticisi, idare Hukuku profesörüdür. Göreve başladığının daha ikinci gününde " makamın şifahi talimatıyla " Daire Başkanlığı görevindeki kişiyi APK üyeliğine atanmış, bu işleme karşı açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararından sonra da, aynı doğrultuda ve yurtdışı geçici görevlendirme yolunda kararlarını verebilmiştir. Hukukçu idareci tarafından adına yaratılan bu hukuksuzluk tablosu, hukuk adına hüznü vericidir.

İdari yargı kararını uygulamayan idare hukuku profesörü, tazminata mahkum olmuştur. Bununla kalmamış, açılan tazminat davasından kurtulabilmek için ortaya bir tez atmıştır. Bu tezi tartışmaya açmak isterim.

Yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması için yasal süreç, "**...yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itirazın sonucu hakkındaki kararın tebliğ edildiği tarihten başlayacağı. . .**" yolundaki tezini, iki meslektaşının bilimsel raporuyla da desteklemeğe çalışmıştır. Tez; "**... yürütmenin durdurulması kararına itiraz edildiğine göre, yürütmenin durdurulması kararının uygulanma süresinin başlangıcı, itirazın reddine dair Bölge İdare Mahkemesi kararının tebliğ edildiği tarihtir , 58. günde uygulama yapıldığından yasa kuralı çiğnenmemiştir. . .**" biçimindedir.

Kanımızca, bu yasaya karşı hile ya da hukuk cambazlığıdır. Yargılamayı etkilemeye yönelik ve dava dışında verilen iddia ve görüşün doğruluğu kabul edilse bile, açılmasına neden olunan diğer idari

²⁰ Yargıtay Kararları Dergisi cilt : 13 , sayı : 11 , sh: 1625

davalarla birlikte düşünüldüğünde, yargı kararına uyulmaması yani, eski görevine yerine başka göreve atanması kasıt unsurunun devam ettirildiğini göstermiştir.

1) İddia ve bilimsel görüşlere göre; yürütmenin durdurulması kararına itiraz süresi içinde, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması halinde kişisel kusurdan bahsedilemez. Eğer, yürütmenin durdurulması kararının tebliğinden itibaren ilk yedi günü kastediyor ve bu süre içinde uygulanma yapılmamasını D hukuki bir nedeni olduğunu öne sürmekte ise, bu hususta hiçbir kuşku ve tartışma bulunmamaktadır. Zira, öngörölmüş yasal sürecin henüz ilk yedi günü söz konusudur.

Ancak, itirazın sonucunu gösterir kararın tebliğ tarihinin, yürütmenin durdurulması kararının uygulanması için yasanın koyduğu sürenin başlangıcı olduğu yol undaki görüşe katılmak tutarsızdır. Çünkü ; İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararına itiraz edilmiş olması, hiç bir biçimde kararın uygulanmasını ve uygulanabilmesi için yasa kuralıyla öngörölmüş olan süreyi etkilemez. Uygulamaya başlanılması için o günkü yasal düzenlemeye göre altmış, - şimdi ise otuz -günlük sürenin başlangıcı olarak, itirazın reddi hakkında kararın tebliği olarak alınması, Anayasanın 138. ve 2577 sayılı yasanın 28 /1 maddesine aykırıdır. Zira;

Yasa, yürütmenin durdurulması kararına itirazın uygulamayı erteleyeceğine ilişkin bir kurala yer vermediği gibi, yasal düzenlemelerle birlikte yerleşik Danıştay kararları da yargı kararının hemen uygulanması gerekliliğini vurgulamıştır. 2577128 maddesinde, ". . . **en geç altmış gün içinde.** . veya. . . **Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.** „ denilmesinden anlaşılması gereken husus, kararların derhal uygulanması ilkesinin esas olduğudur. Anılan kuraldan, idareye son günün dolmasına kadar süren bir bekleme yetkisinin tanındığı sonucu da çıkarılamaz. Maddenin anlamı, maddi olgular elverdiği ölçüde, derhal ve gecikmeksizin

uygulama yapılmasıdır. İlgili kararın idareye tebliğinden itibaren son günün dolmasına kadar bir uygulamama yetkisinin idareye tanındığı yolundaki görüş veya çarpık uygulama, maddenin sözüne ve getiriliş amacına olduğu kadar , yürütmenin durdurulması kararlarının hukuki niteliğine de aykırıdır. Danıştay 1. Dairesi 8. 10. 1987 gün ve 19871367-352 sayılı ve Danıştay 5. Dairesinin 9. 12. 1987 gün ve E: 198611394, K: 19871 1740 sayılı kararında da belirtildiği gibi, derhal uygulama yapılması bir idare hukuku ilkesidir. ²¹

2) Yürütmenin durdurulması isteminin reddine dair karara itiraz edilmiş ve Bölge İdare Mahkemesince yürütmenin durdurulmasına dair karar verilmişse, kararın uygulanması için süreç elbette, buna dair kararın tebliği tarihinden itibaren başlayacaktır. 2577 sayılı yasanın 28. maddesinde, sadece ' **iptal ve yürütmenin durdurulmasına dair karardan** ' bahs olunmuştur. Madde metninde, yürütmenin durdurulmasına dair karara karşı yapılan itirazdan ve itiraz üzerine verilecek bir karardan, bu kararın tebliğinden bahs olunmamıştır. Böylesi bir kurala yer verilmesi, uygulama için önceden konulan -altmış veya otuz günlük- sürenin aşılması anlamında olacaktır. Oysa, Yasa koyucu kesin bir süre koyarak, kötü niyetli uygulamaları ve uygulamacıları önlemek istemiştir.

Yürütmenin durdurulması kararının uygulanması için öngörülen - altmış günlük -sürecin başlangıcı olarak, itirazın reddi hakkındaki kararın tebliğ tarihinin esas alınması arzu ediliyor olsaydı, yasa koyucunun bunu açık açık belirtmesi gerekirdi. 3622 sayılı yasa ile idari yargılama usulüne getirilmiş olan yürütmenin durdurulmasına dair karara itiraz kurumunda, **itiraz süresi ile itirazı karara bağlanma süresinin** ayrı ayrı gösterilmiştir. Bu sürelerle, yürütmenin durdurulması **kararının uygulanması için öngörülen sürenin** farklılığı açıktır. Ayrı maddeler halinde düzenlenmiş ve farklı ,muhatapları olan maddelerin birbiriyle hiçbir alakası yoktur.

²¹ Dan. Der. Sayı:70-71, sh: 71-73, 287-290

3) İtiraz için öngörülen süre davanın **tarafını**, itirazın karara bağlanma süresi ise, **mahkemeyi** ilgilendirmektedir. Yürütmenin durdurulması kararının gereğine göre işlem yapılması için talimat ise, **idareye** yöneliktir. Atama işlemleri hakkında Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yerine getirilmesinde idarenin yapacağı işlemin biçimi hakkındaki Danıştay 3. Dairesinin 9. 3. 1978 günlü ve E:1978/151, K:1978/199 sayılı kararında da belirtildiği gibi, o kamu idaresinin başındaki kişinin yürütmenin durdurulması kararının yerine getirilmesi için ilgililere bir yazı yazmasıyla eski hukuki durumun devam ettirilmesini sağlamayı yeterli ve zorunludur. Yani, ne otuz gün, ne de altmış günlük bir çalışma yapılmasını gerektiren bürokratik bir çalışma söz konusu değildir. Sadece, personel hareketlerini gösterir basılı bir belgenin, atama gerekçesinden bahseden bölümüne ". . . *yargı kararı gereğince.* ." denilecek ve yetkililerce imzalanacaktır.

2577 sayılı yasanın 52. maddesinde, "*Temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olması, hakim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz.* . . ." kural dahi, idari yargı kararının uygulanmasında gösterilen titizliği göstermektedir. Temyiz ile birlikte yürütmenin durdurulması isteminde bulunduğu ve buna dair özel dairesince kararın verildiği veya itirazın kabulüyle yürütmenin durdurulma kararı kaldırıldığında, o kararın infazdan kaçınma mümkündür ve yasal bir nedeni vardır.

Yargısal içtihatlardan hareket eden yasa koyucu, konuya 4001 sayılı yasayla açıklık getirmiş ve "*Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez* " denilmek suretiyle hukukçu olmayanların da anlayabileceği biçimde yeni baştan kaleme alınmıştır.

Uyuşmazlıkta; atama işleminde yetkili ve imza sahibi diğer davalıların mahkemedeki açıklamalarından, Bölge İdare Mahkemesinin itirazın reddi hakkındaki kararın tebliğinden itibaren altmış gün içinde uygulama yapabileceğini, genel müdürün beyan ettiği anlaşılmıştır. Bu nedenle sadece genel müdür tazminata mahkum olmuştur.

Hem *yargı kararları tam ve eksiksiz uygulanmalı* ' diye Danıştay' da tebliğ sunulup, kongre danışma kurulu üyesi olacaksınız, hem de uygulamacı bir makama gelince hemen dediklerinin tam aksini yapacaksınız.²²

III- Bir vakıf üniversitenin açtığı doçentlik kadrosuna **atanmama** işlemiyle aynı kadroya bir **başkasının atanması işlemine** karşı Ankara İdare Mahkemesinde dava açılmıştır. ilk derece mahkemesince yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş, itiraz üzerine Bölge İdare Mahkemesince yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Mahkeme kararı uyarınca, davacının atanmasının sağlanması için başvuru olumsuz olarak yanıtlanınca, ilgili profesörler hakkında kişisel kusurdan dolayı tazminat davası açılmıştır.

Uyuşmazlıkta yer alan maddi olayları sırasıyla ve kısaca tekrarlayalım;

* Davacının vekili olarak, açık olan doçentlik kadrosuna kendisinin atanması gerektiği iddiasıyla, atanmamasına ilişkin karar ile aynı kadroya bir başkasının atanmasının yapılması yolundaki karara karşı birlikte dava açılmıştır.

* idari yargı, davaya konu edilen idari kararlara, kararının " istemin özeti " bölümünde yer vererek, uygulanmanın durdurulması kararı vermiştir.

* Yürütmenin durdurulması kararının uygulanması için gerekli başvuru yapılmış ve davalı idare temsilcileri tarafından uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Yargılama süresince de, vekil edenim hakkında uygulama yapılmamıştır.

²² II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Ankara 1993 Danıştay yayını sh:15-37

* Atanmış diğer kişinin, kadro karşılığında görevine belirli bir süre son verilmiş, ancak sözleşmeli biçimde alıştırmaya devam edilmiştir. yani, o kişi hakkında da yargı kararı biçimsel uygulanmıştır.

Adli yargı; " yargı kararının atanması yapılan kişi için uygulanmanın durdurulduğunu (!) ve bundan sonra atanmasının yenilendiğini, kararda davacı hakkında bir hüküm bulunmadığını, diğer adayın yeniden atanma işlemine karşı açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi nedeniyle uygulanmanın yapılmadığı yolunda iddianın davanın genişletilmesi olduğu " gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiştir.

Kararın yukarıdaki gerekçelerini benimsemek olanaksızdır.

Çünkü ;

1) Davalı idarenin, yargı kararı üzerine yaptığı uygulama, yanlış ve hukuka aykırı bir biçimde önceden atanan kişi ile ilgilidir. Zaten, idarenin adamı ve önceden de atadığı kişiyi görevden alıp, sonradan yeniden eski görevini vermesi göz boyamadır. Zira, o kişi halen görevdedir ve bu yönde tesis edilen ikinci görevlendirme kararı hakkında da yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Mahkemesince davaya konu edilen işlemlerin yürütmenin durdurulması kararı verildiğinde, idarece yapılacak uygulama; atanmış kişinin görevine sona verilmesi, atanmadığı için dava açan kişinin atanmasının sağlanması yönünde bir karar tesis edilmesi biçiminde olmalıdır.

2) Yürütmenin durdurulması kararı bir bütündür, bölümlere ayrılarak uygulanamaz. İdari yargının kararı, bir bütün ve iki yönlüdür. Birinin görevine son verilecek, diğeri ise göreve başlatılacaktır. idare hukuku ilke ve uygulamalarına göre, birbirini takip eden iki ayrı ve tersine işlemle görevlendirme ve göreve son verme kararı tesis edilmesi beklenilmekte ve bunu engelleyen hiçbir hukuki ve fiili engel bulunmamaktadır. Buna karşın, sınırlı ve davacıyla ilgisiz bir uygulama kararı alınarak, açılan dava ve lehe verilen yargı kararı anlamsız kılınmıştır. Davayla istenilen göreve ulaşabilmek söz konusu olamayacaksa, niye dava açılmıştır. ? Dava, sadece kendisiyle ilgili

atanmama işlemine karşı açılmış olsaydı, ne gibi bir uygulama yapılacak idi. ?

3) İkinci atama kararı ve bununla ilgili olarak verilen yürütmeyi durdurma kararını, -o anda ve halen davacı hakkında uygulama yapılmadığının kanıtı öne sürüldüğü halde -, bunun iddianın genişletilmesi olarak yorumlanması, çok şaşırtıcıdır. Uygulama yapılmadığının kanıtı olarak sunulan ikinci idari yargı kararının sunulmasıyla, iddianın nasıl genişletildiğini halen anlayabilmiş değiliz.

Genel İdarenin, üst düzey idarecilerinin ve siyasi kararın odaklarında bulunanların idari yargı kararını hiçe sayma örnekleri çok görülmüştür. Ama, adli yargının, idari yargı kararını anlamama veya hiçe sayma örneğiyle karşılaşmanın üzüntüsünü paylaşmak isterim. Davalının geniş çevresinin ve herkese sağlık hizmeti sunmakta olmasının, karara bir etkisi olmadığına inanmak isteriz.

Karar, duruşmalı olarak temyiz edilmiş, formül onama kararı çok kısa bir sürede verilmiştir.

IV-Yürütmenin durdurulması kararının uygulanmadığından bahisle açılan tazminat davasında, mahkemece tazminata hükmolunmuşsa da, Yargıtay uygulama yapılması için idareye başvuru olmadığından bahisle kararı bozmuştur. Mahkemenin ısrar kararı da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yerinde görülmemiştir. Bu kararı da içimize sindiremedik, ancak daha fazla hukuksuzluğu, ceza yargılaması aşamasında görmekteyiz.

Ceza uygulaması için yapılan duyuruya verilen takipsizlik kararında aynen, ". . ilgili karar idareye 5. 3. 1991 tarihinde tebliğ edilmiştir. Kararın icrası için 90 günlük süre tanınmıştır, idare kararı uygulamak için müşteki vekiline 5. 6. 1991 günü göre"e başlaması için tebligatta bulunmuş ve müştekinin tanınan süre içinde 11. 6. 1991 günü göreve başladığı anlaşılmaktadır. . ." denilmektedir.

Doksan günlük süre içinde uygulamanın yapıldığı gerekçesine dayalı karar, hem hukuki ve hem de matematiksel olarak hatalıdır.

Yürütmenin durdurulması kararlarının belirli bir süre için geçerli olduğuna dair kuralla, bu tür kararlarının belirli bir süre içinde uygulanmasına dair kural, farklı kavram ve kurallardır. Olay tarihinde yürürlükte olan 2577 sayılı yasanın 27/4 maddesinde ". . . **Yürütmenin durdurulmasına doksan gün için karar verilebilir. Taraflarının istemi üzerine gerekçeli olarak yeniden yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi mümkündür. . .**" biçimindeki anlatımdan amaç. davada verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararının dava sonuna kadar değil. ancak belirli bir süre için geçerli olduğudur. Olay tarihinde yürürlükte olan 2577 sayılı yasanın 2811 fıkrasında ise, "**en geç altmış gün içinde işlem tesis etmeye... mecburdur.**" denilmekteydi. İki kuralın anlamı. yürütmenin durdurulması kararı doksan gün süre içinde geçerlidir. ancak uygulaması en geç altmış gün içinde yapılmalıdır. Bu nedenle takipsizlik kararındaki "**kararın icrası için, 90 günlük süre tanınmıştır. . .**" gerekçesinin anılan maddelerle ve idare hukuku uygulama ve öğretileriyle hiç ilgisi yoktur.

Bu hukuki gerekçeyi de (!) hoş görmek mümkün olabilirdi. Yeter ki, toplama hatası yapılmamış olsaydı. Yürütmenin durdurulması kararı idareye , '**5. 3. 1991 tarihinde, idare kararı uygulamak için müşteki vekiline 5. 6. 1991 günü görevi başlaması için tebligatta bulunmuştur.**' denildiğine göre, bu tarihler arasında doksan günlük süreç olmalı ki, karar hukuki olabilsin. 26 gün Mart ayından + 30 gün Nisan ayı + 31gün Mayıs ayı + 5 gün Haziran ayından = 92 gün.

Kurulan karara göre doksan günde uygulama yapılacaksa bunun. 3 Haziran 1991 Pazartesi günü gerçekleşmiş olması gerekirdi. Son gün. tatil günü değildir. 5 haziran 1991 çarşamba günüdür. Öngörülen sürenin son gününde uygulanması yazısının yazılması değil. fiilen uygulamanın yapılması önemlidir. Yasa maddelerinin karıştırmasıyla yapılan matematiki hata. itiraz dilekçesine ve sonuç alınamayacağı biline biline, Hakim ve Savcılar Yüksek Kuruluna yazılmıştır. Tabii ki. olumlu sonuç alınamamıştır.

İdari yargı kararlarının uygulanması yolunda, yasama ve yürütme organının çaba göstermemesi ve öncülük etmemesi bir ölçüde kabul edilebilir. Siyasetçiler (elbette, bindikleri dalı kesmek istemezler. Getirecekleri yasa kuralının, ilerde kendilerine karşı kullanılacağını bilirler. Ancak, bilim adamlarının ve adli yargının yukarıdaki kararlarda gösterdiği olumsuz ve ölçsüz yaklaşım, yargıya karşı güven duygusunu giderek azaltmaktadır.

E- İdari yargı kararının uygulanmaması üzerine açılan kişisel kusura dayalı tazminat davalarına ilişkin idari yargı kararları ve eleştirisi:

1- Danıştay İBK 25. 12. 1997 gün ve E:19916/2, K:1997/2 sayılı kararıyla, 28/1 maddesinde öngörülen süre içinde işlem tesis etmeyen veya eylemde bulunmayan idarelere karşı açılacak tazminat davalarında, usul ve sürelerin belirlenmesi isteğini, " *zararın kesinleşme safhası her somut olaya göre değişkenlik gösterdiği. . .* " gerekçesiyle yerinde görmemiş ve Daire ve Kurulların farklı içtihatlarını birleştirmekten kaçınmıştır.

Bu kararın biz uygulamacılara vereceği tek ışık, sorumluluk için ön koşulun 28. maddede belirlenen sürenin geçirilmiş olmasıdır. İşte, asıl sorular bundan sonra başlamaktadır.

Dava açma usulü, başvuruda bulunulup bir işlem tesisine gerek olup olmadığı, yapılacak başvuru herhangi bir süre veya zamanaşımına tabi olup olmadığı, hangi tarihe kadar olan zararların talep edilebileceği, dava açma süresinin başlangıç tarihinin ne olduğu, gibi hususlar yanıtız kalmıştır. İdari uyuşmazlıkların çeşitliliğiyle doğan zararların kesinleşme aşamasının farklılığı içtihadın birleştirilmesine engel bir gerekçe olamaz. İdari uyuşmazlığın türü ne olursa olsun, idare yargı kararının uygulamasını yapmak zorundadır. Bu anayasal zorunluluk, zararın doğuşuna ve kesinleşmesine. başvuru hakkı ve bunun süresine olumlu veya olumsuz hiçbir etki yapmaz.

Danıştay İBK, bu kararıyla idarenin yargı kararların}n gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü sona erdirmeye veya hiç olmazsa. öteden beri varolan karmaşanın devamını sağlamak suretiyle, idareyi tazminden kurtarmaya yönelik olduğunu söyleyebiliriz. Zira, idari davanın türüne, bunun hakkında karar verecek mahkemeye ve temyizini inceleyecek Dairesine göre, farklı ve çelişkili kararların tesisine devam edilecektir. Anılan tazminat davasının usul ve esaslarını, süre ve zamanışımını, Danıştay genel kurulu bir karar içinde toplayamamışsa, bu tür bir uyuşmazlığı başlatacak ve sonuçlandırarak durumunda olanların hukuki açmaz ve sıkıntılarına nasıl son verilebilecektir. ?

II- Genel müdür yardımcılığı görevinden alınmasıyla APK'da uzman olarak atanma işleminin iptali ile bu nedenle yoksun kaldığı özlük hakların ödenmesi, 1999 yılında talep edilmişti. Yürütmenin durdurulması istemini ve itirazı, Dairesi ve genel kurulca kabul edilmedi. 2002 yılında yapılan duruşmadan sonra, Dairesince, sadece APK'na atama işlemi iptal edilmiş, fakat bundan kaynaklanan özlük haklar konusunda bu aşamada bir karar verilmesinin mümkün olmadığı kararlaştırılmıştır. (5. D E: 1999/6359, K: 2002/300 } Daire kararı, İDDGK ' nun 18. 10. 2002 tarih ve 20021544- 731 kararıyla onaylanmak suretiyle kesinleşmiştir.

Bu karar uyarınca, genel müdür yardımcılığına eş değer görev olarak şube müdürlüğüne atanma yolunda karar tesis edilince, bu kararın iptali ile APK uzmanlığına atandığı 1999 Ekim ay'ından beri eksik özlük hakların yasal faiziyle ödenmesi talebiyle Ankara İdare Mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararından sonra, Bakan müşavirliği kadrosuna atanması sağlanarak, nihayet yargı kararına uyum sağlanabilmiştir.

Ancak, mahkeme 31. 12. 2002 günlü ve 200211054-1851 sayılı kararında yoksun kalınan özlük haklarının yeni atanacağı görev sonrasında ortaya çıkacağından bahisle, bu konuda karar vermemiş bulunduğundan sadece yoksun kalınan özlük haklarla ilgili kısmi temyizi

edilmiş, ayrıca özlük hakları konusunda idarece işlem tesis ettirmek üzere yeni bir başvuruda bulunulmuştur.

Danıştay, genel müdür yardımcığı görevinden alınması ve APK 'a atanma işlemini iptal ederken ". . . bu karar gereği idare tarafından başka bir göreve atanacağından tazminat istemine ilişkin olarak bu aşamada bir karar verilmesinin mümkün bulunmadığı. . ." gerekçesine yer vermişti. Bu kararın uygulaması sonucunda verilen şube müdürlüğü kadrosuna atanma işleminin de, iptaline karar verildiği anda, "Bakanlık müşavirliği" kadrosuna atanma yapıldığı tartışmasızdır. Yani, genel müdür yardımcılığından alınma gerekiyorsa olsa bile, eşdeğer görevin ilk atanmanın yapıldığı 1999 Ekim itibarıyla verilmiş olması gerekirdi. **Zira; iptal kararı geriye dönük hukuki sonuçlar doğurur.**

1) Her iki iptal davasında da, yoksun kalınan özlük hakları talep edilmiştir.

2) Danıştay 5. Daire kararı, eksik maaş vs. ödemelerin ilerde verilecek kadro karşılığı maaşa göre değişebileceğini öngördüğünden, her iki davada talep ettiğimiz eksik ödemelerden kaynaklanan tazminat talebimizin başlangıç tarihi, Ekim 1999' dur.

3) Tazmin talebi, yeni bir istek olmayıp 1999 ' dan beri öne sürülmektedir.

4) Danıştay; genel müdür yardımcılığına eş değer bir kadronun ne olduğunun idarece bilineceğini ve böylelikle maddi kayıplara yol açmayan yeni bir atama yapacağını, bu aşamada da eski dönemlere ait eksik ödemenin yapılacağını varsayarak, tazminat hakkında karar vermekten kaçınmış olabilir. İdare Mahkemesi, Bakan müşavirliği ile APK uzmanlık kadrosu arasındaki ödenmemiş -eksik - özlük hakların ne olduğu araştırmasına bile girmemiş, tazminat ödenmesine dair bir karar vermemiştir.

Yoksun kalınan özlük hakların 4 yıldır ödenmemesi, tazmin hakkında bir türlü karar verilememesi, belki de bir 3. davanın açılmak zorunda kalınması, herhalde büyük bir sabrı gerektiriyor.

III- 1998 yılında il emniyet müdürlüğü görevinden alınmasına dair kararın iptali istenirken, yargı kararına uygun bir atama olmadığından bahisle, Anayasanın 129/4 maddesi uyarınca sorumlulara rücu edilmek üzere 1 milyar manevi tazminata hükmedilmesi istenilmiştir. Daire, 17. 10. 2001 günlü ve 1998/3178, 2001/3553 sayılı kararıyla, dava konusu işlemi iptal etmiş ve aynı zamanda , 500 milyon TL manevi tazminatın olayda kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek üzere kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına gönderilmesini kararlaştırmıştır. Genel kurul, Daire kararını 20. 12. 2002 günlü ve 2000/245-945 sayılı kararıyla onamıştır. Ancak, karşı oylarda yer alan görüşler dikkat çekicidir. Kimi üyeler, tazminat miktarını çok bulurken, manevi tazminatın kamu görevlilerine rücu edilmesi kısmının bozulması yönünde görüş bildirmişler ve "... sorumluğu bulunan kişi veya kişilerden tahsilini sağlamak amacıyla idarece adli yargıda açılacak bir davada öncelikle sorumlu veya sorumluların belirlenmesi gerektiğinden, idari yargı yerince bu yönde bir karar verilmesi yerinde. . ." görmemişlerdir.

1998 yılı itibariyle hükmedilen 500 milyonun azlığı veya çokluğu bir yana, rücu hakkında bir anayasal hükmün nasıl yorumlandığına dikkatinizi çekmek istedim. Kararda, rücuun kimlere karşı yapılacağına dair bir açıklama yapılmamış, sadece rücuun yapılmasını sağlayabilmek için karar örneğinin, Maliye Bakanlığına gönderilmesi kararlaştırılmıştır. Azlık oyları, idari yargının kendi kararına bile yakın ve sıcak temastan uzak durduğunu göstermektedir.

Yargı kararının biçimsel bir uygulamasından sonra ikinci kez görevden alınan veya görev yeri ve kadrosu değiştirilen kamu personelinin açacağı ikinci davada, Anayasanın 129/4 maddesi uyarınca talep edilen tazminatın, kimden alınması gerektiğinin idari yargı kararında saptanabileceğini düşünüyorum. Genellikle, uygulama işlemini yapmayan kamu kurum veya kuruluşunun en baştaki ita amiridir. Sorumlunun kim veya kimler olduğunu idari hakimleri daha isabetli bir biçimde tespit edebilirler.

F- UYGULAMALARA İLİŞKİN ÖNERİLERİMİZ:

1- Adli yargıda kişisel kusura dayalı tazminat davasına ilişkin önerilerimiz;

Yargı kararını uygulamama hali, hukuk dışıdır. Bu hukuk dışı saldırıya, hukuki bir yanıt olmak üzere kişisel kusurdan bahisle tazminat davası açılması, hak arama özgürlüğünün bir parçasıdır.

2577 sayılı yasanın 28. /4 maddesine göre, yargı kararının uygulanmaması nedeniyle aynı anda idari ve adli yargıda tazminat davası açılabileceğini düşünüyorum. Bu davalarda, davalı durumundaki farklılık, derdestlik itirazını, etkisiz hale getirir. Belki, aynı yargı kararının uygulanmaması nedeniyle ikinci davanın ,varlığı öne sürüldüğünde, hükmedilecek tazminat miktarına etki etmesi veya mahsup edilmesi yoluna gidilebilir.

Uygulamadan kaçınan, geciken veya eksik uygulayan kamu görevlisi hakkında, kişisel kusurdan bahisle, öncelikle adli yargıda tazminat davası açılması önerilir. Böylece, Devletin parasına güvenerek yargı kararını hiçe sayan kişiden özel hesap sorulması mümkün olabilecektir. Benzer durumda olan yöneticilere örnek olunabilecektir. Ayrıca, adli yargı daha seri karar verdiği gibi, manevi tazminata faiz yürütmektedir.

Ele aldığımız Yargıtay kararlarına göre, idari yargı kararını uygulamayan kamu kurum ve kuruluşlarının üst düzey yöneticilerine karşı açılacak kişisel kusura dayalı tazminat davalarında; Mahkemeye, davalıya ve yargılanan kişiye göre değişmek üzere, sayısı çok az da olsa, birbirine zıt kararlar alınabilmektedir. Ancak, idari yargı kararlarının idarece yerine getirilmesinin sağlanmasında Yargıtay içtihatlarının büyük katkısı olmuş, birçok davada tazminat ilamları onaylanmış, yargı kararının yerine getirmemenin, görevi savsaklama ya da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu belirtilmiştir.

1- Kimi Yargıtay kararları, tazminata hükmedilebilmesi için, 28. maddedeki süre içinde davalı kurumdan istekte bulunulmasını gerekli

görmekte, davalı kuruma başvuru yapılmamışsa, davayı reddetmektedir. Bu nedenle, uygulama yapma durumundaki kamu görevlisinin -Bakan, müsteşar, genel müdür, belediye başkanı vs gibi -bilgisine ulaşabilecek biçimde istekte bulunmalıdır. Buna ilişkin dilekçe, kurum genel evrakına verilebileceği gibi, noterden muhataplara ihtar çekilmesi de mümkündür.

Yargıtay; idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılan kimi tazminat davalarında, ön başvuru veya kasdın yokluğu, Anayasanın 129/4 maddesi uyarınca kişiye yönelik dava açılmayacağı gerekçeleriyle, yukarda anılan İBK'nın uygulanmasından kaçınmaktadır. Ancak, açık ve doyurucu bir gerekçeye yer verilmemektedir. Özellikle, yargı kararının uygulanması için kamu görevlisine ve/ veya ilgili kuruma başvurma zorunluluğunun gerekçesi ne ise, kararda açıkça belirtmelidir. 4. Hukuk Dairesi, 8. 5. 1986 günlü ve 1914/3919 sayılı kararında²³ " Kararın yerine getirilmesi için talep şarttır " denilmişse de, gerekçesinin ne olduğu anlaşılamamıştır. Belki, bir kararında yazılmıştır da, tarafımızdan bilinmiyor.

Bilindiği gibi mahkeme kararının gerekçesi, ". . . yargıçlara kendilerine verilen bağımsızlığın bedeli olan yansızlığı kanıtlama olanağı veren ve yargıç onurunu koruyan bir araçtır. . . "²⁴ **Gerekçe, yargıya hissedilen güvensizlik ve asılsız söylentileri ortadan kaldırır.** Kararlardan birinde ". . Borçlunun, borcu hakkında bilgi verilmesi, ödememe halinde tazmin edilmesi gerekeceği ana kuraldır. . " veya ". . İdari yargıda tazminat davasının açılabilmesi için nasıl ön işlem tesis edilmesi zorunlu ise, aynı hukuki nedene dayalı tazminat davasının adli yargıda açılması halinde de, başvuru zorunludur. . . " yahut, ". . İdari yargı kararının uygulanması için ayrıca özel bir başvurunun olması nedeni, değişen hukuki durumdan kurumun başındaki kişinin haberdar

²³ Turgut Uygur Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu 1. cilt 1990 Ank. sh:471

²⁴ Çetin Aşçıoğlu, Doğru ve Güvenli Yargılama Hakkımız Var. Ankara 1995 sh: 217

edilmesidir. . . " v. s. biçiminde yer verilecek gerekçeyle, davanın neden reddolunduğunu bilmek davacının, avukatın hakkıdır.

Danıştay 8. Dairesi 17. 5. 1989 günlü ve E:1987/984, K:1989/329 sayılı kararında " . . . *Hukuka bağlı bir idarenin, ilgililer başvurmasa dahi karar gereğini yerine getirmeleri bir görev ve zorunluluktur. . .* " ²⁵ denilmiş olması, aynı konuda iki yargı düzeninin farklı görüşte olduğunu göstermektedir.

2- Adli yargıya açılacak tazminat davası, haksız fiil zamaşımına tabiidir. Yani, otuzuncu günden başlayan, bir yıllık süre içinde dava açılmalıdır. Dilekçede, Anayasanın 138. ve 2577 /28. maddesine aykırı bir biçimde otuz gün içinde uygulama yapılmadığı, geç veya eksik yapıldığı öne sürülmesi yeterlidir. Dava konusu işlem hakkında uygulaması yapılmayan idari yargı kararı, bu kararın idareye tebliği olduğuna dair alındı belgesi, varsa uygulama için yapılan başvuru dilekçesi, kanıt olarak dilekçeye eklenmelidir.

3- Yargı kararını uygulamadan kaçınan kamu görevlileri hakkında, Cumhuriyet Savcığına suç duyurusunda bulunulmalıdır. Kamu görevlilerinin görev sırasındaki suçlarında ceza yargılama sürecinin başlatılabilmesi için 4483 sayılı yasanın kuralları geçerlidir. Y asaya göre, İdarece, kamu görevlisi hakkında ön incelemenin başlatılması ve soruşturma izni alınması gerekiyorsa, yine de bu yola başvurulması önerilir. Ancak, yargı kararının uygulanmamasından doğan suçların 4483 sayılı yasa kurallarına tabi tutulmamasını önermekteyiz.

Tam yargı kararlarında hükmedilen miktarın infazı yolunda İİK ' na göre yapılan takip, ilgili ita amirinin ve/veya saymanın olumsuz tutumu nedeniyle sonuçsuz bırakılabilir. İcra memurluğunca, ödemeyi yapmaktan çekinen kamu görevlisinin kimliği hakkında araştır yapılmasından sonra, o kişi/ kişiler hakkında da suç duyurusunda bulunmalıdır.

²⁵ Dan. Der sayı : 76- 77 sh: 568

II- İdari yargıda tam yargı davasına ilişkin önerilerimiz;

1- Yerleşik Danıştay içtihatları ve 2577 /28. madde doğrultusunda, . . . idari yargı kllrılarının gereğinin yerine getirilmesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında özel bir süre konulmadığından, genel olarak ilamların yerine getirilmesi için mevcut 10 yıllık zamanlışımı süresi içinde tazminat isteminde bulunulmalıdır. Bu sürenin, hangi tarihte başlayacağı da tartışmalıdır. Bizce, uygulama için zamanaşımı, kararın tebliğini izleyen günden başlar.

Genel olarak idari tazminat davası için başvuru ön koşuldur. Bunun gibi, idari yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi yolunda başvuru yapılmalı ve başvuruda, kararın uygulanması isteğiyle birlikte doğmuş, uygulama yapılıncaya kadar doğacak ve yoksun kalınmış hakların tazminen ödenmesi isteği belirtilmelidir. Başvurunun açık veya örtülü reddi üzerine, mahkemenin türüne göre değişen 60 veya 30 günlük süreler içinde, kararı uygulamayan idarenin husumetiyle karşı dava açılmalıdır.

2- 2577 sayılı yasanın 28. maddesinde, dava açma süresi ve başvuru koşulu öngörülmemiştir. Ancak, yasanın 10. 12. ve 13. maddelerinde öngörülmüş olan, idareye başvuru yapılmadan açılacak bir davanın kabul edilmesi olanaksız olduğundan, istemde bulunulması önerilir.

1050 sayılı yasanın 93. maddesi, kamu borcunun ödenmesi için beş yıllık bir süre öngörülmüştür. Bu süre içinde ön işlem tesis ettirildikten sonra, dava açma süresi içinde açılacak davanın süreden reddi olanaksızdır.

3- İdareye karşı açılacak bu davalarda, Anayasanın 129/4 maddesine göre, zarara neden olan kamu görevlilerine rücu edilmesi yolunda bir isteğin de bulunması önerilir.

G- Yeni Yasal Düzenlemeler ilişkin önerilerimiz :

İdari yargı kararlarının gereklerini yerine getirmemenin bir alışkanlık haline gelmesi ve bu durumun çoğu kez yaptırımsız kalması

veya uygulanan yaptırımın geç işlenmesi ve yetersiz oluşu nedenleriyle yeni yasal düzenlemelere gidilmelidir.

I-Gerekçeleri :

1) Borcunu ödemeyen veya yargı kararının gereğini yerine getirmeyen Devlete, hukuk devleti denilemez.

2) Bunca bilimsel görüş ve yargısal karara karşın, idari yargı kararlarının uygulanmamasının altında yatan gerçek neden; " kamu kurum ve kuruluşu aleyhine verilen kararın uygulanmasını sağlayacak olanla, kararı verenin aynı kişi veya makam olmasıdır. " İdare, ya da idare adına hareket eden kamu görevlileri -Bakan, genel müdür, rektör, kurum amiri, belediye başkanı vs gibi -yargı kararlarını uygulamaktan kaçınmalarını önleyebilmenin tek yolu, özel yasa kurallarının getirilmesi ile bu kişilere yönelik olarak hukuki ve ceza. i yaptırımlar uygulanabilmesidir. Zira, hiç bir kamu görevlisinin yargı kararlarını yerine getirmeyerek, kamu bütçesinden tazminat ödettirme yetkisi olmamalıdır.

3) Devlet mallarının haczedilmezliği kuralı değiştirilmelidir. Kesinleşmiş yargı kararına dayalı bir alacağın tahsili söz konusu olduğunda, kişi ve kamu tüzelkişiliği arasında bir ayırım yapılmaması gerekir. Yurttaşının malına el koyup satışı çıkararak alacağını tahsil eden kamu tüzelkişiliği, kendi borcunu ödemezse, onun malları da haczedilip satılabilmelidir , ilerde doğacak gelirine el konulabilmelidir. Bu nedenle, kamu mal ve değerleri arasında bir ayırım yapılarak nelerin haczinin mümkün olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Böylesi bir yasal düzenleme olmadan, doğmuş ve ilerde doğacak tüm kamusal gelirlerinin kamu yararına tahsis edilmesi, kamu gücünün kötüye kullanılmasıdır , kanuna karşı hiledir. Oysa asıl ve hukuk düzenine uygun olanı, Devletin kendi isteğiyle borcunu ödemesidir.

Anayasa Mahkemesinin E:1992113, K:1992150 sayılı kararında ". . . yönetimin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine bağlı tutulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yönetim, yargı kararlarının yerine

getirmek zorundadır. Yönetimin yargı kararlarını yerine getirmekte gecikmesi ya da yerine getirmemesi yönetiminin tazminata mahkum edilmesini gerektiren bir hizmet kusuru olduğu gibi, görevi savsaklama ya da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Haklı ve anayasal bir neden olmaksızın mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmesi olanağının borçlu yönetiminin istencine (iradesine) bırakılmış olduğu görüşü de geçersizdir. . . ²⁶ gerekçesine yer verilmiştir. Bu kararlar, İİK ' nun 8211 fıkrası Anayasaya uygun görüldüğünden, ilama dayalı para borçlarının ödenebilmesi sağlamak üzere ". . devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin özel emlaki ve gelirlerinin haczine olanak sağlayan. . ." yeni bir düzenleme yapılmalıdır.

II. Önerilen yasal düzenlemeler:

1-İdari yargılamaya ilişkin olarak:

a) Öncelikle; 2577 sayılı yasanın 28. maddesi, uygulama kararını almak durumunda olan kamu görevlilerine yönelik biçimde açık ve yeni kurallarla değiştirilmelidir.

"...davalı idare, tüm idari yargı kararlarının en geç otuz gün içinde gereğinin yapıldığına dair kararını mahkemeye bildirmek zorundadır. Bu süre içinde uygulama yapılmadığına dair başvuru üzerine, kararı veren mahkemesince savunma alındıktan sonra kararı uygulamayan yöneticiler hakkında, yargı kararına itaatsizlik cezası uygulanmalıdır. Özel itaatsizlik cezası, tazminat davası açılmasını engellemez, tazminattan mahsup edilemez. Davacı tarafından uygulama yapılmadığına dair başvuru yapıldığı ve idari yaptırım cezası hükmedildiği hallerde, Danıştay Savcılığı durum hakkında iddianame düzenleyerek ceza davası açılmasını sağlayabilmelidir....,

Yürütmenin durdurulması ve iptal kararları ile birlikte, diğer idari yargı kararlarının da belirlenen süre içinde yerine getirilmemesi özel yaptırıma bağlanmalıdır. Zira uygulamada görülmektedir ki, idareler ara

²⁶ AMK Der sayı: 29, sh. 178

kararlarını yerine getirmemektedir. Ara kararlarının gereğinin yerine getirilmesinde, bilinçli ve kasıtlı geciktirmenin önlenmesi için özel bir yaptırıma gereksinim vardır.

Böylesi bir kuralın yasallaşması hayaldir. Önce, siyasiler ve onların maşaları olan bürokratlar, böylesi bir kuralın yasallaşmasını istemezler. Önerilen biçimde kural değiştirilmesi mümkün olmasa bile, kişisel kusura dayalı tazminat davalarının görün ve çözüm yeri, mutlaka idari yargı olmalıdır. Hiç olmazsa, idari yargı ilgili kamu görevlisinin cezai ve hukuki sorumluluğunun ne olduğunu kararının içinde veya istenilen açıklama kararında belirtebilmelidir. Bu yargı düzeni kendi kararına daha sıcak ve yakın bakması, olayın doğasına uygundur.

2577 sayılı yasanın 2811 maddesinin 3. cümlesiyle getirilmiş olan istisna kaldırılmalıdır. Haciz veya ihtiyati haciz işlemine karşı açılan davada, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmasını, kararın kesinleşmesi sonrası bırakılmasını, yargı kararının uygulanmasının yasa kuralıyla geciktirme olarak değerlendiriyor ve Anayasanın 138. maddesine aykırı olduğunu düşünüyoruz.

b) 2577 sayılı yasanın 28. maddesine göre açılacak tazminat davalarının usul ve esasları hakkında açık kurallar konulmalıdır. İnfaz zamanasını süresi ve bunun başlangıç tarihi, (yargı kararının tebliğ tarihi mi, yoksa uygulama için öngörölmüş olan 30. günü takip eden gün mü. ?) dava açma süresi, başvuru koşulu, vs gibi.

c) Devletin parasıyla idari yargı kararlarının çiğnenmesine son verilebilmelidir. Bunun için kararı uygulamayan geç veya eksik uygulayan kamu görevlileri hakkında açılacak tazminat davalarında, halen yargı kararı uygulama yükümlüğünün ortadan kalkmadığı açıkça belirtilmelidir. Ayrıca, 28. maddedeki " kasden yerine getirilmemesi " ibaresi çıkarılmalıdır. Yasal süreç içinde uygulamama hali, kasdın ta kendisidir. Kamu görevlisini kasdının olmadığını, söz konusu durumun fiilî ve hukuki İmkânsızlıklar nedeniyle doğduğunu kanıtlayabilir.

28. madde uyarınca, kişi aleyhine açılacak tazminat davalarının, kararı veren İdari mahkemede görülmesini sağlayacak bir düzenleme getirilemez mi?

d) Kararın nasıl uygulanması konusunda, İdarenin (uygulama süresi içinde ve bunu taşırmayacak biçimde) İsteği veya tereddüdü olursa, kararı veren mahkemenin, bu konu hakkında idareye emredici bir talimat göndermesine olanak sağlanmalıdır. Böylesi bir talimat, idare yerine geçerek yargı kararı verildiğini değil, verdiği kararın uygulama biçimine yönelik olduğundan, Anayasaya aykırılığı söylenemez.

2-Diğer yasalardaki değişiklik önerileri :

TCK ve İİK'da yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında özel bir kurala yer verilmelidir. İdare adına hareket eden kamu görevlileri, yargı kararını uygulamaktan kaçındıklarına göre, bunlar hakkında özel yaptırımlarla, uygulamamayı özendiren ve alışkanlık haline getiren durumdan kurtarmak mümkün olabilir. Yargı kararını birçok Bakan uygulamamıştır ama, hiçbiri Yüce Divan' da yargılanmamıştır. Bakanlar ile kamu görevlileri hakkında doğrudan kovuşturma yapma yetkisi, cumhuriyet savcılarına ve Yargıtay Cumhuriyet başsavcısına verilmelidir. Devlet malının haczedilmezliği kuralına yargı kararlarının infazıyla ilgili bir İstisna kuralı öngörülmalıdır.

İlama dayalı bir alacak söz konusu olduğunda, kamu mülkiyeti arasındaki çıkar üstünlüğü, Hukuk Devleti ilkesine göre çözümlenmeli ve Devlet de borcunu, AİHM' sinden karar almadan ödemeğe zorlanabilmelidir. Ayrıca, 657 sayılı yasanın 125. maddesine, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlilerine disiplin cezası verileceğine dair açık bir fıkra konulmalıdır.

Bugünkü veya ileride yapılacak tüm yasal düzenlemelere karşın, hukukun uygulamasında önemli olan insan unsurudur. Bu nedenle, siyasetleri ve onlarla birlikte olma durumunda olan yönetici kamu görevlilerini, yani uygulamacıları yeterince eğitip yetiştirmedikten ve

hak aramayı kolay ve çabuk bir hale getiremedikten sonra, ne kadar yeni hukuk ve ceza kuralları konulursa konulsun, sonucu değiştirmek mümkün olamaz.

SONUÇ:

Hangi gerekçe ile olursa olsun bir yargı düzeni, bir diğer yargı düzeninin veya bizzat kendisinin hükme bağladığı yargı kararına uyumu sağlayıcıyı kararı tesis etmez, edemez ise, Hukuk Devleti ilkesinden bahsedilemez.

Hukuk devletinde kamu görevlileri, mahkemelerin sadece beğendikleri kararını değil, tüm yargı kararlarını uygulamak zorundadırlar. Hukuka aykırı bir işlemle bozulan hukuk düzeni yargı kararı ile düzeltildiği halde, yargı kararının uygulanması yapılmıyorsa, hukuk devletinden, kişisel hakların korunmasından söz edilemez. Hukuk devletinde, makamı ve unvanı ne olursa olsun hiçbir kamu görevlisi, belirli bir süreyle sınırlı olarak veya bir rastlantı sonucu bulunduğu makamı ve kamu görevini, kişisel düşünce ve keyfi çıkarları için kullanamaz. Bir gün kendilerinin de idari yargıya gereksinim duyacaklarını unutmamalıdır.

Bir Hukuk Devletinde mahkeme kararlarının yerine getirilmesi o kadar önemli görülmüş olmalı ki, Anayasanın 138. ve 2577 sayılı yasanın 28. maddesiyle özel kural konulmuş ve yukarda aktardığımız adli ve idari içtihatlar geliştirilmiştir. Adının veya uygulamasının Hukuk Devleti olduğunu söyleyen bir düzende, yargı kararının uygulanmaması, bilerek ve istenilerek geciktirilmesi öncelikle Hukuka ve düzene karşı bir başkaldırıdır. Bundan dolayı, hukuk düzeninde ve ilgili kişinin manevi varlığında meydana gelen kayıp ve saldırıların karşılıksız kalmaması gerekir.

22. 6. 1966 günlü ve E:1966 /7, K: 1966/7 sayılı Yargıtay İBK kararının gerekçesinde de belirtildiği gibi, manevi tazminat ne bir cezadır , ne de

gerçek anlamda bir tazminattır, zenginleşme aracı değildir. ²⁷ Ancak, haksız ve kamu hukuka aykırı davranışları özenir bir hale getirmemek, kamuoyunda ve vicdanında yargının hakettiği güven ve inancı devam ettirebilmek için, bu yöndeki adli veya idari davalarda, manevi tazminatın oldukça yüklü tutulması gerektiği kanısındayım.

Hukukun üstünlüğünün yaşama geçirildiği ve insan hakları ihlallerinin ve keyfi savaşların olmadığı bir dünyada yaşayabilmek ümidiyle.

Beni dinlediğiniz için teşekkür eder, saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Çakır'a, uygulamaya yönelik bu değerli açıklamaları için teşekkür ediyorum.

Söz, genç meslektaşım Mersin İdare Mahkemesi Başkanı Sayın Ali İhsan Şahin'de, buyurun Sayın Şahin.

²⁷ Yar. İBK cilt :5, sh: 338

ALİ İHSAN ŞAHİN (Mersin İdare Mahkemesi Başkanı) -

Teşekkür ederim.

YARGI KARARININ UYGULANMASI

Tebliğde, İdari Yargı yerlerince kararların gereklerinin yerine getirmesine ilişkin yöntemler, bu yöntemlerin uygulamaya konulmasının yaratacağı sorunlar ve bu sorunların Danıştay Kararları ışığında çözümünü ile İdarenin İdari Yargı Kararlarına uymamasının yaptırımları kapsamlı şekilde ele alınmıştır. Bu sebeple konuşmamda tebliğde yer alan konuların tekrarından kaçınarak öncelikle tebliğde tartışmaya açılan konularda görüşlerimi belirttikten sonra, yargı kararlarının yerine getirilip getirilmediğini takip edecek, denetleyecek ve gerekirse uyarıp ikaz edecek bir kurum olarak, İdari Savcılık müessesinden söz edeceğim. Bu bağlamda yargı kararının uygulamasının denetimi açısından kişisel bir öneriye de yer vereceğim. Son olarak da, Yargı kararının uygulanmasında, idarenin konuyu bilmemesi ya da eksik bilmesinden kaynaklanan sorunların önlenmesi amacıyla idari usul yasasına atıfta bulunacağım.

Tebliğde tartışmaya açılan konulardan birincisi:

Vergi İdaresinin, vergi uyumsuzluklarında verilen kararların gereklerini yerine getirmek üzere 28.maddenin 5. fıkrasına göre işlem tesis ederek, vergi mükellefine tebliğ ettiği idari işlemlerin ayrı bir idari davaya konu edilip edilmeyeceği konusudur.

Danıştay 4.Dairesinin 1998 yılında verdiği bir kararda Mahkeme kararı uyarınca düzenlenen ve yeni bir hukuki durum çıkarmayan ihbarname ile istenen kurumlar vergisi ve fon payı yönünden mahkemece verilen incelenmeksizin ret kararı onanmıştır.

Burada sözkonusu kararı eleştiren ve bu düşüncenin uygulama işlemlerinde yapılan hata ve hukuka aykırılıkların, hukuka uygunluk denetimi dışında bırakılması anlamına geleceği; Vergi Mahkemesi kararı

üzerine tesis edilen uygulama işlemlerinin de, mahkeme kararına uygun olarak tesis edilip edilmediği açısından denetlenmesi gerektiği yönünde tebliğ de dile getirilen görüşe aynen katılıyorum.

Tartışmaya açılan konulardan ikincisi:

İnfaz Zaman Aşımı;

İnfaz zaman aşımı konusunda Danıştay dava daireleri arasında görüş birliği yoktur. Danıştay 4.Dairesi 1995 yılında vermiş olduğu kararda; zaman aşımını kabul etmezken, Danıştay 8 ve 10. Daireleri ile Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu 10 yıllık genel zaman aşımı süresini esas almışlardır. Buna karşılık Danıştay 5.Dairesi 1050 sayılı Muasebe-i Umumiye Kanuna gönderme yaparak 5 yıllık süreyi kabul etmektedir.

Bende burada tebliğde öne sürülen görüşe katılıyorum. İnfaz konusunda zaman aşımının olmaması gerektiğini düşünüyorum. Aksi halde, iptal edilen idari işlemle yaratılan hukuk dışı durumun devamı anlamına geleceği açıktır. Bu sebeple kararların infaz konusunda zaman aşımı olmamalı, iptal kararının etkileri sürdükçe idarinin bu etkilerin doğmasını güçleştiren maddi ve hukuki engelleri kaldırma yükümlülüğünün de devam edeceği görüşündeyim.

Tartışma konularından üçüncüsü:

İdare aleyhine açılacak tazminat davalarında süre;

Yargı kararının uygulanmaması sebebiyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini konusunda 2577 sayılı kanunda özel bir dava aşma süresi öngörülmemiştir. Ancak Danıştay 4. Dairesinin 1995 yılında verdiği kararda ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 1993 yılında verdiği kararda İdare ve Vergi Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesi sebebiyle ilgililerin 10 yıllık süre içinde uğradıkları zararın tazminin ödenmesini isteyebilecekleri bu halde İdari Yargılama Usul Kanununun 10 ve 11. maddelerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Tebliğde öne sürülen görüşe göre ise, 2577 sayılı Yasanın 13.maddesinin bu konuda getirilecek çözüme hukuksal dayanak teşkil

edebileceği ileri sürülmekte ve sonuç olarak idareye başvuru için eylem tarihinden itibaren 5 yıl koşulunun aranmaması zararın hesaplanabilir hale geldiği tarihten itibaren 1 yıl içinde yapılacak başvurunun yeterli olması gerektiği yönünde çözüm getirilmiştir.

Burada İnfaz zamanaşımı konusundaki görüşünüze paralel bir düzenlemeyle yargı kararını uygulamayan idare aleyhine açılacak tazminat davasında da idareye başvuru açısından herhangi bir zaman aşımı süresi olmamalı, ancak davacının idareye başvuru tarihinden itibaren idarenin başvuruya cevap vermeyerek reddi, ya da açıkça reddi üzerine dava açma süresi içinde dava açılabilmesi diye düşünüyorum. Burada 2577 sayılı kanundaki süreye ilişkin maddelerin yargı kararının uygulanmaması nedeniyle açılacak tam yargı davasında uygulanması sıkıntı doğurduğundan bu konuda özel bir madde hazırlanmasının daha yararlı olacağını düşünüyorum.

Tartışma konularından dördüncüsü:

Gecikme faizi konusu.

28.madde de idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre kanunla belli edilen süre içinde işlem tesis edilmemesinin veya eylemde bulunmamasının tazminat yanında ikinci yaptırımını gecikme faizi ödeme zorunluluğudur. Gecikme faizi, maddenin 6. fıkrasında tazminat ve vergi davalarında verilen kararları için öngörülmüştür.

Danıştay 9.Dairesi; Kanuni gecikme faizi olarak 3095 sayılı Kanuni faiz ve Temerrüt faizine ilişkin Kanunun 1. maddesinde öngörülen senelik faiz oranını almaktadır.

Tebliğde ise, süresinde ödenmeyen kamu alacakları için uygulanan gecikme faizi ve gecikme zammının idarenin, idare edilenlere borcu için de uygulanması gerektiği, bunun yalnızca adalet ilkelerine değil, ayrıca zararın gerçek miktarına da uygun düşeceği düşüncesi yer almaktadır.

2577 sayılı Kanununun 28/6.maddesinde yer alan kanuni gecikme faizinin getiriliş amacı zararın gerçek miktarının bulunması ve zararının geç tazmin edilmesinden dolayı uğranılan hak kaybının önlenmesi ise, amme alacakları için uygulanan gecikme faizi ve gecikme zammının burada uygulanmayacağını düşünüyorum. Çünkü devletin alacağına uyguladığı gecikme faizi ve gecikme zammı o yıl gerçekleşen enflasyon oranlarının çok üzerinde olmakta ve adeta zararının tazmininden çok bir cezaya dönüşmektedir. Bu sebeple devletin gerek alacağına gerekse borcunda gerçek zararın tespitinde esas alınacak enflasyon oranına uygun seviyede gecikme faizi uygulamasının hakkaniyete uygun olacağı düşüncesindeyim.

Türkiye'de Yargı Kararının etkin Uygulanması konusunda tebliğde dile getirilmeyen bir iki konuyu da kısaca ele aldıktan sonra konuşmamı bitireceğim.

Türkiye'de yargı kararının uygulamasında etkinliğin artırılması konusunda yargı kararlarının uygulanmasını denetleyecek bir kurum bulunmamakta, bu sorumluluk ve görev davacıya tanınmakta, davacılar tarafından da gerek haklarını yeterince bilmemek gerekse devlet gücünden çekinmesinden dolayı bu hak kullanılmamakta ya da çok az kullanılmaktadır.

Bu konuda düşünülebilecek ilk kurum İdari Savcılık Kurumudur. İdari Savcılık, daha önce değişik makalelerde dile getirilmiş ve tartışılmıştır. Yargı kararlarının yerine getirilip getirilmediğini takip edecek denetleyecek bir kurum olarak Bölge İdare Mahkemeleri bünyesinde en az bir İdari Savcının bulunması ve bu idari savcının yargı kararlarının yerine getirilmesinde etkin bir görev üstlenmesinin yararlı olacağı düşüncesindeyim.

İdari Savcılık kurumu olmazsa alternatif çözüm olarak önerim şudur. Mahkeme Kararının uygulanıp uygulanmadığının yine kararı veren Mahkemece denetlenmesi. Bu nasıl sağlanacak.? İdari Yargılama Usul Kanununun 28. maddesine eklenecek bir fıkra ile, mahkeme kararı

tebliğ olunan idarenin mahkeme kararını uyguladıktan sonra uygulama işlemi ile birlikte bunu bir yazı ile kararı veren Mahkemeye bildirmesi zorunluluğu getirilebilir. Bu uygulamanın pratikteki faydası, dava dosyası ekinde bulunan ve daha önce davaya bakması nedeniyle konuya hakim olan Mahkemenin kararın uygulama süresi ve ne şekilde uygulandığını tespit ve denetiminin daha kolay ve etkin sağlanacağıdır. İdareden gelen yazı üzerine incelemesini yapan mahkeme, yargı kararı süresinde uygulanmamış ya da şeklen uygulanmışsa, Savcılığa suç duyurusunda bulunabilecek, hatta belli bir sürede idareden kararın uygulandığına dair yazı gelmezse, idareden bunu bilgi olarak sormak suretiyle dolaylı olarak kararın uygulanmasını da sağlayabilecektir.

Son olarak, İdari Usul Yasasından kısaca söz etmek istiyorum. Yargı kararının idarece uygulanmaması, geç uygulanması yada yanlış uygulanmasının bir nedeni de; yargı kararının uygulanması konusunda idarenin yeterince konuyu bilmemesinden kaynaklanmaktadır. Tasarı halinde olduğunu bildiğimiz ve halen yasalaşmayan İdari Usul Yasasında yargı kararlarının uygulanması konusunda 2577 sayılı kanuna paralel düzenlemeler getirilirse idarenin bilmemesinden kaynaklanan bir takım aksamaların giderilebileceği görüşündeyim.

OTURUM BAŞKANI – Sayın Şahin'e de değerli açıklamalarından dolayı çok teşekkür ediyoruz.

15 dakikalık bir zamanımız var; Katkıda bulunmak ya da soru sormak isteyen arkadaşlarımız varsa, lütfen kısaca katkılarını ya da sorularını sorabilirler.

Buyurun.

Av. GÜRKUT ACAR (Antalya Barosu) – Ben Sayın Ali İhsan Şahin'in idari savcılık konusunda doğru bir teşhis koyduğu kanısındayım; ona ek yapmak istiyorum. İdare mahkemesi kararlarının infazını denetlemek için bölge idare mahkemeleri nezdinde mutlaka bölge idare mahkemeleri savcılıklarının kurulması lazım; buna aynen katılıyorum. Çünkü idare mahkemesi kararları uygulanmayarak Türkiye'de yargı kararları ağır bir şekilde ihlal edilmektedir. Gerek siyasal nedenlerle gerekse idaredeki bilgisizlikler nedeniyle yargı kararları bir tarafta kalmaktadır. O zaman yargının önemi de giderek azalmaktadır. Yalnız bununla ilgili değil, bölge idare mahkemesi savcılıklarının aynı zamanda idari davaları kamu adına açmakla da görevli olması lazımdır. Çünkü kamunun ve özellikle yeşil alanların korunması konusunda bölge idare savcılıklarının yetkili kılınması gerekiyor. Şahıslar dava açsalar bile bir süre sonra belli çıkarlarla bu davalardan vazgeçebiliyorlar. O davalardan vazgeçildiğinde de başka bir davacı olmadığı için belli çıkarlar karşılığında kamu alanları yağmalanmış oluyor. Bölge idare mahkemesi savcılıklarının dava açarak bu yağmayı önlemesi lazım.

Bir de bu konuda açılmış olan davalara yine bölge idare mahkemesi savcılıklarının kamu adına katılması ve o davayı; davacı vazgeçse bile takip etme yetkisini bölge idare mahkemesi savcılıklarına tanınması gerekiyor. Ayrıca katılınan idari davalarda verilen kararları; (davacının dışında) temyiz etme yetkisinin de yine bu savcılıklara tanınması gerekiyor. İdare mahkemesi kararlarını uygulamayan kamu görevlileri hakkında da yine işin takibi, koğuşturma ve kamu davasının açılması, mahkemeye başvurulması, özellikle cezalandırılması konusunda bölge idare mahkemesi savcılıkları kurulması ve yetkili kılınması gerekiyor. Ben Sayın Ali İhsan Şahin'e bu konudaki açıklamaları için teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI – Biz de teşekkür ediyoruz.

Buyurun.

Av. GÜRKUT ACAR

ATILLA SARP (Adana Bölge İdare Mahkemesi Başkanı) – Efendim, Sayın Candan açıkladılar. Yalnız uygulamada Sayın Candan'ın açıkladığıyla ilgili bir husus var. İptal edilen işleme rağmen ilgililer hakkında idarece işleme benzer işlemlerin birden fazla devamı halinde işlemde doğan tazminatta yöneticinin sorumluluğuna hükmetmek. Bu Danıştayımız bazı istisnai olarak uyguladığı bazı kararlarında mevcuttur. Bunun içtihaden yaygın hale getirilmesi, yani birden fazla ikincide veya üçüncüde ilgililerin aynı neviden işleme muhatap olmaları halinde, burada yöneticinin iradesi ortaya çıkmış oluyor. İlgili hakkında örneğin olumsuz sicil ve akabinde üniversitede görevliyse, araştırma görevlisiyse bunun görevine son verilmek. Ben daha önce Eskişehir Başkanydım, bekledik, bir yeni üniversitemizde devamlı ilgililer hakkında zincirleme böyle işlemler ve üçüncüde Danıştay 5. Dairemizin bu şekildeki bir içtihadı elimize geçti, hükmettik ve bize yansıyan işlemlerin çok çok azaldığını gördük; bu yola başvurulabilir mi? Yani bunun bir içtihad haline getirilmesi mümkün mü?

Teşekkür ederim, saygılar sunarım.

TURGUT CANDAN- Sayın Sarp'ın sorusuna yanıt vermeden önce izin verirseniz Sayın Şahin'in değindiği bir noktaya açıklık getirmek istiyorum. 28. maddenin 5. fıkrası uyarınca vergi mahkemesi kararı üzerine mali yükümlüğün yeniden hesaplanıp ilgiliye bildirilmesi yolunda tesis edilen işlemde de hukuka aykırılıklar olursa, bu işlem yeniden idari davaya konu olabilir mi, olmaz mı? Ben, o konudaki açıklamayı konuşmamda geçtim; çünkü zamanım dardı. Sayın Şahin'e teşekkür ederim, oraya değindi.

Danıştay'ın kimi daireleri, bu yazının, bu bildirim ya da işlemin -ki yeni bir tarh işlemi olarak nitelendirmek mümkün- idari davaya konu edilemeyeceği görüşünde. Gerekçe de şu: Danıştay'ın ilgili dairesi, "Eğer, idari davaya bu işlem konu edilirse yargı yeri kendi kararını denetlemiş olur" diyor. Ben o görüşte değilim; benim Dairem 7. Daire de, o görüşte

değil. Biz, idari davaya konu edilebileceği düşüncesindeyiz; sebep de şu: İdare gerçekten yargı kararını uygulamakta niyetli olabilir, uygular; fakat teknik yetersizliklerden, beşeri zaatlardan dolayı uygularken yeni hatalar yapabilir. Hatta kararı yanlış anlar, yanlış uygulayabilir; en azından hesap hatası yapabilir. Dolayısıyla, yeni işlem de, hukuka çeşitli yönlerden aykırı olarak doğmuş olabilir.

Eğer, bu işlem dava konusu edildiğinde, "kendi kararınızı denetliyorsunuz" anlamı çıkar gerekçesiyle denetlemezeniz; bu işlem, hukuk düzeninde bu haliyle kalır; bu da, bana göre, Anayasanın 125. maddesine aykırı olur. Orada, "her türlü işleme karşı yargı yolu açıktır" diyor. Kaldı ki, bu işlemin yeniden dava konusu edilmesi, yargı yerinin kendi kararını denetlemesi anlamına da gelmez. Niye gelmez? Çünkü, o davadaki yargılama, sonradan yapılan hukuka aykırılıklar üzerinde cereyan eder. Yoksa, ilk davada tartışılan maddi ve hukuki sebeplere yeniden dönülmez. Sıyrırlı bir inceleme yapılır. Yargı kararının gerekleri yerine getirilmiş mi, getirilmemiş mi? Getirildiyse, karara uygun olarak mı getirilmiş? Yeni hata yapılmış mı, yapılmamış mı? Bu çerçevede cereyan eder. Dolayısıyla, yargı yerinin kendi kararını, daha önce kesinleşen kararını denetlemek anlamına gelmez.

Bunu açıkladıktan sonra Sayın Sarp'ın sorusuna geçebiliriz. Sayın Sarp'ın sözünü ettiği karar, sanıyorum ki, Danıştay 5. Dairesinin 10.11.1997 tarihli kararı. Bu kararda Danıştay 5. Dairesi idareyi tazminata mahkûm ettikten sonra hüküm fıkrasına bir koşul eklemiştir. Demıştır ki; "kararın yerine getirilmemesinde, kararın gereklerinin yapılmamasında kusuru olan kamu ajanına rücu edilmek koşuluyla". Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasına dayanılarak verilmiş bir karar. Ben bugünkü koşullarda bu kararda getirilen çözümün yerinde olduğu görüşündeyim. İdareyi kararın gereklerine uymaya zorlama bakımından, bu kararın, (belki 28. maddede bu konuda çok açık bir düzenleme yok; ama, ben, bunun yerinde olduğu görüşündeyim Bilmiyorum, Sayın Başkanım veya Mehmet Bey bu konuda daha yetkili) devam edebileceği görüşündeyim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun Sayın Ünlüçay.

MEHMET ÜNLÜÇAY (Danıştay Üyesi)- Sayın Candan da belirtti. Yargı kararını uygulamayan idare, bir Anayasa suçu işliyor, Anayasayı ihlal ediyor. O halde yargı kararını uygulamayan idarenin hukuksal durumunu bu çerçevede değerlendirmemiz gerekir. Yalnız yargı kararını uygulamayan idare, idari eylem de yapıyor sayılamaz. Yani idari eylem, gene hukuksal çerçeve içerisinde idarenin üstlendiği işlevi yerine getirmek üzere yaptığı yahut yapamadığı işler ya da hareketsiz kalması halidir. Yargı kararı karşısında hareketsizlik ise, aslında haksız fiil niteliğinde bulunmaktadır. 2577 sayılı Kanununun 28. Maddesi bu haksız fiili, normalde fiili yol adli yargıda dava konusu edilmesine rağmen, idari yargılama usulüne taşımıştır. Üstelik de 28. Madde bir davadan bahsederken süreden bahsetmiyor.

Getirilecek dava açma süresi şartlarının hepsi birtakım sıkıntılara yol açacaktır. Çünkü mahkeme kararlarının hâlâ uygulanması talebinde bulunabilecek olan davacının zararını tanımlayıp bunu istemesi gerekecektir. Açılan tazminat davası kabul edilirse, tabii yeniden tazminat davası açılmasına mani bir durum yok; ama belki de bunu istisnai olarak, yani bir fiili yol davası gibi düşünüp zamanaşımı süresi içerisinde her zaman dava yoluna gidilebileceğini idari yargının bir çözüm olarak ortaya koyması gerekir diye düşünüyorum.

Tabii şu yönünü de hemen aktarmam gerekiyor: Evet, bugün ülkemizde idare yeterince hukuka bağlı olmadığı için yargı kararlarına direniyor ve yargı kararına alternatif yollar arıyor. Yani hukuk dışı çözümler üretmeye çalışıyor; aslında doğası da onu gerektiriyor. O halde birtakım önlemleri almalıyız. Fakat 1982'den bu yana bizim yargılama usulümüzle idari davada çok fazla sayıda kanun yolu kabul edilmiştir. Bu kadar fazla kanun yolu, hukuk davasıyla bağdaşabilir. Kanun yollarının tümünü, üstelik de olağan kanun yolu olarak kabul eder ve idare mahkemesi kararlarının temyiz edilmelerine rağmen uygulanmasını beklerseniz; o zaman idare açısından da uygulamada bazı sıkıntılara yol açarsınız. İdarenin bu sıkıntılarını da görmemiz gerekiyor. Belki 28. Madde değiştirilirken, belli konulara ilişkin idari yargı kararlarının temyiz aşamasından geçtikten sonra uygulanması yolunun da

düşünülmesi gerekir. Bunu tümüyle değil; ama kısmen bir çözüm olarak düşünüyorum.

Öbür yandan mahkeme başkanı arkadaşımın sorduğu hususu da 5. Daire Üyesi olmam nedeniyle cevaplamak istiyorum. Arkadaşım rücu meselesine değinmek istedi. 5. Daire, Sayın Başkanımızın başkanlık yaptığı dönemden bu yana rücu konusuna özenle yaklaşıyor. Hüküm fıkrasında da buna yer veriyor. Hatta ilk derecede baktığı birkaç dava, Dava Daireleri Genel Kurulunca bozuldu; fakat şu anda Dava Daireleri Genel Kurulu da görüş değiştirdi. Dolayısıyla, biz şu aşamada Anayasanın 129. Maddesini hatırlatarak; ama isim zikretmeden ademi infaz durumunu belirterek, yargı kararının uygulanmaması nedeniyle bu konuda sorumlu olanlara rücu edilmesi gerektiğini kararımızda ihtaren belirtiyoruz. Kararın bir örneğini de Maliye Bakanlığı'na iletiyoruz. Bu zaman zaman etkili de oluyor. Bu karar gidince Maliye Bakanlığı hiç olmazsa bu ademi infazı tespit edip, dava yoluna gidebiliyor. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun Sayın Irmak.

YÜCEL IRMAK (Danıştay Üyesi)- Efendim, Turgut Bey "uygulanmayan bir yargı kararı hatıra olarak çerçeveletip asılsa yeter" dedi. Eskiden böyle demezlerdi, "bakkalda helva sarılsın" derlerdi. Belki o daha çok işe yarıyordu. Uygulanmayan yargı kararları gerçekten çoğunlukta. Bana göre sorunun çözümü Ceza Kanununda. Uygulanan maddeler yetersiz. Unsurları tam olarak belirtilmekle Ceza Kanunun sistematığıne yerleştirmek suretiyle ayrı bir suç haline getirilmesi, re'sen takip edilmesi ve Memurin Muhakemat Kanunundan arındırılarak konunun adliyeye intikal ettirilmesinden başka çözüm yolu yok gibi geliyor.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Ben de teşekkür ediyorum.

Efendim, üzülerken söylüyorum, vakit çok geçti. Bu bakımdan toplantıyı kapatırken ülkemizde hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ilkesinin tüm çağdaş nitelikleriyle gerçekleştirilmesi umut ve dileğiyle hepimize saygılar sunuyor, teşekkür ediyorum.

ALTINCI OTURUM

"TAM YARGI DAVALARI"

Oturum Başkanı

ERASLAN ÖZKAYA

(Yargıtay Başkanı)

SUNUCU (Av. MERİH ŞANLI) - Sayın konuklarımız, altıncı oturumumuzun konusu "Tam Yargı Davaları." Kürsüdeki yerlerini almak üzere katılımcıları takdim ediyorum: Oturum Başkanı Yargıtay Başkanımız Sayın Eraslan Özkaya.... Tebliğ sunmak üzere Danıştay Tetkik Hâkimi Sayın Doktor Zuhâl Bereket Baş.... Bu bölümün tartışmacıları Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Sayın Orhan Tekinsoy.... Ankara Barosu avukatlarından Sayın Avukat Yüksel Esin.

ERASLAN ÖZKAYA (Yargıtay Başkanı)- Efendim, altıncı oturumu açarken değerli iştirakçilere ve izleyicilere sevgiler ve saygılar sunuyorum.

Dünden beri devam eden bu panelde çok değerli bilgiler edindik. Bildiğimiz bazı hususlardaki bilgilerimizi de tazelemek imkânı bulduk. Bu bakımdan Mersin Barosu Başkanı ve yöneticileriyle, Barolar Birliği Başkanı ve yöneticilerine candan teşekkürlerimi sunuyorum.

Altıncı oturumun konusu "Tam Yargı Davaları" bu davalarda idari gücün hukuk sınırları içerisinde kalmasında, hukukun üstünlüğünün sağlanmasında ve özel kişilerin uğradığı zararların idareden tazmininde

çok önemli görevler üstlenen bir dava çeşidi ve idari yargının çok önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

Tam yargı davaları konusunda Sayın Doktor Zuhal Bereket Baş çok değerli bir tebliğ hazırlamış, büyük emek mahsulü, büyük araştırma mahsulü. Kendisine bu yönden çok teşekkür ediyorum. Tebliğin kapsamı çok geniş. Kısaca ana başlıklarıyla tekrarlamak gerekirse kamu gücünün sorumluluğunun gelişimi, genel sorumluluk ilkesi olarak kusurdan doğan sorumluluk, görev kusuru, idarenin kusursuz sorumluluğu ve sorumluluğun hukuki sonuçları başlıkları altında toplamak mümkün. Değerli arkadaşımızdan bu tebliği hazırlamaktaki maharetini kendisine tahsis edeceğimiz süre içerisinde özetlemede de kullanacağından eminim.

Dr. ZUHAL BEREKET BAŞ (Danıştay Tetkik Hâkimi) – Teşekkür ederim Başkanım.

İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SAĞLANMASININ ARACI OLARAK TAM YARGI DAVALARI

BAŞLARKEN

I-KAMU GÜCÜNÜN SORUMLULUĞUNUN GELİŞİMİ

II-GENEL SORUMLULUK İLKESİ OLARAK KUSURDAN DOĞAN SORUMLULUK

Kusur Sorumluluğunun Alanı

Kusur Sorumluluğunun Görünüş Şekilleri

Hizmet Kusuru Sayılmayan Durumlar

Kusurun Ağırlık Derecesi

III-GÖREV KUSURU

Kamu Hizmeti Fonksiyonu Dışında İşlenen Kusur

Rücu Sorunu

IV-IDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

1-Tehlikelilik İlkesi

2-Mesleki Risk İlkesi

3-Kamu Yükümleri Karşısında Eşitlik İlkesi

4-Sosyal Risk İlkesi

V-SORUMLULUĞUN HUKUKİ SONUÇLARI

1-Onarım – Giderim Hakkının Koşulları

2-Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler

DEĞERLENDİRME

BAŞLARKEN

Modern toplumda bireyin öneminin artması, kamu hizmetlerinin tanımında bireye yer verilmesi, kamu hizmetinin kamu yararı doğrultusunda bireyin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelmesi klasik nitelendirmelerin de değişmesine neden olmaktadır. Bu nitelendirmelerin en başında kamu gücünün sorumluluğu kavramı gelmektedir.

Kamu gücünün sorumluluğu ilk başta “devlet-birey” ilişkisini gündeme getirmektedir. Bu gündem, uzlaşmadan çok çatışma başlatmaktadır. Ancak, kamu gücünün sorumluluğu suretiyle uzlaşma ve denkleştirme yoluna gidilmektedir.

Kamu gücünün sorumluluğu; uğranılan zararı gidermeye yönelik olması nedeniyle bir cezalandırma, yani yaptırım mekanizması değildir.¹ Dolayısıyla kamu gücünün hukuki sorumluluğunu cezai sorumluluktan arındırmak ve kamusal nitelik kazandırmak olasıdır. Öbür türlü bir önlem, özel hukuk kurallarının idari yargıya egemen olması sonucuna götürür.²

Devlet-Birey arasındaki ilişki ve bireyin devlet otoritesi nedeniyle mağduriyeti; özel hukuk kurallarının idari sorumluluk alanına uygulanmasına engel olmaktadır.

İdari yargının varlık nedeninin sonucu olarak da, devlet otoritesi karşısındaki bireyin, devletin yargılanabilirliği sürecine katkısı,

¹ GÜRAN, Sait ; « Türk İdare Hukukunda Tam Yargı Davalarının Hedefi ve İşlevi » Yargı Dergisi, s.10, Ağustos 1979, s :40 s.22

² DURAN, Lütfi « İdari Yargı Adlileşti -3 », İstanbul Borosu Dergisi, 1982, Cilt : 56, s. 316

dolayısıyla devlet-birey ilişkisine etkisi kaçınılmazdır. En azından devletin hukuka aykırı davranmasının engellemesi, hukuka aykırılıkları giderilmesi ya da devletin varlık nedeni olan bireyi, bu varlık karşısında kusuru olmasa bile devletin sorumlu olması noktasına getirmiş bulunmaktadır.

Dolayısıyla kamu gücünün sorumluluk sürecinde, devlet-birey ilişkisini irdelemek suretiyle, kamu gücünü hesap verme konumuna getiren olguları ortaya koymak gerekir.

Hizmetten faydalanan bireylerin, hizmet ilişkisinin tarafını belirleyememeleri, seçme özgürlüklerinin olmaması nedeniyle devlet, idare, kamu tüzel kişileri daima taraf konumundadırlar. Bu taraf olma özelliği; kamusal faaliyetlerin ekonomik ve teknik sosyal ihtiyaçlardaki gelişimine ve değişimine paralel olarak yoğunlaşması ve komplike hale gelmesi sonucu, bu faaliyetlerin neden olduğu zararları da artırmaktadır. Bu artış doğal olarak diğer taraf olan bireyin alanına olumsuz etki anlamını taşımaktadır.

Bu zararlara karşın bireyin, sadece kazanılmış haklarla sınırlı olan koruma alanı, günümüzde geniş bir denetim ve koruma alanına yerini bırakmıştır.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkan devletin denetimi olgusu beraberinde devletin sorumluluğunu da getirmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olan devletin sorumluluğu; birey için bir hukuki koruma alanı olarak varlık göstermesi nedeniyle aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin tamamlayıcısı niteliğindedir.

Kamu gücünün sorumluluğu ise, devletin varlığıyla birlikte her yer ve zamanda birey karşısında devletin sorumluluğu demektir. Kamu gücünün sorumluluğu hukuku, *“devletin idari işlevinin hukuka aykırı olarak kullanımından doğan zararların, yazılı olan veya olmayan hukuk*

normları uyarınca yine devlet tarafından telafi ve tazminini içeren bir disiplin”dir.³

Rönesans ve reform hareketleri, 1789 Fransız İhtilalinin getirdiği hürriyet ve demokrasi düşüncesi ve hukuk devletinin kabulü ile birlikte, sorumluluk kuralları, özel hukuktan sonra kamu hukukunda da uygulama olanağı bulmuştur. İlk başlarda, kaynaklık yapan özel hukukun sorumluluğa ilişkin kurallarının vesayeti altında olan bu alan, idarenin yapı ve işleyişine uygun kamu hukuku kuralları ile gelişmiştir.

Kamu hukuku kurallarının egemen olduğu ve kandise özgü yargılama usulü kurallarını içinde barındıran arı bir yargı düzenin, idari yargının varlığı sonucu idarenin hukuka uygunluğunu sağlamak amaçlı idari dava türleri ortaya çıkmıştır. Bunlardan, idarenin sorumluluğunu sağlamanın bir aracı olan tam yargı davaları, idari işlem, eylem yada sözleşmelerden kısaca idari faaliyetlerden hakları ihlal edilmiş olanlar tarafından bir hakkın yerine getirilmesi, uğranılan zararın giderilmesi istenilir.⁴

Anayasa Mahkemesine göre idari işlemler; “Kamu kurumu yada idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili...”⁵ tasarruflardır. Diğer bir yargı organına göre idari işlemler; “Kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ce resen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır.”⁶

İdari eylemler ise; ya bir idari işlemin uygulanması yada hiçbir idari işleme dayanmadan, doğrudan doğruya yapılan tasarruflardır.

³ OZANSOY, Cüneyt, “Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBF., Ankara 1989., s.10

⁴ GÖZÜBÜYÜK- TAN, « İdare Hukuku, II.Cilt », Turhan Kitabevi, Ankara 2001, Güncelleştirilmiş 2.Baskı, s.611

⁵ Anayasa Mahkemesinin 25.5.1976 gün ve E:1976/1 K:1976/38 sayılı kararı, AMKD., Sayı :14, s.170

⁶ D.10.D.’nin 1.7.1987 gün ve E :1987/1159 K :1987/1458 sayılı kararı, 24.7.1987 gün ve 19427 R.G., s.3

İdarenin eylemlerinden kaynaklanan zararlarının tazmini için açılan davalar idari yargı yeri idare hukuku kurallarına göre görülür ve çözümler.⁷ İdarenin haksız fiil olarak nitelendirilen eylemleri, idari bir eylem olarak görülüşü için, fiili yol olarak nitelendirilen eylemlerin doğurduğu zararın tazmini için açılan davaları adli yargı yeri bakmak ve çözmekle görevlidir.⁸

İdari sözleşmeler ise; kamu kuruluşlarının idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeleri ifade etmektedir. Konusu kamu hizmeti olan, kamu yararını amaçlayan, bir tarafı idare olan ve idarenin öteki tarafa göre kamu gücüne dayanan yetkileri kullanabilmesi, hizmeti yürütmeye yönelik olan ve belirli süreyi kapsayan sözleşmelerdir.⁹

İşte kısaca tanımlamaya çalıştığımız bu idare tasarruflarının neden olduğu zararların tazmini istemiyle idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davaları adli yargıdaki tazminat davalarından farklı yargılama usulü ilke ve kuralları olan bir disiplini ifade etmektedir. İdarenin verdiği zararın giderimi için açılan *tazminat*; haklı neden olmaksızın yönetimin malvarlığına geçmiş malın yada paranın geri alınması için açılan *istirdat* davaları gibi çeşitleri bulunmaktadır. Öte yandan vergi davalarında kendine özgü özellik ve nitelikleri unutulmamak kaydıyla bir tür tam yargı davası olduğu kabul edilmektedir.

Tam yargı davalarında fiili yol dışında idari yargını görevli olduğunu belirtmiştik. Bunun yanında ön karar, dava açma süreleri, davalı idare ve dava açma ehliyeti gibi kendine özgü yargılama kuralları olan tam yargı davalarının bu yönünün Paneldeki iş bölümü itibariyle diğer bildiri sahiplerince detaylı ele alınacak olması nedeniyle ele almaktan kaçınacağız. Esasen bu yargılama usulü kurallarının yarattığı

⁷ UM.'nin 13.6.1994 gün ve E:1945/5 K:1947/7 sayılı kararı, 1.7.1994 gün ve 21977 sayılı R.G., s.38

⁸ D.12.D.'nin 11.12.1980 gün ve E:1980/2704 K:1980/4391 sayılı kararı, aktaran GÖZÜBÜYÜK- TAN, age., s.366

⁹ GÖZÜBÜYÜK - TAN, age., s.463

farklılıktan çok, tam yargı davasına egemen olan, idarenin sorumluluğunu sağlayan ilke ve kurallar üzerinde durmak gerektiği için, biz konumuzu bunlara özgülemeyi ve bu alandaki eksikliği gidermeyi daha doğru bulduk.

İdarenin sorumluluğuna ilişkin ilkelere baktığımızda ise, önce kusur sorumluluğu, sonra kusursuz sorumluluk ilkesi, idarenin sorumluluğuna yönelik ilkeler olarak kabul görmüştür. Bu ilkeler bütün idare hukuku ilkeleri gibi, idari yargı organlarının elinde doğup, gelişmiş ve halen gelişmesini devam ettirmektedir.

Toplumsal olayların arz ettiği çeşitlilik, günün gelişen ihtiyaçlarındaki çoğalmalar bu gelişmenin tamamlanmasına izin vermemekte, her an yeni ilkeler yada mevcut ilkelere eklemeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu durumlar, kamu gücünün sorumluluğunun çok işlenmesine neden olmakta, ancak bu çoğalma konuya ilişkin soru işaretlerini, problemleri azaltmamaktadır.

Sorumluluk, idari olgu, faaliyet ile zarara yol açan netice arasında nedensellik bağının varlığı ile gelişmiş, zaman içinde ortaya çıkan yeni durum bunun yetersizliği sonucu, nedensellik bağının kesildiği bazı özel durumlarda, sosyal risk ilkesinin uygulanması sonucuna ulaşılmıştır. Böylece idari tazmin hukukunda; sorumlu tutma düşüncesinden daha çok, zararın giderimi ön planda tutulmaya başlanmıştır.

Yasama ile yargılamadan ve idari sözleşmelerden doğan sorumluluk, askeri idari yargının görevine giren sorumluluk, yasal düzenlemelerin yarattığı sorumluluk alanı ile tam yargı davasının yargılama usulu ve tazminat miktarını saptamaya yönelik usuller çalışmamızın dışında tutulmuş, böylece oldukça önemli olan idareyi mali olarak sorumlu tutmayı sağlayan ilke ve kurallar detaylı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

I-KAMU GÜCÜNÜN SORUMLULUĞU

Devletin yürüttüğü kamu hizmetleri sonucunda, bazı bireylerin zarara uğramasını engellemek oldukça zordur. Ancak, önemli olan bu zararın tazmini yoluyla bireylerin mağduriyetini gidermektir. Bunun için kamu gücünün sorumluluğu kavramının doğması ve gelişmesi gerekmektedir.

Kamu gücünün sorumluluğu kavramına gelinceye kadar olan aşamada bu kavramın gelişimi ile doğrudan bağlantılı olan idari-birey - devlet ilişkisine ele almak gerekir.

Toplumsallık ve bireysellik kavramları birbirinden ayrılmayan ve bağlı gelişme gösteren dönüşümlü kavramlardır. Bunun en çarpıcı örneği kamu yararadır. Birey bir yandan bireysel çıkarlarını gözetmek, öte yandan kamu yararı amacıyla konulan toplumsal davranış kalıplarına uymak zorundadır. Toplumun bireyden beklediği bu davranış kalıpları, bireyin toplumsal yaşamdaki rolünü belirlemiş olmaktadır.

Bunun tam karşıtı olarak bireyin toplum yapısından beklediği davranış kalıpları yada devletin rolü nedir? Bu soruyu devletin varlık nedenini ortaya koyarak cevaplayabiliriz. Devletin varlık nedeni; devletin hukuk düzeni içerisinde demokrat olması, insan haklarının varlığı ve geleceği için güvence oluşturmasıdır. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü gibi ilkeler yaşama geçirilmeli, insan hakları çiğnenmemeli, devlet yapısı anti-demokratik bir yapıya dönüştürülmemelidir.¹⁰ Toplum sözleşmesi ile bireyin bağlandığı devletin varlık nedeni, onu meydana getiren birey toplum olduğu için onu aşması söz konusu olmamalıdır.¹¹

Yöneten ve yönetilen farklılaşmasının ortaya çıkması ile devlet

¹⁰ ÇEÇEN, Anıl "Devlet ve İnsan Hakları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:1989, S:6, s.827

¹¹ ÖZLEM,Doğan, "Sosyal Hukuk Devleti İçinde Düşünmek", Doğu-Batı Düşünce Dergisi, Yıl:4, Sayı:13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001., s.12

olgusunun gündeme geldiği görülmektedir.¹² Ancak, zamanla yönetilenin birey konumunda ele alınmaya başlanması devlet ve insan haklarının gelişmesine neden olmuştur. Yönetimin idare hukuku alanındaki karar ve tedbirlerinin muhatabı olarak nitelendirilen “*idare edilenler yada yönetilenler*”¹³ terimi, zamanla yerini “*kamu hizmetinden faydalananlar*”a bırakmıştır. Kamu hizmeti tanımı içinde yer alan “*kamu*” teriminden kastedilenin toplum değil, toplumu meydana getiren bireyler toplumu olduğu anlayışı hakim olmuştur.¹⁴

Birey genel istence katılması nedeniyle bir yandan yasaları yapan yurttaş durumundadır. Bireyin devletin temel kurumlarının özellikle hukuk kurallarınca belirleyici olması, öne çıkması o devlet sisteminin demokratik olup olmadığını da belirler.¹⁵

Yasalara itaat eden bireydir, uyruktur. Egemen gücün yasaları karşısında birey yükümlülük altına girmekte ve hukuksal kişilik kazanarak, gerçek özgürlüğe kavuşmaktadır.¹⁶ Bireycilik öğretisi sayesinde insanın insan olduğu için hak ve özgürlüklere sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁷

Bireysellik düşüncesinin gelişmesi ile insan devletin yapıcı unsuru olmuş ve devlet insan içindir felsefesi yerleşmiştir. Devletin koyduğu

¹² ÇEÇEN, agm., s. 826

¹³ BALTA Tahsin Bekir, « **İdare Hukukuna Giriş** », TODAİE Yayınları No :117, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.154

¹⁴ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, « **Demokratik Mitoslar :Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil** » 31 Mayıs – 2 Haziran 1989 I.Ulusal Sosyal Bilimler Kongresinde Sunulan Bildiri, s.21

¹⁵ BATUM, Süheyl, « **Devlet-Toplum İlişkileri Çerçevesinde Cumhuriyet Dönemi Anayasaları** » 75.Yılda Tebaa’dan Yurttaşına Doğru, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İst.1998, s.103,107

¹⁶ AĞAOĞULLARI, agm, s.142

¹⁷ Kişi kavramı ise; insanın hukuksal ilişkilerde giyindiği bir kılıftır. Kişi kavramı sadece özel hukuk için değil, kamu hukuku içinde geçerli bir kavram haline almıştır. SAVCI Bahri, “**Yaşam Hakkı ve İnsan Hakları Armağanı**”, Ankara 1978, s.14

hukukun kaynağı ve amacı insan olmuştur.¹⁸ Bireysellik öğretisi, hukukun enerjisini insan olarak saptamaktadır. Buna göre hukuk; insanı birtakım hak ve özgürlüklerle donatmaktadır.¹⁹ Birey yasalarca tanınmış belirli haklara ve yükümlülüklerle sahip, siyasal planda sadece seçimlerde oy kullanmakla sınırlı kalmayan, soyut, edilgen, yönetimleri sorgulayıcı, denetleyici, katılımcı bir yapıya kavuşmuştur.²⁰

Batı toplumlarında Rönesans ile birlikte bireyselleşme kabul edilmiştir. Böylece çoğulculuk, hukukun üstünlüğü, siyasal haklar gibi bir takım haklar bireye tanınmak suretiyle demokrasiye geçiş sağlanmıştır. Modern insan, doğal çevreyi maddi ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli bir evren olarak görmektedir. Böylece modernleşme ile birlikte, birey ile doğa arasındaki ilişkinin yanında devletle olan ilişkisinde birbirinden tamamen ayrılmış, devletin toplumsal alana olan yetkileri azalmış, bireyin doğal hakları ile sınırlı bir yetki alanı içinde kalmıştır.²¹ Dolayısıyla, devletin bireyler üzerindeki mutlak egemenliği sona ermiştir. Tam tersine bireylerin, bireysellikleri ön plana çıkmış ve bireylerin siyasal kararlarını kendi çıkarları doğrultusunda belirleme hakkı doğmuştur.²²

Bireysellik olarak adlandırılan bu alanda bireyin; her türlü baskıdan ve müdahaleden uzak yaşaması ve bu ortamda kendi gücüyle ideallerini gerçekleştirmesi amaçlanmıştır.

Bu gelişmelerden devletin payına düşen ise; bireylere insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeni sağlamak görevi olmuştur. Yeni görevi

¹⁸KOYUNCUOĞLU,Tennur, “Tarihsel Yaklaşımla Hak ve Özgürlük İlişkisinin Saptanması”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S:12,1978, s.45

¹⁹ KUBALI, H.Nahit, “Anayasa Hukuku Dersleri”, İstanbul 1971, s.164-165

²⁰ ÜNSAL, Artun “Yurttaşlık Zor Zanaat”, 75.Yılda Tebaa'dan Yurttaş Doğru , T.İş Bankası Kültür Yayınları, İst.1998, s.1

²¹ KÖKER, Levent, “Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi” İletişim Yayınları, I.Baskı, 1990 s.44

²² ÜSTEL, Fusun, “Yurttaşlık ve Demokrasi” Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1999, s.33, 51

devleti ve devleti yönetenleri daha özenli davranmaya yöneltmiştir.²³

Otoriter devlet anlayışının terk edilmesi ve günümüzün eşitlikçi, özgürlükçü, çağdaş devlet yapısına geçişten birey kazançlı çıkmıştır. Sosyal gelişmelerin sonucu olarak devletin faaliyet alanı bireylerin toplumsal ve siyasal hakları ile sınırlandırılmıştır. İnsan olmanın öne çıkması ile bağlı olarak, insan onurunun gelişmesine katkıda bulunacak şekilde temel insan haklarında değişiklikler yapılmıştır.

19.yüzyıl insan hakları ve özgürlükleri akımı ile birlikte, insanın düşünce ve eylem alanına ilişkin sınırları kaldırmak, insanın yücelmesini sağlamak, aksi yöndeki tüm engelleri ortadan kaldırmak düşüncesi gelişmiştir.

Çağdaş, eşitlikçi bir düzen aynı zamanda devletin sivil beraberlik olarak anlaşılmasını gerektirir. Bunun günlük yaşama geçirilmesi kaçınılmazdır. Vatandaşlar arasında ayırım göstermeyen, onlara sahip oldukları tüm olanakları sunarken eşit biçimde davranan devlet, birey eşitliğini sağlamış olur. Başka bir ifade ile devlet; toplumu oluşturan her bireyin bu topluluğa mensup olmaları nedeniyle uğradıkları zararları karşılamak zorundadır. Bu da devletin sorumluluğunu gündeme getirir.²⁴

Bu yöndeki değişimde, egemenlik kavramındaki belirgin zayıflama ile artan ölçüde devletin sorumsuzluğunun tartışma konusu olması etkili olmuştur. Devletin sorumsuzluğunun tartışılmaya başlaması, onun kamusal hayatta yaptığı müdahaleler ve bunun sonucu olarak verdiği zararların ortaya çıkması ile olmuştur.²⁵

Devletin anlamının, “devlet birey içindir, birey devlet için değildir” felsefesine dayanmasının yanında, bugün gelinen aşama, devletin üstlendiği ve yerine getirdiği fonksiyonları sırasında bireylere verdiği

²³ ÇEÇEN, age. s.830

²⁴ ÇEÇEN, agm., s.829

²⁵ MORANGE, Jean “La Responsabilité de l’Etat pour les Dommages Causés Aut Citoyens”, Journees de Societe de Legistation Comparée, 1989, Paris., s.156

zararları karşılamadan öte, kişilerin devletin bir bireyi olmaları nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesi sonucunu doğurmuştur.

Hukuk devleti olgusunun gelişimi; yöneten-yönetilen farklılaşması olarak adlandırılan durumun ve bunun ortaya çıkardığı sorunları ortadan kaldırmayı gündeme getirmiştir.²⁶

Yönetimin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine nasıl tutulacağı sorusuna yanıt aranırken hukuk devleti fikrine varılmıştır.²⁷

Devlet ve insan hakları ilişkisi açısından bakıldığında ise hukuk devleti; devlet ve insan haklarının çağdaş gelişmeler çerçevesinde demokratik bir pota içerisinde dengeleyebilmeyi başarmış devlet demektir.²⁸

Hukuk devletinin sorumluluk ile ilişkisi üzerinde duran Ozansoy, ilkenin “*hangi gerekçelerle zararı ödeyeceği*” ve “*bu zararın bireyler üzerinde kalmasının adil bir yaşam*” olup olmadığı sorularını yanıtladığını belirtmektedir.²⁹ Dolayısıyla, hukuk devleti; “*tela fi eden devletin*” yanında “*zarar doğurucu faaliyetlerden kaçınmayı önlemeyi*” amaçlayan devlete gelinmesini sağlayacaktır.

Kamu gücünün sorumluluğunu sadece hukuk devletine bağlamak doğru bir çıkarsama değildir. Zira, kamu gücünün hukuka bağlı olması, faaliyetlerinin doğurduğu tüm zararları ödemesini zorunlu kılmaz.³⁰ Bu idarenin sorumluluğu konusunun tamamlanması için sosyal devlet kavramının gelişimini beklemek gerekir.³¹

²⁶ ÇEÇEN, agm., s.828

²⁷ KABAOĞLU, « Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi » TODAİE. İnsan Hakları Yılığ, C:12, 1990, s.1403

²⁸ ÇEÇEN, agm., s.833

²⁹ OZANSOY, agt., s11

³⁰ DURAN, age., s.13

³¹ Doktrinde Sosyal devletin, hukuk devleti kavramından daha önce de var olduğu üzerinde durulmuştur. bkz. ÖZLEM Doğan , “**Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek**”, Doğu-Batı Düşünce Dergisi, Yıl :4, Sayı :13 Kasım-Aralık-Ocak/2001-2002, Hukuk ve Adalet Üstüne, s.10

Sosyal devlet, “doğuştan sahip olunan onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisini”³² anlatan siyasi bir nitelendirilme olmaktan öte, Anayasanın planlı kalkınma, karma ekonomi ve ekonomik yaşama devletin müdahalesi kurallarını oluşturma gibi bir sonuç doğurur. Ancak, sosyal devlete hukuki açıdan bakıldığında hukuk devletinin ileri bir aşaması olarak imkan ve fırsat eşitliği kavramını nitelendirmek için kullanılır. Siyasi ve hukuki yönden birliktelik kurulduğunda sosyal devlet; ekonomik açıdan eşit olmayan kimselerin kamu hizmetinden bedava yada herkesin ulaşabildiği düşük bir bedel karşılığında ulaşmasını sağlayan devlettir.³³

Bir toplumdaki güçsüzlerin ezilmesini önlemek, toplumda dengesizlikler yaratılmasını engellemek, ulusal gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlamak, bu amaçların gerçekleşmesi yada en azından devletin bu amaçlara yönelmesi için devlet içinde bu gerçekleşmeyi yada yönelmeyi gerekli kılan güçlerin bulunması gerekir. Ayrıca, güçsüzlerin gücünü devlet yapısında hissettirecek kurumların, mekanizmaların ve yolların olması gerekir.³⁴

Demokratik olmadan sosyal olunamayacağını savunan yazarlar, sosyal devlet terimini, demokratik sosyal devlet olarak kullanmaktadırlar. Bu tür devletin demokratik olması; eşitlik, adalet, özgürlük ve hoşgörü ilkelerinin benimsenmesini gerektirir.³⁵ Sosyal devletin amacı, halkın istekleri doğrultusunda adil ve refahı halka yayan bir düzeni gerçekleştirmek olarak ele alındığında sosyal devlet kavramı, devlete çeşitli edimler yükleyen devlettir.³⁶ Doğal olarak sosyal devlet,

³² ÖZAY, İl Han, “İkibine Kavuşurken Gün Işığında Yönetim”, İstanbul 1998, s.88

³³ AKSOY, Muammer, “Sosyal Devlet İlkesi Boş Bir Söz müdür ?” Cumhuriyet, 21 Eylül 1988, s.2

³⁴ SOYSAL, Mümtaz, “100 Soruda Anayasanın Anlamı”, Gerçek Yayınları, Ankara 1990., s.234

³⁵ TALAS, Cahit “Öğretilerde Sosyal Devlet İlkesi”, TODAİE. İnsan Hakları Yılığ, C :13, 1996, s.101

³⁶ İbid; s.91,102

devlete sosyal sorumluluk yükleyen bir kavramdır.³⁷

Sosyal devletin sonucu olan olanak ve fırsat eşitliği sorumluluğunun dayanağıdır. Anayasada yer almasa bile sosyal devlette idareler, olanak ve fırsat eşitliğini sağlamak zorundadırlar. İktisadi ve sosyal durumu elverişli olmayanları korumak ve desteklemek, sosyal düzen içinde yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olanak ve fırsatları tanımak, bunlardan yoksun bırakmamak zorundadırlar.³⁸ Doğal olarak sosyal devlet, devlete tazmin sorumluluğu yükleyen bir kavramdır.

Sosyal devlet ilkesi hem ekonomik hem de hukuk düzeninde çeşitli değişiklikler meydana getirmiştir. Bu değişikliklerin özellikle sosyal içerikli olduklarını belirtmek gerekir. Sosyal içerikli bu değişiklikler toplum halinde yaşamının ortaya çıkardığı zararları gidermek ve hakkaniyete uygun bir zarar denkleştirilmesini sağlamayı hedeflemektedir. Sadece hukuka aykırı fiillerden dolayı değil, hukuka uygun ancak, bazı tehlikeler içeren fiil ve işlemlerin tazmin yükümlülüğünü doğuracağı düşüncesini gündeme getirmiştir. Sosyal devlet, idarenin sorumluluğundan zarar görenler lehine yaygınlaştırmıştır. Sosyal devlet kamu gücüne, zarar görenlerin aksayan, bozulan yaşam düzenini yeniden sağlamak amaçlı bireylere tazminat ödemenin olanağını sağlamak zorundadır. Böylece alacaklı-borçlu, ödev-hak ilişkisini sorumluluk açısından sosyal devlet sağlar. Bu ilişkide haklı tarafa yargı karar verir.³⁹

İlk başlarda, idarenin özel şahıs gibi hareket ettiği durumlarda sorumlu olması kabul edilmiş ve buna da özel hukuk kuralları uygulanmıştır. Devletin sıradan bir şekilde davrandığı durumlarda ortaya çıkan zararın devlet tarafından karşılanması özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde açılacak davalarda ileri

³⁷ ARSLAN, Zühtü, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", Doğu-Batı Düşünce Dergisi, Hukuk Devleti Üstüne, Kasım-Aralık-Ocak/2000-2001, s.65

³⁸ DURAN, Lütfi "Türkiye İdaresinin Sorumluluğu", Ankara 1975, TODAİE.Yayınları, s.163

³⁹ YAYLA Yıldızhan, "İdare Hukuku", İstanbul 1987, s.151

sürebileceği kabul edilmiştir.⁴⁰

Adli yargı dışında bir idari yargı sisteminin kabulü, kamu hizmetlerinin görülmesinden doğan uyuşmazlıkların yapılarındaki özelliklerin, bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik nitelik taşınması, özel hukuk ile idare hukuku arasında bünye, esas ve prensip farkının olması, idari işlemlerin idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgili ve tecrübeli hakimlerce denetlenmesini zorunlu saymasından kaynaklanmıştır.⁴¹

İdari yargı-adli yargı ayrımının ve idari yargı denetiminin yaygınlığı ve derinliği ilkesinin en önemli sonuçlarını kamu gücünün sorumluluğunda görmek olasıdır. Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında özel kişilere verilen zararlarla ilgili uyuşmazlıkları giderme görevini adli yargıya değil, idari yargıya veren ve kamu gücünün sorumluluğunu özel hukuk kurallarından arındıran Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin ünlü *Blanco*⁴² kararıdır. Bu karar ile adli yargı- idari yargı ayrımının yanı sıra kamu gücünün sorumluluğu özel hukuk kurallarından arındırılmakta ve kamu hizmetinin yürütümünden kaynaklanan zararlar nedeniyle açılan davalarda davalının devlet olması nedeniyle özel hukuk kurallarına tabi olamayacağına altı çizilmektedir. Eşit kişiler arasındaki uyuşmazlıkları düzenleyen özel hukuk kurallarının kamu gücü ile kamu hizmetinden faydalanan kişiler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanmasının zaman içinde kötü sonuçları görüldüğünden, bu yola gidilmiştir.⁴³

Zamanla özel hukuk kuralları sadece belirli tasarruflara değil, diğer tüm idari faaliyetler için kullanılmaya başlanmıştır. Özel hukukta

⁴⁰ BAŞGİL, Ali Fuat, "Devletin ve Diğer Amme Hükmü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi", Adalet Dergisi, Ankara 1940, s.7

⁴¹ OYTAN, Muammer "İdari Yargıda Hukukun Genel İlkeleri, Türk ve Fransız Danıştay ve Doktrine Göre", Atatürk ve Hukuk Sempozyumu, 6.11.1981, Ankara, s.215

⁴² T.C., 8 2 1873, cité in Dalloz, s.17, et Sirey 1873. S.153

⁴³ ODENT, R. « Contentieux Administratif », Cours I.E.P : Les Cours du Droit 1970-1971, s:1046

yer alan çalışan ile istihdam eden arasındaki ilişkilere uygulanan özel hukuk kurallarından faydalanılmıştır.⁴⁴ Bu husus, yani özel hukukun istihdam edenle çalışan arasındaki kurallarından faydalandığı ve bunun yerini zamanla idare hukuku kurallarının aldığı 6 Aralık 1855 tarihli *Rothschild*⁴⁵ ve 1 Şubat 1873 tarihli *Blanco*⁴⁶ kararıyla da açıkça ortaya konmuştur.⁴⁷

Rotschilet ve Blanco kararlarından çıkan sonuç bunu desteklemektedir:

- İdari sorumluluk genel ve mutlak değildir,
- Temel olarak hizmet kusurunu kriter alan bir sorumluluk halidir.

Zaman içinde toplumsal ve ekonomik gelişmeler, devletin sorumluluğu açısından kusur kuramını yetersiz hale getirmiş, kusurlu bir hareketi olmadığı halde, bireylerin zarara uğraması ve öteki bireylere göre farklı bir kamu yükümlülüğüne katlanma durumunda kalması, kusursuz sorumluluk kuramının ortaya çıkıp gelişmesine neden olmuştur. Kusursuz sorumluluk kuramı böylece hizmet kusurunun yetersiz kalışının sonucu olarak ortaya çıkmış⁴⁸ ve zamanla bu ilkenin yardımı ile hemen hemen bütün zararların tazmini yoluna gidilmiştir.⁴⁹ Toplumsal olayların çeşitliliği sonucu doğan ihtiyaçlara kusur ilkesinin cevap vermemesi, ilerleyen teknolojiye bağlı olarak sunulan kamu hizmetlerindeki değişimle birlikte oluşan olumsuzlukların yani zararın

⁴⁴ BAŞGİL, age., s.11

⁴⁵ CE., 6.12.1855, Rothschild, Rec. S.707

⁴⁶ TC., 8.2.1873, Blanco Rec. 1. suppl.61, concl. David; GAJA, s.1 v.d

⁴⁷ DELCROS, B. "Fransa'da ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu", çev.CANDAN, Turgut Danıştay Yayınları No:39 Ankara 1984, s.1 vd.; DARCY, Gilles "La Responsabilite'de L'Administration" Daloz, Paris, 1996, s.68

⁴⁸ DEVRİM, Semahattin "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden İdare Hukukunda Doğan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluğu", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1979-1980, S:24, s.40

⁴⁹ VILLEY, Michel "Roma Hukuku Güncelliği", çev.TAHIROĞLU Bülent, Der Yayınları, İstanbul 1985, s.122

giderimi için yargı yerleri yeni ilkeler yaratmak durumunda kalmışlardır.⁵⁰

Hukuk devletinin, sosyal hukuk devleti fikrine dönüşmesi, kamu gücünün sorumluluğuna ilişkin kuralların değişimine yol açmıştır. İdarenin faaliyet alanının genişlemesi, faaliyet alanında kullanılan yeni teknolojilerin beraberinde getirdiği sorunlar, idari teşkilatın ve idari faaliyetlerin artması ve karmaşık bir yapıya bürünmesi, hürriyetlerin ve toplumsal ilişkilerin artması zarar doğuran olayların sayısını da arttırmıştır. Bu artışla birlikte belirli zararları belirli kişilerin üzerinde bırakmanın sosyal adalet anlayışı ile bağdaşmayacağı ve kusuru kanıtlamaktaki zorluklar gibi diğer nedenler kusursuz sorumluluk kavramına ulaşmayı sağlamıştır.⁵¹

II. GENEL SORUMLULUK İLKESİ OLARAK

KUSURDAN DOĞAN SORUMLULUK⁵²

Kusursuz sorumluluğun gelişiminden önce var olan idarenin kusurdan doğan sorumluluğunun kapsadığı alan ve bunun sonucu oluşan kusurun ağırlığı ve hizmet kusurunu doğuran durumları ele almak gerekir.

Kusur Sorumluluğunun Alanı

İdare hukukunda kusur sorumluluğunun yeri; güncel ortak hukuktur. Birçok ilerleyiş sonucu idare hukukunda risk teorisi gerçekleşmiş, ancak sınırlı bir alanı kaplamıştır. Bu ilkenin belirli şartlara bağlı oluşu kusur sorumluluğunun yerini daha belirgin kılmaktadır.

⁵⁰ Bu ilkeler kapalı olarak; yargıcın kural koyma işlevini kamufle etmeye yaramakta, daha sonrada birer anayasal ya da yasal metin haline getirilmektedir. VEDEL – DEVOLVE, "Droit Administratif", Tome I, PUF, 12.éd., Paris 1992., s.393

⁵¹ ONAR, Sıddık Sami "İdare Hukukunun Umumi Esasları", İstanbul 1966, s.1685

⁵² L.RİCHER, « La Faute du Service Public dans la Jurisprudence du Conseil D'Etat », Paris 1978; s:40 M.PAILLET, « La Faute du Service Public en Droit Administratif Français », Paris 1980, s.21

Kamu Gücünden Kaynaklanan Kusurun Görünüş Şekilleri

Kamu gücünün kusuru iki şekilde görülebilir, ortaya çıkabilir.

Birincisi ; bireysel kusur, ajan tarafından verilen zarar, ancak kamu görevine, fonksiyonuna bağlı olarak ortaya çıkan kusur halidir.

İdarenin diğer kusur hali ; anonim kusur halidir. Açık bir şekilde ortaya çıkmayan ve kamu görevi fonksiyonu belirgin olan şeklidir. Bu, Fransız Danıştay'ının kararlarında uzun zamandan beri açıkça belirtilen bir kuramdır. Kötü organizasyondan kaynaklanan kamu hizmetindeki kusur halinin ortaya konusu objektif olarak ortaya çıkan nosyon, toplanan bilgilere göre belirlenir. İdarenin kusurunun ismi yargı tarafından şüphesiz adli yargıdan ödünç alınmıştır. Fakat çok zengin, hareketli olan kamu hizmetindeki kusur (*faute du service public*) kavramının, hizmet kusuru (*le faute du service*) kavramından terminoloji olarak farklı olduğunu belirtmek gerekir.⁵³

XIX. yüzyılın ilk yarısından itibaren başlayan, devlet faaliyetlerinden dolayı medeni hukuk kurallarına göre sorumlu tutulması fikri, bu yüzyılın ikinci yarısından itibaren özel hukuk kurallarının kamu hizmetlerine uygulanmasında gösterdiği güçlük ve yetersiz kalışı; bu kuralların yerini kamu hukuku kurallarına bırakmasına neden olmuştur.⁵⁴

İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluk ilkesine geçildiğinde sorumluluğun asli kaynağı kusur olmuştur. Bunun başlıca nedenlerinden biri ve en önemlisi kuşkusuz, idare hukukunun yakın zamanlara kadar özel hukukun etkisi altında gelişmesi ve idari sorumluluk sebeplerini kusur kavramına yer vermek suretiyle oluşturmak durumunda kalmasıdır.⁵⁵

⁵³ DAROY, Gillos "La Responsabilite de l'Administration" Dalloz Paris, 1996 s. 68 ; CHAPUS, René « Droit Administratif (General) » Tome 2,6 édition, Paris 1992 s. 944

⁵⁴ ESİN, Yüksel, "Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, 2.Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu",Ankara 1973,s.17

⁵⁵ DURAN, age.,s.24

Bu gelişmeler sonucu ortaya çıkan zorunluluk, hizmet kusuru adı altında yeni bir teori ortaya atılmasına neden olmuştur. Bu teorinin gelişiminde kamu hukukunun boyunduruğundan kurtulmaya çalıştığı özel hukukun sorumluluğa ilişkin kuralları kaynaklık etmiştir.

Hizmet kusuru teorisi; kaynağını özel hukuk ilke ve kurallarından almakla birlikte, özel hukuktaki kusur kavramından farklılıklar göstermektedir.⁵⁶ Bu açıklamalar da göstermektedir ki, bu ilkenin incelenmesinin idare hukuku ilke ve kurallarına göre yapılması gerekir.

Özel hukuktaki kusurda ; insan iradesiyle ilgili ruhi, psikolojik bir davranış biçimi söz konusu olup, bu yasaların hoş görmediği, beğenmediği, kınadığı bir davranış⁵⁷ ve kişiye bağlı sübjektif bir kusur niteliğinde olmasına karşın; idari kusur ilkesinde; kişilerin haksız fiilleri için aranan kast,⁵⁸ ihmal,⁵⁹ tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi sübjektif unsurlara bakılmaksızın, hizmeti yürüten kamu personelinin şahsından uzak, hizmetin içinde kuruluş ve işleyişinde aranılan kusurdur. Bu nedenle dış dünyaya yansıyan objektif ve bağımsız bir niteliği bulunmaktadır.⁶⁰ Bunun sonucu olarak idareye bir kusurun atfedilemeyeceği durumlarda idarenin kusura dayalı sorumluluğu yoluna gidilemez. Kusur sorumluluğu her olayın özelliğine göre değişen, esnek bir yapıya sahiptir. Zaman, yer, zararın niteliği ve zararlar kusur

⁵⁶ SARICA, Ragıp "Hizmet Kusuru ve Karakterleri" İÜHFM, C.XV S.4 s.859

⁵⁷ RADO, Türkan "Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku", Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s.37

⁵⁸ Kasıt(dolus); Bir kimsenin bilerek ve isteyerek haksız şekilde hareket etmesi ve başkasına zarar vermesidir. ibid, s.38

⁵⁹ İhmal(culpa); haksız, hukuka aykırı niyet ve istek olmamakla birlikte yeterli özen ve dikkat gösterilmeyerek haksız sonucun meydana gelmesini önlemek için gerekli tedbirlerin alınmamış olması, ibid., s.38. Bunun çeşitleri olarak ağır ihmal(culpa lata); herkesin bildiği ve yaptığı şeyi bilmemek, yapmamak, anlayışlı normal bir insanın benzeri durumlarda gösterdiği dikkat ve özeni göstermemek, hafif ihmal(culpa levis); temkinli ve dikkatli bir insanın göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi, alınacak tedbirlerin alınmamasıdır.

⁶⁰ DESCHEMOUX, Henri- TERCİER, Pierre "Sorumluluk Hukuku", çev.ÖZDEMİR, Salih, Ankara 1983, s.44

arasındaki ilişkinin derecesi önemlidir.⁶¹

İdarenin üstlenmiş olduğu faaliyetleri yerine getirirken birçok eylem ve işlemde bulunması sonucu, sorumluluğunu gerektiren zararlar doğabilir.

İdari eylemlerde hizmet kusuru oluşturan haller, doktrin ve içtihattan gelen klasik bir ayrım ile hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi şeklinde ifade edilmektedir. Bu husus bir Danıştay kararında şöyle ifade edilmiştir:

“...İdare hukuku ilkelerine göre bir olayda, idarenin hizmet kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde kuruluş, işleyiş yada personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken önlemlerin alınmaması veya geç yada yetersiz alınması gibi nedenlerle bir sakatlık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekir...”⁶²

Hizmet Kusuru Sayılan Durumlar

Hizmet kusuruna yönelik verilecek örneklerin sayısı oldukça fazladır. Yargı tarafından tükenmez bir şekilde ortaya çıkan fiili durumlara göre aydınlatılan, söylenen durumlardır. Kamu hizmetine bağlı olan kusuru ele almak için tipik şu ayrıma değinmek gerekir :

aa. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamış olmasından kaynaklanan bir durumdur.⁶³ Bu sorumluluk halinde idarenin, uygunsuz, iyi olmayan bir faaliyetinin varlığı söz konusudur.⁶⁴

⁶¹ ESİN, age., s.31

⁶² D.10.D.'nin E:1982/2725, K:1983/2125, D.D.Yıl:14, 1984, Sayı:54-55, s.390-391

⁶³ DERBİL, Süheyl “İdare Hukuku”, Ankara 1959 , s.250

⁶⁴ ESİN, a.g.e., s.31

Kamu hizmetlerinin günün değişen şartlarına göre değişkenliği ve çeşitliliği dikkate alındığında, hizmetin kötü işlemesi halinin soyut olarak sınırlarının belirlenebilmesi, hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki olanak ve araçlar açısından somut her olayın oluş şekli ve hizmetin özelliği dikkate alınmak suretiyle tespit edilmesi gereken bir durum içermektedir. İdarenin kanuna aykırı karar vermesi, iptali gereken bir kararı uygulaması, hizmetin iyi tanzim edilmediğini ve doğru işlemediğini gösteren en belirgin örneklerdir. Hukuki yanımlar, örneğin; genel düzenleyici işlemin yanlış yorumu, uygulanmaması da hizmetin kötü işlemesi niteliğindedir.⁶⁵

Genç Hébert'in yüzdüğü Belediye'ye ait yüzme havuzunda güvenliği sağlamakla görevli olan iki yüzme öğreticisinin gözetim noksanlığı nedeniyle boğularak ölmesi;⁶⁶ paraşüt öğretmenliği kursu gören kişinin hava alanına yaptığı serbest atlayış sırasında yere çakılmasında kazazedenin vücudunu askılarla bağlayan materyalin yıpranmış olması;⁶⁷ hayvanların su içtikleri su kanalına miktar olarak hatalı su verilmesi nedeniyle hayvanların ölümüne neden olunması⁶⁸ bu duruma verilen tipik örneklerdir.⁶⁹

bb. Hizmetin Geç İşlemesi

Kamu hizmetleri devamlı ve düzenli bir şekilde görülmezse toplumda kamu yararını zedeleyen bazı durumlar, kamu hizmetini kesintiye ve düzensizliğe uğratması sonucu toplum yaşamında ağır ve telafisi güç zararlar doğurabilir. Hizmetin düzenli ve mevzuata uygun olmasının yanında belirli bir çabuklukta olması gerekir.⁷⁰ Şehircilik ile ilgili kurallara aykırı olarak tutanak metninin devlet bakanlığı tarafından

⁶⁵ ESİN, a.g.e., s.32

⁶⁶ C.E., 14 .6.1963, Epoux Hébert, Concl. Meric, Rec.Lebon, p.364

⁶⁷ CE., 22 .4. 1970, Girerd-Martin, R.P.D. 1971 P.1012

⁶⁸ CE.19.10.1983, Lahoutte,s.418

⁶⁹ CANDAN, a.g.e., s.11

⁷⁰ ESİN, a.g.e., s.44

hazırlanması, iletilmesi ve aktarılmasındaki gecikme⁷¹ örneğinde olduğu gibi, hizmetin geç işlemesi idarenin sorumluluğu sonucunu doğurur.⁷²

Hizmetin süreklilik arz etmesi, kesintiye uğramaksızın ve gecikmeksizin yerine getirilmesi zorunluluğu; kamu yararı ve sosyal ihtiyaçların gösterebileceği değişiklikler nedeniyle idareye yeni durumlara göre hizmeti görme ödevini yüklemektedir.⁷³

İdarenin üstlenmiş olduğu bu görevleri zamanında ve gereken hızda, mevzuatın öngördüğü şekilde ve süre içinde yapmış olması gerekir. Hizmetin geç işleyip işlemediğini belirleme görevi; idari yargı yerinin yargısal denetimindeki takdirine göre belirlenir. Bu takdirini kullanırken yargı yeri; hizmetin niteliğini, idarenin sahip olduğu olanak ve kullandığı araçların yeterliliğini her somut olayın özelliklerini de göz önüne alarak tespit edecektir.

Bu ölçütlere göre tespit edilen her gecikme nedeniyle idareye tazmin borcu yüklenemez. Gecikme normal ölçülerde kalmış ise, idareyi sorumlu tutmak olanaklı değildir.⁷⁴ Ayrıca, bu gecikme nedeniyle geçen sürenin uzun (makul olmayan bir süre) ve zorunlu nedenlerden kaynaklanmıyor olması gerekir.⁷⁵

cc. Hizmetin Hiç İşlememesi

İdarenin bağlı yetki dediğimiz hallerde bu yetkisinin kullanmaması veya harekete geçmesi, müdahale etmesi gerektiği durumlarda bu müdahaleden kaçınması sonucunda zarara neden olması halinde, bu zararlı sonuçtan hizmet kusuru ilkesine göre sorumlu tutulması gerekir. İdarenin bağlı yetki ile hizmeti yürütmesi gereken hallerde bu yetkiyi

⁷¹ CE.21.10.1983, Min.de l'Environnement et du cadre de vie c.M.et M.me.Guedeu .Rec.,s.424

⁷² DEGUERGUE, Maryse "Jurisprudence et Doctrine dans l'élaboration du Droit de la Responsabilité Administrative » LGDJ., Paris 1994, s. 146

⁷³ GİRİTLİ-BİLGİN, "İdare Hukuku Dersleri", İstanbul 1979, s.202

⁷⁴ ESİN, age, s.45

⁷⁵ Örnekler için bkz. ESİN, age., s.46 vd.; DURAN, age., s.29 vd.

kullanmaması açık kanunsuzluk ve sorumluluk açısından ise; açık hizmet kusurunu oluşturur.⁷⁶

İdarenin bir hizmeti yerine getirmesi için harekete geçmesi konusunda takdir yetkisine sahip olduğu hallerde; idarenin harekete geçmemesinin hizmet kusuru oluşturup oluşturmadığını ortaya koymak, belirlemek görevi idari yargıya aittir. Bu denetimde öncelikle takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılıp kullanılmadığını tespit edecek olan idari yargı yeri, hukuka aykırılığı tespit etmesi ve zararlı ilgili diğer koşulların varlığı halinde, idarenin tazmin borcunun varlığına karar verebilir.⁷⁷ Yapılması gereken bayındırlık yapılarının veya işlerinin yapılmaması ya da yetersiz yapılması, kamu güvenliği ile ilgili alınması gereken tedbirlerin alınmaması ya da yetersizliği,⁷⁸ kamu yol ve alanlarının güvenliğini sağlamakla görevli belediye organlarının atış alanında güvenlik açısından yeterli önlemleri almaması;⁷⁹ okul bahçesinde oynayan çocuklar bakımından sürekli tehlike oluşturan dikenli çalılığın imhası içsin gerekli önlemlerin alınmamış olması⁸⁰ hizmetin işlememesine ilişkin durumlara örnek oluşturmaktadır.⁸¹

Belediyenin yönetmeliğe aykırı olarak ruhsat verdiği fırında çıkan yangın ve yangın için gerekli tedbirlerin alınmaması yüzünden davacının eşyası ile birlikte yanan dükkanı sebebiyle uğradığı maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada; 1953 yılında kuruluşu tamamlanan davalı belediyenin itfaiye teşkilatı kurması için 1580 sayılı Yasanın 18.maddesiyle tanınan 15 yıllık süre geçtiği halde itfaiye hizmetlerini yürütecek araç, gereç temin ederek, gerekli örgütü kurmadığı ve yönetmeliğe aykırı olarak ahşap fırına ruhsat verdiği, il merkezinden çağrılan itfaiyenin zamanında etkinliğini göstermemesi sebebiyle fırında

⁷⁶ ESİN, age.,s.38

⁷⁷ DURAN, age.,s.31

⁷⁸ ESİN, age., s.39

⁷⁹ C.E., 23.6.1916 Thévenet, Rec.Lebon, p.244

⁸⁰ C.E.,23 .11. 1917, Ville de Toulouse, Rec.Lebon, p.762

⁸¹ DEGUERGUE, age., s. 146

çıkan yangın sonucu oluşan zararın hizmet kusuruna göre tazminine karar verilmiştir.⁸²

Kusurun Ağırlık Derecesi

Roma Hukukundan gelen klasik bir ayırımla kusur özel hukukta kasıt ve ihmali olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutulmakta; bir alt ayırım olarak ihmali de, ağır ihmali ve hafif ihmali olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırımın tazmin borcu açısından arz ettiği önem; tazminat miktarının belirlenmesi sırasında kendini göstermektedir. Borçlar Kanununun 43/1.maddesinde; hakim kusurun ağırlığına göre tazminat şeklini ve kapsamını belirleyeceğine yönelik hükmü gereğince, tazminat miktarının kusurun ağırlığı ile orantılı olması gerekir. Kusurun derecesinin tespiti açısından hizmetin sosyal önemi, yani toplum için genel faydası, zarara uğrayan şahsın durumu, zararın gerçekleşme ihtimali itibarıyla düşük oranlı oluşu, idarenin sahip olduğu olanak ve araçların yapısı, niteliği ve niceliği, hizmetin normal yada olağanüstü zaman ve yerine getirildiği yerin niteliği gibi hususlar belirleyici rol olmaktadır.⁸³

Kusur durumu ile ilgili olarak oldukça fazla yargısal teori bulunmaktadır. Yargı yerlerinin önüne gelen davalar nedeniyle verdiği kararlarda belirttiği ilkeler bulunmaktadır. İdarenin sorumluluğunun doğması için, kısmen hizmetin önemli olması gerekir, ancak bu önem değişkendir. Hizmet kusuru otomatik olarak sorumluluğu doğurmaz; sorumluluk içinde içtihatlar göre kusurun belirli ağırlıkta olması gerekir. “*Ağır kusur, açık kusur, özel ağırlıklı kusur, olağandışı ağır kusur*” gibi deyimler bu nitelendirme için kullanılır.⁸⁴

Bu değişiklik yasama yada yargıya göre kendine özgü farklılıklar

⁸² D.11.D.'nin 4.10.1977 gün ve E.1976/11 K.1977/3377 sayılı kararı, Danıştay 11.Daire Kararları 1971-1981, Danıştay Yayınları, s.286

⁸³ SARICA, R, “**Hizmet Kusuru ve Karakterleri**”, İÜHFİM. C:XX, S:4 s.871

⁸⁴ PAUL, D. « **La Responsabilité de la Puissance Publique en dehors du Contrat** », Paris, Dalloz I, s.40 ; DARCY, age. S. 90

gösterir.⁸⁵ Kamu hizmetinin niteliklerine göre de bu önem belirlenir. Her hizmetten dolayı idarenin ağır kusuru olmayabilir.⁸⁶ Bu nedenle her zaman yargı tarafından ve her hizmete ağır kusurun varlığı uygulanmayabilir.

Kusurun açıklanması ve özel ağırlıkta olduğunun yargı tarafından belirlenmesi, idareyi iyileştirmeye yardımcı unsurlardır.⁸⁷ Ağır kusurun aranacağına açıklanması hizmetin yararına olan bir unsurdur. Cezayir'de gerçekleşen askeri harekatta ağır kusur;⁸⁸ çek formüllerinin kaybolması nedeniyle Posta Çekleri Servisinin sorumluluğunda açık ve özel ağırlıklı kusur;⁸⁹ akıl hastalarına ve bunlara başkalarının verdiği zararların tazmini istemiyle açılan davada, ağır kusur⁹⁰ veya olağandışı ağır kusur⁹¹ uygulanmıştır.⁹²

Fransız P.T.T.Yasası kural olarak kamu gücünün sorumsuzluğunu öngörmektedir. Yasanın 7.maddesinde ; alışlagelen zararlardan dolayı idarenin tazminat ödeme zorunluluğu olmadığı belirtilmiştir. Yasanın 8.maddesinde ise ; sorumsuzluğun istisnası olarak, bozukluk yada gönderilen şeylerdeki kayıp öngörülmüştür. Yasanın 113.maddesinde ; posta çekleri hizmetlerinde gecikmenin idarenin sorumluluğunu gerektiği belirtilmiştir. Posta idaresi tarafından çekin kaybından doğan zarar, Yasanın 108.maddesinde, usulsüz işlemle birinin hesabından yanlış isimle ödeme yapılması halinde aynı değerde bir sorumluluğa yer verilmiştir. İdarenin sorumsuzluk ilkesi yasama organı tarafından yapılan düzenlemeden kaynaklanmakla birlikte, yargı tarafından bu

⁸⁵ CE.4.1.1918,mineurs Zulimaro ,D.1920,3,1,note Appleton

⁸⁶ J.F.COUZINET, « La Notion de Faute Lourde Administrative »,R.D.P.1977, s.283

⁸⁷ CE.5.12.1941,Gompertz ,s.209

⁸⁸ CE 29 1.1961, Ministre de Arme'es C Adjalie Rec.CE., s.1172

⁸⁹ CE.18 .4. 1958 Minsire re'sident en Algerie C.kersey, Rec.C.E. s.217

⁹⁰ CE 22 .12 1936, Done Patard ce. Rec., s.1144

⁹¹ CE. 26 .2.1943 ,Dame veuve le ray Rec., s.103

⁹² ÇIÇERON, « De l'irresponsabilité de l'administration des P.T.T. »,Paris ,1959,s.54 ; PIERRE BON, « La Responsabilité du Fait du Service Public des Télécommunications », R.F.D.A.1985, s.282

hizmetlere verilen değer, Fransız Danıştay'ı tarafından kusurdan muaf tutulma şeklinde, belirgin ve ağır kusur hallerinde sorumluluk kabul edilmektedir. Örneğin; kuryenin geldiği yere geri gönderilmesi gibi.⁹³

Bu kararlar yasama organının ilham kaynağı olmuştur. Gerçekten, eski Yasanın 237.maddesi; telekomünikasyon ağının özel bir alan olduğunu belirtilmektedir. Bugün ise yargı tarafından bu hizmetlerin yürütülmesinden dolayı devletin sorumluluğunda ağır kusurun varlığı kabul edilmektedir.⁹⁴

Fransa'da 23 Ekim 1984 tarihli Yasanın 2.maddesi; bununla ilgili olarak, telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili olarak devletin sorumluluğunda ağır kusurun varlığını bu alana da taşımiştır.

Cezaevi hizmetlerinden sorumluluk halinde, yalnızca ağır ve önemli bir kusur halinde idareyi bu hizmetten sorumlu tutmak olasıdır.⁹⁵

Vergi hizmetlerinde ciddi ve olağanüstü ağır kusur aranması⁹⁶ doktrin tarafından eleştirilmiştir. Bunun üzerine yargı ağır kusurdan bu alanda vazgeçmiştir.⁹⁷

Günümüze kadar geçerli olan mali hizmetlerden dolayı sorumsuzluk kuralından⁹⁸ günümüzde vazgeçilmiştir. Fakat, uzun zamandan beri idari yargıç tarafından mali hizmetlerden sorumluluk için kusurun olağanüstü ağırlıkta olması veya belirgin ve önemli olması nitelikleri aranmaktadır.⁹⁹ 1962'den beri, tavsiye edilen Fransız Danıştay'ının ağır kusurla yetinmesi, hatta bazı olaylarda basit kusuru bile kabul etmesine yöneliktir. 1990 yılından beri, yargı tarafından

⁹³ CE.21.11.1986, Sté Top Service, A.J.D.A.1986,s.720,chron.jur., s.694

⁹⁴ CE. 12.5.1979, Bogas, 247; D.1977, jur., s.62, note L.Richer; J.C.P. 1977, II, 18754, note F.Vincent; CE. 5.11.1982, Cassard, 744, Rev.adm. 1983, 143, chron Pacteau

⁹⁵ CE.13.2.11952, Dame Vve.Labat, s.107

⁹⁶ C.E.22.6.1949, Aubéry, D.1950 ,J.s.24

⁹⁷ CE.21.12.1962, Dame Husson-Chiffre,701; D.1963 ,558, note J.Lemasurier

⁹⁸ CE.21.2.1913, Cie Parisienne des Tramways, 248

⁹⁹ CE.1.7.1927, Denoreuil, D.1928, 3, 21, note L.Trotabas .

devletin bu hizmetler nedeniyle sorumluluğunda ağır kusura bağlılık yolunun kabul edildiği görülmektedir.¹⁰⁰ Bunun nedeni ise, verginin kaçınılmaz oluşu ve işleyişinin basit sorumluluk sebepleriyle rahatsız edilmemesi gereken bir kamu hizmeti alanı oluşu ile açıklanmaktadır.¹⁰¹

Özel ağırlıkta olmayan kusur hali basit kusur olarak kabul edilmektedir. Psikiyatri hizmetleri nedeniyle üçüncü kişilere zarar verilmesi halinde dereceli kusur kabul edilmektedir.¹⁰² Hasta bakımındaki kusurda basit kusur yer almakta,¹⁰³ bunların üçüncü kişilere zarar vermesi halinde kusursuz sorumluluk, risk ilkesi uygulanmaktadır. Örneğin; psikiyatri kurumlarında yer alan kişilerin deneme amaçlı çıkışlarına yönelik terapi yöntemlerinde üçüncü kişilere verilen zararların tazmininde risk ilkesinden yararlanılmaktadır.¹⁰⁴

Hastane hizmetinin¹⁰⁵ niteliğinden dolayı, bu alanda sorumluluk için uzun süre ağır kusur aranmıştır. Medikal yada ameliyat operasyonlarında, başka bir deyişle bir doktor yada bir operatör tarafından sorumlulukta ve bir doktorun denetiminde sağlık yardımcılarının kusuru, bir doktorun hatası, uygulanan kontrolün niteliği, ani müdahaleler bu kapsamda değerlendirilebilir.

Özel zarar, kötü organizasyon yada hizmetin kötü işlenmesinden

¹⁰⁰CE. Sect .27.7.1990, Bourgeois, 242 ;A.J.D.A.1991, 346, note R.Debbasch :R.F.D.A.1990, 899, concl.Chahid-Nourai ; CE.31.10.1990, Champagne, 3009 ; J.F.TOUCHARD, « **A Propos de la Responsabilité pour Faute de l'Aministration Fiscale** », R.D.P.1992, 785; DEGUERGUE, age. s. 172

¹⁰¹ CE 21 June 1935, Siev, Barneyrat, Dallas 1935, 111., s.65, note Trotabas

¹⁰² CE.3.2.1956, Département de la Somme c.Harrau, Rec.,s.50

¹⁰³ CE.5.1.1966 ,Hawezack ,Rec. ,s.6

¹⁰⁴ CE.13.7.1967, Département de la Moselle, concl.Michel Bernard,Rec.,s.341

¹⁰⁵ R.GHEVONTIAN, « **Contribution à l'étude de la Faute en tant que Fondement de la Responsabilité des établissements Hospitaliers** », Rev.dr.prosp.n°7, 1979, s.51 ; Y.GAUDEMONT, « **La Responsabilité des Services Hospitaliers** », E.D.C.E. 1980, s.53 ; D.TRUCHET, « **Tout Dommage Oblige la Personne Publique à laquelle il est Imputable à le Réparer** », R.D.S.S. 1993, s.7, CHAPUS, age. s. 953, DEGUERGUE, age., s. 220; DARCY, age., s.94

kaynaklanmış ise, sorumluluk için basit kusurun varlığı yeterlidir.¹⁰⁶

Önemli ve anormal nitelikteki zararları tazminatsız bırakmanın endişesi ile, idari yargı pratikte politik kararlardan etkilenmiştir. Uygulamada hatanın (küçük günah) yada basit kusurun uygulanmasında, medikal yada anormal işlemlerinde Fransız Danıştay'ı hizmetin fonksiyonununundun kaynaklanan basit kusuru yeterli bulabilmektedir.¹⁰⁷

Aynı alandaki, yargı kararlarında Fransız Danıştay'ı ağır kusura, medikal yada ameliyat uygulamalarında bağlı kalmıştır.¹⁰⁸ Yargısal gelişim alanında, mağdurun niteliği için mağdura yönelik riske yol açan ilk terapatik uygulama yada tamamıyla bilinmeyen uygulamalar hali örnek verilebilir.¹⁰⁹

Hastahane hizmetlerinde sorumluluk ve riskli terapiler, teknikler, kusur sorumluluğu için kusur karinesi olarak kabul edilmektedir.¹¹⁰

Sorumluluğun yargılanmasında, sterilizasyondaki defo yada operasyonun önemi konusunda hastanın yanlış bilgilendirilmesi halinde kusurun varlığına hükmedilmektedir.¹¹¹

Bir hizmetin aynı iki kusur halini, üstlenmesi bir çelişki değildir. Hafif kusur yada ağır kusurun hangisinin kamu hizmetlerine

¹⁰⁶ CE.26.6.1959, Rouzet, A.J.D.A.1959, chron.jur.s.160, II,s.273,concl.Fournier ; D.1960, s.112, note J.Robert, kan verme işlemlerinde spesifik doktorun yokluğu ve sağlık garantisi olmayan koşullarda kan verilmesi, hastanın bekletilmesi, hastane hizmetlerinde basit kusura örnek verilebilir. CE.8.10.1986, Langet A.J.D.A.1986, s.723, chron.jur.s.69

¹⁰⁷ CE.4.10.1968,D.ile Doudakis, A.J.D.A.1969, époux Mathieu, 364 ;A.J.D.A.1969,567,chron.jur.

¹⁰⁸ C.A.A.Lyon, 21.12.1990, consort Gomez ,s.498

¹⁰⁹ A.J.D.A.1991, 167, chron.jur.126 ; J.C.P.1991,II,21698, note J.Moreau ;R.D.S.S.1991, 258, note R.M.Médouze

¹¹⁰ C.A.A.Lyon, 20.9.1993, Hopital Joseph Imbert d'Arles, R.F.D.A.1994, 99 ; P.SANDEVOIR-R.DRAGO, « Unité et Diversité du Contentieux Administratif et du Contentieux Judiciaire dans le Droit de la Responsabilité Hospitalitière , s.459

¹¹¹ T.A.Strasbourg ,24.4.1994, m.m.C :Hospices civils de Colmar, R.D.P.1994, s.1837

uygulanacağı kamu hizmetinin gördüğü fonksiyon ve niteliğe göre belirlenecektir. Her hizmette yapılan hatanın, kusurun niteliği onun ağır yada hafif kusur tiplerinden hangisine bağlanacağı, sonuçta da farklılıklar yaratmaktadır. Örneğin; hastane hizmetleri ele alındığında, tıbbi ve ameliyat işlemlerinde verilen zarar farklıdır. Buna karşılık kan verme hizmetinin organizasyonunda idarenin sorumluluğu için basit kusur yeterlidir.

Aynı yöntem polis hizmetlerinde de uygulanmaktadır. Polis gücüyle, kuvvetiyle ilgili metotlarda ağır kusur, adli polis hizmetlerinde ise basit kusur aranmaktadır. Aynı şekilde özel tehlikeli silah kullanılmasında basit kusur yeterlidir. Başka bir deyişle her operasyonun niteliğine göre kusurun derecesi belirlenir. Kısacası hizmetin niteliği ve hizmete özgü aktivitelerin niteliği önemlidir.

20.yüzyıla gelene kadar polis hizmetlerinden¹¹² dolayı, kamu gücünün aktiviteleri nedeniyle sorumluluğu yoluna gidilmemekteydi.¹¹³ Sonra *Thomaso-Gréco* kararı ile¹¹⁴ Fransız Danıştay'ı, bu hizmetlerdeki zayıflama nedeniyle devletin sorumluluğuna olanak tanımıştır. Fakat en az limitte ve ağır kusurun varlığı kaydı ile.¹¹⁵

Bu çağın başında, ağır kusurun uygulanışı, idari polisin operasyon uygulamasında durum değiştirilmiş ve basit kusur yeterli görülmüştür.¹¹⁶ Yasaya aykırı olarak, araba kullanma ehliyetinin askıya alınması,¹¹⁷ yasaya aykırı olarak film yapımının yasaklanması gibi.¹¹⁸

¹¹² BENOIT, « La Responsabilité de la Puissance Publique du Fait de la Police Administrative », 1946 Paris

¹¹³ CE.13.1.1899, Lepreux, S.1900,3, 1, note Hauriou

¹¹⁴ CE.10.1.1905, S.1905, 3, 113, note Hauriou

¹¹⁵ CE.13.3.1925, Clef, R.D.P. ,1925,274, concl.Rivet ; CE.23.1.1931 ,Dame Garcin, J.C.P., 1948, II,4133, concl.Célier

¹¹⁶ CE.9.3.1958, Grué ,A.J.D.A., 1958, II, 262, concl.Long ; CE.23.3.1958, Consort Amoudruz , 301 ; CE.31.1.1969, Bourrasseau ,A.J.D.A.1969, 194, concl.Gilbert

¹¹⁷ CE.25.5.1966, Les Films Marceau, A.J.D.A.1966.254, concl.Rigaud

¹¹⁸ CE.26.4.185, Mme.Laffont ; CE.8.11.1985, Lange , R.D.P.1986, 920

Buna karşılık ağır kusuru uygulama alanı olarak, çığa karşı korunmada gerekli önlemlerin alınmaması¹¹⁹ örneği kabul edilmiştir.

Yargısal çözümlerle birlikte bu tartışma çeşitli çözümlere ve açıklamalara yol açmıştır. Sebebine göre, idari yargı belirgin önemli zarara mağdurun uğramasında, basit kusurla yetinmiştir. Fransız Danıştay'ı bu belirginliği kullanılan ölçülere ya doğal değer vermiş yada idarenin sorumluluğu için bazı alanlarda basit kusurun varlığını aramıştır.¹²⁰

Bu tartışmalara karşılık, zararın niteliği üzerinde durmaktan vazgeçmiş, yalnız doğrudan değer olarak hizmetin niteliğini dikkate almıştır.¹²¹

Kılavuzluk gerektiren yollarda araç geçişinin kontrolü aktivitesinde, ağır kusuru uygulamıştır.¹²² Buna karşılık, hava hizmetleri alanında basit kusuru,¹²³ gözetleme kulesine koyulan çanın kılavuzluğundan doğan sorumluluk yada hava alanı ile ilgili bilgilendirme ile ilgili alanlarda,¹²⁴ hava alanına yakın kuşların varlığına karşı mücadelede¹²⁵ basit kusuru uygulamıştır.¹²⁶

Su basmasını önleyici tedbir, yangına karşı koruma tedbirlerinde, özel tehlikeye atılmak için mücadele gibi hizmetlerde ağır kusur aranmaktadır.¹²⁷

Halk sağlığı ile ilgili, polis hizmetlerinde hizmetten kaçış, hizmetin

¹¹⁹ CE.14.3.1986, Commune de Cilaos , A.J.D.A.1986, s.466

¹²⁰ CE.28.4.1967, Sieur Lafont,182, A.J.D.A., s.307, chron.jur.,s.272

¹²¹ CE.20.10.1972, Ville de Paris c.sieur Marabout, s.664, A.J.D.A.1972, 581, chron.jur.Cabanes et Léger

¹²² CE. 26.7.1982, Min.de la Défense et a.c.Sté.Spantax at a.313, Rev.fr.de dr.aérien 1982,494, concl.Genevois

¹²³ CE.2.6.1982, Vic.J.761

¹²⁴ CE.25.7.1986, Min.des Transports c.Cie Francaise d'assurances européennes,

¹²⁵ CE.2.12.1987, Cie Inter et a.R.D.P.1988,s.551,concl.Massot , s.277

¹²⁶ CE.4.12.1995, Delavallede, D.A.1996 ,n°1, n°49

¹²⁷ CE.31.3.1965, consorts Peydessus c.commune de Loudenville, 213

yokluğu, yerine getirilmemesinde kamu gücünün sorumluluğu için basit kusur esas alınmaktadır.¹²⁸

Özel hukuktaki kusur sorumluluğu, idare hukukundaki sorumluluktan kusurun derecesi bakımından da ayrılmaktadır. Zira idari faaliyetlerde, kamu hizmetinin yürütülmesinde görülen her türlü bozukluk ve aksaklık mutlaka idarenin tazmin borcunu doğurmaz.¹²⁹ Böyle bir farklılık, kamu hizmetinin yapısı ve yürütülmesi için zorunludur. İdarenin her an için bir zarara sebep olma düşüncesi ve bunun sonucu olarak zararı tazmin sorumluluğu tehdidi altında bulunarak hizmetleri gereği gibi yürütmekten kaçınmasına zemin hazırlayabileceği, her türlü kusurdan sorumlu olmanın mali bakımdan idareyi sokacağı mali sıkıntı düşünceleri¹³⁰ buna temel oluşturmuştur. Bazı düşünürlere göre ise; sorumsuzluktan sorumluluğa geçerken bu yola başvurulmuştur.¹³¹ Bizimde katıldığımız görüşe göre; kusursuz sorumluluk düşüncesinin bile genişletilmeye çalışıldığı günümüzde; kusurun hafif dereceli olduğu durumlarda yukarıda aktardığımız çeşitli düşünceler nedeniyle, idareyi sorumsuzluk kılıfına büründürmek, sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmamaktadır.¹³²

III. GÖREV KUSURU

Kamu hizmetlerinin yürüten, idare tüzel kişiliğinin somutlaştığı, kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışları sonucu bireylere vermiş oldukları zararlardan dolayı mali ve hukuki sorumluluklarına açıklık getirmek için; “sorumluluk” ve “teminat” olmak üzere iki sistem geliştirilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe girmesine

¹²⁸ CE.Ass.9.4.1993, 3 esp., A.J.D.A.1993,381 ; chron.jur.344

¹²⁹ Bu konudaki ölçütler için bkz.İMRE, Z. "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri" İÜHF.Dergisi, 1948, C.XIV, S.3-4, s.500

¹³⁰ ONAR, age., s.1737

¹³¹ GÖZÜBÜYÜK,Şeref "Yönetsel Yargı", Ankara 1982, s.230

¹³² DURAN, age., s.35

kadar, uzun yıllar birlikte sorumluluk sistemi uygulanmaktaydı.¹³³

Tarihsel olarak geçmişe bakıldığında, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından dolayı sorumlu tutulmaları ile ilgili düzenlemeye Teşkilatı Esasiye Kanununun 94.maddesinde yer alan; "*Kanuna muhalif olan umurda amire itaat memuru mesuliyetten kurtaramaz*"¹³⁴ hükmü sayesinde, kamu personelinin kişisel kusurlarına bir yaptırım bağlandığını görüyoruz.¹³⁵ Bu dönemde hizmet kusurundan dolayı idare, kamu personelinin kişisel kusuru halinde ise, personelin sorumluluğu yoluna gidiliyordu.¹³⁶

Bu sistem 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13.maddesi yürürlüğe girişine kadar böyle devam etmiştir.¹³⁷ Bu düzenlemeye göre; kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kamu personelinin yerine getirdiği idari işlem ve eylemlerden zarar gören kişilerin , bu zararlarının kamu hukukuna tabi zararlar olması koşulu ile, bu görevleri yerine getiren kamu personeli aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açma hakkı bulunmakta, idareye ise, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu yolu getirilmektedir.

Bu yasanın hazırlanmasına etkili olan, kamu görevlilerinin maddi şartlarındaki dengesiz ve hakkaniyetsiz durumu düzeltmenin yanında, İkinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan dönemin gelişmeleri çerçevesinde

¹³³ EROĞLU,Cem "**Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**", 2.Baskı, Ankara 1999., s.22

¹³⁴ Teşkilatı Esasiye Kanununun için bkz. KUZU, Burhan "**Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**", İstanbul 1988,"s.304

¹³⁵ SARICA, Ragıp "**İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri**", İÜHF.M. 1949 C.XV, S.1, s.36

¹³⁶ DURAN,L."**Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**" ,AİD., C:17, S::2 s.7

¹³⁷ 31.3.1926 tarihli 788 sayılı Memurin Kanununun 40.maddesi ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573 ve devamı maddelerinin, Anayasa hükmünü değiştirmek suretiyle, konuda yeni düzenlemeler getirdiğinin savunular olmuştur. DURAN, age., s.8 Yine Danıştay Yasasının 23/A maddesi kişisel kusur kavramına yönelik düzenleme olarak kabul edenler bulunmaktadır. SARICA,Ragıp "**İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri**", İÜHF.M.,1949, C:XV, S:1, s.37

beliren zihniyet değişikliği kamu görevlileri ile ilgili hukuki düzenlemelere yansıtılmıştır.

Hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk hallerinde, kamu personelinin hiçbir kusuru olmadığı halde, görev kusuru halinde kamu personelinin yüklendiği görevin ve yürüttüğü hizmetin; kural, usul ve gerekliliklerine aykırılığı durumu söz konusu olduğundan, kamu personelinin görevsel kusuru oranında hukuki ve mali sorumluluğu olacaktır.¹³⁸

Kamu personelinin sorumluluğuna ilişkin olarak konunun 1982 Anayasasının 40.maddesinde de düzenlendiğini görüyoruz. 40. maddede, kamu görevlilerinin kişilere verdikleri zararların kendilerine rücu edilmek koşulu ile devlet tarafından karşılanacağı belirtilmiştir. 129. maddede ise; “...memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir” düzenlemesine yer verilmek suretiyle sorumluluğun yöneleceği adres gösterilmiştir. Böylece bu hükümler sayesinde kamu görevlilerine karşı dava açma yolunun önü kapatılmıştır.¹³⁹

Sorumluluğun birinci şartı; zarara memur veya diğer kamu görevlisi statüsünde olan bir kişinin sebebiyet vermiş olması gerekir. Bu koşul açısından önemli olan bir husus kamu hizmetinin insani unsurunu oluşturan kamu personeli kavramına kimlerin dahil olduğu sorusudur.

Getirilen düzenlemeden sadece memurlar değil, aynı yasanın “istihdam şekilleri” başlığı altında sayılan diğer personeline yararlanacağı açıktır.¹⁴⁰ Ancak, doktrindeki genel düşünce bu

¹³⁸ GÜRAN, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler” D.D.,Y.1,1979,S.34-35,s.60

¹³⁹ ERKUT, Celal, « İ.Y.U.K. Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usuli Değişiklikler », İHFM., 1986, C :LI, S : 1-4, s.233

¹⁴⁰ YENİCE-ESİN, age., s.318

düzenlemeden, sadece 657 sayılı Yasaya tabi olan personelin yararlanabileceği yolundadır.¹⁴¹

Kamu kesiminde çalışan bütün çalışanları, geniş anlamda kamu görevlisi olarak kabul etmek mümkündür.¹⁴² Dar anlamda bir tanım vermek gerekir ise, 1982 Anayasasının 128. maddesinde yer alan; "*Kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişiler*" şeklinde bir açıklama getirilebilir.¹⁴³

657 sayılı Yasanın 4.maddesinde ise; "*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifayla görevlendirilen personel*" biçiminde tarif edilmiştir. Burada yer alan diğer kamu görevliler teriminden, idare ile kamu hukuku ilişkisi bulunan ve hizmetin asli elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanların anlaşılması gerekir. Dolayısıyla, öğretim üyeleri, yargıçlar, askeri görevliler gibi ayrı personel rejimine tabi tutulan çalışanları da kamu görevlisi olarak kabul etmek gerekir.¹⁴⁴

Yargı kararlarında bu kapsamın daha geniş tutulduğunu görüyoruz. Örneğin; bakanlar ve devletin siyasal yapısında görevli kişiler diğer kamu görevlisi kapsamında kabul edilmiştir.¹⁴⁵ Bazı yazarlar tarafından ise, Bakanların Anayasasının 68 ve 76. maddelerinin uygulanması açısından kamu görevlisi sayılamayacağı, 129/5.madde hükmünün uygulanması açısından kamu görevlisi sayılabilecekleri ifade edilmiştir.¹⁴⁶

¹⁴¹ TANDOĞAN, Haluk "*Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*", Ankara 1981., s.97

¹⁴² GÖZÜBÜYÜK, age., s.99

¹⁴³ AKGÜNER, Tayfun, "*Devlet Memurları El Kitabı*", 3.Baskı, TODAİE., Ankara 1987, s 17

¹⁴⁴ AKGÜNER, age., s.57

¹⁴⁵ Bu konu ile ilgili Yargıtay tarafından verilmiş kararlar için bkz.MALKOÇ-MALKOÇ, "*Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları*", Ankara 1986. s.594 v.d.

¹⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, age., s.99, AKGÜNER, age., s.17, GÜRAN, Sait "*Anayasasının 128 ve*

Aslında “*kamu hukukuna tabi görevler*” ibaresi kabul edilerek personelin statüsünü baz olarak almak değil, yürütülen hizmetin niteliğini esas almak gerekir. Dolayısıyla, bu hükmün, genel ve katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ve belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarla, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında v.b. kamu hizmeti görevini yerine getiren birimlerde çalışan memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler hakkında uygulanabilecektir.¹⁴⁷

İkinci şartı ise; zararın kamu hukukundan doğan yetkinin kullanılmasından dolayı ortaya çıkması gerekir. Gerek Anayasa gerekse anılan Yasa hükmünün uygulanabilmesi için, zararın memur veya diğer kamu görevlileri tarafından yasal yetkilerini kullanmaktan kaynaklanması gerekir. Anayasada yer alan “*yetkilerini kullanmaları*” deyimini, kamu görevlerini yerine getirme olarak anlaşılması gerekir.¹⁴⁸

Üçüncü bir şart olarak, esasında ikinci şartın devamı ve içinde barındırdığı unsur olarak; kamu görevlisinin kusurlu fiil ve davranışının kamu görevine ilişkin olması gerekir.¹⁴⁹ Kamu görevlisinin kamu hizmetine yabancı, görevle bağdaşmayan, hizmetten ayrılabilen eylemleri kapsam dışında kalmaktadır.¹⁵⁰

Kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışlarının hizmete-göreve ilişkin olması, yürüttüğü kamu hizmeti ile ilişkili olması, hizmetten soyutlanamaması gerekir. Dolayısıyla kamu görevlisinin işlem ve eylemlerinden ayrılmayan, görev kusuru sonucu verdiği zararlar, tazminata konu edilebilecek cinsten zararlardır.¹⁵¹

129.Maddeleri”; s.34

¹⁴⁷ YENİCE-ESİN, age., s.319

¹⁴⁸ GÜRAN, agm., s.34

¹⁴⁹ Aksi durumun görev kusuru değil, şahsi kusur olacağına ilişkin bkz.YHGK.'nun 30.4.1986 gün ve E.1985/308 K.1986/466 sayılı kararı YKD. 1987 C.XIII S.II, s.1625

¹⁵⁰ ESİN, age.,s.145-146

¹⁵¹ DURAN ,agm.,s.4

"Hizmet kusurunun anonimliğinden yola çıkarak ferdin kendisine atf ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimde..." yürüttüğü hizmetin kural ve gereklerine aykırı davranışlarını¹⁵² görevle ilgili kusuru olarak kabul etmek gerekir.

Görev kusuru ile hizmet kusuru arasındaki bağı anlatmak açısından en iyi örnek¹⁵³ Lémonnier davasındaki¹⁵⁴ Kanun Sözcüsünün "kusur belki hizmetten ayrılıyor, fakat hizmet kusurdan ayrılmıyor"¹⁵⁵ ifadesidir.

Belirtilmesi gereken önemli bir husus ise; personelin sıradan bir kişi gibi hareket ettiği durumlarda, mutlaka kişisel kusurdan söz edilmesi gerektiği varsayımı geçerli değildir. İdarece personele verilen görev, yetki, araç dolayısıyla işlenen kusur, hizmet kusuru sayılabilir.¹⁵⁶

Düzenlemede yer alan ilgili kurum ifadesinden; idari işlem veya eylemi yerine getiren kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu hizmetinden sorumlu olan kamu kurumunun anlaşılması gerekir. Yazarlar tarafından çalıştığı kurum ifadesi kullanılmış ise de,¹⁵⁷ kanaatimizce kamu görevlisinin çalıştığı kurum ile yürüttüğü ve zararı doğuran kamu hizmeti her zaman aynı olmayabilir (geçici görevlendirme hali gibi). Gerçekten personelin ikinci görevle veya geçici görevle çalıştığı durumlarda, atandığı kurum değil, bu kurumların hasım konumuna

¹⁵² GÜRAN, agm.,s.60

¹⁵³ DURAN, agm.,s.56

¹⁵⁴ Dava, bir komün bayramı dolayısıyla bir nehirde yüzen hedeflere tertip olunan ateş esnasında nehrin kenarında yoldan gecen bir şahısa seken kurşunların isabet etmesi sonucu bu şahsın yaralanması üzerine uğranılan zararın tazmini için açılmıştır. Zarar gören kişi tarafından, belediye başkanı aleyhine adli yargı yerinde, komün tüzel kişiliğini ise idari yargı yerinde dava etmiştir. Her iki yargı yerinde açılan dava ilgilinin lehine sonuçlanmıştır. Bu da iki unsurun birbirine bağlı olabileceğini ortaya koyan iyi bir örnektir. Bkz. CE., 26.7.1918 tarihli kararı

¹⁵⁵ Note Hauriou, "La Jurisprudence Administrative de 1892- a' 1928" tf. s. 630

¹⁵⁶ DURAN, agm., s.56. YENİCE-ESİN, age., s.321

¹⁵⁷ ESİN-DÜNDAR, age., s.112

alınması usul açısından da önemli bir husustur.¹⁵⁸

Kanun metninde yer alan diğer bir ifade ise; “*kişiler*” ibaresi, zarar görenleri ifade etmek için kullanılmakta ve herhangi bir ayırım yapılmamaktadır.¹⁵⁹

Sonuç olarak; getirilen yeni düzenlemenin bir dönem karmaşa yaratmasına karşın, yargı yerlerince kusur ayırımı esasının devam ettirildiğini söylemek mümkündür. Salt kişisel kusurdan dolayı kamu görevlisi şahsen sorumlu olmaya devam edecek, zarar verici eylemin veya işlemin hizmetle bağlantılı ve ayırlamaması halinde personel aleyhine dava açma yolu kapalı olacaktır.¹⁶⁰

Kamu görevlisinin kişisel kusurunun dışında kalan göreviyle bağlantılı olmayan, görev kusuru sayılmayan bazı ayırık durumlar bulunmaktadır.

Kamu Hizmeti Fonksiyonun Dışında İşlenen Kusur

Kamu görevlisinin kamu görevi dışında işlemiş olduğu kusur halidir. Tamamıyla özel hayatına ilişkin olan, tam olarak özel hayatı ile ilgili hareketlerinden kaynaklanan kusur halidir. Örneğin ; kamu hizmeti dışında kamu aracını şahsi işleri için kullanması sırasında meydana kalan kaza sonucu oluşan zarar;¹⁶¹ askeri araç kullanma izin belgesini kullanarak şahsi aracını kullanması sırasında meydana gelen kaza;¹⁶² gümrük görevlisinin üniformasını ve zati demirbaş silahını taşıdığı sırada, fakat kamu görevi dışında işlediği suç¹⁶³ gibi .

İsteyerek İşlenen Kusur

Kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirdiği faaliyetlerde

¹⁵⁸ TANDOĞAN, age., s.99; DEVRİM, age, s.12

¹⁵⁹ DURAN, agm., s.13

¹⁶⁰ ZABUNOĞLU, Yahya “İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı”, AÜHFD., C:XVII, S:1-4.,s.300

¹⁶¹ CE.27.10.1944,V ille de Nice,S.1945, 3,20

¹⁶² CE.13.6.1961, Gourillon, S.479

¹⁶³ CE.23.6.1954, Vve Litzler, S. 376

kusuru olabilir. Bu durumda şöyle bir tartışma gündeme gelmektedir. Kötü niyetli olarak yapılan bu davranışlardan dolayı kimi sorumlu tutmak gerekir? Uygulanacak kriter meydana gelen sonuca bağlıdır. Sadece zararın tazmini önemlidir. Hatalı sonuç kamu görevlisinin kusuru için yeterli değildir.

Bir kamu hizmetinin sonucu, kötü niyetli olarak yapılan bir davranış o kamu hizmetini lekeler, dolayısıyla kamu hizmeti göz önüne alınarak zararın tazmini finans açısından devlete düşer.¹⁶⁴ Kötü niyetli olan bu kamu görevlisine karşı devletin her zaman tazmin ettiği miktarı geri istemesi mümkündür. Bu konuda bir idari işlem tesis etmek suretiyle sonuca ulaşılabilir. Kötü niyetli davranışlara örnek olarak; kötü amaç, kaygı verici davranış, intikam örnek olarak verilebilir.

Ağır Kusur

Kamu görevlisinin kamu görevi ile ilgili faaliyetiyle ilgili kusurundan acı çeken, ağırlıklı olarak zarar gören kişinin durumu ne olacaktır? Burada kamu görevlisinin kişisel kusuru gibi mi değerlendirilecektir, yoksa ağır nitelikli olması yada kötü niyetli, kasıtlı yapılması mı ön plana çıkacaktır?

Bu soruların cevabı basittir. Yargı kararlarının analizi ile ortaya çıkan durum ağır kusurun nosyonun ve ağırlığının büyük olduğudur. Kamu görevlisinin kusurundan kaynaklanan durumu gibi, fakat isteyerek yapılan kusurdan ayırır.¹⁶⁵ Hukuka aykırı davranışlarda bulunan kalabalık bir grubun dağıtılması için gerekli ise, idare ajanları tarafından halka karşı sert polisiye tedbirler kullanılabilir. Bu isteyerek

¹⁶⁴ T.C.5.5.1877, Laumonier-Carriol Rec. s. 436

¹⁶⁵ T.C.2.6.1908, Girodet (ilkokul öğretmeni tarafından ahlaka aykırı yapılan davranışlar); 30.6.1949, Dame Chulliat, 606 (polis memuru tarafından gereksiz yere silah kullanılması); 9.7.1953, Delaitre et Dame Bernatas (polis tarafından kuvvet kullanılması); J.C.P., 1953, 7797, note Rivero; Trib Seine et Cour de Paris, 8.5.1963 et 3 6.7.1964, Sté fermière Libéralition, J.C.P., 1963, II, 13394, note Debbasch et D.1965, 98, note Maestre (yasa dışı olarak bir gazetenin müsadere) gibi.

yapılan bir davranıştır, ancak zarar verme kastı yoktur.¹⁶⁶

Ağır kusurun uygulandığı noktalardan ilki, yargı kararlarının uygulanmamasına yönelik işlemlerdir.¹⁶⁷

İkinci nokta ; kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda yargı tarafından çok kolay bir şekilde ağır kusur olarak adlandırılmamasıdır. Yani bugün kusurun özel bir ağırlıkta olması halinde, kamu hizmetinin kusurlu işletildiği kabul edilmektedir. Ancak, kötü niyete dayalı olarak kamu görevlisi tarafından yapılan şahsi kusurdan kaynaklanmayacaktır. Personelin şahsi kusurunun varlığı, her zaman idarenin ağır kusurunu ortaya çıkarmaz. Örneğin ; hastane hizmetindeki kamu görevlisinin kusuru varsa ve bu oldukça ağır nitelikte ise hizmet kusurunu ortaya çıkarmayabilir.¹⁶⁸

Kamu görevlisinin kusuru halinde idarenin sorumluluğunun azalması iki unsura bağlıdır ; kamu görevlisinin cezai nitelikteki kusuru¹⁶⁹ ile fiili yol uygulamaları.

Kamu Görevlisinin Kusuru ve Cezai Kusur

Ceza yasasına aykırı bir fiil nedeniyle kamu görevlisi, ceza mahkemesi tarafından bir cezaya çarptırılabilir. Bu durumda zarara uğrayan kişi zararın tazminini özel hukuk kurallarına göre mi isteyecektir, yoksa bu durumdan dolayı idarenin hizmet kusuru yoluyla sorumluluğuna gidilebilecek midir ?

Fransız hukukunda uzun süre boyunca kamu görevlisinin cezai kusurunun varlığı halinde kamu görevlisinin kişisel kusuru kabul

¹⁶⁶ Crim.24 .1.1974 , Bulteau et Dame Dommise, D .1975, 3 note P.Tedeschi

¹⁶⁷ C.E.27.2.1903, Olivier-Zimmermann,S.1905,3,17 ,note Hauriou ;valiliğin yasa dışı olduğu yargı kararı ile belirlenen bir işlemi devam ettirmesi ağır kusurun varlığı olarak kabul edilmiştir. Bu konu ilgili olarak bkz.Dupeyroux,op.,cit.,101 v.d...açıklaması için F.Moderne s.C.E.3 Avril 1981, Ville de Bayonne, D.1982 I.R.57 ;C.E.10.12.1986, Robert c.Ville de Paris, D.1987, Som.,s.340, obs.F.Moderne-P.Bon

¹⁶⁸ Cass.Crim.2.10.1958, J.C.P.1958, II,10834 ;Crim 28.10.1981 , J.C.P.,1982, IV, 23 ;Crim, 25.5.1982, J.C.P.1982 IV, 275

¹⁶⁹ Sağlık personelinin kusuru Cass ;Crim .2.4.1992, J.C.P.1993, II, 22105, note Ch.Vallée

edilmekteydi. Ancak, bunun özel bir ağırlıkta olması aranmaktaydı. Uyuşmazlık Mahkemesinin *Thépaz* kararı ile¹⁷⁰ bundan vazgeçilmiş ve kamu görevlisinin kusuru ile cezai kusur ayrımı getirilmiştir. Bu karardan itibaren kamu görevlisinin cezai kusuru hizmet kusuruna bağlanmış (ajanını seçme ve denetleme, gözetlemekteki kusur), kamu görevlisinin kusuru olarak kabul edilmemiş, kamu fonksiyonu ile bağlantı kurulmuştur. Ancak, kötü niyetli olarak ve bireysel ağırlıklı olarak verilen kusur bunun dışında tutulmuştur.¹⁷¹

Kamu Görevlisinin Fiili Yolu

Kamu görevlisinin kusuru için yapılan genel açıklamalar bunun içinde geçerlidir. Uzun süre fiili yol uygulaması için bir kamu personelinin fiilinin varlığı zorunlu olarak görülmekteydi. Bu konuda yargının hala ikili bir ayrıma gittiğini görüyoruz. Aslında fiili yol her zaman için kamu görevlisinin kusuru anlamına gelmez.¹⁷²

Rücu Sorunu

Türk Hukukunda 1982 Anayasasının 129/5.maddesi ile 657 sayılı Yasanın 13.maddesinde yer alan; kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğuna ilişkin düzenlemeler, idareye zarar görene ödediği tazminatı ilgili personele rücu olanağını tanımaktadır.

Bu yasal düzenlemenin çerçevesinde rücu hakkının hangi ilkelere göre yapılacağını belirlemek üzere (zararın tipi, miktarların tespiti, takibi ve yapılacak işler) Başbakanlığa yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca 27.6.1983 tarih ve 83/6510 sayılı Yönetmelik olarak hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur.¹⁷³

¹⁷⁰ T.C.14.1.1935,3 ,17,note Alibert ;G.A, s..53

¹⁷¹ T.C.30.6.1949,Vernet et Arnoux,iki karar, 605 ve 606

¹⁷² T.C.3.7.1934, Curé de Réalmont, S.1935,3,97 note Laroque , note Waline;T.C. 8.4.1935, Acyion Francaise, D.1935,3, 25 ,concl.Josse,note Waline ;G.A.54 ; Lachaume, Grandes Décisions, s.206

¹⁷³ 13.8.1983 gün ve 18134 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

Rücu hakkının hangi esaslara dayalı olduğu konusunda, Türk öğretisinde diğer konularda olduğu gibi bir görüş birliği sağlanamamıştır. Bir kısım yazarlar özel hukuk ilkelerinin uygulanacağını savunurken, diğer bir kısım yazarlar idare hukuku ilke ve kurallarının esas alınması görüşündedirler.

Bir görüşe göre; idare ile personel arasındaki rücu ilişkilerine haksız fiil esaslarının uygulanması gerekir. Dolayısıyla, bu görüşü savunanlara göre rücu sorununa ilişkin davalara bakmaya adliye mahkemeleri yetkilidir. Böyle bir yolun görev ayrımı ilkelerine uygun olduğunu savunan bu görüş taraftarlarına göre; 657 sayılı Yasanın 13. madde idareye adli yargıda özel hukuk ilişkisi yaratma yetkisi vermektedir.¹⁷⁴

Diğer bir görüşe göre; rücu sorununu çözmeye idari yargı yerleri yetkilidir. Bu düşünceyi savunanlar, idari sorumluluğa ilişkin uyuşmazlığa adli yargının bakmasının sakıncaları üzerinde durmaktadırlar.¹⁷⁵

Bu görüşü savunanlardan Duran'a göre; 657 sayılı Yasanın 13. maddenin yollamada bulunduğu hüküm Borçlar Kanununun 55. maddesi hükümleridir. Bu düşünürü göre, idare görev kusuru işleyen personel hakkında rücu kararı alacak, bu kararı personele bildirecek, personelin de bu karara karşı iptal davası açma hakkı olacaktır.¹⁷⁶

Rücu konusundaki diğer bir problem ise; idarenin personele rücu hakkı prosedürünün, personelin hangi tür kusurlarının varlığı halinde işleyeceği sorusudur.

Duran, ağır kusuru olan personele rücu hakkının işleyeceğini

¹⁷⁴ BALTA, Tahsin Bekir "Organlarının Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu" D.D., Yıl:4 1974 Sayı:12-13 ,s.120; YENİCE-ESİN, age.,s.321; DURAN, age.,s.305; ONAR,age.,s.1209,1705

¹⁷⁵ DURAN, "Türk Kamu...", s.57; GÜRAN, "İdarenin ve Ajanın...", s.63; ULER, Yıldırım, "İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları" Ankara 1970, s.129; ÖZDEŞ, Orhan, "Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu", D.D., Y.1976, S.20-21, s.40

¹⁷⁶ DURAN,age.,s.39

belirtirken¹⁷⁷, sadece kast değil, ağır ve hafif ihmal hallerinden dolayı da personele rücu yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir.¹⁷⁸

Uygulamada Yargıtay'ca verilen kararda, üçüncü kişiye verilen zararı ödemek zorunda kalan idarenin, personele karşı açtığı rücu davasında ve kamu görevlisinin devlete karşı açtığı rücu davasında özel hukuk kurallarının esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu kararın devamında, rücu için Borçlar Kanununun 41.maddesi hükmünün uygulanmakta ve kusurun derecesi açısından maddenin bir ayırım yapmadığını belirtilerek, personelin ağır kusurunun aranması yolundaki düşünceye katılmadığı üzerinde durulmaktadır.¹⁷⁹

“Uruğ” kararında, yürütmekte olduğu milli istihbarat hizmetler sırasında kişilik haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri almayan idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğunun olduğu belirtildikten sonra; “*Olayda davacı hakkındaki suçlamaların ortaya çıkışı ve sonraki aşamada görevlilerin ağır kusurları söz konusu olduğundan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve Yasa hükmü gereği.*”¹⁸⁰ olduğu açıklamasına yer verilmesi bir gelişme olarak gösterilebilir. Bu gelişmenin zamanla ilerletildiği ve dava dilekçesinde belirtilmesi bile, yargı kararlarında buna ilişkin açıklamalara yer verildiği görülmüştür.¹⁸¹

¹⁷⁷ ibid,s.17,18

¹⁷⁸ DURAN, age.,s.305

¹⁷⁹ Y.4.H.D.'nin 14.11.1985 gün ve E.1985/7369 K.1985/9399 sayılı kararı YKD.1986 C.XII S.4, s500

¹⁸⁰ D.10.D.'nin 24.10.1989 gün ve E.1988/1042 K.1989/857 sayılı kararı,D.D., Y.20, S.76-77, 1990,s.783

¹⁸¹ « ...Anayasanın 129.maddesinin 5.fıkrası uyarınca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğu bulunduğu ve bu anayasal zorunluluk nedeniyle dava dilekçelerinde ayrıca rücu talebinde bulunmaya gerek olmadığı... » D.5.D.'nin 10.11.1997 gün ve E.:1995/3611 K:1997/2485 sayılı kararı, D.D.,Yıl :28,1998, Sayı :96, s .217

Danıştay'ın bir kararında; Danıştay ilamının uygulanması nedeniyle hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idare, işlemin niteliğine ve oluşma tarzına göre, kişisel kusuru olan sorumlulara bu tazminatı rücu etmekte serbest olduğu belirtilmiştir.¹⁸² Bu kararın azlık oyunda ise; idareye rücu yolunu kullanma hakkına sahip olduğunu belirtmenin idarenin işine karışma sonucunu doğuracağı gerekçe gösterilerek, rücu ifadesine kararda yer verilmesine karşı çıkmıştır. Zamanla Danıştay'ın bu azlık oyundaki görüşe yöneldiğini görmekteyiz.

Danıştay 5.Dairesinin verdiği bir kararında¹⁸³; *“...Anayasanın 129.maddesinin 5.fıkrası uyarınca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğu bulunduğu ve bu anayasal zorunluluk nedeniyle dava dilekçelerinde ayrıca rücu talebinde bulunmaya gerek olmadığı...”* şeklinde yer alan ibare Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından yerinde bulunmayarak çıkarılmış, bu kez, Anayasanın 129.maddesinin 5.fıkrasındaki hükümden bahsedildikten sonra, *“...657 sayılı Yasanın 13.maddesinde de kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevi yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları ve kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Anayasanın 129. ve 657 sayılı Yasanın 13.maddesine göre, idarenin kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlardan dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak sorumluluğu saptanan görevlilerden tahsil etmesi gerekmektedir. Hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasal ve yasal bir zorunluluktur...”* ibaresi daha uygun

¹⁸² Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 2.2.1979 gün ve E.1977/515 K.1979/20 sayılı kararı, D.D.Y.10; S.36-37, s311

¹⁸³ D.5.D.'nin 10.11.1997 gün ve E :1995/3611 K :1997/2485 sayılı kararı, D.D., Yıl :28, Sayı :96, 1998, s.217

bulunarak, karar bu şekilde düzeltilmiş,¹⁸⁴ rücu için mutlaka dava dilekçesinde talep edilmesi koşulu ile idare bağlanmıştır. Ancak, bu görüşten de 2002 yılında Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun vazgeçtiğini görüyoruz.¹⁸⁵

Kanaatimizce bunun idarenin takdir yetkisine bırakılan bir durum değil, uygulanması zorunlu bir prosedür haline getirilmesi; hem idareyi ekonomik olarak rahatlatacak hem de kamu görevlileri arasında eşitlik (rücu yoluyla verdiği zararı ödeyen ve ödemeyen) sağlanacak ve kamu görevlilerinin bu zorunlu yol nedeniyle hizmetlerinde daha ciddi ve dikkatli davranmaları sonucu doğacaktır. Esasen bu konunun, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan Anayasa Önerisinin 133. maddesinde yer alan “*Zarar kamu görevlilerinin kişisel kurumlarından doğmuşsa, yönetim ödemediği giderini bu durumda bu görevlilerden alır.*” ibaresinin getirilmesi suretiyle çözmek mümkündür.¹⁸⁶

IV.İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

20. yüzyıl başlarına kadar idarenin sorumluluğu yolunda kullanılan ilke; kusur ilkesinin, zaman içindeki gelişmelere cevap vermemesi nedeniyle eleştirilmesi nedeniyle, ortada kusurun bulunmadığı durumlarda da devletin sorumluluğu yoluna gitmeye sağlayacak bir çözüm yolu olarak, kusursuz sorumluluk ilkesi öngörülmüştür.¹⁸⁷

Kusursuz sorumluluk ilkesinin zaman içinde ortaya çıkmasına yol açan faktörler şunlardır:¹⁸⁸

Sınai ve teknik konularda, XVIII. ve XIX.yüzyıldaki sanayileşme

¹⁸⁴ DİDDGK.'nun 28.1.2000 gün ve E :1998/442 K :2000/126 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

¹⁸⁵ DİDDGK.'nun 14.6.2002 gün ve E : 2002 -510 sayılı kararı yayımlanmıştır.

¹⁸⁶ Türkiye Barolar Birliği « **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi** » Yayın No :14 II. Kasım, 2001, s.79

¹⁸⁷ EREN,Fikret “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, A.Ü. Yayınları, Ankara 1988, age., s.9

¹⁸⁸ bkz. SEYFİ, Emine « **Kamu Yönetiminin Kusursuz Sorumluluğu** », Ankara 89, Tez TODAİE Kamu Yönetimi Lisansüstü Uzmanlık Programı

hareketi beraberinde büyük fabrikaların kurulması ve faaliyete geçmesi, yeni keşiflerin ve yeni enerji kaynaklarının bulunması ve bunların kamu hizmeti alanına aktarılması, üretim ve taşıt araçlarında aşırı makinalaşma sonucu oluşan durumlar ve nüfusun artışı ile birlikte kent hayatı ve bu hayatın getirdiği yenilikler farklı olayların gündeme gelmesine neden olmuştur. Bu koşullar altında oluşan modern yaşamda, zarar ihtimallerinin artması kusur sorumluluğunun adaleti yerine getirme ve bireysel zararları gidermede yetersiz kalmasına neden olmuştur. Bu teknik nedenlerin yanısıra kusuru saptamadaki güçlükler, teknik araçların karmaşıklığından kaynaklanan kanıt zorlukları kusur sorumluluğunun yanında kusursuz sorumluluğun doğmasına neden olan önemli faktörlerdir.¹⁸⁹

Kamu görevini yürüten ajanın neden olduğu zararlardan dolayı, zarar gören açısından ve kamu görevi açısından bir güvence sistemi olan zararlı sonuçtan bir yarar elde eden kamu gücünün kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmesi fikri gelişmiştir. Kusur sorumluluğunun sonucu olan kusurlandırma yoluyla yaptırımın ahlaki temeli zayıflamış,¹⁹⁰ zamanla kusurun kınayıcı niteliğinden öte mağdurun zararının giderimi ve hakları ön plana çıkmıştır.¹⁹¹

Zarar görenin bu zararlarının, tehlikeli faaliyet ve teşebbüslerden faydalananlardan, yani bu teşebbüs ve faaliyetleri işletenlerden karşılanması düşüncesi yerleşmiştir.¹⁹² Böylece teknolojinin yarattığı tehlikelerin artması, sanayi ve sosyal alanlardaki devrimlerin sonucu olarak kişilerin moral yönden hiçbir hataları olmadığı halde sorumlu tutulmamaları gerektiği düşünceleri; sanayi öncesi topluma özgü olan

¹⁸⁹ TANDOĞAN, Haluk « Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku », s.2 ; İMRE, Zahit « Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri », İst. 1949, s.41 ; TANDOĞAN, Haluk « Türk Mesuliyet Hukuku », Ankara, 1961, s.89

¹⁹⁰ TANDOĞAN, age., s.3

¹⁹¹ AKBABA, Zülkifli « Yönetimin Kusursuz Sorumluluğu » TODAİE, Tez Ankara 1982 s.56

¹⁹² TANDOĞAN, age., s.2

kusur sorumluluğunun yerini almıştır. Burada toplumsal dayanışma ilkesinin gereği olarak, zararın sonuçlarının topluma paylaştırılması fikri egemen olmuştur.¹⁹³

Makinalaşma sonucunda zararın oluşumuna neden olan olaylarda, kusurun varlığı yada varsa da bu kusurun kime ait olduğunu tespit etmek olanaksızlaşmaya başlamıştır. Bazen öyle olaylar meydana gelmiştir ki, kaza sebebinin tespit etmek olanaksız hal almıştır. Bunun sonucu olarak zarara uğrayanın sırf ispat yükünü (kusuru ispatlayamadığı için) zarara katlanması beklenemez. Bu nedenle kusursuz sorumluluk ilkesi devreye girmiştir.

Öte yandan, bu kazalar sonucu mağdur olan kişilerin zararlarını giderme düşüncesi, kusur sorumluluğun sosyal adaleti gerçekleştirmedeki yetersizliği yeni arayışlara sürüklemiştir.¹⁹⁴ Liberal düşüncenin yerini sosyal devlete bırakması, ekonomik ve toplumsal ihtiyaçlara devletin hizmet alanının gelişmesi, kamu görevlisinin kişisel kusuru halinde muhatap alınması ve kişisel mal varlığının yetersizliği, devletin kusursuz sorumluluk fikrini ön plana çıkarmıştır.

Teknik ilerlemeler ile birlikte insanın daha çok sorgulayan bir yapıya bürünmesi ve artık kazaların ilahi gücün eseri, kader gereği katlanılması gerekli bir alın yazısı olmadığı kabul edilmeye başlanılmıştır. Bu düşünce değişiklikleri, kusurun olmadığı durumlarda bireyin korunması fikrine yönlendiren faktörlerdendir.¹⁹⁵ Zaman içinde "devlet büyüktür" fikrinin yerini sorumlu devlet anlayışına bırakması kusursuz sorumluluğu doğurmuştur.

Toplum yararı uğruna uğranılan zararın, yine toplum tarafından karşılanması düşüncesi temelinde, doğal hukuk kurallarını barındırır. Gerçekten kusursuz sorumluluk teorisi tamamıyla kusur kuramından

¹⁹³ DESCHENAUX - TERCIER, age., s.7

¹⁹⁴ CALKIN, F-TUĞSAVIL, M. "Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları", İstanbul 1948 ,s.7

¹⁹⁵ TANDOGAN, age., s.3

ayrı ve objektif esaslara dayanmaktadır. Bu sorumluluk için zarara yol açan idari eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının varlığı yeterlidir. Dolayısıyla kusur sorumluluğunda olduğu gibi, karinenin aksini ispat etmek suretiyle idarenin sorumluluktan kurtulması olası değildir. Ancak, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran durumları, örneğin; zararın olmadığı yada zararın zarar görenin yüzde yüz kusurundan kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.¹⁹⁶

1. TEHLİKELİLİK İLKESİ

Bir kısım faaliyetlerin niteliği gereği içinde risk taşıması ve bu tehlikeler nedeniyle kişilere vermiş oldukları zararların, bu faaliyet ve kuruluş sahiplerinin kusuruna bakılmaksızın tazmin edilmesini amaçlayan bir ilkedir. İdarenin genel refah ve mutluluğu sağlamak amacı ile gerçekleştirmeye çalıştığı bir kısım kamu hizmet ve faaliyetleri, bulundurması gereken eşyanın tehlikeli olması nedeniyle zarar doğurmaya elverişlidir.¹⁹⁷

Zarar, yararın karşılığı doğar ve bu yararı edinen kişinin zararlı sonuca katlanması gerektiği esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla gerçekleşen zarar ile tehlikeli faaliyet veya şey arasında nedensellik bağının kurulması sorumluluk için yeterli bulunmakta, ayrıca kusur aranmamaktadır.¹⁹⁸

Tehlikelilik ilkesi, Anayasada yer alan sosyal devlet, sosyal adalet ve eşitlik ilkelerine dayanır. Şöyle ki, bu ilke uyarınca kamu idaresi tarafından ödenen zarar, bütçenin gider hanesine yazılmakta ve bu gider vergi ödeyen tüm vatandaşlara yansıtılmaktadır. Bu ilke daha çok toplum düzeninin vardığı iktisadi ve sosyal sonuçlarla ilgilidir. Devlet içinde yaşamaktan dolayı fertlerin risk altında kalmasına karşılık tehlike sorumluluğu yoluyla devlet bireylere bir teminat sağlamaktadır.¹⁹⁹

¹⁹⁶ ONAR, age.,s.1709

¹⁹⁷ DURAN,age.,s.51

¹⁹⁸ ÖZYÖRÜK,Mukbil "İdare Hukuku Dersleri", Teksir , Ankara 1972-1973, s.238

¹⁹⁹ ÖZYÖRÜK, a.g.e., s.237

Mecellede yer alan; "*mazarrat menfaat mukabelesindendir*", yani bir şeyin menfaatine sahip olan kişinin bunun zararlı sonuçlarına katlanması gerektiği şeklinde ifadesini bulan bu kural, İslam Hukukunda objektif sorumluluğun esası olarak da kabul edilmiştir. Bu kural medeni hukukta, bir teşebbüsü işleten kişinin, bunun temin edeceği yararın yanında yol açtığı zararlara da katlanması zorunluluğunu ifade etmiş, daha sonra idari sorumluluk hukukunda da uygulanmış ve geliştirilmiştir.²⁰⁰

Tehlikelilik ilkesine göre sorumluluk için kusurun belirlenmesi ve ispatı zorunlu olmadığı gibi hakkın ihlal edilmesi koşulu aranmamaktadır. Sadece hizmet nedeniyle bir zarar verilip verilmediği sorusuna cevap aramak gerekir.²⁰¹ Bu ilke artık kusurun varlığının araştırılmasının önüne geçmiş ve ağır kusurun gerekli görüldüğü alanlarda gelişmiştir.²⁰² Polis tarafından otomatik silahlar kullanılması halinde²⁰³ ve hapisanelerde neden olunan zararlar hakkında²⁰⁴ olduğu gibi.

Kuram başlangıçta bayındırlık yapıtlarının ve faaliyetlerinin özel mülklere verdiği zararları, idarenin yada idari ajanın kusuruna bağlamadan topluma paylaşılmasını amaçlamıştır. Zaman içinde uygulama alanın genişlemesi sonucu tehlikeli olan tüm kamu hizmetleri alanında uygulama kabiliyeti bulmuştur. Bu gelişimin sonucu olarak önceleri sadece mala ilişkin zararların tazmini amacının dışında, kişilere verilen cismani zararların karşılanmasını içerir bir hale gelmiştir.²⁰⁵

Tehlikelilik ilkesinin yargı içtihatlarına girişi *Regnault-Desroziere*²⁰⁶

²⁰⁰ ONAR, age., s.1710

²⁰¹ BAŞGİL, "Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi", Adalet Dergisi, Ankara 1940, s.9

²⁰² DEMICHEL-LALUMIERE, age., s.94

²⁰³ CE. Ass. 24.6.1949, Consorts Lecompte, Rec. s. 307

²⁰⁴ CE. 3.2.1956 Thouzellier, D. 1956, s. 597 note J.M. Auby

²⁰⁵ ESİN, age., s.130

²⁰⁶ CE. 28.3.1919 Regnaut-Desroziere, Rec Lebon, s. 329,

kararı ile olmuştur. Paris Banliyösündeki Double-Couranne sınırları içinde önemli bir bomba stoku kendiliğinden infilak eder, bu patlama sonucu zarar gören bomba stokunun komşusu mülk sahipleri, devletten tazminat istemişlerdir. Fransız Danıştay'ı hizmet kusuru kuramından yararlanabilecek iken, bunu yapmak yerine, kazanın harp hali dışında vuku bulduğunu, bu sebeple de normal komşuluk risklerini aşan bir tehlikenin yaratıldığını söyleyerek, hükmünü risk esasına dayandırmıştır. Kararda; idarenin tehlikeli şeyleri nedeniyle risk doğurduğu, dikkat, önlem, tedbir gibi şeylerin bu gibi durumlarda önemli olmadığı, çevrede yaşayanlar için komşuluğun risk içeren faaliyetlerinin idarenin sorumluluğuna neden olduğu belirtilmiştir.²⁰⁷

Başlangıçta, bayındırlık eserleri ve faaliyetleri nedeniyle, özel mülklere, idarenin ve ajanın kusuru olmaksızın verilen zararlar için uygulanırken, devlet anlayışındaki gelişim ve değişikliğe paralel olarak tehlikeli niteliği haiz faaliyetler çoğalmaya başlayınca, hasar sözcüğünün de anlamı genişlemeye başlamıştır.²⁰⁸

Uygulanacağı alanın niteliğine göre, daha sonra, tehlikeli şeyler, tehlikeli kamu hizmetleri, tehlikeli durumlar olarak bölünmesi bu gelişimin sonucudur.

Tehlikeli Şeyler²⁰⁹

Oldukça genel olarak Fransız Danıştay'ı olağanüstü risk sorumluluğu hipotezini uygulamak için idarenin tehlikeli şeyler kullanmasını yada idarenin tehlikeli aktivitelerde bulunmasını aramaktadır.

²⁰⁷ CE. 28 3. 1919, Renault-Desroziere, GAJA, s.24

²⁰⁸ ESİN, age.,s.130

²⁰⁹ M.SFEZ, « La Notion de Chose Dangereuse Dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat », Paris, 1959 ; J.MOREAU, « Les Choses Dangereuses en Droit Administratif Français », Travaux Assoc.H.Capitant, 1967, s.256 SFEZ, « La nation de chose dangereuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », th. Paris, 1956; LE CADRE « La nation de chose dangereuse dans le cadre de la responsabilité de la puissance publique » th.Rennes, 1959, s.23 , CHAPUS, age. s. 974

Bu teorinin uygulanması özellikle şu alanlarda yaygınlaşmıştır : Kamu hizmetlerindeki tehlikelerin neden olduğu zararlar, idarenin kullandığı tehlikeli araçların yol açtığı zararlar, polis tarafından silah kullanılması halinde oluşan zararlarda olduğu gibi.²¹⁰

Tehlikeli Kamu Hizmetleri

En tipik örneği ; elektrik enerjisi dağıtım sistemlerinin neden olduğu kazalardır.²¹¹ Şüphesiz, bu ilkenin uygulaması için üçüncü kişilerin neden olduğu kazaların tehlikeli şeyler nosyonu uygulanır ve bayındırlık hizmetlerindeki riskin temelini oluşturur. Fakat tehlikeli şeyler teorisi, kullanıcının uğradığı zararlarda da uygulanabilir.

Tehlikeli Durumlar

Bu alandan sonra kusursuz sorumluluğun geliştiği alan komşuluk riski alanıdır.²¹² Fransız Danıştay'ı bu koşuldan sınırlayıcı nitelikteki üçüncü kişinin zarara uğraması haline benzer bir uygulama benimsenmiştir.²¹³ Gerçekten, liberal eğitim metotları, benzer nedenler kabul edilen durumlarda üçüncü şahsın olağanüstü zararının varlığını kabul etmemiştir.²¹⁴

Hapishaneden çıkış izninden yararlanan kişinin üçüncü kişiye verdiği zararda,²¹⁵ yarı serbest, şarta bağlı tahliye durumunda bu ilkeyi

²¹⁰ CE.18.12.1953,de Bengy,Rec.,s.953

²¹¹ CE.25.1.1929,Adm.des P.T.T.D.1929,3,35, concl.Latournerie ; CE.12.1.1934, Sté des Forces Motrices du Hautè Rhin, S.1934.3.81.,note Mathiot

²¹²CE.3.2.1956,Thouzellier,49 ;D.1956.597, note J.M.Auby ; R.D.P.1956.854, note Waline ; R.D.P.A.1956,51 note Bènoit ; J.C.P.1956,II,9608,note Lévy ; A.J.D.A.1956,II,96, chron jur.

²¹³ CE.9.3.1966,Trouillet, 201 ; J.C.P.1966,II,14811, concl.Braibant, note F.Moderne ; A.J.D.A.1966, 520 note A.de L.

²¹⁴ CE.30.6.1986, Dame Lalée, D.1987, s.116, Somm.comm ; obs.F.Moderne et P.Bon, s.117

²¹⁵ CE.2.12.1981, Garde des Sceaux, Min.de la Justice c.Théis, 456 ; J.C.P.1982,II,19905 ,note B.Pacteau ; D.1982, 550, note P.Teddeschi ; Quot.jur. 11.3.1982, s.4, note Moderne ; D.1982,I.R.447,obs.Moderne et Bon, 27.3.1982 ;Min.de la Justice c.Dame Henry,92,R.F.D.A.1985,575,concl.Cazin d'Honincthun

uygulamıştır²¹⁶

Devletin vasiliği altında olanların uğradığı zarar, idarece aile yanına yerleştirilen kişinin verdiği zarar *Ingremeau* kararında²¹⁷ ortak hukuk kurallarının belirlediği sorumluluk alanına bağlı tutulmamıştır, bireysel kusur olarak kabul edilmiştir. *Ingremeau* kararından sonra Fransız Danıştay'ı kusur karinesini sorumluluk için uygulamıştır. Kolektif, eğitim kurumlarındaki mağdurun kusuru, muafiyete engel değildir. Önemsiz alanlarda neden olunan zarar yada özel eğitim kurumlarına yerleştirilenlerin neden olduğu zarardan dolayı devletin sorumluluğu gerekmemektedir.²¹⁸

Böylece, en az suçlunun neden olduğu zarardan devletin sorumluluğu açısından, özel gözetim kurumları ile kamu kurumları arasındaki ayırımın önemli olmadığı yolundaki ilke ortadan kaldırılmıştır.²¹⁹

2. MESLEKİ RİSK İLKESİ, KAMU HİZMETLERİNE KATILMADAN KAYNAKLANAN RİSKLER

“Mesleki risk sonucu ortada tehlikeli bir halin bulunması gerçekleşmişse, zarar veren kamu faaliyet ve hizmetine katılmak” yeterli sayılmakta, burada yargının mesleki riski *“sosyal güvenlik sisteminin yetersizliğinin tamamlayıcısı”* olarak kullanmasından kaynaklanmaktadır.²²⁰

²¹⁶ CE.29.4.1987, Min.de la Justice c.Banque Polulaire de la Région Economique de Strasbourg ;
D.1988,I.R.,s.60,ModerneetBon ;R.F.D.A.1987,831,concl.Vigouroux,A.J.D.A.1987,s.454,chr on.jur.J.M.Auby « **Le Contentieux Administratif du Service Public Pénitentiaire** », R.D.P.1987,547

²¹⁷ CE.19.10.1990,A.J.D.A.1990,919 ;chron.jur.869 ;concl.Ch.de la Verpillère, R.D.P.1990,1866

²¹⁸ C.A.A.Nantes 1992,A.J.D.A.1993,

²¹⁹ Chron.jur.A.J.D.A.1987,s.454 ; P.BON , « La Responsabilité des Services Publics d'Activités Sanitaires et Sociales Utilisant des Méthodes Libérales » R.D.S.S.1984, s.440

²²⁰ DURAN, age., s.7

Mesleki risk kuramının ilk uygulaması sayılan *Cames* kararı²²¹ işçilere yönelik olmasına karşın, daha sonra yasal düzenleme ile işçilerin sosyal güvenliğe kavuşmaları nedeniyle, bu alan sadece kamu hizmetlerine gönüllü ve ücretsiz olarak katılanlara uygulanmaya başlanmıştır.²²² Bu karardan sonra yasa koyucu bu karara müdahale ederek içini boşaltmış, idare ajanı için yasal garanti bulmuş, sakatlık nedeniyle emeklilik, iş kazası gibi düzenlemeler getirmiştir.

Türk hukuk uygulamasına bakıldığında ise, bu ilkenin kamu hizmetine resmi bir sıfatı nedeniyle katılan kişilere yönelik olarak uygulandığı görülmektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesine resmi sıfatları nedeniyle katılan ve görevli olan kişilerin uğradıkları olağanüstü, anormal ve özel zararların Danıştay tarafından kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edildiğini görmekteyiz.

Danıştay, zararın hizmet harici dış etkenden kaynaklanması ve ilgililerin zararını emeklilik veya sosyal güvenlik yolu ile yapılacak ödemedir karşılamaktan uzak oluşuna dayandırmaktadır.²²³ Bu nedenle olsa gerek ki, özel kanunlar uyarınca ödenen vazife malullüğüne ilişkin ödemeleri, tazminat miktarından düşmektedir.

Bu kuralın uygulanması için yürütülen hizmetin tehlikeli nitelikte olması gerekmemektedir.²²⁴

Kamu görevlilerinin ortakları (iş arkadaşları) memurlar ve askerlerdir. 19.yüzyıldan beri memurlar ve askerlerin genellikle fizik bütünlüğüne ya da vücutlarına zarar verme durumunda, onlar yasal düzenleme uyarınca bir vazife malullüğü ödencesi ile donatılmışlardır.

Bu konuda nesnel sorumluluk söz konusudur; ilgili kişi sadece görev ile zararın varlığını ve nedensellik ilişkisini belirtmelidir. Buna

²²¹ 1898 tarihli iş kazaları hakkında Yasadan önce 21.6.1895 tarihli *Cames* kararı,

²²² XAVIER, Philippe "Droit Administratif General", 2.éd.,1996, Presses Universitaires d'Aix Marseille, s.392

²²³ DURAN, age., s.66

²²⁴ DURAN, age., s.70

karşılık, tazminat özeldir. Çünkü, ilgili kişinin hiyerarşi derecesini ve malullüğünün ciddiyetini göz önünde bulunduran bir ödenek şeklini içerir.

Bir kamu görevlisinin, kurumuna bağlanabilen ve sorumluluğu için tazminat ödemeye elverişli bir zarara uğraması gerekir. Görevlinin sade bir vatandaş gibi ve bir zorunluluk olmaksızın hareket ettiği durumlarda söz konusudur. Devlet kendi görevlilerinden bazılarını yerel bir topluluğun emrine verirse, bu durumdan doğabilecek kazalar, götürü ödenek güvencesi altındadır. Zira, onlar "görev nedeniyle bir zarara" maruz kalmışlardır. Örneğin; orman yangınına karşı mücadele etmek üzere birliğiyle birlikte bir asker gönderilmiştir. Fransız Danıştay'ı, böyle bir görevi belediyenin kamu görevine katılımı gibi incelemiştir.²²⁵

Tarbes fabrikası işçisi olan Cames adlı şahsın bir metal parçası yüzünden yaralanması, ilgili kişinin hiçbir hatasına yüklenemiyordu. Bu durumda Fransız Danıştay'ı kurumun olası bir hatasını aramaksızın, bu kaza için devletin ilgili kişiye, zarar görene tazminat ödemesine karar verilmiştir.²²⁶

Mesleki risk konusundaki tartışmalardan birisi; trafik kazasının mesleki risk olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Danıştay'ın bir kararında bu soruya olumsuz yanıt verdiğini görmekteyiz. Türk Telekom A.Ş.'de şoför olarak görev yapmakta iken, idareye ait araçla yaptığı trafik kazası sonucu felç olan davacının açtığı tazminat davası, kendi kusuru ve üçüncü kişinin kusuru nedeniyle meydana gelen kazadan dolayı idarenin tazmin borcunun doğmayacağı gerekçesiyle ret edilmiştir.²²⁷

Danıştay'ın vazife malullüğü ile tam yargı davası arasında bağlantı kurduğunu görmekteyiz:

²²⁵ CE, 9. 7. 1976, Gonfond, Rec., s. 354

²²⁶ CE, 21 .6. 1895, Cames, Rec., s.509

²²⁷ D.10.D.'nin 9.11.1999 gün ve E : 1997/6080 K : 1999/5490 sayılı kararı, D.D., Yıl :31, 2001, Sayı :103, s.875

“...Zirai Mücadele ve Karantina Müdürlüğünde ambar memuru olarak çalışmaktayken yakalandığı tetrici ilaç zehirlenmesi nedeniyle vazife malulü sayılan davacının hizmet sırasında ve hizmet nedeniyle uğradığı zararların idarece tazmini gerektiği...”²²⁸

Gerçekten kamu hizmeti sırasında, kamu hizmetini nedeniyle sakatlanma yada iş göremez hale gelme hali olan vazife malullüğünün koşulları ile mesleki risk ilkesinin uygulama koşulları çakışmaktadır. Ancak, her mesleki risk hali vazife malullüğü kurallarının uygulanması sonucunu doğurmayabilir.

Mesleki risk ilkesinde vazife malulü sayılmaya paralel bir durum bulunduğunu yukarıda belirtmiştik. O halde vazife malullüğü aylığı bağlanması halinde bunların tazmin edilecek zarar miktarından düşülmesi gerekir mi? Davacılar murisinin çöp öğütme makinesini kullanırken elektrik akımına kapılarak vefatı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; tazmini gereken zarar tespit edilirken, sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde bağlanan aylıkların farklı bir hukuki zeminde belirlenen zarar miktarından indirilmesine hukuken olanak bulunmadığı belirtilmiştir.²²⁹

Emekli Sandığınca hak sahiplerine bağlanan dul ve yetim aylıklarının destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesi sırasında zarardan düşüleceği Yargıtay'ın 6.3.1978 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile onaylamıştır.²³⁰

SSK. aylıkları da aynı uygulamaya devam edilmekte, iş kazası ise

²²⁸ D.10.D.'nin 16.9.1992 gün ve E:1990/3640 K:1992/3033 sayılı kararı, D.D., Yıl :23,1993, Sayı :87, S.542

²²⁹ D.10.D.'nin 16.6.1998 gün ve E: 1996/10203 K :1998/2643 sayılı kararı, D.D.Yıl :29,1999, Sayı:98, s.552

²³⁰ bkz. ORHUNÖZ, Ergün « Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Davalarında Desteğin ESGM. veya SSK. Kurumu ya da Bağ-Kur'un Yıllık Mensubu Olması Halinde Dava Açılırken Gözönünde Tutulan Genel Hükümler », İzmir Barosu Dergisi, Yıl :59 Ocak 94, S :1, s.68

düşülmekte, ölüm sigortası ise düşülmemektedir.²³¹ Bağ-Kur aylıkları bunun istisnası olmaktadır.²³²

3. KAMU YÜKÜMLÜLÜKLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİNİN BOZULMASI SONUCU ORTAYA ÇIKAN ZARARLARDAN DOLAYI KUSURSUZ SORUMLULUK

Kusursuz sorumluluğu doğuran olayın anormalliğinden zararların anormalliğine geçişi sağlayan kamu yükümleri karşısında eşitlik ilkesi ; bütün sorumluluk hipotezlerinin ispatı gibidir. Bu ilkenin çıkış noktası, devletin varlığıdır ve bu yönü ile genel sorumluluk ilkelerinden ayrı bir rolü bulunmaktadır.²³³ Yönetimin yasal olmamasından ya da çalışma bozukluğundan kaynaklanan hata sorumluluğuna bağlı olarak ortaya çıkmaz. Bireyler, yönetimin kötü işlemesi olmaksızın, yönetimin davranışı yada işlemi ile zarara uğrayabilir . Uygar bir toplumun büyük avantajlarının yanında, toplum sağlığını bozan şeyleri de beraberinde getirmesi utanç verici değildir. Utanç verici durum bu zararlı sonuçların giderilmemesi halinde söz konusu olur. Yönetimin normal şekilde çalışması belli bir ciddiyete zarar verirse ve özellikle sadece bir yurttaşa yada az sayıda bir gruba zarar verirse “oyunun kuralı” bozulduğu fikri kişilerde uyanacaktır.

Külfetlerin dağıtımındaki dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekmektedir. Çok geniş ve etkili yetkilerle donatılmış olan kamu gücünün, idari örgütün kamu yararını sağlamak amacıyla yapmış olduğu faaliyetleri ve hizmetleri nedeniyle bireye verilmiş olan zararı gidermek, yani özel çıkarlarını korumak gerekir. Mevcut var olan bir haksızlığı ve bunun ortaya çıkardığı olağanüstü zararını, genel zarar içinde paylaşma cezası²³⁴ verilmesi sonucunu doğuran bir ilkedir.

Tamamen kaynağını idari yargı içtihatlarından alan bu ilke; kesin

²³¹ YGK. 28.11.1979 774-110 79/1395 ; Y.K.D. C :6 1980 Temmuz S :7, s.538

²³² YGHD. 21.5.92 91/3919 92/6771 YHD. C :18 Temmuz 92, S :7, s.1035

²³³ RİVERO- WALİNE, “Droit Administratif”, 17.éd., Paris 1998, Dalloz., s.275

²³⁴ RİVERO- WALİNE, age., s.275

ve açık bir ilkedir. Esin kaynağı ise, 1789 Bildirgesinde yer alan "eşitlik" düşüncesidir.²³⁵

İdari faaliyet ve zarar arasında nedensellik bağı bulunmasına karşın, idarenin kusuru olmadığı halde idarenin sorumluluğuna hakkaniyet ve adalet gereği gitmenin yolu, bu ilkedен geçmektedir.²³⁶ Toplu şekilde yaşamanın en önemli özelliği olan çıkar çatışmalarının yarattığı zararlar, devletle birey arasında ortaya çıkan çıkar çatışmaları, yapılan müdahalelerle somut görünüm kazanır. Hukuk düzeninde bu çıkar çatışmalarından birinin diğerine üstün tutulmasına ve bunun sonucunda oluşan zararlara, çıkarı düşük olan kişinin katlanmasına olanak tanınmamaktadır. Bozulan bu dengenin sağlanmasında hukuk düzeni tarafından öngörülmüş ve çıkar çatışması sonucu oluşan zararın çıkarı üstün olan kişi tarafından karşılanması öngörülmüştür. Bir kişinin başına kötü bir şey gelmesi halinde, sosyal yardımlaşma görevinin sonucu olarak kamu yükümlülükleri önünde eşitlik ilkesi gündeme gelir.²³⁷

Daha üstün çıkarlara sahip biri tarafından yapılan ve hukuka uygun bir müdahalenin sonucunda, hukuken korunan bir varlığa verilen zararın, külfetin bu üstün çıkar sahibi tarafından tazminat ödenmek suretiyle denkleştirilmesi anlamına gelmektedir.²³⁸

Kamu yararı amacı ile görülen kamu hizmetinin sonucu kişi varlığına yönelik zarar verici müdahaleler nedeniyle oluşan zararların, fert yada fertlere göre kamu yükümleri karşısında eşitlik ilkesine dayalı olarak karşılanması, bir başka deyişle fedakarlığın denkleştirilmesi

²³⁵ DEVOLVE, Pierre "Le Principe d'Egalite devant Les Charges Publiques" Paris, LGDJ, 1969, s.13; AZRAK, Ali Ülkü, "İdari Yargıda Anayasa Uygunluk Sorunu", Anayasa Yargısı (9), Ankara 1993, s.326, 327

²³⁶ ULUSAN, İlhan "Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı", İstanbul 1977., s.23; YAYLA, age., s.151

²³⁷ SCHAGEIS, Chrystelle "Progres Scientifique et Responsabilité Administrative", CNRS, Paris 1999., s.62

²³⁸ TANDOĞAN, age., s.75

anlamına gelir. Bu durumlara örnek olarak; mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile hukuka uygun kullanımının sınırlandırılması, egemen düşünce olan özgürlük, eşitlik, genellik gibi hukukun genel ilkelerinden biri nedeniyle bireylerin kamu yararı amacı ile haklarını kullanmaktan vazgeçmeleri örnek verilebilir.

Burada bahsedilen üstün çıkar; topluma ve toplum ekonomisine diğer kullanım biçimine göre daha fazla katkıda bulunan çıkarın tercihidir. Bu ilke ile hiçbir kusuru olmayan zarar gören kişi korunmaya çalışılırken, öte yandan da kamu gücü korunmaya çalışılır. Kamu yükümleri karşısında eşitlik ilkesine dayalı olarak idari yargıcı tarafından mağdurun uğradığı olağanüstü zararların tazmin edilmesine karar verirken, yasa koyucuyu veya düzenleyici erki elinde tutan organın başarısızlığını da gizlemiş olur. Trafığı düzenleyen bir belediye kararnamesi nedeniyle müşterilerin özel bir tacire tazminat vermesini öngören *Gavarnie Komünü*²³⁹ kararında olduğu gibi. Bu ilkenin başka bir rolü ise, yargıcın bir davaya bakmaktan kaçınmasının sonucunu düzeltmeye yöneliktir.²⁴⁰ Bu prensip, yargı kararlarında şöyle ifade edilmektedir : Bir kişinin ya da grubun çıkarları kamu yararına feda edilemez; diğer tarafın en göze çarpan, en anormal eşitsizlikleri yardımlaşma yoluyla kişiler tarafından giderilmeye çalışılır.²⁴¹ Dolayısıyla bu ilke ile, yardım görevi arasında birebir bağlantı vardır.²⁴²

Devlet-birey ilişkilerinde, sosyal devlet anlayışı ile meydana gelen değişime paralel olarak; bireyin hukuken korunan menfaatlerinde diğer bireylere göre ağır zararlar meydana gelmesi halinde bu zararların giderilmesi fikri doğmuştur. Bir kimse diğer bireyler gibi, başkalarından

²³⁹ CE. Sect. 22.2.1968 Commune de Gavarnie, Rec. 113 ; GAJA s. 86

²⁴⁰ DEMICHEL-LALUMIERE, "Kamu Hukuku", çev.KABOĞLU,Ö.İ., DorukYayınları, Ankara1984., s.93

²⁴¹ CE.2 6 1944, Fays, leb.S.159

²⁴² SCHAEGIS, age., s.62

fazla bir külfete tabi tutulursa ortada bir eşitsizliğin varlığından söz edilir.²⁴³

Bu doğan eşitsizlikte bozulan denge kamu yararına yönelik bir faaliyeti veya hizmetin ürünüdür. Kamu yararını gerçekleştirmek için, bir bireyin kendi menfaatlerinden fedakarlıkta bulunması istenilmiştir. Fedakarlığın, bedellendirilmesi ve zararın karşılığı olarak ödenmesi suretiyle denkleştirilmesi yoluna gidilmesi gerekir.²⁴⁴

4. SOSYAL RİSK İLKESİ

Toplum halinde yaşamının ve bireyin toplumun bireyi olması nedeniyle uğradığı zararların ortaya çıkması, bu zararların tazmini isteği, idarenin sorumluluğu için aranan nedensellik bağına aranmaması sonucu doğurmuştur.

Sorumluluğun evrimsel birlikteliği, kusurlu ve kusursuz sorumluluğun aynında riskin sosyalleşmesi kuramını da kapsar. Geçici duraksamalar ve etaplar sonucunda sosyal risk ilkesine varılması sorumluluğun çeşitliliğini ve gelişmeci özelliğini göstermesi açısından önemlidir.²⁴⁵

Toplumsal yaşamla ilgili çağın gerektirdiği değişimler, giderek artan oranlı nüfus yoğunluğu, modern hayatın zorlukları ve çapraşık sorunları, hızla gelişen teknolojinin beraberinde getirdiği ekonomik ve sosyal sorunlar sosyal iş bölümünü daha çok arttırmakta, insanı çevresine daha bağımlı bir hale sokmaktadır. İlk çağlardaki aile temeline bağlı örgütlenmeden siyasal örgütlenme yapısına geçiş; iç politikada iktidarı ele geçirme, dış politikada ise, başka uluslara karşı egemenlik hakkını koruma ve kabul ettirme anlayışı toplum yaşamında çeşitli müdahaleleri gündeme getirmektedir. Siyasal bunalımlar, kitle

²⁴³ ONAR, Sıddık Sami "Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları" Ankara 1936, s.23

²⁴⁴ ULUSAN, İlhan "Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi" İHFM.1977,C.,S.1-4,s.102

²⁴⁵ CANDAN, age., s.9

hareketlerinin yol açtığı kargaşa ve saldırılar sonucu oluşan zararlar, savaş gibi olağanüstü bir durumda sivil halkın uğradığı zararlar , nihayetinde zarara katlanan kişinin herhangi bir kusuru bulunmadığı halde katlanmak zorunda olduğu olgulardır. İşte bu zararların onların doğumunda kusuru olmayan bu kişilerin omuzun da bırakılmaması düşüncesi ile kusursuz sorumluluk ilkesinin alanı genişletilmiştir.

Toplumsal yaşamın zorunluluğu olarak ortaya çıkan bu tehlikelerin zarar doğuran sonuçlarına toplumdaki tüm bireylerin değil, sadece bazılarının katlanıyor olması kabul edilebilir bir durum değildir. Bunun yerine bu zararların, toplum yaşamı adına zarara maruz kalan bu kişilerin sırtında bırakılmayıp, toplum yaşamının siyasal örgütlenmesi olan devlet tarafından karşılanması gerekmektedir.²⁴⁶

Zararın meydana gelmesinde idarenin kusurunun bulunmadığı ve doğan zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağı bulunmadığı durumlarda idarenin sorumluluğuna gidebilmeye olanak sağlayan bir ilkedir. Bu tür zararların doğumunda hiçbir kusuru olmadığı halde bu zararın o kişilerin omzunda bırakmanın adalet düşüncesine uygun bulunmaması nedeniyle kusursuz sorumluluk ilkesinin genişletilmesi yoluna gidilmiştir.²⁴⁷

Devletin gelişimi, zarar görene yardım ödevinin ortaya çıkması, idari faaliyetler sonucu misyonunu yerine getiren devletin geniş bir alana yayılması, liberal koruyucu yasaların yok olmasına ve risk ilkesinin doğmasına neden olmuştur.

Türk hukuk sistemi açısından, 1961 Anayasasının 114. ve 1982 Anayasasının 125. maddesinde yer alan hükmün, üçüncü kişilerin

²⁴⁶ WALINE, « Droit Administratif » Paris 1963,s ;1355 ;EISENMANN, "Sur le Degre d'Originalité du Regime de la Responsabilité Extracontractuelle des Personnes Publiques" ,C.C.P., Paris 1974, s.742

²⁴⁷AZRAK, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı'na Göre Kusursuz Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III.Sempozyumu, İstanbul 1980 s.137

eylemlerinin neden olduğu zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunu doğurduğu kabul edilmektedir.²⁴⁸

Bu ilkenin varlığının kabul edilmediği dönemlerde idari olgu ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle, idarenin sorumluluğu yoluna gitmek olası değildir.²⁴⁹ Zira, zarara yol açan olgu tamamıyla idareye yabancı kişilerin veya toplulukların fiil ve davranışlarından kaynaklanmaktadır.

Diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak, zararın doğumuna yol açan olay idarenin kamu görevlilerinden, idari faaliyetlerden, tehlikeli aktivitelerden veya tehlikeli şeyler kullanmaktan değil, idareye yabancı kişi ve toplulukların idare tarafından önlenemeyen yada önlenmesi daha büyük zararların doğumuna yol açacak nitelikte olan davranışlardan meydana gelmektedir.²⁵⁰

"Kamusal sigorta" anlamına gelen sosyal risk ilkesine göre idarenin üçüncü kişilerin zarar verici eylemlerinden dolayı sorumlu olabilmesi için, bunları önlemesinin idarenin birincil ödevlerinden olmasına karşın, kusuru olmaksızın bunları önleyememesi yada bütün zararlara yol açacak bütün önlemleri alması gerekir.²⁵¹

Gerçekten sosyal risk ilkesini bir tür "sosyalizasyon"²⁵² olarak değerlendirmek olasıdır.

Sosyal risk ilkesine dayalı olarak idarenin sorumluluğu beklenmedik bazı olaylardan doğar. Bu yönüyle deprem, su baskını gibi mücbir sebepten ayrılır.²⁵³

Sosyal risk ilkesine konu olan olayların yarattığı tehlike

²⁴⁸ AZRAK, agm.,s.136

²⁴⁹ ONAR, age., s.1744

²⁵⁰ AZRAK, agm., s.137

²⁵¹ AZRAK, agm., s.138

²⁵² AZRAK, agm., s.138

²⁵³ FREDEMAN, Charles, "Modern Fransa'da Danıştay", Çev.GÖKTAN Işık, Danıştay Yayınları, Ankara 1971, s.132

toplumdaki herkese yöneliktir. Fakat bundan toplumun bireylerinin tümünün yada birkaçının zarar görmesi söz konusu olup, bu zararların toplumun diğer bireylerine paylaştırılması düşüncesi yani sosyal devlet düşüncesi bu ilkenin temelini oluşturmaktadır.

İdare aleyhine açılan tazminat davasında, idare kusuru olmadığını kanıtlaya bile, zararın olaydan zarar gören kişilerin omuzlarında bırakılması haksızlığa ve adaletsizliğe yol açar.²⁵⁴ Bu nedendir ki, bazı yazarlar tarafından, bu ilkeyi ifade etmek için; "*hakkaniyet, nasafet ve eşitlik*" terimlerine yer verilmektedir.²⁵⁵

Sosyal Risk İlkesinin Uygulanacağı Olayların Niteliği

Sosyal risk ilkesi; yargı yerlerinin besin kaynağı olmuş, çeşitli zararların tazmininde bu ilkeyi kullanmaya başlamıştır.²⁵⁶ Anormal nitelikteki zararlardan kamu gücünün sosyal risk ilkesine göre sorumlu olması, bireysel özgürlüklere dayalı şikayetlerin artması üzerine ortaya çıkmıştır.

Sosyal risk ilkesinin; toplum halinde yaşamaktan kaynaklanan tüm zararların kamu gücü tarafından karşılanması boyutuna dönüşmemesi için, bazı sınırlamalar yoluna gidildiği görülmektedir. Bu sınırlamalar; sosyal hasar kuramının uygulanacağı olayların niteliğini ve olaylar karşısında devletin durumunu dikkate almaktadır.

Sosyal hasar kuramını ortaya çıkaran öğeler itibariyle; kuramın uygulanacağı olayların, toplumsal dayanışmayı etkileyen, onu arttıran nitelikte olaylar olmasına dikkat edilmelidir. Bunu belirlemenin ölçütü ise, olayın aslında toplumdaki herkese yönelik olmasına karşın, bir veya birden fazla kişinin bundan zarara uğramasıdır.

Sosyal risk ilkesini diğer ilkelerden ayıran özelliği ise; zararı üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurması ve idarenin bunları önlemek

²⁵⁴ AZRAK, agm., s.140-141

²⁵⁵ ONAR, age.,s.1713; ESİN, age.,s.156

²⁵⁶ SARDA,François "*Les Responsabilités des Juridictions*", PUF 1999,Paris., s.5

görevlerinden olduğu halde bundan kaçınması, kusuru olmadığı halde bu olayları ve zararın doğumunu engelleyememiş olması, daha büyük zararlara yol açmamak için bunu engellemekten kaçınmış olması gerekir.²⁵⁷

Bazı yazarlar tarafından sosyal risk ilkesi bir tür kusur karinesi olarak kabul edilmektedir. Bu görüşün kaynağı olan Fransız yargı uygulamasındaki bazı örneklere dayalı öğretinin görüşü²⁵⁸ olmakla birlikte ; sosyal risk ilkesinin uygulamasına sınır getireceği²⁵⁹ düşüncesi ile bu görüş taraftar toplamamıştır.

Sosyal risk ilkesi diğer sorumluluk hallerinden ayrılmakla birlikte, kusurun söz konusu olmadığı tehlikeli şeyler ve tehlikeli durumlardan doğan sorumluluğa yaklaşmakta, bunlardan da zarar verici davranışın idare dışında üçüncü bir şahsın eyleminden meydana gelmesi açısından ayrılmaktadır.²⁶⁰ Bu durumu ayırmak için verilebilecek en iyi örnek şu olsa gerek ; habersiz ve kendiliğinden oluşmuş bir halk kitlesinin hareketini önlemek üzere güvenlik görevlerinin yol açtığı zarar tehlikeli durumlardan kaynaklanan kusursuz sorumluluk hali ; bu güvenlik önlemi silah kullanılarak yapılmış ise tehlikeli şeyler kullanmaktan doğan kusursuz sorumluluk halini doğurur. Nihayet bir terörist grubun, yani idareye yabancı kişilerin yol açtığı zarar ise ; sosyal risk ilkesine göre idarenin sorumluluğunu gerektirir.

Danıştay bu ilkeyi ilk kez, davacının hazineden kiraladığı dalyanın kimliği bilinmeyen kişilerce tahrip edilmesi sonucu meydana gelen maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada tartışmıştır. Bu kararda yargı organı önce idareyi kusursuz sorumluluk kuramı uyarınca sorumlu tutup tutamayacağını araştırmıştır:

Bu kararında, olayda davacının kiraladığı dalyanın hasar

²⁵⁷ ONAR, age., s.1745; AZRAK, agm.,s.5

²⁵⁸ VEDEL, « Droit Administratif », 4.éd.,Paris 1986, s.332

²⁵⁹ AZRAK, agm., s.139

²⁶⁰ AZRAK, agm. , s.140

görmesinin, idarenin önceden haberdar olduğu veya olması gerektiği toplu bir olay sırasında değil, münferit olay sırasında meydana geldiği için idarenin zararı tazminle yükümlü tutulamayacağı belirtilmiş, sosyal hasar kuramını ise şu şekilde irdelemiştir:

"...Fransa'da ve Almanya'da genel nitelikteki yasal düzenlemelerle uygulamada bu kurama yer verilmiştir. Ülkemizde ise, belli sosyal olaylardan doğan zararların tazmininde yasa koyucu bu yola gitmiş; genel bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde benimsenen görüşe göre; bir zararın toplumsal bir ayaklanma, kargaşa veya harp nedeniyle meydana gelmiş bulunması, zarar doğuran olayı önlemek idarenin görevlerinden olmasına karşın idarenin kusuru olmaksızın bunu önleyememiş bulunması veya daha büyük zararlara sebebiyet vermemek için önlemekten bilerek kaçınması gerekir..."

Danıştay'ca bu açıklamalara kararda yer verildikten sonra, somut olayda koşulları gerçekleşmediği için idarenin "sosyal hasar" kuramına göre tazminatla yükümlü tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.²⁶¹

²⁶¹ D.10.D.'nin E.1982/2952 K.1982/777 sayılı kararı, D.B.B. Bu kararın azlık oyunda ise; "...Ülkemizde anarşik yada terörist olaylar denilen eylemlerin Devlete yönelik bulunduğu, devletin anayasal düzeni yıkmayı amaçladığı, Devletin en yetkili kişi ve kurumlarınca açıklanmaktadır. Gerçekten bu tür olaylardan zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. O halde zarara uğrayan gerçek ve tüzel kişileri kendi kusur ve eylemleri sonucu zarara uğramamakta, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşalıktan zarar görmektedirler. Kısacası zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Bu zararların oluşumuna idarenin bir eyleminin neden olmadığı, idarenin bir kusurundan söz edilemeyeceği ileri sürülebilir ise de, idarenin sorumluluğu günümüzde yalnız kusur ilkesine ve sınırlı koşulları olan objektif sorumluluk ilkesine dayanmamakta, bilimsel ve yargısal içtihatlarda toplumsal risk diye adlandırılan bir ilkeye dayandırılmaktadır. Bu ilke nazara alındığında idare kendi eyleminden doğmayan fakat önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği üçüncü kişilerin eylemi sonucu ortaya çıkan zararları da gidermekle yükümlüdür. İdarenin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için zarar görenin kusurlu olması yada zarar varsa olayın özel ve olağandışı karakter taşıması halinde mümkündür. Esasen toplum bireylerinin toplum düzenine yönelik terör olaylarından doğan zararlarının topluma pay edilmesi, düzeni korumada herkesin katkısının bulunması ve toplumsal dayanışmayı gerçekleştirici hakça bir tutum olur. Bu durum Anayasanın 2.maddesinde yer alan

Danıştay'ın daha sonra bu ilkeye dayalı olarak idarenin sorumluluğuna hükmettiği olay; davacıların köy muhtarı olan murislerinin yasa dışı örgüt elemanlarınca öldürülmesi nedeniyle uğradıkları zararların tazminine ilişkin açılan dava üzerinedir. Anılan bu kararda; kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olma niteliğine bağlanmıştır.²⁶² Aynı zamanda sosyal risk ilkesinin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile hakkaniyet ve nasafeti kapsadığı belirtilmiştir.

Bu açıklamalarda göstermektedir ki sosyal risk ilkesinin temel kaynağı, dayanağı sosyal devlet ilkesidir:

*"...Ülkemizin belli yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin Devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzeninin yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu kargaşadan zarar görmektedir. Kısaca zararların nedeni toplumun bireyi olmaktadır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir."*²⁶³

sosyal devlet ilkesine uygun düşer.." görüşüne yer verilerek, zararın giderilmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

²⁶² Danıştay'ın daha önceki kararlarında, (Diyarbakır ilinde bir köy muhtarının teröristlerce öldürülmesi olayında) idarenin hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun varlığı kabul edilmekteydi. bkz.D.10.D.'nin 8.4.1992 gün ve E :1990/1683 K :1992/1311 sayılı kararı, D.D.,Yıl :23,Sayı :1986,1993, s.577

²⁶³ D.10.D.'nin 13.10.1993 gün ve E.1992/3372 K.1993/3777 sayılı kararı D.B.B.

Somut olayda, ölenin herhangi bir kişisel husumetten dolayı değil, salt köy muhtarı ve toplumun bir bireyi olması nedeniyle öldürüldüğü, sosyal risk ilkesi gereği bu olay sonucu ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Aynı gerekçelerle, davacıların murisinin kullandığı minibüsün Midyat'tan Dargeçit'e giderken yolda teröristlerce durdurularak öldürülmesi sonucu desteğinden yoksun kalmaları nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmiştir.²⁶⁴

Sosyal Risk İlkesinin Uygulanmasında Olayın Olduğu Yerin ve Zararın Niteliği

Danıştay'ın önceleri sosyal risk ilkesine dayalı, beden bütünlüğüne yönelik zararları karşıladığını görüyoruz.²⁶⁵ Zaman içinde Danıştay sadece beden bütünlüğüne yönelik zararlar için değil, maddi şeylere

²⁶⁴ D.10.D.'nin 13.10.1993 gün ve E.1992/3066 K.1993/3774 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.

²⁶⁵ Örneğin; davacıların murisinin içinde bulunduğu otomobile açılan ateş sonucu meydana gelen ölüm olayından doğan zararın sosyal risk ilkesi gereğince tazmini; (D.10.D. nin 15.10.1996 gün ve E. 1995/508 K. 1996/5984 sayılı kararı,yayımlanmamıştır.) davacının yakınlarının köye yapılan baskın sonunda teröristlerce öldürülmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini; (D.10.D.nin 18.9.1995 gün ve E. 1994/5511 K. 1995/3578 sayılı kararı yayımlanmamıştır) tren istasyonunun makasçısı olan davacıların murisinin istasyon sınırları içerisinde teröristlerce öldürülmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini; (D.10.D.'nin 24.12.1994 gün ve E. 1994/4109 K. 1994/6696 sayılı kararı yayımlanmamıştır.) davacıların teröristlerce açılan ateş sonucu, ikamet ettikleri evin mutfağında yaralanmaları ve sakat kalmaları nedeniyle uğradıkları zararın tazmini (D.10.D.'nin 4.10.1995 gün ve E. 1994/1514 K. 1995/4115 sayılı kararı, yayımlanmamıştır) köyüne gitmekte olan minibüsün durdurularak davacıların desteği olan kişinin terör örgütü militanlarınca öldürülmesi dolayısıyla destekten yoksun kalmaları ve duydukları üzüntü nedeniyle uğranılan zararın tazmini D.10.D.'nin 15.10.1996 gün ve E. 1995/1583 K. 1996 sayılı kararı yayımlanmamıştır.) askeri lojmanda kalan davacının kimliği belirsiz kişilerce konulan bombalı paketin patlaması sonucu yaralanması olayında, sosyal yaralanması olayında sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin tazmin sorumluluğunun olduğu (D.11.1995 GÜN VE e: 1995/566 k:1995/5746 sayılı kararı, DD:Yıl:26 sayı:91 1996 s.1134) gibi. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak, bu örneklerdeki en önemli özellik bu olayların ülkenin belirli bir yöresinde olan terörist faaliyetler nedeniyle bu bölge ile sınırlı olarak verilen kararlar olmasıdır.

ilişkin zararlar içinde sosyal risk ilkesini uygulamaya yönelmiştir.²⁶⁶ Bu olaylarda beden bütünlüğü ile ilgili verdiğimiz kararlarda olduğu gibi ortak olan nokta, ülkenin sadece belirli bir yöresine yönelik olarak verilmiş olmasıdır.

Bu kararların dışında, beden bütünlüğü dışındaki zararların tazminine ilişkin ilk karar olmasının yanında ülkenin belirli bir yöresi dışında, İstanbul'da meydana gelen bir olay nedeniyle sosyal risk ilkesinin Danıştay'ca uygulandığını görüyoruz. Davacının yapımını sürdürdüğü İstanbul Emniyet Müdürlüğü binasının teröristlerce bombalanması nedeniyle uğranıldığını öne sürdüğü maddi zararın tazmini istemiyle İstanbul İdare Mahkemesinde dava açmıştır. İdare Mahkemesince, olayın münferit bir olay olduğu, zarar ile idarenin kolluk görevi arasında nedensellik bağı bulunmadığı, idarenin hizmet kusuru bulunduğu da kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu kararın davacı tarafından temyizi üzerine Danıştay'ca verilen kararda²⁶⁷ daha önce yukarıda gerekçelerini aktardığımız kararlarda yer alan "*ülkeminin belirli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar*" ifadesine artık yer verilmemektedir.

Köylerini terk etmeye zorlanmaları yanında güvenlik

²⁶⁶ Örneğin; davacı şirkete ait şantiyenin teröristlerce basılarak araç ve gereçlerinin yakılması, işçilerinin kaçırılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini (D.10.D'nin 10.4.1996 gün ve E. 1995/53 K. 1996/1913 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.) davacıya ait aracın, Baraj Proje Müdürlüğü Tesislerinde teröristlerce yapılan saldırı sonucu isabet alarak yanması nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini; (D.10.D'nin 19.11.1996 gün ve E. 1995/7116 K. 1996/7659 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.) davacının yapımını üstlendiği sağlık evi inşaatının yasadışı terör örgütü mensubu kişilerce yakılması sonucu çatının yanması nedeniyle uğranılan zararın tazmini; (D.10.D'nin 1.10.1996 gün ve E. 1995/1650 K. 1996/5725 sayılı kararı yayımlanmıştır.) davacı şirkete ait kankasor şantiyesine teröristlerce yapılan saldırı sonucu araçların, jeneratörlerin ve akaryakıt tankında bulunan mazotun yakılması sonucu uğranılan zararın tazmini; (D.10.D'nin 8.10.1996 gün ve E. 1995/1676 K. 1996/5880 sayılı kararı, yayımlanmamıştır.) davacının kamyonun yasadışı örgüt üyelerince karayolunda yerleştirilen mayının çarparak hasar görmesi sonucu uğradığı maddi zararın tazmini (D.10.D'nin 4.10.1996 gün ve E. 1995/1102 K. 1996/5774 sayılı kararı, DD. Yıl: 27, Sayı: 93, 1997 s. 530) gibi.

²⁶⁷ D.10.D'nin 9.10.1995 gün ve E.1994/1682 K.1995/4256 sayılı kararı, D.B.B.

kuvvetlerince yapılan operasyon sonucu uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle AİHM. yapılan başvuru üzerine; başvuru sahiplerinin teröristlerin şiddet eylemleri sonucu uğradıkları zararları, idarenin kusursuz sorumluluğa dayalı olarak idare mahkemelerinde talep edebilecekleri ve bu konuda pek çok idare mahkemesi kararının olduğu vurgulanmıştır. Böylece Türk idari yargısının terör olaylarına uyguladığı “sosyal risk ilkesi” AİHM.’nce de kabul görmüştür.²⁶⁸

Sosyal Risk İlkesinin Uygulanmadığı Durumlar

Danıştay’ın sosyal risk ilkesine işlerlik kazandırmadığı durumlardan biriside; münferit olay olarak nitelendirdiği durumlardır. Münferit olay, adı üzerinde olduğu üzere her olayın özelliklerine, her somut duruma göre nitelendirilecek bir kavramdır. Bu açıdan bir fikir vermesi için, Danıştay kararlarında münferit olay olarak nitelendirilen durumlara birkaç örnek vermek gerekir:

20.9.1978 günü gece davacının evine kimliği saptanamayan kişiler tarafından atılan patlayıcı maddenin sebep olduğu maddi zararın tazmini istemiyle açılan davayı, Danıştay; sosyal hasar kuramının uygulanamayacağını belirterek reddetmiştir.²⁶⁹ Davacının evinin önüne park etmiş olduğu otomobilinde zarar meydana getiren patlayıcı madde, toplu bir olay sırasında atılmış olması nedeniyle bu olayı idarenin önceden bilmesi ve bu suretle önleyici kolluk görevini yerine getirmesi düşünülemeyeceğinden, davacının tazminat talebine yönelik davasının reddine karar verilmiştir.²⁷⁰ Davacı kuruluşa ait yolcu otobüsünün güzergahı üzerinde seyri sırasında kimlikleri tespit edilemeyen bazı

²⁶⁸ Menteşe ve Diğerleri :-Türkiye K.Sıra no :859, K.T. :28.11.1997 İnsan Hakları Kararları Dergisi C :2 İstanbul Barosu Yayınları, Ekim 98, s.340 vd. Benzer dava ; Akdınvar ve Diğerleri : Türkiye K.No : 21893/93, K.T. : 1Nisan 1998, <http://www.adalet.gov.tr/aihm/akdi var.htm>.

²⁶⁹ D.12.D.’nin 10.2.1981 gün ve E.1979/1567 K.1981/203 sayılı karar, D.D.,Yıl:12 ,Sayı:44-45,1982, s.534

²⁷⁰ D.12.D.’nin 9.11.1979 gün ve E.1978/5370 K.1979/4081 sayılı kararı, D.D.,Yıl.10,Sayı.38-39,1980, s.415

kişilerin oluşturduğu bir grubun taşlı saldırısı sonucunda aracın camlarının kırılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davayı Danıştay ret ederken, olayda idarenin kusuru olmadığı gibi, sosyal hasar ilkesinin uygulanmasına da olanak bulunmadığını belirtmiştir.²⁷¹

Sosyal risk ilkesinin uygulandığı hallerin en önemli özelliklerinden biriside zarar görenin zarar verici eyleme katılmamış olması, onun dışında kalması gerekir.²⁷² Danıştay'a göre; yasadışı terör örgütü elemanlarınca öldürülen kişinin öncelikle terör örgütü üyesi olup iç hesaplaşma sonucu mu, yoksa Türkiye Cumhuriyeti Devletine bağlılığı nedeniyle mi öldürüldüğü hususunun kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya konması gerekmektedir.²⁷³

Bütün bu açıklamaların sonunda, sosyal risk ilkesinin sınırsızlığı varan bir sorumluluk anlayışı getirdiğini söylemek olası değildir. Aksi düşüncenin sonucu, bütün zararların sosyalizasyonu, yani topluma pay edilmesi fikrini getirir ve bir tür kamusal sigorta oluşturur ki, bu durum adaleti sağlamaya çalışırken ciddi sakıncalar yaratabilir.²⁷⁴

V. SORUMLULUGUN HUKUKİ SONUÇLARI

Gerek normatif düzenlemeler yoluyla tanınan gerekse yargı kararları ile ortaya çıkan kusursuz sorumluluk hallerinin olaya uygulanması sonucu, kamu gücünün tazmin borcunun doğması için zararda bulunması gereken bir takım unsurların yanında, olumsuz bazı koşullarında olmaması gerekir.

Bu nedenler, onarım giderim hakkının koşulları ve sorumluluğu ortadan kaldıran nedenlerin incelenmesi suretiyle ortaya konacaktır.

²⁷¹ D.12.D.'nin 16.10.1980 gün ve E.1979/515 K.1980/3730 sayılı kararı, D.D.,Yıl.11, Sayı.42-43, s.330

²⁷² Bkz., Sorumluluk hukuku sempozyumu tartışmalar kısmı, s.266

²⁷³ D.10.D.'nin 3.12.1997 gün ve E:1996/1322 K:1997/5228 sayılı kararı, D.D.,Yıl:28, Sayı:96,1998, s.612

²⁷⁴ AZRAK, agm., s.138

1. ONARIM GİDERİM HAKKININ UNSURLARI

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için;

- Bir zarar verici idari faaliyetin varlığı,
- Zararı doğuran işlem ve eylemin idareye yüklenebilir olması,
- Zarar ile idari olgu arasında nedensellik bağının bulunması,²⁷⁵
- Zararın belirli niteliklere sahip olması
- İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durumun olmaması gerekir.

Bu genel nitelikte koşulların tümünün birlikte varlığı halinde idarenin tazmin borcu doğar, aksi halde ise; bu koşullardan herhangi birinin yokluğu tek başına sorumluluğu ortadan kaldıran nedenlerdir.

a. Zarar Verici Faaliyetler

Zarar verici faaliyetlerin neler olduğunun bilinmesi, daha doğrusu sorumluluğun kaynağının ortaya konması, kınanacak karakterin, suçlunun, zarar verici faaliyet ile zarar arasındaki nedensellik bağının ortaya konması ve kınanacak aktivitelerin tam olarak doğrulanması önemlidir. Kısacası zararı karşılama yoluna gidilebilmesi için, ortada zarar doğurucu olan bir tutum ve davranışın bulunması gerekir.²⁷⁶

Gerçekten idare hukukunda amaç, asla idareyi suçlamak yada kendisini (yada tüzel kişiyi) mantığa aykırı olarak kusurlandırmak değildir. İlkenin bir çok fonksiyonu yani uygulaması vardır. Başkasının malvarlığına kusur nedeniyle dayanmak sorumluluğun esasını oluşturmaktadır. Kusursuz sorumluluğun uygulaması için ise, bazı özel durumların ve sebeplerin gerçekleşmesi gerekir.²⁷⁷

²⁷⁵ ESİN, age., s.22

²⁷⁶ GÖZÜBÜYÜK- DİNÇER, a.g.e., S. 120

²⁷⁷ WALINE , age.,s.579-580; DUBOİS, Jean-Piere, "La responsabilite Administrative" éd. La Découverte, Paris 1996, s. 37

b. Zararın İdareye Yüklenebilir Olması

Zararın tazmini doğurabilmesi için idareye yüklenebilir olması, başka bir deyişle idareden kaynaklanması gerekir.

İdareye yüklenemeyen zararlar, idarenin dışında gerçekleşmesi demektir. Aynı şekilde zararın idareye yüklenmediği, nedensellik bağının kesildiği durumlar, idarenin ajanının şahsi kusuru olduğu ve kontrolü gerekmeyen özel girişimler ve idarenin kontrolü dışında kalan alanlardır. Özel bir müteahhit tarafından idari otoritenin ölçüleri içinde idare için iş yapılması, Fransız Yasama Organı tarafından ayrılmıştır (Ord.27.7.1944). Bu durum devletin sorumluluğuna yol açmaktadır.²⁷⁸

Kamu hizmeti imtiyaz sahibi yada kamu hizmetini ikinci derecede yürüten imtiyaz sahibinin sorumluluğu söz konusudur.²⁷⁹ Kamu hizmetinin yöneticilerine kadar bu karar yayılmıştır.²⁸⁰ İdari yargı tarafından kabul edilen idarenin imtiyaz sahibinin yerine geçmesi, yada özel şahsın yerine geçmesi ortak hukuk tarafından belirli alanlarda daraltılmıştır.²⁸¹

c. Onarılabilen Zararlar

İdarenin sorumluluğu için, davacının bir zarara uğramış olması gerekir, kusur için gerçek bir zarar sorumluluğa yol açar.

Zarar; bir kimsenin şahıs veya malvarlığında rızası olmaksızın meydana gelen eksiklikleri, idari faaliyet öncesi ve sonrası durumlar arasında meydana gelen eksi farkı ifade etmek için kullanılır.²⁸²

Malvarlığı ise; hukuk tarafından koruma altında tutulan kişilerin,

²⁷⁸ T.C.17.2.1947, Dame Clavegroat ,s.500

²⁷⁹CE.18.5.1979, Ass.Urbanisme Judaique Saint-Seurin, Rec., s.218 ; R.D.P.1979, s.1481, concl.M.A.Latournerie ; 7.6.1985, Ep.Dupré, R.D.P.1986,s.933

²⁸⁰ CE.13.11.1970, Ville de Royan, 683, R.D.P.1971,s.740,concl.Braibant ; CE.21.4.1982,Dame Daunes et a., T.745 ;D.1983,I.R.316

²⁸¹ CE.17.4.1964, commune d'Arcueil, 230 : D.1965,45, concl.Combarnous ; A.J.D.A.1964,s.290 Chron.jur ; CE.26.2.1982, ép.Birel, T.745

²⁸² GÖZÜBÜYÜK, age.,s.250

hak sahibi olacakları bütün varlıkları, aynı ve nispi hakları, insan vücudu, hayatı, şahsiyeti, isim hakkı gibi geniş bir yelpazeyi içine alan bir kavramdır.

Patrimuanyal haklar; taşınır ve taşınmaz mallarla, yasama hakkına ve gövde bütünlüğüne ilişkin hakları; patrimuan dışı ise, manevi zararlar üzerindeki hakları ifade eder.

d.Zararın Doğrudan Ve Belirgin Olma Niteliği

Tazmin hakkının doğması için idarenin aktiviteleri sonucu doğan zararın doğrudan ortaya çıkmış olması ve belirgin olması gerekir.²⁸³

Bu şartın ortaya çıkması, özellikle birden çok nedenin zarara yol açtığı ve araya bir şahsın kusurunun yada idarenin kusuru ile zarar arasına başka unsurların girdiği durumlarda söz konusudur. Genel usul; yargı tarafından ayırım teorisi gereği, aynı koşullarla eşit olarak idarenin aktivitesinden kaynaklanan bir durum olması koşulunun aranmasıdır.²⁸⁴

Zararın dolaysız olmasını açıklamak için verilen örnek şudur; sinema salonu önünden geçen yolun asfalt yapılması nedeniyle yola kum dökülmesi ve seyircilerin sinema salonunu kirletmesi nedeniyle sinemanın işletmecisinin asfaltlama işini yapan idarenin sorumluluğu için dava açılmıştır. *“Yalnızca olayın meydana geldiği anda normal olarak ona neden olan olayı, zararın sebebi olarak kabul edilmelidir”* açıklamasını yapan Fransız Danıştay'ı davayı kabul etmiştir.²⁸⁵

Muhtemel ve olası zararlar tazmin borcunun kapsamı dışında tutulmuştur. Yargı tarafından kabul edilen yeterince geniş olmayan, zararın kesinliği, olabilecek zararlar, kaçınılmaz olanlar, fakat olma

²⁸³ CE.4.10.1968, Dlle Doukakis, Rec., s. 983

²⁸⁴ CE. 14.10.1966, Marais, D.1966.636, concl. Galmot; CE.7.3.1969, Etabl.Lessailly et Bichebois ve CE. 21.3.1969, Dame Montreer, A.J.D.A.1969.287; CE.25.2.1972, Cie Sade, 168,c concl.contraires Bertrand A.J.D.A.1972.345, chron.jurispr.Labetoulle et Cabanes

²⁸⁵ CE 7 Marc 1969, Societe dos etablissements Lessailly et Bichebois, R.D.H. 1969,957, concl.G.Gulaume.

ihtimali gerçekleşmesine kesin gözü ile bakılan zararlardır. Şansa dayalı olan ve muhtemel zararlar bunun dışındadır.

Başka bir şekilde olma ihtimaline dayalı zararlar tazmin edilebilir, ciddi nitelikte olacağı (kamu görevlisinin başka yere atanmasından kaynaklanan zararlar gibi);²⁸⁶ bilinen zararlar (iyileşme ihtimali olmayan hastalıklar);²⁸⁷ vergiden muaf tutulma ihtimali olan zararlar;²⁸⁸ idarenin uygulaması yada kararı nedeniyle (bir yarışmada başarılı olma sonucu kazanılacak değerleri kaybetme)²⁸⁹ ortaya çıkan zararlar kesin olarak olacağı bilinen zararlardır.

e. Spesifik Zararlar

Genel ilke olarak, ısrarla her defasında üzerinde durulan zararlar spesifik zararlar olması koşulu kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması için zorunlu bir şarttır.²⁹⁰ Bu zarar sahibinin kamu görevine geçici ve gönüllü olarak katılan olması dışındaki hallerinde bu şart aranmamaktadır.

Belirsiz birkaç nokta vardır. İki önemli spesifik terim üzerinde durulmalıdır.

Birincisi; genel terimidir. Genel zarar, kamu hizmetinin bir parçası olarak, ilginin üstünde kalır. Öte yandan spesifik terimi genel terimini ve önemli zarar terimini içine alır.

İkincisi; birleşerek, spesifikçe bir araya gelerek zararın tazmin edilebilir özelliğini ortaya çıkarmaktadır.

Yargı tarafından önemli, "ağır ve spesifik zarar"²⁹¹ ya da "spesifik

²⁸⁶ CE.1.12.1961, Lacombe, D.1962,89, concl.Dutheillet de Lamothe

²⁸⁷ CE.24.4.1964, Hopital de Voiron ,259

²⁸⁸ CE.10.3.1967, Sté « Les Ardoises d'Angers », A.J.D.A.1967, 399, chron.jur

²⁸⁹ CE.8.2.1984, Min.ed.nat.c.Dlle Guéinichault, D.1986,I.R.31,obs.Moderne et Bon

²⁹⁰ CE.21.3.1954, Sté Brodard et Taupin, 293; D.S.1954, 468, concl.Letourneur

²⁹¹ CE.23.12.1970, E.D.F.c.Farsat,790

ve *anormal zarar*²⁹² terimi kararlarda referans olarak alınmaktadır.

Basit olarak, spesifik şartına dikkatle bakılmalıdır. Mağdurun sayısı ile birlikte gerçekleşmesi zorunlu değildir. Geline nokta, yargıcın zarar sahibini nitelendirmesi önemlidir. Oldukça büyük teşebbüs, girişimin aktiviteleri nedeniyle spesifik zarara uğranılması halinde, bu zarar tazminat davasına konu edilebilir.²⁹³

Anormallik şartına dayalı olarak en az ayrımla zarar nitelendirmez. Bu koşul, önemlilik koşulu ile karıştırılmamalıdır. Belirgin, kesin zarar anormal olmayabilir ve tazmin borcunu doğurmayabilir yada önemli zarar tazmin borcunu doğurabilir. Örneğin; kamuya ait bir yolun trafik yönünü değiştirmek, bir müteşebbis için beklenmedik sonuçlar doğurabilir.²⁹⁴ Burada mağdur için, henüz beklenmedik sakıncalar vardır. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunda bir muafiyet vardır.

f. Maddi Ve Manevi Zarar

Maddi zarar, basit olarak maddi malvarlığında meydana gelen ve tazmini gereken eksilmelerdir.

Maddi tazminat istemi ile kişiler; malvarlığında meydana gelen eksiklik veya çoğalmanın ortadan kalkmasını istemektedirler.

Tüzel kişilerde gerçek kişiler gibi, kişisel değerlerine yönelen maddi zararlarının tazminini isteme hakkına sahiptir.²⁹⁵

Maddi tazminat ile amaçlanan zarar verici olay ile kişinin iradesi

²⁹² CE.23.3.1984, Min.du Commerce exte.c.Sté Alivar, D.1986,I.R.,s.24,obs.Moderne et Bon

²⁹³ CE.22.6.1984,S .E.auprés du Min.des Transports, chargé de la mer c.Sté Sealink U.K.Limited; CE.27.7.1984, min.Inter et de la Décentr.min.de la Mer c.Lebeaud, D.1986,I.R.,s.30,

²⁹⁴ conc.Rougevin-Baville s.C.E.20.6.1973, Commune de Chateauneuf-sur Loire, A.J.D.A.1973,s.545

²⁹⁵Yargıtay 4.H.D.'nin 13.12.1979 gün ve E.1979/10088 K.1979/14000 sayılı kararı, yayımlanmamıştır. Aktaran, KILIÇOĞLU, Ahmet « Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi ? », Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:1983, S :1, s.292

dışında ortaya çıkan eksilmeyi gidermektir. Maddi tazminata konu olabilecek zararlara örnek olarak ; çalışma ve kazanma gücünde kayıp, tedavi giderleri, işten geri kalma,²⁹⁶ mesleğinde ilerleyememe,²⁹⁷ üretim giderleri, tohum ve atım-ekim giderleri,²⁹⁸ hapiste haksız geçen sürede çalışılmamış olma,²⁹⁹ araç kazasında onarım giderleri, onarım süresince elde edilmeyen kazanç,³⁰⁰ bedeni sakatlık yüzünden pasif göreve alınan makinistin munzam gelir kaybına uğraması³⁰¹ gibi, durumlar verilebilir.

Bu giderimin yolu olan tazmin şekli aynen tazmin yada nakden tazmin şeklinde olabilir. Aynen tazmin tazminatın en ideal şekli olmakla beraber, bu tazmin şekli bazı hallerde, (örneğin desteğin ölümü veya beden bütünlüğünün bozulması gibi) mümkün değil yada çok güçtür. Bu gibi hallerde nakden tazmin yolunun tercih edilmesi gerekir. Nakden tazmin ise sermaye veya irad şeklinde tazmin olabilir. Bunu takdir etme yetkisi hakime aittir.³⁰²

Manevi zararı maddi zarardan ayıran nokta, manevi zararın sonradan gelecek sakıncalar, yol açtığı durumlar olabilmesidir.

Uzun zamandan beri yargı yerleri, manevi zararların tazminini de kabul etmektedir.³⁰³

Duygulara verilen zarardır ve bu zararda sevgi duygusu önemlidir. İdarenin faaliyetleri nedeniyle sevilen bir varlığın ölmesi, bedensel

²⁹⁶ D.12.D.'nin 27.6.1968 gün ve K.1471 sayılı kararı, ESİN, age .,s.34

²⁹⁷ D.12.D.'nin 15.5.1968 gün ve K.1139 sayılı kararı, ESİN,age.,s.72

²⁹⁸ D.12.D.'nin 22.5.1968 gün ve K.1196 sayılı kararı, ESİN, age.,s.82

²⁹⁹ D.12.D.'nin 20.10.1971 gün ve K.2298 sayılı kararı, ESİN, age.,s.74

³⁰⁰ D.12.D.'nin 19.4.1972 gün ve K.1150 sayılı kararı, ESİN, age.,s.127

³⁰¹ D.12.D.'nin 22.12.1970 tarih ve K.2493 sayılı kararı, ESİN , age.,s.151

³⁰² EREN, Fikret « Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli », Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHF Yayınları, No/303 , Ankara 1972, s.167

³⁰³ HOSNY, « Le préjudice moral » thèse Paris 1953 ; MORANGE, « Le pretium affectionis ;un piége pour le juge administratif », D.1979,chron.,s.173

bütünlüğün bozulması, kişinin duyduğu acı, ızdırap manevi zarardır.³⁰⁴ Manevi zarara örnek olarak ; vücut bütünlüğü, sağlık, isim, şeref, haysiyet, özel yaşam, sır yaşamına yönelik saldırılar verilebilir.³⁰⁵

Ancak, tam olarak manevi olmayan zararlar, malın elinden alınması nedeniyle uğranılan zarar, karışıklık, hukuksal düzen alanında düzensizlik yaratılması,³⁰⁶ sonucu oluşan zararlar örnek verilebilir.

Gerçekten sık sık yargı tarafından aynı nitelikte olarak tazmin borcunun minimum ve belirli alanlarla sınırlı tutulduğu görülmektedir.³⁰⁷ Bu, idarenin sorumluluğunun benzer şekilde normal zararı doğurmasını önlemeye yöneliktir.

Yargı tarafından maddi zararın tazmini uzun zamandan beri kabul edilmesine karşılık, manevi zarar kabul edilmemiş ve özel hukuktan ayrı kabul edilmiştir. Manevi acı yada şefkat, sevgi zararı, sevdiğini kaybetme durumuna özgülenmiştir.

Yargının takdir ettiği ilke "bu gözyaşları para ile ödenemez" düşüncesidir.³⁰⁸ Gerçekten bu tanımlar da katlanabilir acı olma koşulu, idari yargı tarafından tazmin için belirtilmiş bir materyaldir. Fransız Danıştay'ı tarafından sonunda tam ve basit olarak acı zararının tazmini kabul edilmiştir.³⁰⁹ Ölüme yol açan kazadan doğan zarar, üzüntü zararının yol açtığı zarar idarenin sorumluluğunu gerektirmekte ve idarenin bu zararı şikayet halinde hak sahiplerine ödemesi gerektiği kabul edilmektedir.³¹⁰

³⁰⁴ CANDAN, age., s.64

³⁰⁵ KILIÇOĞLU, agm., s.289

³⁰⁶ CE.7.3.1934, Abbé Belloncle, Rec., s.309

³⁰⁷ CE.18.4.1947, Lemaigre-Dubreuil, Rec., s.149

³⁰⁸ CE.29.10.1954, Bondurand, D.1954,767, concl.Fougère et note de Laubadère

³⁰⁹ CE.24.11.1961, Letisserand, D.1962,34, concl.Heumann, note Waline, R.D.P.1962,330, ;G.ISSAAC, « Après l'arrêt Letisserand : dix années de réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat », Mél.Couzinet, s.387

³¹⁰ G.GEST, « Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique » R.D.P.1981, s.1645

Aynı değer, yargı tarafından uzun zamandır ciddi ve sıkı bir şekilde korunmaktadır. Çünkü, zorunlu tazmin zararın nitelikleri dışında kamu onurunu incitmesi ve yasayı ihlal etmesi durumunu gerekli kılmaktadır.³¹¹

Fransız Danıştay'ı, mağdurun hak sahibi olmayan kişiye yaşaması için harcadığı masrafları³¹² hesaptan indirmeyi reddetmektedir. Diğer yandan nikahsız eşin mağdur olması halinde bu kişinin uğradığı zararın tazmini talebini uzun süre kabul etmemekteydi.³¹³

Zaman içinde bu yargı değişikliğe uğramıştır. Fransız Danıştay'ı, bu uygulamadan vazgeçmiştir.³¹⁴ Bugün her iki durumu da kabul etmektedir.³¹⁵ Bu son karardan önce, Fransız Danıştay'ı yasa dışı nikahsız eşin (babanın) ölümü halinde çocuğunun uğradığı zararın tazmin hakkını vermekte iken, çocuğun annesine bu hakkı vermemekteydi.³¹⁶

Nikahsız eşin zararının tazmin edilmesi fikri yargı tarafından ; yasa dışı durumlar yargı tarafından korunamaz idesine dayanmaktaydı. Türk Danıştay'ının konuya ilişkin kararında; öncelikle vefat eden kişinin dini nikaha dayalı beraberliğini hukuken geçerli yada hukuken korunması gerekli evlilik olarak kabul etmenin mümkün olmadığını belirttiikten sonra, dini nikahlı eşe, birlikte olduğu kişinin güvenlik güçlerinin açtığı ateş sonucu ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü karşılığı maddi ve manevi tazminat ödenmesini kabul etmiştir.³¹⁷

³¹¹ CE.11.5.1928 tarihli Dlle Rucheton, S.1928,3,97, note Hauriou

³¹² CE.5.12.1947, Goussard

³¹³ CE.21.10.1955, Dame Braud, D.1956,136,concl.Guionin , note Morange

³¹⁴ CE.28.6.1951, Beranger, 473,concl.Agid ; CE.25.2.1952, Simon, D.1952, 549, note Morange

³¹⁵ CE.3.3.1978, Dame Muesser, A.J.D.A.1978,210,chron.juris.Mme.Nauwelaers et O.Dutheillet de Lamothe

³¹⁶ CE.18.11.1960, Savelli, R.D.P.1961,1068 ,note Waline

³¹⁷ Kararın azlık oyunda ; yargının görevinin fiili durumu değil, hukuki durumu tesbit olduğu belirtilmekte ve yasal evlilik bağı olmayan davacıya tazminat verilmesinin hukuka aykırı olduğu vurgulanmaktadır. DİDDGK'nun 17.10.1997 gün ve E :1995/79 K :1997/479 sayılı kararı, D.D.,Yıl :28, 1998, Sayı :95 , s.75

Bu zararlardan tazmini kabul edilebilir nitelikte olan şunlardır; estetik zararlar,³¹⁸ ün, şan üzerindeki zararlar, halka mal olmuş kişilerin fiziki acı³¹⁹ ya da ölümü halinde yakınlarının duyduğu acı gibi.³²⁰ Manevi tazminat; şöhrete zarar verme, kendisinin maddi, fiziki üzüntü ya da yakınlarının birisinin ölümü halinde ıstırabının giderilmesi için istenen miktardır.³²¹

Manevi zararın kanıtlanması olanaksız olduğundan, adli mahkemeler davacıları kanıtlama zorunluluğundan başışık tutmaktadırlar.³²² Manevi tazminatın takdirinde belirli ölçüler gözetilmektedir. İdari işlem veya eylemin haksızlık derecesi, davacılar da yarattığı ıstırabın yoğunluğu ve sürekliliği, idarenin tutumunun davacıyı ve sosyal çevresini etkileme derecesi, kişilik haklarına tecavüz halinde kişinin sosyal durumu³²³ dikkate alınması gereken önemli hususlardır .

Tüzel kişilerin yapıları gereği, ruhsal yaşamları ve bunda sarsıntı, çöküntü, acı, elem ve ıstırap olmayacağı görüşü ile manevi zarar istemeleri yargı yerlerince kabul edilmemektedir. Buna gerekçe olarak ise ; tüzel kişilerin Medeni Kanunun ehliyet hükmü gereğince, insanlara has olanlar haklardan yararlanamayacağı gösterilmektedir.³²⁴

g. Tazmin Edilemeyen Zararlar

Kesin, belirgin olmayan zararlar doğal olarak, genel ilkelerden ayrı bir rolde tazmine elverişli değildir.

Nihayet tazmin edilmeyen zararlar, nedeni bilinmeyen davacı

³¹⁸ CE.7.4.1944, Michellit, 113 ; 6.1.1950, Nataf, 10

³¹⁹ CE.20.11.1931, Frantz, 1018 ; CE.3.4.1936, Sudre, D.1936,3,57, note Waline ; CE.8.12.1948, Brusteau, R.D.P. 1949, 226, concl.Chardeau ; CE.21.5.1953 , Bernaud, R.D.P.1953,1083 ; CE.28.3.1969, Dumont, A.J.D.A. 1970.121, note Moreau

³²⁰ CE.28.1.1971,Assoc.Jeunesse et Reconstruction, A.J.D.A.1971chron.jurisp.Labetoulle et Cabanes,s.279

³²¹ WALİNE « *Traite de Droite Administratif* », Paris 1963, s.820

³²² CANDAN, age.,s.65

³²³ YENİCE-ESİN, age.,s.224

³²⁴ KILIÇOĞLU,agm.,s.294

tarafından nedeni ortaya konmayan, rastlantıya bağlı zararlar tazmin borcunu doğurmaz.³²⁵

İdarenin bir fiil ve davranışı olmakla beraber, bir zarar yoksa veya davacı tarafından zarar kanıtlanamıyorsa idarenin tazmin borcu doğmaz.³²⁶

Zararda bulunması gereken unsurlardan birisi, kesin bir şekilde belirgin olması, gerçekleşmesi yada gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılması gerekir. Tahmine dayalı olan, gerçekleşip; gerçekleşmeyeceği belirgin olmayan zararlar yargı açısından bir anlam taşımaz. Doğmamış veya gerçekleşme ihtimali olmayan zararlar tazminat talebine konu edilecek nitelikte değildir.³²⁷ İhtimali nitelikte olan zararın gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi kesin zarar olarak kabul edilemeyeceği için³²⁸ zararın mutlak ve kesin olarak hesabının mümkün olması gerekir.³²⁹

İdari tasarrufun uzantısı olarak meydana gelen, olay anında tamamen idarenin tasarrufunun yol açmadığı zararların tazmini istenilemez. Örneğin ; Danıştay göreve son verme işleminin iptali halinde terfiden ötürü alması gereken artış miktarının tazminine yönelik talepleri, göreve devam etseydi terfi edeceği kesin olmadığı gerekçesi ile reddetmektedir.³³⁰

İleride doğacağı kesin olarak bilinen ve mutlaka para ile ölçülebilir nitelikte olan zararlar tazmin borcu kapsamına girer. Bu durumda

³²⁵ CHAPUS,Rene "Droit Administratif General",Tome I, 6.éd.,Paris 1993, L.G.D.J.. s.1227 ; CE.19.2.1988, Sté Robotel ,concl.Massot, D.1988,s.365

³²⁶ YENİCE-ESİN, age.,s.99

³²⁷ ONAR, age.,s.1716

³²⁸ D.11.D.'nin 5.2.1976 gün ve K.428 sayılı kararı, D.D., Yıl:19, S:24-25, s.511

³²⁹ D.D.D.G.K.'nun 16.6.1972 gün ve 646 sayılı kararı, AİD., S :5/4 ,s.201

³³⁰ D.D.D.G.K.'nun 8.5.1970 gün ve K.316 sayılı kararı, ESİN, age.,s.428 ; GÜRAN, Sait « Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması », Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III.Sempozyumu, İHF.Yayınları No:662, İstanbul, 1980, s.156

muhtemel değil, gerçek bir zararın varlığından söz edilmektedir.³³¹

Zarardan dolayı tazminat isteyen kişi ile zarar arasında yasal bir ilişkinin olması gerekir. Yani başkasına ait olan veya mal varlığı dışı hakları içeren zararlardan dolayı tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla zararının giderilmesini isteyen kişinin hukukça korunması gereken bir hak veya çıkara sahip olması gerekir.

Para ile ölçülebilir zararların dışında kalan, malvarlığı dışı haklara, şeref ve haysiyete, yakınlarına, vücut tamlığına yapılan saldırılar dolayısıyla duyulan acı ve ıstıraplar; uzun süre “*gözyaşı para ile ölçülemez*” düşüncesi ile tazmin edilmediği yada sembolik bazı rakamlara hükmedildiği Fransız yargı uygulamalarına karşın; Türk Danıştay’ının bu konuda daha hoşgörülü bir yaklaşım sergilediği görülmüştür.³³²

Tazmini istenilen zararın özel ve olağandışı bir zarar olması gerekir. Birey-devlet ilişkilerini düzenleyen bu sahanın özelliği ve idarenin sunduğu edimlerden yararlanmanın kaçınılmaz sonucu olarak zararın özel olması, belli kişileri etkilemesi gerekir.³³³

Zararı yaratan işlem ve eylemin idare adına yada doğrudan idarenin kendisi tarafından yapılmış olması gerekir.³³⁴

Kısacası; idarenin kusurlu fiil veya davranışına karşın ortada bir zarar yoksa, zarar davacı tarafından kanıtlanmamış ise veya zarardaki belirginlik unsuru, belirli kişi veya sınırlı kişilere yönelik olma unsurundan yoksun ise, idarenin sorumluluğundan söz etmek olası değildir.

³³¹ ONAR, age.,s.1716

³³² YENİCE-ESİN, age.,s.108

³³³ ONAR, age.,s.1718

³³⁴ GÖZÜBÜYÜK, age.,s.255

2. ZARARLI SONUÇ İLE İDARİ FAALİYET ARASINDA NEDENSELLİK BAĞININ KURULMASI VE BUNU ORTADAN KALDIRAN NEDENLER

Buradaki tartışmada, mağdur tarafından kanıtların nasıl temin edileceği ve bundan muafiyet nedenleri belirtilecektir. Fakat, kusur sisteminin kusur karinesine dayandığını hemen belirtmek gerekir. Dolayısıyla zararlı olan davranışlar ve faaliyetlerin neler olduğu ve nasıl zarar verildiğini kanıtlamak daha kolaydır. Bu tanımlama idare hukukuna özgü değildir. Tanımlamanın yeri, muafiyet sebepleri teorisinde, kendine özgü nitelikleri bulunmaktadır :

Örneğin; mücbir sebep , hizmete yabancı ve önceden sezilemeyen (*imprévisible*) ve karşı konulamayan (*irrésistibles*), dayanılmayan olaylardır. Bütün sorumluluk sistemlerinde uygulanır, kişisel kusuru gibi.³³⁵

Kamu görevlisinin şahsi kusuru yada hizmete yabancı sebepler³³⁶ arasında sayılır. Sebebin ortaya çıkışının neden kaynaklandığını tespit etmenin ve nedeni bilmenin olası olmadığı durumlarda, kusur sorumluluğunda yer alan kusur karinesi çürütülebilir. Kusursuz sorumlulukta durum farklıdır. Bu sebeplerin bazıları risk sorumluluğunda varlığını sürdürmeyi bırakmıştır. Şimdi bu durumları tek tek ele alarak inceleyeceğiz:

a. Nedensellik Bağı

Latince « *conditio sine qua non* » (onsuz olmayacak ölçüde gerekli olan durum, koşul olay) olarak ifade edilen nedensellik bağı, aralarında neden-sonuç ilişkisi olan iki olaydan birincisi, ikincisinin şartıdır.³³⁷

³³⁵ J.LAMARQUE - F.MODERNE, « L'affaire de Malpasset Devant la Justice Administrative » A.J.D.A. 1972, s.316

³³⁶ notes Haurio,S.1912,3, s.161; BENOIT, « Le cas Forfuit dans la Jurisprudence Administrative » , J.C.P., 1956, I, s.1328

³³⁷ ÇELEBİCAN,Özcan "Roma Hukuku, Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Şahsın Hukuku, Hakların Korunması", 6.Baskı, Ankara 1997., s.283

Hukukta ise, gerçekleşen zararlar sorumluluğu doğuran olay yada davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir.³³⁸

Felsefi düşünürlere göre hiç bir olay sebepsiz değildir, her olayın mutlaka bir sebebi vardır. Hiçbir olay tek başına kendiliğinden meydana gelmez ve her olayın sorumlusu başka bir olay vardır. Nedensellik ilkesi olarak adlandırılan bu durumu bazı düşünürlere gerekircilik (determinizm) ilkesi olarak açıklamışlardır.³³⁹ Nedensellik bağının temelinde, objektif ve evrensel olarak her türlü olayın zorunlu sebep-sonuç ilişkisi olduğu, kısacası evrendeki olayların tamamı yada bir kısmının kendilerinden önce mevcut olan olayların zorunlu sonucu olduğu ileri sürülmektedir.³⁴⁰ Bu açıdan olayların birbiri arkasına meydana gelmesi yetmez, olaylar arasında yakın ve sıkı bir bağlantının olması gerekir.

Tazmini istenilen zararın idari bir fiilden kaynaklanması, zararlar sorumluluğunun bağlandığı olay arasında sebep-sonuç ilişkisinin olması, borcun doğumu için zorunlu bir unsurdur.³⁴¹ Zarara yol açan fiil ve davranış, idareye yüklenemiyorsa, yani zarar idare tüzel kişiliği ile bağlantısız olarak ortaya çıkıyorsa, idarenin sorumluluğu yoluna gidilemez.

Kusur sorumluluğunda da uygulanan bu unsur; kusursuz sorumluluğu karakterize etmesi açısından önemli bir unsurdur. Kusursuz sorumlulukta kusur değil, olay ile zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisi öne çıkmaktadır. Bu nedenle bazı yazarlar tarafından kusursuz sorumluluğa "sebep sorumluluğu" dendiği de görülmektedir.³⁴²

³³⁸ EREN, Fikret « Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi », Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, AÜHFY.No :361, s.1

³³⁹ FAULQUIE, Saint Paul-RAYMOND, Jean « Dictionnaire de la Langue Philosophique », Paris 1962, s.167

³⁴⁰ GÜRİZ, Adnan « İrade Muhtariyeti », AÜFD „C :XXIV,1968 „s.200 ; YILMAZ ,Cemal « Bilim Felsefesi », İstanbul 1973, s.12

³⁴¹ EREN, "Borçlar Hukuku ,Genel Hükümler", s.51

³⁴² EREN, " Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi", s.2, dipnot :5

Nedensellik bağımlı kanıtlanma ödevi zarar gören kişiye aittir. Zarar gören kişi, uğradığı zararın idari eylemden doğduğunu, zararlı eylem arasında neden-sonuç ilişkisi olduğunu kanıtlayamazsa, idarenin tazmin sorumluluğu yolu kapanmış olur.

Danıştay; polis memuru olarak görev yapmakta iken kalp sektesinden görevi sırasında vefat eden kişinin ölüm olayında davalı idareye atfı kabil bir kusur olmadığına;³⁴³ Denizli-Pamukkale yolunun müteahhit marifetiyle yapımı sırasında davacı köye ait su yolunun müteahhidin işçileri tarafından sökülerek kerestenin odun olarak yakılmasında ifa edilen görev ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağımlı bulunmadığına³⁴⁴ karar vermiştir.

b. Mücbir Sebep

Roma Hukukunda geçen hem idare hem de özel hukuk dallarında önemli bir rol oynayan mücbir sebep kavramı, idare hukuku açısından sorumluluğu ortadan kaldırıcı bir işleve sahiptir. Zorlayıcı neden terimi ile de ifade edilen mücbir sebep, zararı idareye yüklenilebilir olmaktan çıkararak ve zararlı idari etkinlik arasındaki nedensellik bağımlı kesen etkenlerin en önemlilerindedir.³⁴⁵

Nedensellik bağımlı kesen ve dolayısıyla zarar vereni sorumluluktan kurtaran mücbir sebep ; mevcut şartlara göre azami özen gösterilse bile sonucun önlenmesine olanak bulunmayan sübjektif teori taraftarlarınca kusursuz sorumluluğa uygun bulunmadığı için eleştirilmiştir. Bu eleştirinin yöneltildiği objektif teori yanlılarına göre ; gerçekleşme tarzı ve yoğunluğu olayın normal akışından beklenmeyen, olması umulmayan bir durumu aşması halinde mücbir sebebin varlığından söz edilebilir.³⁴⁶

Mücbir sebep ; yer sarsıntısı, feyezan, ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibariyle

³⁴³ D.12.D.'nin 21.4.1966 gün ve E.1965/2874 K.1966/1450 sayılı kararı, ESİN, age., s.220

³⁴⁴ D.12.D.'nin 26.5.1966 gün ve E.1966/985 K.1966/1978 sayılı kararı, ESİN, age., s.221

³⁴⁵ DARCY, age. S. 127

³⁴⁶ EREN, age.,s.175

failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylar olarak yargı tarafından tanımlanmıştır.³⁴⁷

Mücbir sebep ; yıldırım düşmesi, don, yer çökmesi, aşırı fırtına, kavga, deprem gibi doğal olaylar olabileceği gibi ihtilal, isyan, sosyal, politik amaçlı grev, ilhak ve ihraç yasakları gibi insana bağlı olaylarla da olabilir. Yargı yerleri tarafından mücbir sebep; yer sarsıntısı, hezeyan, ihtilal gibi önceden kestirilmesi, sezilmesi mümkün olmayan, kökeni doğal, sosyal veya hukuki olan ve failin dışında kalan durumlar³⁴⁸ olarak nitelendirilmiştir.

Özellikle idarenin sorumluluğu alanın giderek genişlemesi nedeniyle, mücbir sebep her olaya göre değerlendirilmesi gereken nispi bir kavramdır.³⁴⁹

Türk idare hukuku uygulamasında pozitif düzenlemesini, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53.maddesinden alan³⁵⁰ mücbir sebep; kusurdan uzak sezilemeyen, karşı konulamayan gerçek bir olay olarak nitelendirilmektedir.³⁵¹

Mücbir sebebin varlığı halinde idarenin hem kusura dayanan hem da kusursuz sorumluluğa dayalı olarak sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmektedir.³⁵²

Mücbir sebebin ayrılmaz unsurlarından birisi, failin bu durumu engelleme olanağının olmayışıdır. Olayın failin dışında kalması, mücbir

³⁴⁷ D.12.D.'nin 18.6.1975 gün ve E.1972/2721 K.1975/1343 sayılı kararı, AİD.,C.8,S.3, s.213

³⁴⁸ D.12.D.'nin E:1972/2721 K:1973/1343 sayılı kararı bkz. AİD.,1975,C.VII,S.3,s.213

³⁴⁹ Mücbir sebebin nisbiliği kavramı için bkz.TANDOĞAN, Haluk « Cours sur la Partie Générale du Droit des Obligations » II.Partie, Section A, Responsabilité Civile, Geneve 1971,s.79. ; aktaran EREN, age.,s.178

³⁵⁰ Eski 521 sayılı Danıştay Kanununun 96/A.maddesinde zorlayıcı sebep olarak ifade edilmiştir.

³⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Seref, "Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller" 3.Basım; Ankara 1977; s.85

³⁵² GÖZÜBÜYÜK- DİNÇER, a.g.e., s.129

sebebin dışsallık (exteriorité) unsurunu; öngörülemezlik, önlenemezlik ise ayırıcı unsurunu meydana getirmektedir.³⁵³

Öngörülemezlik; olayın meydana geleceğinin tahmin edilememesini ve böyle bir olay akla gelse bile bu olayın sonuçlarının önceden kestirilemeyecek nitelikte olmasını, o güne kadar hiç bilinmeyen, olmamış bir olayı³⁵⁴ ifade eder. Daha önceden görülmüş ve bilinen genel nitelikteki olaylardan hangilerinin bu kapsamda değerlendirileceği tartışma konusudur. Yayla, ortaya çıkış zamanları ve yerleri , yoğunlukları itibariyle bu olayların mücbir sebep sayılıp sayılmayacağına karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁵⁵ Sık sık karşılaşılan olaylar³⁵⁶ olması yada olayın daha önce ortaya çıkışından yola çıkarak olayın yer ve zamanın belirlenebilir oluşu,³⁵⁷ öteden beri yaşanan doğal olaylara göre olayın yoğunluk ve süresinin önemi,³⁵⁸ olayın kökeninde olayı yaratan koşulların meydana gelmesinde idarenin eyleminin olması mücbir sebebin tespitinde gözetilmesi gereken unsurlardır. Conseil d'Etat daha önceden gerçekleşmiş ve tekrar eden olayları sel baskını gibi, mücbir sebep olarak kabul etmemektedir.³⁵⁹

Öngörülemeyen ve önceden alınabilecek tedbirlerle gerçekleşmesi engellenemeyen olaylardan bir zarar meydana gelmiş ise, idare ne kusur

³⁵³ YAYLA, Yıldızhan "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir," Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III.Sempozyumu, Ankara 1979 s.49

³⁵⁴ OYTAN,Muammer, « Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler », T.C.Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Bilgi Serisi : 4, Ankara 1999, s.11

³⁵⁵ YAYLA,agm.,s.50

³⁵⁶ Conseil d'Etat'aya göre ;yapıldığı tarihten sonra kaya düşmesi sebebiyle pek çok kazaya sahne olan bir yol üzerindeki benzeri olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmemektedir. (CE.6.7.1973 ,Rec., s.482)

³⁵⁷ Belirli ay ve mevsimlerde tekrarlanan olaylar.

³⁵⁸ Meydana gelen su basmasının kökeninde şiddetli yağmurların bulunduğunu,bu yağmurların süre ve yoğunlukları nedeniyle mücbir sebep olarak nitelendirilmesi gerektiği(CE.28.6.1963, Calkus, Rec.,s. 313)

³⁵⁹ C.E., 4 4.1962, Ministre des Taravux, Leb.S.245

nede kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu tutulabilir.³⁶⁰ Önlenemezlik unsurunun varlığını tespit açısından bazı hususların dikkate alınması gerekir. Örneğin; idare, faaliyet yerini, kuracağı tesislerin yerini saptarken doğal olayların varlığını dikkate almamış ise,³⁶¹ idari faaliyetin gerektirdiği uyarı ve ikazları içeren düzenlemeleri yapmamış ise, günün teknolojik ilerlemesi ve olanaklarına karşın idare gerekli etkin tesis, araç ve gereçler kullanılmaktan kaçınmış ise³⁶² mücbir sebepten değil, idarenin kusurundan söz etmek gerekir.

Öngöremezlik unsuru olayda olmakla birlikte kamu idaresi tarafından önlenmesi için alınması gereken tedbirlere eksiklik var ise; mücbir sebebe sığınmak olasılığı bulunmamaktadır.³⁶³

Mücbir sebepte olayın failin dışında kalması gerekir. Bu ögenin belirleyici yani şu noktada kendini gösterecektir; kaza ve benzeri umulmayan hallerin varlığı halinde, zarara yol açan olaydan sorumluluğu tartışılan hukuk sujesi kusuru olmasa bile, kusursuz sorumluluk kuralına göre sorumlu olacaktır. Mücbir sebebin varlığı ise, kusursuz sorumluluğun uygulanmasına engeldir.³⁶⁴

Ağacı deviren kasırga, nehrin taşmasına yol açan olağanüstü yağmurlar, bir binayı yıkan deprem, iş yapma olanağını ortadan kaldıran bir salgın hastalık,³⁶⁵ kavakların çatlama ve sararmasına sebep olan ve o yıl çok esen sam yeli³⁶⁶ gibi olaylar örnek verilebilir.

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, idarenin kusurlu sayılan davranışlarının varlığı halinde yada kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama koşullarının varlığı halinde sırf mücbir sebebin arkasına

³⁶⁰ ESİN, age. s.238; DÜREN, age., s.332; ONAR, age., s.1720

³⁶¹ D.12.D.'nin 31.1.1968 gün ve E.1965/44 K.1968/2009 sayılı kararı, ESİN, age., s.243

³⁶² D.12.D.'nin 6.4.1971 gün ve E.1967/2437 K.1971/876 sayılı kararı, ESİN, age., s.240

³⁶³ OYTAN, a.g.e., s.12

³⁶⁴ YAYLA, a gm., s.48

³⁶⁵ THERY, Jacques « Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz », 1971, s.329 ; aktaran YAYLA, agm., s.48

³⁶⁶ Aktaran, YAYLA, agm., s.48

sığınarak sorumluluktan kurtulanamayacaktır. Mücbir sebebin varlığı halinde ise, idarenin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Örneğin; mücbir sebep niteliğinde olan depremden doğan bireysel ve olağanüstü zararlarda idarenin kusur sorumluluğunun varlığından bahsedilemeyecektir. Bu durumda idarenin kusursuz sorumluluğu olabilir.³⁶⁷ Ancak, günün gelişen teknolojileri karşısında mücbir sebeplerin veya onları hazırlayan ortamın yok edilmesi veya etkilerinin en aza indirgenmesi olası olduğundan mücbir sebep sayılan hallerin sayısı gittikçe azalma gösterecektir. Kusursuz sorumluluk hallerinin gelişmesi, sosyal risk ilkesi gibi nedensellik bağı olmayan sorumluluk hallerinin doğal olarak sorumluluk sebeplerini gelişmesi ve mücbir sebep sorumsuzluğunun daralmasını zorlayacaktır.³⁶⁸

Nitekim, yeni gelişen teknolojik buluşlarla birlikte doğa hareketleri nedeniyle, mücbir sebep kavramına idarenin sığınarak sorumluluktan kurtulmasının mümkün olamayacağı fikri yaygınlaşmaktadır.³⁶⁹

Çığ düşmesi sonucu ölüm olayı ile ilgili olarak AYİM. tarafından verilen bir kararda "idarenin yükselen standartları" üzerinde durulmuştur:

"...Mahkememizin yerleşmiş kararları ile idarenin yükselen standartları gözetilerek, mücbir sebep teşkil eden doğa olaylarının varlığına rağmen idarenin sorumluluğu yoluna gidilmektedir...Olayın cereyan ettiği anda müteveffanın operasyonda görevi iken ölmesinin idarenin sorumluluğu için yeterli bir neden oluşturacağından, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Müteveffanın görevli olduğu esnada bir doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde, her halükarda askeri görevin sebep ve tesiri bulunmakta, bunun doğal sonucu olarak da idarenin sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı

³⁶⁷ KUTLU, Meltem « Deprem ve İdarenin Sorumluluğu » AİD, Aralık 1999, S :34, s.19

³⁶⁸ DUBAİS, J.P. « Responsabilité d'administrative », Paris1996, s.43

³⁶⁹ KUTLU, Meltem, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", AİD., Aralık 1999, 34. Sayı, s. 19

mevcut olmakla beraber öğretilerde bu yönde gelişen görüşler ve Mahkememizin evvelki istikrarlı kararları gözetilerek ve idarenin yükselen standartları da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk esasına göre davalı idarece karşılanması sonucuna varılmıştır...³⁷⁰ Gerçekten teknolojideki ilerlemeler, idareyi hizmetlerinde daha hassas davranmaya yöneltmelidir.

Örneğin; ülkemizin yaşadığı deprem felaketinin bizlere öğrettiği yaşadığımız deprem endişesi göz önüne alınacak olursa bu konu yargı yerlerini oldukça uğraştıracak bir konudur.

Planların yapılmaması, yapılan planlamaya uyulmaması, Deprem Yönetmeliğinin gereklerinin göz önünde tutulmaması, denetimlerin yapılmaması, yapı ruhsatlarının aykırı verilmesi, yaptırımların uygulamasından vazgeçilmesi sorumluluk hukukunda nedensellik bağına kıran depremi mücbir sebep olarak kabul etmeyi engellemektedir.³⁷¹

Mücbir sebep nedenin zaman içindeki gelişmeler ve teknoloji sonucu değişmesi deprem gibi riskleri "atipik riziko" olmaktan çıkarmıştır.³⁷² Zira, meteorolojik ve teknolojik vs. raporlarla risk ortaya konmakta, ancak tedbirlerin alınmaması nedeniyle zararın oluşumu engellenememektedir.

Mücbir sebep yoluyla kamu gücünün sorumluluğunun gittikçe sınırlandırılmasının yerini günümüzdeki teknolojik gelişmeler sayesinde "öngöremezlik" ve "önlenemezlik" ölçülerinin daraltılmasına bırakmalıdır. Burada Fransız Danıştay'ının uyguladığı ve Türk Danıştay'ı tarafından da kabul edilen daha önce hiç böyle bir olayın yaşanmamış olmasının ve olayın özelliğine bunun uygunluğunun mücbir sebep kriteri olarak kabul edilmesine şimdilik bir sakınca

³⁷⁰ AYİM.2.D.'nin 29.11.1996 gün ve E.1995/127 K.1996/1119,AYİMD.,S.12,K.No:310,s.973

³⁷¹ AZRAK, Ali Ülkü, « Deprem ve İdarenin Sorumluluğu », Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları 2000, s.56, 51, 52

³⁷² SEROZAN, Rona, « Depremzedelerin Tazmin İstemleri », Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s.59

görmemekteyiz. Özellikle kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği hallerde, mücbir sebebe dayanarak kamu gücünün sorumsuzluğu yoluna gitmek geçtiğimiz yüzyılda kalması gereken bir durumdur.

Bu gibi gelişmeler deprem gibi mücbir sebeplerin varlığı halinde kusur, kusursuz sorumluluk ilkeleri yanında “*kolektif kusur*”, “*toplumsal sorumluluk*” gibi yeni ilkelerin arayışına itmektedir.³⁷³ Yukarıda aktardığımız AYİM. kararında yer alan “*idarenin yükselen standardı*” deyimini, idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi arkasına saklanmayıp standartlarını yükseltmesini sağlama zorunluluğuna götürecektir.³⁷⁴ Gerçekten bu deyim, modern idare hukuku alanında kusur veya kusursuz sorumluluğu açıklayan hallerde, mücbir sebebi aşmaya yönelik bir içeriğe sahiptir.

c. Umulmayan (Beklenmeyen) Haller

Mücbir sebepten farklı olan umulmayan haller; kaza veya tesadüfü olay olarak adlandırılmakta ve her zaman için idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracı bir unsur olmaması ile mücbir sebepten ayrılmaktadır.³⁷⁵

Mücbir sebep ile umulmayan hal arasındaki diğer farklılıklar ise; mücbir sebepte olayın kökeni failin dışında kalmasına karşılık, umulmayan halde, sorumluluğu tartışılan kişi olayın içindedir. Umulmayan halde idarenin sorumluluğu her zaman için ortadan kalkmaz, fiilin faile atfı mümkün olduğu için tazminat borcu doğacaktır.³⁷⁶ Mücbir sebebin varlığı halinde idarenin sorumluluğu yoluna gitmek olanağı olmadığı halde, beklenmeyen halin olması idarenin sorumluluğuna hükmetmeye engel değildir. Bu yönüyle

³⁷³ Bu ilkeler için bkz. ÖZKAN, Oğuz « *İdari Yargı Uygulamalarında Doğal Afetler* », Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları 2000, s.167

³⁷⁴ GÜLAN, Aydın, « *Deprem ve Hukuk* », İstanbul Barosu Yayınları 2000, s.192

³⁷⁵ ONAR, age., s.1819

³⁷⁶ YAYLA, agm., s.48

beklenmeyen hal, mücbir sebepten ayrılmaktadır.

Öngörülemeyen, ancak önlenebilir nitelikte olan, ani, umulmayan, o anda bilinmeyen umulmayan haller idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadırlar.³⁷⁷ Ancak, idarenin kusur sorumluluğunun sözü konusu olduğu hallerde, beklenmeyen durum kusur ögesini ortadan kaldırmakta ve bu nedenle idarenin kusura dayalı sorumluluğu yoluna gidilememektedir.³⁷⁸ Aynı şekilde umulmayan halin varlığı hali, idarenin kusursuz sorumluluğa hükmetmeye engel değildir.

d.Üçüncü Kişinin Eylemi Sonucu Zararın Meydana Gelmiş Olması

Kusur karinesini ortadan kaldıran bir muafiyet nedenidir.³⁷⁹ Ancak, bu durum risk sorumluluğu için geçerli değildir.³⁸⁰

Üçüncü kişinin kusuru, faaliyeti sonucu verilen zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran neden olarak yargı tarafından kabul edilmemekle birlikte, yasaların olanak verdiği sorumsuzluktan faydalanmak, örneğin; kamu personeli tarafından sorumluluğunun açıklandığı durumlarda (rücu işleminin idarece tesisi üzerine) idarenin sorumluluğu yoluna gitmek olası değildir.³⁸¹

İdarenin tazmin borcunun doğabilmesi için zararı doğuran fiil veya davranışın idare tüzel kişileri veya bunlara bağlı kişiler tarafından yapılmış olması gerekir. İdare tüzel kişisi dışında yer alan bir organ, yabancı bir organ, milletlerarası kuruluşlar tarafından yapılan faaliyetler

³⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK, age.,s.256; ONAR, age.,s.1720

³⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK- DİNÇER, "İdari Yargılama Usulü", Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s.130

³⁷⁹ CE.16.3.1951,Vve Pintal ; CE.29.7.1953, Epoux Glasner, D.1954,405, note F.M.

³⁸⁰ CE.12.1.1934,Sté.Forces Motrices du Haut Rhin,S.1934,3, s.81 .; Y.BRARD, « A Propos de le Notion de Fait du Tiers », J.C.P.1980, I, s ;2976

³⁸¹ P.SEGUR, « Le Cas Fortuit en Droit Administratif », A.J.D.A.1994,s.171 ; J.F.COUZINET, « Cas de Force Majeure et cas Fortuit :Causes d'exonération de la responsabilité Administrative », R.D.P.1993, s.1385

sonucu meydana gelen zararlardan idare sorumlu tutulamaz.³⁸²

İdare ile hiçbir şekilde bağ ve hukuki ilgisi, ilişkisi olmayan bireylerin, sebep oldukları zararlardan dolayı idareyi sorumlu tutmak mümkün değildir.

Seçim yolu ile gelen kamu görevlileri, idarenin diğer ajanları, fiili ajanları tarafından fiil meydana getirilmiş ise; idareye yüklenebilir sorumluluk hali var demektir. Bunun dışında üçüncü kişinin eylem veya müdahalesinin yarattığı zarardan idarenin sorumsuzluğu her zaman kesin değildir. İdarenin gözetim ve denetimi altında ve idari kurallara göre iş gören kişilerin (müteahhit, imtiyaz sahibi gibi) ayrık tutulması gerekir. Yargı uygulaması, bu kişilerin idare adına yürüttükleri işlerden doğan zararları idare tüzel kişiliğine tazmin ettirilmesi yönündedir. Ancak, bunlarla idare arasında yer alan sözleşmeyi yani hukuki ilişkiyi aşan zararlar, idareyi değil, bunların kendisini sorumlu kılar.

İdare ile hiçbir hukuki ilişkisi, bağlantısı bulunmayan üçüncü kişinin hizmete yabancı fiilinin, idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemeyeceği, yani ortadan kaldırmayacağını ileri süren görüşe göre; üçüncü kişinin kusurunun etki ve derecesine göre, bu durum hizmet kusurundan tamamen ayrılır, yada onu azaltıcı etki gösterir.³⁸³

Zararın oluşumuna idari eylemin de katkısı olmuşsa durum değişir ve bu halde idare ile üçüncü kişinin birlikte sorumluluğu yoluna gidilir. İdare böyle bir varsayımda, zararın doğuşundaki payı oranında tazminat ödemekle yükümlü tutulacağı gibi, üçüncü kişiye sonradan rücu etme hakkı saklı olarak zararın tümünü de üstlenebilir.

Günümüzde idari sorumluluk hukukunda baş gösteren yeni gelişmeler, nedensellik bağının olmamasına karşılık idareyi sorumluluk altına sokan, "sosyal hasar" ilkesi gibi ilkelerin sonucunda, zarar üçüncü

³⁸² Bu durumun istisnası olarak idare ile fiili yapan organ arasında idarenin sorumluluğu yüklenmesine yol açacak iki taraflı bir anlaşmanın varlığı durumu belirilebilir.

³⁸³ ONAR, age., s.1721-1722; GÖZÜBÜYÜK "Yönetim...", s.201; DURAN "Türk İdaresinin...", s.80

şahsın fiilinden kaynaklansa bile kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması noktasına gelinmiş bulunmaktadır. Bu açıdan üçüncü kişinin kusurunu mutlak anlamda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmeye olanak bulunmamaktadır.

e. Zarara Uğrayanın Kusuru

Zarar tamamıyla mağdurun fiilinden kaynaklanmakta ise, idareyi bu zarardan dolayı sorumlu tutmak olası değildir.³⁸⁴ Zira bu durumda idareye yüklenebilen bir fiil ve davranışın varlığından söz edilemez.³⁸⁵ Dolayısıyla zarar görenin eylemi nedeniyle idarenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, eylemin zararlar hizmet arasındaki nedensellik bağına tümüyle kesmesi gerekmektedir.

Mağdurun kusuru idareyi sorumluluktan tümüyle kurtaran yada kısmen kurtaran bir durumdur.³⁸⁶ Bunun dışında zararlı sonucu doğuran olay tek başına mağdurun fiilinden kaynaklanmamakla birlikte, zararın meydana gelmesinde mağdurun fiilinin katkısı veya zararı arttırıcı, zararın devamını etkileyici nitelikte ise; idareye tazmin yükü yüklenen zarardan mağdurun kusuru derecesine göre indirim yapılır.

Topkapı Sarayını gezerken onarım nedeniyle kapatılan bölümün kapısındaki iki sütun arasında yer alan zincire oturup sallanan görevlilerin uyarılarına rağmen sallamaya devam eden ilgilinin, sütunun devrilmesi sonucu ayağının sakatlanması üzerine açtığı davada, zarara uğrayanın kişisel kusurundan kaynaklanan zarardan dolayı idarenin sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.³⁸⁷

³⁸⁴ DURAN, age., s.81

³⁸⁵ Yargı yerlerince verilen kararlarda da bu ifadeye yer verildiği görülmektedir: " İdarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için, o zararın bizzat o zarara uğrayanların kusurlu hareketinden doğmamış olması gerekmektedir." D.12.D.'nin E.1975/110 K.1977/1201, Yıl:8, 1978, Sayı:28-29, s.677

³⁸⁶ J.P.PAYRE, « Faute et Fait de la Victime dans le Contentieux de la Responsabilité Administrative Extracontractuelle », A.J.D.A.1980,s.398; DARCY, age., s. 129

³⁸⁷ D.10.D.'nin 2.11.1993, E :1992/3677, K :1993/4203 sayılı kararı; DD. Yıl :25, Sayı:89 1995, s.597

Teröristlerce güvenlik görevlileri arasında çatışma olduğu sırada dur uyarısına ve uyarı ateşine rağmen çatışma boyunca hareket eden kişinin açılan ateş sırasında ölümü olayında, zarar ölenin kendi kusurundan kaynaklandığı gerekçesiyle idare sorumlu tutulmamıştır.³⁸⁸ Bu örnekler de göstermektedir ki, Danıştay zarar görenin kusurunu, zarar miktarını azaltan bir unsur olarak değil, idareyi sorumluluktan kurtaran bir neden olarak görmektedir.

f. Kamu Görevlisinin Salt Kişisel Kusuru

Kamu görevlisine özgü, hizmetten ayrılabilen kişisel kusur; kamu görevlisinin görevi sırasında ve görevleriyle ilgili olarak işlemiş olduğu görevin yada hizmetin amacına, koşullarına tümüyle yabancı, aynı zamanda hukuka aykırı tutum ve davranışlarıdır.³⁸⁹ Bu durumda aslında idare adına hizmet gören kamu görevlisi olarak değil, alelade bir kişi olarak işlediği kusur olarak kabul edilmektedir.³⁹⁰ Zarara yol açan fiil, kamu görevi ile ilgili olmadığı için, Borçlar Kanununun 41.maddesine göre; kamu personelinin şahsi sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir. Bazı yazarlar tarafından ise, bu tür durumlarda uygulanacak yasa maddesinin, Borçlar Kanununun 55.maddesi olduğunu ileri sürülmektedirler.³⁹¹

Bazı durumlarda, salt kişisel kusur ile hizmet kusuru aynı anda bir arada bulunabilir. Bu olağandışı durumlarda, salt kişisel kusurun

³⁸⁸ D.10.D.'nin 30.11.1993, E :19 92/2659, K :1993-4765 sayılı kararı ; DD. Yıl :25, Sayı:89, 1995, s.601

³⁸⁹ Kişisel kusur ; « İdare ajanının kamu görevinin yerine getirilen , idare fonksiyonu, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atif ve isnad olunamayan, doğrudan doğruya ajanın şahsına isnad olunan ve kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranış » olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. SARICA, « İdari Kaza », s.384

³⁹⁰ SARICA, R."İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Sorumlu Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri", s.35

³⁹¹ TUĞSAVUL, M., "Borçlar Kanunu Yönünden Devletin Mesuliyeti", Adalet Dergisi, 1949, S.1, s.61; ÖZDEMİR, N., "Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu" Basılmamış Tez, Ankara 1983, s.39

bulunması nedeniyle idarenin sorumluluğu ortadan kalkmayabilir.³⁹²

Kişisel kusur ile hizmet kusurunu ayırmak için kullanılan ölçütleri tekrar kısaca şöyle sıralayabiliriz:

- Hizmet dışı kusur, yani ajanın hizmetle ilgili olmayan zarar verici bir tutumun varlığı
- Kasıtlı kusur, kamu görevlisinin düşmanlık, kin gibi kötü duygularla hareket etmiş olması
- Ağır kusur, zarar verme kastı olmasa bile ağır kusurun varlığı
- Suç sayılan kusur, fiil ceza hukuku anlamında suç sayılması.³⁹³

Kamu personelinin olağanüstü ihmalleri (ki bu durumda hizmet kusuru ile içice giren bir durum vardır), zarar verme kastı veya hileli davranışları, kamu personelinin müessir fiilleri, cebir ve şiddet kullanmaları, açık bir şekilde yetkilerini kötüye kullanmaları, kişisel amaçları için yetkilerini kötüye kullanmış olmaları, fiil ve davranışlarından kötü bir amaçlarının olduğunu açığa vurmaları, ceza kanunu hükümlerini ihlal edici davranışlarda bulunmaları gibi durumlar salt kişisel kusur olarak kabul edilmektedir.³⁹⁴

Jandarma tarafından gözaltına alınan kişinin işkence odasında, dövülmesi, tazyikli su sıkılması, tecavüze uğramasından bahisle, ya da zararının tazmini istemiyle yaptığı başvuru üzerine hukuki sorumluluk açısından inceleme BK.nun 41.maddesinde yer alan haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmıştır.

AIHM.'ce olayın işkence olduğuna karar verilmiş, Sözleşmenin 13.maddesinde yer alan; *"Bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatıyla hareket eden başka kişiler, kimseler tarafından işlenmiş olsa da, ulusal bir mekan önünde etkili bir*

³⁹² ESİN, age., s.56

³⁹³ VEDEL .- DELVOLVE ., age., s.474

³⁹⁴ SARICA, age.,s.402

hukuki yola başvurma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiş,³⁹⁵ Türk İdare Hukukunun devlet görevlisinin kusurunu ortaya koyma şeklinde bir hukuki şarttan muaf tutsa bile, nezarete iken kendisine işkence yapıldığını idare mahkemesi önünde kanıtlaması gerektiği, yapılan soruşturmaların davacının bu kanıt yükümlülüğü yerine getirmesinin olanaksız olduğunu gösterdiğini belirtip, Sözleşmenin 12.maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.³⁹⁶ Dolayısıyla işkence halinde kişisel kusura dayalı açılacak davada ya da kamu görevlisinin kusurundan dolayı idare aleyhine açılacak davada, öncelikle etkili bir soruşturmanın yürütülmesinin araştırılması gerekir.

Salt kişisel kusur ile hizmet kusuru arasında aslında nitelik farkı bulunmaktadır. Kamu personelinin fiil ve davranışları aynı zamanda ceza kanunu açısından suç oluşturuyorsa salt kişisel kusur; bu söz konusu değilse hizmet yada görev kusurunun³⁹⁷ varlığından söz edilebilir.³⁹⁸

Yüksek yargı organları Danıştay ve Yargıtay ise; kasıtlı olarak işlenen ve ceza kanunu anlamında suç teşkil eden fiilleri salt kişisel kusur olarak kabul ederken, taksirle işlenen suçları varlığı halinde salt kişisel kusur olarak kabul etmemektedirler.³⁹⁹

Dolayısıyla kişisel kusurun varlığı her zaman için idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemektedir.

DEĞERLENDİRME

İdarenin sorumluluğu alanında kusurun tespiti halinde sorun bulunmamaktadır. Kusurun bulunmadığı durumlarda ise; kamu

³⁹⁵AYDIN-Türkiye Davası 57 / 1996/ 676 /866 K.S.No: 23178 94, K.T.:25.9.1997, [http : // www.adalet. gov. tr/ aihm/aydin.htm](http://www.adalet.gov.tr/aihm/aydin.htm)

³⁹⁶ İnsan Hakları Kararlar Derlemesi C :3 İst.Barosu Yayınları İst.2000, s.159 vd.

³⁹⁷ Bu konuda görev kusuru ile ilgili açıklamalar bkz.

³⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesince bu ayrıma göre görevli yargı yerini belirlemeye çalışmaktadır.Bu kararlar için bkz.YENİCE-ESİN, age.,s.324

³⁹⁹ Bu konudaki kararlar için bkz. GÖZÜBÜYÜK, "Yönetmel...", s.240; ESİN,age.,s.247

yükümleri karşısında eşitlik ilkesi devreye girer. Bu sorumlulukta, yeni bilimsel ve teknolojik metodun denenmesi ile idarenin elde ettiği yarar ile mağdurun zararı arasında bir dengesizlik söz konusudur. Yani, ekonomik açıdan bir tarafın diğer taraf aleyhine fayda elde etmesi söz konusudur. İdarenin yürüttüğü kamu hizmetindeki çıkarımı, zarar görenin çıkarından üstün tutmak olası değildir. Mali olanaksızlık nedeniyle idarenin gereken tedbirleri almamış olması onu sorumluluktan kurtarmaz.

Gerek bu kararlar gerekse mücbir sebep konusunu işlerken yaptığımız açıklamalar, yeni gelişen teknolojiler karşısında idarenin sorumluluğu konusundaki genişlemeyi, mücbir sebep ve sorumsuzluk konusundaki daralmanın yargı kararlarına yansıtılmasının kaçınılmaz olduğunu göstermektedir.

Bunun yanında Türkiyenin taraf olduğu ve uygulama konusunda uluslararası yükümlülük altına girdiği AİHM.'nin kararları konuyu yönlendirecek unsurlardan birisidir. İdarenin kusursuz sorumluluğu ile ilgili uyuşmazlıkların, AİHM. önüne taşınmasını engellemek için ele alınması gereken sorunlar bulunmaktadır.

Görevli yargı yerini saptayacak kuralların belirgin olması, yargı yerlerince verilen kararlarda birlik, ülkedeki hukuk da bütünlük sağlanması, değişik usul kurallarının kolay ve anlaşılır hale getirilmesi, örneğin; işlem ve eylem için aynı tam yargı davası açma süresinin öngörülmüş olmaması, dava dışı yolların azaltılması; ön karar yolunun kaldırılması yada en azından işler hale getirilmesi ilk başta alınması gereken tedbirler olarak gözükmektedir.

Zarar gören kişinin bir yandan zararını netleştirmesi diğer yandan ise, usul yasaları ile öngörülen dava açma süresini kaçırmamaya çalışmasının yarattığı cendereye bir de yargıcın istekle bağlı olması ve daha sonra davanın genişletilmesi yada ıslah yolu ile istenilen tazminat miktarının arttırılamaması eklenmektedir. Öte yandan idari yargıda

geçerli olan re'sen araştırma ilkesinin varlığı bu çelişkiyi iyice arttırmaktadır.

İdarenin, toplum içerisindeki etkinliği dolayısıyla zarar görenlerle zarar görmeyenler arasında bozulan dengenin tekrar kurulabilmesi için, idarenin sorumluluğunun uygulama alanı geniş ve tazminat miktarı yüksek tutulmalıdır.

Özellikle idari yargıda memur hukukuna ilişkin davalarda zararın hesaplanmasının idareye bırakıldığı hallerde miktarın belirtilmesinin istenmediği durumları diğer tazminat davalarına da yaygınlaştırmak daha uygun bir çözüm olarak gözükmektedir. Miktarın tespitindeki güçlük, miktar üzerinden açılan davalarda alınan yüklü miktardaki harc ve istekle bağlı olma kuralının yarattığı olumsuzluklardan sıyrılmanın en iyi çözümü olarak bu yola gidilmesi denemelidir. İstekle bağlı olma ve miktar belirme kuralının günümüz ihtiyaçlarına göre değişmesi gerekir. İstekle bağlı olma kuralı ise, istenmeyen miktara değil de, istenmeyen kalemlere hükmetmeme şeklinde yorumlanmalıdır. Bu çözüm yolu sonradan ortaya çıkan ancak, daha önce dava dilekçesinde belirtilen kalemlerdeki miktar artışını da kapsamak suretiyle dava açma süresi yada isteği genişletme yasağı gibi usulü engeller nedeniyle hak kaybına yol açmanın önüne geçecektir.

Kamu gücünün sorumluluğunun söz konusu olmadığı dönemlerden, bugüne yani kamu gücünün nedensellik bağı kurulmadığı hallerde bile bireylerin uğradıkları zararlardan sorumlu tutulduğu döneme gelinceye kadar, geline aşamada sosyolojik, ekonomik ve teknik gelişmelerin rolü yadsınamaz. Bu alanların dinamik oluşu bu gelişmenin bitmediğinin ve yeni ortaya çıkan durumlara cevap, çözüm olmak üzere idari yargıcının idarenin sorumluluğu ilkesinin gelişmesini devam ettireceği açıktır.

İdarenin hukuku sorumluluğunun "*Lütuf ve Atıfet*" duygularıyla mağdurun zararının giderilmesini amaçlayan bir sistem olmaktan öte,⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ ÜNLÜÇAY, Mehmet "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", D.D., Yıl:28,

hukuk devleti ve sosyal devletinin geldiği bir aşama olduğu unutulmamalıdır.

Danıştay'ın idarenin sorumluluğunu, prensip olarak kusur bulunması zorunluluğuna bağladığı ve diğer taraftan kusursuz sorumluluk meselesindeki çekingenliğini muhafaza ettiği yolundaki yıllar önceki tespitin⁴⁰¹ bugün için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Gerçekten Danıştay'ın ilkeleri yerinde kullanmadığı sorumluluğa yol açan olgularda dalgalanmalar, gelgitler yaşadığı bir gerçektir. Bu nedenle bu çalışmada ortaya konan öğretinin görüş ve Fransız Danıştay'ının verdiği kararlar ışığında Türk yargısının yöntem bozukluğunu tespit etmesi, belki bu tasnifleri yeniden gözden geçirmesi ve düzeltme çabaları üzerine çözüm üretmesi gerekmektedir.

Bütün bu açıklamalara karşın hiçbir zaman için tazmin eden devlet düşüncesi, hukuka bağlı devletin alternatifi olmamalı ve kamu gücü parasını verdiği için eziyet eden bir noktaya vurdurilmamalıdır.

Teşekkür ediyorum.

Sayı:94, 1998,.s.10

⁴⁰¹ BALTA, Tahsin Bekir « Organlarının Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu », Çev.YENİCE, Kazım, D.D.,Yıl :3,Sayı :12-13, 1974, S.100 v.d.

OTURUM BAŞKANI – Efendim, Sayın Doktor Zuhal Bereket Baş'a bu kapsamlı çalışmasından, değerli açıklamalarından dolayı çok teşekkür ediyorum.

Konuşma sırası Sayın Orhan TEKİNSOY'da buyurun Efendim.

ORHAN TEKİNSOY (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi) – Teşekkür Ediyorum.

Sayın başkanlar, sayın katılımcılar, hepimizi saygıyla selamlıyorum. Sayın tebliğcinin teknik, yoğunluğu yüksek tebliğinin ardından, elbette hiçbir biçimde itirazım olmayacak saptamalar yaptığı tebliğinin ardından, aslında pek de teknik olmayan, daha doğrusu konuşurken teknik olduğu anlaşılmayan bir alandan konuya girmek istiyorum: Hukuk Devleti.

Belki de, tam yargı davalarını hukuk devleti ilkesi üzerinden konuşmak daha iyi olacak. Ben hukuk devleti konusunda bir dönem büyük sıkıntı yaşadım. Bu, yüksek lisans tezimi hazırlarken yaşadığım bir sıkıntıydı, o da şuydu: Hukuk devleti kavramı ile tüm hukuk kitaplarının giriş bölümünde, tebliğlerde, her yerde karşılaşmak mümkündü. Ancak şunun farkına vardım ki, hukuk devletinin ne olduğu ve neleri gerekli kıldığı yönünde bir berraklık yoktu.

Her yazar, öğretinin her üyesi, bazen yargıçlar, birbirlerinden farklı olarak başka başka gerekirlikleri de işin içine sokarak hukuk devletini tanımlamakta. Ben de tüm bu gerekirlikleri toparlama çalışmasına girişerek bir takım ortak özelliklere ulaştım. Çok uzatacak değilim, geleceğim nokta başka. Ancak kısaca, anayasallık, yasallık, anayasa yargısının varlığı, yasal idare ilkesi ve bu ilkenin işlerliği, idarenin denetim yollarının varlığı ve açıklığı/kısıntısızlığı, idarenin mâli sorumluluğu, hukuk devletinin varlığı için önemli gerekleri olarak karşımıza çıkmakta.

Öğretide, hukuk devletini kavratmaya çalışan hocalar, zaman dizimsel bir sıra izleyerek konuyu tersten okumayı kolay bir yöntem olarak benimsemiştir: Polis-devletten yola çıkıp hukuk devletini tanımlamak, işimizi bir miktar kolaylaştırmaktadır. Polis-devletin tanımını şöyle yapabiliyoruz: Kamunun yararı için her türlü tedbiri alabilen, dilediği uygulamayı yapabilen ancak bunları yaparken idaresi - elbette, iradesi de- hukukla bağlı olmayan devlettir...

Polis-devlet tanımının içinde kamu yararının geçiyor olması, ne yaptığımız tanım ne de polis-devlet fikrini masum kılmaktadır. Çünkü biliyoruz ki, kamu yararı başlıbaşına siyasal bir kavram. Devletin toplumsal kurguları üzerinden tanımlanabilen bir kavram. Örneğin, Nazi Almanyası'nda da bir kamu yararı tanımı bulunmaktaydı, bizde de bir kamu yararı tanımı bulunmakta. Naziler de tüm faaliyetlerini kamu yararı gereğince yürüttüler; ancak burada dikkat etmemiz gereken, kamu yararının devletin ideolojisi tarafından tanımlanıyor olmasıdır.

Yukarıya dönecek olursak, hukuk devletinin gereklerinin gerek mevzuatta düzenlenmiş, gerekse pozitif hukukun içinde yer alıyor olması, kendi başına hukuk devletini işaret etmemektedir. Bunun için, bir manevî unsurun varlığına gereksinim duymaktayız. Hukuka inanç olarak tanımlanabilecek manevî unsur, belli bir evrilmiş hukuk fikri ile de örtüşebilecektir. Ancak, hukuk devletinin yaşamsal kılınması yönünde gereken tedbirlerin ve yöntemlerin varlığı olmaksızın, manevî unsurun varlığı da işe yaramamaktadır.

Benim buradaki konuşmama özgü olarak ele almayı düşündüğüm ilke ise hukuk devleti ilkesinin gereği olarak yasal idare ilkesidir.

İdarenin sorumluluğu, mâli sorumluluğu da kapsayacak biçimde mevzuatımızda düzenlenmiş olmakla birlikte, uygulamada görmekteyiz ki, kamu personelleri bu sorumluluğun gereklerini yerine getirmek için genellikle bir yargı kararı aramaktadır. İta amirleri de, sorumluluktan kaynaklanan ödemeler yönünden başvurucaı geri çevirmekte ve

ödemenin doğuracağı sorumluluktan kurtulmak için yargı kararı talep etmektedir.

Ancak bu durum yasal idare ilkesi ile uyuşmamaktadır. Şöyle ki, sorumluluğu hukuk kuralları ile düzenlenmiş Devletin, bu sorumluluktan doğacak giderim ödevleri de idari faaliyetin bir parçasıdır. Devletin sürekli bir fonksiyonunu üstlenen İdarenin, bu sürekli fonksiyonu yerine getirmek için yargı kararı talep etmesi hukuk devleti fikrine ve uygulamasına uygun düşmemektedir.

Bunun ardından, İdarenin sorumluluğunun gerekliliği nereden kaynaklanıyor diyecek olursak, karşımıza İdarenin "kamu gücü" dediğimiz üstün, ayrıcalıklı ve "çok tehlikeli" bir yetkiyi kullanıyor olması çıkacaktır. Kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik kamu gücü, yukarıda değindiğim gibi, kamu yararı tanımının nasıllığına bağlı olarak değişik kimliklere bürünebilecektir. Bu nedenle, kamu gücünün denetlenmesi ve kamu gücünün kullanımından kaynaklanan sorumluluk, gerek özgürlükler ve gerekse Devletin meşruiyeti açısından önem taşımaktadır.

Kamu gücü, meşruiyetini doğrudan Devletin meşruiyetinden almaktadır. Modern devletin meşruiyetinin ise, pozitif hukuku, yani yürürlükte olan hukuku, anayasa ve yasaları, her tür soyut normu ve uygulamaları üzerinden okunması gerektiğini düşünmekteyim. Bu soyut normlar, aslında bir tür taahhüttür. Bu taahhütler, uygulanırlığı ölçüsünde devletin meşruiyetini üretecektir.

İşte, az önce söylediğim gibi, kendisini hukukla bağlı hissetmeyen, hukuk denildiğinde yalnızca yargı kararlarını uygulanacak bir metin olarak kabul eden İdare, Devletin meşruiyeti yönünde de ikili ve biraraya geldiğinde bir ikilem oluşturan tehlikeyi barındırmaktadır:

Devlet, İdaresinin taahhütlere uymazlığı ölçüsünde meşruiyet yitimine uğrayacaktır. Çoğu zaman haber programlarına pelesenk olmuş bir haykırış olmakla birlikte, zaman zaman hepimizin aklından geçen "devlet nerede?" sorusu, doğrudan doğruya bu meşruiyet yitimi ile

ilgilidir. Öte yandan, devletin bu biçimde meşruiyet yitimiyle eşzamanlı olarak, yöneten-yönetilen ayrımında yönetilenlerin devlete güveni sarsılacaktır. Birbirinden besleniyor ve birbirine çok benziyor, ancak özneleri farklı.

Konuşmamın buraya kadarki bölümünde, İdarenin yargı kararına gerek kalmaksızın sorumluluğunun gereklerini yerine getirmesi zorunluluğundan söz etmeye çalıştım. Ancak sanırım, bu oturumun konusu olarak, İdarenin sorumluluğundan doğan uyuşmazlıkları konu alan yargılama faaliyeti ile ilgili bir şeyler söylemem de gerekmekte.

Önceki oturumda bu konu tartışıldığı için yalnızca anımsatmakla yetineceğim: Bildiğiniz gibi, bir de yargı kararlarının uygulanmaması sorununuz var. İşte bu konu tam bir utanç noktasıdır. Hem yasal idare ilkesine sırtınızı çevirip sorumluluğunuzun kaynağını bir yargı kararının varlığına bağlayacaksınız, hem de yargı kararlarını uygulamayacaksınız. İşte bu bir utanç noktasıdır. Ancak bu aşamada, İdarenin yargı kararlarını uygulamaması gibi bir teamülü yokmuş gibi davranarak devam etmek istiyorum.

Bu durumda yargı yerlerine düşen görev, İdarenin hukuksuzluğunu yüzüne vurmaktır. Sanıldığı gibi aksine, tam yargı davaları "hukuka aykırılığın araştırılmadığı" davalar değildir. Eğer İdare, sorumluluğunun gereklerini yerine getirmemişse, bu durum başlı başına bir hukuka aykırılıktır.

Hukuksuzluğun yüze vurulmadığı ya da araştırılmadığı yöntem içinse "hazine kuramı"na göz atmak gerekmektedir. Gelişmişlik çizgisinde hukuk devleti kuramından daha geride duran hazine kuramında, devlet tüzelkişiliği hükümdar ve hazine diye ikiye bölünmekte, hükümdarın hükümdarlık yetkilerini kullanmasından kaynaklanan zararlar hazine adı verilen hukuk kişisi tarafından giderilmektedir. Bu giderim yöntemi, mahallenin hatırlı kişisinin araya girerek kan parası ödemesine benzemektedir. Bu yöntemin amacı, hukuksuzluğun ortaya çıkarılması değil satın alınmasıdır.

Ancak bizim hukuk devleti fikrimizde hukuksuzluğun satın alınması ya da örtbas edilmesi gibi bir amaç yoktur, olmamalıdır. Bizim, hukuksuzluğu açığa vurmamız, hukuksuz İdareyi utandırmamız gerekiyor. İdari yargı sistemimizin de bir tür kan parası ödeme mekanizmasına dönüşmemesi gerekiyor -zaten öyle olduğunu söylemiyorum.

Ben, akademiye olmakla birlikte Ankara Barosu üyeliğimi de sürdürüyorum -bunun onurlu bir üyelik olduğunu düşünüyorum. Avukatlarla yakın ilişkide olduğum için, idari yargıda açılan giderim davalarında ne tür sorunlar yaşadıklarını iyi biliyorum. Ayrıca, kendi avukatlık yaptığım dönemden de anımsıyorum. Şunu söyleyebilirim ki, idari yargıda açılan giderim davaları, avukatlar açısından öngörülemez davalardır.

Burada, gülümsetici bir parantez açarak amerikan hukukî realizminden söz etmek istiyorum. Amerikan hukukî realizminin öncüleri, avukatlık mesleğini şöyle tanımlıyorlardı: Açılmış/açılacak bir davada, yargıcın vereceği kararı tahmin etme sanatı...

Elbette, amerikan hukukî realizmi, bir biçimde yasama organı tarafından konulacak soyut normların yararsızlığı fikrî temelinden yükselmekteydi. Toplumun sürekli değiştiğini ve hukukun yargıçlar tarafından içtihadî yöntemle yapılması gerekliliğini savlamaktaydı. Ancak bizim hukuk sistemimizin yargıç tanımı bu değildir.

Tam bu noktada, başta kısaca değindiğim hukuk devletinin gereklerine, adına öngörülebilirlik diyebileceğimiz, her türlü devlet faaliyetinin her aşamasının öngörülebilir olması gerekliliğini de katmam gerekiyor. Öngörülebilirliğin gündelik dilde anlamı, kişinin yaşamını uzatacak bir faaliyet olarak bu hukuk sistemi içinde ne yaparsa başının belaya girmeyeceğini bilebilmesi, öngörebilmesidir. Yargı kararlarının öngörülebilmesi de bu paragrafın ana fikri olsa gerek.

Oysa, idari yargıda giderim davası vekilliği yapan avukat, davayı/kararı öngörebilir durumda değildir. Bu davalar yönünden,

amerikan realistlerinin avukatlara biçtiği münecimlik kimliği tam anlamıyla geçerlidir.

Bu nedenle de avukatlar, haklı olarak, idari yargı kolunun görev alanına girmesi gereken giderim davalarını adli yargı kolunda gördürmenin yollarını aramakta, kamu personelinin sorumluluğuna gitme gibi seçimlik durumlarda ise tereddütsüz bir biçimde adli yargı yerlerinin yolunu tutmaktadır.

Çünkü, giderim davaları yönünden adli yargının belli bir öngörülürlüğü; gerek mevzuattan ve gerekse kemikleşmiş içtihatlardan beslenen giderim yaklaşımları bulunmaktadır. İdari yargı kolu yönünden de bu berraklığın sağlanması zorunludur.

Ben sözü çok uzatmayacağım. Ancak, hiç hoşlanmadığım bir şeyi, Danıştay'ın bir kararının eleştirisini de yapmadan geçemeyeceğim. Bundan gerçekten hoşlanmıyorum, bir tür sobeleşmeye dönüşme tehlikesini barındırdığı için.

Bu kararlar duygusal bir bağım var: Doktora yeterlik sınavımda Sayın Metin Günday tarafından sorulan ve bir biçimde bana sıkıntılı anlar yaşatan bir karar. Şöyle:

Kamuoyunda Susurluk Raporu olarak bilinen gizli damgalı Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu, dönemin Başbakanı tarafından kamuoyuna duyurulmuş; raporda adı geçen davalının 10 milyar TL tazminat istemli davası Danıştay 10. Dairesinde görülmüş ve 5 Milyar tazminat hükmü ile sonuçlanmıştır.

Ancak daha sonra DİDDGK tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucu, anılan Daire kararı bozulmuştur. Dokuz sayfalık bozma kararının ilk yedi sayfası, dava Dairesinin kararının özeti ile geçilmiş ve ardından "...ağır hizmet kusuru bulunduğu yolundaki davacı iddiasına itibar etmeye olanak görülmediğinden..." gerekçesi ile bozma kararı verilmiştir. Bu, bir gerekçe değildir. Bir yargı kararının olmazsa olmaz öğelerinin, tespit -olayın ve hukuksal durumun tespiti-, gerekçe ve hüküm olduğunu anımsatmak isterim.

Ağır hizmet kusurunun neden bulunmadığını, eğer ki 27 yüksek yargıç bu kararı-elbette gerekçeyi de- imzalamışsa, yolun başındaki bir idare hukukçusunun -benim-, içtihadî bir alanda çalışan idare hukukçularının bilebilmesi gerekiyor ki, tam yargı davaları idari yargı kolunun öngörülebilir davalarıdır diyebileyim.

Burada başka bir şey daha var, bir karşıoy var. Bu aslında bir karşıoy olmayıp bir ayrık gerekçe. Deniyor ki, "...çekişmeli konu Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu ile onun açıklanmasıyla ilgili irade sergilenmesi, idari işlemler boyutunda gerçekleşen olgulardır. Öncesinde bir idari işlem bulunmaması tekel koşulunu gerekli kılan idari eylem kavramını işlemler sırasında geçerli kılmak olanaksızdır... ". Acaba ben, bu rapora karşı -ki rapor gizlidir-, bu raporu bir idari işlem olarak kabul edip dava açsaydım, yargı yeri ne karar verecekti? Söyleyeyim: Bu, dava konusu yapılabilir bir idari işlem değildir, diyecekti.

Bir Teftiş Kurulu Raporu var, üzerinde gizlilik ibaresi var, dönemin Başbakanı bu raporu televizyonda açıklıyor ve saydığı adlar arasında bir siyasetçinin de adı var; bu siyasetçi dava açıyor, ilk derece mahkemesi kararında Cumhuriyet Savcılığının davacı hakkında takipsizlik kararı verdiği bilgisi de var, temyiz mahkemesi ağır hizmet kusuru yoktur diyor. Bizim masumiyet karinemiz ner'de kaldı? O raporda benim de, sizlerden birinin de adı olabilirdi, bir biçimde girebilirdi, müfettiş raporu... Masumiyet karinemiz ner'de!

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Orhan Tekinsoy'a bu açıklamalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Hemen sözü Danıştay Eski Üyesi, şimdi avukat olan Sayın Yüksel Esin'e veriyorum, buyurun efendim.

Av. YÜKSEL ESİN (Danıştay Emekli Üyelerinden)- Çok Sayın Başkan, Sayın konuklar, değerli meslektaşlarım; gerçekten Sayın Başkanın da birkaç kere ifade ettiği gibi çok değerli ve kapsamlı bir tebliğle karşılaştık. Genç arkadaşımızı kutlamak isterim. Benim bu tebliğe katkım sadece iki noktadan olabilecekse olacaktır. Bunlardan birisi tam yargı davalarının arkadaşımızın esas aldığı idari tazminat davalarından ibaret olmadığı hususudur. Malumunuz, İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. Maddesinin (b) Bendinde tam yargı davaları idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bu tanım kişisel hak ihlalleriyle ilgili çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu bağlamda biraz evvel de ifade ettiğim gibi tam yargı davalarını idari tazminat davalarından ibaret saymak bu iki kavramı birbirinin müteradifi, anlamdaşı saymak bence mümkün değildir.

Nitekim, İdari Yargılama Usulü Kanununda da yerine göre tam yargı davası, yerine göre tazminat davası deyimlerinin kullanılmış olması bu farklılığı ortaya koymaktadır. Örneğin, 28. Maddenin 3. Fıkrasında tam yargı davaları değil de tazminat davaları deyimi kullanılmıştır. Yine aynı maddenin son fıkrasında tam yargı davalarından değil de tazminat davalarından söz edilmiştir. Burada bu yönden daha kanıtlayıcı bir hüküm vardır, o da aynı 28. Maddenin 2. Fıkrasında yer alan "tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur" şeklindeki hükümdür. Bu hükümle bir anlamda tazminat davaları dışında kalan tam yargı davalarının da bulunduğu ifade edilmiş olmaktadır.

Zira, "belli bir miktarı içeren kararlar" deyimiyle kastedilen tazminat kararlarıdır. Tazminat davaları sonunda verilen kararlardır. Malumunuz idari yargıda aynen tazmin yöntemi benimsenmemiştir. Muhakkak idare bu tazminat kararlarıyla belli bir parayı ödemek zorunda kalır. Gerçi bu 28. Maddenin 2. Fıkrası hükmü memurlar tarafından özlük haklarıyla ilgili konularda tesis edilen işlemlerle beraber, miktar belli etmeksizin o işlemde dolayı yoksun kalınan parasal hakların da ödenmesi talebiyle açılan davalar için getirilmiştir. Ancak bu hükmün yine örneğin bir memurun geçici görev yolluğunun ödenmemesi veya vekâlet ücretinin ödenmemesi şeklindeki parasal haklarıyla, özlük haklarıyla ilgili bir işleme karşı açtığı davada alınacak iptal kararlarını da karşıladığı, içine aldığı kuşkusuzdur. İdare böyle bir karar uyarınca memura yoksun kaldığı parasal hakkını ödemek zorunda kalacağından buradaki iptal kararının bir tam yargı kararından herhangi bir farkının olamayacağı açıktır. Yani idare başkaca bir davaya gerek kalmaksızın memurun özlük haklarıyla ilgili olarak uğradığı zararı böyle bir dava sonunda yerine getirmiş olmaktadır ki, bu haliyle böyle bir iptal davası kanunun 2. Maddesinin (b) Bendinde düzenlenmiş olan tam yargı davasıyla tam anlamıyla örtüşmektedir.

Şu hususu da belirtmemiz gerekir ki, aynı maddenin, yani 2 Maddenin (1/a) Bendinde düzenlenen iptal davaları objektif iptal davalarından ibaret olsa gerektir. Çünkü burada bu tür davaları açabilmek için objektif bir ilişkiyi ifade eden menfaat deyimi, menfaat ihlali kavramı kullanılmakla yetinilmiştir. Oysaki hep biliyoruz, kişilerin sübjektif haklarını ihlal eden idari işlemler de vardır ve bu tür idari işlemlere karşı açılan iptal davaları da bulunmaktadır.

Böylece Usul Kanununun 2. Maddesinin 1. Fıkrası (a) ve (b) Bentlerini birlikte değerlendirdiğimizde bazı tam yargı davalarının iptal davası şeklinde karşımıza çıktığını görmekteyiz. Nitekim, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bazı kararlarında "iptal davası biçimine bürünmüş tam yargı davalarından" söz edilmektedir ki, bu da bizim buraya kadar arz etmeye çalıştığımız düşüncemizin yargı alanında bir kanıtı

olmaktadır. Kuşku yok ki, bu tür iptal davaları bir tam yargı davası niteliğinde de olsa yine usul ve esas şartları yönünden iptal davalarının tabii olduğu şartlara tabii olacak ve iptal davaları gibi incelenecektir. Uygulama da böyle yürümektedir.

Bu noktada vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara da değinmemiz uygun olacaktır. Bu uyuşmazlıkları içeren davalar da teorik yönden ve mahiyetleri itibariyle tipik tam yargı davası niteliğindedir. Çünkü bu davalar da yükümlülerin uğradıkları sübjektif hak ihlalleri üzerine açılmaktadır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle ilgili tarh, tahakkuk, tahsil işlemlerinden dolayı yükümlülerin, ilgililerin uğradıkları sübjektif hak ihlalleri üzerine açılmaktadır. Dolayısıyla, bunların durumu da kanunun 2. Maddesindeki tam yargı davaları tanımıyla tam örtüşmektedir.

Ne var ki, kanun koyucunun vergi davalarını, tam yargı davalarından özenle ayrı tutmaya çalıştığını görmekteyiz. Örnek vermek gerekirse kanunun 3. Maddesinin (d) Bendinde dilekçelerde bulunacak hususlar düzenlenirken "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ve bunların ve zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar gösterilir" deniliyor. Kanun, burada vergi davalarıyla tam yargı davalarını açıkça birbirinden ayrı tutuyor. Dolayısıyla, nitelik itibariyle tam yargı davası niteliğinde olsa dahi kanundaki bu ve benzeri düzenlemeler karşısında (zamanınızı almamak için başka örnekler vermek istemiyorum) bunların ayrı bir dava kategorisi oluşturduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

Tam yargı davaları alanını tam belirleyebilmek için şu hususun da üzerinde durmak gerekmektedir: Tam yargı davaları nitelikleri itibariyle özel hukuktaki eda davalarına benzerler. Kişiler bu davalarla sübjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan ihlallerin giderilmesini isterler; bu davalar bunu amaçlar. Dolayısıyla, tam yargı davaları alışlagelmiş deyişle sübjektif davalardır. Buna karşılık biraz evvel de ifade ettiğim Kanunun 2. Maddesinin (1/a) Bendinde düzenlenen iptal davaları ise, objektif davalardır, aralarındaki temel farklılık da budur ve tam yargı

davalarının alanının iyi anlaşılabilmesi yönünden bu davaların iptal davalarından farklılığını biraz daha ayrıntılı olarak ortaya koymakta yarar vardır.

Şöyle ki; davanın tarafları yönünden her iki dava türü arasında önemli bir fark vardır. İptal davalarında yargılanan işlem, idare değildir. Burada idarenin davalı durumunda oluşu görünüştedir. Tam yargı davalarında ise, kendisinden bir edada bulunulması istenilen tam bir davalı vardır. Dava konusu yönünden, iptal davalarının konusu sadece idari işlemlerdir. Tam yargı davalarının konusu ise, malum olduğu üzere idari işlemler, eylemler ve sözleşmelerdir. Dava sebebi yönünden de iki dava arasında şu farklılığın olduğunu söyleyebiliriz: İptal davaları bir idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasına; tam yargı davaları ise, davacının bir sübjektif hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanır.

Sübjektif dava ehliyeti olarak nitelendirebileceğimiz ehliyet şartı yönünden de her iki dava türü arasında farklılık vardır. Malum, iptal davası açabilmek için kanunun menfaat olarak nitelendirdiği objektif bir ilginin varlığı yeterliyken tam yargı davalarında ise, mutlaka bir sübjektif hakkın ihlali gerekmektedir. Amaç yönünden iptal davalarının nihai amacı, idarenin hukuka bağlılığını temin etmektir. Tam yargı davalarında ise; amaç, davacının sübjektif hukuki durumunda ortaya çıkan ihlali gidermektir. Yani birinin amacı genel ve objektif; tam yargı davalarının amacı ise özel ve sübjektiftir.

Nihayet hüküm ve sonuç yönünden, iptal davalarının sonucu da objektiftir ve iptal kararlarından aynı statüde, aynı şartlarda bulunan herkes yararlanır. Buna karşılık tam yargı davalarında verilen kararlar ise, sadece taraflar hakkında hüküm ifade eder. Değerli arkadaşımızın sunduğu çok değerli tebliğe ilave etmek istediğim birinci husus budur. Yani tam yargı kavramı ve bunun alanını mümkün olduğu ölçüde burada anlatabildiğim şekilde belirlemeye ilişkin husustur.

Değerli arkadaşımız idarenin sorumluluk sebeplerini çok güzel işlemiş. Bunlar arasında bir de "idarenin sebepsiz iktisabı" diye nitelendirilen bir sorumluluk esası daha vardır, ona da kısaca değinmek istiyorum. Malumunuz sebepsiz iktisap aslında özel hukuka özgü bir sorumluluk nedenidir. "Sebepsiz iktisap veya sebepsiz zenginleşme vardır" diyebilmek için bir patrimuanda çoğalma olurken diğerinde azalma meydana gelmesi ve bu ilişkinin meşru bir zemine dayanmaması, haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Bu ilişki sonunda da patrimuanında çoğalma meydana gelen süje bu çoğalma oranında patrimuanında azalma meydana gelen süjenin zararını ödemekle yükümlü tutulur. Bunlar hep bildiğimiz konular. İdare hukukunda geçen sebepsiz iktisap kavramının da bu temelden esinlendiğine kuşku yoktur.

Sebepsiz iktisabın söz konusu olduğu olaylarda ne idarenin hizmet kusuru vardır ne de ajanların kişisel kusuru. Bu yüzden sebepsiz iktisabı kusursuz sorumluluk halleri arasında sayan yazarlar da bulunmaktadır. Sebepsiz iktisap halinde, idari faaliyet nedeniyle idarenin patrimuanında meşru olmayan bir çoğalma meydana gelmekte; buna karşılık bireylerin patrimuanında eksilme olmaktadır. Hakkaniyet ve nasafet kuralları bu ilişkinin arıtılmasını ve idareye intikal eden değerlerin zarar gören bireylere geri verilmesini gerektirir. Sebepsiz iktisap kuramı bir tazmin nedeni olarak bunu amaçlar.

Ne var ki, idare hukukundaki sebepsiz iktisap kuramının yeri ve önemi özel hukuktan farklıdır. İdare hukukunda sebepsiz iktisap kuramı hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kuramlarının uygulanamadığı olaylarda başvuru ikinci derece, tali bir sorumluluk nedeni olmaktadır.

İdari yargı organı koşulları mevcut olsa dahi sebepsiz iktisap kuramını uygulamamayı tercih edebilir. Çünkü bu kuram eksiksiz olarak zararın tazminine olanak vermez., Burada idarenin sorumluluğu biraz evvel de ifade ettiğim gibi patrimuanındaki çoğalmayla sınırlıdır. Yani idari yargı organı sebepsiz iktisap kuramına dayandığında, ancak

İdarenin iktisabı ölçüsünde tazminata hükmedebilir. Oysa davacının zararı bundan fazla olabilir. Bu sebeple diğer tazmin yolları kapalı olmadıkça bu kurama başvurulmaması tercih edilir. İdari yargı organının bu konuda mutlak bir takdir yetkisine sahip olduğu genelde kabul edilmektedir.

İdarenin sebepsiz iktisabına yol açan eylemleri çoğu kez hukuk dışı eylem niteliğinde olduğu için bu kuramın idari eylemler alanında uygulanma yeri sınırlıdır. Buna karşılık daha ziyade idari işlemler alanında bu kuramın uygulama imkânına sahip olduğunu görmekteyiz. Aynen Borçlar Kanununun 61. Maddesindeki hükme koşut olarak geçerli olmayan, gerçekleşmemiş olan veya hukuki varlığı sona ermiş bulunan idari işlemlerin idarenin sebepsiz iktisabına kaynak teşkil ettiği söylenebilir. Bu türden bir işleme dayanarak kişilerden mal, para veya hizmet iktisap eden ve bu yolla patrimuanında çoğalma sağlayan idare, ilgilinin açacağı dava sonunda (ki, bu bir istirdat davası olarak nitelenebilir) o şeyi aynen veya parasını ödeyerek geri vermekle yükümlü tutulur. Sebepsiz iktisap kuramıyla ilgili Danıştay kararlarından birkaç örnek vermekle sözlerimi bağlamak istiyorum. Örneğin, 5. Dairenin eski bir kararında vekâleten gördürdüğü hizmete karşılık vekâlet aylığı ödemeyen idare bu oranda sebepsiz iktisap sağlamış olduğu gerekçesiyle -kararda aynen bu yazılıdır- ilgilinin aylığını tazminle yükümlü tutulmuştur.

12. Dairenin yine eski bir kararında, idare yönetmeliğe aykırı olarak fazla aldığı konut kirasını ilgili memura yine sebepsiz iktisap kuramı gereğince geri ödemekle yükümlü tutulmuştur. Bir son karar da şudur: İthalat Yönetmeliğine göre ilgiliden alınan teminat, bu yönetmeliğin Danıştay'ca iptal edilmiş olması sebebiyle dayanaksız kaldığından 12. Daire davacıya bu teminat tutarının iadesini hükmetmiştir.

Çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Sayın Yüksel Esin'e bu değerli açıklamalarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Son sözü tekrar Sayın Zuhale Bereket Baş'a veriyorum.

Dr. ZUHALE BEREKET BAŞ- Efendim, ben diğer konuşmacıların, özellikle Sayın Yüksel Esin Beyin eklemeleri için teşekkür etmek istiyorum. Zaten kendisini bu konuda bizim üstadımız olarak nitelendiriyoruz. Çünkü kendisinin bu konuda daha önce yazılmış, halen bizim de kullandığımız iki kitabı var. Ben tabii zaman darlığı nedeniyle bazı konulara girmedim. Açıkçası o nedenle tebliğde de yer almadı, kendisinin bu değerli açıklamaları için teşekkür ediyorum. Ekleyeceğim bir husus yok.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, idari gücün daima hukuka saygılı olması, yargı kararlarına canı istediği zaman değil de her zaman uyması temennisiyle hepinize sevgiler, saygılar sunuyorum, oturumu kapatıyorum.

YEDİNCİ OTURUM

"VERGİDE BELGELENDİRME ve TİCARET ŞİRKETİ TEMSİLCİLERİNİN ŞİRKETİN VERGİ BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU"

Oturum Başkanı

Av. SEMİH GÜNER

(Ankara Barosu Başkanı)

SUNUCU (Av. MERİH ŞANLI) - Değerli konuklarımız, yedinci ve son oturumumuzun konusu, "Vergide Belgelendirme ve Ticaret Şirketi Temsilcilerinin Şirketin Vergi Borçlarından Sorumluluğu", Süremiz yine 1 saat 15 dakikadır. Kürsüdeki yerlerini almak üzere katılımcıları takdim ediyorum: Oturum Başkanı, Ankara Barosu Başkanı Sayın Avukat Semih Güner, Tebliğ sunmak üzere, Danıştay Üyesi Sayın Semra Kayır. Bu bölümün tartışmacıları, Mersin İkinci Vergi Mahkemesi Başkanı Sayın Naci Çetin ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Doçent Doktor Mustafa Akkaya.

OTURUM BAŞKANI Av. SEMİH GÜNER (Ankara Barosu Başkanı)- Danıştayımızın Sayın Başkanı, sayın Danıştay Başsavcım, Anayasa Mahkememizin Onursal Başkanı, Ankara Barosunun önceki başkanlarından değerli üstadımız Yekta Güngör Özden ve Adana Baromuzun, Mersin Barosunun Sayın Başkanları, Maraş Barosunun Sayın temsilcisi değerli meslektaşlarım, saygıdeğer konuklar; iki gün süren yoğun, bilimsel ağırlıklı uygulamanın içinden sesleri yansıtan, çalışmamızın son oturumundayız. Yoruldunuz; ama gözlerinizden ilginin devam ettiğini gözlemekten büyük mutluluk duyuyorum.

Oturumumuza tebliğ sunarak katılan değerli meslektaşımızı takdim etmek istiyorum. Semra Hanımefendi; Ankara Hukuk Fakültesini 1971 yılında bitirdi. Danıştay 3. Dairesinde 2000 yılında göreve başladı. Danıştay 3. Dairede görev yapmakta.

Tartışmacılarımızdan biri olan Doçent Doktor Mustafa Akkaya, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. Yine aynı üniversitede Vergi Hukuku Ana Bilim Dalında görev yapmakta. 1986 yılında Ankara Hukuk Fakültesini bitirdi. 1999 yılında Yardımcı Doçent oldu. 2001 yılından bu yana Doçent olarak görevini sürdürüyor; değerli bir bilim adamımız.

Diğer tartışmacımız sizlerin yakından tanıdığı Sayın Naci Çetin Mersin 2. Vergi Mahkemesi Sayın Başkanı. Daha önce Hatay Vergi Mahkemesinde görev yaptı. Hemen Panele geçiyoruz ve sözü tebliğ sunacak değerli meslektaşımıza takdim ediyorum.

SEMRA KAYIR (Danıştay Üyesi) – Teşekkür Ediyorum.

VERGİDE BELGELENDİRME

I. VERGİLENDİRME YETKİSİ

Kişi hak ve özgürlüğünü sınırlayıcı niteliğiyle vergilendirme yetkisi,tarihsel gelişim içinde parlamentoların kazandığı ilk ve önemli yetkidir. Bu yetki,anayasalarda öngörülen yasallık ilkesi ile yasama organının tekelinde bırakılmaktadır.

Çağdaş demokratik gelişimin, güçler ayırımı kuramını yumuşatması, vergilendirme yetkisinin yasama organı ile yürütme organı arasında paylaşılmasına yol açmıştır. Anayasamız, "Başlangıç" anlatımında, güçler ayırımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediğini, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bu yetki ve görevlerle sınırlı, uygar bir işbölümü ve işbirliği olduğunu, üstünlüğün, Anayasa ve yasalara özgülendiğini dile getirmiştir.

Bu yaklaşım, Anayasanın vergi ödevine ilişkin 73'üncü maddesinde de benimsenmiştir. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin, yasa ile konulup, değiştirilmesi veya kaldırılması ilkesi, son fıkrada yumuşatılmıştır. Bu paylaşımında da yasallık ilkesi göz ardı edilmemiş, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin, bağışıklık, ayrıklık, indirim ve oranlarında, yasada öngörülmek ve yasanın öngördüğü yukarı ve aşağı sınırlar içinde kalmak koşuluyla Bakanlar Kurulunca değişiklik yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

Anayasaya göre herkes vergi ödemekle yükümlü olup, verginin konusuna giren her olay ve her işlem vergilendirilir. Vergiden bağışık kimseler ve vergi dışı tutulan olay ve işlemlerin yasada gösterilmesi zorunludur. Bireyi, vergilendirme yetkisiyle karşı karşıya getiren, onu vergi yükümlüsü kılan ve buna bağlı olarak kimi ödev ve zorunlulukların yasallık ilkesi dışında tutulması söz konusu değildir. Vergi ödevlerinin gereği gibi yerine getirilmemesine bağlı yaptırımlar için de yasallık ilke-

sinden ödün verilemez. Yürütme organına, vergi yükünün mali güce göre dağıtılması, vergi adaleti gibi kaygılarla yasa yapıcının yukarı ve aşağı sınırlarını gösterdiği ve değiştirilebileceğini gözeterek yetkili kıldığı durumlarda sadece öngörülen bu değişiklikleri gerçekleştirme yetkisi bırakılabilir.

Bu nedenlerle, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler, vergi yükümlülüğü ve sorumluluğunun, vergi ödevlerinin ve bir toplumda birlikte yaşamının gereği sayılarak devlete tanınan vergilendirme yetkisinin doğal sonucu olan denetim ve yaptırımları düzenleme yetkisi, sadece yasama organına aittir.

II. VERGİ YASALARININ UYGULANMASI

1. Kuralların Yorumu

Vergi yasalarının nasıl uygulanması gerektiği Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin "A" bendinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir;

"Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır."

Vergi yasalarının sözü ile hüküm ifade etmesi, bu yasalarda öngörülmeyen hiç kimsenin vergilendirilmemesini, hiçbir madde, değer ve nesnenin vergi konusuna alınmamasını ve vergi yasalarında öngörülmeyen eylemler nedeniyle ilgililer adına vergi cezası kesilmemesini gerektirir.

Yasaların genel nitelikli kuralları, özel nitelikli kurullarla da düzenlenmiş durumlara, uygun düştükçe uygulanabilir. Böyle durumlarda özel kurallar, genel düzenlemeden ayrılan bir durumu düzenler. Genel düzenlemeden ayrılan bu durumun sınırlarının belirlenmesi, yasa yapıcının iradesinin ortaya çıkarılmasını gerektirebilir. Vergi yasalarının da diğer yasalar yönünden olduğu gibi

toplumsal yaşamın beklenmedik değişimleri dışarıda toplumun doğal gelişimine açık, sık sık değiştirilmesini gerektirmeyen kalıcı düzenlemeler içermesi, hukuksal güvenlik açısından önem taşımaktadır. Sık yapılan düzenleme değişiklikleri kadar, kurallarda başka yasalara gönderme yapılması, belirsiz, çift ya da çok anlamlı kavramlara yer verilmesi, uygulanacak kuralın yorumlanmasını gerektirebilir.

Vergi Usul Kanunu, 3/A maddesindeki düzenlemesiyle, sözün açık olmadığı böyle durumlarda yasallık ilkesinin de gereği olarak, kuralın konuluş amacı, yasanın yapısındaki yeri ve diğer maddelerle ilişkisi bulunarak uygulanmasını öngörmüştür. Böylece, kuralların yasa yapıcının öngörmediği anlam katılarak vergi yükünü ağırlaştıracak şekilde uygulanması ya da vergiye konu oluşturan bir durumun vergi konusu dışında bırakılacak şekilde değerlendirilmesi sonucunu doğuran kıyas, bir yorum yöntemi olarak benimsenmemiştir.

2. Kanıtlar :

Medeni hukukta, tersi öngörülmedikçe taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür (TMK. m. 6). Resmi sicil ve senetlerin, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturacağı kabul edilmekle birlikte bu sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığına kanıtlanması hiçbir şekle bağlı tutulmamıştır (TMK. m. 7). Dolayısıyla, resmi sicil ve senetler de dahil olmak üzere, bir belgenin içeriğinin doğru olmadığını kanıtlamak, bu iddiayı ileri süren yana aittir.

Vergilendirmede ise her koşulda, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek niteliğine bakılır. Bu nedenle, hakların bir belgeye dayanması yeterli değildir. Belgenin, içerdiği bütün unsurlarıyla gerçek olması gerekir(VUK. m. 3/B. f. 1.)

Vergi idaresi yönünden vergi alacağı, vergi yasalarının vergiyi bağladığı olay veya hukuksal durumun tamamlanmasıyla doğar ve yükümlünün vergi borcunu oluşturur(VUK. m. 19). Bu yüzden gerçeklik

kuralı, vergi idaresinin bilgisine ulaşmamış etkinliklerin nitelen-
dirilmesinde de geçerlidir.

Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek niteliğinin, yemin dışında her türlü kanıtla kanıtlanmasına olanak tanınmışken, tanık anlatımlarının kanıt oluşturması, vergiyi doğuran olayla ilgisinin doğal ve açık olması koşuluna bağlanmıştır (VUK. 3/B. f. 2). Tanık anlatımının açık olması, ilgili bulunduğu olayın gerçek niteliğini ortaya koyma yeterliliği ile ilgilidir. Bir olayın ya da işlemin gerçek niteliğini belirlemeye elverişli ve yeterli tanık anlatımı elde edilmesi, bilgi verilen zamanla da ilgilidir. Vergilendirme işleminden sonra alınan anlatımların doğal olmayacağı açıktır. Bilgi verecek kimsenin kimi kişisel özellikleri, fiziksel ve duygusal nedenlere dayanan yanlı anlatımların ise gerçek niteliği belirlemeye elverişli görülmesine olanak yoktur. Bilginin alınış şekli, yeri ve zamanı da anlatımın yeterliliğini etkileyebilir. Tüm bu nedenlerle, bir vergilendirmede kanıt olarak sunulan tanık anlatımlarının, gerçeklik kuralı bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

3. Kanıt Yükü

Vergi Usul Kanununda, kanıt yükünün yanlardan hangisine düştüğünü belirlemek için iki ölçüt öngörülmüştür (VUK. m. 3/B).

Bunlardan ilki, ekonomik, ticari ve teknik gereklere aykırı düşen bir iddianın, bu iddiayı ileri süren yan tarafından kanıtlanmasını öngören düzenlemedir. Bir iddianın, ekonomik, ticari ve teknik gereklere uygunluğu, her olay ve durumda ayrı sonuç verebilmektedir. Hukuksal durumun özelliği, sunulan belgenin niteliği, iddia edeni kanıt yükü altında bırakabilir ya da bu yükten kurtarabilir.

İkinci ölçüt ise olayın özelliğine göre olağandışı veya alışılmamış bir durumu ileri sürenin, bu iddiasını kanıtlama yükü altında olacağına ilişkin kuraldır. Olağan ya da alışılmış bir durumun varlığı da, olağan koşullar gibi olayın özelliğine bağlanması nedeniyle vergilendirmede kanıt yükü, vergiyi doğuran olay veya bu olaya ilişkin işlemlerin niteliğine göre her iki yana da düşebilmektedir.

III. VERGİ İDARESİNİN ARAÇLARI ;

1. Bilgi Toplama ;

Vergi ile ilgili olay ve işlemlere ilişkin bilgilerin toplanması, gruplandırılarak değerlendirilmesi, vergiyi doğuran olayların saptanmasında yararlıdır. Bu nedenle, Maliye Bakanlığı ve vergi dairelerine, belli aralıklarla ve sürekli ya da istem üzerine bilgi akışı sağlanmıştır (VUK. m. 148 -151).

Bilginin istem üzerine alınması, bilgi istenenin vergi yükümlüsü veya sorumlusu olmasını gerektirmeksizin olanaklı kılınmıştır. Bu bilgilerin, yükümlülerden, onlarla ilişkili kimselerden, kamu idare ve müesseselerinden ya da diğer gerçek ve tüzel kişilerden istenmesi mümkündür.

Vergilendirme ile ilgili görülüp, yazı ile istenen bilgilerin belli aralıklarla ve sürekli olarak verilmesi de istenebilmektedir. Ölüm olayları ve intikallerin, süresinde ve düzenli olarak aktarılması ise yasada düzenlenmiştir (VUK. m. 150).

2. Yoklama :

Bu işle görevli memurlar tarafından yükümlülükle ilgili maddi olayları, kayıtları ve konuları saptamak amacıyla iş yeri ve iş yeri dışında da yapılabilen yoklama sonuçları, yoklama yapan ve yoklama yapılan tarafından imzalanan yoklama fişlerine yazılır. Sadece maddi olayları saptayan tutanakların, üçüncü kişilerin anlatımına dayanması da olanaklıdır (VUK. m. 127., vd.).

Yoklama memurlarına, yükümlülerin kayıt düzenine ilişkin zorunluluklar ile belge düzenine ilişkin kurallara uygunluğu da denetlemek, taşıt araçlarında denetim yapmak konusunda, tanınan yetkilerin, Maliye Bakanlığınca belirlenmiş yöntemlere göre kullanılması öngörülmüş ve Maliye Bakanlığı, bu konudaki usulleri, 168 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile duyurmuştur¹.

¹ R. G. 31 Aralık 1985 gün ve 18975 sayılı.

Vergi yükümlülüğü ve sorumluluğunun kurulmasına, mükellefiyet şeklinin değiştirilmesine, yükümlülük kaydının silinmesine, şekle ve usule aykırılıkların saptanmasına da kanıt oluşturan yoklama tutanakları, verginin idarece salınması ve kimi vergi cezalarında tek yasal dayanaktır.

3. Arama ;

Bir ihbar üzerine veya yapılan incelemeler dolayısıyla vergi kaçırıldığına ilişkin belirtiler saptanırsa, vergi yükümlüleri veya kaçakçılıkla ilgili görülen kimselerin üzeri ve iş yerlerinde, eylem iki işletme arasında ise diğer işletme ile ilgili kimselerin üzeri ve iş yerlerinde yargıç kararı ile arama yapılarak, elde edilen bulgulardan kanıt değeri taşıyanlar ayrılır ve arama sonuçları, ilgililerin itiraz ve çekincesi varsa bunlar da yazılarak tutanakla saptanır.

Aramada elde edilen belgeler üzerinde yapılması gereken incelemenin, haklı nedenler ve istem üzerine uzatılmamışsa üç ay içinde sonuçlandırılması gerekir.

Özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığının sınırları gözetilerek, konusu her koşulda değerlendirilmesi gerekmektedir, asılsız ve imzasız dilekçelerle yapılan ihbarların, arama istemine konu yapılmaması gerekir².

Arama, sadece kanıtları saptayıp muhafaza altına almak, ilgililerin içinde bulunduğu organizasyonları belirlemekte değil, ceza mahkemelerinde yargılanması gereken suç faillerinin ele geçirilmesinde de kullanılmaktadır.

4. Vergi İncelemesi ;

Vergi incelemesinin amacı, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, saptamak ve sağlamaktır (VUK. m. 134). Bu nedenle sadece vergi yükümlüleri nezdinde yapılır.

² Recep TURGAY, Vergi Usul Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1977 C. 1. , s. 577.

Yasa vergi incelemesini, işletmede yürütülen tüm etkinliklerin, bütün yönleriyle kavranmasını sağlayacak bir teknik olarak düzenlemiştir. Bu yüzden, gerek görülürse, giderleri Hazine tarafından ödenmek üzere, işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin fiili envanterinin yapılmasına, beyannamelerde gösterilen unsurların incelenmesine de yayılabilir. Kural olarak iş yerinde yapılması gerekmekte birlikte, bu yerin inceleme yapılmasına uygun olmaması, ilgililerin istemesi veya kimi zorunlu hallerde dairede de yapılabilir. Dairede inceleme yapılmak üzere istenen defter ve belgelerin haklı özür gösterilmeden incelemeye sunulmaması, resen tarh nedenidir. incelemeye sunmanın zamanında yerine getirilmesi gerekir. Yasa, özürsüz sunmamayı, ibrazdan kaçınma. saymıştır (VUK. m. 139)

Vergi idaresinin, yoklama, arama ve vergi incelemesi yapması, her türlü gerçek bilgiye ve kanıta ulaşmasını sağlamaya yeterli değildir. Vergi incelemeleri dahi sadece kayıtlı işlemlere kimi zaman karşıt inceleme yoluyla ulaşılmasını sağlayan görece sınırlı olanak tanımaktadır. Bu nedenle, gerçeğin yükümlülere ait bilgi ve belgelerde aranması gerekmektedir.

IV. YÜKÜMLÜLERE DÜŞEN ÖDEVLER :

Bir vergilendirmenin gerçek matrahı, ancak vergi yükümlülerince bilinebilir. Araştırma ve inceleme teknikleri geliştirilse de işletme dışından tam ve doğru olarak belirlenmesi olanaksızdır. Bu nedenle, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek niteliğine, yükümlülere kimi ödevler ve zorunluluklar yüklenmesi yoluyla ulaşılmak istenmiştir.

Vergi Usul Kanununun Altıncı Kitabında yer alan altı kısım, yükümlülerin bu ödevlerine ayrılmıştır. Bildirmeler, defter tutma, belgeler, ekim-sayım beyanı, karne zorunluluğu ile muhafaza ve ibraz ödevleri, Yasanın 153 -257'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

1. Bildirmeler :

Ödev olan bildirmeler; işe başlama, iş, adres ve işletmedeki değişiklikler ile işi bırakmanın bildirilmesinden oluşmaktadır (VUK. m. 153 -170).

Bir vergi yükümlüsünün, bildirmelerden doğan ödevini gereğine göre yerine getirmiş sayılabilmesi için, bildirmeye konu olan olayın gerçekleştiği tarihten başlayarak ve yazılı olarak, bağlı olunan yetkili vergi dairesine bildirilmesi yeterlidir. Yasanın aradığı süre ve biçimde yapılmış bildirim, tersi vergi idaresince saptanmadıkça, bildirilen olayın kanıtını oluşturur.

2. Defter Tutma

Defter tutma; gerçek veya tüzel kişi olmalarına bakılmaksızın, ticaret ve sanat erbabı, ticaret şirketleri, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler, serbest meslek erbabı ve çiftçiler tarafından yerine getirilmesi gereken bir vergi ödevidir. Bunlardan, gelir vergisinden bağışık esnaf, gerçek usulde vergilendirilmeyenler veya kazancı basit usulde vergilendirilen çiftçiler ile kurumlar vergisinden bağışık iktisadi işletmeler, Vergi Usul Kanununa göre defter tutmak zorunda değildir. Ancak bu bağışıklık, diğer bir vergi yönünden götürü usulde vergilendirilmeyenleri de kapsamaz (VUK. m. 173)

Vergi Usul Kanunu kapsamına giren vergilerden, gelir vergisi, kurumlar vergisi ve katma değer vergisi yükümlüleri bu ödevi, yasanın tutulmasını zorunlu kıldığı defterleri onaylatıp, kayıt düzenine uygun olarak işlemekle yerine getirirler.

Diğer vergiler, yasal ölçüler, tarifeler üzerinden, beyana veya idarenin saptamalarına, göre alınmaktadır.

Defterlerin yöntemine uygun tutulması, sadece onaylatılması ve gelir-gider unsurlarının belgelerine dayanarak gününde veya yasanın öngördüğü sürede işlenmesini ifade etmektedir. Bu anlamda, tutulması

zorunlu defterlerden birinin tutulmamış olması dahi vergilendirmenin dış karinelere göre yapılmasını gerektirmektedir (VUK. m. 30/f. 2. b. 2). Ancak, yasa yapıcının aradığı bu değildir. Her ne kadar defterlerin tutulmaması hem bu ödevi yerine getirmeyenin, hem de işlem yaptığı kimselerin hesap ve işlemlerinin, kayıtlar yardımıyla incelenmesini önlerse de defter kayıtlarının gerçek işlemleri yansıtması asıldır. Bu ödevi önemli kılan budur.

Yasa yapıcı bu amacını 171'inci maddede; vergi uygulaması bakımından defterlerin, yükümlünün, vergi ile ilgili servet-sermaye ve hesap durumu ile hesap sonuçlarını saptamak; vergi ile ilgili işlemleri belli etmek; vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden kontrol etmek; bu hesap ve kayıtlar yardımıyla emanet niteliğindeki değerler de dahil olmak üzere üçüncü kişilerin vergi karşısındaki durumlarını kontrol etmek ve incelemek, amaçlarını sağlayacak şekilde tutulması olarak tanımlamıştır. Defterlerin bu amacı sağlamaya elverişsiz tutulması 30'uncu maddede resen tarh nedeni kabul edilmiştir (VUK. m. 30/f. 2. b. 4).

Ticari kazanç sahiplerinin Türk Ticaret Kanununa ilişkin sorumluluklarını saklı tutan yasa yapıcı, sadece vergi yasaları yönünden ödev öngörürken bu kesimi ikiye ayırmış; (VUK. m. 176), yıllık alış ve satış tutarları ile gayrisafi iş hasılatları tutarına göre bilanço esasına göre defter tutması gerekenleri ayrıca belirtmiştir. Hasılat veya yıllık alış-satış tutarları belirtilen tutarı aşanların, her türlü ticaret şirketlerinin, isteği ile bu usule göre defter tutmayı seçenler ile Maliye Bakanlığınca izin verilenlerin dışında kalan kurumlar vergisine tabi olan diğer tüzel kişilerin, bilanço esasına göre yevmiye defteri, defterikebir, envanter defteri tutmasını zorunlu kabul etmiştir. Bunların dışında kalan ticari kazanç sahipleri, işletme hesabı esasına göre aynı adla anılan defteri tutmaktadır.

Bu defterlerin dışında işin ve işletmelerin özelliğine göre sınıai işletmelerin imalat defteri; banka, banker ve sigorta şirketlerinin, banka

ve sigorta muameleleri vergisi yönünden muhasebe defteri veya bu amaçla tutulan BSMV defterini; damga vergisi ile ilgili ücret ve primler için gerekli kayıtların sırasıyla tutulduğu defter; yabancı nakliyat kurumlarının, hasılat defteri; ardiyeler de dahil olmak üzere depo işletenler ve nakliyat ambarları, ambar defteri; tutmak zorundadır.

Noterler ve borsa acentelerinin resmi defterleri kazanç defteri yerine geçmek üzere serbest meslek sahipleri, kazanç defteri tutmakla yükümlüdür. Bu deftere kaydı gereken bilgileri içermek koşuluyla doktorların protokol defteri de kazanç defteri yerine geçmektedir.

Zirai kazanç sahiplerinin tutması gereken çiftçi işletme defteri dışında, amortisman defteri veya listeleri de vergi yükümlülerince bu ödevin gereği olarak tutulmaktadır.

İlkece, takvim yılına göre tutulması gereken defterlerin, işlenmeye başlanmadan önce iş yerinin, iş yeri yoksa işletme sahibi veya yükümlünün yerleşme yerindeki notere onaylatılması gerekmektedir. Menkul kıymet ve kambiyo borsasındaki acentelerin defterlerini borsa komiserliği onaylamaktadır.

3. Kayıtların Belgelenmesi :

Vergilendirmede işletme ile işletme sahibi ayrı varlıklardır. işletme sahibi de işletme ile yaptığı işlemler bakımından işletmenin diğer müşterilerinden farklı hukuksal durumunda bulunmamaktadır. Kayıtların belgelenmesi, işletmede yürütülen tüm iş ve işlemlerin, gerek iç işlemler gerekse dış işlemleri kapsayacak biçimde izlenebilmesini ifade etmektedir. Bu nedenle, envanter kayıtları, amortisman kayıtları, emsal bedel hesaplanması gibi iç kayıtların, değerlendirme kurallarından dolayı belgelenmesi gerekmektedir.³ Bu gereklilik, diğer düzenlemelere dayanmaktadır.

Muhasebe kayıtlarına esas oluşturan ve hukuksal değer taşıyan belgeler ve bu belgelerin kimler tarafından, hangi işlemler için

³ Yılmaz ÖZBALCI, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara 1932, s. 313.

düzenlenmesi gerektiği, yasada gösterilmiştir. Kayıtların belgelenmesinden söz edildiğinde, bu belgeler anlatılmak istenmektedir.

Yasa, tersine düzenleme bulunmadıkça, Vergi Usul Kanununa göre tutulan ve üçüncü kişilerle olan ilişki ve işlemlere ait kayıtların belgelenmesini aramıştır(VUK. m. 227/1). Bu kural, defter tutmak zorunda olan tüm yükümlüleri kapsamaktadır. Maddeye, 205 sayılı Yasanın 14'üncü maddesiyle eklenen ikinci fıkrada ise defter tutmak zorunda olmayan yükümlülerin, matrahın tespiti ile ilgili giderlerini belgelendirmek zorunda oldukları yazılıdır, ikinci fıkranın gerekçesinden⁴, birinci fıkrada tersine kural bulunmadıkça belgelendirme aranması nedeniyle defter tutmamakla birlikte, giderlerini belgelendirmek zorunda olan götürü usule bağlı çiftçilerde olduğu gibi hasılatın elde edilmesi için yapılan giderlerin belgelenmesi zorunluluğunun benzer durumda olanlar yönünden geçerli kılınmak istendiği anlaşılmaktadır. İkinci fıkranın öngörülüş amacı karşısında, ücret, menkul sermaye iradı, gayri-menkul sermaye iradı ve diğer kazanç ve iratlardan ibaret kazanç sahipleri de defter tutmak zorunda olmadıkları halde hasılattan indirilen giderlerini belgelendirmek durumundadır. Yasanın 242'nci maddesinin son fıkrasında, Gelir Vergisi Kanununa göre diğer kazanç ve iratları vergilendirilenlerin, giderlerinin kanıtı olan belgeleri saklamak zorunda oldukları da belirtilmiştir. Vergi Usul Kanunu, defter tutması gerekmeyenlerin, hasılatlarının belgelendirilmesine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu bakımdan düzenlemenin zayıf kaldığı kabul edilmelidir.

Maddenin bu kapsamının dışında kalmakla birlikte tüccarlar; bir hüküm ifade eden veya gerektiğinde bir hakkın kanıtlanmasında kullanılabilecek, sözleşme, taahhütname, kefaletname, mahkeme ilâmları gibi hukuksal belgelerle ihbarname, karar örnekleri, vergi makbuzları gibi belgeleri de dosyalarında saklamak zorundadır. Damga vergisi yükümlüleri, gazete ve diğer yayınların pul yapıştirılan koleksiyon

⁴ TBMM. Tutanak Dergisi, (1963), Dönem 1. , 0. 12. , s. 5.

örneklerini veya Türkiye'de düzenlenip, doğrudan doğruya yabancı ülkelere gönderilen belge ve telgrafların, Türkiye'de kalan kopyalarını saklamak zorunda tutulmuşlardır (VUK. m. 242).

Defter tutma zorunluluğu olsun olmasın, belgelenmesi zorunlu olmayan kayıtlar, 228'inci maddede gösterilmiştir. Örf ve teamüle göre bir belgeye dayandırılmasına alışılmamış müteferrik (ufak tefek) giderler, belge teminine olanak bulunmayan giderler ve vergi yasalarına göre götürü olarak saptanan giderlerin, belgeye dayanması aranmamıştır. Ancak, ilk iki durum için sözü edilen giderlerin, gerçek miktarları üzerinden kayıtlara geçirilmesi ve miktarlarının, işin genişliği ve niteliğine uygun olması görülmüştür.

Kayıtların belgelenmesini düzenleyen 227'inci maddeye 1.1.1989 tarihinden geçerli olarak uygulanmak üzere iki fıkra ekleyen 3505 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemeler, izleyen mükerrer 227'inci ve saklama ve sunma ödevi ile ilgili bölümün sonuna eklenen mükerrer 257'inci madde ve 3239 sayılı Yasa ile 1985 yılında 141'inci maddeden sonra gelmek üzere eklenen ancak, Anayasa Mahkemesince 1987 yılında iptal edilen Ek madde ile yakından ilgilidir. Sözü geçen fıkraları içeren 3505 sayılı Yasanın 3'üncü maddesinin gerekçesinde⁵ düzenlemenin; belgelerde, gerek yasanın, gerekse Maliye Bakanlığının öngördüğü bilgilerin bulunmaması halinde, bu belgelerin geçerliliği konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi ve sağlıklı belge düzenlenmesi amacıyla yapıldığı anlatılmıştır. Maddeye üçüncü fıkra olarak eklenen kural, kullanma zorunluluğu getirilen belgelerin, yasanın ve yasadan aldığı yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığınca öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde vergi yasaları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılmasını; dördüncü fıkra olarak eklenen kural ise Maliye Bakanlığının, düzenlenmesi zorunlu belgelerde bulunması gereken zorunlu bilgileri belirlemeye ve uygun gördüklerine, düzenlenme saati yazılması zorunluluğu getirmeye yetkili olduğunu öngörmektedir.

⁵ TBMM. Tutanak Dergisi, Dönem 1J3, (1988) C. 17. s. 4.

Vergi yükümlülerinin, kayıtlarını dayandırması gereken belgeler, Vergi Usul Kanununun 229 -252'inci maddelerinde tanımlanmış, hangi işlemlere belge oluşturacağı, içermesi gereken zorunlu bilgilerin ayrıntısıyla düzenlenmiştir. Hukuksal sonuç doğurmak üzere düzenlenen bir belgede bulunması gereken tüm bilgilerin, birbirine eşit etkide olması düşünülemez. Nitekim, 108'inci maddede, vergi idaresinin düzenlediği belgeler yönünden bu anlayışla, belgelerin, esasa etkili olmayan şekil hatalarından dolayı hukuki değer yitirmeyeceği benimsenmiştir. Yükümlüler yönünden de benzer bir düzenleme yapılması daha doğru olurdu. Belgedeki herhangi bir eksik bilginin, düzenlenmemiş sayılmak gibi bir sonuca bağlanması, gerçeklik kuralıyla bağdaşmaz. Kaldı ki, yasa ile bağlı da olmaksızın Bakanlığın uygun gördüğü belgede, uygun gördüğü zorunlu bilgi nedeniyle aynı sonuca varılması, yasa ile tanınmış hukuksal güvenliği zedeleyici niteliktedir. Bu tür düzenlemelerin, vergi idaresine olan güveni kaldırdığı, yükümlüleri idareden uzaklaştırdığı; vergi idaresi yönünden ise kolaycılık yarattığı kanısındayız.

Gerektirdiği cezai yaptırım ve diğer yaptırımlar da göz önüne alındığında, bu düzenlemenin içerik yönünden yasallık ilkesine aykırı düştüğünü düşünmekteyiz.

V. BELGELENDİRMEDE DÜZENLEME YETKİSİ :

Yasada yer aldığı sıralamayla belirtilecek olursa, Mükerrer 227, Mükerrer 242 ve Mükerrer 257'nci maddelerin, öngörüldükleri amacı aşar düzenlemeler içerdiği de söylenebilir. Bu düzenlemeleri, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği Ek maddeden başlayarak değerlendirmekte yarar görmekteyiz.

1980'li yıllardan başlayarak, yasama organının, vergilendirme yetkisine ilişkin düzenleme alanından, bu alanı yakından ilgilendiren konularda Maliye Bakanlığına tanıdığı yetkilerle yavaş yavaş çekildiği görülmektedir.

Bu değişim, üç ayrı Anayasa Mahkemesi kararı ile daha açık izlenebilmektedir.

1. Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında aleyhte önergelerin kabulü sonucu reddedilen ancak, bir hafta sonra "... kuruluşuna ilişkin esasların kanunla..." düzenlenmesini öngören⁶ ifade değişikliği ile yeniden Genel Kurul gündemine alındıktan sonra kabul edilen 3239 sayılı Yasanın 13'üncü maddesiyle Vergi Usul Kanununa, 141'inci maddeden sonra gelmek üzere eklenen Ek madde ; "Yeminli Mali Müşavirlik" başlığını taşımaktaydı. Madde; gerçek ve tüzel kişilerin muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek; işletmecilik, finans, mali mevzuat ve uygulanması ile ilgili işlemlerini düzenlemek; danışmanlık yapmak; yükümlülerin mali tablolarını ve beyannamelerini ilgili mevzuat, muhasebe ilkeleri ve denetim standartları açısından onaylamak; gibi işler yapacağı belirtilen sözü edilen meslek mensuplarının onaylayacağı belgelerin, **kamu idaresinin yetkili elemanlarınca incelenmiş belgeler kabul edilmesini** öngörmekteydi.

TBMM'nin 81 üyesi, ek maddenin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurdu. Açılan iptal davasını sonuçlandıran Mahkeme, 19. 3. 1987 gün ve E:1986/5, K:1987/7 sayılı kararıyla⁷ kuralın, Anayasanın kamu hizmeti görevlileriyle ilgili 128'inci, yasama yetkisinin devredilmezliği ile ilgili 7'nci ve idarenin kuruluşu ve görevlerinin bir bütün olduğu ve yasa ile düzenlenmesi gerektiğine ilişkin 123'üncü maddesine aykırı olduğunu saptayarak iptal etmiştir.

2. Vergi Usul Kanununa 1981 yılında 2365 sayılı Yasanın 34'üncü maddesiyle eklenen mükerrer 257'nci madde Maliye Bakanlığına; Vergi Usul Kanununa göre tutulacak defterler ve düzenlenecek belgelerin ve ek olarak tutulması ve düzenlenmesi uygun görülen defter ve belgelerin, niteliği, şekli ve kapsamını belirlemek, değiştirmek, bunlar için saklama ve sunma zorunluluğu koyma ve kaldırma, otomatik kasa kullandırma

⁶ TBMM. Tutanak Dergisi, Y. Yılı. 3 (1985) C. 21. s. 1-3.

⁷ R. G. 12 Kasım 1987, 19632 sayılı.

yetkisi tanımıştı. Bu kuralda, yasa yapıcının tutulmasını zorunlu kıldığı ve ek olarak tutulabileceğini öngördüğü defter ve belgelere ilişkin yetki söz konusu idi.

Mükerrer 257'nci madde, 3239 sayılı Yasanın 21'inci maddesiyle değiştirilerek, tamamen farklı bir içerik kazandı. Daha sonra da değiştirilen ve halen 4369 sayılı Yasanın 5'inci maddesiyle değişik metni yürürlükte bulunan maddenin, 3239 sayılı Yasa ile değişik kuralı; Vergi Usul Kanununa göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi zorunluluğunu kaldırmaya, tutulmakta olan defter ve belgelere ek olarak Maliye Bakanlığının tutulması ve düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin niteliği, şekli ve kapsamını belirleme, değişiklik yapma, onay, saklama ve sunma zorunluluğu koymaya ve kaldırmaya, bedeli karşılığı basıp dağıtmak ya da üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya, levha asma ve kullanma zorunluluğu getirmek ve kaldırmaya yetki tanıyarak, basım ve dağıtım ile ilgili yaptırımlar öngörmekteydi.

Maliye Bakanlığının bu yetkiye dayanarak yürürlüğe koyduğu 191 sayılı Vergi Usul Kanunu. Genel Tebliğinde yer alan, 1.6.1989 tarihinden başlayarak; özel muayenehane, özel poliklinik, özel hastane veya buralarda çalışan hekimler tarafından düzenlenen muayene reçetelerini, düzenlenmesi zorunlu belgeler kapsamına alarak yaptırıma bağlayan kuralın iptali istemiyle açılan bir davada Danıştay Dördüncü Dairesi, ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmuş , mükerrer 257'inci maddenin iptalini isteyerek Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi bu iptal istemini, tutulmakta olan defterlere ek olarak tutulması ve düzenlenmesi uygun görülen defter ve belgelerin niteliği, şekli ve kapsamını belirlemek ve değişiklik yapma yetkisi tanıyan düzenleme ile sınırlı olarak incelemiştir. İptal istemini reddettiği 15. 10. 1991 gün ve E:1990/29, K:1991/37 sayılı kararında⁸ Anayasa Mahkemesi;

⁸ R. G. 5 Şubat 1992 gün ve 21133. sayılı.

yasada sınırsız bir yetki tanınmadığı, vergi kayıp ve kaçağı için önlem getirildiği, görüşüyle ayrıntıları belirleme yetkisi tanınmasını ve teknik anlamda ceza değil, mali kolluk niteliği taşıyan cezai yaptırıma bağlanmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.

3. 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun yürürlüğe⁹ girmesinden sonra Vergi Usul Kanununa, 227'nci maddeden sonra gelmek üzere 4008 sayılı Yasanın 6'ncı maddesiyle mükerrer 227'nci madde eklenmiştir. Halen yürürlükte olan bu maddeye daha sonra 4108 sayılı Yasanın 5'inci maddesiyle, 233 sayılı KHK kapsamındaki kuruluş ve müesseseleri hakkında bu kuralın uygulanmayacağını öngören bir fıkra eklenmiştir.

Mükerrer 227'nci maddede Maliye Bakanlığına; vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Yasaya göre yetki almış meslek mensuplarına da imzalatılması zorunluluğu getirmek ve bu zorunluluğu beyanname türleri, yükümlü grupları ve etkinlik konularına göre ayrı ayrı uygulamaya; vergi yasalarında yer alan, bağışıklık, ayrıklık, yeniden değerlendirme, zarar mahsubu ve benzeri kurallardan yararlanılmasını, Bakanlıkça belirlenen koşullara uygun olarak yeminli mali müşavirlerce düzenlenmiş onay raporu sunulması koşuluna bağlamaya; bu uygulamanın usul ve esaslarını belirleme yetkisi tanındıktan sonra onay raporu sunma koşuluna bağlı konularda bu raporu zamanında sunmayan yükümlülerin, onaya konu haktan yararlanamayacağı da kurala bağlanmıştır. Bu son kuraldan dolayı aynı Yasanın 2'nci maddesiyle 30'uncu maddenin ikinci fıkrasına eklenen 8'inci bentle bu durum, resen tarh nedeni de kabul edilmiştir.

Maliye Bakanlığı, mükerrer 227'nci maddede tanınan yetkiyi çeşitli biçimlerde kullanmıştır. Bunlardan ilki olan "1" sayılı Genel Tebliğde¹⁰, yıllık gelir ve kurumlar vergisi beyannamelerinin, kendileriyle sözleşme

⁹ R. G. 13 Haziran 1989 gün ve 20194 sayılı

¹⁰ R. G. 23 Şubat 1995 günlü ve 22211 sayılı.

imzalanması koşulu da getirilerek, serbest muhasebeci ve serbest muhasebeci mali müşavirlerce imzalanması öngörülmüştü. Türkiye Barolar Birliği'nin, bu düzenlemeye karşı açtığı davada Danıştay Dördüncü Dairesi, dava konusu düzenlemeye dayanak oluşturan mükerrer 227'nci maddeyi Anayasa Mahkemesinin incelemesine sunarak, iptalini istemiştir, istemi, tarafları da dinleyerek inceleyen ve 26. 6. 1996 gününde verdiği E:1996/5, K: 1996/26 sayılı kararıyla sonuçlandıran Anayasa Mahkemesi¹¹, kuralı eşitlik ilkesine aykırı görmediği gibi vergi ödevinin yerine getirilmesi için zorunluluk öngörülürken ve idareye yetki tanınırken, bu zorunluluğun sınırları ve kimlere uygulanacağını yasada belirlenmemesinin Anayasaya aykırı düşeceğini, kuralın yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığını, belli meslek mensuplarına onay yetkisi tanınmasının da yeni bir hukuksal durum olarak düşünülmemeyeceğini belirterek, iptal istemini reddetmiştir.

"1" sayılı Genel Tebliğ, daha sonra yenisi yürürlüğe konularak yürürlükten kaldırılmış, Dairece de bu duruma bakılarak karar verilmiştir. Maliye Bakanlığı'nın sözü edilen sonraki düzenlemelerinden biri olan "4" sayılı Genel Tebliğ, bu kez bir serbest muhasebeci tarafından dava konusu yapılmıştır. Bu davada davacı, defterini tutmadığı halde bir yükümlünün beyannamesini imzalamakla dahi sorumlu tutulma kuralının menfaatini ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Danıştay Dördüncü Dairesi, "4" sayılı Genel Tebliğin davacının anladığı gibi değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiş, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu da 26. 2. 1999 gün ve E:1998/301, K:1999/142 sayılı kararında, sadece beyanname imzalama koşuluyla sorumluluğun, beyannamenin imzalanmasıyla sınırlı kalacağını belirterek temyiz istemini reddetmiştir,

Vergi Usul Kanununa 3762 sayılı Yasanın 3'üncü maddesiyle eklenen, elektronik ortamdaki kayıtlar ve elektronik cihazla belge düzenlemeye ilişkin mükerrer 242'nci madde ve bu maddeye 4731 sayılı

¹¹ R. G. 30 Haziran 2001 günlü ve 24448 sayılı.

Yasa ile eklenen ikinci fıkra; 256'ncı maddenin 4369 sayılı Yasanın 4'üncü maddesiyle değişik metni de Maliye Bakanlığı'na pekçok yetki tanımıştır.

Belirtilen düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesi'nce iptali gerekli görülmemiş olsa da hukuki güvenliği zedeleyen, yasallık ilkesine aykırı düşen düzenlemeler olduğu yönündeki inancımızı korumaktayız. Maliye Bakanlığı'nca uygun görülerek düzenlenmesi zorunlu kılınan belgelerin, hiç düzenlenmemiş sayılmasından doğan vergilendirmelerin konu yapıldığı davalarda konunun yeniden Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesinin gerekli olduğu kanısındayız.

VI. DEĞERLENDİRME :

Vergiyi doğuran olaylar ve işlemlerin, ceza gerektiren eylemlerin ve yaptırımlarının yasada düzenlenmesi, anayasal bir zorunluluktur. Vergi yasalarında bu zorunluluğa, görünüşte değil, gerçekten uyulmalıdır.

Toplumsal gerçekleri göz ardı eden ve sorunları vergi yükümlüleriyle uzlaşarak çözmek yerine, Anayasayı ve yasaları zorlayan önlemler, gerçekten çözülebilir sorunları daha da çözümsüz kılmaktadır.

Yaklaşık yirmi yıldır izlenen yöntemin, vergi kayıp ve kaçığını önlemediği, sistemi daha da bozduğu bilinmektedir. Kısaca değinmek gerekirse ; gelinen noktada ne vergi idaresi, ne yükümlüler ve ne de 3568 sayılı Yasaya göre yetki almış meslek mensupları hoşnut, güvenli ve başarılıdır.

Maliye Bakanlığı 1982 - 2003 yılları arasında, üçyüz kadar genel tebliğ yayımlamıştır. Bunların yaklaşık ikiyüzkırk kadarı, 3239 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış ve çok büyük bir kısmı, düzenlenmesi gereken belgelerle ilgilidir. Belge düzenleme konusunda ne denli karmaşık bir durum ortaya çıktığı, Bakanlık tarafından da bu düzenlemelerde dile getirilmektedir.

Vergi yükümlüleri yönünden durum daha da olumsuzdur. Örneklenecek olursa ;

- 167, 173, 206, 211, 222, 232, 238, 243 ve 253 sayılı Genel Tebliğler (VUK), sevk irsaliyesi ve irsaliyeli fatura ile ilgilidir. Her yenisi yapıldığında, öncekinin aykırı olmayan düzenlemesi yürürlükte tutulduğundan, doğruyu bulmak olanaksızlaşmıştır.

- Kambiyo defteri tutma zorunluluğu, 234 ve 238 sayılı (VUK) Genel tebliğleri ile iyice karmaşıklaşmış sonunda 4369 sayılı Yasa ile Yasanın bu defterin tutulmasını öngören mükerrer 196'ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

- Adisyon düzenlemeye ilişkin, 185, 200, 298 ve 299 sayılı (VUK) Genel Tebliğleri ile yaratılan durum, sevk irsaliyesine benzemektedir.

- Bankalar, sigorta şirketleri, sermaye piyasası aracı kurumları ve ikrazatçıların dekont uygulamasına ilişkin 243 ve 246 sayılı Genel Tebliğlerde, aynı işlem için çok sayıda belge düzenlenmesinin söz konusu olduğu, bu tebliğlerde açıklanmıştır.

Belgeleri onaylayan meslek mensupları da gerek mesleğin yürütülüşünden¹², gerekse belge düzenlenmesiyle ilgili uygulamadan yakınmaktadır¹³.

¹² Eren VESKE, Kamu Mâli Denetimi "ve Yeminli Mali Müşavirlik, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı. 175, s. 43.

¹³ Orhan İYİLER, İrsaliye Problemi, Yaklaşım Dergisi, Yıl. 11 Sayı. 124. , s. 201.

OTURUM BAŞKANI - Evet. Değerli izleyenler, panelistin birikimi yoğun olunca kaçınılmaz olarak bunları dinliyoruz ve zevkle izliyoruz, kendilerine teşekkür ediyorum.

Belgelendirme konusunu tartışmaya açıyoruz. Daha sonra, bu arada da Semra Hanım yoruldu, notlarını özetleyecek şekilde hazırlamalarını da istirham edeceğim, süreyi 35 dakika olarak kullandı. Bundan sonraki süremiz çok kısa olacak, onu özetlemenizi istirham edeceğim.

Belge konusunun değerlendirmesini yapıyoruz. Buyurun efendim.

NACİ ÇETİN (Mersin 2. Vergi Mahkemesi Başkanı) – Sayın Başkanım, değerli başkan ve konuklar;

20 Ocak 1982 tarihinde yayımlanan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında "Danıştay, Bölge idare Mahkemeleri, idare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır." denmektedir. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, idare mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 1. maddesi ile vergi mahkemelerini, kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulan genel görevli mahkeme olarak tanımlamış ise de Kanunun 6. maddesinde vergi mahkemelerinin görevleri tek tek sayılarak belirtilmiştir. Bunlar; Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalarla bu konulardaki Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uygulamasına ilişkin davalar. Bu haliyle vergi mahkemeleri "idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarının" çözümlenmesinde özel görevli mahkemeler olmaktadır.

Vergi mahkemelerinde görülen yazılı yargılamanın esasını oluşturan "vergide belgelendirme"nin ana kaynağı 213 sayılı Vergi Usul Kanunudur. Vergi Usul Kanununun 2. maddesinin B bendinde "Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır." dindikten sonra, "vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz. İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir." hükmü yer almıştır. Bu açıklamalar ışığında;

Vergi Usul Kanununun belirtilen 3. maddesinde yazılı "ispat" yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için tarafların yani vergi idaresi ile vergi mükelleflerinin kullanmak zorunda buldukları birtakım belgelerden söz etmek isterim.

Vergi idaresinin vergilendirmeye esas aldığı belgelerin başında "arşiv" kayıtlarına giren istihbari nitelikteki belgeler gelir. Örneğin gelir ve kurumlar vergisi beyannameleri, tapu ve ipotek işlemleri, sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullananların listeleri gibi. Devamlı bilgi toplama yanında Maliye Bakanlığı'nın belirleyeceği esaslar çerçevesinde gelen ve arşivde saklanan bilgiler de vergilendirmede birer kaynaktır. Vergilendirmeye esas olan öteki belgeler ise yoklama fişi, inceleme raporu, aramada elde edilen verilerle birer kanuni ölçü olan yetkililerce belirlenen tarife cetvelleri, arsa birim m² değerleri, bina m² maliyet bedelleri zirai kazanç ölçüleridir.

Vergi yükümlülerinin, vergi ödevlerinin yerine getirilmesinde kendilerine düşen bildirim, defter tutma ve vesikalar hakkında Vergi Usul Kanununun "İkinci Kitap"ında gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

İşe başlama, işi bırakma ile iş ve işyeri, adres değişiklikleri bildirimleri vergilendirmede önem arz eden birer belgedir. İş bırakma ile ilgili bildirimlerin süresinde veya hiç yapılmaması nedeniyle intikal eden çok sayıda dava vardır.

Defterler ile defter kayıtlarına esas olan belgeler vergilendirmede en önemli tevsik edici belgelerdir. Defter tutmaktaki amaç Vergi Usul Kanununun 171. maddesinde açıklanmıştır. Bunlar; mükelleflerin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumlarını tespit etmek, vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini tespit etmek, vergi ile ilgili muameleleri belli etmek, mükellefin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden kontrol etmek ve incelemek, hesap ve kayıtların yardımı ile üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumlarını kontrol etmek ve incelemektir.

Defterlerle ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 66. maddesinde de benzer hükümler vardır. İşletmenin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak durumlarını, her yıl içinde elde edilen neticeleri tespit etmek gibi.

Burada, gerek mükelleflerin gerekçe üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumlarını kontrol etmek ve incelemek amacıyla tutulan kanuni defterler ile belgelerin incelemeye yetkililere ibraz edilmemesi nedeniyle vergi dairesince haklarında yapılan vergilendirme işleminden dolayı vergi mahkemelerinde yaratılan uyuşmazlıklara da değinmek istiyorum. Defter ve belgelerin ibraz edilmemesi sonucu haklarında re'sen takdir işlemi yapılmakta, takdir komisyonlarına takdir olunan matrah veya matrah farkına göre gelir veya kurumlar vergisi tarhiyatı yapılmaktadır. Fakat defter ve belge ibraz edilmemesi sonucunda asıl önemli tarhiyat katma değer vergisinden çıkmakta, uyuşmazlıkta bu vergiden doğmaktadır. Zira Katma Değer Vergisi Kanununun 34. maddesine göre, katma değer vergisi indiriminin yapılabilmesi için, ödenen katma değer vergisinin alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikaların kanuni

defterlere kaydedilmek koşulları getirilmiştir. Bu iki koşulda birlik gerçekleşmediğinde başka bir ifade ile ibraz olunmamak suretiyle tevsiki mümkün olmadığında indirim konusu yapılan katma değer vergileri kabul edilmeyerek tarhiyata konu olmaktadır. Konu ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesi ile kendilerine verilen inceleme yetkisine dayanarak, yükümlülerin incelemeye ibraz etmedikleri defter ve belgelerinin mahkemeye ibraz edileceğini bildirmeleri üzerine ibrazı sağlanan defter ve belgeler üzerinde bizzat veya bilirkişi kanalıyla inceleyerek işlemin hukuka uygun olup olmadığına karar vermişlerdir. Bu kabil kararlar çoğunlukla Danıştay'ın onayından geçmekte iken Danıştay'ın iki görüş değişikliği ile Genel Kurulun görüşü ile de en son olarak "idari yargı yetkisi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlandırılmıştır. İdari yargı yerlerinin bu denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin, kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığına araştırılmasını kapsar: yoksa söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerine kullanılması sonucu yaratmaz" gerekçesine dayanılarak mahkemeye sunulan defter ve belgeler üzerinde davalı vergi idaresince inceleme yapılmasına olanak sağlanması ve bu inceleme sonucu alındıktan sonra karar verilmesi gerektiği görüşü ile vergi mahkemesi kararları bozulmuştur.

Amacım yüksek mahkeme kararlarını eleştirmek değildir. Ancak, uyuşmazlığın çözümlenmesine esas olmak üzere mahkemeye ibraz olunan defter ve belgeler üzerinde inceleme yapmak veya yaptırmak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesi ile kendilerine verilen "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar" hükmüne dayanmaktadır. Vergi idaresine kendine ait bir davada inceleme yaptırmak uyuşmazlığın konusu dışında başka bir uyuşmazlık yaratmak

demektir. Fakat bu inceleme sonunda idarece yeni bir işlem tesisi de olmayacaktır. Uyuşmazlık "indirim konusu" yapılan KDV'den doğmuş olmasına rağmen bu kez belki de tahsil edilen KDV dava konusu edilen miktarı değiştirecektir. Herşeyin ötesinde yargı icranın eline düşmüştür. Onun sonucunu beklemek dosyaları bir süre rafa kaldırmak olacaktır. Bu olumsuzluklar düşünüldüğünde, hak ve nesafet kuralları gözetilerek yani defter ve belgeleri ibraz edenle etmeyenleri ayırt etmek suretiyle Vergi Usul Kanununun 13. maddesinde yazılı "mücbir sebep" halleri gözetilerek karar verilmesinin daha uygun olacağı görüşümdedir.

Yükümlüler Vergi Usul Kanununun 227. maddesi ile "Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça bu kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların "tevsiki mecburiyeti getirilmiştir. Tevsik edici belgeler kanunda sayılmıştır. Bunlar;fatura, sevk irsaliyesi, perakende satış vesikaları (satış fişi, ödeme kaydedici cihaz fişi, giriş ve yolcu taşıma biletleri), gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, bordro yerine geçen diğer vesikalar, taşıma irsaliyeleri, yolcu listeleri; bunların dışında kalan ve bir hüküm ifade eden icabında bir hakkın ispatında delil olarak kullanabilen mukavele, taahhütname, kefaletname, mahkeme ilamları gibi hukuki vesikalarla ihbarname, karar örnekleri, vergi makbuzları gibi evraklardır.

Kayıt ve beyanların tevsikinde kullanılan en önemli belgelerden birisi de kuşkusuz "Fatura"dır. Faturanın tanımı 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 229. maddesinde "satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır." şeklinde yapılmıştır. Bu tanıma göre fatura gerçek mal ve hizmet alım satımı karşılığında düzenlenmekte ve kullanılmaktadır. Hal böyle iken ne yazık ki son 15 yıldır faturalar gerçek mal ve hizmet alım satımından çıkıp sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı bir vesika olarak kullanılmaya başlanılmıştır. Halk arasında "nylon fatura" olarak adlandırılan sahte

veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı mahiyetteki bu gerçek dışı faturalar bilhassa bölgemizde çok yaygın bulunduğundan burada değinmek gereğini duydum.

Sahte fatura kullanma ihtiyacının 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununda yer alan "Vergi indirimi" ile ihracatta "Vergi iadesinden" doğduğunu söylemek istiyorum. Vergi indirimi ve vergi iadesi mal ve hizmet alımları sırasında yüklenilen yani ödenen katma değer vergileridir. Bunların indirimi için alış belgeleri üzerinde ayrıca gösterilmesi gerektiğine yukarda değinmiştik. Bazı meslek gruplarının mal ve hizmet alımlarını fatura ile belgelendirmeleri mümkün olmamaktadır. Bunlar daha çok fatura vermek zorunda olmayan vergiden muaf esnaf, müstahsiller, nakliye ve hamallar gibi. Bunlardan alınan mal ve hizmetler için herhangi bir KDV ödemesi olmadığından, alınan ve hizmet karşılığı kadar belgeyi başkasından temin etme yolu seçilmektedir. Sınır ticareti kapsamında gelen mallar için de durum aynıdır. Tabi müstahsil makbuzu veya gider pusulası yerine buralardaki alımları karşılayacak şekilde fatura temin etmenin stopaj yapmama, ticari karı azaltma gibi avantajları vardır. Kişisel görüşüm odur ki, fatura dışındaki müstahsil makbuzu ile gider makbuzlarında da KDV gösterilmesinin sahte belge kullanımını azaltması veya ortadan kaldırması sağlanabilir.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Naci Çetin'e katkılarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Değerli izleyiciler hemen ticari ortaklığın vergi borcundan ortaklığın yöneticilerinin hangi oranda hangi koşullarda sorumlu olacaklarını inceleyecek tebliğini sunmak üzere tekrar değerli meslektaşımıza söz veriyoruz.

SEMRA KAYIR (Danıştay Üyesi) – Teşekkür ederim.

TİCARET ŞİRKETİ TEMSİLCİLERİNİN ŞİRKETİN VERGİ BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU

I. KAPSAM :

Vergi Usul Kanunu ve 6183 sayılı Kanun, iki ayrı idari usul yasasıdır. 6183 sayılı Yasa kamu alacağı niteliğini kazanmış alacakların takip ve tahsilini konu edindiği halde, Vergi Usul Kanunu, vergi, ceza, harç ve benzeri mali yükümlerin tarh ve tahakkuku ile vadelerinin dolmasına değin geçen süreçte geçerli olan kuralları kapsamaktadır. Bir alacağın kamu alacağı niteliği kazanması için vadesinde ödenmemiş olması gerekir.

Vergilendirmeden doğan ve tüzel kişilere düşen ödevleri yerine getirme ödevi yüklenen kimseleri belirleyen kural, Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinde yer almakta ve aşağıdaki düzenlemeyi içirmektedir :

"Tüzelkişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzelkişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alnamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır.

Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler.

Tüzelkişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz. "

Vergi yükümlüsü veya vergi sorumlusu durumundaki tüzel kişiliği olan veya olmayan kişi ve mal topluluklarına düşen vergi ödevlerinin kimler tarafından yerine getirilmesi gerektiğini belli eden birinci fıkra, Vergi Usul Kanununun düzenleme alanı içinde kalmaktadır. Maddenin izleyen fıkraları ise asıl yükümlüsü veya sorumlusundan tahsil edilememiş, kamu alacağı niteliğini kazanmış alacakların tahsil edileceği kimseleri belli etmekte ve bu kimselerin rücu hakkını saklı tutmaktadır. Maddenin ikinci ve sonraki fıkraları, içerdiği düzenleme nedeniyle tahsilat hükmü olmasına karşın yöntemini göstermemektedir. Bu nedenle, sözü edilen fıkraların içerdiği düzenlemelerin, 6183 sayılı Yasada yer alması gerektiğinin düşünülmesi olanaklıdır. Ne var ki yasa yapıcı, evvelce tüzel kişilik adına tahakkuk etmiş, vadesinde ödenmemiş, tüzel kişinin varlığından da tahsil edilememiş alacakların, birinci fıkrada sorumlu tuttuğu kimselere yeniden ve aynı yöntemle bildirilmesini gereksiz görmüştür. Gerçekten böyle bir bildirimde gerek de yoktur. Tüm yargı yolları tüketildikten sonra varılan bu noktada, kesinleşmiş alacağı en kısa sürede sorumlularından tahsil etmekte kamu yararı vardır.

Yasa yapıcının bu yaklaşımından dolayı birinci fıkrada gösterilenler; tüzel kişinin varlığından tahsil edilemeyen kamu alacağı kişisel varlıklarından alınacak kimseler olarak, kamu borçlusu sayılmışlardır. Hukukumuz, sözü geçen kimselere kamu borçlusu sıfatının verilmesine olanak tanımaktadır.

6183 sayılı Yasanın 3'üncü maddesi "amme borçlusu ve borçlu" teriminin, kamu alacağını ödemek zorunda olan gerçek ve tüzel kişileri ve bunların kanuni temsilci veya mirasçılarını ve vergi yükümlülerini, vergi sorumlusunu, kefil ve yabancı kişi ve kurum temsilcilerini ifade

ettiği yolundaki kuralıyla sözü geçen kimselerin kamu borçlusu sayılmasına olanak tanımış olmaktadır. Bu nedenle Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesine göre sorumlu olanlar, 6183 sayılı Yasanın 54'üncü maddesinde yazılı cebren takip yollarıyla takip edilmektedir.

Düzenlemesinin belirtilen özellikleri nedeniyle Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesi, bir bütün olarak özel ve ayrıksı bir sorumluluk kuralıdır.

Vergi Usul Kanununun 333'üncü maddesinde;

"Tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden tevellüt edecek vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir.

Tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin vergi sorumluluğu hakkında bu kanunun 10. maddesi hükmü vergi cezaları hakkında da uygulanır. (...)" kuralı yer aldığından aynı kimseler, tüzel kişinin varlığından tahsil edilemeyen vergi ve cezalardan oluşan kamu borçlarının sorumlusudur.

Ticaret şirketi temsilcilerinin şirketin vergi borçlarından sorumluluğu; başlığa, bağlı kalınarak, Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesiyle sınırlı olarak incelenecektir.

II. HUKUKSAL DURUM :

1. ÖZEL HUKUK:

Türk Medeni Kanunu, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanan; başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ile belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları şeklinde tanımladığı tüzel kişileri, insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil kabul etmiştir (TMK. m. 47-48). Fiil ehliyetini yasaya ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla kazanan ve iradesini organları aracılığıyla açıklayan tüzel kişilerin organlarının, bütün filleri ve hukuki işlemleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağı, organların ise kusurları nedeniyle ayrıca kişisel

olarak sorumlu olduğu kurala bağlanmıştır (TMK. m. 49-50), Ticaret şirketleri hakkındaki hükümler saklı tutulmuştur (TMK. m. 55)

Türk Ticaret Kanunu (m. 138) da şirketler hakkındaki özel düzenlemesini saklı tutarak, Medeni Kanunun değinilen kuralları ve ticaret şirketleri hakkındaki genel hükümlerde düzenlenmeyen konularda Borçlar Kanununun 520-541'inci maddelerinin, uygun düşüğü ölçüde ticaret şirketleri hakkında da uygulanmasını benimsemiştir. Tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketlerini, şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusuyla sınırlı olarak tüm hakları kazanıp, borçları yüklenebilecek hukuki varlıklar olarak kabul etmiştir (TTK. m. 137).

Türk Ticaret Kanununun kooperatif şirketlere ilişkin kuralları, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığından, hukuk düzenimizde ticaret şirketi olarak varlık tanınmış kollektif, komandit, anonim ve limited şirketler olmak üzere dört tür şirket bulunmaktadır (TTK. m. 136).

Ticaret şirketlerini bu düzenlemelerden yola çıkarak, sözleşmesinde yazılı işletme konusuyla sınırlı olmak üzere fiil ehliyetine sahip, iradesini oluşturan ve bu iradeye uygun olarak varlığını örgütü içinde ve dışında temsil eden organları bulunan özel hukuk tüzel kişileri olarak tanımlayabiliriz.

Ticaret şirketlerinin iradesinin olduğu organın, ortaklarının oluşturduğu kurul olduğunda tartışma bulunmamaktadır. Kurulun oluşturduğu iradenin yerine getirilmesi, şirketin, örgütü içinde ve dışında temsilini sağlayan kimselerin veya kurulun, organ niteliğini taşıdığı ise genellikle kabul edilmektedir¹. Ancak, yönetim işlerine katılan ve şirketi temsil yetkisi tanınan diğer kimselerin bu niteliği tartışmalıdır. Yönetici kurula katılarak temsil yetkisini taşıyan, görevine yönetici kurul tarafından son verilemeyen, aralarındaki uyuşmazlıkların

¹ Jale G. AKİPEK, Türk Medeni Hukuku, C. 1. , Şahsın Hukuku Ankara 1966, s. 275.

irade organı tarafından çözümü gerekenlerin de organ niteliği taşıdığıının kabul edilmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır².

Vergi Usul Kanununun, tüzel kişilerin ödenmeyen borçlarından kanuni temsilcileri sorumlu tutan kuralının uygulanmasında, ticaret şirketlerinin yönetimi ve temsiliyle görevli olan kimselerin bu sıfatlarının, genel düzenlemelere de bakılarak Türk Ticaret Kanununda her şirket türü için yapılmış özel düzenlemeler uyarınca, belirlenmesi uygun olacaktır.

2. VERGİ HUKUKU:

Vergi hukukunda vergi yükümlülüğü ve sorumluluğu için kanuni ehliyet aranmadığı ve vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmesi. yükümlülük ve sorumluluğu kaldırmayacağı için³ ehliyeti, konusu (amacı) ile sınırlı tutulan ticaret şirketlerinin amaç dışı veya organlarının varlığı tartışmalı durumlardaki hukuki, işlemleri vergilendirmeye engel değildir.

Vergiyi doğuran olayın konusuna giren tüm işlemlerinden doğan vergiler ve vergi yasalarına aykırı eylemlerden doğan vergi cezaları, şirketlerin tüzel kişiliği adına salınır ve kesilir. Kural bu olmakla birlikte Gelir Vergisi Kanunu, sadece şirket kazancının vergisi yönünden kollektif şirketlerde ortakları, komandit şirkette; komandite ortakları vergi yükümlüsü kabul etmiştir (GVK. m. 37/3, 66). Komandit şirketlerin şirket kârından komanditer ortaklara ödenen paylar da ortak adına vergilendirilmektedir (GVK. m. 75-94). Ortakların gelir vergisi yükümlüsü olduğu bu durumlarda da şirket kazancının noksan hesaplanmasından doğan cezalar, genel kural gereği şirket tüzel kişiliği adına kesilmektedir (VUK. m. 333).

Kazanç sağlamak ortak amacıyla kurulan ticaret şirketlerinden paylı komandit, limited ve anonim şirketler, şirket kazancının

² AKİPEK, a. g. e. , s. 276.

³ Vergi Usul Kanunu, m. 9.

vergilendirilmesinde sermaye şirketi olarak kurumlar vergisine tabi tutulmuştur (KVK. m. 2).

III. KANUNİ TEMSİLCİLER :

1. KOLLEKTİF ŞİRKET

Türk Ticaret Kanununun ticaret şirketlerine ilişkin düzenlemelerinin tümünde, yasanın buyurucu kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, sözleşmenin bağlayıcı gücü öne çıkarılmıştır. Aynı zamanda, şirketin yönetimi ile temsilinin ayrı işler olduğu yeri geldikçe ve yönetimin bir hak ve görev; temsilin ise bir yetki olduğu belirtilmek suretiyle vurgulanmıştır. Şirketlerin kimler tarafından yönetileceği ve temsil edilebileceğine ilişkin kurallarında, şirketlerin yapısına önem verildiği de anlaşılmaktadır.

Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu sınırsız olan kollektif şirketler, yazılı şekle bağlı sözleşmelerinin, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret sicilinde tescil ve ilan edilmesiyle tüzel kişilik kazanır (TTK. m. 153, 154, 157).

Şirketin, amacına ulaşmak için konusuna giren ve yapılması gereken iş ve işlemler, yönetim işleri (m. 165) olarak kabul edilmiştir. Sözleşmede bulunması gereken zorunlu kayıtlar arasında şirketin kimler tarafından yönetileceğinin belirtilmesi aranmamıştır (TTK. m. 155). Şirketi temsile yetkili kimselerin ve bu yetkinin ne şekilde kullanılacağına sözleşmede gösterilmesi ise zorunlu kayıtlardan kabul edilmiştir (TTK. m. 155/f. 1. 6). Zorunlu olmasa da şirketi yönetme hak ve görevi bulunanların sözleşmede gösterilmesine engel bulunmadığı gibi 160'ıncı maddede, şirket sözleşmesiyle bu görevin ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebileceği, sözleşmede bu doğrultuda kural yoksa, şirketi yönetme hak ve görevinin bütün ortaklara ait olduğu kabul edilmiştir. Aynı maddeden, sözleşmede tersine hüküm yoksa sonradan, ortakların çoğunluğuyla verilecek kararlar bu görevin aynı şekilde bir veya birkaç ortağa yahut tüm ortaklara verilebileceği anlaşılmaktadır.

Şirket sözleşmesinde, şirketin yönetimiyle görevli olanların birlikte hareket etmesi öngörülmüşse, ortaklardan biri, sadece gecikmesinde sakınca bulunması koşuluyla, diğer ortakların olumlu görüşünü almadan işlem yapabilir. Bunun dışındaki hallerde, oybirliği arandığından, yönetim birkaç ortağa bırakılmış olsa bile son sözü ortaklar kurulu söyleyecektir (TTK. m. 163/2). Sözleşmede birlikte hareket öngörülmemişse, yönetimle görevli ortakların her biri tek başına yetkilidir. Ancak, yönetimle görevli ortakların çoğunluğunun kararı, tek başına yetkili ortağın anlaşmazlığa düşülen işi yapmasına engel kabul edilmiştir (TTK. m. 163/1).

Yönetim görevinin bir ortağa verilmesi halinde ise görevin, sözleşmeden veya ortaklar kurulu kararından doğmasına göre ayırım yapılmıştır. Ortakların kararıyla bir ortağa verilen yönetim görevinin, yine ortakların çoğunluklu vereceği kararla kaldırılabilmesi, çoğunluk sağlanamazsa, yargı yerinden istenebileceği kurala bağlanmıştır (TTK. m. 162). Sözleşme ile şirketi yönetmekle görevlendirilen bir ortağın bu yetkisinin, ancak, görevin yerine getirilmesinde basiretsizlik, ağır ihmal ve yönetimde yetersizlik gibi haklı nedenlerle ve mahkeme kararıyla sınırlandırılıp, kaldırılabilmesi, hileye dayanmamak koşuluyla bu ortağın, şirketin yönetimi ile ilgili iş ve işlemlerinin, diğer ortaklarca sınırlanamayacağı ve kaldırılamayacağı kabul edilmiştir (TTK. m. 161).

Yasa yapıcı, kolektif şirketlerde şirketin yönetiminin, ortaklar dışındaki kimselere bırakılmasının, bu şirketlerin yapısı ile bağdaşmadığı ve gerekirse ticari mümessil veya vekil atayabileceklerini ancak, bu kimselerin de teşebbüs sahibi durumundaki ortaklara eşdeğer bir konumda olamayacaklarını, 160'inci maddenin gerekçesinde belirtmiş olduğundan, bu gibi kimselerin, ortakların oybirliğiyle verdiği kararla atanıp, azli olanaklıdır⁴.

Şirketin, ortaklardan ayrı ve başlı başına bir varlık olması kadar, üçüncü kişilerle yapılması gereken işlemlerinden dolayı fiil ehliyeti

⁴ İsmail DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1. »Ankara 1974. s. 480-481.

bulunan ve onun adına işlem yapabilen gerçek kişilere yetki verilmesine gereksinme vardır. Şirketin amacına dahil her türlü iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve bu amaçla ticaret unvanını kullanma yetkisini ifade eden temsil yetkisi, sözleşmede tersine kural yoksa şirketi yönetme hak ve görevinde bulunanlara ait olup, üçüncü kişilere karşı, bu yetkiyi sınırlayan şartlar hukuksal sonuç doğurmamaktadır (TTK. m. 175, 176). Üçüncü şahıslara karşı sadece şirkete borç yüklenebilmesi için sözleşmede birden çok kimsenin imzasının aranmasına ilişkin koşullar geçerlidir (TTK. m. 176/2). Bu nedenle, şirketi temsile yetkili olanların gösterilmesi ve ne şekilde temsil edeceklerinin belirlenmesi, sözleşmenin zorunlu koşullarından sayılmış ve şirketi temsil edenlerin şirket adına yapacağı işlemlerden doğan hak ve borçların, şirkete ait olduğu 177'nci maddede kurala bağlanmıştır.

Sözleşmede tersine kural yoksa bütün ortakları yönetim hakkını kullanmakla görevli kolektif şirketlerde, şirketi temsil yetkisinin sözleşme ile bir veya birkaç ortağa bırakılması, etkinliklerin daha kolay yürütülmesi içindir. Nitekim, düzenleme gereği temsil yetkisine sahip olan kişiler ve temsil şekli, sözleşme değişikliğini de gerektirmektedir. Temsil yetkisi kullanılarak faaliyette bulunması yapısından doğan kolektif şirkette ortaklar, bu işlemlerden doğan borçlardan müteselsilen ve sınırsız olarak sorumludur. Şirkete sonradan giren kimse dahi evvelki borçlardan aynı şekilde sorumlu tutulmuş (TTK. m. 178/1-2) olduğundan, kolektif şirketi yönetme görevinin hangi şekilde olursa olsun ortaklardan birkaçı veya birine, temsil yetkisinin ise kime bırakıldığının önemi bulunmaksızın, şirket tüzel kişiliğinin varlığından tahsil edilememiş ve tahsilinde de kamu yararı bulunan vergi borçlarının, ortaklardan her birinin varlığından tahsili mümkün olmalıdır.

Ticaret Kanununun, kolektif şirketi yönetmek ve şirketin temsili ile ilgili kurallarının, ortaklar arası ilişkileri düzenlemek amacıyla öngörüldüğü göz önüne alındığında, şirket tüzel kişiliğine ait borçlar nedeniyle üçüncü kişilere tanınan, ortakların her birine tüm borç için yönelme olanağının, öngörülüş amacı şirketten, kamu alacaklarının daha

fazla gecikmeden tahsili olan Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesiyle engellendiği değil, olanaklı kılındığı düşünülmelidir. Tersini düşündüğünde, vergi idaresinin, önce şirketi yöneten ve temsil eden ortakları takip etmesi, bu takiplerden sonuç alamazsa, genel hükümlere göre ortaklara başvurması gerekecektir. Sözü edilen 10'uncu maddenin amacının bu olmadığı kanısındayız.

2. KOMANDİT ŞİRKET :

Şahıs şirketlerinden olan ve komandite ve komanditer ortaklardan oluşan komandit şirketlerde komanditeler, şirketin borçlarından dolayı sınırsız sorumlu gerçek kişilerdir. Tüzel kişi de olabilen komanditerlerin sorumluluğu, belli bir sermaye ile sınırlıdır (TTK. m. 243). Bir şirketin komandit olduğunun kabulüne şirketin unvanında bu ifadeye yer vermek yetmediğinden, sözleşmesi incelenerek gerçekten komandit şirket olmadığı belirlenenlerin (TTK. m. 245), kolektif şirket sayılması öngörülmüştür.

Komandit şirketin yönetimi ve temsili komandite ortağa veya ortaklara ait ve kolektif şirkete ilişkin düzenlemelere bağlıdır (TTK. m. 257) Şirkette ticari mümessil veya vekil sıfatıyla görev verilebilen ve yönetim işleri dışında oy kullanabilen komanditerler, isimleri şirketin adına dahil olmadıkça, sermaye paylarından şirkete olan borçları düzeyinde sorumlu olduklarından, komandit şirketin tahsil edilemeyen vergi borçları, Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesine göre komandite ortaklardan cebren takip edilebilir.

3. ANONİM ŞİRKET :

Kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi amacı faaliyet konusu edinebilen anonim şirketler, bir unvan altında, belirli ve paylara bölünmüş esas sermayeye sahip, borçlarından dolayı yalnız mal varlığı ile sorumlu, ortaklarının sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye payı ile sınırlı, tüzel kişiliğe sahip, kuruluşundan başlayarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığının denetimi altında olan şirketlerdir (TTK. m. 273-274).

Ticaret sicilinde tescil ve ilan edilmekle tüzel kişilik kazanan, en az ellimilyar lira sermayeli kurumlardır.

Genel kurul, idare meclisi (yönetim kurulu) ve murakıplardan oluşan üç organa sahip olan anonim şirket, yönetim kurulu tarafından idare ve temsil edilir (TTK. m. 317).

Yönetim kurulu, genel kurul tarafından ve anasözleşmede engel yoksa yeniden seçilebilen, en çok üç yıl görevlendirilebilen pay sahiplerinden oluşur (TTK. m. 312, 314).

Türk Ticaret Kanununun anonim şirkete ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, şirketin yönetimiyle ilgili görevlerin, genel kurul ile yönetim kuruluna paylaştırıldığı görülmektedir. Bu iki kurul, biri diğerinin görevine müdahale etmeyecek, ancak etkileşim içinde olacak şekilde görevlendirilmiştir. Anonim şirketin genel kurulu, yapısı gereği sürekli toplanmayan bir kurul olmasına karşın, yönetim kurulu, faaliyeti sürekli olan kuruldur⁵. Kural olarak yönetim kurulu, şirketin işletme sahibi, işvereni ve kanuni mümessilidir⁶. Şirketin ticari ve teknik yönden yönetimi bu kurula ait olmakla birlikte, yönetim kurulunun baskın niteliği, karar organı olmasındadır⁷. Yönetim kurulu, genel kurul kararlarının gereğini tam ve zamanında yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak, bu kurulun üyelerinin seçimi, azli, yetkisi varsa şirket çalışanları ve müdürlerinin belirlenmesi, tüm pay sahiplerini temsil eden organ olması, yönetsel konularda son sözü söylemesi yönünden genel kurul, organların en üstünde olmakla birlikte temsil yetkisi yoktur.

Şirketin yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunacağını 317'nci maddesinde düzenleyen Yasa, 337'nci maddesinde de yeni seçilen veya atanan yönetim kurulu üyelerini, kendilerinden önceki yönetim kurulu üyelerinin, belli olan yolsuz işlemlerini murakıplara bildirmekle yükümlü kılması, aksi halde o sorumluluğa katılacaklarını öngörmüştür.

⁵ Sait Kemal MİMAROĞLU, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Ankara 1967. s. 3.

⁶ MİMAROĞLU, a. g. e., s. 5.

⁷ MİMAROĞLU, a. g. e., s. 10.

Şirketten tahsil edilemeyen kamu alacaklarından sorumlu tutulacak kanuni temsilcilerin belirlenmesinde, vergiyi doğuran olayla ilgisi varsa, bu kuralın da göz önüne alınması gerektiğinde kuşku olmamak gerekir.

Anonim şirketlerin kanuni temsilcilerinin belirlenmesinde en çok tartışma yaratan düzenleme, Yasanın 319'uncu maddesinde yer almaktadır. Bu maddede ;

"Esas mukavelede idare ve temsil işlerinin idare meclisi azaları arasında taksim edilip edilmeyeceği ve taksim edilecekse bunun nasıl yapılacağı tesbit olunur. İdare meclisinin en az bir azasına şirketi temsil yetkisi verilir.

Esas mukavele ile temsil yetkisinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine yetki verilebilir. Bu gibi kayıtlar bulunmadığı takdirde 317 nci madde hükmü tatbik olunur." kuralı yer almıştır.

Şirketin yönetimi, yasa ve anasözleşme ile yönetim kuruluna verilmiş görevler ve genel kurul kararlarının yerine getirilmesine ilişkin iş ve işlemlerin tümünü kapsamaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, temsil yetkisinin de bölünebileceği gibi bir anlatım varsa da 321'inci maddede, temsil yetkisinin sınırlandırılmayacağı belirtildikten sonra bu yetkinin, merkezin veya şubenin işlerine özgülenmesinin yahut şirket adına düzenlenecek evrakta çift imza aranmasının sınırlama sayılmayacağı belirtildiğinden, temsil yetkisinin değil, idare işlerinin bölünmesi ve üyeler arasında dağıtılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır⁸. Merkez veya şubeye özgü temsil yetkisi de bir bütün olarak bırakılmaktadır.

Dolayısıyla birinci fıkrada, temsil yetkisinin bir bütün olarak yönetim işlerinden ayrılması ve yönetim kurulu üyelerine dağıtılması öngörülmüş olmaktadır. Fıkra, bu şekilde dağıtım yapılabilmesini,

⁸ Tuğrul ANSAY, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1970. s. 102.

anasözleşmede izin veren ve yöntemini gösteren bir kural bulunmasına bağlamaktadır. Öngörülmemişse böyle bir dağıtım yapılamayacaktır.

Yönetim işlerinin, yönetim kurulu üyeleri arasında bölüşülmesi ise sadece bir işbölümüdür. İşbölümünde, üyelerin her biri yönetim kuruluna düşen işlerden ve görevlerden bir kısmını yerine getirmiş olur, işlemler birlikte yapılmış sayılır. Bu yüzden, o işlemlerden dolayı diğer yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kalkmaz⁹. Buna karşılık, anasözleşmede öngörülen şekilde ve ona uygun olarak, yönetim işlerinin üyeler arasında dağıtılması halinde, bu dağıtıma ilişkin işlemlerden doğan sorumluluğun, işin yönetimi kendisine bırakılan üyeye ait olması gerekmektedir. Ancak, bu dağıtım sözleşmeden doğduğundan ve vergi hukukunda özel sözleşmeler vergi idaresini bağlamadığından (VUK. m. 8/3), vergi borcundan sorumluluk konusunda böyle bir ayırımın ve dağıtımın etkisi olamaz.

Maddenin ikinci fıkrası, temsil yetkisinin ve idare işlerinin tümü ya da bazılarının, yönetim kurulu üyesi olan murahhaslara veya pay sahibi olması gerekmeyen müdürlere bırakılabilmesini ve anasözleşmede, genel kurul veya yönetim kuruluna yetki verilmesini düzenlemektedir. Bu fıkranın gerekçesinde; "... Gerek mer'i kanunda, gerekse İsviçre ve Alman kanunları hükümlerince, idare meclisinin kendisine ait olan temsil ve idare yetkisini içinden bazılarına kısmen veya tamamen bırakması mümkündür. Bundan başka tatbikatta idare meclislerinin idare ve temsil işlerini murahhaslara veya müdürlere bırakması hemen hemen mutlak bir durumdur. Bu itibarla 319 uncu madde bu mutlak durum esas alınarak yazılmış ve bu cihetlerin esas mukavele ile başka şekilde tanzim olunabileceği belirtilmekle iktifa edilmiştir." açıklaması yer almaktadır¹⁰.

Gerekçede yer alan bu anlatımlardan, yasa yapıcının, alışlagelmiş bir işleyişi yasal kılmak istediği, bunu olanaklı kılabilmek için anasözleşmede öngörülmek koşuluyla, genel kurula veya yönetim

⁹ DOGANAY, a. g. e. , s. 702.

¹⁰ TBMM Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe. , s. 300.

kuruluna yetki verilebileceğinden başka bir düzenleme yapmak istemediği açıkça anlaşıldığına göre murahhaslara veya pay sahibi olması gerekmeyen müdürlere bırakılabilen, yönetme yetkisi değil, yönetsel işlerdir. Fıkra sonunda 317'nci maddeye yapılan göndermenin ise böyle bir görev dağıtımı yoksa o işlerin de yönetim kuruluna ait görev kapsamında olduğunu vurgulamaktan başka bir anlam taşımadığını düşünmekteyiz. Bu yüzden, yönetsel işlerin zaten yönetim kurulu üyesi olan murahhasa bırakılması yönetim kurulunu etkilemeyeceği gibi pay sahibi olmayan müdürler, ister bütün işler, isterse sadece icra işleriyle (m. 342) görevlendirilsinler, her koşulda yönetim kurulunun emir ve talimatı altındadırlar¹¹. Bu fıkranın, yönetim kuruluna ait görevlerin tümünün müdürlere bırakılmasına olanak verdiği yasadan dolayı da kabul edilemez. Aksi halde şirket hakkında en doğru kararlara tartışılarak varılması amacıyla yönetim organını, kurul halinde düzenleyen yasa yapıcının, bu amacı ortadan kaldırılmış olacağı gibi birçok yönetsel görev ve iş sadece yönetim kurulu tarafından yerine getirilmek gerekmektedir. Bu yüzden ikinci fıkraya göre yapılan görevlendirmeler, yönetim kurulunun sorumluluğunu kaldırmaz¹².

Anonim şirketlerin örgütlenme yapısındaki bu karmaşıklık nedeniyle, kimlerin hangi işleri hangi kural ya da karara göre üstlendiği, bu kararların anasözleşmeye uygunluğu, ancak yargı denetimi sırasında belirlenebileceğinden, vergi borcunun tümü için müteselsil sorumluluk kuralı uyarınca tüm yönetim kurulu üyeleri için takibe geçilmesi, sorumluluğu kalkanların yargı yeri tarafından saptanması gerekmektedir.

4. LİMİTED ŞİRKET:

Ortak sayısı elliden çok olamayan limited şirketler, iki veya daha fazla gerçek ve tüzel kişi tarafından kurulan, sermayesi belirli, ortaklarının sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı, sermayesi

¹¹ MİMAROĞLU, a. g. e. , s. 76.

¹² Halil ARSLANLI, Anonim Şirketler, C. II III, s. 206.

için hisse senedi çıkaramayan şirketlerdir (TTK. m. 503). Kuruluşları, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının iznine bağlı olup, ticaret sicilinde tescil ve ilan ile tüzel kişilik kazanırlar (TTK. m. 509, 512). Sözleşme gerektirdikçe ve en geç her iş yılının sona ermesini izleyen üç ay içinde toplanan genel kurul, müdürlerin ibra, tayin ve azilleri, sözleşme değişikliği, murakıpların tayin ve azli, payların bölünmesi, dönem kârının kullanma şeklinin belirlenmesi, organlara veya pay sahiplerine tazminat talebinin açıklanması yetkilerini devredemez (TTK. 530, 539).

Ortakların hep birlikte ve müdür sıfatıyla şirket işlerini yönetmek ve temsile yetkili ve zorunlu olduğu kurala bağlanan 540'inci maddenin ikinci fıkrası, sözleşme veya genel kurul kararıyla şirketin yönetimi ve temsilinin ortaklardan bir veya birkaçına bırakılabileceğini düzenlemiş, genel kurulun ayrı bir kararı olmadıkça, şirkete sonradan giren ortakların şirketi idare ve temsil edemeyeceği kurala bağlanmıştır. Yetki ve sorumlulukları ortak olan müdürlere ait kurallara bağlı tutularak, sözleşme veya genel kurul kararıyla şirketin yönetimi ve temsilinin ortak olmayan müdürlere de bırakılabileceği 541'inci maddede öngörülmüştür.

Limited şirketler için anonim şirkette olduğu gibi yönetim işlerinin bir kısmının bir veya birkaç ortağa ya da ortak olmayan kimselere bırakılması benimsenmemiş, yönetim işleri bölünmemiştir. Sadece yönetim işleriyle, şirketin temsilinin ayrılması ve dağıtılması olanaklıdır. Bütün ortakların hep birlikte şirketi yönetmeye ve temsile "mezun ve mecbur" oldukları ifadesi yer alan 540'inci maddedeki zorunluluğun yönetime, yetkinin ise şirketin temsiline ait olduğu anlaşılmaktadır". 511'inci maddede tescil ve ilanı gereken hususlar arasında, bu iş ve yetkinin ayrı ayrı gösterilmesi de bunu doğrulamaktadır.

Bu nedenle, hangi şekilde tanınmış olursa olsun, şirketin dışı karşı temsilini ifade eden ve sınırlandırılmayan; ortaklardan biri ya da birkaçına bırakıldığında ancak haklı nedenlerle ve ortaklar dışındaki kimselere bırakıldığında ise her zaman kaldırılabilen temsil yetkisinin

varlığı, ortaklarını yasadan doğan yönetim hak ve zorunluluğunu ortadan kaldıran bir durum değildir.

Limited şirketlerin mal varlığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarının yasal temsilcilerin varlığından tahsili bağlamında gözden uzak tutulmaması gereken bazı durumlar da bulunmaktadır. Son yıllarda, önemsiz paylarla şirkete ortak olan kimseler aracı kılınarak veya ortak edildiklerini ve müdür atandıklarını dahi bilmeyen kimselerce yönetilir gösterilen limited şirket sayısının arttığı gözlenmektedir. Bu tür şirketlerin, ticari yaşamın neredeyse tüm alanlarını konu edinen sayıda çok amaçla kuruldukları da bilinmektedir. Yasanın, limited şirketler hakkındaki esnek düzenlemesinin, amacı dışında kullanılması, şirketin bütün ortaklarca yönetilmesi konusundaki zorunluluğa da aykırı düşmektedir. Şirketin kuruluşundan sonra ortak olanların, genel kurulun olumlu kararı olmadıkça idare ve temsile zorunlu olmadıkları yolundaki kural, üst üste pay devirleri yoluyla sorumlu tutulamayan ortaklar yaratılmasına yol açmaktadır.

Yapılarının bu özelliklerinden dolayı, limited şirketlerin ödenmeyen ve tahsil olanağı kalmayan kamu borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulmaları, 6183 sayılı Yasanın 35'inci maddesinde ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddede 4369 sayılı Yasanın 21'inci maddesiyle yapılan değişiklikle, Türk Ticaret Kanunundaki taahhüt edilen sermaye miktarı ile sınırlı sorumluluğu geçersiz kılmak üzere, sermaye payı ile sınırlı sorumluluk benimsenmiştir.

Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinde kanuni temsilciler tüm borçtan müteselsilen sorumlu tutulduğundan, limited şirketlerde bu kurala göre takibin bütün ortaklar hakkında yapılması gerekmektedir.

IV. SORUMLULUK:

1. KAPSAMI:

Kanuni temsilcilerin sorumluluğunun Vergi Usul Kanununda düzenlenmesi nedeniyle, bu sorumluluk kapsamına giren borçların kapsamı konusunda duraksama yaşanmıştır. Özellikle, gecikme faizi, tecil faizi ve gecikme zammının da 10'uncu madde kapsamındaki borçlardan olup olmadığı noktasındaki bu duraksama, haklı değildir. İlkın, gecikme faizi Vergi Usul Kanununda düzenlenmiştir. İkinci olarak, kanuni temsilciler Vergi Usul Kanununa göre sorumlu olmakla birlikte, 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre takip edilmektedir. Doğal olarak bu tür fer'i borçlardan da diğer koşullar bulunduğu takdirde sorumlu tutulabilirler. Kaldı ki, bu duraksamaya" gerek de yoktur. Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasını değiştiren 3505 sayılı Yasanın 2'nci madde gerekçesinde ; değişikliğin, "... vergi ve vergiye bağlı vergi cezası, para cezası gibi aslı, gecikme zammı ile tecil faizi, gecikme faizi gibi fer'i amme alacaklarının ödenmesi bakımından..." kanuni temsilcilerin sorumlu tutulması amacıyla yapıldığı açıkça belirtilmiştir¹³.

Kurumlar vergisine bağlı fon payları yönünden bir tartışma bulunmamaktadır. Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair (4684sayılı) Kanunun İkinci Bölümünde yer alan 5-16'ncı maddelerle bazı fonlar tasfiye edilmiş, diğerleri, genel bütçe, il özel idaresi ve belediye bütçeleri ile ilişkilendirilmiştir¹⁴. Esasen fon payları hakkında Vergi Usul Kanununa yapılan göndermeler de kapsama dahil edilmesi için yeterlidir.

Ticaret şirketlerinden tahsil edilememiş aslı ve fer'i alacakların, kanuni temsilcilerin varlığından tahsil edilebilmesi için sorumluluğun diğer koşullarının da bulunması gerekmektedir.

¹³ TBMM, Tutanak Dergisi, Dönem 18. , (1988) C.17. s.4.

¹⁴ R. G. 3 Temmuz 2001 gün ve 24451 sayılı.

2. KOŞULLARI:

Kanuni temsilciler, şirketin tüzel kişilik kazanmasından, sona ermesine değin geçen süredeki dönemlerin zamanaşımına uğramamış borçlardan sorumludur.

Yasa kanuni temsilcileri, vergi ödevlerinin yerine getirilmemesi nedeniyle şirket varlığından kısmen veya tamamen tahsil edilememiş borçlardan sorumlu tuttuğundan, vergi ödevinin varlığı, tahsil imkânsızlığı ve yerine getirilmeyen ödevle bu olanaksızlık arasında nedensellik ilişkisi bulunması da gerekir.

a. Vergi Ödevleri :

Vergi ödevlerinin, vergi yasalarıyla tüzel kişilere yüklenmiş tüm ödevler olarak geniş anlaşılması uygun olur.

Bu ödevler, öncelikle Vergi Usul Kanununun İkinci Kitabında yer alan 153-257'nci maddelerinde belirtilen ödevlerdir. Ancak, vergi yasalarında yükümlüler ve sorumlulara yüklenen ve Vergi Usul Kanunu kapsamında kalan vergilerle ilgili her türlü ödevin zamanında ve gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan borçların takibi amaçlandığından, vergi ödevinin geniş anlaşılması gerekmektedir.

Vergilendirmenin temel amacı, ödenmesi gereken vergiyi tahsil etmektir. Verginin ödenmesi, Vergi Usul Kanununun, yükümlülerin ödevlerini düzenleyen bölümünde yer almamış olsa da yerine getirilmesi gereken bir ödev olduğundan kuşku duymamak gerekir.

Vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın gerçek niteliğinin esas olmasını öngören aynı Yasanın 3'üncü maddesi karşısında, şirkete düşen vergi ödevinin ve kanuni temsilciler tarafından yerine getirilmesi gereken ödevin, sadece ödeme ile sınırlı tutulmasına olanak yoktur.

b. Takibin Sonuçsuz Kalması:

Hukuk düzeninde başbaşa ve bağımsız bir varlık tanınan tüzel kişilerin borçlarından dolayı kanuni temsilcilerin kişisel varlıklarıyla

sorumlu tutulması, özel ve ayrık bir durumdur . Kamu yararının, kişisel yarara üstün tutulduğu bu düzenleme ve tahsil yönteminin sakıncaları, tahsil imkânsızlığı ve nedensellik aranarak giderilmek istenmiştir.

Alacağın, ticaret şirketinin varlığından tahsil edilmesine olanak kalmaması, şirketin tasfiye edilmiş ve tasfiye kârından da alınamamış olmasından doğabileceği gibi alacak, böyle bir durum olmaksızın tahsil edilememiş de olabilir. Eylemli olarak faaliyeti sona erse de hukuki varlığı devam eden şirketlerin borcunun, öncelikle şirket tüzel kişiliğinin varlığından takip ve tahsili gerekir. Ancak, bu durumdaki şirketlerin adresine bile ulaşılammakta ve alacakların tahakkukunun sağlanması dahi güçlük yaratmaktadır. Şirketin mal varlığının saptanmasında da aynı güçlükler söz konusudur.

Vergi Usul Kanununun, işi bırakmayı düzenleyen 160'ıncı maddesine, 4369 sayılı Yasanın 3'üncü maddesiyle eklenen ikinci fıkra ile işi bırakma bildiriminde bulunmayan bir yükümlünün, işi bıraktığının saptanması; adres araştırmaları ve yoklamalarla bilinen adreslerinde bulunamaması; başka bir adreste faaliyetine devam ettiğine ilişkin bilgi de edinilememesi halinde işi bırakmış sayılması ve yükümlülük kaydının silinebilmesine olanak tanınmıştır. Ticaret sicilindeki kayıtlarından, tescili de gereken bu gibi durumlara ilişkin herhangi bir değişiklik bulunmadığı belirlenen ticaret şirketleri hakkında da aynı işlemler yapılabilir. Aynı fıkroda, kaydın silinmesi, önceki dönemlere ilişkin yükümlülüklerin de silinmesini gerektirmeyen durumlardan sayıldığından, kanuni temsilcilerin bu nedenle takibine geçilebilir. Ancak, ilgililer, kaydın silinmesine dayanak yapılan işlemlerin gerçeğe uygun olmadığını kanıtlayabilirler.

Şirket hakkında takibe geçilmesine ve mal bildiriminde bulunması istenmesine karşın, borcu karşılamak üzere mal bildirimi yapılmaması, vergi idaresince de taşınır ve taşınmaz mal varlığı araştırmasının

sonuçsuz kalması halinde de kanuni temsilcilerin takibinden başka yol kalmamış demektir.

Diğer hallerde, şirket varlığından tahsil amacıyla başlanan cebren takip, paraya çevrilme de dahil olmak üzere sonuçlanmadıkça, kanuni temsilciler takip edilmemelidir. Cebren takip sırasında, paraya çevirmenin yarar sağlamayacağı gibi bir yaklaşımla kanuni temsilcilere başvurulması, şirket varlığından gerçekten tahsil edilemeyen alacağın miktarının belirlenememiş olması nedeniyle de uygun düşmez.

Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesine göre kanuni temsilcilerin takibine başlanabilmesi için asıl borçlu konumundaki şirketin, 6183 sayılı Yasanın 54'üncü maddesindeki yollar izlenip yöntemine uygun olarak tüketilmiş ve alacak, tahsil edilememiş olmalıdır.

c. Nedensellik :

Yasada, vergi ödevinin yerine getirilmemesi yüzünden şirketin varlığından alınamayan alacakların, kanuni temsilcilerin kişisel varlığından alınması öngörüldüğünden, nedensellik ilişkisinin, takibin sonuçsuz kalmasıyla değil, vergiyi doğuran olayla kurulması gerekir.

Bu konuda, nedensellik ilişkisinin takibin sonuçsuz kalmasıyla kurulması gerektiğini benimseyen hukukçuların bulunduğunu belirtmek isteriz. Bize göre takibin sonuçsuz kalması, sadece kanuni temsilcinin takibine başlanması için bir ön koşuldur.

Nedensellik ilişkisinin kurulmasındaki yaklaşım farkı, sorumlu tutulacak kimselerin belirlenmesinde değişiklik yaratmaktadır. Örneğin, beyan üzerinden tahakkuk eden bir verginin zamanında ödenmesi bir vergi ödevidir. İlişki, vergiyi doğuran olayla kurulduğu takdirde, alacağın vade tarihinde tüm hukuksal koşullar da tamamlanarak yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmış bir üyenin sorumlu tutulması olanaksızken, ödeme yapılmadıkça görevde bulunan tüm yönetim kurulu üyelerinin sorumlu

tutulması gerekir. Aynı ilişkinin, takibin sonuçsuz kalmasıyla kurulması halinde, başka sınırlar çizmeye gereksinme duyulmaktadır.

Vergiye doğuran olayla kurulan ilişki, vergi ödevinin yerine getirilmediği dönemin kanuni temsilcilerinin belirlenmesini gerektirmektedir. Yasa yapıcının amacının bu olduğu, şirketin tasfiyesinden sonra da sorumluluğun devam ettiğine ilişkin düzenlemeden anlaşılmaktadır.

Kanuni temsilcilerin, yerine getirilmeyen vergi ödevinin varlığı koşuluyla sorumlu tutulması nedeniyle ilgililer, söz konusu ödevin yerine getirilmemesinde kendilerine yüklenebilecek kusur bulunmadığını kanıtlamak durumundadır. İkinci fıkranın, 3505 sayılı Yasa ile değişmeden önceki metninde yer alan "kasıt ve ihmal" koşulunun kaldırılmasından dolayı kanuni temsilcilerin kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutulmaları söz konusu değildir. Yasa yapıcı, ticari gereklere uygun olan durumu, göz önüne almıştır. Düzenlemenin bu şekline göre vergi idarelerinin, kanuni temsilcilerin kusurunu kanıtlamasına gerek kalmamıştır.

Nedensellik ilişkisini kaldıran tüm nedenler, aynı zamanda, kanuni temsilcilere yüklenebilecek bir kusur bulunmadığını da göstereceğinden, Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesine dayanılarak cebren takip edilen kanuni temsilciler tarafından açılan davalarda "vergi ödevinin varlığı", "takibin sonuçsuz kalması" ve "nedensellik ilişkisi", 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinde öngörülen borcun yokluğu kavramı içinde değerlendirilerek incelenmektedir.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Kayır'a teşekkür ediyoruz.

Hemen sözü Doçent Doktor Mustafa Akkaya'ya takdim ediyorum.

Doç. Dr. MUSTAFA AKKAYA (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Ana Bilim Dalı) – Sayın Başkan, değerli konuklar, herhalde son oturumun son konuşmacısı olmanın bütün dezavantajlarını taşıyorum. Sayın Kayır'ın bu kapsamlı, titizlikle ve yılların deneyimiyle hazırladığı iki tebliğe esasta bir katkıda bulunabilecek durumda değilim, sadece yönteme ilişkin birkaç noktanın altını çizmek istiyorum

Vergi hukuku alanındaki çalışmaların bir zevkli, bir de zor yanı var; çünkü vergi hukukunda vergiyi doğuran olay boyutu tamamen özel hukuk platformunda gerçekleşiyor. Bu gerçekleştikten sonra kamu hukuku ilişkisi genelinde vergi hukuku boyutuyla karşılaşıyoruz.

Bugün Sayın Kayır'ın sunduğu, Sayın Çetin'in de işaret ettiği belgelendirme, tüzelkişilerde kanuni temsilcinin sorumluluğu sorunlarına bu ikili ayırım penceresinden bakmak gerekiyor.

Tüm meslekler, mesleklerini icra ettikleri araçlar bakımından en iyisine sahip olmayı isterler. Burada normatif bir alanda çalışanlar olarak hukukçuların talihli olduğu söylenemez. Özellikle de Türkiye'de talihli olduklarını söylemek güç. Bazı hukuk alanları göreceli olarak iyi olmakla birlikte vergi hukuku galiba bu anlamda en şanssız, en talihsiz alanlardan bir tanesi. Şöyle ki; bizim vergi mevzuatımıza baktığımızda bir kaos yaşanıldığını görüyoruz.

Zaman darlığı nedeniyle detaylarına girmek istemiyorum ama birkaç hususuna da işaret etmeden geçemeyeceğim. Gelir Vergisi Kanunumuz 53, Kurumlar Vergisi Kanunumuz 33, Vergi Usul Kanunu 31, Katma Değer Vergisi Kanunu 23 kez değişmiş; vergi istisnası kaosu yaşıyoruz. Ve muafiyetleriyle ilgili bağışıklık getiren, adında "vergi" ibaresi bulunmayan RTÜK Yasası da dahil 148 ayrı kanunda düzenleme var. Ki bunlar çok iddialı saptamalar değil, benim saptayabildiklerim.

Artı bir başka kaos nedeni de vergi yasalarının –ki bunlar temel vergi yasaları, gelir, kurumlar vergisi–, ek maddeleri. Ürkütücü: Vergi Usul Kanununda 24 geçici, 13 ek geçici madde var. Gelir Vergisi Kanununda 59 geçici madde var. Kurumlar Vergisi Kanununda 30, Katma Değer Vergisi Kanununda 17. Bir de bunlara yasalarda verilen yetkilerin kullanıldığı (Anayasa 73 son) Bakanlar Kurulu Kararlarına baktığımızda tam bir kaos olduğunu görüyorsunuz.

Vergi Hukukunda yasalastırma tekniğinden kaynaklanan birtakım sıkıntılarımız var. Ancak asıl sorun Vergi İdaresinin biraz önce Sayın Çetin'in ve Sayın Kayır'ın değindiği hususlarda. Vergi İdaresinin belli noktalarda problemi çözemediği anda veya uygulama sıkıntıları yaşadığında problemleri biraz da hukuki arka plandan uzak, pragmatik şekilde çözüm kayguları yatıyor. Kanuni temsilcilerin, daha doğrusu tüzelkişilerin kanuni temsilcilerinin sorumluluğu noktasındaki problemlerinde özünde de bu var. Vergi Usul Kanununun zaman darlığı nedeniyle Sayın Kayır detayına girmedi, yazılı metninde bütün ayrıntılarıyla var. 10. Maddesinde 3505'le değişmeden önce "kasıt" ve "ihmal" vardı. Yani kanuni temsilcilerin sorumluluğu için kasıt veya ihmalleri aranıyordu. Daha sonra bu "kasıt" ve "ihmal" ibaresi çıkartıldı ki, bunun sadece VUK'nun 10. Maddesine özgü bir değişiklik olmadığını vurgulamak istiyorum.

Son dönemde vergi hukukunda sorumlulukla ilgili düzenlemelerde hep bunu gözlemliyoruz. Hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren vergi suçlarında dahi 4369 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerde yine bu kasıt ibaresinden duyulan rahatsızlık hissediliyor. Gerekçede kasta işaret ediliyor. Ancak yasa metninden kast çıkarıldı. Yani şu anda hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren vergi suçlarında kastın olmadığı bir genel çerçeve çizilmiş durumda. Ama vergi hukuku alanında ve kamu hukuku alanında uğraşan kişiler eksikliği hemen vurguladı, şu anda kast aranıyor. Çünkü 4369'da öngörülen ceza, Ceza Kanunu anlamında cürüm; cürümlerde de kasıt esas. Dolayısıyla, vergi kanunundaki ibareyi çıkarmış olmak hiçbir şey değiştirmede. Bağlamak istediğim nokta şurası:

Vergi Usul Kanununda 3505 sayılı yasayla yapılan değişiklikte "kasıt" ve "ihmal" ibarelerinin çıkartılması da durumu değiştirmedir.

Bir başka noktaya daha değinmek istiyorum: Vergi hukukunda, vergi hukuku uygulamacılarının işlevleri. Kamu hukuku alanında özellikle yasallık ilkesinin sert uygulandığı alanlarda hukukçunun işlevi kumaştaki kırışıklığı düzeltmek mi, yoksa kumaşa yeni bir yama yapmak ya da kumaştaki dokuyu düzeltmek mi? Tartışmaya müsait. Ancak, vergi hukuku alanında şu açık ki, yasallık ilkesi istisnasız geçerliliğe sahip. Dolayısıyla boşluk doldurmak, yasayı tamamlamak olanaklı değil. Bu çerçevede gerek yargının gerek Vergi İdaresinin uygulama sonuçlarına bakarak, yasaları kendilerine atfedebilecek anlamlar dışında uygulama neticesi yaratabilecek her şeyden kaçınmaları gerekiyor. Yani bunu temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bir ilişkide olmazsa olmaz koşul olarak görüyorum. Bu yaklaşım sonuçları itibariyle ülkenin mali kaynakları bakımından ciddi kayıplara neden olabilir. Ancak aksini kabul etmek açık bir fonksiyon gaspı. Belki uygulamanın içinde olmamanın bana getirdiği bir avantajla bu netlikte yaklaşabiliyorum. Hukukta, özellikle de Kamu Hukukunda ilkelerin sonuçlardan çok daha önemli olduğunu düşünüyorum.

Bu analizlerle varmak istediğim nokta şu: Mevcut vergi sistemimizde sıkıntılar var. Vergi İdaresi uygulamaları çok net belirgin değil. Asıl soruna geldiğimde şunu söylemek gerekiyor: Tüzelkişilerin kanuni temsilcilerinin sorumluluğu noktasındaki ilk problem. Belki Sayın Kayır'dan ayrıldığımız nokta şu: Sayın Kayır çok titiz bir ayırıştırma ile Ticaret Kanunu anlamındaki düzenlemelerden hareketle, kanuni temsilcilerin sözleşmeyle veya tek başına temsil ve ilzama yetkili kılan bir kararla değiştirilemeyeceğini söylüyor. Sonuçları itibariyle bir farklılığımız olmamakla birlikte. Benim yaklaşımım: Kanuni temsilcinin kim olduğu belirlenirken tamamen özel hukuktaki düzenlemelerden hareket edilir; ancak Ticaret Kanunu m. 317 ve devamındaki hükümler, tek başına temsil ve ilzam konusunda yetkilendirmeye izin veriyor. İki koşul var. Ana sözleşmede buna izin veren hüküm olacak ve yönetim

kurulu da bu konuda bir karar alacak, tek başına temsil ve ilzama birini yetkili kılacak. Bu Ticaret Hukuku çerçevesinde geçerli bir belirleme.

Ancak vergi hukuku açısından bu tür bir belirleme hiçbir surette vergi idaresini, vergi yargısını bağlamıyor; çünkü Vergi Usul Kanununun 8. Maddesi çok açık bir şekilde "vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna yönelik özel hukuk mukaveleleri vergi dairelerini bağlamaz" diyor. Bu tür bir belirleme varsa, vergi idaresi bakımından muhatap değişmeyecektir. Anonim şirkette tek başına temsil ve ilzama yetkili kişiler olsa dahi yönetim kurulu kanuni temsilci olarak Vergi İdaresinin muhatabıdır. Ancak bu tür bir görevlendirme varsa yine ticaret hukuku ve özel hukuk ilişkileri çerçevesinde rücu etsin. Ama vergi hukuku bakımından muhatabın hiçbir surette değişmediğini düşünüyorum.

Yine kanuni temsil noktasında muhatabın özel hukuk işlemleriyle değiştirilemeyeceğine işaret ettim. Yani özel hukuk mukavelesiyle muhatabın değiştirilmesi söz konusu değil. Ancak burada ilginç bir nokta var. Vergi İdaresinin (Maliye Bakanlığı) 387 ve 390 sayılı genel tebliğlerinde ki yorum, benim yorumumun aksi yönde. Ben biraz da ilginç diyorum; çünkü normalde Vergi İdaresinin yaklaşımı daima kamu alacaklarını güvence altına almak yönündedir. Ancak Maliye Bakanlığı 387 ve 390 numaralı tahsilat genel tebliğlerinde çok açık bir şekilde Ticaret Kanunu m. 317'den hareketle diyor ki; "eğer tek başına temsil ve ilzama birisi yetkili kılınmış ise, kanuni temsilci budur; bunun dışında yönetim kurulu ya da diğerlerine yönelmeniz mümkün değil" bunu da ilginç bir nokta olarak zikretmek istiyorum.

Bir başka hususa daha işaret etmek istiyorum. Vergi Usul Kanununun 10. Maddesinde "kasıt" ve "ihmal" kaldırıldı. Daha sonra 6183 sayılı Yasaya bir mükerrer 35. Madde eklendi. Eklenen mükerrer 35. Madde herhangi bir şekilde kusur hususuna değinmeksizin kanuni temsilcilerin sorumluluğuyla ilgili bir düzenleme getirdi ve vergi uygulamasında zaman zaman görüyorum. Vergi daireleri hep mükerrer

35. Maddeyi dayanak göstererek kanuni temsilcilere ödeme emri gönderiyor.

Hukuk tekniği açısından baktığımızda aynı konuya ilişkin iki düzenlemenin olduğunu görüyoruz. Vergi Usul Kanununun 10. Maddesi, 6183 sayılı Yasanın mükerrer 35. Maddesi. Ancak Danıştay içtihatlarıyla hangi hükmün, hangi durumda uygulanacağı son derece iyi bir şekilde yerleşti. Vergi daireleri niye 6183 sayılı Yasanın m. 35'e dayanıyor? Vergi Usul Kanunu'na dayanmak durumunda kalırsa -yine yargı uygulamasıyla netleşen-kusur, kasıt ve ihmal aranıyor. Ama 6183 Sayılı Yasanın, mükerrer 35. Maddesinde hiç böyle bir kayıt olmadığı için genelde mükerrer 35 tercih ediliyor. Ancak Danıştay içtihatlarıyla çok net bir şekilde yerleşti ki, eğer vergi ve buna bağlı alacaklar söz konusuysa sadece Vergi Usul Kanununun 10. Maddesine dayanılabilir. Ancak bunun dışındaki diğer alacaklar bakımından 6183 sayılı Yasanın mükerrer 35. Maddesine dayanılabilir

Tabii burada hususun altını çizmek istiyorum. Vergi İdaresinin sadece mükerrer 35. Maddeyi ödeme emrine yazması tek başına bir iptal nedeni de olmamalı.

Sorumluluğun kapsamı noktasında uygulamada bir problem yok. Vergi ve buna bağlı alacaklar; yani vergi aslı, cezaları, fer'i alacaklar ve yine fonla ilgili Sayın Kayır'ın belirttiği husus problemsiz. Sadece sorumluluk noktasında şöyle toparlamak gerekiyor: Kanuni temsilcinin sorumluluğu, kusur sorumluluğu. Yani orada objektif bir sorumluluk yok. Zaten 10. Maddedeki kasıt ve ihmal ibaresini çıkarsanız bile geri kalan düzenlemenin bütününden "yüzünden" ibaresiyle buna işaret ediyor. Ödevleri yerine getirmemeleri, getirememeleri yüzünden değil. Yani yine bir kusur olacak. Ancak Danıştay 3. Dairenin 22. 11. 2000 tarihli benim ulaşabildiğim en son kararında sorumluluk için kanuni temsilciyle ödenmeme arasında bir illiyet bağı da aranıyor (nedensellik ilişkisi). Ancak bu nedensellik ilişkisinin kusura mı, ya da ispat yükü anlamında kusursuzluğa mı dayandığı noktasında bir açıklığı, en azından ben tespit edemiyorum. Sorun somut olarak şu, Kanuni temsilci kusuru

bulunmadığını mı ispat etmek durumunda? Yoksa, gerekli özen ve ihtimamı göstermesine rağmen sonucu engelleyemediğini mi? Bunlar iki farklı duruma işaret ediyor. Sanırım süreç içerisinde bu konuda da bir açıklık veya en azından bir değişim olacaktır.

Sorumluluk dönemiyle ilgili olarak da doğal olan Vergi Usul Kanununun 3. Maddesindeki düzenleme vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti, yani kanuni temsilci sıfatına haiz bulunduğu dönemin tüzelkişilerde kanuni temsilcilerin de sorumluluk dönemini belirlediğini düşünüyorum.

Belge düzeniyle ilgili konuşmalara biriki cümleyle katkıda bulunmak istiyorum. Aslında demin Sayın Çetin'le Sayın Kayır'ın değindiği sorun Vergi Usul Kanunuyla İdari Yargılama Usulü Kanununun uygulanması noktasında bir tartışma. Çünkü genel bir İdari Usul Yasamız olmamasına rağmen vergi alanında bir idari usul kanunumuz var, Vergi Usul Kanunu. Vergi yargısının örgütleniş biçimi itibariyle de vergi yargısı idari yargı içerisinde örgütlenmiş. Aslında demin konuşulan, daha önce vergi dairesine ibraz edilmemekle birlikte yargılama esnasında ibraz edilen belgelerin durumu da böyle bir sorun. Belki ben usul hukukçusu olmadığım için tam kavrayamıyorum; ama bir problem yok. Bu yeni bir belgedir. Davalı taraf yeni belgeyle ilgili bilgilendirilir. Eğer var ise, bununla ilgili incelemeyi yapar ve cevap hakkını kullanır. Ama öbür türlü yeni bir inceleme yapmak için kendisine tevdi edilmesi zaten açılmış olan davanın konusuz kalması anlamına gelecek. Çünkü yeni bir idari işlem tesis edecek.

SEMRA KAYIR - Kopyanın tebliği değil, delilin.

Doç. Dr. MUSTAFA AKKAYA - Yeni bir inceleme, yeni bir işlem tesisi biçiminde algıladım. Benim genel hatlarıyla özetlemek istediklerim bunlar Sayın Başkan.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Çok teşekkür ediyorum.

Her iki tartışmacı süreye kesinlikle uydular, zannediyorum, salonda sorulara geçmeden önce ekleyeceğimiz bir husus var.

Buyurun efendim.

SEMRA KAYIR - Sayın Akkaya nedensellik ilişkisiyle ilgili olarak bir şey tespit ettiler. Benim söylemek istediğim şeydu ve bunu açık olarak belirttiğimi sanıyorum. Kanun, vergi ödevlerini yerine getirmemesi yüzünden temsilciyi sorumlu tuttuğuna göre nedensellik ilişkisinin yerine getirilmeyen ödevle kurulması, doğal olarak da bunun, ödevi yerine getirmesi konusunda ispat yükünü yükümlüde bırakması anlamına geldiğini söylemek istedim. Vergi İdaresinin kanıtlamak zorunda olduğu düşünmemiz için kanunda böyle düzenlenmemiş olması gerekirdi. Bu nedenle, vergi ödevinin yerine getirilmemiş olması, kanuni temsilcinin sorumlu tutulması için yeterli.

Son kararlarda yargılama hukukuna uygunluk ya da aykırılık noktasında şunu söylemek istiyorum: İdari Yargılama Usulü Kanunumuz davanın açılmasından hükmün verilmesine kadar re'sen araştırma ilkesini de göz önüne alarak taraflardan mahkemenin kendilerinden belge istemesine de olanak tanımıştır. Ancak ilgililerde zamanında ibraz edemedikleri belgeleri sonradan yargı yerine ibraz edebilirler. Sonradan ibraz edilen belgelerin karşı tarafa tebliğ edilip edilmemesi konusunda karar verecek olan, yargı yeridir. Ancak anlattığımız örnek olaylarda bunların karşı tarafa bildirilmesi zorunlu. Çünkü talep, dava ve savunma haklarının kullanılması da bunu gerektiriyor. O nedenle, vergi idarelerine bilgi verilmesi öngörülen kararlarda faturaların ya da belgelerin dosyaya sunulduğu, gerekirse bunlara yanıt vermek, tıpkı bilirkişi raporlarının dosyaya sunulmasından sonra, ilgililere tebliği ve yedi gün içinde itirazlarının alınmasında olduğu gibi benzer bir yöntemi biz idari yargılama hukukunda geliştirmeye çalışıyoruz.

Dolayısıyla bu, dosyanın gitmesi, mahkeme kaydının kapatılması ve benzeri bir uygulama değil. Sadece dosyaya sunulan delilden karşı tarafın, yani vergi idaresinin bilgi sahibi kılınması, vereceği yanıtlar, varsa yapacağı inceleme, sonuçlarının değerlendirilmesi sağlanmakta. Mutlaka bu incelemeyi yapması o kararlarda öngörülüyor. Sadece bilgi verilip, gereklerini yerine getirmesi bekleniyor. Bu tabii ki, incelemenin kapsamına göre belli bir zaman alabilir; ama gerçeği aramak olan yargılama faaliyeti için de çok önemlidir.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyoruz.

Sorulara geçiyoruz, buyurun efendim.

TURGUT CANDAN - Önce Sayın Çetin'in değindiği bir noktaya değinmek istiyorum. Aslında, yalnızca Sayın Çetin değinmedi; Semra arkadaşım ve Sayın Akkaya da o konuda açıklama yaptı. Bu, naylon fatura meselesi; daha sonra da kanuni temsilcisinin vergisel sorumluluğuyla ilgili bir iki noktada bir şey söylemek istiyorum. Doğrusu, söyleyeceğim şeyler, burada yansıtılan görüşün tam tersi olan görüşler; bana ait olan görüşler. Bu bakımdan da dile getirme gereğini duydum.

Sayın Naci Çetin dediler ki; "İdare mahkemeleri re'sen inceleme kapsamında her türlü incelemeyi ve araştırmayı yapar." Doğru; ama bu inceleme, idarenin yetkisini kullanmak anlamında değildir. Bizde idari rejim var, biliniyor. İdari rejime göre, idarenin birtakım yetkileri var; idare onları kullanır, araştırmasını, incelemesini yapar; idari işlemini de o inceleme ve araştırmaları değerlendirmek suretiyle tesis eder. Vergi Hukukunda da, Vergi Usul Kanununda da aslında öngörülen bu. Yani, vergi idaresi de aslında, idari rejime göre faaliyet gösteren idaredir. O da incelemesini, araştırmasını yapar, ondan sonra işlemi tesis eder.

Arkadaşım açıkladı; Naci Bey kendisi de söylediler. Vergide belgenin biçimselliği değil, gerçek mahiyeti esastır. Yani, biçimselliğe uygunluk ilk anda mükellefe görünüşte doğruluk karinesi sağlar. Aksinin ispat yükünü vergi dairesine verir. Vergi dairesi, bunun aksini nasıl ispat eder? Yani, gerçek mahiyeti nasıl araştırır, ortaya çıkarır? Kendisine, Vergi Usul Kanununun 256. maddesindeki yükümlülük yerine getirilerek, ödev yerine getirilerek, belge ibraz edilir; belge karşıt incelemeye müsaitse, vergi dairesinin yetkili elemanı incelemeye gider, karşıt inceleme yapar. Gerçekten, o belgenin karşılığında bir mal satılmış mıdır ya da katma değer vergisinde olduğu gibi bir katma değer vergisi ödenmiş midir, ödenmemiş midir? Bunun yöntemleri var, burada uzun uzun anlatmak istemiyorum. Ondan sonra, eğer belgenin gerçeği yansıtmadığı sonucuna varırsa tarhiyatını yapar.

Uygulamada, ortaya şöyle bir şey çıktı: Mahkemelerin biçimsel inceleme yapmalarından –Adli Yargı da, ceza davaları dolayısıyla böyle yapıyor–; vergi idaresinin karşıt inceleme yetkisini kullanamamasından yararlanarak şöyle yapıyorlar. İnceleme elemanlarına, defter ve belgelerini ibraz etmiyorlar; mahkemeye götürüyorlar; "daha sonra buldum" diye getiriyorlar. Mahkeme, bir bilirkişiye gönderiyor, biçimsel olarak incelettiriyor; şekline uygun; zaten naylon fatura o demektir; kanunun veya idari düzenlemelerin gösterdiği şekle uygun gerçeğe aykırı fatura demektir. O biçimselliğe dayanarak ya da biçimselliği inceleyerek bir sonuca varmanız, faturanın naylon ya da gerçek olup olmadığını tayin etmeniz mümkün değil.

Sayın Kayır hatırlar, bir genel kurulda, ben, özellikle tetkik hâkimine sordum, tutanağı okutturdum, "oku bakalım, mükellef defter ve belgelerini inceleme elemanına niye vermemiş?" dedim. Mükellef aynen şunu söylüyordu: "Ben belgelerimi size vermeyeceğim, götürüp mahkemeye vereceğim" diyordu. Biliyor ki, mahkeme şekli inceleme yapıyor, orada işlemlerinin gerçek mahiyeti ortaya çıkmayacak ve dolayısıyla da denetimden kaçacak. Ve bu yol Türk Vergi Sisteminde denetimden kaçma için bir yol oldu, vergi kaçırma yolu oldu ve bu yol da şimdiye kadar çok güzel de işledi. Biz, bunun önünü kestik; nasıl kestik? Semra Hanımın söylediği biçimde kestik. Yani, defter ve belgeler inceleme elemanına ibraz edilmez, getirilip mahkemeye verilirse; mahkeme, belli bir süre verecek, belgeleri idareye gönderecek, incelenme olanağı sağlayacak. Diyebileceği bir şey var mı, yok mu; onu sağlayacak. Vergi dairesi bunu karşıt inceleme yoluyla yapar, bir inceleme elemanına verir, yaptırır veya başka türlü yapar veya hiç cevap vermez. Cevap vermediği takdirde de diyeceği herhangi bir şey yoktur, belge gerçeği yansıtıyordur, mahkeme ona göre kararını verir. Ama bir inceleme yapar da belgenin naylon olduğunu ortaya çıkarırsa ki, çoğunlukla da çıkıyor; o zaman, mahkeme, onu değerlendirir, kararını ona göre verir.

Bunun bir başka yönü de var. İnsan Hakları Mahkemesi yönünden de bir boyutu var. Şöyle: Vergi cezaları, verginin aslı değil; ama, vergi cezaları giderek 6. madde kapsamına girer oldu. En son 12 Temmuz 2001 tarihinde verilen Ferrazini kararında İnsan Hakları Mahkemesi bunu söyledi. 1990'dan beri söylüyor. İnsan Hakları Mahkemesinin adil yargılama ilkelerinden biri de, "silahların eşitliği ilkesi." Bir belge mahkemeye ibraz edildiğinde, karşı tarafa o belgeyi inceletmeden karar veremezsiniz. İnsan Hakları Mahkemesinin bu içtihadı da burada uygulandı. Mahkemeye ilk defa getirilen defter ve belgelerin vergi idaresine incelenme olanağı sağlandı. Dolayısıyla, burada re'sen araştırma ilkesinin ihlali filan söz konusu değil. Aksine, mahkemenin idarenin yapacağı incelemeyi kendisi yapması, idari rejimin kuralları olan idarenin yerine geçme, idarenin yetkisini kullanma yasaklarını ihlal eder mahiyette.

Bunu böylece belirttikten sonra, kanuni temsilcinin vergisel sorumluluğuyla ilgili bir şeyler söylemek istiyorum: Sayın Semra arkadaşım dediler ki; "Kanuni temsilci şirketler yönünden yönetim kuruludur. Ticaret Kanunu hükümlerine göre yönetim kurulunun bir üyesine, başkanına veya iki üyesine yetkinin devredilmiş olması, yetkisini devreden diğer yönetim kurulu üyeleri yönünden 10. maddedeki sorumluluğu kaldırmaz." Sanıyorum Sayın Akkaya da, bir başka hukuki gerekçeyle söyledi. 8. maddedeki özel hukuk mukavelelerinin vergi mükellefiyetini ya da sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı yolundaki düzenlemeye dayanarak söyledi; ama aynı sonuca vardı. Ben aksini düşünüyorum ve bizim Dairemiz de o şekilde karar veriyor. Semra arkadaşımız da söyledi, son içtihatlar da bu yönde, Danıştay'da da çoğunluk bu yönde düşünüyor.

Vergi Usul Kanununun 10. maddesi, küçüklerin ya da şirketlerin, tüzelkişilerin vergi mükellefi olması halinde onlara düşen vergi ödevinin onların kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceğini söylüyor ve arkasından da, onlara bu ödevleri yerine getirmemeleri dolayısıyla, eğer vergi şirketin malvarlığından alınmazsa, bunlardan alınacağını

söylüyor. Bu madde, kanuni temsilcinin kim olduğunu belirleyen bir madde değil. Kanuni temsilciye sorumluluk getiren bir madde. Zaten belirlemesi de, yasa yapma tekniğine aykırı. Kanuni temsilcinin kim olduğunu özel kanunu söyler, bu Dernekler Kanunu olur, Sendikalar Kanunu olur, Ticaret Kanunu olur veya bir başka kanun olur; özel kanunu söyler.

Şirketler yönünden konuyu ele alırsak, Türk Ticaret Kanununun 317. maddesi açık, söylüyor. Arkasından 319. madde bu yetkinin devredilebileceğini söylüyor; bakın bunu kanun söylüyor. Devredildiği takdirde yine Türk Ticaret Kanununu diyor ki, "yetkisini devreden yönetim kurulu üyeleri, bu yetkiyi bir daha kullanamazlar. "Sayın Akkaya söyledi, 10. maddedeki sorumluluk kusurlu sorumluluk, ben de o görüşteyim. Yetkisini kullanamayan bir kişinin kusurundan söz edilebilir mi? Edilemez, dolayısıyla bu birazcık çelişiyor gibi geliyor.

İkincisi, Türk Ticaret Kanunu diyor ki; "kendisine yetki devredilen üye dışındaki yönetim kurulu üyeleri bir daha bu yetkiyi kullanamazlar; ancak onu denetlerler." "Fakat denetleme görevinin yerine getirilmesi sırasında kendisine yetki verilen diğer yönetim kurulu üyelerinin bu görevi gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı da sorumlu olmazlar" diyor, bunu da söylüyor. Hatta, Türk Ticaret Kanunu, kanuni temsilcilik yetkisinin yönetim kurulu üyesi olmayan genel müdürlere ya da müdürlere de devredileceğini söylüyor.

Yalnız, orada 346'yı ayırmak lazım. Orada, icra ve araştırma aşamasından sorumluluk var, yetki devri var. Orada, kanuni temsilcinin devri hadisesi söz konusu değil. Benim söylediğim, temsil ve idare yetkisinin yönetim kurulu üyesi olmayan müdüre devredilmesi, hatta şirket ortağı da olmayabilir. Burada, kanun kendisi, bu devir yetkisini veriyor. Dolayısıyla, kanun kimi kanuni temsilci olarak kabul etmişse Vergi Usul Kanununun 10. maddesine göre, sorumlu olan da odur. Kanun, kanuni temsilci olarak kendisine yetki devredilen kişiyi kabul ettiğine göre, 10. maddeye göre sorumlu olan da odur.

Özel hukuk sözleşmelerinin mükellefiyeti ya da sorumluluğu kaldıramayacağı yolundaki hüküm de burada, bana göre geçerli değil; niye geçerli değil? Çünkü o hüküm vergi kanunlarının mükellefi gösterdiği ahvalde geçerli olan bir hüküm. Burada Vergi Usul Kanununun 10. maddesi kanuni temsilciyi tayin etmediğine göre o burada geçerli olmaz. Yani, ben uygulanamayacağı görüşündeyim. Kanun burada yetki devri vermiş durumda; dolayısıyla, özel hukuk sözleşmesine göre bir devir hali söz konusu değil diyorum.

Bir nokta daha var, isterseniz ona da değineyim. Bir de yönetim kurulu üyelerinin istifası hali söz konusu. Semra arkadaşım onu izah ettiler. Yalnız, hukuki dayanak olarak farklı bir şey söylediler. Ben, o konuya açıklık getirmek istiyorum. Gerçekten de sorumluluktan kurtulabilmek için istifa halinde tescil ve ilan şart değil. Yalnız Semra arkadaşım dedi ki, "istifa eden yönetim kurulu üyesi görevlerini yerine getiremeyeceğine göre sorumlu olmaz." Yani, kusur esasına dayandırdı. Oysa, bunun dayanağı bana göre farklı bir şey. Özel hukukçuların kabul ettiğine göre, yönetim kurulu üyesinin şirketle olan ilişkisi ya hizmet akdi ilişkisidir ya vekalet akdi ilişkisidir ve dolayısıyla bu ilişkinin sona ermesi istifa dilekçesinin karşı tarafa, şirkete ulaşmasıyla olur. Şirkete ulaştığı an hüküm ifade eder ve bu ilişki sona ermiş olur. Bunun sonucu olarak, artık kanuni temsilcilik sıfatı kalmaz. Bu nedenle de sorumlu tutulamaz.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI – Teşekkür ediyorum Sayın Candan.

Buyurun.

Av. DAVUT ARIKAN (Mersin Barosu) - Efendim, öncelikle tüm tebliğ sunanlara ve Sayın Başkana teşekkürlerimizi şahsım ve Mersin Barosu adına sunarım. Bizi bilgilendirdiler, teşekkür ederiz.

Vergi Usul Kanunu, tabi bizler tamamen uygulayan kişiler değiliz, çok az uygulamalarımız var. Bu yönden sizleri dikkatle dinledik. Benim sormak istediğim hususlar var. "2576 sayılı Kanunda tam yargı davasında özel görevli vergi mahkemeleridir" denildi. Yemin hariç her türlü belgeyle ispatlanabilir. Burada Vergi Usul Kanununun 3. Maddesindeki belgeler ortaya konulmuş; "bunlar tek tek istihbari bilgiler, yoklama fişleri ve zorunlu defterler" denilmiş. Burada şahidin durumu nedir?

Caba şahit dinlenir mi, dinlenmez mi? Belge karşısında bazen uygulamalar karşımıza çıkıyor. Özellikle noter belgesi, satış belgesi karşısında bir gayrimenkulun veyahut da tapuyla satılan bir gayrimenkulun veya bir otonun satışının gerçekte o miktar değil de daha fazla olduğu hususunda vergi mahkemelerinin kararları var; bu hususa açıklık getirilmesini talep ediyorum. Asıl belgeler kaç yıl saklanmak mecburiyetindedir.

Bir de sayın hocamız bize dediler ki; "213 sayılı Vergi Yasasının 359 A ve B bentlerinde kasıt ve kusur ortadan kaldırılmıştır." Tabi haklı olarak kendi yorumları da var. Cürüm suçu olduğu için ve bu cürüm suçu 18 aydan 2 seneye, hatta 3 seneye kadar bir ceza verildiği için kasıt aranmak zorunda. Tabi Ceza Usul Kanununa göre bir kasıt aranacak, muhakkak aranacak; çünkü cürüm suçu oluşması sonuçları itibariyle çok vahim bir suçtur, ağır hapistir. Her türlü kamu hizmetlerinden de mahrumiyeti gerektirmektedir. Hocamızın bu hususta yorumlarını almak istiyorum. Yani insanlar kullanma suçunu da işliyorlar, basma ve sahtecilik suçundan başka kullanma suçunu da işlemiş oluyorlar. Fakat, kullananlar bazen bilmeden kullanıyorlar ve mahkûmiyet sonuçlarına gidiliyor. Bence anayasal olarak bu hususların kişinin hak ve özgürlüklerine aykırı olduğu kanısındayım. Bunun geniş bir

değerlendirmesini sayın hocamdan talep ediyorum ve şahit hususunda da taleplerim vardır.

OTURUM BAŞKANI - Genişçe değerlendirmemiz mümkün değil. Biz süremizi çok uzun boyutuyla aştık. Onun için yanıt verecek değerli panelistten ve tartışmacıdan çok kısa yanıt istirham ediyorum.

SEMRA KAYIR - Teşekkür ederim.

Önce son sorudan başlayarak Turgut Beye doğru geçeyim. Tanık anlatımlarıyla ilgili olarak kanıtlar bölümündeki açıklamalarımda değinmiştim. Vergiyi doğuran olayla ilgisi doğal ve açık tanık anlatımları, vergi hukuku yönünden de kanıt değerini taşırlar. Ama söylediğiniz gibi vergi hukukunda vergiyi doğuran olay ve buna ilişkin hukuki işlemlerin gerçek mahiyeti esas olduğu için medeni hukukta olduğu gibi resmi sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığını ispat külfetini karşı tarafa yükleyen kural vergi hukukunda geçerli değil. Eğer resmi bir belge gerçek bir durumu temsil etmiyorsa, tabi ki o konuda mahkemelerin tanık dinlemesi söz konusu değildir. Bu tür resmi belgeler tanıkla tersi ispat edilebilecek belgeler olamaz. Ancak böyle durumlarda vergide geçerli kanuni ölçülerden yararlanırız. Örneğin, bir motorlu kara taşıtının, bir hususi otomobilin diyelim, bugün model yılı ve yaşına göre olağan koşullarda yaklaşık piyasa kıymeti bellidir. Bu kıymetten çok düşük fiyatla satış günün ekonomik koşullarına uygun değildir. İşin yapısıyla günün ekonomik koşullarıyla iktisadi ve ticari gereklere uygunlukla ilgi kurulamadığı için satış fiyatı yönünden o belgelere kanıt olarak değer tanımak söz konusu olmuyor. Tanık anlatımları ve resmi belgelerin vergilendirmede taşıdığı değerle ilgili söyleyebileceklerimiz bunlar.

Saklama süresiyle ilgili olarak; evet, tebliğde var. Ama zaman kısıtlamasını göz önüne alarak atlanması mümkün bir bölüm olarak düşünmüştüm. Vergiyi doğuran olayın ya da vergilendirmenin ilgili bulunduğu dönemi izleyen yıl başından başlamak üzere 5 yıl süreyle Vergi Usul Kanununa göre düzenlenmesi zorunlu defter ve belgelerin

saklanması zorunlu. Eğer bunlar bir ihtilafa yol açmış ise, yargı yerleri bununla da sınırlı olmadığını kabul ediyor. İhtilafı defter ve belgelerin, ihtilaf hakkındaki hüküm kesinleşinceye kadar saklama süresi geçmiş bile olsa saklanması gerektiği kabul edilmektedir. Çünkü onlar, o vergilendirmenin delili niteliğinde.

Turgut Beyle ilgili olarak söylemek istediğim bir şey var. Biz Turgut Beyle zaten bu konuda anlaşamıyoruz. Yinelemek de istemiyorum; ama söylemek zorundayım. Ben Ticaret Kanunundaki düzenlemeyi şöyle anlıyorum. Yönetme yetkisi, yönetim işi ve tüzel kişilerin temsili de ayrı şeylerdir. Bu üç şeyi birbirinden ayırdığınız zaman herhalde benim gibi düşünürsünüz. Çünkü Ticaret Kanununda murahhaslara ve müdürlere bırakılanlar sadece yönetim işleri. İşlerin bir kısmını bırakırsınız ya da tümünü bırakırsınız; ama yönetme yetkisi sizdedir. Zaten Ticaret Kanununun bütün düzenlemelerinde yönetim kurulunun asla devredemeyeceği yetkiler var.

Bir yönü daha var. Ticaret Kanunu tüzel kişilerde ya da şirketlerde yönetim kurulunu neden oluşturmuş? Şirketlerin, hak sahiplerinin çıkarlarını koruyabilmek için yönetim organını kurul halinde oluşturup; en doğru, en sağlıklı, en hızlı kararların verilebilmesi amacıyla öngörmüş. Kaldı ki, bu kurul, genel kurula karşı hesap vermek durumunda. Genel kurulun da yönetim kuruluna asla teslim edemeyeceği yetkiler var. Yani tüzel kişilerde organla temsil esası bulunduğu ve belirttiğim nedenlerle farklı yönetim işlerinin ya da temsil yetkisinin (bunlar çok farklı şeyler) murahhaslara ya da pay sahibi olmayan kimselere bırakılması, onlara kanuni temsilci sıfatını kazandırmaz diye düşünüyorum.

Yalnız 359. maddeyle ilgili olay, bizim bugünkü inceleme konumuzun tamamen dışında, vergi suçlarıyla, ceza mahkemelerinde yargılanacak suçlarla ilgili; onun için Sayın Akkaya'nın açıklama yapacaklarını düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI – Buyurun efendim.

(**Kahramanmaraş, Birlik Delegesi**) Efendim, az önce Semra Hanım zayi belgesinden bahsetti, o zayi belgesi Katma Değer Vergisi Kanununa göre mi alınıyor, Vergi Usul Kanununa göre mi, Ticaret Kanunu göre mi alınıyor?

SEMRA KAYIR – Ticaret Kanununun 68. Maddesine göre.

SALONDAN – Bir de efendim, yine denildi ki; "defter ve belgeler sonradan ibraz edildiğinde vergi dairesine ibraz edilsin." Yani mahkeme tarafından vergi dairesine gönderilsin, vergi dairesinin cevabı alınsın.

SEMRA KAYIR – Bölmüş oluyorum; ama şöyle: Mahkemeye ibraz edilen belgelerin aslının gitmesi söz konusu değil. Zaten bir yargı yeri kendisine delil olmak üzere sunulmuş olan belgeyi bir başka yere teslim etmemekle de mükellef. Olsa olsa vergi mahkemesi vergi dairesinin fotokopi almasına imkân verebilir. Vergi idaresi, sonradan ibraz edilen belgelerin örneklerinde yer alan ve davacı ile ilişkisi bulunan vergi mükelleflerinin, vergi daireleri hesap numaralarını tespit ederek, onları vergi incelemesine alabilir. Yoksa dairelerin kastettiği şey, yargı yerine kanıt olarak sunulan belgelerin dava dosyası dışarısına çıkarılması gibi bir şey değil.

SALONDAN - Yani sadece fotokopileri bile göndermek yeterli olacak.

Diğer husus da efendim; bir kuyumcu dükkanında altınları falan çalındığında; çünkü az önce o depremden falan da bahsettiniz. Zayi olmasından falan bahsettiniz. KDV Kanunundan yararlanacak mı?

SEMRA KAYIR – Katma Değer Vergisi Kanununda zaten hırsızlıkla ilgili özel düzenleme var, o kurallara tabi.

OTURUM BAŞKANI – Buyurun efendim.

RESUL YILDIRIM (Konya Vergi Mahkemesi Hakimi) – Kanuni temsilcinin sorumluluğu anlatıldı. Fakat sorumluluğu tespit edilen kanuni temsilcinin takibine nereden başlanacak? Bir şirket acz haline

düştü ve haciz durumunda da borçlarının bir kısmını ödeyebileceği; fakat bir kısmını ödeyemeyeceği tespit edildi. Bu durumda şirketin mallarına da haciz konulmuştu. Sorumluluğu tespit edilen kanuni temsilcinin mallarına da haciz konulmak suretiyle mi başlanacak? Yoksa temsilci hakkında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri bir kısmına uygulanacak, bir kısmına da 6183 sayılı Kanun hükümleri mi uygulanacak? Çünkü hocamızın da belirttiği gibi ödeme emrinde hem "213 sayılı Kanun hükmü" diyor, hem de "6183" diyor. Oysa 213 sayılı Kanun hükmü vergi ceza ihbarnamesini düzenliyor. 6183 ödeme emrini düzenliyor.

SEMRA KAYIR – Evet, sorunuzu gayet iyi anladım. Ben tebliğimde bunu da açmıştım. Ama söylemek durumunda olamadım. Danıştay'da genel olarak kabul gören; (artık idareyle de bu konuda bir tartışma yok) şirketin tüzel kişiliğe ait mallarından tahsil edilemeyen alacağın zaten kamu alacağı vasfını kazanmış bir alacak olduğu ve alacaklarının 6183 Sayılı Yasaya göre takip edilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla, kanuni temsilcilerin ödeme emri tebliğ edilerek takibe başlanması gerektiği konusunda artık hiçbir tartışma yok.

Geçmişte "ihbarname kuralı mı geçerli olacak, yoksa ödeme emrinden mi başlanacak?" tartışmaları yapılıyordu. Ama Danıştay bunun kamu alacağı vasfını kazanmış alacaklar olduğu, bir an önce tahsilinde kamu yararı bulunduğu ve kişisel yarara üstün tutulması gerektiği görüşüyle ödeme emriyle takipten başlanmasını uygun buldu. Şirketin bir kısım malvarlığının, hacizli olması; ama borcu karşılamaya yetmemesi halinde zaten amme idaresinin bütün takip yolları tüketilmeden kanuni temsilcilerin varlığına yönelmesi söz konusu değil. Dolayısıyla, o hacizler sonuçlanıp ne kadar tahsil edildiği, borçtan ne kadar açık kaldığı belli olmadan kanuni temsilcilerin takibi söz konusu değil.

OTURUM BAŞKANI - Değerli konuklar, sabrınız için sonsuz teşekkürler. En teknik konunun panelin 7. oturumuna kalması galiba biraz süreyi uzattı.

Saygıdeğer izleyiciler, çağdaş yaşamın ve çağdaş yönetimin ölçütlerinden biri de bildiğiniz gibi hukuk devleti olmaktır. Hukuk devleti olmanın birkaç temel altbaşlığı var. Bunlardan biri de yönetimin yahut egemen örgüt olan devletin hukuk kurallarıyla bağlı olması, eylem, işlem ve davranışların hukuk kuralları, daha da ötesinde hukukun temel ilkeleri doğrultusunda denetim altına alınabilmesidir.

İki günlük çalışmamızın başında değerli Danıştay Başkanımız değindiler. Ankara dışında ilk kez bu konular Mersin'de ele alındı. Bu nedenle konuyu Ankara'nın dışına çıkaran Mersin Barosu'na ve Türkiye Barolar Birliği'ne gönülden teşekkür ediyoruz.

Değerli konuklar, her biri alanlarında ülkemizin seçkin isimleri olan panelistler ve tartışmacıları dinledik, birikimlerini bizlerle paylaştılar, kendilerine teşekkür ediyoruz. Bunu son oturum başkanı olarak ben üstlenmiş bulunuyorum. Ancak hemen eklemek istiyorum ki, esas teşekkürü siz izleyenler hak ettiniz. Ülkenin değişik yörelerinde bu tür etkinliklerde bulunan bir meslektaşınız olarak bütün içtenliğimle arz etmek istiyorum ki, sizin bu ilginizi yakın zamanda başka hiçbir yerde görmedim. Bu nedenle sizlere tekrar sonsuz teşekkürlerimi arz etmek istiyorum.

Hemen kapanış konuşmalarını yapmak üzere etkinliği gerçekleştiren Mersin Barosu'nun değerli Başkanı Avukat meslektaşım İsa Gök'ü ve Türkiye Barolar Birliği'nin Başkan Yardımcısı Avukat Hüseyin Erkenci'yi kürsüye davet ediyorum.

Av. İSA GÖK (Mersin Barosu Başkanı) - Sayın Danıştay Başkanım, Danıştay Başsavcım, mahkeme başkanlarım, başsavcılarım, baro başkanlarım, hâkimlerimiz, savcılarımız, değerli avukat meslektaşlarım; Semih Başkanım gerçi kapanışı çok güzel bir şekilde

yaptılar, sağ olsunlar. İki gün yoğun programımızı "İdari Yargı" konulu Panelimizi başarıyla ikmal etmemizin onurunu yaşıyorum. Bu yoğun iş programı içerisinde davetimizi kırmayarak büyük nezaket gösterip teşrif eden tüm konuklarımıza sonsuz teşekkürler ediyorum. Panelimize desteklerinden dolayı Sayın Mersin Valimiz Atilla Osman Çelebioğlu'na, Büyükşehir Belediye Başkanımız Sayın Macit Özcan'a ve Ticaret ve Sanayi Odası Yönetim Kurulu ve Sayın Başkanı Kadri Şaman'a da ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

Çağdaş, demokratik, laik hukuk devleti mücadelesinde hukukun üstünlüğü savaşımında iki günlük panelimiz, iki günlük uğraşımız, 27 katılımcının, oturma başkanı, tebliğ sunan, tartışmacı üstatlarımızla verilen tüm emek, düşünceler ve görüşlerle bu mücadeleye, hukukun üstünlüğü mücadelesine bir nebze olsun katkıda bulunabildiysek ne mutlu bize.

Efendim hepinize saygılar sunuyorum.

Av. HÜSEYİN ERKENCİ (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı) - Yüksek yargı organlarımızın değerli başkanları, hukukçular ve konuklar burada iki gündür Türkiye Barolar Birliği'nin Mersin Barosu'yla ortaklaşa düzenlemiş olduğu İdari Yargı Hukuk Şölenini birlikte yaşadık. Çok güzel bir toplantı oldu. Bu toplantıda ileriye sürülen görüşlerin Türkiye'nin demokratikleşmesi, hukuk devletinin daha ileriye gitmesi ve insan haklarının yüceltilmesi açısından çok önemli olduğunu düşünüyoruz.

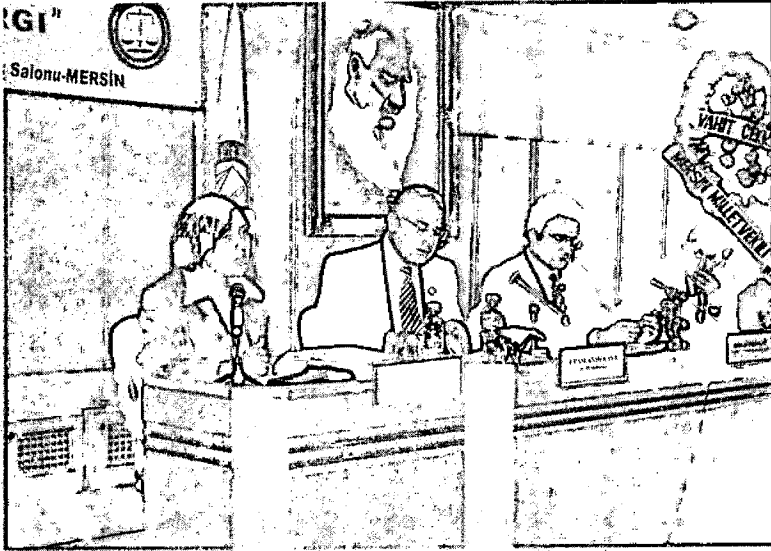
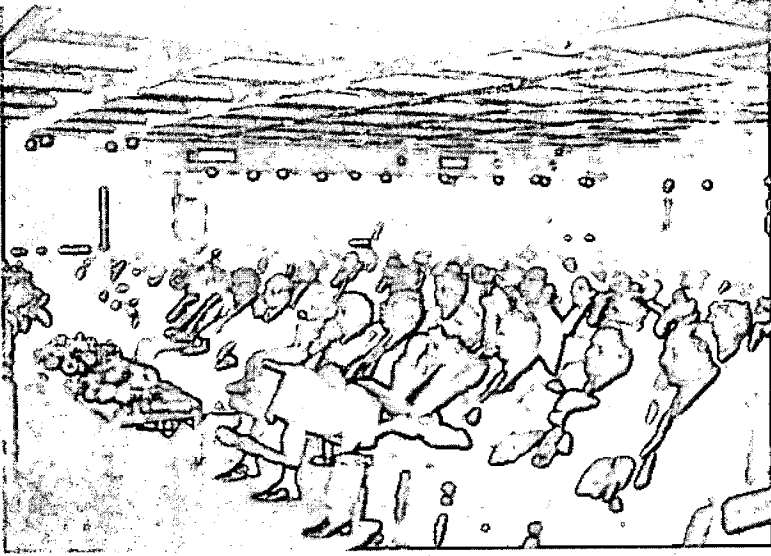
Bu toplantının ayrı bir özelliği daha var. Bu toplantıya Yargıtay'ımızın Sayın Başkanı, Danıştay'ımızın Sayın Başkanı ve Başsavcısının da katılmaları, savunma örgütü Türkiye Barolar Birliği'nin de bu bütünlük içinde yer alması, yargının bütünlüğünü göstermesi bakımından da çok önemli ve anlamlıdır. Yargının organları arasındaki diyalogun önemi, bu toplantıyla vurgulanmıştır ve tescil edilmiştir. Ben

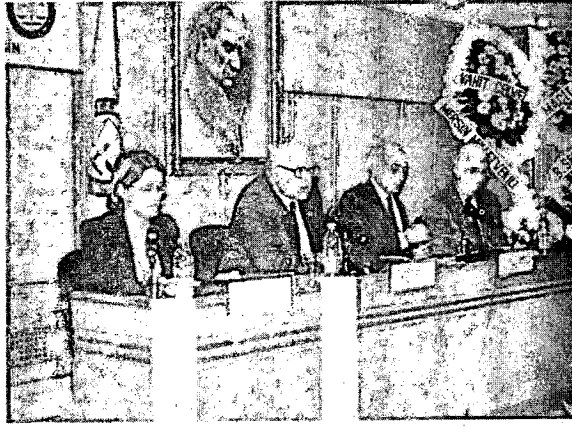
yüksek yargı organlarının değerli Başkanlarına huzurlarınızda teşekkürü bir borç biliyorum.

Mersin Barosu, güzel bir birlikteliği sergilemiştir. Türkiye Barolar Birliği uzunca bir süreden beri Türkiye Barolarıyla ortaklaşa etkinlikler düzenlemektedir. Mersin Barosu'yla yapılan bu ortak etkinlik, bunun güzel bir örneğini oluşturmuştur. 1991 yılında Mersin'de bir genel kurul toplantısına gelmişim, o toplantıyı hâlâ unutamıyorum. Ama, 2003 yılındaki bu dostluk, konukseverlik eskisine daha da eklenerek, yüceltilmiştir. Bu nedenle Başkan İsa GÖK'ün şahsında tüm Mersin Barosu'nun emeği geçen insanlarına, ayrıca Mersin Valiliği'ne, Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ve bu güzel salonu bizlerin etkinliğine tahsis eden Mersin Ticaret Odası'nın yetkililerine huzurlarınızda şükranlarımızı sunuyorum.

Bu toplantılar ancak izleyicilerle anlamlı oluyor. Sizler iki gündür sabırla bu toplantıyı izlediniz, toplantıya anlam kattınız ve idari yargının gelişmesi sürecine tarih önünde tanıklık yaptınız ve katkıda buldunuz. Hepinize Türkiye Barolar Birliği adına tekrar sevgiler, saygılar ve şükranlarımızı sunuyoruz.

"İdari Yargı" Panelinden görüntüler:







Milliyet

**Yüksek
Yargı
organlarının
başkanları
buluştu**

Laiklik uyarısı

TBB ve Mersin Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği 'İdari Yargı' konulu panelde konuşan TBB Başkanı Özdemir Özok, "Bölüclüğe, mandacılara, işbirlikçilere, gericilere karşı tek yol ve tek çıkış bize emanet edilen demokratik, laik, çağdaş Türkiye Cumhuriyeti'dir" dedi.

**MUSTAFA ERCAN, AYSUN KOÇ
Mersin DHA**

Türkiye Üstünce Birliği (TBB), Başkan Özdemir Özok, Atatürk ilke ve devrimlerine dayalı çağdaş düşünce sistemini hiçbir kısıt veya gücün değeri-rişmeyeceğini söyledi.

TBB ve Mersin Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği 'İdari Yargı' konulu panelde Mersin Ticaret ve Sanayi Odası Konferans Salonu'nda başladı. İl yöneticileri, üst düzey yargı organlarının başkanları ile hukukçuların ka-

ılağı panelin açılış konuşmasını yapan Mersin Barosu Başkanı İsa Gök, idari yargının işleyiş anlamında tır takım aktarılar meydansa çekildiğini, bunların çoğaltımında ise yeterli önem atılmadığını söyledi.

TBB Başkanı Özdemir Özok da, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel felsefesinin Atatürk ilke ve devrimleri olduğunu vurgulayarak, "Müstamzak Cumhuriyetçilere, bölücülere, mandacılara, işbirlikçilere, gerici-ler karşı tek yol ve tek çıkış bize emanet edilmiş demokratik, laik, çağdaş Türkiye Cumhuriyeti'dir. TBB ve 74 bace ile 53 bin ayda Türk avukatı Türkiye Cumhuriyeti'ni korumasıya ant içmiştir, kimse-ning bundan kaçması olmaz" dedi.

Bu sözleri Başbakanlık RTÜK'ün izlediği yöne yönelmediğini, 'Laiklik' ilkesinin çıkarılması istemesine tepki olarak niçkindirilen Özok, uzun süre ul-kuşunu, Konuşmasının ABD Irak Savatı na da değinen TBB Başkanı Özok, ABD'nin yandaşlarıyla birlikte kendi emperyalist görüşlerine uygun davranışın uzanması gerektiği Irak Savatı sanayisi-şunu kardeşliğine ve DİMY'de saygınlık

uygulanmaya geçirdiğini söyledi.

İdari yargısına olağanüstü yetkilerle donatılmasına yöneltme karşısında, sağlıklı bir denge kuram ve biriciklikte başkaldırı uğra-şmasını deneyen yargısız bir güç olduğunu vurgulayan Özok, Türkiye'de idari yargı birimlerinin 50 idare mahkemesi, 51 vergi mahkemesi, ve 25 hâkim idare mah-ke-mesiyle yürütüldüğünü, idari işlemlere karşı yargı düzeninin kurulmasını ve ka-patmanın hukuk devleti ilkesini zedeledi-ğini bildirdi.

Dağıtım Başkanı Nuri Alan, Yüksek Askeri Şura ve Cumhuriyetçilerin tek başına yapılabilecekleri anlatan bir tebliğ sunmasından sonra Mersin Barosu Baş-kanı İsa Gök, Yargıya Başbakanı Sabih Kanadoğlu ve eski Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden'e birer pleket sundu. Özok, "Devlet bir hukuk Devleti, gerçek demokrasidir, hukukun üstünlüğü ile demokrasinin temeleridir" dedi. Kanadoğlu da, "Atatürk ilke ve de-rişmelerine ve hukuk üstünlüğüne dayalı laik cumhuriyet görevini sürdüreceğimize kararlıyız" diyerek, pleket medeniyete teşekkür etti. Panel 2 gün sürdü.



Mersin Barosu Başkanı İsa Gök, Yargıya Başbakanı Sabih Kanadoğlu'na pleket verdi.

ZAMAN

Barolar Birliği Başkanı Özok: Petrol tekellerine teslim olunmamalı

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, insanlığın, Amerika Birleşik Devletleri baskınlığında gözü dönen petrol tekelleriyle silah zorbalanına teslim olmaması gerektiğini söyledi.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı Yekta Güngör Özden ve Danıştay Başkanı Nuri Alan'ın da katıldığı, Türkiye Barolar Birliği ve Mersin Barosu tarafından Ticaret ve Sanayi Odası Konferans salonunda düzenlenen, 'İdari Yargı' konulu panelin açılışında konuşan Özok, hükümete yüklendi.

ABD'nin Irak'ı saldırısını da eleştiren Özok, "İçinde bulunduğumuz süreç yurt ve melek sorunlarının gerekçe ağırlaştığı, buna karşın çözüm olanaklarının ve en etkili çözüm umudunun giderek azaldığını göstermektedir. Hemen ya-

nı başımızda, tüm dünyanın gözleri önünde ABD ve yandaşları hiçbir mantığı ve hukuki gerekçe dayanmayan, tamamen emperyalist görüşlerine uygun bir davranışın uzantısı olan Irak Savatı, uluslararası hukuku, uluslararası sözleşmeleri ve en önemlisi, kendi elleriyle kurdukları BM teşkilatını büyük oranda yıpratmıştır. Uygurluğun ve gelişmişliğin gereği bu olmaz, bu olmamalı. İnsanlık ABD öncülüğünde gözü dönen petrol tekelleri ile silah zorbalığına teslim olmamalıdır." dedi.

Avrupa Birliği Türkiye ilişkilerinde AB'nin Türkiye'ye samimi davranmadığını vurgulayan Özok, AB'nin yaptığı açıklamaları tepki vermeyen hükümet ve milletvekillerini eleştirdi. Türkiye'nin terçini hep çağdaş dünya ve Avrupa yanında yapmasına rağmen, aynı ilgi ve desteği göremediğini

dikkat çeken Özok, "İnsanlığın ortak kültürü ve birliktir mi olan çağdaş değerler ve çağdaş hayat Türkiye'nin öncelikli terçini olmuştur. Tüm bunları görmeden gelen AB yetkilileri, İslam dünyasının içinde tek demokratik laik hukuk devleti olma mücadelesinde temel dayanağımız olan Atatürk ilke ve devrimlerimizden vazgeçmiş halinde birlik için girebileceğimizi söylemektedir. Olaysın en vahim yanı, üzerine ant içerek başladıkları kamu görevlerinde bulunan yetkililer ve parlamenterlerin bu saldırısına hiçbir tepki göstermemeleridir. Ulusal birliğin tartışmaya açıldığı, insan hakları ve özgürlükler adına öniter yapının zorlandığı, kutsal din duygularına sınırsız laik yapının yorandığı, bir dönemde Avrupa'dan gelen çalılık sester bir de tessadufi değildir." diye konuştu.

Ümit Pür Merin

Hürriyet



ÖZOK: Temel felsemiz Atatürk ilke ve devrimleri

TBB ve Mersin Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği 'İdari Yargı' konulu panel Mersin Tescim ve Sınay Odası Konferans Salonu'nda başladı. İlyas Özkök, bir dileyen yargı organlarının başkanları ile hukukçulara katılıp panelin açış konuşmasını yapan Mersin Barosu Başkanı İsa Gök, idari yargının ilköğütü anlamında bir takım aksaklıklar meydana geldiğini, benzeri otörününde ise yeterli adını aştığını söyledi.

TBB Başkanı Özdemir Özkök de, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel felsefesinin Atatürk ilke ve devrimleri olduğunu vurgulayarak, 'Nizamın Cumhuriyetçilere, bölücülere, maddacılara, işbirlikçilere, geçicilere karşı tek yel ve tek rulos bice emnen edilen demokratik, laik, çağdaş Türkiye

Türkiye Barolar Birliği (TBB), Başkanı Özdemir Özkök, Atatürk ilke ve devrimlerine dayalı çağdaş düşünce sistemini hiçbir kişi veya gücün değiştiremeyeceğini söyledi.

ye Cumhuriyetidir. TBB ve 76 baro ile 53 bin üyeli Türk avukatı Türkiye Cumhuriyeti'ni korumaya asi kurultisi, kimsenin buradan çıkmasını istemiyor dedi.

Danıştay Başkanı Nuri Alan, Yüksek Askeri Şura ve Cumhurbaşkanlığı'nın tek başına yapacağı işleri anlatan bir televizyon programını izleyen Mersin Barosu Başkanı İsa Gök, Yargıya Başsavcısı Sabih Karadoğru ve eski Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özlü'nü birer plaket sürdü.

'İdari Yargı' konulu paneli yöneten

Anayasa Mahkemesi eski Başkanı Yekta Güngör Özlü, geçmişin adaletin siyasetçilerle olduğunu söyledi.

Yargıya Başsavcısı Sabih Karadoğru'nun yönettiği panelin üçüncü oturumunda Danıştay 5inci Daire üyesi Ercan Erbil tebligatında, Adana Bölge İdare Mahkemesi Başkanı Arif Şiray ve Ankara Barosu'nun avukatı Ahmet Akgül de tartışmaya ölecek katkı. Oturumda konuşan Karadoğru, Türkiye'nin yolsuzluk kütüphanesi sarılı olduğunu bildirdi.

■ Ali ŞEN-Merkezi ERCAN- Ayşın KOC

Cumhuriyet



Alan: Anayasaya uyulmalı

■ MERSİN (AA) - Danıştay Başkanı Nuri Alan, "Devletin tüm erkleri, devlet adına yetki kullanan tüm kamu kurum, kuruluş ve makamları, öncelikle anayasaya uymak zorundadırlar" dedi.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) ile Mersin Barosu'nca düzenlenen "İdari Yargı" konulu panel başladı. Alan, panelin açılışındaki konuşmasında, "Hukuk Devletin, İdarenin Yargısal Denetimi ve Sınırlamalar" konusunu anlattı. Yargının, geniş anlamıyla önleyici, giderici, telafi edici, eski hale getirci bir işlev gördüğünü belirten Alan, "Şu halde asıl olan, kamusal faaliyetlerde hukuk kurallarına uygun davranmak, hukuk sınırları içinde kalmak, hukuku ihlal etmemektir" şeklinde konuştu.

MERSİN'İN ÖZGÜR SESİ

YENİ

Gazete

12 KISAN 7803 CUMHURİYETİ

SUN RTV

Kabluolu Yayında UHP 22

12.00

HAZİRAN 1984

Hukukçular buluştu

Mersin Barosu'nun Avukatlar Haftası etkinlikleri çerçevesinde düzenlenen 'İdari Yargı' konulu panel hukuk adamlarını kendine bir araya getirdi. Bugün de MTSO'da devam edecek panel için Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek, Yargıtay Başkanı Erzurum Özkaya, Danıştay Başkanı Nur Altın, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı Yekta Güngör Özden'in yanı sıra büyük birer konuşmacı, hakimler ve avukatlar katıldı.

YARGI SİYASALASMAMALIDIR

Türkiye Barolar Birliği'nin düzenlediği yazar Merin Baro Başkanı İsa Gök, 1982 Anayasası'nın uygulanmasıyla ilgili olarak, "Anayasayı bir kere dediklerde bir şey olmaz" yaklaşımının, mahkemelerin işlevlerini yerine getirmemesine yol açtığına, "Yargı işinin büyük önem taşıdığı bir dönemde, yargı işlerinin kararlaştırılması, devlet işlerinin yürütülmesi için büyük önem taşıdığına, bu tür kararlar, yargıya olan toplumsal güveni zedelemektir" diye konuştu.



Mersin Barosu'nun Barolar Birliği'nin düzenlediği panelde konuşan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek.

AR TÜRKİYE'YE SARMILMIDIR

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek, parti ve meclis sorunlarının giderilmesi için hukukun öneminin vurgulanması gerektiğini söyledi. Özek, "Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor."



Mersin Barosu'nun Barolar Birliği'nin düzenlediği panelde konuşan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek.

12 / 4 / 2003

HABER

5

Hukukçular Mersin'de buluştu

Mersin Barosu'nun Avukatlar Haftası etkinlikleri çerçevesinde düzenlenen 'İdari Yargı' konulu panel hukuk adamlarını kendine bir araya getirdi. Bugün de MTSO'da devam edecek panel için Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek, Yargıtay Başkanı Erzurum Özkaya, Danıştay Başkanı Nur Altın, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı Yekta Güngör Özden'in yanı sıra büyük birer konuşmacı, hakimler ve avukatlar katıldı.

MECLİSİN ÇIKIŞI

Yeni Gazete Mersin Sayısı ve Yazarları İsa Gök, Türkiye Barolar Birliği ve Mersin Barosu'nun düzenlediği panelde konuşarak, "Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor."

YARADILAN SİYASALASMA

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek, parti ve meclis sorunlarının giderilmesi için hukukun öneminin vurgulanması gerektiğini söyledi. Özek, "Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor."

SORULARA CEVAPLAR

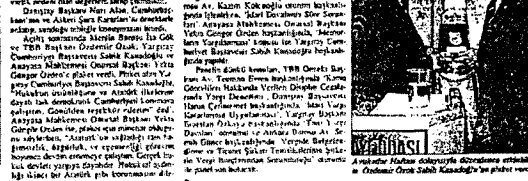
Yeni ve meclis sorunlarına da değinen Özdemir Özek, parti ve meclis sorunlarının giderilmesi için hukukun öneminin vurgulanması gerektiğini söyledi. Özek, "Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor. Hukukun önemi, meclis ve parti sorunlarının giderilmesi için büyük önem taşıyor."



Mersin Barosu'nun Barolar Birliği'nin düzenlediği panelde konuşan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek.



Mersin Barosu'nun Barolar Birliği'nin düzenlediği panelde konuşan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek.



Mersin Barosu'nun Barolar Birliği'nin düzenlediği panelde konuşan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek.

Gazete

Mersin'de hukukçular konuştu

● Mersin Barosu'nun Avukatlar Haftası etkinlikleri çerçevesinde yaptığı İdari Yargı Paneliyle birlikte hafta da sona erdi. 2 gün süren Panel'de Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, baro başkan ve üyeleribaşa olmak üzere ülkemizin önde gelen hukukçularına kentimiz ev sahipliği yaptı.

● Son günün en ilginç oturumu İdari Yargı Kararlarının uygulanması konusunda yapıldı. Danıştay üyesi Turgut Candan sunduğu tebliğinde, adli yargı kararlarının imkansızlıklar ve bazı durumlar haricinde mutlaka ve gerekirse kamu gücü kullanılarak uygulandığını bu nedenle sorun yaratmadığını söyledi.



Mersin Barosu'nun iki gün süren ve 7 oturum halinde gerçekleşen İdari Yargı paneli hukukçuları biraraya getirirken, kentimizin hukuk adamlarının da yoğun ilgisiyle karşılaştı.

Gazete

Mersin'de hukukçular konuştu

● Mersin Barosu'nun Avukatlar Haftası etkinlikleri çerçevesinde yaptığı İdari Yargı Paneliyle birlikte hafta da sona erdi. 2 gün süren Panel'de Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, baro başkan ve üyeleribaşa olmak üzere ülkemizin önde gelen hukukçularına kentimiz ev sahipliği yaptı.

Yeni Gazete-Mersin Barosu'nun Türkiye Barolar Birliği ile birlikte Avukatlar Haftası nedeniyle düzenlediği 'İdari Yargı' panelinde Cumartesi günü dört ayrı oturum gerçekleştirildi. Sabah 09.30'da başlayıp akşam 17.00'de biten oturumlarda değişik hukuk üyelerinin sunduğu tebliğler tartışıldı.

Başkanlığını Türkiye Barolar Birliği eski Başkanı Teoman Evren'in yaptığı 'Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi' başlıklı oturumda Danıştay Üyesi 'İşel İsmail'in sunduğu tebliğ tartışıldı. Günün ikinci oturumunda 'İdari Yargı Kararlarının Uygulanması'

● Son günün en ilginç oturumu İdari Yargı Kararlarının uygulanması konusunda yapıldı. Danıştay üyesi Turgut Candan sunduğu tebliğinde, adli yargı kararlarının imkansızlıklar ve bazı durumlar haricinde mutlaka ve gerekirse kamu gücü kullanılarak uygulandığını bu nedenle sorun yaratmadığını söyledi.

Danıştay Başsavcısı Harun Çetintemel'in başkanlığında yine Danıştay Üyesi Turgut Candan'ın sunduğu tebliğ tartışıldı.

Yargıtay Başkanı Eruslan Özkaya'nın yönettiği 'Tam Yargı Davaları' konulu oturum da ise Danıştay Tetkik Hakimisi Dr. Zuhal Bereket Baş'ın sunduğu tebliğ tartışıldı.

'Vergide belgelendirme ve Ticaret Şirketi Emsalçilerinin şirketin vergi borçlarından sorumluluğu' konulu oturumda ise Oturum Başkanlığını Ankara Barosu Başkanı Semih Güner yaparken Semra Kayır'ın tebliği tartışıldı.



Oturumlardaki tebliğler halinde ele alınan yargı konuları tebliğ sonrasında açılan tartışmalarla incelendi.

Günün en ilginç oturumunda 'İdari Yargı Kararlarının Uygulanması' konusunda Danıştay Üyesi Turgut Candan, "Dava işlemlerinin hukukuna ilgilendiren uygulamalarını bağımsız ve tarafsız yargı yerlerine hukuka uygun biçimde çözümlenmesi ve uygulamaları getirilen çözümlerin sonuçta gerçek yaşama geçirilmesi amacıyla yapılır. Gerçek hayata geçirilmeyen yada geçirilemeyen kararlar davanın tarafları üzerinde moray etki yapmaktan öteye geçemezler. Adli yargı kararları devletin icra ve infaz kurumlarına gerektiyorsa kamu gücü kullanılarak infaz edilir. Bu yüzden bu kararların infazı imkansızlık ve bazı istisnai durumlar dışında çok büyük sorun yaratmaz" dedi.

Hakimiyet

Mersin'de "İdari Yargı" Paneli Tamamlandı

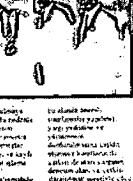
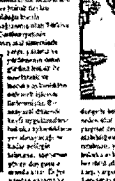
Danıştay Başkanı Alan:
"Türkiye'nin en etkili devlet adına yerleşik yollardan tüm kamu kurum, kuruluş ve makamlarınca derinlikle süzgeçlenen yargı makamlarıdır"
"Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Danıştay Başkanı Alan, 1974-75 Yılı Danıştay Yargı Kurulu'nun birinci toplantısında, Mersin'de düzenlenen "İdari Yargı" paneli tamamlanırken, "Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Tarihçi Barlar Birliği Başkanı Özbek:
"Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"



Mersin Barosu Başkanları ile Türk Barolar Birliği ünlü düzenlediği İdari Yargı Kurulu paneli yargı organlarının başlıklarını ilgilendiren hukukçuların bir araya gelirdi. Yargının idari denetim makamının demokratik bir yapıya geçmesini amaçladığını belirten hukukçular yüksek yargı organları ile Cumhuriyet başkanı'nın tek başına yargı işleri ile ilgili kararlarında yargı denetimine ağırlıklı yer vermesini istedi.

Mersin Barosu Başkanları:
Mersin Barosu Başkanı Özbek, panelde yaptığı konuşmada, "Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

imece

Yüksek Yargı Mersin'de Bulustu

Mersin Barosu ile Türk Barolar Birliği ünlü düzenlediği İdari Yargı Kurulu paneli yargı organlarının başlıklarını ilgilendiren hukukçuların bir araya gelirdi. Yargının idari denetim makamının demokratik bir yapıya geçmesini amaçladığını belirten hukukçular yüksek yargı organları ile Cumhuriyet başkanı'nın tek başına yargı işleri ile ilgili kararlarında yargı denetimine ağırlıklı yer vermesini istedi.



Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"



MEZET:
Mersin Barosu Başkanı Özbek, panelde yaptığı konuşmada, "Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Yargıal denetim elverişliliğine önemle çalışmalı"

Hürriyet

PAZAR, 13 Nisan 2003 15

Parasızlık idari suçu artırıyor

Avukat İsmet Cantürk, kamu görevlilerine sağlanan koşulların yetersizliğinin disiplin suçlarının artmasına neden olduğunu söyledi.

ANKARA Barosu'na üye avukat İsmet Cantürk, kamu görevlilerine sağlanan koşulların yetersizliği disiplin suçlarının artmasına yol açtığını vurguladı.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve Mersin Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği 'İdari Yargı Paneli'nin ikinci gününde TBB eski Başkanı Teoman Evren'in başkanlığında 'Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezaları'nda Yargı Denetimi' ve Danıştay Başsavcısı Harun Çetinemel başkanlığında da, 'İdari Kararların Uygulanması' başlıklı oturumlar yapıldı.

SUÇ YAYGINLAŞIR

İlk oturumda konuşan avukat İsmet Cantürk, disiplin suçlarını ele alarak, "Disiplin suçunu sadece çalışanlar, kamu görevlilerinin işlediği suçlar



olarak değil, bunlara sağlanan ortamın, sağlanan koşulların varlığıyla birlikte değerlendirilmek gerekir. Sosyal güvencenin yerini karmaşanın aldığı, araç, gereç ve donanımdan yoksun bir ortamda disiplin suçlarının yaygınlaşmasının kaçınılmazdır." dedi.

ÇÖZÜM ÖZERKLİKTE

Özerk kuruluşlar ve idari yapının siyasileşmesi ile ilgili konulara da değinen Cantürk,

şunları söyledi:

"Özellikle özerk statüdeki kuruluşlara karşı olarak akıl almaz bir yaklaşım kamu hizmetinin daha da disiplinsiz bir ortam içinde yürütülmesini sağlar bir görünüm taşımakta ve idari yapının ne denli kamu hizmetinde adil, etkin, verimli işlenmesini engelleyici nitelikte bir anlayış olduğunu kanıtlamaktadır. Eğer özerk kuruluşlar yaygınlaştırılabilirse siyasi otorite veya idari yapının siyasileşmesi de engellenir."

■ Mustafa ERCAN-Aysun KOÇ

İdari Yargı'da disiplin suçları tartışıldı

MUSTAFA ERCAN, AYSUN KOÇ

Ankara Barosu'na üye avukat İsmet Cantürk, kamu görevlilerine sağlanan koşulların yetersizliği disiplin suçlarının artmasına yol açtığını vurguladı.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve Mersin Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği 'İdari Yargı Paneli'nin ikinci gününde TBB eski Başkanı Teoman Evren'in başkanlığında 'Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezaları'nda Yargı Denetimi' ve Danıştay Başsavcısı Harun Çetinemel başkanlığında da, 'İdari Kararların Uygulanması' başlıklı oturumlar yapıldı.

İlk oturumda konuşan avukat İsmet Cantürk, disiplin suçlarını ele alarak, "Disiplin suçunu sadece çalışanlar, kamu görevlilerinin işlediği suçlar olarak değil, bunlara sağlanan or-

tamın, sağlanan koşulların varlığıyla birlikte değerlendirilmek gerekir. Sosyal güvencenin yerini karmaşanın aldığı, araç, gereç ve donanımdan yoksun bir ortamda disiplin suçlarının yaygınlaşmasının kaçınılmazdır" dedi.

Özel kuruluşlar ve idari yapının siyasileşmesi ile ilgili konulara da değinen Cantürk, şunları söyledi:

"Özellikle özel statüdeki kuruluşlara karşı olarak akıl almaz bir yaklaşım kamu hizmetinin daha da disiplinsiz bir ortam içinde yürütülmesini sağlar bir görünüm taşımakta ve idari yapının ne denli kamu hizmetinde adil, etkin, verimli işlenmesini engelleyici nitelikte bir anlayış içinde olduğunu kanıtlamaktadır. Eğer özerk kuruluşlar yaygınlaştırılabilirse siyasi otorite veya idari yapının siyasileşmesi de engellenmiş olur."

Arayış

HAFTALIK AKTÜEL HABER GAZETESİ

16 NİSAN 2003 ÇARŞAMBA YIL 4 SAYI 205

“Hukuka yatırım yok”

Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı Yekta Güngör Özden, tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de siyasilerin hukuka gereken yatırımı yapmadığını söyledi. Türkiye Barolar Birliği ile Mersin Barosu’nun birliktede düzenlediği “İdari Yargı Panelinde Konuşan Özden, siyasilerin ilgisizliği nedeniyle çağın hızlı gelişimine adaptasyon sorunu yaşayan yargının, vatandaş nezdinde de güven kaybına neden olduğunu söyledi. Panelde “İdari Davalarda Süre Sorunları” konulu oturumu yöneten Yekta Güngör Özden, “İdare Mahkemelerinin Türkiye’deki idari yapıya getirdiği kolaylığı hepimiz biliyoruz. Ama sorunlar var. Aslında bu sorunlar



Yekta Güngör ÖZDEN

sadece yargıda değil, her alanda yaşanıyor. Sorunları aşmanın yolu özgür tartışma platformları. Yurttaşların yargıya olan güveninin artması için yargının yalnızca doyurucu gerekçelerle kanunları açıklamayı yetmiyor. Onu zamanında açıklaması çok önemli. Geçiken adalet adaletsizliktir. Bana göre, tüm olumsuzlukların kaynağında siyaset var. Siyasiler, kendileri, yakınları, partileri için getirdikleri kolaylığı yaptıkları yatırımı, yargı için yapmıyorlar. Aslında siyaset düzeldiğinde birçok sorunun da çözülceğini düşünüyorum” dedi.

Hukukçular konuştu

Avukatlar Haftası nedeniyle Mersin Barosu tarafından düzenlenen etkinlikler çerçevesinde yapılan “İdari Yargı” paneli bir çok ünlü hukukçuyu Mersin’e getirdi. TBMM Özdemir Özok, Yargıtay Başkanı Eraralan, Özkaya, Danıştay Başkanı Nuri Alan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı Yekta Güngör Özden Mersin Barosunun davetlileri arasındaydı.

Arayış-Mersin Barosu ve TBB işbirliğiyle düzenlenen “İdari Yargı” panelinde hukukçuların sorunları tartışıldı. Çok sayıda avukatın da katıldığı panelde ilk konuşmayı Mersin Barosu Başkanı İsa Özk yaptı. Birlikçiler aracılığıyla sorunların çözümlenmesi çalışıldığını kaydeden Özk, “Bilindiği gibi Anayasamızın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak nitelendirilir. Hukuk devletinin temel özelliği ise devlet içindeki tüm kamusal yaşam ve yönetimin çalışmalarının yargı denetimi

mi altında olmasıdır. Bu itibarla idare işlemlerinin yargusal denetimle bağlanması, gelişmiş demokrasiler için zorunludur” şeklinde konuştu. TBMM Başkanı Özdemir Özok ise yargı yolunun hiç bir neden ve de biçimde kısıtlanamayacağını altını çizdi ve “Yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. İdari işlemlere karşı yargı denetimini sürdürmek hukuk devleti ilkesini zedeler. Hukukun üstünlüğüne dayanan hukuk devletinin tüm kurulları ve çağdaş nitelikleri ile gerçekleştirilmesi için idari yargı

denetimle konulan amirallerle kaldırılamazdır. Çağlar boyu yönetenlere onur ve saygınlık veren, hukuka gösterdikleri özendir.” şeklinde konuştu. Özok konuşmasını şöyle sürdürdü: “Yurt ve millet sorunları giderek ağırlaşmaktadır. Çözüm umudu ise giderek azalmaktadır. Irak Savaşı bir bir mantıklı ve hukuka gerekçeyle dayanmaz. İnsanlık ABD öncülüğünde gözden geçirilmeli. Türkiye’nin öncelikli terahli her zaman çağdaş değerler ve çağdaş yaşamdır. Ne var ki AB Türkiye’ye karşı aşırısını değiştirdi. kısa bir süre önce bir AB yetkilisi, Türkiye’nin AB’ye girebilmesi için Atatürk ilke ve devrimleriyle Kemalist düşünceden vazgeçmesi gerekir, sözleri yayınlamış kamu görevlerinde bulunan yetkililer bu istihyaya hiç bir tepki göstermemiştir. Her Türk aydını varlık nedeni olan değerlere sahip çıkmalıdır”



İdari yargı kararlarının uygulanması konusunda konuşan Danıştay Üyesi Turgut Canadan da davaların açılma nedenini “Dava işlerinin hukukunu ilgilendiren uyumsuzlukların başmısı ve tarafız yargı yerlerince hukuka uygun biçimde çözümlenmesi ve uyumsuzluğa getirilen çözümün sonuna gerçek yaşamı geçirilmesi amacıyla. Gerçek hayata geçirilmeyen yada gerçekleştirilmeyen kararlar davanın tarafları üzerinde moral etki yapmaktan öteye geçemezler” dedi.

Karanfil Sokak No:5/62 06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
İnternet Adresi: www.barobirlik.org.tr
e-mail: bbirlik@barobirlik.org.tr