

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KAMU HİZMETLERİNİN SÜREKLİLİK VE DÜZENLİLİK
İLKESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

M.Gözde ATASAYAN

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Cem AYAYDIN

KASIM 2011

ÖNSÖZ

Yüksek Lisans tezi olarak hazırlanan Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi isimli bu çalışma, hem kamu hizmeti kavramı, kamu hizmetinin ilkeleri, hem de diğer İdare Hukuku konularını içeren, bir yüksek lisans tezine göre oldukça kapsamlı ve hacimli bir çalışmadır.

Bunun sebebi, akademik çalışma ve araştırmaları bir yaşam ve kariyer biçimi olarak benimseme yönündeki tercihtir.

Çalışmanın temelinde, sosyal hukuk devleti ilkesi ile onun tamamlayıcısı olan kamu hizmeti kavramı yer almaktadır.

Sanayi Devriminin ürünü olan sosyal haklar ile bunları gerçekleştirme aracı olan sosyal devlet ilkesinin Anayasalarda yer alması sonucunda, devletin faaliyetlerinde ‘‘genişleme’’ yaşanmış, son derece geniş bir alana yayılan bu faaliyetler yasal düzenlemelerle idarenin görev alanı içine girmiştir.

Bunların arasında yer alan, bugün çağdaş Devletin varlık sebebi olarak kabul edilen kamu hizmeti sunma faaliyeti; kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, sosyal adaletin, sosyal güvenliğin sağlanması, sosyal hak ve özgürlüklerin kağıt üzerinde kalmaması, kısacası sosyal devlet ilkesinin yaşama geçirilebilmesi açısından, en önemli araçlardan birisini oluşturmaktadır. Kamu hizmetleri olmadan, sosyal devlet ilkesinin tam olarak hayata geçirilebilmesi de mümkün olmayacaktır. Özellikle de, milli gelirin adil bir biçimde dağıtılmadığı; toplumda kültürel, sosyal ve ekonomik uçurumların bulunduğu; özel girişimin toplumun ihtiyaçlarını gereği gibi karşılayamadığı gelişmekte olan -Türkiye gibi- ülkelerde, ‘‘sosyal devlet’’ kimliğinde bir devletin, topluma hizmet sunma görevi, son derece yaşamsal bir konumda bulunmaktadır.

İdarenin kamu hizmetini belli niteliklerde, belli ilkelere dayalı olarak yerine getirmesi gerekmektedir. Aksi halde, o kamu hizmeti ‘‘gereği gibi’’ sunulmuş olmayacak, toplumda kendisinden beklenen ihtiyaca tam olarak cevap veremeyecektir. Bu ilkeler arasında yer alan süreklilik ve düzenlilik ilkesi de, kamu hizmetinin diğer ilkeleri ile bir bütünlük oluşturacak

şekilde, kamu hizmetlerinin belli bir düzen ve uyum içerisinde, toplumun her kesiminde, her yerde ve her koşulda kaliteli, verimli, olması gereken hızda, sosyal gelişmelere duyarlı olacak şekilde sunulabilmesini ifade etmektedir.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi incelenirken, esasında ilkenin sadece kamu hizmeti kavramıyla değil; İdare Hukukunun bütün temel konularıyla bir ilişki ve etki içerisinde olduğu göze çarpmaktadır. Bugüne kadar yapılan çalışmalarda yer aldığının aksine, süreklilik ve düzenlilik ilkesi, sadece kamu hizmeti konusuna sığmamakta; diğer kamu hizmeti ilkeleriyle birlikte, İdare Hukukunun ve temel olarak da kamu hukukunun ana damarlarını beslemekte ve yine onlardan beslenmektedir.

Bir başka deyişle, bu çalışma, İdare Hukuku'nun "süreklilik ve düzenlilik ilkesi" penceresinden yeniden yazılması denemesidir.

Bu çalışmada, en başta, zamanını, ilgisini ve desteğini benden esirgemeyen tez danışmanım, değerli hocam Yrd.Doç.Dr. Cem AYAYDIN'a; hukuk yolculuğumun en başından beri hep yanımda olan, bana "sosyal hukuk devleti"ni ve "insan hakları"ni çok iyi bir şekilde özümseten, akademik yaşamımda daha pek çok şey borçlu olduğum sevgili hocam, ikinci babam Prof.Dr. İbrahim KABOĞLU'na; yine başta sosyal hukuk devleti ve insan hakları olmak üzere pek çok Anayasal kavramı ve ilkeyi öğrenmemde katkısı büyük olan diğer değerli Anayasa Hukuku hocalarıma; kamu hizmeti kavramını bana benimseten ve kafamda kamu hizmetinin temel ışıklarını yakan değerli İdare Hukuku hocalarıma, hukuk eğitimim boyunca bana sadece "olan" hukuku değil de "olması gereken" hukuku da anlatıp hukuk düşüncesini bir yaşam biçimi haline getirebilmemde, içselleştirebilmemde emeği olan bütün hocalarıma ve eğitim hayatım boyunca an bile olsun benden desteğini eksik etmeyen değerli aileme çok teşekkür etmek istiyorum. Onların benim üzerimdeki emeğinin yanında, burada yer alan kuru bir teşekkürün çok çok yetersiz kalacağını bilsem de...

Hukuka uygun, toplumsal gelişmelere ayak uydurabilen ve kamusal ihtiyaçlara gereği gibi cevap verebilen, süratli, verimli, nitelikli, kaliteli, yani "sürekli ve düzenli" kamu hizmetlerinin sunulduğu bir siyasi, hukuki ve sosyal iklimi yakalayabilmek umuduyla...

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

«KAMU HİZMETİ» KAVRAMI	1
1.Kamu Hizmetinin Klasik Tanımı	1
2.Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Farklı Yaklaşımlar ve Tanımlamalar	4
a) Giriş	4
b)Kamu Hizmeti Kavramının İçeriğini Genişleten Yaklaşımlar	4
3.Kamu Hizmeti Kavramında ve Felsefesinde Zaman İçinde Meydana Gelen Değişim	9
a) İdeolojik Değişim, Tarihsel ve Teknolojik Gelişmeler	9
b) Yeni yaklaşımın dayandığı en önemli hukuki usul: Özelleştirme	11
c) Kamu Hizmetlerinin Ticari Faaliyetlere Yaklaştırılmaya Başlanması.....	13
d)Devlet Tarafından Özel Hukuk Tüzelkişileri Kurma Yoluna Gidilmesi	15
e) Bu Yeni Yaklaşımın ve Bu Doğrultuda Çıkarılan Hukuki Düzenlemelerin İdari Yargıya Olan Etkileri.....	16
4.Çalışmanın Kapsamı Açısından Kamu Hizmetine İlişkin Benimsenen Tanım	20

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNE İLİŞKİN TEMEL İLKE VE ESASLAR.....	21
A. Kamu Hizmeti Faaliyetlerinin Anayasal İlkeleri ve Dayanakları	21
1)Hukuk Devleti İlkesi	21
2)Demokratik Devlet	23
3)İnsan Haklarına Saygılı Devlet	24
4)Laiklik İlkesi.....	25
5)Eşitlik İlkesi.....	26
6) Sosyal Devlet İlkesi.....	28
7)Devletin Bütün Faaliyetlerinin Kamu Yararına Dayanması Gereği.....	32
B. Kamu Hizmetinin Tâbi Olduğu İlkeleri	33
C.Kamu Hizmetlerinin Kurulması, Yürütülmesi ve Sona Erdirilmesinde Yasakoyucunun ve İdarenin Sahip Olduğu Takdir Yetkisi.....	34
1)Kamu Hizmetlerinin Kurulması Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi.....	34
1)a)Yasakoyucunun Takdir Yetkisi ve Hareketsiz Kalması İhtimali.....	34
1)b)Hizmetin Kurulması İhtimali.....	36
2) Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesi Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi.....	38
2)a)Yasakoyucunun Takdir Yetkisi.....	38
2)b)İdarenin Takdir Yetkisi.....	39
3.Kamu Hizmetlerinin Kısmen veya Tamamen Sona Erdirilmesi Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi.....	45
3)a) Yasakoyucunun Takdir Yetkisi.....	45
3)b) İdarenin Takdir Yetkisi:	46
c) Kamu Hizmetlerinin Sona Erdirilmesi Sürecinde Özelleştirme Usulü	46
4.Anayasanın 65.maddesinin Takdir Yetkisi Konusunda Sahip Olduğu Hukuki Anlam ve Fonksiyon.....	48
4)a) 65.maddenin Kapsamı	48
4)b) Kamu Hizmetlerine Başlanması Aşamasında.....	49
4)c) Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sona Erdirilmesi Aşamasında	50
4)d)Mahkeme Kararları.....	52

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNDE SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİ.....	56
A. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi.....	56
1. Genel Açıklama	56
2. Yargı Kararları	58

B. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine İlişkin Olarak Anayasada Yer Alan Esaslar ve Usuller	.61
C. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile «Toplumsal İhtiyaç» Arasındaki İlişki.....	69
D. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile Kamu Hizmetinin Diğer İlkeleri Arasındaki İlişkiler ve Etkileşimler	73
1. Değişkenlik ve Yeniliklere Uyarlanma İlkesi ile Olan İlişki ve Etkileşim.....	73
a) Öğreti.....	73
b) Danıştay'ın Yaklaşımı.....	75
c) Kamu hizmetinin çağın gereklerine uygun nitelikler taşıması gereğinin sınırı.....	75
d) Anayasanın 65. maddesi.....	77
2. Genellik ve Tarafsızlık İlkesi ile Olan İlişki ve Etkileşim.....	78
a) Genel Açıklama.....	78
b) Farklı Statülerde Olan Kişilere Sunulacak Hizmetler.....	80
3. Bedelsizlik İlkesi ile Olan İlişki ve Etkileşim.....	84
a) Giriş.....	84
b) “Bedelsizlik” Kavramının Anlamı.....	84
c) Bedelsizlik İlkesine Aykırılık Oluşturabilecek Yasal Düzenlemelere Örnekler.....	87
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİNİ OLUMSUZ YÖNDE ETKİLEYEBİLECEK OLAN HUSUSLAR.....	
A. Teknik ve Mali Yetersizlikler.....	93
1. Teknik Nedenler.....	93
2. Mali Nedenler.....	94
3. Sonuç.....	95
B. Kamu Görevlilerinin Sayısında ve Niteliklerinde Söz Konusu Olabilecek Olan Yetersizlikler.....	95
C. Hizmetten Yararlanacak Olanların Kişisel Özellikleri ile Kültürel Yapılarının Yaratabileceği Sorunlar.....	97
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
KAMU HİZMETİ TEORİSİNDE YER ALAN SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİNİN DİĞER İDARE HUKUKU KONULARINA OLAN ETKİLERİ.....	
A. İdari Teşkilat Hukuku.....	100
1. Giriş.....	100
2. Kamu Tüzelkişilerinin Sona Erme Şekilleri.....	102
a) Genel Olarak.....	102
b) Kamu Tüzelkişilerinin Sona Erme Şekilleri: Belediyelerin ve Köylerin Tüzelkişiliğinin Sona Ermesi.....	103
3. Merkezi İdareye Verilmiş Olan Görevlerin Yerine Getirilmesine İlişkin Esaslar.....	105
a) Cumhurbaşkanı ve Devlet Denetleme Kurulu.....	105
b) Başbakanın Görev Alanı ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi.....	106
c) Bakanlıkların Görev Alanı ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi.....	108
4. İdarenin Hiyerarşik Denetim ve İdari Vesayet Denetimi Yapma Yetkisi.....	110
a) Hiyerarşi.....	110
b) İdari Vesayet.....	111
c) Sonuç.....	113
5. Mahalli Müşterek İhtiyaçların Aksamadan Yürütülebilmesi İçin Merkezi İdareye Tanınan Yeni Hukuki Usuller.....	113
B. Kamu Personel Hukuku.....	116
1. Giriş.....	116
2. Asli ve Sürekli Görevin Varlığı.....	117
3. Kadro Şartı ve Statü İçinde Olma Gereği.....	119

4. Liyakat ve Kariyer İlkeleri.....	121
5. İdarenin Denetim Yapma Yetkisi.....	124
a) Hiyerarşik Denetim	124
b) İdari Vesayet Denetimi.....	125
c) Sonuç	125
6. İdarenin Naklen Atama Yapma Yetkisi.....	125
7. Vekalet Kurumu	129
8. Kamu Görevlilerinin Görevleri Sırasında Kişilere Verdikleri Zarar ve Sahip Oldukları Sorumluluk Konusundaki Özel Hükümler	131
9. Kamu Görevlilerinin Görevleri Sırasında İşledikleri Suçların Kovuşturulması Konusundaki Özel Hükümler	133
10. Kamu Görevlileri Hakkında Öngörülen Ödevler ve Yasaklar	136
a) Anayasa ve Yasalara Bağlılık Ödevi	137
b) Tarafsız Davranma Ödevi.....	138
c) Hizmeti Şahsen ve Kesintisiz Olarak Yürütme Ödevi	139
d) Hediye Alma ve Çıkar Sağlama Yasası	140
e) Grev Yapma Yasası, Görevi Yavaşlatma ve Durdurma Yasakları.....	141
e)1) Giriş	141
e)2) Anayasal Düzenleme	142
e)3) Yasal Düzenlemeler	144
e)4) Uluslararası Düzenlemeler	147
e)5) Öğretideki Görüşler	149
e)6) Yargı Kararları	152
e)7) Değerlendirme.....	159
11. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Öngörülmiş Olan Disiplin Cezaları	162
12. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Öngörülen Görevden Uzaklaştırma Tedbiri ...	164
a) 657 sayılı Yasadaki Genel Sistem	164
b) Yerel İdarelerin Seçilmiş Organlarının Görevden Uzaklaştırılmaları.....	165
13. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Öngörülen Memurluğun Sona Ermesi Halleri	167
a) Çekilme (İstifa)	167
b) Çekilmiş Sayılma	168
c) Koşullarda Eksiklik	169
d) Emeklilik.....	169
d)1) Yasal (Zorunlu) Emeklilik.....	170
d)2) Kişinin Kendi İsteği Üzerine Emeklilik	171
d)3) İdarenin İsteği Üzerine (Re'sen) Emeklilik.....	172
3. Kamu Malları Rejimi	173
1. Kamu Malları Hakkında Genel Açıklama	173
2. İdarenin Mal Edinme Usulleri.....	175
a) Devletleştirme	176
b) Kamulaştırma	177
c) Düzenleme Ortaklık Payı.....	179
d) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Çerçevesinde Taşınmaz Mal Devri Usulü	181
e) İstimval	182
3. Kamu Mallarının Devredilmezliği İlkesi	184
4. Kamu Mallarının Haczedilemezliği Esası	188
5. Kamusal Gelirlerin Elde Edilmesi ve Kullanılması	191
a) Giriş	191
b) Bütçe Sistemi	192
c) 6183 sayılı Yasa.....	195

d) Vergi Yargılamasında Yürütmeyi Durdurma.....	195
6. Kamu Parasının Korunması/ İdarenin Mali (Parasal) Malvarlığının Korunması: 6183 sayılı Yasa	196
7. Kamu Mallarının Niteliklerinin Korunması.....	200
a) İdareye ve Kamu Görevlilerine Karşı Korunma	200
b) Özel Hukuk Kişilerine Karşı Korunma	205
D. İdari İşlemler Teorisi	208
1. Tanım	208
2. Kamu Hizmetleri Açısından Taşıdığı Önem: Genel Olarak	209
3. Hukuka Uygunluk Karinesi	214
4. İdarenin Düzenleme Yapma Yetkisi.....	216
a) Genel Açıklamalar	220
b) İdari İşlemlerin Değiştirilmesi	220
5. İdari İşlemlerin Geri Alınmasına İlişkin İlkeler ve Kamu Hizmetleri Açısından Taşıdığı Önem.....	222
a) İdari İşlemlerin Geri Alınmasına İlişkin İlkeler	222
b) İlkelerin Öngörülme Nedenleri.....	224
E. İdari Sözleşmeler Hukuku	226
1. Genel Açıklamalar	226
2. Kamu Görevlileri ile Yapılan Sözleşmeler	228
a) Genel Olarak	228
b) Kamu Görevlerinin Özel Hukuk Sözleşmeleri İle Yerine Getirilmesi Usulü	229
3. İmtiyaz Sözleşmeleri	233
a) Genel Açıklama.....	233
b) İdarenin Sahip Olduğu Üstün Yetkiler ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi	233
c) İdarenin İmtiyaz Sözleşmesinin Mali Dengesini Koruma Görevi ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi	235
d) 1999 Anayasa Değişikliklerinin Yarattığı Etkiler.....	236
d)1) Giriş.....	236
d)2) Anayasanın 47.Maddesinde Yapılan Değişiklikler ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi.....	237
e) Anayasanın 125 ve 155.Maddelerinde Yapılan Değişiklikler ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi.....	245
F. Koruyucu Faaliyetler	250
1. Genel Açıklamalar	250
2. Koruyucu Faaliyetler ile Kamu Hizmetleri Arasındaki İlişki: Görevlerin Sürekli ve Düzenli Olarak İfasını Kolaylaştırma ve/veya Riskleri Azaltma	250
G. Planlama Faaliyeti	254
1.Genel Açıklama.....	254
2. Planlama Faaliyeti ile Kamu Hizmetleri Arasındaki İlişki.....	255
H. Sorumluluk Hukuku.....	258
1. Genel Açıklama	258
2. Hizmet Kusuru Oluşturan Haller.....	259
3. İdarenin Sahip Olduğu veya İddia Ettiği Teknik ve Mali Yetersizlikler ve Hizmet Kusuru.....	266
I. İdari Yargılama Hukuku.....	270
1. İdari Yargı'nın Temel Amacı/ İşlevi (Varlık Nedeni).....	270
2. İdari Yargı'nın Bu Amacı/İşlevi Çerçevesinde Öngörülmiş Olan Yargısal Usuller	273
a) İptal Davalarının Objektifliği İlkesi.....	274
b) Re'sen Yargılama İlkesi	275
c) Yürütmeyi Durdurma Kararı Verme Yetkisinin Tanınmış Olması	276
b)1) Genel Bilgiler.....	276
b)2) Yürütmeyi Durdurma Kurumunun İşlevi	278

b)3) Sonuç.....	279
b)4) Vergi Davalarının Özel/ Ayrık Durumu.....	279
c) Mahkeme Kararlarının Geçmişe Etkili Olması.....	280
d) Dava Açma Sürelerinin Kısa Tutulmuş Olması.....	281
BEŞİNCİ BÖLÜM	
SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİNE UYULMAMASININ SONUÇLARI ile BU KONUDA YAPILACAK YARGISAL DENETİMİN ESASLARI ve ÖZELLİKLERİ.....	
A.Giriş	285
1.Genel Kural: Kamu Hizmetlerinden Doğan Uyuşmazlıklar İdari Yargı'da Çözülür. ...	285
2. Anayasa Mahkemesinin İdari Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Yargı Yeri Konusunda Kabul Ettiği Yeni Yaklaşım.....	287
3. Anayasa ve Yasalarla Genel Kurula Getirilen İstisnalar	287
4. Genel Değerlendirme	289
5.Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru İmkânı	290
a) Genel Bilgiler	290
b) Bireysel Başvuru Hakkı ve Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi	292
B. İdari Yargıda Söz Konusu Olabilecek Olan Davalar	293
1. İptal Davası	293
2. Tam Yargı Davası.....	294
C. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine Uyulmamasının Sonuçları: İptal Davaları Açısından ...	296
D. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine Uyulmamasının Sonuçları: Tam Yargı Davaları Açısından	298
1. Herhangi Bir Zararın Doğmamış Olması İhtimalinde	298
2. Zarar Doğmuş Olması İhtimalinde	298
a)Vücut Bütünlüğüne ve Yaşama Hakkına Zarar Gelmiş Olması İhtimalinde.....	298
b) Mala Zarar Gelmiş Olması İhtimalinde.....	299
c) Manevi Zararın Meydana Gelmiş Olması ihtimalinde	300
E. İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sonuçları	302
1. Faaliyete Başlanması Aşamasında	302
2. Faaliyetin Yürütülmesi Aşamasında.....	303
3. Faaliyetin Sona Erdirilmesi Aşamasında.....	303
SONUÇ.....	305
KAYNAKÇA.....	310
ÖZGEÇMİŞ.....	322

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Anayasa
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
D.	: Daire
DD	: Danıştay Dergisi
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
E.	: Esas
Ed(s)	: Editör(ler)
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICSID	: International Convention on Settlement of Investment Disputes
ILO	: International Labour Organization
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu/ Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
KÜHFD	: Kocaeli Hukuk Fakültesi Dergisi
md.	: madde
RG	: Resmi Gazete
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

ABSTRACT

The concept of public service, depending on the social developments, can be used in very different meanings today. According to all of these, there are also different approaches in the doctrine.

The concept of public service, which is one of the main subjects of Administrative Law, or even Public Law, as narrow and technically means that continuous and regular activities which are carried out in order to satisfy the common needs by the State or other public entities or under their supervision and control.

There are some basic principles of public services. It is expected that, public services should be implemented in accordance with these principles. These principles which origin court decisions, are tried to systematize by the doctrine.

The principles of public service; continuity and regularity, generality and neutrality, the variability in adaptation and innovation, gratuitousness, which are known as Rolland Law, have been accepted as the dominant principles of the public service with many court decisions.

The principles of public service are attached strictly to each other. All of them, almost look like an ensemble. Each principle is linked to the other. Unless there is one principle, the others lose their meanings. Continuity and regularity is an element of the concept of public service, and also the basic principle that seems to be complied with.

The principle of continuity of public service, is referred to public services should be fulfilled depending on the continuity of the social needs. But of course, continuity of the public services does not mean that the public services are always carried out at all hours of the day and with the same intensity. The qualifications and the demands of the public services should be considered. If it is necessary for a public service due to its qualifications, it must be carried out continuously, 365 days in a year, 24 hours in a day. Unless it is necessary, it can be carried out for a definite period, in the day, even in the months.

Continuity of the public service is not enough for a quality public service. Services also should be carried out in a definite plan and programme according to social demands. In other words, services should be fulfilled in accordance with the principle of regularity.

Regularity of public services is related to the operation of public services. Public services should be conducted in accordance with predetermined conditions.

If the public services are fulfilled continuously and in good trim, people will be able to benefit from the services the best.

In this study, it is tried to display the meaning of continuity and regularity principle, its scope by taking in consideration relationship and interactions with other principles. In this context, the principle of continuity and regularity, not only have an understanding of being chronological. It means that public services, depending on social needs, must be carried out in a certain quality and intensity, in high-quality, efficiently, effectively, without any discrimination between people (or even, if it is necessary, it must be taken into account some personal characteristics of people who benefit from the services, such as socio-cultural, economic, physical features.) In other words, the public services must be represented duly.

In addition to these principles, the principle of continuity and regularity should be also read and interpreted with the Constitutional principles and essences which public services are based on.

In this context, the principle of continuity and regularity does not mean that the public services must be carried out uninterruptedly all the time, on every accounts. It refers to public services must be represented continuously and regularly in a state which is democratic, lay, social and based on rule of law and human rights.

In this study, it can be come to the conclusion that the principle of continuity and regularity is not only linked to the concept of public service, it is also related to all the main subjects of Administrative Law.

In other words, this study is an essay which tries re-write to Administrative Law in the perspective of the principle of continuity and regularity.

In Administrative Organization Law, this principle can be related to:

- The principle of integrity of Administration,
- Hierarchy and power of administrative supervision,
- The principles about breaking the public corporations,

- The bases of conducting the public offices, which are in responsible of central administration and local administration continuously and regularly.

In Public Officials Regime, the principle is attached to:

- The concept of the permanent staff and statute law,
- The principle of career and merit,
- The authorization of live assignment,
- Institution of attorneyship,
- The private legal arrangements about public officials' civil and criminal liability,
- Duties and prohibitions for public officials,
- Legal arrangements about putting public officials out of office,
- Legal arrangements about terminating public office.

In Public Property Regime, the principle is linked to:

- Rules about acquisition of public property,
- Sort of public properties –especially common properties and properties allocated public service,
- The principles and rules about protecting public properties,
- Legal arrangements about protecting and obtaining public money.

In Theory of Administrative Acts, the principle is referred to:

- The qualifications of Administrative Acts (unilateral, executive and accepted presumption of legality),
- The rules about withdrawing administrative acts. (The principle of legal stability and predictability of the law)

In Law of Administrative Contracts, the principle is related to:

- Administrative contracts which is about conducting a public office.
- Superior authority of Administration on the administrative contracts. (e.g. unilateral cancellation and imposition unilateral obligation)

The other actions which are conducted by Administration are also related to this principle. For example, if public services are carried out continuously and regularly, armband activities of Administration can be conducted easier. Also, an action which aims to protect public order, can be enabled public services to be conducted.

However, in some cases, armband activities of Administration can cause interrupting public services.

Planning activity of Administration is a pre-activity for continuous and regular public services.

In Liability Law of Administration, if public services can not be carried out continuously and regularly (if public services are carried out badly, late or public services are not carried out) it is named as fault of service.

In Administrative Procedural Law, the principles that are also aim to protect the state which is social and based on rule of law, is also attached to the principle of continuity and regularity.

Finally, if it is not complied with this principle, there will be a judicial review. It is an important subject and the scope of this review is a controversial issue. In our legal system, named as administrative regime, as a general rule, Administrative courts hear a case that takes root from conducting public services. However, there are exceptive legal arrangements. Some of them have been found Constitutional by Constitutional Court, especially since the 2000s. These legal arrangements and judgements are controversial that if they can provide continuous and regular public services or not.

If it is not complied with this principle, it can be brought two actions in administrative courts: Action for rescission and administrative action for damages. If an administrative act which is about conducting a public service is unlawful, this administrative act can be revoked by the administrative courts. If a public service cannot be conducted continuously and regularly and depending on this, people come to harm, they can bring an administrative action for damages.

Right along with these administrative actions, the individual application to Constitutional Court is accepted our Constitutional system with the Amendments of

Constitution in 2010. According to this provisions, if a public service cannot be carried out continuously and regularly, the people whose fundamental rights and freedoms within the context of ECHR (European Convention on Human Rights) are damaged by the reason of this and they prove abortive by the end of hearing, they can make an individual application to Constitutional Courts. However, there are ambiguous provisions in Law No. 6212, which is come into effect in 30.3.2011. That's why, it is inappreciable if individual application to Constitutional Court will be an effective legal remedy for the people or not. Court decisions will be probably determining factors about this matter.

As can be seen, on the contrary of the studies which have been published as yet, the principle of continuity and regularity is not only related to the concept of public service, it is also attached to all of the basic subjects of Administrative Law.

ÖZET

Kamu hizmeti kavramı, toplumsal gelişmelere de bağlı olarak, bugün çok farklı anlamlarda kullanılabilmekte, öğretilerde de buna ilişkin değişik yaklaşımlar bulunmaktadır.

İdare Hukukunun, hatta kamu hukukunun ana kavramlarından biri olan kamu hizmeti kavramı, dar ve teknik anlamıyla, Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya onların gözetim ve denetimi altında, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yürütülen sürekli ve düzenli faaliyetleri ifade etmektedir.

Kamu hizmetlerinin birtakım temel ilkeleri bulunmaktadır. Hizmetlerin, bu ilkelere uygun olarak yaşama geçirilmesi beklenir. İçtihat kökenli bu ilkeler öğretiden tarafından sistemleştirilmeye çalışılmıştır.

Rolland yasaları olarak bilinen “süreklilik ve düzenlilik, genellik ve tarafsızlık, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma, bedelsizlik” ilkeleri, hukuk sistemimizde de, pek çok mahkeme kararıyla birlikte, kamu hizmetlerine hakim ilkeler olarak kabul edilmiştir.

Kamu hizmeti ilkeleri, birbirine sıkı sıkıya bağlı bir bütünün parçalarını teşkil eder. Her ilke, diğeri ile bağlantılıdır; biri olmazsa diğeri de anlamını yitirir. Süreklilik ve düzenlilik, hem kamu hizmeti kavramının bir unsuru, hem de uyulması gereken en temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Süreklilik ilkesi hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine bağlı olarak yerine getirilmesini ifade eder. Ancak şüphesiz, kamu hizmetlerinin sürekli olarak yürütülmesi demek, günün her an ve saatinde ve hep aynı yoğunlukta yürütüleceği anlamına da gelmemektedir. Burada, önemli olan husus, kamu hizmetinin nitelikleri ve gerekleridir. Eğer bir kamu hizmeti, niteliği gereği sürekli olarak sunulması gerekiyorsa, yılın 365 günü, 24 saat kesintisiz olarak yürütülmelidir. Bu nitelikte değilse, günün belli saatlerinde, hatta yılın belli aylarında sunulabilecektir.

Hizmetin sürekli olarak yürütülmesi de yeterli değildir. Hizmetin toplumsal ihtiyaçla olan bağı, onun belli bir plan ve program çerçevesinde, başka bir deyişle düzenlilik ilkesine uygun bir biçimde sunulmasını da gerektirir. Kamu hizmetlerinin düzenliliği, hizmetin işleyişi ile ilgilidir. Kamu hizmetleri, önceden belirlenmiş koşullara uygun olarak yürütülmelidir.

Hizmetlerin belli bir düzen içinde, sürekli olarak sunulması durumunda, kişilerin verilen hizmetlerden en iyi şekilde yararlanabilmeleri sağlanmış olacaktır.

Bu çalışmada, “süreklilik ve düzenlilik ilkesi”nin anlamı, kapsamı, diğer ilkelerle olan ilişki ve etkileşimleri de göz önüne alınarak ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda, süreklilik ve düzenlilik ilkesi; sadece kronolojik bir anlama sahip olmamakta; hizmetlerin, toplumsal ihtiyaçlara bağlı olarak, hizmetten yararlanacak kişiler arasında ayırım gözetilmeksizin (hatta, gerekirse, hizmetten yararlananların sosyo-kültürel, ekonomik, fiziksel birtakım kişisel özellikleri de göz önüne alınarak), belli bir nitelikte ve yoğunlukta, kaliteli, verimli, etkili, bir başka deyişle “gereği gibi” sunulmasını ifade etmektedir.

Bu ilkelerinin yanı sıra, süreklilik ve düzenlilik ilkesini, kamu hizmetinin dayandığı Anayasal esas ve ilkelerle birlikte okumak ve yorumlamak da gerekmektedir.

Bu çerçevede, süreklilik ve düzenlilik ilkesi, hizmetin her hal ve koşulda, ne olursa olsun kesintiye uğramamasını değil; insan haklarına dayanan, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletinde sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini gerekli kılmaktadır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi, incelenirken şu sonuca da varılabilecektir ki; bu ilke, sadece kamu hizmeti kavramı ile sınırlı olmayıp esasında İdare Hukukunun bütün temel konu başlıklarıyla bağlantılı olmaktadır.

Bir başka deyişle, bu çalışma, İdare Hukuku'nun “süreklilik ve düzenlilik ilkesi” penceresinden yeniden yazılması denemesidir.

İdari Teşkilat Hukukunda, ilke;

- “İdarenin bütünlüğü ilkesi”,
- İdarenin hiyerarşik denetim ve idari vesayet denetimi yapabilme yetkisi,
- Kamu tüzelkişilerinin sona erdirilmesine ilişkin esaslar,
- Merkezi idare ve yerel idarelere verilen görevlerin aksamadan, belli bir düzen içerisinde, yani gereği gibi yürütülmesi hususları ile ilintili olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamu Personel Hukukunda ise;

- Kariyer ve liyakat ilkesi,
- Kadro kavramı ve statü hukuku,
- Naklen atama yapma yetkisi,
- Vekalet kurumu,
- Kamu görevlilerinin sorumluluklarına ilişkin olan hükümler ile görevleri sırasında işledikleri suçların kovuşturması hakkında düzenlenen özel hükümler;
- Kamu görevlilerinin hizmeti kesintisiz ve gereği gibi yerine getirebilmeleri için öngörülen ödevler ve yasaklar,
- Görevin gereği gibi yürütülmesi açısından görev başında kalmasında sakınca bulunan görevlinin görevden uzaklaştırılması tedbiri,
- Kamu görevinin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeler de bu ilkenin bir yansıması olarak yorumlanabilecektir.

Kamu Malları Rejiminde ilke;

- İdarenin kamu hizmetlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmesi için gereken malları edinebilme usullerini,
- Kamusal görevlerle ilişkilendirilmiş olan malları ve onların niteliklerini (hizmet malları ile orta malları) koruyacak olan ilke ve kuralları,
- Hizmetlerin gereği gibi sunulabilmesi için gereken paranın sürekli ve düzenli şekilde elde edilmesi, kamu parasının korunmasına ilişkin düzenlemeleri de beraberinde getirmektedir.

İdari İşlemler Teorisinde;

- İdarenin, özel hukuk kişilerinden farklı olarak sahip olduğu tek taraflı, icrai nitelikte olan, re'sen –bazı hallerde de cebren- uygulanabilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan hukuki işlemler yapabilme yetkisi akla gelebilecektir.
- Ayrıca, idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin ilkelerden olan hukuki istikrar ve güven ilkesi de hem kişilerin kazanılmış haklarının ve haklı beklentilerinin korunması, hem de hizmetlerin sürekli, düzenli olması bağlamında düşünülebilecektir.

İdari Sözleşmeler Hukukunda ise,

- Bir kamu görevinin yürütülmesini konu edinen idari sözleşmelerin, kamusal görevlerin sürekliliği ve düzenliliğinin sağlanması açısından daha güvenceli bir statü öngördüğü söylenebilecektir.
- İdari sözleşmelerde, özel hukuk sözleşmelerinde yer alan sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği ilkeleri yerine İdarenin, kamu yararını sağlayabilmek, bu çerçevede hizmetlerin sürekliliği ve düzenliliğini yaşama geçirebilmek adına gerektiğinde kamu kudreti kullanabilme, örneğin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme gibi üstün yetkileri bulunmaktadır.

İdarenin yürüttüğü diğer faaliyetlerle süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasında da çeşitli ilişki ve yansımalar bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi, kolluk faaliyetlerinin de ifasını kolaylaştırıcı bir etki yaratabilmektedir ya da kamu düzeninin korunması amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesini de kolaylaştırabilmektedir. Bununla birlikte, bazı durumlarda ise, kolluk faaliyeti bir kamu hizmetinin yürütülmesini önlemek amacıyla müdahalelerde de bulunabilmekte, hizmeti kesintiye uğratabilmektedir.

Planlama faaliyeti ise, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için bir “ön faaliyet” niteliği taşımaktadır.

Sorumluluk Hukukunda, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilememesi (hizmetin kötü, geç işlemesi ya da hiç işlememesi) hizmet kusuru olarak nitelendirilmekte; diğer koşullar (zarar ve nedensellik bağı olması, İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerin bulunmaması) da gerçekleştiği takdirde, İdarenin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.

İdari Yargılama Hukukunda ise, İdari Yargının işlevi ve bu işlevin yaşama geçirilmesi için öngörülmuş bulunan ilkelerin, -sosyal hukuk devletinin korunması bağlamında- kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğini de sağlamayı amaçladığı söylenebilecektir.

Son olarak, bu ilkeye uyulmaması durumunda, yapılacak yargısal denetim ve bu denetimin kapsamı konusu ortaya çıkmaktadır. Hukuk sistemimizde benimsenen idari rejim çerçevesinde, kural olarak, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıklar, temel varlık nedeni sosyal hukuk devletini korumak olan İdari Yargı'da çözümlenmektedir. Bununla birlikte, yasal düzenlemelerle buna istisnalar getirilebilmekte; Anayasa Mahkemesi de, özellikle 2000'li yıllardan itibaren vermiş olduğu kararlarında bu yasaları Anayasa uygun bulmaktadır. Bu tür yasal düzenlemelerin ve bu düzenlemeleri Anayasa uygun bulan Yüksek Mahkeme kararlarının kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliğini ne ölçüde sağlayabileceği ise tartışmalıdır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesine uyulmaması durumunda başvurulabilecek idari davalar; iptal davaları ile tam yargı davalarıdır. Bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi durumunda, bu hizmetin dayandığı işlem hukuka aykırı ise, iptal davası; hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi sonucunda bir zarar doğmuşsa tam yargı davası açılabilir.

Bu idari davaların yanı sıra, 2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasal sistemimizde yer alan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanı da söz konusu olabilecektir. Bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli sunulmaması sonucunda, AIHS kapsamında yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, İdari Yargı'da (ya da yasada öngörülmuşse, Adli Yargı'da) bir sonuç alamaması halinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Bununla birlikte, bu hakkın düzenlendiği 30.3.2011 tarih ve 6212 sayılı Yasada yer alan bazı ifadelerin belirsizliği ve yoruma açık olması nedeniyle bireysel

başvuru imkanının ne şekilde kullanılabileceğini ve ne gibi sonuçlar doğurabileceğini bu konuda verilecek olan yargı kararları belirleyecektir.

Görüldüğü üzere, süreklilik ve düzenlilik ilkesi, sadece kamu hizmeti kavramıyla değil; İdare Hukukunun bütün temel konularıyla bir ilişki ve etki içerisindedir. Bugüne kadar yapılan çalışmalarda yer aldığı aksine, süreklilik ve düzenlilik ilkesi, sadece kamu hizmeti konusuna sığmamakta; diğer kamu hizmeti ilkeleriyle birlikte, İdare Hukukunun ve temel olarak da kamu hukukunun ana damarlarını beslemekte ve yine onlardan beslenmektedir.

GİRİŞ

«KAMU HİZMETİ» KAVRAMI

1.Kamu Hizmetinin Klasik Tanımı

“Hiç kimse, kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama, bunu kendine tasa edinmemiş, yargı, yapmak istememiş, öğretisi ise, başaramamıştır.”

D.Truchet, Fransız İdare Hukukçusu

1)a) Kamu hizmeti, İdare Hukukunun en temel kavramlarından biri olmanın yanı sıra, bu hukuk dalını açıklamakta kullanılan başlıca temel kurucu unsur olarak da değerlendirilmektedir.¹ Duguit'in kurucusu olduğu “kamu hizmeti öğretisi”nde de İdare Hukukunun kamu hizmeti kavramı üzerine kurgulandığı görülür. Hatta, kamu hizmeti kavramı, İdare Hukukunun da ötesinde, giderek kamu hukukunun temel kavramı olarak algılanabilmektedir.²

İdare Hukukunun ana konularından biri olan “kamu hizmeti” kavramının tanımı, anlamı, yeri ve değeri hakkında, Truchet'in de belirttiği üzere, öğretilerde tartışılmaz bir tanım veya açıklaması yapılamamıştır.³ Bugün, devletin varlık sebebi olarak görülen kamu hizmeti kavramının Anayasanın çeşitli maddelerinde (örneğin md.47, 70, 126/3, 128/1, 137/1), idare hukukunun çeşitli konularına ilişkin düzenleyici metinlerde, yargısal kararlarda ve öğretilerde

1 İdare Hukukunun ülkemizdeki kurucularından olan Sıddık Sami Onar'ın, İdare Hukukunun Umumi Esasları adlı eserinin kamu hizmeti kavramı üzerinden kurgulanmış olması, bu durumun bir göstergesi olarak da kabul edilebilecektir. ONAR'a göre, kamu hizmeti ve idari rejim kavramları, İdare Hukukunun konusunu oluşturur. Detaylı bilgi için bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 1.cilt, İstanbul, 1966.

Bununla birlikte, bugün kavramın geçirmekte olduğu değişim ile birlikte, bu özelliğini yitirdiği de ileri sürülmektedir. Bu konuya, bir sonraki başlıkta değinilecektir.

2 Bkz. L.Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, çev: S.Derbil, Ankara, 1954, s.76.

3 Bkz. D.Truchet, Label de Service Public et Status de Service Public, AJDA, 1982, s.428'den, aktaran: O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, s.6, 9 no'lu dipnot.

değişik anlamlarda kullanılıyor olması da, aslında bu durumun bir başka ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide, kamu hizmetine ilişkin çeşitli tanımlar yapılmaktadır. **Dar ve teknik anlamda kamu hizmeti kavramına** ilişkin temel tanımlardan biri olarak ONAR'ın tanımı belirtilebilecektir: “Devlet veya diğer amme hükmi şahısları tarafından veya bunların gözetimi ve denetimi altında umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme hizmeti denilmektedir.”⁴⁵

Bu genel kabul görmüş olan tanım, İdare Hukukunda İdarenin faaliyetleri arasında yapılan klasik ayırım çerçevesinde, kamu hizmeti kavramının dar ve klasik yaklaşımı ifade eder.⁶

1)b) Anayasa Mahkemesi de, 1994 tarihli bir kararında, kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır, dedikten sonra kamu hizmetine ilişkin **klasik tanımı** yinelemektedir: “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler” olarak tanımlamıştır. İdare sürekli ve düzenli olmaları gereken bu etkinlikleri gerçekleştirirken tarafsız davranmalı, hizmetin, çağın gereklerine uygulanabilir bir şekilde düzenlenmesini ve eşitlik ilkesine uygun şekilde ve mümkün olduğu ölçüde bedelsiz olarak yürütülmesini sağlamalıdır.⁷

4 Bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 1.cilt, İstanbul, 1966, s.13.

5 Öğretideki diğer tanımlamalar için, örnek olarak bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.307; İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2011, s.1016; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt 1, Ankara, 2010, s.676 vd.; A.Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD Prof.Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı**,1998, S:1-3, s.148; K.Gözler, **İdare Hukuku**, cilt 2, Bursa, 2010, s.219; İ.Özay, Türkiye’de Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da ”A Tes Amour”, **İÜHFİM**, C.56, S:1-4, 1998, s.295; M.Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, 2004, s.293 v.; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009, s.71 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2011, s.635; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s.478 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukukuna Giriş 2**, İstanbul 2008, s.156.

6 Kamu hizmeti kavramını öğretide daha geniş olarak, İdarenin bütün faaliyetleri ya da devletin bütün faaliyetleri şeklinde yorumlayan görüşler de bulunmaktadır. Kamu hizmetine ilişkin öğretide ileri sürülen farklı görüşler ile kavramın zaman içinde geçirdiği dönüşüm ve değişim, biraz ileride ele alınacaktır.

7 Bkz. E.1994/43, K.1994/42, K.T. 09.12.1994, RG 24.01.1995- 22181. Ayrıca bkz. AYM E.1992/13, K.1992/50, K.T.21.10.1992, RG 30.6.1993-21623; AYM E.94/71, K.95/23, K.T. 28.6.1995, RG 20.3.1996-22586. Kamu hizmetinin tanımına ilişkin Danıştay kararları için bkz. D 8D, E.1996/1687, K.1997/3669, **DD**, S.

Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlarda “niteliği gereği” kamu hizmeti tanımlamalarına da rastlanmaktadır.⁸ Anayasa Mahkemesine göre, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir. Yüksek Mahkemeye göre, örneğin; “kişilerin su, elektrik, hava gazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir.”⁹; “elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetleridir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.”¹⁰

Öğretide, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan faaliyet olmadığı dile getirilerek bu kararlar eleştirilmektedir.¹¹

Bu bağlamda, bir faaliyetin sunulmasında kamu yararı olup olmadığını takdir etme ve onu kamu hizmetine dönüştürme yetkisinin yasama organına ve idari makamlara ait olduğunun altı çizilmektedir.

1)c) Sonuç: Bu çalışmada, **kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi bağlamında, kamu hizmeti kavramı dar ve teknik anlamıyla, yani klasik tanımıyla ele alınacaktır.**

Bununla birlikte, kamu hizmeti kavramına ilişkin farklı yaklaşımlar ve tanımlamalar bulunmaktadır.

96, s.388; D 10D, E.1999/2407, K.2002/347, K.T.6.2.2002, www.danistay.gov.tr; D 11D, E.19744855, K.1997/1704, **DD**, S.28-29, s. 604; D 8D., E.1994/5437, K.1995/4391, **DD**, S. 91, s. 790; D 9D, E.1989/486, K.1990/3638, **DD**, S.82-83, s.736.

8 Örnek olarak bkz. AYM, E.1994/70, K.1994/65-2, K.T.22.12.1994, **AYMKD**, S:31, C:1, s.385 vd.

9 Bkz. AYM, E.1973/32, K.1974/11, K.T.26.3.1974, **AYMKD**, S:12, s.122.

10 Bkz. AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, K.T. 9.12.1994, RG: 24.1.1995, S:22181, s.21.

11 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.681, 682; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.295-296; L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.304 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku**, cilt 2, Bursa, 2010, s.228-232; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.479.

2.Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Farklı Yaklaşımlar ve Tanımlamalar

a) Giriş

Öğretide, genel olarak, dar anlamda kamu hizmeti kavramının zaman içinde sosyal, politik, ekonomik, hukuki değişimlere bağlı olarak bir *dönüşüm* geçirdiği ifade edilmektedir. Artık, dar ve teknik anlamda yapılan bu tanım yetersiz kalmaktadır. Kamu hizmeti kavramının geçirdiği dönüşümü anlayabilmek için, bu alanda ileri sürülen görüş ve yaklaşımları da ele almak ve incelemek gerekmektedir.

Gerçekten de, bazı yazarlar, kamu hizmeti kavramının organik, maddi ve şekli kriterleri olduğunu belirtmiş ve söz konusu kavramı çeşitli şekillerde tanımlama yoluna gitmişlerdir.¹² Kavramın *organik* kriteri, hizmetin devlet ya da kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında gerçekleştiriliyor olması iken, *maddi* kriteri, hizmetin yegane amacı olan kamu yararına yönelik bir faaliyet oluşunu ifade eder. *Şekli* (biçimsel) kriter ise, kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukuki rejime işaret eder. Örnek olarak, Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan kamu hizmeti deyimini organik açıdan kullanılmıştır. Anayasa'nın 47. maddesinde yer alan "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir." hükmündeki kamu hizmeti deyiminin ise maddi açıdan kullanıldığını söylenmektedir.¹³

b)Kamu Hizmeti Kavramının İçeriğini Genişleten Yaklaşımlar

Yukarıda, Giriş kısmında da belirtildiği üzere, kamu hizmeti kavramının, yukarıda yapılan dar ve teknik tanımı dışında, öğretilerde kavramın içeriğini genişleten yaklaşımlar da bulunmaktadır.

12 Örnek olarak bkz. L.Duran, **İdare Hukuku**, İstanbul, 1982, s.302 vd.; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt 1, s.680 vd.; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2010, s.528 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, 2004, s.293 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.478, 479.

13 Günümüzde bu kriterlerin dahi kamu hizmetini açıklamada yetersiz kaldıklarına ilişkin görüşler için öğretilerde bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.293, 294, 295; A.Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", **İHİD**, S.1-3, Y.9, 1988, s.148; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.479.

b)1) İdarenin Bütün İdari Faaliyetlerini Kamu Hizmeti Olarak Kabul Eden Görüşler

Her şeyden önce, öğretilerde bazı yazarlar İdarenin *bütün idari faaliyetlerinin* aslında birer kamu hizmeti olduğunu savunmuşlardır.¹⁴

Kamu hizmetleri özünde toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını gidermek amacıyla yürütülmektedir. Aslına bakılacak olursa, idareye yasalarla yüklenen bütün kamusal görevler de sonuç olarak toplumsal ihtiyaçların karşılanması için öngörülmüştür. Bu yaklaşıma göre, bu amacı taşıyan bütün idari faaliyetler “kamu hizmeti” olarak ifade edilebilecektir. Bu düşüncenin kabulü, bütün idari faaliyetlerin ileride açıklanacak olan “kamu hizmeti ilkeleri” doğrultusunda yapılması gereğini de beraberinde getirecektir.

b)2) Devletin Bütün Faaliyetlerini Kamu Hizmeti Olarak Kabul Eden Görüşler

Öğretilerde, *devletin bütün faaliyetlerinin* kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde yaklaşımlar da bulunmaktadır.

Bu görüşü savunanlara göre, kamu hizmetleri toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını karşılama amacıyla yürütüldüğüne göre, özünde toplumun kamusal ihtiyaçlarını karşılama amacı bulunan bütün faaliyetler kamu hizmeti olarak nitelendirilmelidir. Bugün, *çağdaş devletin* varlık nedeni topluma hizmet etmek olduğuna ve sosyal devlet niteliği de bunu gerektirdiğine göre, sadece idari faaliyetler için değil, devlet tarafından yürütülmekte olan bütün faaliyetler kamu hizmeti olarak kabul edilebilecektir.¹⁵

14 Bu yönde yaklaşımlara örnek olarak, öğretilerde ÖZAY, kolluk faaliyetlerinin “kendine özgü ve özel yöntemlerle gerçekleştirilen” birer kamu hizmeti olduğunu, “kamu yararına olan özel girişimlerin desteklenmesi” faaliyetlerinin dolaylı yoldan gerçekleştirilen kamu hizmetleri olduğunu belirtmektedir. Bkz. İ.Özay, **Devlet İdari Rejim ve Yargısal Koruma**, 3.Kitap, İstanbul, 1990, s.31; İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 2002, s.225 ve s.263. YAYLA’ya göre de, “özel kişi faaliyetlerinin, planlama, yöreklendirme, özendirme (teşvik) gibi yasalara dayalı idari çalışmalara yönlendirilmesi de kamu hizmetidir. Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009, s.72. Bu yaklaşımı benimsemiş diğer yazarlara örnek olarak bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 1, İstanbul, 1966, s.29-30; S.Derbil, **İdare Hukuku**, cilt 2, Ankara, 1952, s.421; T.B.Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara, 1970, s.16; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, İstanbul, 2008, s.357; C.Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Doktora Tezi, Cilt 2, İstanbul, 1998, s. 277 vd. “Kolluk kamu hizmeti” kavramı için bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2010, s.526. Bu yaklaşımları benimsemeyen yazarlara örnek olarak bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.245.

15 Bu yaklaşıma örnek olarak öğretilerde, ULER, kamu hizmetleri hakkında şu belirlemede bulunmaktadır: “...hatta kamu hizmeti toplumdur, Devlettir. Devletin örgütlenmesi ve tüm görevleri Anayasa’ya göre kamu

Bu görüşün benimsenmesi sonucunda ise, devletin bütün faaliyetlerinin, “kamu hizmeti ilkeleri”ne uygun olarak sunulması gerekecektir.

b)3) Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yapılan Bazı Faaliyetleri Kamu Hizmeti Olarak Kabul Eden Görüşler

b)3)1) *Özel hukuk kişileri* tarafından kar amacıyla yapılan ve kamuya yararlı sonuçları da bulunan *bazı faaliyetleri* “kamu hizmeti” olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır.

Kamu hizmeti kavramının içeriğini genişleten bu yaklaşım doğrultusunda, Anayasa Mahkemesinin de, kimi faaliyet alanlarını, yasakoyucunun bu yönde bir değerlendirmesi bulunmamasına veya aksi yöndeki değerlendirmesine karşın “kamu hizmeti” olarak nitelendirdiği görülmektedir. Bu kararlar ile Anayasa Mahkemesi, özel hukuk kişilerinin kamuya yararlı olarak nitelendirilebilecek olan faaliyetlerini “kamu hizmeti” olarak ifade etmiştir.¹⁶

hizmetidir. (...) Kamu hizmeti devletin varlık sebebidir.” Bkz. Y.Uler, Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, **Anayasa Yargısı 15**, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan, 1998. Anayasa Mahkemesi Yayınları No.40, Ankara, 1999. s.252-254. Öğretide, bu doğrultuda başka görüşler için bkz. T.B.Balta, **İdare Hukuku 1**, Ankara, 1972, s.23; S.Derbil, **İdare Hukuku**, cilt 2, s.389; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, İstanbul, 2008, s.357; C.Ayaydın, **82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Doktora Tezi, Cilt 2, İstanbul, 1998, s. 297 vd. Ayrıca, kamu hizmeti kavramının tarihsel yolculuğu bağlamında, bu düşüncüyü savunan yazarlara; Kamu Hizmetleri (Bordeaux) Okulu ve bu okulun savunucuları hakkında, detaylı inceleme bkz. O.Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, s.27 vd. Bu yazarlardan, örneğin Duguit'e göre, “Devlet, yönetenler tarafından örgütlenen ve denetlenen kamu hizmetleri birliğidir.” Bonnard da, benzer şekilde, “Kamu hizmetleri, devlet organizmasını oluşturan hücrelerdir.” tanımlamasını yapmaktadır.

16 Bunlara örnek olarak; Anayasa Mahkemesi, Maden Kanununda, yönetmelikle tespit edilecek görevleri yürütmek üzere kurulması öngörülen *yeminli teknik büroların*, Anayasanın 128.maddesine aykırı olduğuna karar verirken özel kişilerce kurulan yeminli teknik büroların yerine getirecekleri denetim ve gözetim hizmetlerinin *kamu hizmeti* olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYM, E.1985/20, K.1986/30, K.T.24.12.1986, Anayasa Yargısı, C.4, s.145/3. Ayrıca, AYM *yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına* tanınan yapı ruhsatı verme yetkisini *kamu hizmeti* olarak nitelendirmektedir. Ayrıca, *avukatların, yeminli mali müşavirlerin, kamu kurumları niteliğinde meslek kuruluşlarına üye olan kişilerin faaliyetlerini de kamu hizmeti* olarak değerlendiren kararlar da bulunmaktadır. Bu kararlar için bkz. AYM, E.1985/11, K.1986/29, K.T.11.12.1986, **AYMKD**, S:22, s.458-459, **Anayasa Yargısı**, C.4, s.145/4-a; AYM E.1988/50, K.1989/27, K.T.23.6.1989, RG 4.10.1989-20302; AYM E.1969/37, K.1971/8, K.T.21.1.1971, RG 31.8.1971-13942; AYM E.1994/82, K.1995/9, K.T.15.2.1995, RG 21.9.1995-22411; AYM, E.1986/5, K.1987/7, K.T.19.3.1987, **Anayasa Yargısı**, C.4, s.145/5-a; **AYMKD**, S:23, s.133. Avukatlık faaliyetinin niteliği konusunda bkz. C.Ayaydın, **82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, cilt 2, s.429-430. Ayrıca, bkz. M.Günday, “Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği”, **Hukuk Kurultayı 2004**, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı, Cilt 4, Ankara, 2004, s.98.

b)3)2) Bu görüşün uzantısı niteliğindeki bir yaklaşım, Conseil D'Etat içtihatlarına¹⁷ dayanılarak geliştirilmiş olan “*virtüel kamu hizmeti*” nitelendirmesidir.

Bu kavram, birtakım özel faaliyetlerin, İdare veya yasakoyucu tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş olsa bile, nitelikleri gereği potansiyel kamu hizmeti olarak değerlendirilebileceği fikrine dayanır. Bir başka deyişle, özel olarak görünen fakat kamu yararı taşıyan faaliyetler olası kamu hizmetleridir ve bu, idari yargı kararıyla ortaya çıkmaktadır.

Bu kurama göre, özel teşebbüsün, halkın günlük, kolektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere gösterdiği bazı faaliyetler vardır ki, bunların bir yandan İdare ile, diğer yandan da yollar, rıhtımlar, akarsular ve atmosfer gibi kamu emlaki ile özel bir ilişkisi bulunması dolayısıyla, uygulamada kamu hizmetine dönüşebilecekleri kabul edilmektedir.

Ulaşım, haberleşme, eğitim, sağlık gibi genel, ortak ve sürekli, aynı zamanda zorunlu ihtiyaçları tatmin eden özel faaliyetler, öğretilerde virtüel kamu hizmetlerine örnek olarak gösterilmektedir. Bunlar üzerindeki idari denetim, kolluk denetiminin ötesinde içerik denetimini de kapsayan, yani uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borçlar yükleyen, giderek personelin atanmasında bile idarenin yetkili olması sonucunu doğuran “organik benzeri ve hiyerarşiye yaklaşan” bir yetki anlamındadır.¹⁸

17 Fransız Devlet Şurası'nın 1944 tarihli Compagnie maritime de l'Afrique orientale ve 1948 tarihli Radio Atlantique kararlarının detaylı açıklaması için bkz. O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, s.271.

18 Bkz. İ.Özay, **Günüşğinde Yönetim**, s.228; O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 270, 271. Uygulamada da Danıştay'ın özel öğretim kurumlarına ve minibüs işletme ruhsatlarına ilişkin kararlarında virtüel kamu hizmeti anlayışının benimsendiği gözlenmektedir Bkz. D 12.D, E.1967/518, K.1967/1679, K.T.23.10.1967, **DKD**, S 119-122, s.394-397; D DDK, E.1967/134-K. 1967/708, K.T.30.6.1967, **DKD**, S 115-162, s.155-162. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin özel eğitim kurumlarının yürüttüğü faaliyetleri “kamu hizmeti” olarak nitelendirdiği kararlar için bkz. AYM E.1990/4, K.1990/6, T.12.4.1990, RG 17.6.1990-20551. Ayrıca, Yüksek Mahkemeye göre, Anayasa'nın 128.maddesinin “kamu hizmetinin yalnızca Devlet ve kamu tüzelkişilerince yerine getirilmesi gerektiği biçiminde bir yoruma elverişli olmayıp”, özel hukuk kişilerinin kar amacıyla yürüttüğü bazı faaliyetler de kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmektedir. Bkz. AYM E.1994/71, K.1995/23, T.28.6.1995, RG 20.3.1996-22586; AYM E.1994/70, K.1995/23, K.T.28.6.1995, RG 20.3.1996-22586. Ayrıca, Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlığını taşıyan 47.maddesi, özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti yürütebilmesinin Anayasal dayanaklarından birini oluşturur. Bkz. AYM E.1994/71, K.1995/23, K.T.28.6.1995, RG 20.3.1996-22586.

Bu konuda, öğretilerde, TAN ise, Danıştay'ın olası kamu hizmetleri görüşünü benimsediğini, AYM içinse bunu söylemenin güç olduğunu belirtmektedir. Bkz. T.Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, **Anayasa Yargısı**, S:8, 1991, s.237.

Bu kararlarla da, kamu hizmeti kavramının başlangıçta yapmış olduğumuz “dar ve teknik” anlamı, özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini de kapsayacak şekilde genişletilmeye çalışılmıştır.¹⁹

Öğretide, özel hukuk kişilerinin kamuya yararlı faaliyetlerinin de kamu hizmeti kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Örneğin, YAYLA: “... özel kişiler, ‘kamu yararını ya da çıkarını’ doğrudan değil, dolaylı olarak karşılayabilmektedirler. Onların asıl amaçları, kendi karları, kazançları ve gelişmeleridir. Şu halde, kamu hizmeti tanımına özel kişi faaliyetlerinin kamu yararına yansıdığı ve bu yoldan ihtiyacın toplum için çok önemli olduğu halleri de eklemek gerekir.”²⁰

b)3)3) **Bununla birlikte**, öğretilerde her ne kadar, kararlarda da vurgulandığı üzere, özel hukuk kişilerinin faaliyetleri de kamuya faydalı sonuçlar doğurabilmekte ise de, *özel hukuk faaliyetleri* ile devletin sunmuş olduğu kamu hizmetlerini birbirinden *ayırarak* gerektiği de yönünde görüşler de ifade edilmektedir.²¹

Söz konusu görüşe göre; özel hukuk kişileri, “kişisel ve maddi bir yarar” sağlamak (kar elde etmek) amacıyla faaliyette bulunurken, kamu hizmetlerinde amaç toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının tatmin edilerek “kamu yararı”nın sağlanmasıdır.

Kamu hizmetleri, kamu hizmeti ortak hukukuna (kamu hizmeti ilkelerine) dayalı olarak yürütülmekte iken özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinde bundan söz edilemez. İdare, kamu hizmeti görüp görmemekte serbest değildir, bu onun için kendisine yüklenen bir “ödev”dir. Hizmete keyfi olarak son vermek, hatta ara vermek bile mümkün olmamalıdır.

19 Öğretilerde, virtüel kamu hizmeti anlayışına yönelik bir eleştiri, bu anlayışın benimsenmesi halinde kamu hizmeti kavramının “deforme” edilebilme riskini bünyesinde barındırdığı, bunun sonucunda benzer faaliyetler yapan İdarenin de bu faaliyetleri özel sektöre benzer şekilde kar elde etmek amacıyla ifa etmeye başlayabileceği yönündedir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, İstanbul, 2008, s.260; C.Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, cilt 2, Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s.408.

20 Yazar, burada, idare ile bir imtiyaz sözleşmesi veya başka bir idari sözleşme yapılmadığı halde kamuya yansıyan ve tatmin ettiği ihtiyaç önemli olan; bu yüzden de, sürekli, düzenli hatta orantısız olarak ucuz özel kişi faaliyetlerini kast ettiğini belirtir. Türkiye’deki otobüslerle şehirlerarası yolcu taşımacılığını da buna örnek olarak gösterir. Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.72.

21 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.255 vd.

“Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi” uyarınca, o hizmete duyulan ihtiyaç devam ettiği sürece hizmet sunulmaya devam etmelidir.²²

Özel hukuk kişileri ise, yasal olarak engellenmemiş her tür faaliyete istedikleri zaman girişilebilir, dilediğinde yürütülebilir ve yine istenildiği an son verilebilirler. Bu bağlamda, örneğin, eğitim ya da sağlık kurumu işleten özel hukuk kişilerinin faaliyetlerine devam etme zorunluluğu yoktur.

Ayrıca, kamu hizmetlerinin kar elde etmeye yönelik olmayıp topluma “bedelsiz” olarak sunulması söz konusuysa, özel hukuk kişilerinin yürütmekte olduğu faaliyetlerin, örneğin avukatlık hizmetinin (CMK hizmetleri ile adli yardım kurumu haricinde) bu ilkeye bağlı olarak yürütüleceği söylenemeyecektir.²³

b)4) Bununla birlikte denilebilecektir ki, bütün bu farklı yaklaşım ve görüşlere rağmen, *bizim de katıldığımız görüşe göre*, virtüel kamu hizmeti kuramı çerçevesinde ya da değil, özel hukuk kişilerin faaliyetlerinin “dar ve teknik” anlamda kamu hizmeti kavramı içinde değerlendirilmemesi gerekir.

“Kamu hizmeti” kavramı, “kamuya yararlı faaliyetler”den ayırt edilmelidir. Bu bağlamda, kamu hizmetlerinin tabi olduğu kamusal rejim yerine özel hukuk sistemi içinde faaliyet gösteren özel hukuk kişilerinin faaliyetleri, “kamuya yararlı özel hukuk faaliyetleri” olarak nitelendirilebilecektir.²⁴

b)5) Bu itibarla, bir kez daha vurgulanması gerekirse; **bu çalışmada kamu hizmeti kavramı, dar ve teknik anlamda, klasik tanımıyla ele alınacaktır.**

22 Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.226,227; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.262.

23 Avukatlık Kanununda, “avukatlık ücret tarifesi”nden düşük bir bedelle avukatlık hizmeti sunulamayacağı belirtilmektedir. Bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md.164/4: “Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir.”

24 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.366.

3.Kamu Hizmeti Kavramında ve Felsefesinde Zaman İçinde Meydana Gelen Değişim

a) İdeolojik Değişim, Tarihsel ve Teknolojik Gelişmeler

Sanayi Devriminin ürünü olan sosyal haklar ile bunları gerçekleştirme aracı olan sosyal devlet ilkesinin Anayasalarda yer alması sonucunda, devletin faaliyetlerinde ‘‘genişleme’’ yaşanmış, son derece geniş bir alana yayılan bu faaliyetler yasal düzenlemelerle idarenin görev alanı içine girmiştir.

Bununla birlikte, 1980’li yılların başından itibaren dünyada yaşanan çok yönlü değişimle birlikte ise; sanayi toplumundan bilgi toplumuna, Fordist üretimden esnek üretime, ulus devletler dünyasından küreselleşmiş dünyaya, modernist düşünceden postmodernist düşünceye geçiş yaşanmıştır. Bu dönüşüm sürecinde, bireyle devlet arasındaki ilişki de değişmiş; yönetim kavramı yerine ‘‘yönetişim’’ deyimini kullanılmaya başlanmış ve bütün bu dönüşüm çabaları ‘‘yeni dünya düzeni’’ kavramıyla ifade edilmiştir. Bu ‘‘yeni dünya düzeni’’, piyasa reformlarını da gündeme getirmiş ve devletin ekonomik yaşamdaki rolünü, dolayısıyla kamu hizmetlerini *azaltma* ve *özelleştirme* çabalarını başlatmıştır.²⁵

Kamu hizmetlerinde ticarileşme, işletmecî yöntemlerin uygulanması; kamu hizmeti alanlarında, asıl olarak ticaretin hukuku olan, rekabet hukuku ve tüketici hukukunun uygulanması; Avrupa Birliği sisteminin kamu hizmetinde liberalleşmeyi zorunlu kılması söz konusu gelişmeyi etkileyen unsurlardır.²⁶

25 Detaylı bilgi için bkz. K.Boratav, ‘‘Küreselleşme ve Dünya Ekonomisi’’, **Cumhuriyetin 75.yılında Kamu Hizmeti, Kamu Mülkiyeti**, Ankara, 1998, s.39 vd.

26 AB hukukunda ‘kamu hizmeti’ kavramı yerine ‘genel ekonomik yarar hizmeti’, ‘minimum hizmet’ ve ‘evrensel hizmet’ gibi farklı kavramlar kullanıldığı görülmektedir. Öğretide, AB sistemin de, kamu hizmetlerine ilişkin ikili bir kutuplaşmanın olduğundan söz edilmektedir: Türk kamu hizmeti modelinin de esin kaynağı olan Fransa’nın başını çektiği ‘‘daha çok kamu hizmeti kutbu’’ ile İngiltere ve ABD’nin öncülüğünde kamu hizmetlerinin olabildiğince minimum düzeyde tutulması gerektiğini savunan kutup. Bu konuda bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C.1, s.677 vd; Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, **İdare Hukuku**, s.979 vd; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.99 vd; Ali D.Ulusoy, ‘‘Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri’’ **Günışığında Yönetim**, s.289 vd.; O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.244.

Kamu hizmetlerinde daralma, dünyada ve Türkiye’de şiddetle yaşanan ideolojik, sosyal ve iktisadi krizin doğrudan yansımasıdır. Günümüzde, bu değişime bağlı olarak kamu hizmeti kavramı bir “daralma krizi” yaşamaktadır.²⁷

Bu kriz, İdare Hukuku alanında da yansıma bulmuştur.²⁸

b) Yeni yaklaşımın dayandığı en önemli hukuki usul: Özelleştirme

Dünyada ve ülkemizdeki bu ideolojik ve teknolojik değişime paralel olarak, 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği ile “özelleştirme” kurumu Anayasal sistemimize dahil edilmiştir.²⁹

Yasalarımızda öngörülmeğe başlayan özelleştirme usulü, önceden kamusal niteliklere sahip olarak yürütülen faaliyetlerin bu niteliklerini yitirip özel hukuk kişilerince yürütülen özel hukuk faaliyetine dönüşmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu faaliyetlerin yürütülmesi sırasında ortaya çıkacak olan uyuşmazlıklar da, kamu yararı ve kamu hizmeti ilkelerini göz önüne alacak olan İdari Yargıda³⁰ değil Adli Yargıda çözümlenecektir.³¹

27 Bkz. O.Karahançoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 122 ve 354 vd.

28 YAYLA, bu değişimi şu şekilde ifade eder: “... İdare değişmektedir. Bir anlamda küçülmektedir: merkezi idare olarak Devletin faaliyetleri azalmakta; bir kısım işler kamu hizmeti olmaktan çıkmakta; tekeller sona erdirilmekte; rekabet esasları hüküm sürmektedir.” Bkz. Y.Yayla, “İdari Yargılamada Veriler”, 134. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2002, s.55. Ayrıca bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.96 vd.

Öğretide, AYAYDIN da, bu “yeni hukuk düzeninin”, İdarenin faaliyetlerine ve özellikle de kamu hizmetine ilişkin ilke ve esaslarını deforme ettiğini belirtmektedir. Bkz. C.Ayaydın, “İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk Düzeni”, **Prof.Dr.Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, 2007. Bu süreci eleştiren bir görüş olarak, ayrıca bkz. İ.Önder, “Özelleştirmeye Genel Yaklaşım”, **Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme**, ed. Ergin Arıoğlu, Ankara, 1994, s.45. Olumlu yaklaşan yazarlara örnek olarak bkz. S.Sözen, **Teori ve Uygulamada Yeni Kamu Yönetimi**, Ankara, 2005, s.16 vd; Ö.Dinçer, C.Yılmaz, “Değişimin Yönetimi İçin Yönetimin Değişimi”, Kamu Yönetimi temel Kanunu Tasarısı Taslağı Hazırlama Komitesi adına hazırlanan çalışma, www.basbakanlik.gov.tr

29 Anayasadaki düzenlemeye paralel olarak, 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun da yürürlüğe girmiştir. 4046 sayılı Yasada; kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi; kamu tesislerinin işletme hakkının verilmesi, kamu kuruluşlarının kiralanması ve gelir ortaklığı modeli gibi usulleri kapsayacak şekilde özelleştirme usulleri düzenlenmiştir. Bu şekilde, özelleştirme kavramı oldukça geniş bir biçimde ele alınmıştır. Bilindiği üzere, dar ve teknik anlamıyla özelleştirme, bazı İdarelerin sahip olduğu işletmelerin özel kişilere “satılması”nı ifade etmektedir. Bu çalışmada, özelleştirme kavramı dar ve teknik anlamda, önceden kamusal olarak yürütülen bir faaliyetin özel hukuk kişilerince yürütülen bir özel hukuk faaliyetine dönüşmesi anlamında kullanılmaktadır.

30 Kamu hizmetlerinin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülmesinde İdari Yargının sahip olduğu önem ve buna olanak tanıyan hukuki araç ve ilkeler, dördüncü bölümde, İdari Yargılama Hukuku bahsinde ele alınacaktır.

Özelleştirilen faaliyet, **artık kamu hizmeti olarak nitelendirilemeyeceğinden**³², kamu hizmeti ilkelerinden olan süreklilik ve düzenlilik ilkesinin uygulanmasından da bahsedilemeyecektir. Bu bakımdan, çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla birlikte, şunu da belirtmek gerekir ki, özelleştirme sonucunda özel hukuk kişilerinin artık o faaliyeti yürütecek olması, faaliyetin sürekli ve düzenli yürütülmesinin garantisini ortadan kaldırabilecek sonuçlar da doğurabilecektir.³³ İdare, yasalar çerçevesinde kendisine yüklenen kamusal görevleri idare sürekli ve düzenli bir şekilde yerine getirmek zorundadır. Oysa özel kişiler kar elde etmek, maddi kazanç sağlamak amacıyla faaliyette bulduklarından söz konusu faaliyeti sürdürmek mecburiyetinde değildirler. Ayrıca, özelleştirilen faaliyetlerde, artık yararlanmanın karşılığı “fiyat” olacağından ve bu fiyat da kamu hizmetlerinin bedelsizlik ilkesi çerçevesinde belirlenen katılım bedelinden çok daha fazla olabileceğinden, maddi gücü daha düşük olanlar bakımından hizmetten sürekli olarak yararlanabilme söz konusu olmayacaktır.³⁴

Bu hususlara ek olarak, özelleştirilen kuruluşun kamu hukukuna tabi malları da özel hukuk kişilerinin özel hukuka tabi mallar haline gelecek; kamu mallarının niteliğinin korunmasına ilişkin kamusal mal rejimi geçerliliğini yitirecektir.³⁵ Aynı şekilde, söz konusu kuruluşta kamu görevlisi olarak görev yapmakta olan kişiler ya başka idarelere nakledilecek ya da işçi statüsünde özel hukuk kurallarına dayalı olarak çalışmaya devam edeceklerdir.³⁶

31 Bu konuya, 2. bölümde, Kamu Hizmetlerinin Sona Erdirilmesinde Yasakoyucu ve İdarenin Takdir Yetkisi başlığı altında da değinilecektir.

32 Öğretide, aksi yönde görüş için bkz. M.Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, İstanbul, 2007, s.201 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.680.

33 Tabii eğer, özelleştirme belgelerinde “faaliyete devam etme yükümlülüğü” öngörülmemişse...

34 Aynı şekilde, artık bu faaliyetten yararlananlar “tüketici/müşteri” statüsünde yer alacaklardır –ki tüketici statüsü de “hizmetten yararlanan” statüsü kadar güvenceli olmayacaktır. Öğretide, bazı yazarlar bu duruma olumlu yaklaşırken bazıları ise bu süreci eleştirmektedir. Bu süreci olumlu karşılayan düşüncelere örnek olarak bkz. D.E. Ersoy Pınar, “Kamu Hizmeti ve Tüketici Hukuku”, **AYİM Dergisi**, Ankara, 2010, S:25. Bu süreci eleştiren görüşlere örnek olarak bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukukuna Giriş 2**, s.209; İ.Özay, “İdare Edilen’den ‘Yararlanan’a”, **75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu**, Diyarbakır, 1998, s.61-62-64-65.

35 Kamu mallarının niteliği ve kamu malları rejimi hakkındaki açıklamalar “kamu malları” başlığı altında yapılacaktır.

36 Bu bağlamda, hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için “kariyer ve liyakat” ilkeleri çerçevesinde belli bir niteliğe sahip olması gereken kamu görevlilerinden de söz edilemeyecektir. Liyakat ilkesinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile olan bağı, kamu personeli bölümünde açıklanacaktır.

Devletin faaliyetlerinin daraltılması gerektiğini savunan görüşler, özelleştirme uygulamalarını desteklemektedirler.

Sosyal devlet ilkesinin benimsendiği Anayasal sistemlerde, “kamu hizmetleri” bu ilkenin yaşama geçirilmesi için en önemli ve etkili hukuki araçlardan birini oluşturmaktadır. Sosyal devlet ilkesi ve bu ilke gereğince öngörülen Devlet faaliyetleri Anayasada yer aldığı sürece, yürütülmekte olan kamu hizmetleri de yasakoyucu tarafından, bu Anayasal ilkelere ve İdare Hukuku ilkelerine aykırı olacak şekilde sona erdirilememelidir.^{37 38}

Ekonomik ve sosyal açıdan ise; milli gelirin dengeli ve adil bir biçimde dağıtılabildiği, yeterli sermaye birikimi ile kamusal ihtiyaçların özel teşebbüslerle “gereği gibi” karşılanabildiği, bu teşebbüslerin faaliyetlerinin hukuk devleti ve bilinçli bir hukuk toplumu tarafından etkili bir biçimde denetlenebildiği gelişmiş toplumlarda, devletin hizmet sunma gereğinin azalacağı söylenebilir. Bu devlet modelinde (düzenleyici devlet/ ceza devleti), kamu hizmetleri azalarak ekonomik kolluk faaliyetleri önplana çıkacaktır. Bununla birlikte, milli gelirin adil bir biçimde dağıtılamadığı; toplumda kültürel, sosyal ve ekonomik uçurumların bulunduğu; özel girişimin toplumun ihtiyaçlarını gereği gibi karşılayamadığı gelişmekte olan ülkelerde, “sosyal devlet” kimliğinde bir devletin, topluma hizmet sunma görevinden vazgeçmesi mümkün ol(a)mamalıdır.³⁹

37 “Sosyal devlet” ilkesinin yer aldığı Anayasal rejimlerde “kamu hizmetleri” bu rejimin gereklerinin (aynı zamanda, sosyal hakların) yaşama geçirilmesindeki en etkili araçtır. “Sosyal devlet” kimliğine sahip olan bir devletin, yürütmekte olduğu kamu hizmetlerinin, o hizmete duyulan ihtiyaç var olduğu sürece, hukuk dışı nedenlere dayanılarak sona erdirilmesi söz konusu olamamalıdır. Bu konuda, öğretide GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER'E göre de: “... Oysa kimi kamu hizmetlerinin özelleştirme amacıyla ortadan kaldırılmasına imkan yoktur. Sosyal kamu hizmetleri, Anayasanın 2'nci, 5'nci, 41'nci, 55'nci, 56'ncı, 57'nci ve 60'ncü maddeleri uyarınca kurulmuştur. Anayasa, sosyal kamu hizmetlerini yerine getirmek ve sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek üzere, Devlete ödevler vermekte, görevler yüklemektedir. Devletin bu konuda etkin olması, kimi edimlerde bulunması ve sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmesi gerekir. Bu tür kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi için Devletin harcama yapması, kamu giderlerini azaltmak değil, arttırmak amacıyla hareket etmesi gerekir... Sosyal kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi Anayasa'nın 2'nci ve 46'ncü maddelerine aykırıdır. Anayasa'nın 47.maddesinde özelleştirilmenin kabul edilmesi durumu değiştirmez.” Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2008, s.406. Kitabın 2011 basısında yer alan benzer ifadeler için ayrıca bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2011, s.436.

38 Özelleştirme kurumunu düzenleyen Anayasanın 47.maddesinde, herhangi bir açıklayıcı veya sınırlayıcı kriter yer almamaktadır. Bu itibarla, bu usule başvurulması durumunda, yargısal denetim ölçütleri olarak; kamu hizmetine ilişkin İdare Hukuku ilkelerinin veya Anayasanın 2.maddesi ile 5.maddesi çerçevesinde sosyal devlete yüklenen sosyal görevler göz önünde tutulabilir ya da “kamu yararının zorunlu kılması” ve “kamu hizmeti niteliğini kaybetme” kriterleri öngörülebilecektir. Sosyal devlet ilkesine uygun bir yaklaşım da bunu gerektirmektedir. Bununla birlikte, ne –başta 4046 sayılı Yasa olmak üzere- yasal düzenlemelerde, ne de Anayasa Mahkemesi içtihatlarında söz konusu ilkelerin kabul edilmesi yoluna gidilmiştir. Bkz. **C.Ayaydın, İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.335.

39 Öğretide, bu yöndeki görüşler için bkz. **C.Ayaydın, İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.335.

c) Kamu Hizmetlerinin Ticari Faaliyetlere Yaklaştırılmaya Başlanması

Devlet faaliyetlerinde daralma yoluna gidilmesi ile birlikte, öğretilerde bazı yazarlar tarafından, hukuk düzenimizde kamu hizmetlerinin bazılarının “*ticari*” faaliyet olarak görülmeye ve kamu hizmetlerinden yararlananların da “*tüketici/müşteri*” statüsüne sokulmaya başladığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, neoliberalizm dalgası ile, bugün artık kamu hizmetinin “kullanıcıları”ndan değil, kamu hizmetinin “müşterisi”nden söz edilmektedir.⁴⁰ Devletin yükümlülüğü olarak hizmet sunumu özel hukuk edimine ve hizmetin kullanıcıları ile olan ilişkisi de, alım satım sözleşmesine dönüşmektedir. Hizmet sunumunun alım satım ilişkisi şeklinde yeniden kurgulanması, kamusal faaliyetlere olabildiğince fazla oranda ticari ilkeleri uygulama ve böylelikle kamusal faaliyetin özgünlüğünü yok ederek, nihai olarak bu faaliyetleri piyasaya devretme amacıyla önemli bir yer tutmaktadır.

Bütün bunlar, kamu hizmetleri alanında bir “*özel hukuklaştırma*” eğilimini de beraberinde getirmektedir.

Kamu hizmeti alanında yaşanan bu olguya gösterilebilecek bir başka örnek de, *abonman sözleşmeleridir*.⁴¹ Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay; su, gaz, elektrik gibi idare tarafından tek elden yürütülen hizmetlerde, hizmeti yürüten idare ile hizmetten yararlananlar arasında yapılan sözleşmeleri abonman sözleşmeleri olarak nitelemekte ve

40 Öğretilerde, bazı yazarlar bu duruma olumlu yaklaşırken bazıları ise bu süreci eleştirmektedir. Bu süreci eleştirenlerden AYAYDIN’a göre, “tüketici/müşteri” statüsü, ‘kamu hizmetinden yararlanan’ statüsü kadar ‘güvenceli’ bir statü değildir! Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukukuna Giriş 2**, s.209. Benzer yönde bir görüş olarak bkz. İ.Özay, “İdare Edilen’den ‘Yararlanan’a”, **75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu**, Diyarbakır, 1998, s.61-62-64-65; O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.243, 244.

Bu süreci olumlu yorumlayan düşüncelere örnek olarak bkz. D.E. Ersoy Pınar, “Kamu Hizmeti ve Tüketici Hukuku”, **AYİM Dergisi**, Ankara, 2010, S:25; S.Sözen, Teori ve Uygulamada Yeni Kamu Yönetimi, Ankara, 2005, s.16 vd; Ö.Dinçer, C.Yılmaz, “Değişimin Yönetimi İçin Yönetimin Değişimi”, Kamu Yönetimi temel Kanunu Tasarısı Taslağı Hazırlama Komitesi adına hazırlanan çalışma, www.basbakanlik.gov.tr

41 Öğretilerde, abonman sözleşmeleri hakkında örnek olarak bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.546-547; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.305; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.207. Danıştay’a göre, “tarifelerin belirlenmesi sırasında” İdare kamu gücü kullandığı için sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkların İdari Yargıda görüleceği belirtilmektedir. Bkz. D 8D, E.1998/2595,K.1998/4026, K.T.3.12.1988, www.danistay.gov.tr.

bunlardan doğacak uyuşmazlıklar için Adli Yargının görevli ve yetkili olduğunu belirtmiştir.⁴²

Ayrıca, bugün bazı kamu hizmetlerinin -bedelsizlik ilkesine aykırı olarak- kar elde edebilecek şekilde yerine getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Örnek olarak, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK’de, kamu iktisadi teşebbüslerinin “verimlilik ve karlılık” ilkeleri çerçevesinde faaliyette bulunması temel amaç olarak öngörülmüştür.⁴³

Kamu hizmetleri, öğretide konusu bakımından “sınai ve ticari kamu hizmetleri” ile “idari kamu hizmetleri” olarak da bir ayrıma tabi tutulmaktadır.⁴⁴ Öğretide benimsenen bu ayırım çerçevesinde, genel olarak, sınai ve ticari kamu hizmetlerinin, kural olarak özel hukuka tabi olduğu ifade edilmektedir. Hizmetten yararlanacak olanlarla kurulan ilişki ise, özel hukuku aşan hükümler içerse bile, özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Ancak, bu yaklaşım eleştiriye de açık bulunmaktadır. Çünkü, bu hizmetler de “kamu hizmeti”dir ve kamu hizmeti ortak hukukuna (kamu hizmeti ilkelerine) tabidir. Bu hizmetlerin de asıl amacı, her ne kadar kar getiren faaliyet türlerini kapsıyor olsa da, kar elde etmek değil, toplumsal faydayı sağlamak olmalıdır.

d)Devlet Tarafından Özel Hukuk Tüzelkişileri Kurulması Yoluna Gidilmesi

Kamu hizmetlerinin “dar ve teknik” tanımlaması yapılırken, “kamu tüzelkişileri tarafından” ve İdare Hukuku kurallarına bağlı olarak yürütülen faaliyetler olduğundan söz

42 Bkz. AYM E.1990/18, K.1991/4, T.14.2.1991, RG 8.5.1991-20865. Bu konudaki Yargıtay’ın da benzer yaklaşımlı kararları için bkz. Y İBK, E.1944/4, K.1944/12, K.T. 5.4.1944, www.yargitay.gov.tr ; Y 13.HD, E.2002/2602, K.2002/4752, K.T. 29.04.2002, www.yargitay.gov.tr ; Y 13.HD, E.1996/1734, K.1996/2495, K.T. 18.3.1996, www.yargitay.gov.tr (Yargıtay, bu kararında, kamu hizmetinden faydalanan bireyi “tüketici” olarak nitelendirmiştir.) Abonman sözleşmeleri konusunda, Danıştay ise, belirtildiği üzere, “tarifelerin belirlenmesi sırasında” sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkların idari yargıda görüleceğini ifade etmektedir. Bkz. D 8D, E.1998/2595, K.1998/4026, K.T.3.12.1988, www.danistay.gov.tr

43 Bu konuda bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukukuna Giriş 2**, İstanbul, 2008, s.205: Yazara göre, bu şekilde, “Devletin kamu hizmetlerini kar elde edecek şekilde ifa edebileceği fikrinin toplumda (ve hukuk sisteminde) yerleştirilmesi sağlanmıştır.”

Kamu hizmetlerinde kar yaklaşımı konusundaki farklı görüşlerin değerlendirilmesi hakkında, ayrıca bkz. S.Çal, **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, Ankara, 2008, s.20, 29, 31.

44 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C.1, s.685; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.302 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.352 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.651; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.202, 203.

edilmişti. Bununla birlikte, bugün artık devletin gelir elde etmek ya da mali kaynaklarını değerlendirebilmek için özel hukuk tüzelkişileri kurma ve bazı faaliyetlerini bu şekilde yerine getirme yoluna gitmesinden de söz edilmektedir. İdari teşkilatların kendilerine verilen bazı görevleri, özel hukuk kuralları çerçevesinde *şirket* veya *vakıf* kurarak yerine getirmeye başlaması da bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁴⁵

Öğretide, devletin özel hukuk tüzelkişisi kurabileceği yönünde görüşler mevcuttur.⁴⁶ Anayasa Mahkemesi de, kararlarında devletin özel hukuk tüzelkişileri kurabilmesine olanak tanıyan düzenlemeleri Anayasaya uygun bulmuştur.⁴⁷

Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre, Devletin kuracağı özel hukuk kişilerinin yürüteceği faaliyetlerin de, tıpkı özel hukuk kişilerinin özel hukuka tabi faaliyetleri gibi, “dar ve teknik anlamda kamu hizmeti” olarak nitelendirilmemesi gerekir.

e) Bu Yeni Yaklaşımın ve Bu Doğrultuda Çıkarılan Hukuki Düzenlemelerin İdari Yargıya Olan Etkileri

e)1) Kamu hizmeti kavramının, özel hukuk kişilerince yürütülen faaliyetlere yaklaştırılması anlayışı, İdare Hukukunda “kamu yararı”nın sağlanması ve hizmetlerin belli bir nitelikte yerine getirilmesini sağlamak için öngörülmüş olan hukuki sınırlama ve yaptırımlardan kaçınabilme anlamına gelebilecektir. İdarenin özel hukuk tüzelkişisi kurma

45 Öğretide DURAN, kamu hizmetlerini konu alan vakıflar kurarak hizmet satma uygulamasına önemli bir eleştiri getirmiştir. Bkz. L.Duran, “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **AİD**, C.20, S.1, Mart 1987, s.9.10.

Ayrıca, AYAYDIN da, kamu hizmeti olarak yürütülmesi gereken faaliyetlerin Devlet tarafından kurulan özel hukuk tüzelkişileri tarafından yerine getirilmesi yöntemini eleştirmektedir. Yazara göre, Devletin özel hukuk tüzelkişileri kurması durumunda, İdare; faaliyetini “kamu yararının gerçekleştirme” amacı yerine, “kar elde etme amacı” doğrultusunda yürütebilecektir. Ayrıca, İdare Hukuku’nda kamu yararının sağlanması ve hizmetlerin daha iyi ifa edilmesi amacıyla oluşturulmuş olan hukuki sınırlamalardan ve denetimlerden kendini kurtarabilme imkanına da kavuşmuş olacaktır. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.241 vd.

46 Örneğin, bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku**, Cilt 1, s.180; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.87.

47 Bkz. AYM E.2005/95, K.2007/5, T.24.1.2007, RG 29.1.2007-26741. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun’un yargısal denetimini yaptığı kararında, söz konusu yasa ile öngörülmüş olan kamusal görevlerin özel hukuk kişilerinin katılımıyla oluşturulan kamu tüzelkişileri tarafından yerine getirilebileceği sonucuna varmıştır. Kararda, Yüksek Mahkeme, “özel kuruluşlar”ın dahi kamusal görevleri yerine getireceğini ifade etmektedir. Bu karar için bkz. AYM E.2006/61, K.2007/91, K.T.30.11.2007, RG 23.2.2008-26796.

yoluna gitmesi, o tüzelkişinin faaliyetlerinin de özel hukuk hükümleri çerçevesinde yerine getirilmesi anlamına gelecektir.

Bu anlayışın doğal bir sonucu olarak da, söz konusu faaliyetlerin yargısal denetiminde İdari Yargı'nın *görev alanı daraltılmış* olmakta, İdari Yargı alanında da bir “özel hukuklaştırma” yaşanmaktadır. Böylece, aslında “kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri” çerçevesinde yürütülmesi ve bu bağlamda İdari Yargı tarafından kapsamlı bir şekilde, re'sen ve kamu hukuku muhakeme usullerine göre denetime tabi tutulması gereken kamusal faaliyetler ve bu faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklar da irade ve menfaat eşitliği esasına dayanan Adli Yargı yerlerince denetlenecektir.

e)2) 1999 Anayasa Değişiklikleri:

Bu “özel hukuklaştırma” rejiminin bir izdüşümü olarak, değinilmesi gereken önemli bir konu da 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleriyle getirilen yeni düzenlemelerdir.

e)2)1) Anayasanın 47.Maddesinde Yapılan Değişiklikler

Anayasanın 47.maddesine eklenen: “*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*” hükmü ile birlikte aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek hizmetlerin –yasakoyucunun istemesi durumunda- hepsinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kişilerine gördürülebilmesi ihtimali doğmuştur. Buna bağlı olarak da, bu özel hukuk sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar da kural olarak Adli Yargının görev alanına girmektedir.⁴⁸

Yapılan Anayasa değişikliği ile yasakoyucuya bir kamu hizmetinin bir sözleşmeyle özel hukuk kişilerine gördürmek istemesi halinde, imtiyaz sözleşmeleri yerine irade ve menfaat eşitliğini benimseyen Adli Yargının denetimine tabi olan özel hukuk sözleşmelerini

48 1999 Anayasa değişikliklerinin, bu değişikliklerden önceki dönemde, yap-işlet-devret modelinin uygulanması için yapılacak sözleşmelerin Danıştay'ın öndenetimine tabi olması gerektiği yönündeki *Anayasa Mahkemesi kararları by-pass etmek için*, bir tepki olarak getirildiği de öğretilde ileri sürülmektedir. Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.323; Z.Aslan, N.Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 s.1-25. Konuyla bağlantılı AYM kararları için bkz. AYM E.1994/71, K.1995/23, K.T.28.6.1995, RG 20.3.1996-22586; ayrıca, AYM E.1994/43, K.1994-2, K.T.9.12.1994, RG 24.1.1995-22181.

tercih edebilme ve buna bağılı olarak da imtiyaz usulünü tamamen bırakabilme imkanı tanınmıştır.⁴⁹ Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ile kamu yararını, kamu hizmeti ilkelerini gözeterek, buna dayalı olarak İdareye üstün yetkiler tanıyan, İdari yargılama usullerine tabi idari sözleşme yapma zorunluluğu kaldırılmış olmaktadır.⁵⁰

Bu süreç ile birlikte, artık imtiyaz teşkil edebilecek sözleşmelerde toplumsal koruma gereksinimlerinin ne ölçüde gerçekleştirilebileceği de tartışmalı bir hale getirilmiş durumdadır.

Yapılan değişiklikle birlikte, idare ile özel hukuk kişisi arasında yapılacak ve özel hukuk hükümlerine tabi olan (uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların da Adli Yargıda çözümleneceği) sözleşme çerçevesinde görülen hizmetin dar ve teknik anlamda “kamu hizmeti” olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilecektir.⁵¹

49 Söz konusu değişiklikten sonra, AYM, md. 47'nin anlam ve kapsamını genişleten kararlar da vermiştir. Bu konuya, İdari Sözleşmeler bölümünde değinilecektir. Karar için bkz. AYM E.2004/114, K.2007/85, K.T.22.11.2007, RG 24.1.2007-26736.

50 Öğretide, kamu hizmetini konu alan bir sözleşmenin, yasada özel hukuka tabi bir sözleşme olduğunun belirtilmesinin, onun idari sözleşme olmadığı anlamına gelmeyeceğini, sadece yapılan sözleşmenin görev alanı “idari işlem ve sözleşmelerle” tanımlanan idari yargının alanı dışında kalacağını belirten görüşler de bulunmaktadır.

KARAHANOGULLARI'na göre: “Anayasa değişikliğinin, idari sözleşmelerin hukuk ve yargı düzenini değiştirme amacını gerçekleştirmesini güçleştirecek yargısal teknikler bulunmaktadır... İdare hukukuna veya özel hukuka tabi olsun, “idarenin sözleşmelerinin oluşum aşamaları” idaridir. İdarenin sözleşme yapma iradesini oluşturma aşaması ihale olarak adlandırılır... Buradaki ihale kavramını sadece Devlet İhale Kanununda belirtilen usul anlamında kullanmıyoruz. İhale, idarenin sözleşme iradesinin ortaya çıkmasında izlenen usulleri ifade etmektedir... İdarenin sözleşmelerindeki bu ihale aşamasında ortaya çıkan işlemler ayrı idari işlemler olarak, idari yargıda iptal davasına konu edilebilir. Yani idarenin sözleşme yapma iradesi, sözleşmeden bağımsız olarak idari iptal davasına konu olabilir. Buna hukuki engel bulunmamaktadır. Ancak ortaya çıkabilecek olası bir iptal kararının, sözleşme üzerine etkisi tartışmalı olabilir. Sözleşme yapma iradesinin hukuka aykırı biçimde olduğu mahkeme kararıyla saptanan idarenin, yargı kararını uygulamakla için sözleşmeyi feshetmesi gerekir.” Bkz. O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, s.347-349. Yazar, ayrıca hizmetlerin yürütümü özel kişilere devredilse bile, hizmetin niteliği ve ilkelerinin değişmeyeceğini, kamu hizmeti ilkeleri varlığını koruyacağını ve idarenin hizmetlerden sorumluluğunun devam edeceğini de eklemektedir. Bu konudaki örnek Danıştay kararları için bkz. D 10D, E.1997/160, K.1997/2583, K.T.25.6.1997, **DD**, S:95, 1998, s.643; D 12D, E.1965/3686, K.1966/286, K.T.15.10.1966, **DKD** (1965, 1966, 1967), Ankara 1967, s.207-8; D 8D, E.1985/211, K.1987/313, K.T.8.7.1987, **DD**, S:70-71, 1988, s.426.

51 Bu konuda, öğretideki farklı görüşler ve 1999 Anayasa değişikliklerinin kamu hizmeti ilkeleri –bu bağlamda, süreklilik ve düzenlilik ilkesi- üzerinde yaratacağı olası etkiler, dördüncü bölümde, “İdari Sözleşmeler Hukuku” bahsinde, “İmtiyaz Sözleşmeleri” başlığı altında, daha detaylı olarak incelenecektir.

e)2)2) Anayasanın 125. Maddesi ile 155.Maddesinde Yapılan Değişiklikler

Ayrıca, Anayasanın 125.maddesi ile 155.maddelerinde de yapılan değişiklikler ile imtiyaz sözleşmeleri idari yargı denetiminden çıkarılarak tahkim usulü getirilmiş ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerinde yapmakta olduğu denetimin etkisi azaltılmıştır.

Buna göre: “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” (Any.md.125/1); “Danıştay, ...kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmekle...görevlidir.” (Any. md.155)

e)2)2)a) 125.maddede yapılan değişiklikle, imtiyaz sözleşmelerinde de tahkim usulünün öngörülmesinin yolunun açılmış olması da birçok tartışmaları beraberinde getirmiştir.⁵²

Anayasa değişikliğinden önceki dönemde, tarafların kendi iradeleriyle serbestçe belirleyecekleri konuların İdare Hukukunda yer almaması dolayısıyla, öğretide tahkimin medeni yargılamaya giren uyuşmazlıklar için geçerli olduğu, ceza yargısı ve idari yargıda uygulanamayacağına dair yaygın bir fikir vardı. Adli ve İdari Yargı kararları da bunun izlerini taşımakta idi.⁵³

52 Bununla birlikte, öğretide bazı yazarlara göre, uluslararası alandaki yükümlülüklerimiz gereği bu konu zaten idari yargı alanı dışına çıkarılması mümkün olan bir alandı. Bkz. Z.Aslan, N.Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 s.1-25; C.Şanlı, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, **Altyapı Projelerinde Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara, 1998, s.38; S.Tanrıver, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim” **Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.1080. Aksi yönde görüşler için bkz. İ.Özay, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri”, **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul, 1999, s.629-639.

53 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku**, cilt 1, s.627-629. Öğretide, tahkim kurumunu eleştiren görüşler olduğu gibi bu kurumu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Tahkim kurumunu destekleyen görüşler için bkz. N. Nas, “Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, 2001,s.67; H. Günüçür, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli**, TBB Yayını, Ankara, 1999, s.66. Eleştiren yazarlar için bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.317-318; S.Üstündağ, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?-2**, BTHAE, Ankara, 1999, s.14; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.225 vd; S.Tanrıver, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, **Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.1069. Tahkim konusunda, “şeffaflık” sorununa değinen yazarlar için bkz. R. Aybay, “Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim”, **Ekonomik Forum**, Ankara, 15 Ağustos, 1999; J. Paulsson, **Avoiding Unintended Consequences, in Appeals**

Ancak söz konusu Anayasa değişikliği ile birlikte, kamu hizmetlerinin ilkeleri ışığında ve kamu yararını gözeterek yapılan ve bunun için de İdareye hizmetin düzenlenmesi ve denetlenmesi bakımından bazı üstün yetkiler veren imtiyaz sözleşmelerinin; tarafların anlaşması ile irade ve menfaat eşitliğinin geçerli olduğu bir hukuk mekanizmasına yerleştirilmesi ve o mekanizmanın benimsediği ilke ve esaslara göre hüküm verecek olan hakemlerin - bazı hallerde, yabancı hakemlerin- yargısal denetimine bırakılması mümkün hale gelmiştir.⁵⁴

e)2)2)b) Anayasanın 155.maddesinde yapılan değişiklikle, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki ön denetiminin kaldırılması ile konusu, kamu yararını bütünüyle içinde barındıran, kamu hizmetinin görülmesi olan bir sözleşmenin devlet denetiminden geçirilmeden içinde barındırabileceği sakıncalarla taraflar için bağlayıcı hale gelmesi mümkün kılınmıştır. Buna bağlı olarak, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ya da kamu hizmetinin görülmesine özgü tüm gereklerin sağlanıp sağlanmadığı, sözleşmenin bir tarafı olan idarenin dışında herhangi bir resmi birimin denetimi olmaksızın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yürürlük kazanmaktadır.

4.Çalışmanın Kapsamı Açısından Kamu Hizmetine İlişkin Benimsenen Tanım

Yukarıda da çeşitli vesilerle belirtildiği ve vurgulandığı üzere, kamu hizmeti hakkında, belirtilen gelişmelere ve değişime bağlı olarak beliren yaklaşımların ele alınması, söz konusu yaklaşımların, kavramın “dar ve teknik anlamı” ile olan farkını da ortaya koymaktadır. Bu çalışmada, İdare Hukukunda idari faaliyetler konusunda yapılan klasik ayrıma sadık kalınacak ve kamu hizmeti kavramı, “dar ve teknik” anlamıyla kullanılacaktır.

Mechanism in International Investment Disputes, (Eds. Karl P.Sauvant/ Michael Chiswick-Patterson), New York, 2008, s.263, 264; **International Investment Law: A Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives)**, OECD Yayını, 2005,s.11.

54 Hakem yargılamasında, özellikle de uluslararası tahkim usulüne başvurulması ihtimalinde yabancı hakemler kamu hizmetlerinin ilkeleri ile bu ilkelerin hedeflediği “sosyal fayda”yı dikkate almadan karar verebileceklerdir. Somut uyuşmazlıklarda, “kamu yararı” kavramını ve “kamu hizmeti ilkeleri”nin içini dolduracak nitelikteki idari yargıçların ve yine bu ilkelerin yaşama geçirilmesinde önemli rol oynayan idari yargılama usullerinin yokluğu bazı sakıncaları da beraberinde getirebilecektir. Bu konuya, İmtiyaz Sözleşmesi başlığı altında daha detaylı olarak değinilecektir.

Bu itibarla, çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde "kamu hizmeti" ibaresi ile "dar ve teknik anlamda kamu hizmeti" kavramı ifade edilmiş olacaktır.

Diğer bir ifadeyle; milli güvenliği koruma ve kolluk faaliyeti (koruyucu faaliyetler), özendirme ve teşvik faaliyetleri, planlama faaliyetleri, özel hukuk kişilerinin kamuya yararlı faaliyetleri bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNE İLİŞKİN TEMEL İLKE VE ESASLAR

A. Kamu Hizmeti Faaliyetlerinin Anayasal İlkeleri ve Dayanakları

1982 Anayasası, “Genel Esaslar” başlıklı birinci kısmında, devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu belirttikten sonra, 2.maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, **demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.**” hükmüyle cumhuriyetin niteliklerini saymıştır.

Buna bağlı olarak, DURAN’ın ifadesiyle, “devletin her günkü görünümü” olan İdare⁵⁵ de, bireylerin günlük hayatlarında çeşitli düzlemlerde etki eden idari faaliyetlerini düzenlerken bütün bu ilkelere bağlı olacaktır.

Esasen bütün bu Anayasal ilke ve dayanaklar, kamu hizmetleri açısından da “ayrılmaz bir bütün” oluşturmakta; biri olmadan diğeri de anlamını yitirmektedir. Bununla birlikte, bu ilkelerin, taşıdıkları önem dolayısıyla, ayrı ayrı ele alınması daha uygun görülmüştür.

1)Hukuk Devleti İlkesi

Bireylerin hukuki güvenliğinin korunması açısından yargı yerlerince “anahtar prensip” olarak uygulanan hukuk devleti ilkesi, hukukla yoğrulmuş, bütün faaliyet ve işlemlerinde “hukukun egemen olduğu” devlet anlamına gelir.

Kavramın ortaya çıkışı, devlet kaynaklı tüm eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi tutulabilmesi fikrine dayanır. Öğretide, hukuk devletinin biçimsel ve içeriksel unsurları olduğu ifade edilmektedir. Biçimsel unsurlar: Hukukun yapılanması olarak *normlar hiyerarşisi*, devletin yapılanması olarak *erkler ayrılığı*, *yargı bağımsızlığı* ve *Anayasa yargısı* iken içeriksel unsurlar ise *bireye dayanan* devlet anlayışı, *insan haklarına dayanan* özgürlük anlayışı, *evrensel ilkelere dayanan* demokrasi anlayışı olarak belirtilebilir.⁵⁶ Kuşkusuz, bu

55 Bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.1.

56 “ Hukuk devleti, hukuk ve devleti birleştiren sıkı, yapısal ve kurucu bağı ortaya koyar: Devlet organ ve işlevlerinde geçerli erkler ayrılığı ilkesi, aşamalı kurallar dizisine dayanır. Bu düzen, kaynakların çoğulculuğu ve alttaki kuralın bir üstte yer alan kurula uygunluğu ilkelerinde somutlaşan normlar hiyerarşisidir. Uygun olmayan normun sistemden ayıklanması, bağımsız yargı ile gerçekleşir. Değişik devlet güçlerinin hukuka bağlılığı böyle bir düzende sağlanır. İkinci olarak yürürlükteki hukuk da içerik yönünden evrensel kurallar ve hukukun genel

liste daha ayrıntılı koşulları da içerecek biçimde genişletilebilir: Bütün kamusal otoriteler ve bireyler açısından hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin kabul edilmiş olması, bunun bağımsız yargıç tarafından yaptırıma bağlanması; istikrarlı ve kişilere güven veren bir hukuki düzenin olması (hukuk kurallarının açıklığı ve kişilerce bilinebilir özelliği, kazanılmış haklara saygı ilkesi) gibi.

Anayasa Mahkemesi de, birçok kararında, hukuk devletinin taşınması gereken özellikleri saymıştır. Örneğin, Yüksek Mahkeme, bir kararında, hukuk devletinin çerçevesini şu şekilde çizmektedir: “Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, *bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan* devlettir. 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.”⁵⁷

İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka dayalı olması ve hukuka uygun olması, bunun denetlenebilmesi hukuk devletinin gerçekleşebilmesi bakımından son derece önemlidir. Bu bağlamda İdare, “kanunilik ilkesi” çerçevesinde kendisine yasalarla yüklenen kamusal görevleri (kamu hizmetlerini de) “hukuka”(Anayasal ilke ve esaslara, yasal düzenlemelere, onaylanmış uluslararası anlaşmalara, hukukun genel ilkelerine, kamu yararına ve kamu hizmeti ilkelerine) uygun olarak yürütmek durumundadır.

Ayrıca, yine bu anlayış içerisinde İdare, kamusal görevleri yerine getirmek, dolayısıyla da kamu yararını sağlamak için sahip olduğu birtakım üstün yetki ve ayrıcalıkları da, hukuk çerçevesinde kullanacak ve hukuk devletinin öngörmüş olduğu hak ve özgürlükler rejimini zedeleyemeyecektir.⁵⁸

Sonuç olarak, hukuk devleti ilkesi gereğince, İdare, kamu hizmetlerini “hukuka” uygun olarak yürütecektir.

ilkeleriyle örülü bir düzeni yansıtmalıdır. Yasallık gereklidir, zira onsuz hukuk devleti kurulamaz; yetersizdir, çünkü sadece onunla ancak kanun devleti olur.” Bkz. İ.Kaboğlu, **Anayasa ve Toplum**, İstanbul, 2000, s.31-32; İ.Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, Ankara, 2002, s.24.

57 Bkz. AYM, E.1996/74., K. 1998/45, K.T.1.7.1998; RG, 4.3.2000, S.23983.

58 Aksi halde, İdarenin hukuka aykırı işlemleri İdari Yargı mercileri tarafından iptal ettirilebilecek ve/ veya hukuka aykırı eylemlerinden ötürü ortaya çıkan zararların tazmini için idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu konudaki detaylı açıklamalar, 5. bölümde, Yargı Denetimi bahsinde yapılacaktır.

Bununla birlikte, çağdaş hukuk sistemlerinde, “hukuk devleti” ilkesinin “demokratik devlet, “laik devlet” ve hatta, “sosyal devlet” kavramlarından ayrı düşünmek de mümkün olmamaktadır.

2) Demokratik Devlet

“Yönetim biçimlerinin en az kötüsü”⁵⁹ olan demokrasi kavramı, üzerinde çok konuşulan ve yazılan kavramlardan biridir. Demokrasinin klasik tanımlarından birini dünya literatürüne ekleyen, Lincoln’a göre, “Demokrasi, halkın halk tarafından ve halk için yönetilmesidir.”⁶⁰

Evrensel ölçütlere dayanan demokratik yönetimlerin ortak koşulları, genel olarak şu şekilde ifade edilmektedir: Siyasal organların, düzenli aralıklarla tekrarlanan adil seçimlerle saptanması; temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınması; birden çok sayıda siyasal partinin, eşit koşullar içinde iktidar için yarışması, muhalefete söz hakkı tanınması ve iktidar olma yollarının açık tutulması; ideolojik, siyasal, kurumsal ve ekonomik çoğulculuğun sağlanması.

Demokrasi, her iki unsurun (devlet ve birey) ortak eksenini olarak, her iki unsurun ortasında yer alır, gücünü ise yine her iki unsurdan alır: Temel hak ve özgürlüklerin güvencesi (birey boyutu), devlet rejiminin düzenli işleyişi (devlet boyutu)

Demokrasinin, “devlet yönetimi” boyutunda, devletin siyasi rejiminin düzenli işleyebilmesi için siyasi görev ve yetkileri olan bazı görevlilerin ve kurumların, aynı zamanda kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülebilmesi açısından üstlendikleri teknik görevlerden de söz edilebilecektir. Bu bağlamda, esasen siyasi fonksiyonları olan Başbakan ve Bakanlar Kurulunun, İdare Hukuku açısından, teknik birtakım görevleri de bulunmaktadır. Bu görevlerin yerine getiriliş biçimleri, kamu hizmetlerinin kalitesini, sürekliliğini ve düzenliliğini de etkilemektedir.

⁵⁹ Bkz. Roberto Michels, **Political Parties, A Sociological Study of The Oligarchical Tendencies of Modern Democracy**, translated by Eden and Cedar Paul, Batoche Books, Canada, 2001, s.7 vd.

⁶⁰ Oscar Wilde ise, ona ironik bir cevap verir: “Halkın, halk için, halk tarafından ezilmesine demokrasi diyoruz.” Gerald Barry’nin vurgusu da oldukça anlamlı ve üzerinde düşünölmeye değer: “Demokrasi, istediğimizi söyleyebildiğimizi, ama her zaman size söyleneni yaptığımız rejimin adıdır.” Aktaran, A.Sezer, E.Kırıt, O.Boyar, **Hukuk Devleti**, İstanbul, 2003, s.48.

Esasında, “Devlet” kavramı, bilindiği üzere, kurumsallaşmış iktidar anlamına gelmekte; devleti oluşturan erklerin yetki ve görev dağılımını, dolayısıyla da bu erklerin düzenli işleyişini ifade etmektedir. Hukuk devleti ilkesiyle birlikte, bu düzenli işleyişe “temel hak ve özgürlüklere bağlı olma şartı” da getirilmiştir.

İdare de, kamusal görevleri yerine getirirken, demokrasinin “birey” boyutu çerçevesinde, kişilerin hak ve özgürlüklerine uygun davranmak; İdarenin görevleri ve kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurmak durumundadır. Bu zorunluluk, esasen, kolluk yetkilerinin kullanılması açısından gündeme gelmekte ise de, İdare sahip olduğu yetki ve ayrıcalıklarla, kamu hizmetlerini yürütürken de bu ilkeyi göz önünde almalıdır. Bir başka deyişle, İdare, kamu hizmetlerini bireylerin daha özgür ve mutlu olması için öngörecektir ve yürütecektir. Bu bağlamda, İdare, örneğin bir kamulaştırma kararı alırken, kişilerin hak ve özgürlüklerini (mülkiyet hakkını) gereksiz şekilde ortadan kaldıramayacaktır.

3) İnsan Haklarına Saygılı Devlet⁶¹

Belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesi ve aynı zamanda onun bir unsuru olan demokratik bir siyasi rejim, Devlete insan haklarını koruma, insan haklarına bağlı olma ödevi de yüklemektedir.

İnsan haklarına saygılı bir İdare, yürütmekte olduğu kamusal görevleri ve kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurmak durumundadır. Faaliyet alanının genişliği ile bireylerin günlük yaşantısını kuşatan İdare, temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemelidir. Herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu (Any. md.12) belirten 1982 Anayasası, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” hükmüyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini ifade eder. (Any. md.13)

⁶¹ 61 Anayasasında “insan haklarına dayanan” devletin, 82 Anayasasında “insan haklarına saygılı” devlet olarak nitelendirilmesi sonucunda ortaya atılan çeşitli görüşlere, konu çerçevesinde, burada değinme yoluna gidilmeyecek; fakat “çağdaş hukuk devleti”ni savunan bir bakış açısıyla, “saygılı” ifadesi, “dayanan” anlamında “okunacaktır.”

İdare kamusal görevleri –bu bağlamda, kamu hizmeti faaliyetlerini- yerine getirirken 13.madde çerçevesinde, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine uygun, ölçülü davranacak ve hakkın özünü ortadan kaldıracak eylemlerde bulunamayacaktır.

Yine hukuk devletinin de bir uzantısı olarak, insan haklarına saygılı bir İdare, faaliyetlerini yürütürken ve hukuki işlemler yaparken, bireylerin hukuk düzeni içerisinde elde etmiş oldukları "kazanılmış haklar"ı ve "haklı beklentileri" de korumak durumundadır.

Aslına bakılırsa, insan hakları kavramı, çağdaş bir hukuk devletinde, sadece klasik hak ve özgürlüklerle sınırlı olarak algılanmamaktadır. Çünkü, insan hakları bir bütündür. Sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler *de* bu kavrama dahil olmaktadır. Bu hak ve özgürlükleri yaşama geçirebilecek ilke ise, biraz ileride değinilecek olan sosyal hukuk devletidir.

4) Laiklik İlkesi

Devletin farklı fikirler, inançlar ve yaşam biçimleri karşısında eşit mesafede durarak, bütün bu farklılıkların barışçı birliklerini, bir diğer ifade ile çoğulculuğu sağlayabilmesi için çok önemli bir işlevi olan ve kısaca hukukun kaynağının dünyevileşmesi olarak ifade edebileceğimiz laiklik ilkesi, “Devletin din işlerine müsbet veya menfi bir şekilde yani lehte veya aleyhte müdahale etmemesini” gerektirir.⁶²

Laiklik ilkesinin amacı Anayasa Mahkemesi tarafından “devletin akla ve bilim kurallarına göre kurumlaşması” olarak belirtilmiştir.⁶³ Devletin, hangi inançtan olursa olsun herkese aynı yakınlıkta olduğunu belirten Yüksek Mahkeme, laiklik ilkesinin gereklerini ise: “a) Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması; b) aralarında ayırım gözetilmeksizin bütün dinlerin anayasal güvence altına alınması; c) dinin bireyin manevi yaşamı aşarak, toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde; kamu düzeni, güvenliği ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye

⁶² Hukuk devleti açısından, laiklik ilkesinin bir “sine qua non” unsur olup olmadığı öğretilerde tartışılmaktadır. Bkz. A.Sezer, E.Kırıt, O.Boyar, **Hukuk Devleti**, İstanbul, 2003, s.51. Laik olmayan bir devlette de, hukukun düzenli işleyişinden söz edilebilecekse de, insan hakları boyutu göz önüne alındığında; başta din ve vicdan özgürlüğü ile düşünce ve ifade özgürlüğünün korunabilmesi, hem de farklı inançlara ya da inançsızlıklara sahip olan insanlar arasında eşitliğin sağlanabilmesi bakımından laiklik ilkesinin kabulünün zorunlu olduğu söylenebilecektir.

⁶³ Bkz. AYM, E.1997/1, K.1998/1, K.T. 16.1.1998, RG 22.2.1998-23266.

kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması; d) kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla devlete dinsel hak ve özgürlükler konusunda denetim yetkisi tanınması” olarak sıralanmıştır.

İdare de, kamusal görevlerini, bu bağlamda kamu hizmetlerini yerine getirirken, dini ve felsefi inançları ne yönde olursa olsun, herkese eşit mesafede davranacak, laiklik ilkesinin gereklerine uygun olarak hareket edecektir.⁶⁴

Bu açıdan, “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” ile de beraber düşünebileceğimiz laiklik ilkesi, kamu hizmetlerinin “tarafsız” kamu görevlileri tarafından, herkese, herhangi bir inanç ya da inançsızlık ayrımı yapılmaksızın sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi gereğini de ifade etmektedir. Kamu hizmetlerinden yararlanacak olan bir kişinin, inançlarından ötürü bu hizmetten yararlanamaması, hem laiklik ilkesini, hem de kamu hizmetlerinin genellik ve tarafsızlık ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde, o kişinin hizmetten sürekli ve düzenli olarak yararlanamaması (süreklilik-düzenlilik ilkesinin de ihlali) sonucunu doğuracaktır.

5) Eşitlik İlkesi

1982 Anayasasında, “yasa önünde eşitlik ilkesi”nin düzenlendiği 10.maddede, “a) hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağını, b) herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. nedenlerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu; c) devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğunu” ifade edilmektedir.

64 İdare Hukukunda, bu bağlamda en tartışmalı idari birimlerden birini, Diyanet İşleri Başkanlığı oluşturmaktadır. Öğretide, laik bir Devlet rejiminde böyle bir kurumun olmaması gerektiği yönünde görüşler ile bu kurumun Anayasal bir kurum olduğu ve –özellikle de kamu düzeni açısından- gerekli olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Öğretideki görüşler için, örnek olarak bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.2, s.722, 723; L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.41; Y.Aliefendioğlu, “Çağdaş Anayasa, Hukuk ve Demokrasi” (Konferans), **Hukuk Kurultayı 2000**, C.1, Ankara, 2000, s.147, 148; K.Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000, s.146, 147; B.Tanör, N.Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2009, s.88, 89; E.Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2009, s.82, 83; S.Tanilli, **Devlet ve Demokrasi**, Ankara, 2007, s.146; Diyanet İşleri Başkanlığının öncelikle, kamu hizmeti değil, koruyucu faaliyet (milli güvenliği koruma görevi) yürütmekte olduğu yönündeki görüş için bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.215; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.356. Anayasa Mahkemesi de bu birimi, ilk aşamada kamu hizmeti sunan değil; Anayasal rejimi, koruyan (milli güvenliği sağlayan) bir İdare olarak kabul etmiştir. Bkz. AYM E.1970/53, K.1971/76, K.T.21.10.1971, RG 15.6.1972-14216; AYM E.1993/1 (S.P.K.), K.1993/2, K.T.23.11.1993, RG 14.2.1994-21849; AYM E.1989/1, K.1989/12, K.T.7.3.1989, RG 5.7.1989-20216.

Ayrıca, yine aynı maddede Devletin kadın-erkek eşitliğini yaşama geçirmekle yükümlü olduğu ve bu amaçla alınacak önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı olacak şekilde yorumlanamayacağı belirtilmektedir. Buna ek olarak; “çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler” için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir.⁶⁵

Mutlak bir eşitliği değil, benzer statüde bulunan kişilere benzer muamelelerde bulunulması gerektiğini belirten bu ilke uyarınca (nisbi eşitlik), İdare kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, dilediğince sunma özgürlüğüne de sahip değildir. İdare, bireylerin içinde buldukları durumun özelliklerini gözetenek hizmeti, aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara (mesela; kadınlara, çocuklara, engellilere,...) farklı biçimde sunmalıdır. Ayrıca, sosyal devlet ilkesi ile birlikte düşünülerek, eşitlik ilkesi, yasa önünde eşitlik –bu çerçevede hizmetlerden yararlanmada eşitlik- boyutu ile sınırlandırılmamalı; fırsat eşitliğinin (gerçek eşitliğin) gerçekleştirilmesi de amaçlanmalıdır.

“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmü de (Any. md.70), kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesini yine Anayasal koruma altına almıştır. Bu boyutuyla, hem kamu görevine girmek isteyen kişiler arasında ayrımcılık yapılması önlenirken, aynı zamanda da, “hizmetin gerektirdiği nitelik” gözetilerek (liyakat ilkesi), kamu hizmetleri korunmuş olmaktadır.

Eşitlik ilkesinin bir uzantısı olarak değerlendirilebilecek ve laiklik ilkesi ile sıkı sıkıya ilişkili olan “*kamu hizmetlerinin genellik ve tarafsızlık ilkesi*” de hem hizmetten faydalananlar açısından, hem de hizmetin personeli açısından ayrımcılık yasağını ve çoğulculuğa saygıyı ifade eder. Devletin tarafsızlığı, İdarenin partizan amaçlarla, ya da bir grubun özel çıkarlarını tatmin etmek üzere hareket engellediği gibi, Anayasa ile güvence altına alınmış olan “din ve vicdan özgürlüğü”, “düşünce ve kanaat özgürlüğü” ve “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü”nün gerçekleşebilmesi için de çok önemlidir.

⁶⁵ Benzer bir hüküm, Anayasanın “sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” başlıklı 61.maddesinde de yer almaktadır.

6) Sosyal Devlet İlkesi

6)a) Genel Açıklama:1982 Anayasası, hukuk devletini nitelerken son olarak sosyal devlet ilkesine yer vermiştir. Hukuk devletinde, temel hak ve özgürlükler “insan hakları” kavramına dayanır. Bu kavram ise, Anayasa ve yasalarca bireye tanınan temel hak ve özgürlüklerin de ötesinde, ideal anlamda ulaşılması gereken hak ve özgürlük kategorisini ifade eder. Özgürlük, eşitlik ilkesiyle tamamlanabilir. Ancak, özgürlük ve eşitlik, yalnızca hukuk normlarıyla kişilere tanınan haklarla anlam kazanmaz. Gerçi, Locardaire der ki, “Zengin ve yoksul karşı karşıya kaldığında, özgürlük ezer, yasa ise kurtarıcı olur.”; ancak, yasanın yoksulu koruyabilmesi için, o rejimde “sosyal devlet” ilkesinin kabul edilmiş olması gereklidir. Hukuk normlarıyla tanınan hak ve özgürlüklerden eşit sosyal statülere sahip olmayan herkesin yararlanabilmesi için, kağıt üzerinde kalan sözde eşitliğin değil, gerçek anlamda eşitliğin (fırsat ve olanak eşitliği) sağlanması gerekir.⁶⁶

Aslına bakılırsa, sosyal devlet ilkesi, hukuk devletinin *ileri aşamasının* gerçekleşmesini de mümkün kılar. Diğer bir ifadeyle, bugün artık, “hukuk devleti” kavramının çağdaş anlamının içinde “sosyal devlet ilkesi” de yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi de; Devletin, bu ilke uyarınca, bireyin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına olanak sağlamakla yükümlü olduğunu belirterek sosyal devletin temel amaç ve görevlerini, “sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanması” olarak göstermiştir.⁶⁷

66 “Özgürlük demek, dilediği biçimde yaşayabilmek, istediği yerde gezebilmek, istediği her şeye sahip olabilmektir. Aç karnına gezen adam ise, özgür değil, kocaman bir aptaldır.” (Dostoyevsky) “Okur-yazar olmayan insan için basın özgürlüğü, bir psikiyatri kurumunda gözetim altında tutulan asi bir yazar için ifade özgürlüğü hiçbir anlam taşımaz.” (Jacques Mourgeon). “Kanun bakımından düşünce özgürlüğüne sahip olmanın, aklıktan ve soğuktan ölen insan için pek bir anlamı yoktur.” (İsmet Giritli) Aktaran: A.Sezer, E.Kırıt, O.Boyar, **Hukuk Devleti**, İstanbul, 2003, s. 45.

“İnsan bölünmez bir kişiliğe sahiptir. Onun yaşama hakkı, sadece terörizme ve yargısız infaz risklerine karşı güvenlikte olduğu bir toplumsal düzeni gerekli kılmaz. Geçimini sağlayabilmesi ... (de) gerekir.” (UNESCO, Enseignement des droits de l’homme, Vol. IV, 1985, s.63) “Devletin insan haklarını ihlal biçimlerinden biri, nüfusunun çok büyük bir kısmın fakir bırakmak, hatta sefaletle terk etmektir.” J.Robert, J. Duffar, *Libertés Publiques et droits de l’homme*, 1988, Paris, Montchrestien, s.2. Aktaran: İ.Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, s.20 (yayım aşamasında).

⁶⁷ Bkz. AYM E.1989/6, K.1989/42, K.T.7.11.1989, RG 6.4.1990-20484.

Benzer şekilde, “sosyal” devletin temel amaç ve görevleri Anayasanın 5.maddesinde şöyle ifade edilmektedir: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

Sosyal devletin temel amaç ve görevleri arasında yer alan “sosyal adalet”in sağlanabilmesi, milli gelirin toplumda adaletli bir biçimde dağıtılabilmesi için, “bedelsiz ya da karı içermeyen, düşük bir katılma payı ile” kamu hizmetleri (bedelsizlik ilkesi çerçevesinde) sunulmaktadır.

Sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesi için gereken şartlardan bir diğerini de “sosyal güvenlik” oluşturmaktadır. Sosyal güvenlik hizmeti sunulması ile, kişilerin “çalışma hakkı” korunmuş olacaktır. Ayrıca, toplumda özel olarak korunmaya muhtaç kesimlerin (engellilerin, çocukların, kadınların, yaşlıların) korunması da bu şekilde sağlanabilecektir. Devlet, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri için uygun bir sosyo-ekonomik ortam da yaratmak durumundadır.

Bu bağlamda, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, sosyal adaletin, sosyal güvenliğin sağlanması, sosyal hak ve özgürlüklerin kağıt üzerinde kalmaması, kısacası sosyal devlet ilkesinin yaşama geçirilebilmesi açısından, İdarenin yürüteceği kamu hizmetleri en önemli araçlardan birisini oluşturmaktadır. Kamu hizmetleri olmadan, sosyal devlet ilkesinin tam olarak hayata geçirilebilmesi de mümkün olmayacaktır.

6)b) Sosyal ve Ekonomik Ödevlerin Sınırı: Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını düzenleyen 65.maddesi:”Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin *amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*” demektedir.

Öncelikli olarak şunu belirtmek gerekir ki, madde sadece devletin sosyal ve ekonomik nitelikteki görevleri bakımından düzenlenmiştir. Devlet, bu nitelikte olmayan görevlerini

öncelikli sayılması gerekip gerekmediğine ya da mali kaynaklarının yeterliliğine bakmaksızın yerine getirmek zorundadır.⁶⁸

Diğer tarafta, maddenin ilk halinde, devletin sosyal ve ekonomik görevlerini “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” yerine getireceği ifade edilmekteydi. 1961 Anayasası’nda da yer almayan bu ölçüt⁶⁹, 2001 Anayasa değişikliği ile kaldırılarak Anayasal ödevlerin savsaklamasının önüne geçilmek istediği söylenebilir.⁷⁰ Böylelikle, maddenin sınırlayıcı ve düzenleyici olmak üzere iki ana işlevi bulunduğu söylenebilecektir: 65. maddenin sınırlayıcı işlevi bakımından, *mali kaynakların yeterliliği* ölçütü, beyan edici (deklaratif) bir özellik taşır. Anayasada öngörülen bir devlet ödevinin yerine getirilmesi, eşyanın doğası gereği, ancak devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde gerçekleşme şansına sahiptir. Öte yandan, mali kaynakların üstüne çıkmak, uzun vadede tüm kamusal yaşamı etkileyen bunalımlara yol açabileceğinden, o takdirde değil sosyal ve ekonomik hakların sağlanması, olağan kamu hizmetlerinin görülmesi bile aksayabilecektir.

68 Bu konuda, Anayasa Mahkemesi kararları da bulunmaktadır. Bkz. AYM E. 1998/35 K.1998/70, K.T. 17.11.1998, RG 15.1.2003-24994; AYM E.1963/138, K.1964/71, T.11.12.1964, RG 2.4.1965-11969; AYM E.1990/27, K.1991/2, K.T.17.1.1991, **AYMKD**, S:27, C:1, s.13-39; AYM E.1996/17, K.1996/38, T.16.10.1996, **AYMKD**, S:33, C:1, s.157.

69 1961 Anayasasındaki düzenleme şöyle idi: “Devlet, bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” (md.53)

70 Esasen, sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesi önündeki asıl engelin, 2001 değişiklikleriyle kaldırılan “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek” ibaresi olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, “maddi kaynakların yeterliliği” kriterinin varlığını korumasının da, öğretide Anayasada öngörülen devlet ödevlerinin ertelenmesi işlevini görebileceği belirtilmektedir. Bkz. B.Tanör, N.Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2009, s.168: “Son cümlecik, işin mahiyetinin gerektirdiği bir düzenlemedir; çünkü aksi halde, devletin hareketsizliği ya da yeterince sosyal katkı sağlayamaması, sürekli anayasa ihlali iddialarıyla karşılaşmak gibi bir rahatsızlık doğurur. Fakat böyle bir hüküm sosyal ödevlerini savsaklayan devlet oranları ve iktidar için de bir mazeret ya da sığınak oluşturabilir.” 65.maddeye eleştirel bir yaklaşım olarak bkz. M.Gülmez, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, (yayın aşamasında): “Devlete verilen “iktisadi ve sosyal ödevlerin” sınırlarına ilişkin 65. maddeye gelince, Anayasa koyucunun tarihsel amacı öyle olsa bile, devletin bu alandaki anayasal yükümlülüklerini, özellikle de “önlemler alma yükümlülüğü”nü bir kalemde sildiği ya da belirsiz bir süre için ertelenmesine olanak verdiği düşünülemez. Devletin Anayasa ile belirlenen yükümlülüklerini ve doğrudan ekonomik ve sosyal hakları da aşan daha geniş kapsamlı bir anlatımla, “ekonomik ve sosyal alanlarda(ki)” görevlerini yerine getirmesini “*mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü*”ne bağlı tutan 65. maddeye, anayasal insan haklarından yararlanmada “değiştirilemez” ilkeler olarak güvenceye alınan eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri ile sosyal devlet ilkesine karşı öncelik tanınmaz... Devletin, mali kaynaklarının “yetersiz” olduğu gerekçesiyle, bu anayasal ilkeleri kağıt üzerinde bırakacak politikalar belirlemesi ve uygulaması, saptadığı politikaları uygulamaktan kaçınması anayasal yükümlülüğünü yerine getirmeme anlamına gelir.” Ayrıca, bkz. M.Gülmez, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, Bildiriler, International Symposium On Social Rights, Proceedings**, 22-23 Ekim /October, 2009, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, Belediye-İş Sendikası Yayını, Ankara, Ekim 2009, s. 10-11.

Görüldüğü üzere, 2001 değişiklikleri ile birlikte, “ekonomik istikrar”, sosyal haklara göre öncelik taşımayacak, sosyal alanlar, ekonomik politikaların seçeneğini oluşturabilecektir.⁷¹ Böylece maddenin sınırlayıcı işlevinin eski önemini yitirdiği, düzenleyici işlevi ön plana çıktığı söylenebilecektir.

Maddenin düzenleyici işlevinin ise, iki biçimde gerçekleştiğinden söz edilebilir: İlk olarak, mali kaynakların, planlama faaliyeti çerçevesinde, belli önceliklere göre tahsis edilmesi gerekir. Devlet, kamu yararını gerçekleştirecek faaliyetler arasında bir sıralama yapacak, bir öncelikler listesi hazırlayacaktır.⁷² Bu önceliklerin bir kısmı Anayasada açıkça belirlenmiştir. Örneğin Anayasanın 61. maddesinde yer alan “Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” ile ilgili harcamalar bu nitelikte düşünülebilecektir.

Bununla birlikte öncelikler, ödevlerin niteliğine göre, yorum yoluyla da belirlenebilir. Bu tür önceliklere uymadan mali kaynaklarını başka alanlara özgüleyen devlet, mali kaynaklarının yetersizliğinden söz edememelidir. 2001 Anayasa değişikliği bu açıdan da önemli bir reforma giderek, devlete, sosyal ve ekonomik devlet ödevlerinin “amaçlarına uygun önceliklerini gözetme yükümlülüğü” getirmiştir.

İkinci olarak 65. maddenin düzenleyici işlevi, olumlu bir davranış ölçüsü olarak da değerlendirilmelidir. Buna göre devlet, “mali kaynağı yetersiz ve sınırlı” olan bir kurumu, taşıyamayacağını bildiği ya da bilmesi gerektiği ek bir yükün altına sokmamalıdır. Aksi takdirde bu maddeyi ihlal etmiş olduğundan söz edilebilecektir.

71 Bkz. İ.Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2, 2010, Bildiriler**, Haz: M.Gülmez, N.Durusoy Öztepe, N.Mütevellioğlu, O.Karadeniz, H.Kumaş, İstanbul, Ekim 2010, s.46. Ancak, yazara göre, Sosyal haklar lehine sağlanan bu Anayasal gelişmenin Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımaları söylemek kolay değildir. Bkz. AYM, E. 2005/52, K. 2007/35 K.T.3.4.2007, RG 8.3.2008-26820. “Anayasa Mahkemesi, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, siyasal iktidarların tercihlerini sınırlama yönünde kararlar vermiş ise de, sosyal haklar üzerine yeterli açılımı yapamadı. Oysa, 65. maddenin “sosyal devlet”in gerekleri ışığında yorumu yoluyla, “sosyal hakların yargı önünde talep edilebilir”liğine katkıda bulunabilirdi.”, a.g.m., s.55.

72 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.303. Elbette, yasakoyucunun görevler –ihtiyaçlar- arasındaki öncelikleri doğru belirleyebilmesi de yine Anayasa’da yer alan planlama faaliyetinin (md.166) gereği gibi yapılmasına bağlı olacaktır. Bu konuya, 4. bölümde, Planlama Faaliyeti başlığı altında değinilecektir.

Anayasanın 65.maddesinin hukuki anlam ve fonksiyonu, 2. bölümde, “kamu hizmetlerinin kurulması, yürütülmesi ve kaldırılması aşamalarında yasakoyucunun ve idarenin sahip olduğu takdir yetkisi” üzerinde oynadığı rol bağlamında ele alınacaktır.

7) Devletin Bütün Faaliyetlerinin Kamu Yararına Dayanması Gereği

Anayasanın, cumhuriyetin temel nitelikleri olarak gösterdiği kavramların yanı sıra, kamusal görevlere atfedilen özel önem dolayısıyla, özel hukuk kişilerinden farklı olarak, birtakım üstün yetkiler ve olağanüstü sınırlamalarla faaliyet gösteren İdarenin gözetmesi gereken ve bir anlamda üstün yetkilerin ve olağanüstü sınırlamaların kapsamını ve çerçevesini belirleyen esaslar da bulunmaktadır.

Bunların başında da, “İdarenin bütün faaliyetlerinin ‘kamu yararı’na dayanması gereği” gelmektedir. Bu kapsamda, kamu hizmetleri de yer almaktadır. Bilindiği üzere, bütün idari işlem ve eylemler tek bir amaca, kamu yararına özgülenmiştir. İdare, kendisine tanınan yetkileri sadece kamu yararı için kullanabilir, aksi halde o idari işlem, maksat unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.

Anayasanın 5.maddesinde yer alan “Devletin temel amaç ve görevleri” çerçevesinde de, Devletin ve dolayısıyla İdarenin de, bütün eylem ve işlemlerinde bireylerin ve toplumun yararını gözetmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Anayasaya göre, Devletin temel amaç ve görevleri arasında; *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan *siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” yer almaktadır.

Genel olarak, kamu yararı kavramının iki görünümünün olduğu söylenebilecektir. Bunlardan biri, Devletin ve Anayasal rejim ile bağlantılı iken; diğeri ise, bireylerin ve toplumun mutluluğu, gelişimi ile bağlantılıdır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, kamu yararı kavramı açısından, “yalnızca özel çıkarlar için veya belli partilerin ya da kişilerin yararına olmama” kriterleri göze çarpar.

Kamu yararının takdiri ise, yasama organının yetkisindedir. Ayrıca, kamu yararının nicelikten çok nitelikle ilgili olduğu da ifade edilmektedir.⁷³

B. Kamu Hizmetinin Tâbi Olduğu İlkeleri

Kamu hizmetleri, birtakım temel ilkelere dayalı olarak yaşama geçirilir ve ifa edilmesi sürecinde de bu ilkelere uygun olarak yürütülmesi beklenir. Bu ilkeler, kamu hizmetlerinin “ortak hukuku”dur. Söz konusu ilkeler, kamu hizmetinin özüne sıkı sıkıya bağlıdır. Bu bağlamda, kamu hizmeti ilkeleri sistemin “sert çekirdeği”dir.⁷⁴

İçtihat kökenli bu ilkeler öğreti tarafından sistemleştirilmeye çalışılmıştır. Rolland yasaları olarak bilinen “süreklilik ve düzenlilik, genellik ve tarafsızlık, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma, bedelsizlik” ilkeleri, bizim hukuk sistemimizde de, pek çok mahkeme kararıyla birlikte, kamu hizmetlerine hakim ilkeler olarak kabul edilmiştir.⁷⁵

Bu temel ilkelerin yanı sıra, kamu hizmeti ilkelerinde çeşitlenme ile birlikte, bugün “şeffaflık, sorumluluk, yalınlık, ulaşılabilirlik, katılım, uyum ve güvenilirlik” olmak üzere yeni ilkelere de söz edilebilmektedir.⁷⁶

Çalışmanın kapsamını, süreklilik ve düzenlilik ilkesi bağlamında, kamu hizmetlerinin temel ilkeleri oluşturacaktır.⁷⁷

73 Kamu yararı kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. C.Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 2010.

74 Bkz. O.Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.188. Bu ilkelere uyulmaması durumunda, Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da onların gözetim ve denetimi altında, özel kişiler tarafından, kamusal ihtiyaçları karşılamak amacıyla yürütülmekte olan bir faaliyet, kamun hizmeti olmaktan çıkmayacaktır. Bununla birlikte, faaliyet, kamu hizmeti ilkelerine aykırı olarak ve gereği gibi ifa edilmemiş olacaktır. Bu durumda, faaliyetin gereği gibi işlememesi sonucu bir zarar doğmuşsa, İdarenin sorumluluğu söz konusu olabilecek ya da ilgili idari işlem iptal ettirilebilecektir. Bu konuya ileride, beşinci bölümde, süreklilik ve düzenlilik ilkesine uyulmamasının sonuçları bağlamında değinilecektir.

75 Bkz. AYM, 9 Aralık 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı karar, RG, 24.1.1995, s.22181, s.21; Danıştay 8.D, E.1996/1687, K.1997/3669 sayılı karar, **Danıştay Dergisi**, sayı 96, s.388; Danıştay 11.D, E.19744855, K.1997/1704 sayılı karar, **Danıştay Dergisi**, sayı 28-29, s. 604; Danıştay 8.D., E.1994/5437, K.1995/4391 sayılı karar, **Danıştay Dergisi**, sayı 91, s. 790; Danıştay 9.D, E.1989/486, K.1990/3638 sayılı karar, **Danıştay Dergisi**, sayı 82-83, s.736.

76 Fransız Kamu Hizmetleri Şartında yer alan bu ilkeler hakkında detaylı bilgi için örnek olarak bkz. İ.Özay, **Günlük Yönetim**, s.298 vd; O.Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.249 vd.

C.Kamu Hizmetlerinin Kurulması, Yürütülmesi ve Sona Erdirilmesinde Yasakoyucunun ve İdarenin Sahip Olduğu Takdir Yetkisi

1)Kamu Hizmetlerinin Kurulması Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesinden söz edebilmek için öncelikle o hizmetin kurulmuş olması, diğer bir ifadeyle belli bir faaliyete başlanmış olması gerekmektedir. Bu bakımdan, hizmetin yürütülmeye başlanmasından önceki bu aşama, esasen çalışmanın inceleme alanı dışındadır.

Ancak, hemen aşağıda “Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sona Erdirilmesi Aşamalarında Yasakoyucunun ve İdarenin Sahip Olduğu Takdir Yetkisi”ne ilişkin açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi için, bu konuya da kısaca değinilmesinde yarar görülmüştür.

Her şeyden önce, şunu belirtmek gerekir ki, kamu hizmetleri kurma yetkisi yasama organına aittir; bir başka deyişle, kamu hizmetleri yasa ile (ya da yasada öngörülen açık yetki kuralı ile idari işlemle) kurulabilir.⁷⁸

1)a) Yasakoyucunun Takdir Yetkisi ve Hareketsiz Kalması İhtimali

İdarenin hizmet sunmaya başlayabilmesi için öncelikle yasal bir düzenlemenin varlığı gereklidir.⁷⁹ Aynı gereklilik, kanunla kurulmuş olan hizmetin sona erdirilmesinde de geçerli olacaktır. Bu bakımdan, devletin bir kamu hizmeti sunmaya başlaması hususunda

⁷⁷ Bu ilkeler hakkında açıklamalar, ikinci bölümde, “süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile kamu hizmetinin diğer ilkeleri arasındaki ilişkiler ve etkileşimler” başlığı altında yapılacaktır.

⁷⁸ Anayasanın 123.maddesi, idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesine ilişkin temel esaslara değinir: “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” ve “Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.” denilmektedir. Ayrıca, Bir kamu hizmetinin kurulması, Anayasanın 48.maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne, özel teşebbüsler kurma serbestisine getirilen bir sınırlama olarak da düşünüldüğünde, bu sınırlama da yine ancak Anayasanın 13.maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir. Bu şartlardan biri de sınırlamanın “yasayla” yapılması şartıdır.

⁷⁹ Bununla birlikte, yerel idarelerin kamu hizmeti oluşturabilmeleri için yasal düzenlemeye gerek olmadığı belirtilmektedir. Anayasanın 127.maddesine göre, yerel idareler “il, belediye ve köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere” kurulmuş kamu tüzelkişileridir. Dolayısıyla, bu kapsamda görev alanlarında yer alan faaliyetleri kendi yasaları çerçevesinde kamu hizmetine dönüştürebilirler. Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.689; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.547

yasakoyucunun bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bir faaliyette kamu yararı olup olmadığını belirlemek ve o faaliyeti bir kamu hizmetine dönüştürmek bir “yerindelik sorunu”dur. Yasakoyucu, Anayasal ilke ve kurallar doğrultusunda, en başta da sosyal devlet ilkesi (Anayasa md.2) ve Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5.maddeyi dikkate alarak hangi alanlarda kamu hizmeti sunulmaya başlanacağına karar verecektir.⁸⁰ Bu bağlamda, kişilerin bir kamu hizmetinin kurulmasını isteme haklarından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.

Anayasa ile belli bir alanda hizmet kurma ile görevlendirilen yasakoyucunun bu konuda gerekli düzenlemeleri yapması Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin, dolayısıyla da hukuk devletinin gereğidir. Bununla birlikte, yasakoyucunun belli bir kamu hizmetine başlanması için gereken yasal düzenlemeleri yapmaması halinde, bu olgunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi ve yaptırıma bağlanması da mümkün olmayacaktır. Çünkü bizim Anayasal sistemimizde Anayasa Mahkemesi, ancak *mevcut* yasaların Anayasaya aykırılık iddialarını inceleyebilmektedir. Dolayısıyla eğer ortada herhangi bir düzenleme yoksa Anayasa Mahkemesinin denetim yapma imkanından da söz edilemeyecektir.⁸¹

Hareketsizlik halinde herhangi bir hukuki yaptırım söz konusu olmayacak olsa bile, toplumsal ihtiyaçların gereği gibi karşılanamaması siyasi yaptırımları gündeme getirebilecektir. Bunun toplumdaki yansıması, bir sonraki genel seçimlerde, sandıkta ortaya çıkabilecektir. Ayrıca, yasama organı da mecliste kanun tasarısı hazırlayabilecek siyasi

80 Anayasa Mahkemesi de, yasama organının Anayasa’da öngörülen kurallara uygun olmak şartıyla kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü kapsamına alarak bir kamu hizmeti kurabileceğini kararlarında belirtir. Bkz. AYM E.1990/12, K.1991/7, T.4.4.1991, RG. 13.8.1991-20959. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin bazı hizmetlerin “niteliği gereği” kamu hizmeti sayıldığına ilişkin kararlarına da değinilmişti. Bkz. AYM E.1994/71, K.1995/23, T.22.12.1994, **AYMKD**, Sayı:32, Cilt 1, s.16. Öğretide de, yasakoyucuya kamu hizmetlerini belirleme hakkı verilmekle beraber, niteliği gereği kamu hizmetlerinin de olabileceğini kabul eden görüşler de vardır. Buna göre, bu nitelik, toplum tarafından ona duyulan ihtiyaç ve önemle, ülkedeki tarihi, sosyal kültürel koşullarla ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak bkz. A.Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD, Prof.Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı**, Y:9, S:1-3, 1988, s.154.

81 Bu konuda Anayasal denetim öngören sistemler için bkz. İ. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2011, s.341-344: Bazı hukuk sistemlerinde, ihmal veya başka bir nedenle parlamentonun hareketsiz kalarak yapması gereken işlemi yapmamış olması ya da norm koymamış olması ihmal yoluyla Anayasa aykırılık oluşturur. Anayasa Mahkemeleri, birçok ülkede hukuki işlemlerin yokluğunu anayasa uygunluk denetimine tabi tutmaktadırlar. Bunun yaptırımı, anayasaya aykırılık bildirimidir. İhmal bildirimi yasama organı için “olumlu yükümlülük” oluşturur. KABOĞLU’na göre, Türkiye’de yasayıcının ihmalleri, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi kılınmamıştır. AİHM’in geliştirdiği “olumlu yükümlülükler” kuramı yoluyla kamu iktidarlarının hareketsizliği, daha açıkçası yasama organının ihmalleri yaptırıma tabi tutulabilir. Sonuç olarak, Türkiye’de yasama organı, hareketsizliği nedeniyle AYM’nin denetim alanı dışında kalmakta ise de, hak ve özgürlükler alanında AİHM denetimine tabidir.

partinin temsilcisi olan hükümet (Bakanlar Kurulu) hakkında Anayasa ile kendisine verilmiş olan denetim mekanizmalarını (Any, md.98 vd.) işletebilecektir.

1)b)Hizmetin Kurulması İhtimali

1)b)1)Yasakoyucunun Takdir Yetkisi: Kamu hizmetlerinin kurulması aşamasında yasakoyucunun sahip olduğu takdir yetkisi bağlamında, belirtildiği üzere, öğretide “Anayasal kamu hizmetleri” nitelendirmesi karşımıza çıkmaktadır. GÖZLER’e göre, “yasama organının kamu hizmeti kurma konusundaki takdir yetkisi Anayasa ile sınırlandırılmış olabilir. Bu durumda, Anayasa bazı hizmetler kamu hizmeti olarak nitelendirildiğinden yasama organı o faaliyetleri kamu hizmeti haline getirmekle yükümlüdür.”⁸² Örneğin eğitim (md.42), sağlık (md.56), gençliğin korunması (md.58), sosyal güvenlik (md.60) gibi faaliyetler Anayasamıza göre kamu hizmeti niteliğindedir. Bu belirleme de yasakoyucuyu bağlar ve bu alanlarda yasakoyucu Anayasanın öngördüğü kamu hizmetlerini kurmak zorundadır. Ancak, hemen yukarıdaki başlıkta da açıklandığı üzere, bu konuda gerekli kanunu çıkarmayacak yasama organına karşı uygulanabilecek hukuki bir yaptırım yoktur.

Öğretide, yasakoyucunun Anayasa ile açıkça verilmiş görevlerle çelişen hizmetler kuramayacağı da belirtilmekte, bu açıdan da takdir yetkisinin sınırlandırılabilceği ifade edilmektedir. Ayrıca, Anayasa ile belirlenmiş devlet rejimine, Anayasanın temel felsefesine ve açık hükümlerine aykırılık oluşturabilecek konularda hizmet öngörülemez ve idari teşkilat yapılarına aykırılık oluşturabilecek yeni idareler oluşturulamayacaktır. Aksi halde, bu tür düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir.⁸³

Bu sınırlamalar dışında, yasakoyucu dilediği konuda kamu hizmeti kurulmasına karar verme imkanına sahip olacaktır.

⁸² Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.546. Anayasal kamu hizmeti kavramı için ayrıca bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku**, cilt 1, s.688; P.Bilgen, “Kamu Hizmeti Hakkında”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y:1, S:1, 1990, s.13; P.Bilgen “Sosyal Haklar, Kamu Hizmetleri, Özelleştirme”, **AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, C:3, S:5, 1995; E.Örücü, “Sosyal Kamu Hizmeti”, **İÜHFİM**, C.36, S:1-4, s.226; K.Bulutoğlu, “Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar Semineri**, İstanbul, 1982, s.363; O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.264.

⁸³ Anayasaya aykırı kamu hizmeti kurma yasağı konusunda bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku**, cilt2, 2010, 323-324; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.286.

1)b)2) İdarenin Takdir Yetkisi: Yasakoyucunun takdir yetkisinin yanı sıra, kamu hizmetinin kurulması aşamasında idarenin sahip olduğu takdir yetkisine de değinmek gerekir.

Bilindiği üzere, takdir yetkisi, İdarenin belli bir konuda karar alıp almama, harekete geçip geçmeme veya hukuka uygun birden çok seçenek arasında seçim yapma serbestisini ifade eder. Bu kavramın tamamlayıcısı olan “yerindelik”⁸⁴ ise, idarenin yasalarla kendisine yüklenen kamusal görevleri “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ni göz önüne alarak ne zaman, ne şekilde, hangi araç ve yöntemlerle en iyi ve etkin bir şekilde yürüteceğine karar vermesi anlamına gelir.

Yasalar, idareye birçok kamusal görev ve yetki verir; ancak bu görevlerin ne zaman, nerede, ne şekilde, hangi araç ve yöntemlerle yerine getirileceği belirtilmemektedir. Örnek olarak, 5393 sayılı Belediye Yasasının 14.maddesine göre belediyenin sunmak durumunda olduğu birçok hizmet bulunmaktadır: Okul yaptırmak, kütüphane yaptırmak, yol ve köprü yapmak, kadın sığınma evi açmak... gibi. Ancak bu görevlerin hangisini önce, hangisini sonra yapacağı; kaynak tahsisindeki dengeyi nasıl kuracağı; nerede ve ne zaman yapacağı, hangi malzemelerle yapacağı belediyenin takdir yetkisi sınırları içindedir. Belediyenin bu hizmetlerin yapılış şekli ve zamanına ilişkin verdiği kararlar ve uygulamaları da “yerindelik” meselesine ilişkindir.

Bu bağlamda, Anayasanın 125.maddesinde yer alan: “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” hükmünün de hatırlanması gerekmektedir.⁸⁵

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 2.maddesinde de: “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler;

84 Öğretide, YAYLA da yerindelik kavramını “takdir yetkisinin çekirdeği” olarak nitelendirir. Ona göre, yerindelik ile takdir yetkisi iç içe geçen bir yapıdadır. Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009, s.193-194.

85 “...hiçbir şekilde yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.” ibaresi 2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasada yer almıştır. Bu konu hakkındaki düşünceler için bkz. İ.Kaboğlu, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası Halk Neyi Oylayacak?**, Ankara, 2010, s.263. 2010 değişiklikleri sonrasında, takdir yetkisi ile ilgili bir değerlendirme olarak ayrıca bkz. C.Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler” **Prof.Dr.İlhan Özay’a Armağan**. (yayım aşamasında)

yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.” denilmektedir.

Bu bakımdan, İdarenin kamu hizmetlerinin kuruluş aşamasına ilişkin olarak sahip olduğu takdir yetkisinin, yargı denetimi dışında kaldığı söylenebilecektir. İdare, mahkeme kararları ile bir hizmeti sunulmaya başlayamamaktadır.

Bununla birlikte, idarenin takdir yetkisi de keyfi değil, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmalıdır.⁸⁶ Kamu yararı yerine özel çıkarların; kamu hizmetinin gereği gibi sunulması amacı yerine siyasi, kişisel, ekonomik kaygıların; ayrımcı uygulamaların söz konusu olduğu durumlarda takdir yetkisinin hukuka aykırı, keyfi bir şekilde kullanıldığından söz edilebilecektir ve hukuka uygunluk denetimi devreye girecektir. Yine aynı şekilde, açık hukuka aykırılık hali var ise (idareye takdir yetkisi tanıyan kuralın öngörülme amacına aykırılık var ise) hukukilik denetimi yapılabilecektir.

2) Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesi Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi

2a) Yasakoyucunun Takdir Yetkisi⁸⁷

Kurulmuş olan bir kamu hizmetinin ne şekilde sürdürüleceği ve yürütüleceği konusunda da yasakoyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Elbette, detaylarının ve idari teşkilatların iç işleyişine dair teknik konuların ise genellikle idarenin düzenlemesine bırakılabilmesi söz konusu olmaktadır.⁸⁸

İdarenin faaliyetleri, mahalli idareler, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ayrık durumu bir yana bırakılırsa, dar anlamda devlet kamu tüzelkişiliği ya da devlet dışında kalan kamu tüzelkişileri aracılığıyla yürütülür. Yasakoyucu da, Anayasaya uygun olması koşuluyla, var olan bir kamu hizmetinin

⁸⁶ Takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılması gerektiği, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğu, Danıştay kararlarında da benimsenen bir esastır: Örnek olarak bkz. D 12D, E.1998/930, K.1999/651, K.T.20.4.1999, **DD**, 102, s.717; D 6D E.1998/1346, K.1999/470, K.T.28.1.1999, **DD** 101, s.424; D 5D, E.2004/5066, K.2006/751, K.T.27.2.2006, www.danistay.gov.tr

⁸⁷ Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.288, 289.

⁸⁸ İdarenin düzenleme yapma yetkisi, 4.bölümde, “İdari İşlemler Teorisi” başlığı altında ele alınacaktır.

yürütülüş biçimini değiştirebilir, değişkenlik ilkesi de uyarınca hizmetin günün gelişmelerine, teknolojisine uygun bir biçimde dönüştürebilir, o hizmeti bir teşkilatın görevinden çıkarıp bir başka teşkilatın görevi kapsamına dahil edebilir.

Burada da Anayasa ile açıkça düzenlenmiş idareler açısından, yasakoyucunun takdir yetkisinin şu şekilde sınırlanabileceğinden bahsedilebilir: Anayasanın ilgili hükümleri değiştirilmedikçe bu idarelerin Anayasa ile belirlenmiş teşkilat yapılarını ve/veya Anayasada onlara verilmiş görev ve işlevleri değiştirmeyecektir. Anayasada açık bir şekilde düzenlenmemiş idareler bakımındansa bir idari görevin hangi idarece yürütüleceğii veya yürütölmeye devam edileceğii konusu yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında olacaktır. Ancak bu noktada da ‘‘milli güvenlik ve kamu düzeni’’ ile ilgili birtakım idari görevlerin merkez teşkilatında kalması daha uygun olacaktır, denilebilir.

Aynı şekilde, kamu tüzel kişilerinin biri içinde görölen bir faaliyetin ‘‘aynı grup içinde’’ başka bir idareye verilmesi mümkün olmakla birlikte başka bir grup içindeki bir teşkilata gördürölmek istenmesi halinde bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir: Örneğın, ‘‘mahalli müşterek ihtiyaçlar’’ın giderilmesi için yapılacak görevlerin sadece mahalli idarelere verilmesi ve bu görevlerin ‘‘mahalli müşterek ihtiyaç’’ özelliğini yitirmediğii sürece başka bir idareye verilmemesi gerekir. Ancak dar anlamda devlet kamu tüzelkişisi içinde yerine getirilen bir görevin var olan ya da kurulacak bir kamu kurumu tarafından görölmeye başlanması ya da tam tersi söz konusu olabilir.

2)b) İdarenin Takdir Yetkisi

2)b)1) Kamu hizmetlerinin ne şekilde yürütöleceğii konusunda da, İdarenin, yasal düzenlemeler çerçevesinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Yasakoyucu, bir kamu hizmetini düzenlemekle birlikte, bu hizmete ilişkin detaylar ve teknik konular İdarenin düzenlemesine bırakılabilmektedir.

Örneğın, belediye otobüs saatleri ölkemizdeki yaz saati uygulaması doğrultusunda, yazın farklı bir saat tarifesine uygulanmaktadır. Bir başka örnek ise, okullardaki müfredat değişiklikleridir. Bu bağlamda, hizmetin en verimli ve topluma en yararlı şekilde işlemesi açısından, onun nasıl yürütöleceğii hakkında İdare karar verecektir.

Ancak, idarenin bu konudaki takdir yetkisi de, tıpkı hizmetin kuruluş aşamasında olduğu gibi, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olmalıdır. Bir başka deyişle, ‘‘kamu

hizmetinin verimliliği ve etkinliği, bu kapsamda sürekliliği ve düzenliliği” ile “kamu yararıyla kişi yararı arasında denge kurulması zorunluluğu”, bu yetkinin sınırlarını oluşturmaktadır. Aksi halde, İdarenin buna uygun olmayan işlem ve eylemleri hakkında hukukilik denetimi söz konusu olacaktır.

Danıştay, vermiş olduğu birçok kararda bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “İdarenin, bir kamu görevine atama yapma konusunda sahip bulunduğu takdir yetkisinin *mutlak ve sınırsız olmadığı*, bu yetkinin *kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri göz önünde tutularak* kullanılması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Bununla birlikte, takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemler üzerindeki yargı denetimi, hukuka uygunluk unsuru ile sınırlı olup, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği ve yerindelik denetimi yapılamayacağı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında açıkça vurgulanmış bulunmaktadır.”⁸⁹

Bu bağlamda, Yüksek Mahkeme, mesela, yurtdışındaki kültürel etkinliklerin kesintisiz olarak yürütülmesi açısından Dışişleri Bakanlığınca yapılan öneri dikkate alınmadan kültür ataşesi olan kişinin görev süresinin uzatılmamasını “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ne (bu bağlamda, kültür hizmetlerinin sürekliliğine ve düzenliliğine) aykırı bulmuştur.⁹⁰

89 Örneğin, bkz. D 5D, E.2004/5066, K.2006/751, K.T.27.2.2006, www.danistay.gov.tr

90 Bkz. D 5D, E.1997/1422, K.1997/2952, K.T.10.12.1997, www.danistay.gov.tr. Kararda, 354 sayılı Kültür Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın 40.maddesinde yer alan: “Yurtdışı teşkilatına atanalar, yurt dışında her defasında 3 yıl kalabilirler. Hizmette başarılı olmadıkları belgelenenler bu süreden önce geri alınabilirler. Gerekli görüldüğü takdirde yurtdışında kalma süresi Bakan onayıyla uzatılabilir. Ancak, bu uzatma süresi iki yılı geçemez.” hükmü ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin mutlak ve şahsi bir yetki olmayıp hizmet gerekleri gözetilerek tanınmış ve ancak *hizmetin lüzumlu kılması halinde* kullanılabilir bir yetki olduğu vurgulanmıştır. Danıştay’a göre, “maddeyle Bakan'a yurtdışı görev süresini gerektiğinde iki yılı geçmemek üzere uzatma yetkisi münhasıran *kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri* gözetilerek tanınmış olduğuna ve bu yetki ancak bu ölçütler ışığında kullanılabilirliğine göre yapılacak yargısal denetimin ‘*yerindelik*’ olarak nitelendirilmesi de hukuken olanaklı değildir.” Dışişleri Bakanlığı, kişinin görev süresinin uzatılmasının Danimarka'daki kültürel etkinliklerin *kesintisiz ve amaca uygun biçimde yürütülebilmesi açısından zorunlu* olduğu yolunda yazılı öneride bulunmuş; fakat Kültür Bakanlığınca bu öneri dikkate alınmayarak kişi merkeze alınmış ve bu arada onun yerine başka herhangi bir atama da yapılmamıştır. Danıştay, “davacının, Danimarka'daki kültürel etkinliklerin *kesintisiz ve amaca uygun bir biçimde yürütülebilmesi için* görev süresine ilişkin önerilerin dikkate alınmayıp bu sürenin uzatılmamasının keyfi nitelik taşıdığı, Bakanın sahip olduğu takdir yetkisini hizmet dışı nedenlerle kullandığını” belirterek müşterek kararname ve atama işlemini sebep ve maksat unsurları açısından hukuka aykırı bulunmuştur.

Benzer bir yaklaşımla, naklen atama konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin de kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri doğrultusunda kullanılması gerektiği hakkında bkz. D 2D, E.2006/1053, K.2006/3272, K.T.15.11.2006 www.danistay.gov.tr; D 2D, E.2006/3993, K.2008/2945, K.T.18.6.2008, DD S:120, s.111; D 11D, E.2006/488, K.2008/4127, K.T.18.4.2008, **DD**, S:120, s.333.

İdare, kendisine yüklenen kamusal görevleri kamu yararı ve kamu hizmeti gereklerini göz önüne alarak ne şekilde yürütmesi gerektiği konusunda takdir yetkisine sahiptir. Örnek olarak, Anayasanın 42.maddesine göre, ilköğretim hizmeti almak, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. Bu hizmeti verecek Devlet okullarının kurulması ve işletilmesi görevi, yasalarla Merkezi İdare teşkilatı içerisinde yer alan Milli Eğitim Bakanlığına verilmiştir.

Ancak yasalarda, okulların ülkenin neresinde, ne büyüklükte, hangi araç ve gereçlerle ilköğretim hizmetine sunulması gerektiğine ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. Toplumsal ihtiyaçları ve bu ihtiyaçlarda meydana gelen değişimi göz önüne alarak ülkenin neresine, hangi büyüklükte ve nitelikte ilköğretim okulu yapılmasında ‘‘kamu yararı’’nı belirlemek, İdarenin görev ve yetkisine girmektedir.⁹¹

Aynı şekilde, ilköğretim hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için, bir taşınmazın kamulaştırılması halinde de, hangi taşınmazın kamulaştırılmasında kamu yararı olduğunu İdare tespit edecektir. Burada kamulaştırılan taşınmazın malikinin, kendi taşınmazı yerine bir başka taşınmazın kamulaştırılması gerektiğinden bahisle açacağı davada bu durum hukuka aykırılık sebebi olarak ileri sürülemeyecektir. Aksi durumun kabulü, kamulaştırma yapılamamasına ve ilköğretim hizmetlerinin aksamasına yol açabilecektir.⁹²

Son olarak, İdare, sahip olduğu teknik ve mali imkanlar⁹³, malzemeler, araçlar ve personeli göz önüne alarak hizmetin nerede, ne zaman ve ne şekilde sunulacağını belirlemek konusunda takdir yetkisine sahiptir.⁹⁴

İdarenin sahip olduğu bu takdir yetkisi çerçevesinde, bir kamu görevine başlamak için atamasının yapılmasını talep eden bir kişinin İdareye yaptığı başvurusunun olumsuz

⁹¹ Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.444.

⁹² Bununla birlikte, kamulaştırılan taşınmaz okul yapımı için uygun değilse ya da İdare, o bölgede okul açılması için uygun başka bir araziye sahipse, taşınmazın sahibi, açacağı bir davada İdarenin yer seçimi konusundaki takdir yetkisinin hukuka uygun olmadığını iddia edebilecektir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.446.

⁹³ İdarenin sahip olduğu teknik ve mali imkanlar bağlamında, takdir yetkisi konusunda Anayasanın 65.maddesinin hukuki fonksiyonuna ayrı bir başlık altında, biraz ileride değinilecektir.

⁹⁴ Bu husus, 5215 sayılı Belediye Kanununun 14.maddesinin 5.fıkrasında da şöyle ifade edilir: ‘‘Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliği dikkate alınarak belirlenir.’’

sonuçlanması halinde de, açılacak olan iptal davasında idari yargı yerleri atama yapması konusunda davalı İdareyi zorlayacak bir karar veremeyeceklerdir.

İdare, yürütülecek olan hizmetin gereklerini ve sahip olduğu mali imkanları göz önüne alarak kamusal görevlerde ne kadar ve hangi niteliklerde kamu görevlisi çalıştırması gerektiğini ya da çalıştırabileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Başka bir deyişle; İdari Yargı organları, belli bir kişinin kamu görevlisi olarak atanması konusunda İdareyi zorlayamayacaklardır.⁹⁵

2)b)2) Süreklilik ilkesi, İdarenin takdir yetkisini kullanırken göz önüne alması gereken unsurlardan biri olarak değerlendirilmektedir.

Danıştay'a göre, "İdari istikrar ilkesi gereğince, idarenin kamu hizmetinin *sürekli, etkili ve verimli bir biçimde yürütülebilmesi açısından* hizmet şartlarını gözeterak takdirini kullanmak suretiyle boş bulunan bir kadroya atama yapabileceği açık olup, kadroyu re'sen emeklilik işlemi sebebiyle boşaltan kişinin, bu işleme karşı açtığı dava neden gösterilerek boşalan kadroya atama yapılmaması konusunda idarenin yargı kararıyla zorlanamayacağı kuşkusuzdur."⁹⁶

Olayda, davacı re'sen emeklilik işleminin iptali üzerine açtığı davadan dolayı kendisinden boşalan kadroya bir başka kişinin atanması işlemine karşı iptal davası açmıştır. Yerel mahkeme, re'sen emeklilik işlemini iptal etmiştir. Danıştay, kararında "iptal kararlarının iptal edilen işlemin tesisinden önceki hukuki durumun devamını sağlayan özelliği nedeniyle re'sen emeklilik işlemiyle ilgili olarak İzmir 2. İdare Mahkemesince verilen iptal kararı üzerine, emekli statüsüne girerek memuriyeti sona eren davacının yeniden memurluk statüsüne ve kural olarak aynı göreve döndürülmesi gerekmekte ise de; idarenin *hizmetin*

95 Bununla birlikte, İdare önceden belli bir görev için ilan vermiş ve bu şekilde o göreve bir kişiyi alma yönündeki iradesini ortaya koymuşsa, hem 'kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi' ve hem de Kamu Personel Rejiminin özünde yer alan "liyakat ilkesi" çerçevesinde, söz konusu görev için en uygun kişiyi bir an önce seçme yükümlülüğünde olacaktır. Ayrıca, bir görevin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için bir kamu görevlisine ihtiyaç duyan İdarenin o görev için gerekli niteliklere sahip olan kişiyi göreve almaması; onun sahip olduğu takdir yetkisini, kamu görevine alınmada liyakat ilkesini düzenleyen Anayasanın 70.maddesine aykırı kullandığı anlamına da gelecektir. Bu durumda, göreve alınmayan kişi veya kişiler o görev için en uygun kişi oldukları iddiasıyla İdari Yargı'da dava açma ve davayı kazanmaları durumunda, mahkeme kararıyla göreve atanmalarını sağlama imkanını elde edebileceklerdir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.447; C.Ayaydın, "İdari Yargı'nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler", **Prof.Dr. İlhan Özay'a Armağan**. (yayım aşamasında)

96 Bkz. D5D, E.1995/1788, K.1997/2389, K.T. 30.10.1997, **DD**, S:95, 1998, s.291.

gerektirdiği durumlarda, emekliye sevk edilen ve açtığı dava üzerine bu işlemin iptalini sağlayan kişiyi memuriyet statüsüne almakla birlikte farklı bir göreve ataması da mümkündür.” demiştir.

Danıştay, vardığı sonucu şu şekilde temellendirmektedir: “İdare Mahkemesince, davacının re'sen emekliye sevk edilmesine dair işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararı gerekçe alınarak, davacıdan boşalan kadroya yapılan atama işleminin iptaline karar verilmiş olup, iptal kararlarının, iptal edilen idari işlemi, tesis edildiği tarihten geçerli olmak üzere ortadan kaldırdığı tartışmasız ise de; bu hukuksal durumun ancak iptal kararının taraflara tebliğ edildiği tarihten itibaren sonuç doğuracağı açıktır. Aksi görüşün kabulü halinde idari işlemin tesis edildiği tarihle bu işleme karşı yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı verilerek bu kararın idareye tebliğ edildiği tarih arasındaki dönemde *fiili bir boşluk* oluşacaktır ki bu durumu *kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi ve kamu yararı* ile bağdaştırma olanağı bulunmamaktadır.”

2)b)3) Kamu hizmetlerinin değişen ve gelişen toplumsal ihtiyaçlara göre yürütülmesi gerekmektedir. İşte, bu değişim ve yeni ihtiyaçların tespit edilmesi ve gereği gibi karşılanabilmesi, İdarenin takdir yetkisini gerektirebilmektedir. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkesi de bu sonucu beraberinde getirmektedir. Örneğin; bir belediyede yapılaşmanın, buna bağlı olarak da oradaki kamusal ihtiyaçların artması, buna bağlı olarak da mevcut tesislerin yetersiz kalması ihtimalinde İdarenin, bu artan kamusal ihtiyaçları karşılayabilmek için kaynaklarını yeni tesislerin yapımına tahsis etmesi veya mevcutların kaynağını arttırması gerekecektir. Aksi halde, hizmetlerde aksama meydana gelebilecek ve bu bağlamda, süreklilik ve düzenlilik ilkesi de zedelenebilecektir.

2)b)4) Kamu hizmetlerinin yürütülmesi aşamasında, kamusal ihtiyaçlarda meydana gelen değişim doğrultusunda düzenleyici işlemlerin de idare tarafından her zaman kaldırılabilmesi ve yerlerine, yasalara uygun olmak koşuluyla, yeni düzenleyici işlemler yapılabileceği belirtilmektedir.

Değişen şartları, ortaya çıkan yeni ihtiyaç ve imkanları, kamu yararı ile hizmet gereklerini dikkate almak, bu bağlamda hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini de sağlamak durumunda olan İdare, kendi düzenleme alanı içinde gerekli değişiklikleri yapmak zorundadır.

Örneğin, toplu taşıma hizmetinde sefer saatlerinin ve sayılarının, güzergahların değişen ihtiyaçlar çerçevesinde yeniden düzenlenmesi veya ayarlanması, kamu hizmetlerinin yeniliklere uyarlanma ilkesinin bir gereğini oluşturmakla birlikte, aynı zamanda toplu taşıma hizmeti ihtiyacının gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi esasının da bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretide, düzenleyici işlemlerin kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda İdareye geniş hareket alanı bırakıldığı ifade edilmektedir. Çünkü İdare, düzenlemelerin yerindeliliğini ve kanun çerçevesinde içeriğini belirlemek konusunda bir takdir yetkisine sahiptir.

Elbette, İdareye tanınan bu takdir yetkisi de sınırsız olmayıp “kamu yararı ve hizmet gerekleri” ile “kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması ilkesi” çerçevesinde sınırlıdır.⁹⁷

2)b)5) Mevcut bir hizmetin süreklilik ve düzenlilik ilkesine aykırı bir şekilde yürütülmesi, İdarenin sorumluluğunu doğurabilmektedir.

Hizmetlerin sunulmasında aksaklıklar yaşandığı takdirde, hizmet gereği gibi sunulmamış olacaktır. Bunun sonucunda kişiler, hizmetin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülememesinden ötürü uğradıkları zararın tazmini için İdari Yargı’da tam yargı davası açabileceklerdir. Ya da bir idari işlemin hizmetin sürekliliğini bozması halinde de bu işleme karşı iptal davası açılacaktır.⁹⁸

2)b)6) İşte bütün bu olgular, kamu hizmetlerinin yürütülmesi aşamasında İdarenin bir takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

97 Bu konuya, dördüncü bölümde, İdari İşlemler Teorisi bahsinde değinilecektir.

98 Bu konular, beşinci bölümde, Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine Uyulmamasının Sonuçları ile Bu Konuda Yapılacak Yargısal Denetimin Esasları ve Özellikleri bahsinde ele alınacaktır.

3.Kamu Hizmetlerinin Kısmen veya Tamamen Sona Erdirilmesi Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi

3)a) Yasakoyucunun Takdir Yetkisi

Bilindiği üzere, kamu hizmetleri yasalarla kurulmaktadır. Dolayısıyla, “yetkide ve usulde paralellik ilkesi” gereğince, bir kamu hizmetinin kaldırılmasında da asli yetki yasama organına aittir.⁹⁹

Bir kamu hizmetinin sonlandırılması, çeşitli şekillerde söz konusu olabilmektedir. Örneğin, bir yasa ile o idari faaliyete son verilebilir. Bu durumda, bir idari teşkilatı düzenleyen yasa hükümleri yürürlükten kaldırılarak o teşkilatın yürüttüğü hizmet de sona ermiş olacaktır. Bir başka ihtimal de, o hizmeti “görev” olarak düzenleyen kanunun yürürlükten kaldırılması ve böylece de eskiden o hizmeti yürütmekte olan idari birimin yasal dayanağı kalmayacağı için hizmetin sürdürülmemesidir.

Başlanmış olan bir kamu hizmetinin kısmen ya da tamamen sona erdirilmesi yönündeki hukuki işlemler yargı denetimine tabi olacaktır.

Kamu hizmetinin dayanağı olan yasanın yürürlükten kaldırılması ile hizmet sona erdirilmişse, söz konusu yasa Anayasa Mahkemesi tarafından, sosyal devlet ilkesi ile Anayasanın diğer hükümleri çerçevesinde denetlenecektir.¹⁰⁰

99 Ancak, hatırlatmak gerekecektir ki, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi uyarınca bir kamu hizmetinin kaldırılmasına genelde pek rastlanmamaktadır. Kamu hizmeti genellikle yeni koşullara uyarlanarak sürdürülmektedir.

100 Bununla birlikte, mahkeme tarafından verilecek bir iptal kararı, sona erdirilmiş bir kamu hizmetinin otomatik olarak tekrar sunulmaya başlanması sonucunu doğurmayacaktır. Yasakoyucunun, bu mahkeme kararı doğrultusunda, tekrar o kamu hizmeti ile ilgili yasal düzenleme yapması gerekecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir devlet düzeninde devletin bütün erklerinin, elbette yasama organının da, verilen mahkeme kararlarının gereğini yerine getirmeleri beklenir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması, yasakoyucuya, hizmetin sunulmaya devam edilmesi için, yeni bir yasa çıkarması konusunda hukuki bir görev yüklemiş olamayacaktır. Bu konuda, Anayasamızda öngörülmüş bir hukuki mekanizma bulunmamaktadır. Bu durumda, sadece siyasi yaptırımlardan söz edilebilecektir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla da, bu karar ex nunc (geleceğe etkili) olacağından, iptal konusu yasa da hukuk düzeninden kaldırılmış bulunacak ve kendiliğinden, tekrar yürürlüğe girmeyecektir. Bu konuda, örneğin bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.294, 295.

Bu konuda denetim mekanizması öngören hukuk sistemleri için bkz. İ.Kaboğlu, “Yasama Organına Çağrı Kararları”; “İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık”, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 2000, s.109 ve 90. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının zaman bakımından etkisi hakkında, öğretilerdeki farklı görüşler için bkz. E.Özbudun, **Anayasa Hukuku**, Ankara, 2009, s.384; E.Teziç, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2009, s.212;

3)b) İdarenin Takdir Yetkisi

b)1) Hizmetin bir idari işlem ile sona erdirilmiş olması halinde, bu işlem idari yargı mercileri tarafından, İdare Hukukunun kamu hizmetlerine ilişkin ilkeleri ve yasal düzenlemeler çerçevesinde denetime tabi olacaktır.

İdari Yargı'da verilen iptal kararları, geçmişe etkili olacağından, İdarenin söz konusu kararın gerekleri çerçevesinde, geçmişe etkili işlemler yapması gerekecektir. Bu durumda, İdare verilen iptal kararının gerekçelerini de göz önüne alarak, o hizmeti tekrar sunmaya başlamak durumunda kalacaktır. İptal kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi ise, hem İdarenin sorumluluğunu, hem de kararı kasten yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki ve cezai sorumluluğunu doğuracaktır.¹⁰¹

b)2) Hukuk düzenimizde bazı yasal ve idari düzenlemelerle, ekonomik nedenlerle yürütülmekte olan bir kamu hizmetinin kısıtlı şekilde sunulması ya da tamamen sona erdirilmesi de gündeme gelebilmektedir. Bu konuya, biraz ileride, Anayasanın 65.maddesinin sosyal ve ekonomik alanlarla yürütülen kamu hizmetleri üzerindeki hukuki fonksiyonu bağlamında değinilecektir.

3)c)Kamu Hizmetlerinin Sona Erdirilmesi Sürecinde Özelleştirme Usulü

Kamu hizmetlerinin sona erdirilmesi konusu bağlamında özelleştirme usulünün de ele alınması gerekecektir. Çalışmanın başlangıcında da değinildiği üzere, özelleştirme; bir faaliyetin kamusal niteliğinin sona erdirilip özel hukuk kişilerinin yürüttüğü bir özel hukuk faaliyeti haline dönüşmesini ifade etmektedir.^{102 103}

İ.Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s.117; M.Kıratlı, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)**, Ankara, 1966, s. 180; Y.Uler, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları Geriye Yürür.”, **B.Savcı'ya Armağan**, Ankara, 1988, s.515-538.

101 Dördüncü bölümde, “Sorumluluk Hukuku” bahsinde, bu konuya daha detaylı olarak değinilecektir.

102 Özelleştirme kavramının, teknik tanımı bu olmakla birlikte, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Yasa'da; kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi; kamu tesislerinin işletme hakkının verilmesi, kamu kuruluşlarının kiralanması ve gelir ortaklığı modeli gibi usulleri kapsayacak şekilde özelleştirme usulleri düzenlenmiştir. Bu şekilde, özelleştirme kavramı oldukça geniş bir biçimde ele alınmıştır.

Bu çalışmada, özelleştirme kavramı dar ve teknik anlamda, önceden kamusal olarak yürütülen bir faaliyetin özel hukuk kişilerince yürütülen bir özel hukuk faaliyetine dönüşmesi anlamında da kullanılmaktadır.

1999’da yapılan değişlikle Anayasanın 47.maddesinde, özelleştirme kavramı yer almıştır: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.”

Özelleştirme kurumu, Anayasaya dahil edilmekle birlikte, madde metninde, bu kurumun tabi olacağı esaslar ve usuller hakkında herhangi bir yoktu. Bu konuda, yasakoyucunun takdir yetkisi bulunmaktaydı.

Özelleştirme usulüne başvuru ilk dönemlerde, bu konuda çıkarılan yasalar, bazı ilkelere aykırılıktan bahisle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti.¹⁰⁴ Buna bağlı olarak, yasakoyucu Yüksek Mahkemenin bu iptal kararlarında yer alan ilke ve esaslar çerçevesinde düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, özelleştirmeye ilişkin ilke ve esaslar, 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’da yer almaktadır.

Bu düzenlemeyle birlikte, bugün artık uygulamada özelleştirme usulüne ilişkin olarak yapılan idari işlemlerin yargısal denetimi, özellikle de bunların “kamu yararına uygunluk ve kamu hizmeti ilkeleri, bu kapsamda süreklilik ve düzenlilik ilkesi” açısından analizi İdari Yargı tarafından yerine getirilmektedir. Örneğin, Özelleştirme Yüksek Kurulunca, 4046 sayılı

¹⁰³ Farklı yönde görüş için bkz. M.Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.201 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.680.

¹⁰⁴ Örnek olarak bkz. AYM, E.1994/49, K.1994/45-2, K.T.7.7.1994, RG 10.9.1994-22047; AYM E.1994/43, K.1994/42-2, K.T.9.12.1994, RG 25.1.1995-22181; AYM E.1995/38, K.1996/7, K.T.28.2.1996, RG 24.5.1996-22645. Söz konusu kararlarda yer alan ilkeler şu şekilde özetlenebilecektir: a)İdari teşkilatların kuruluşu, personeli ve malları yasayla öngörölmüş ve düzenlenmiş olduğundan özelleştirme de ancak *yasa* ile yapılmalıdır; b) Stratejik önemi olan faaliyetlerde kamu tekeli devam etmeli veya imtiyazlı hisse uygulaması öngörölmelidir; c)Satış işlemleri ayrımcılığa yol açmayacak ihale usulleriyle ve gerçek değer üzerinden yürütölmeli ve sonuçlandırılmalıdır; d)Anayasanın 167.maddesiyle Devlet tekelleşmeyi önleme görevi verildiğinden, özelleştirme yapıldıktan sonra kuruluşların sektörde özel hukuk kişisinin sahip olduğu bir tekel haline gelmemesine dikkat edilmelidir; e)Tabii servet ve kaynaklardan yararlanan kuruluşların özelleştirilmesi sırasında bunların özel kişilere devredilmesi engellenmelidir; f)Yabancıların stratejik öneme sahip kuruluşların yönetimini satış esnasında veya sonrasında ele geçirmesi önlenmelidir; g)Yabancıların toprak elde edebilmesine ilişkin hukukumuzda kabul edilen ilkeler ve mevzuat gibi yasal kısıtlamalar göz önüne alınmalı ve bunlara uygun düzenlemeler yapılmalıdır. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.332, 333.

Göröldüğü üzere, süreklilik ve düzenlilik ilkesi ve kamu hizmetinin diğer ilkeleri, mahkeme kararlarında yer bulmuş değildir. Halbuki Yüksek Mahkeme, özelleştirme usulüne ilişkin olarak, sosyal devlet ilkesinin yer aldığı bir Anayasal sistemde; sosyal devletin gerçekleştirilmesini sağlayacak olan en temel ve önemli araçlardan biri olan kamu hizmetine ilişkin İdare Hukuku ilkelerini, Anayasal esasları (Anayasanın 2. ve 5.maddesi) göz önünde tutabilir veya “kamu yararının zorunlu kılması” ve “kamu hizmeti niteliğini kaybetme” şartlarını öngörebilirdi. Bu konudaki eleştiriler için bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.333, 334, 335.

Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun kapsamında, idari işletmelerin faaliyetlerine son verilmesine dair alınan kararlar, İdari Yargı denetimine tabi olacaktır.¹⁰⁵

4)Anayasanın 65.maddesinin Takdir Yetkisi Konusunda Sahip Olduğu Hukuki Anlam ve Fonksiyon

4)a) 65.maddenin Kapsamı

Anayasanın 65.maddesinin bir kamu hizmetine başlanması, yürütülmesi ve sona erdirilmesi aşamalarında, takdir yetkisi üzerindeki fonksiyonuna da ayrıca değinmek gerekir.

Anayasanın, “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlığını taşıyan 65.maddesine göre: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

Çalışmanın başında, Kamu Hizmeti Faaliyetlerinin Anayasal İlkeleri ve Dayanakları bahsinde de belirtildiği üzere, bu madde, devletin ekonomik ve sosyal alana ilişkin görevlerinin sınırını ifade etmektedir; başka bir deyişle sosyal ve ekonomik nitelik taşımayan görevler, örneğin kolluk faaliyetleri, mali kaynakların zorlanma riski olsa da yerine getirilecektir.

Devlete verilmiş olan “sosyal ve ekonomik görevler”in nelerden ibaret olduğu da ayrı bir inceleme ve tartışma konusu oluşturabilecektir. 61 Anayasasında, “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” başlıklı 53.maddesinde ‘...bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini...’ ibaresi yer almaktaydı. Ancak, 82 Anayasasında böyle bir kayıtlama bulunmamaktadır. 65.madde, böyle bir kayıtlama içermediği gibi, maddenin uygulama alanının ve kapsamının Anayasa’nın herhangi bir bölümüyle sınırlı olmadığı da ifade edilmektedir: “...sosyal ve ekonomik alanlara ilişkin Anayasa ile belirlenen

105 Kamu hizmetlerinin 4046 sayılı Kanun çerçevesinde bir idari işlemle sona erdirilmesi ile ilgili örnek kararlar için bkz. D 10D, E.2001/5555, K.2003/4384, K.T.12.11.2003, **DKD.3**, s.294, D 13D, E.2005/1300, K.2005/2986, K.T.6.6.2005, **DD.111**, s.391; D 13D, E.2005/9060, K.2006/1970, K.T.26.4.2006, **DD.113**, s.427; D 13D, E.2006/1437, K.2007/1705, K.T.27.3.2007, **DD.116**, s.401; D 13D, E.2005/1768, K.2006/1238, K.T.1.3.2006, **DD.113**, s.423.

görevlerini...” Bu bağlamda, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin bütün Devlet görevlerinin maddenin kapsamında yer aldığı söylenebilecektir.¹⁰⁶

Ayrıca, 1961 Anayasası döneminde¹⁰⁷, kayıtlama özelliği çok tartışılan bu maddenin etkisi, bölümde yer alan hak ve özgürlükler, iki kategoriye ayrılarak incelenmekte idi: “kaynakların yeterliliği” kaydı, olsa olsa, büyük harcama ve yatırımları gerekli kılan, devletin olumlu edimde bulunmasını gerektiren sosyal haklar açısından söz konusu olabilirdi; yoksa, sendika özgürlüğü ve grev hakkı gibi devlet edimini gerekli kılmayan sosyal haklar açısından böyle bir kaydın geçerliliği savunulamazdı.

4)b) Kamu Hizmetlerine Başlanması Aşamasında

Esasen, bu aşama, henüz ortada bir kamu hizmeti bulunmadığından, süreklilik ve düzenlilik ilkesi bakımından çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla birlikte, şunlar belirtilebilecektir: Maddenin 2001 değişikliklerinden sonraki hali de, kamu hizmetine başlanması konusunda, 1982 Anayasasının gerekçesinde de belirtildiği üzere¹⁰⁸, madde bir

106 Bu konuda bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.296, 297, 298; B.Tanör, N.Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2009, s.168.

107 Sosyal haklar, devlet tarafından “ancak iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliği ölçüsünde yerine getirilir” (md.53). 1961 Anayasası, bu kaydı, 1982 Anayasasındaki benzer bir şekilde, “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” kenar başlığını taşıyan ve “sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler” bölümünün sonunda yer alan maddesine koymuştu. Maddenin gerekçesinde de şu hususların altı çizilmişti: ‘Sosyal Devletin üzerine aldığı geniş ölçüdeki ödevler, şüphesiz ki onun her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmesi sonucunu doğurmamalıdır...Bu vazifelerin yerine getirilebilmesi Devletin iktisadi gelişmesi ve mali kaynakları ile orantılı olacaktır... İşte bu madde hükmü, prensip olarak tanınan sosyal ve iktisadi hakların fiilen gerçekleşmesinin, realitelerle sınırlı olduğunu ifade etmektedir.’ 53. madde konusunda 1968 yılında yapılan tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. C.Talas, “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, **Türkiye’de İnsan Hakları (Seminer, 9-11 Aralık 1968)**, AÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970, s. 232-233. Yazara göre 53.madde: “... sosyal ve ekonomik haklar bölümünün değerini bir ölçüde de olsa azaltmıştır. Bu bölümün öngördüğü sosyal ve ekonomik haklara karşı olan hükümetler iktidarda buldukları zaman, Anayasanın ilkeleri yalnız nazari planda kalabilir. (...) Hükümetler maalesef 53 üncü madde arkasına sığınabilmektedirler. (...) Binaenaleyh 53 üncü madde Anayasanın sosyal esprisine uymamaktadır.” Talas’ın “yorum tarzına katılıp(adığımı)” belirten TEZİÇ’e göre ise, “53. madde sosyal hakların gerçekleşmesini savsaklamak isteyen, sosyal hakların varlığına inanmak istemeyen bir siyasi iktidara sığınmak imkanı vermemektedir. Aslında bu madde bir gerçeği dile getirmektedir.(...)” (a.g.e., s. 233)

KAPANİ de, “devlete yüklenen ödevlerin bazılarının (...) hemen bugünden yarına, yahut da çok kısa bir süre içinde yerine getirilmesine, gerçekleştirilmesine imkan yoktur” diyerek, sonuç olarak 53. madde kuralının “gerçekçi bir tutumun ifadesi” olduğunu da eklemiştir (a.g.e, s. 237). “Yargı yolunu kesinlikle kapadığı da öne sürülemez kanısındayım (s. 237). (...)Kısaca özetlemek gerekirse, sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer alan ileriye dönük ‘program hükümler’ bir ölçüde bağlayıcılık niteliğine sahiptir. (...) Gerçekçi bir hüküm olan 53. maddeyi, bu ilkeleri benimsemiş siyasi iktidarların arkasına sığınabilecekleri bir paravana olarak yorumlamanın doğru olmayacağı kanısındayım.” (s. 238)

108 Bkz. M.Akad, A.Dinçkol, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul, 2007, s.431.

direktif içerdiğinden, bireylere devletten sosyal ve ekonomik haklarını gerçekleştirmesini talep etme hakkını vermemektedir.¹⁰⁹

Yeni Anayasal düzenlemede de yasakoyucu; mali kaynakları çerçevesinde, öncelikleri belirlemek ve bu önceliklere göre hizmete başlanması konusunda takdir yetkisine sahiptir. Mahkemelerin önceliklerin belirlenmesi konusundaki takdir yetkisini denetlemesi ise mümkün görünmemektedir. Bu yöndeki bir belirleme, bir “yerindelik sorunu” olarak algılanabilecektir.

Ayrıca, Kamu Hizmetlerinin Kurulması Aşamasında Yasakoyucunun Sahip Olduğu Takdir Yetkisi bahsinde de açıklandığı üzere, yasakoyucunun hareketsiz kalarak bir düzenleme yapmaması durumunda hukuk sistemimizde bunu denetleyecek bir mekanizma bulunmamaktadır.

Buna bağlı olarak, yasal bir düzenleme söz konusu olmadığından, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde, hizmeti sunmayan İdarenin hukuki sorumluluğuna da gidilemeyecektir; hizmetin yapılmamasına ilişkin bir idari işlem de iptal davasının konusunu oluşturamayacaktır.

4)c) Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sona Erdirilmesi Aşamasında

Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda yürüttüğü hizmetlerin 65.maddeye dayanarak kısmen veya tamamen sona erdirebilmesinin mümkün olup olamayacağı sorusu, uygulamada daha büyük önem taşımaktadır. Çünkü, Türkiye gibi ekonomik durumu çok iyi olmayan

109 2001 değişiklikleri ile “sosyal hakların lehine” olarak, “ekonomik istikrarın korunması” yerine “görevlerin amaçlarına uygun öncelikler” kriterinin getirilmesi ile birlikte yargısal denetimin kapsamının genişleyebileceği düşünülebilir. Görüldüğü üzere, “ekonomik istikrar”, sosyal haklara göre öncelik taşımayacak, sosyal alanlar, ekonomik politikaların seçeneğini oluşturabilecektir. Ancak, öğretilerde KABOĞLU’nun da belirttiği gibi, sosyal haklar lehine sağlanan bu anayasal gelişmenin Anayasa Mahkemesi kararına yansıdığını söylemek kolay değildir. Bkz. İ.Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2, 2010, Bildiriler**, Haz: M.Gülmez, N.Durusoy Öztepe, N.Mütevellioğlu, O.Karadeniz, H.Kumaş, İstanbul, Ekim 2010, s.46: “Anayasa Mahkemesi, madde 65’i 2001 değişikliği ışığında önceki kararlarına göre sosyal hak lehine nüanslı yorumlamak yerine, benzer yorumu yeni kararlarında da sürdürdü. Anayasa Mahkemesi, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, siyasal iktidarların tercihlerini sınırlama yönünde kararlar vermiş ise de, sosyal haklar üzerine yeterli açılımı yapamadı. Oysa, 65. maddenin “sosyal devlet”in gerekleri ışığında yorumu yoluyla, “sosyal hakların yargı önünde talep edilebilir”liğine katkıda bulunabilirdi.”

Bununla birlikte “mali kaynakların yeterliliği kriteri” yeni düzenlemede de aynen yer aldığından buna ilişkin verilmiş olan mahkeme kararları bugün de geçerliliğini koruyabilecektir.

ülkelerde, birçok hizmetin bu gerekçenin arkasına sığınarak sona erdirilmesi yoluna gidilebilecektir.

Daha önce de belirtilmiş olduğu üzere, yasakoyucu bir kamu hizmetine başlamak konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak başlanmış bir kamu hizmetinin sona erdirilmesi konusunda artık bu kadar geniş bir takdir yetkisi olmayacaktır. Başlamış olan bir kamu hizmetinin sona erdirilmesi ancak o hizmete başlanmasındaki nedenlerin ortadan kalkması, o hizmete yönelik olan ihtiyacın sona ermesi halinde bitirilebilecektir. Buna bağlı olarak da, devletin sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olsa bile başlamış olduğu görevleri md.65'teki nedenlerle sona erdirebilmesi mümkün olmamalıdır.

Aynı durum, İdarenin hizmeti fiilen yetersiz sunması halinde de geçerli olacaktır. Bir kamu hizmetinin kötü, geç veya hiç işlememesi durumunda *hizmet kusuru* ortaya çıkmakta ve idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır.¹¹⁰ Bir başka deyişle, idare hizmet kusuru işlemiştir ve içinde bulunduğu mali yetersizlikleri gerekçe göstererek de zararı tazmin etmekten kurtulması mümkün olmayacaktır.

d) Ayrıca, varlık nedeni topluma hizmet sunarak sosyal faydayı sağlamak olan çağdaş devlet için, özel hukuk girişimlerinde gündeme gelebilecek mali sorunlar ve bunun faaliyetlerdeki olumsuz yansıması söz konusu olamamalıdır. Devlet yürütmesi gereken faaliyetler için gereken geliri elde etmeyi de bilmelidir. Çünkü devlet, özel hukuk kişilerinden farklı olarak kamu harcamaları için gereken geliri elde etme konusunda çeşitli hukuki enstrümanlara da sahiptir. Bu enstrümanların en önemlisi de, “vergi ve benzeri mali yükümlülükler” öngörme ve onları gerektiğinde kamu kudreti usullerine başvurarak tahsile edebilme yetkisidir.¹¹¹ Yasakoyucu, mali yetersizliğe karşı tedbirler almak ve çözüm yolları araştırmak durumundadır. Aksi halde, kendi yetersizliğini gerekçe göstererek hizmetten vazgeçebilmesi “görev-yetki ve sorumluluk” ilişkisi bağlamında da söz konusu olamamalıdır.¹¹²

110 Hizmet kusuru konusuna, dördüncü bölümde, “Sorumluluk Hukuku” başlığı altında değinilecektir.

111 “Vergi ödevi”, Anayasa'nın 73.maddesinde düzenlenmiştir: “Herkes, *kamu giderlerini karşılamak üzere*, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.”

112 Bu konuda bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.301,302, 303.

4)d) Mahkeme Kararları

d)1) Genel Olarak: Konuyla ilgili yargı kararlarına baktığımızda da, Anayasa Mahkemesi, sosyal ve ekonomik alanlarda devletin hizmet sunmaya başlaması konusunda, yasakoyucunun -hukuk denetimine tabi olmayan - takdir yetkisinin bulunduğunu; ancak bir kere topluma hizmetin sunulmaya başlamasıyla birlikte, artık 65.maddede yer alan gerekçelerle hizmetin kısmen veya tamamen sona erdirilemeyeceğini belirtmektedir.

Aynı şekilde, Danıştay da kararlarında, yasalarla idareye hizmetin kapsamına ilişkin konularda karar verme yetkisinin tanındığı hallerde, “mali yetersizlik” nedeniyle yürütmekte olduğu kamu hizmetini kısmen veya tamamen sona erdirebilmesini kabul etmemektedir.

Ayrıca, ekonomik ve sosyal alandaki hizmetlere ilişkin yapılan düzenlemelerin *yaşama hakkını* zedelememesi gerektiği de her iki yargı merciinin kararlarında da vurgulanmaktadır.

d)2) Anayasa Mahkemesi Kararları: Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında belli bir yaş aralığındaki sigortalıların tedavi masraflarının ödenmemesinin Anayasa'nın 56. maddesindeki devlete yüklenen “herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak” göreviyle bağdaşmadığını belirtmiştir.¹¹³

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında “sosyal güvenlik hakkı”nı “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı” ile bağlantılı olarak değerlendirmekte ve Anayasa'nın 65.maddesinin bu alanda geçerli bir gerekçe olarak ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir.¹¹⁴

113 Bkz. AYM, E.2006/111, K.2006/112, K.T.15.12.2006, RG 30.12.2006-26392 5.Mükerrer.

114 Yüksek Mahkemeye göre: “Anayasa'nın 65. maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda belirtilen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek *mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getireceği öngörülmektedir. Böylece, Anayasa'nın 60. maddesiyle bireylere tanınan “sosyal güvenlik hakkı”nın sağlanması için alınacak önlemler ve kurulacak teşkilat bakımından Devlet görevlendirilmekte, 65. madde ile de bu göreve kimi sınırlamalar getirilmektedir. Ancak 60. madde ile tanınan “*sosyal güvenlik hakkı*” yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen “*yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı*” ile bağlantılıdır. Dolayısıyla Devlet, ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde “*yaşama hakkı*”nı *ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar getiremeyecektir*. Bu nedenle, sağlık yardımlarının yataklı tedavi kurumlarında altı ayı geçemeyeceğine ilişkin itiraz konusu kural, *Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemez.*”Bkz. AYM E.1996/17, K.1996/38, K.T.16.10.1996, RG 9.8.1997-23075.

Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında da, Devletin Anayasanın 56.maddesi çerçevesindeki görevleri ile 17.maddede güvence altına alınan kişilerin yaşama hakkını birlikte ele almaktadır. Örneğin, aile hekimlerinden fazla sayıda sevk yapanlardan maaş kesintisi öngören kural¹¹⁵ Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Yüksek Mahkemeye göre, aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran düzenleme, *ihtiyacı olan kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmalarını ve bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarını güçleştirecek* öte yandan *Devletin kişilerin yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak görevini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştıracak* nitelikte bir düzenleme olduğundan Anayasa'ya¹¹⁶ aykırılık oluşturmaktadır¹¹⁷.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında sosyal hizmetler karşılığında, -İdare Hukuku ilkelerine de uygun olarak¹¹⁸-, belli bir miktar “katılma bedeli” alınabileceğini de belirtmektedir.¹¹⁹

Yüksek Mahkeme, kararlarında, yine İdare Hukuku ilkelerine de uygun olarak, bu “katılma payı oranı”nın “sosyal hakların kullanılamamasına yol açacak” bir düzeyde belirlenemeyeceğini de vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi, 4447 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle eklenen alt bent ile sigortalının kendisi için gereken protez, araç ve gereç

115 Aile hekiminin hasta sevk oranının Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre yüksek olması halinde, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun uyarınca aile hekimlerine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılacağı belirtilmek suretiyle aile hekiminin sevk oranları ile Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği standart ve yapılacak ödemeler arasında ilişki kurulmuştur.

116 Anayasa'nın 2., 5., 11., 17. ve 56. maddelerine.

117 Bkz. AYM , E.2005/10, K.2008/63, K.T.21.2.2008, RG 7.11.2008-27047.

118 Bkz.“Kamu hizmetlerinin bedelsizlik ilkesi”ne ilişkin yapılan açıklamalar.

119 Yüksek Mahkemeye göre: “Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedelinin olması, bu hizmetlerin Anayasa'nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesi için zorunludur... Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu, son fıkrasında da sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği öngörülürken, bu maddede Devlete verilen görevin Anayasa'nın 65. maddesinde belirtilen *mali kaynakların yeterliliği ölçüsü* ile sınırlı olduğu kuşkusuzdur... Sosyal Devlet ilkesi gereğince sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını *zorunlu* kılabilir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin yaygın ve eksiksiz olarak faydalanma amacını gerçekleştirmek için sunulan hizmete katkı sağlanmasını öngören kuralın, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez” Bkz. AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, K.T.3.4.2007, RG 18.3.2008-26820. Benzer yönde karar için bkz. AYM E.1999/43, K.2001/46, K.T.27.2.2001, RG 20.3.2002-240701.

bedellerinin %20'sinin asgari ücretin bir buçuk katını geçmemek üzere sigortalıdan alınmasını öngören düzenlemeyi; “alınacak katkı payının *üst sınırının* belirlenmiş olması ve kimi sigortalıların *özel durumları* gözetilerek bu uygulamanın dışında bırakılması, sağlanacak protez, araç ve gereç bedellerinin *sadece* %20'sinin sigortalı tarafından ödenecek olması” noktasından hareketle *sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldırmadığı gibi onu kullanılmayacak ölçüde güçleştirecek* nitelikte olmadığı sonucuna varmış ve iptal talebini reddetmiştir.¹²⁰

d)3) Danıştay Kararları: Bu konuda, Danıştay da verdiği kararlarda, yürütülmeye başlanmış olan kamu hizmetleri açısından “mali kaynakların yetersizliği” gerekçelerini kabul etmemektedir.

Örneğin, Yüksek Mahkeme; - yerleşim birimi içinden geçen sulama kanalının yaratabileceği tehlikelere karşı gerekli idari önlemleri almayan İdare¹²¹ ile; - daha az riskli fakat maliyeti daha fazla bir güzergah yerine heyelan bölgesinden karayolunu geçiren ve/veya bu yol üzerinde maddi nedenlerle önlemler almayan İdareyi¹²², mali kaynakların yetersizliği gerekçeleri kabul etmeyerek sorumlu bulmuştur.

Yüksek Mahkeme, başka kararlarında da, -“yaşama hakkı”na ilişkin konularda Anayasanın 65.maddesinin uygulama alanı bulamayacağını ve bu nedenle de, mali nedenlerle bile olsa, sağlık hizmetlerinin sunumunda çağdaş tanı ve tedavi araçlarından yararlanılmasının engellenemeyeceğini¹²³; -65.maddenin sağlık hakkının (yaşama hakkının) özünü zedeleyecek bir şekilde yorumlanamayacağını, bu itibarla gözlük camı protez bedelleri için sosyal

120 Yüksek Mahkemeye göre: “Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu; üçüncü fıkrasında Devlet'in herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği; 60. maddesinde, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı; 65. maddesinde de Devlet'in, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmektedir. Buna göre, sosyal güvenlik vatandaşlar için bir hak, Devlet için ise görevdir. Bu bağlamda Devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlama görevini mali olanakları ölçüsünde yerine getirirken sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun kimi sınırlamalar yapabilirse de *sosyal hakları kullanılmayacak hale getirecek düzenlemelerde bulunamaz.*” Bkz. AYM E.1999/43, K.2001/46, K.T.27.2.2001, RG 20.3.2002-24701.

121 Bkz. D 10D E.1990/3505, K.1992/1385, T.13.4.1992, **DD**. 86, s.588.

122 Bkz. D 10 D, E.1995/6440, K.1997/4796, K.T.24.11.1997, **DD** S:96, s.604.

123 Bkz. D 10D, E. 2007/7391, K.2010/7354, K.T. 5.10.2010, www.danistay.gov.tr

güvenlik kurumunun, mali nedenleri gerekçe göstererek herhangi bir ödeme yapmama yoluna gidemeyeceğini¹²⁴; yine benzer gerekçelerle, Anayasanın 65.maddesinin kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması amaçlı olduğu; bu hükümlerin Devlete görev olarak yüklenen yaşama hakkını korumak, yaşamlarını fiziksel ve ruhsal sağlık içinde sürdürmesini sağlamak görevini ortadan kaldırır şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını, bu bağlamda davacının kanser tedavisiyle ilgili giderinin tümünün ödenmesi gerektiğini¹²⁵ belirterek bu çerçevede yapılmış olan idari işlemleri iptal etmiştir.

124 Bkz. D İDDGK E.1995/816, K.1997/1, K.T.17.1.1997, **DD** 94, s.108.

125 Bkz. D 2D, E.2007/1200, K.2008/5284, K.T.31.12.2008, www.danistay.gov.tr

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNDE SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİ

A. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi: Genel Açıklama

“Amme hizmetleri, muntazam bir tarzda işlemeyen bir cemiyet, buhran geçiriyor demektir ve hasta bir uzviyet halindedir.” Ord.Prof.Dr. Sıddık Sami Onar

1. Genel Açıklama

Kamu hizmetleri, tatmininde kamu yararı gereken genel ve ortak ihtiyaçları karşılayan faaliyetler olduklarından bunların sürekli ve düzenli¹²⁶ bir biçimde yürütülmesi de gerekir.

1)a) Süreklilik ilkesi hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine koşul olarak yerine getirilmesini ifade eder. Ancak şüphesiz, kamu hizmetlerinin sürekli olarak yürütülmesi demek, onların günün her an ve saatinde ve hep aynı yoğunlukta yürütülmesi gerektiği anlamına da gelmez. Bazı temel hizmetlerde süreklilik, ”kesintisizliğe” kadar vardırılmakta iken; diğer bazı hizmetlerde süreklilik, “işleyişteki düzenliliği” ifade etmektedir.¹²⁷ Burada, önemli olan hususun kamu hizmetinin nitelikleri ve gerekleri olduğu söylenebilecektir. Eğer bir kamu hizmeti, niteliği gereği sürekli olarak sunulması gerekiyorsa, yılın 365 günü, 24 saat kesintisiz olarak yürütülmelidir. Bu nitelikte değilse, günün belli saatlerinde, hatta yılın belli aylarında sunulabilecektir. Aynı zamanda, hizmet ile ihtiyaç ilişkisi de göz ardı edilmemelidir; toplumsal ihtiyaçlara bağlı olarak, hizmetin sunumunda farklı uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda, hizmetin sunulması ihtiyaç var

126 Anayasa Mahkemesi de, kamu hizmetini, topluma sunulan “sürekli ve düzenli etkinlikler” olarak nitelendirir. Anayasa Mahkemesine göre: “Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder.” Bkz. AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, K.T..9.12.1994, RG 24.1.1995, **AYMKD**, S:22181, s.22. Yüksek Mahkemeye göre, “Kamu hizmetinin kesilmeden, aksamadan yürütülmesi gerekir.” Bkz. AYM E.1963/205, K.1963/123, K.T.22.5.1963, RG 14.8.1963-11480.

127 Bkz. K.Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s.537. Yazar, -çalışmamızın kapsamı dışında kalan- ulusal savunma, güvenlik gibi kolluk faaliyetleri ile itfaiye, telefon, elektrik, gaz, su gibi yılda 365 gün, günde 24 saat kesintisiz olarak yürütülmesi gereken faaliyetler olduğunu; ancak birçok kamu hizmetinin günde sadece sekiz saat hizmet verdiğini, hafta sonlarında ya da yılın bazı aylarında da tatil yaptığını belirtmektedir.

YAYLA’ya göre de, “Mesela, bir hastanenin faaliyeti, tatil günlerinde veya gece saatlerinde nöbetçi personelle devam ederken, bir okul veya devlet kütüphanesi kapalı olabilir. Aslında, kesintiye uğramış olan hizmetin edimi sunma yönüdür; yoksa faaliyet, hizmete hazır tutma, mallarını koruma, onarma ve benzeri işlerle devam etmektedir.” Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.74.

olduğu sürece ve hissedildiği oranda söz konusu olmalı, bu bağlamda sürekli ve kesintisiz olmalıdır.¹²⁸

Öğretide, ÖZAY'a göre, süreklilik kavramının bir yönü “kronolojik” yani zaman bakımından devamlılık ise, diğer ve asıl önemli yönü “içerik ve yoğunluk” bakımından düzeyindeki devam yani “istikrar”dır.¹²⁹ Süreklilik kavramı tek başına bir anlam taşımamakta, bununla birlikte içerik ve yoğunluk bakımından da aynı düzeyde¹³⁰ devamı sağlayacak nitelikte, “istikrar”ın söz konusu olması gerektiği görüş ve varsayımı bizi “değişkenlik ve uyarılma” kavramına götürmektedir.

Ayrıca, bu ilkenin, “devletin sürekliliği” ilkesinin farklı bir ifadesi olduğu da kabul edilmektedir.¹³¹

1)b) Hizmetin sürekli olarak yürütülmesi yeterli olmayacaktır. Hizmetin toplumsal ihtiyaçla olan bağı, onun belli bir plan ve program çerçevesinde, başka bir deyişle **düzenlilik ilkesine** uygun bir biçimde sunulmasını da gerektirir. Kamu hizmetlerinin düzenliliği ise, hizmetin işleyişi ile ilgilidir. Bu işleyiş; önceden belirlenmiş koşullara uygun olarak yürütülmelidir. Özellikle somut edim sunulan, elektrik, su, ulaşım düzenli olmazsa, örneğin voltaj inip çıkarsa, su zaman zaman basınçsız gelirse ya da toplu taşıma araçlarının hareket saatleri ve güzergahları önceden bilinmiyorsa, kişilerin hizmete göre kendilerini ayarlamaları ve böylece de hizmetten gereği gibi yararlanabilmeleri mümkün olamayacaktır. Bu durumda, söz konusu hizmetlerin belki sürekliliği vardır ama düzenliliği yoktur.¹³²

128 Bu konuya, ikinci bölümde, “Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile Toplumsal İhtiyaç Arasındaki İlişki” başlığında da değinilecektir.

129 Bkz. İ.Özay, **Günüşğında Yönetim**, s.237-238. Yazar, bu durumu ironik bir örnekle şöyle açıklar: “Kendimizi aldatmak en sıkı bağı olduğumuz özelliğimizdir. Bu yüzden de sabah saat dokuzda işbaşı yapıp akşama kadar çalışan telefon santrali görevlilerinin aboneleri cevapsız bırakmak için meşgul işareti veren ahizeler önünde aralarında çene çalmaları; kamu işyerinde günün her saatinde çay kahve içilebildiğinden sekiz saatlik çalışma süresinin olguda kaçta indiği, para ile yarım saatte yaptırılabilen ehliyet yenileme işlemleri için vatandaşların günlerce kuyruklarda bekletilmeleri hiç önemli değildir. Önemli olan tüm kamu personelinin günde en az sekiz saat çalışıyor gözükmesidir.” (!)

130 Bir başka ifadeyle, “gelişen ve değişen koşullar çerçevesinde, kamusal ihtiyaçların gereği gibi tatminini sağlayacak şekilde”... Bu konuda, Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile Kamu Hizmetinin Diğer İlkeleri Arasındaki İlişki ve Etkileşimler başlığı altında yapılan açıklamalara da bakılabilecektir.

131 Bkz. O.Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.191; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.537.

132 Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.75.

Hizmetlerin belli bir düzen içinde sunulması ihtimalinde ise; kişilerin verilen hizmetlerden en iyi şekilde yararlanabilmeleri sağlanmış olacaktır. Bununla birlikte, bu ilke uyarınca örneğin, ulaşım hizmetlerine tahsis edilen kamu araçları, önceden belirlenmiş tarifelere göre, belli saatlerde hareket etmek durumunda ise de, İdare hareket saatleri hizmet gerekleri dikkate alınarak, kış uygulaması- yaz uygulaması gibi, program değişikliklerini - önceden bildirerek- yapabilecektir.

1)c) Özellikle belirtmek ve vurgulamak gerekir ki; süreklilik-düzenlilik ilkesine uyulmaması durumunda, Devlet ya da diğer kamu tüzelkişilerinin (ya da onların gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişilerinin) toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyetleri, kamu hizmeti olmaktan çıkmayacaktır.

Kamu hizmeti kavramının 3 temel unsuru olan “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri; toplumsal ihtiyaç ve bu ihtiyacın karşılanması” bir arada bulunduğu sürece, faaliyet yine kamu hizmetidir. Bununla birlikte, toplumsal ihtiyaçların gereği gibi karşılanabilmesi için kamu hizmetleri, kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak yürütülmelidir. Aksi takdirde hizmet, “gereği gibi” ifa edilememiş olur.¹³³

2. Yargı Kararları

2)a) Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetini tanımladığı kararlarında, süreklilik ve düzenliliği, bu kavramın bir ögesi, vazgeçilmez bir unsuru olarak ifade etmektedir: “En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan *sürekli ve düzenli* etkinliklerdir... *Düzenlilik ve süreklilik*, kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder.”¹³⁴

2)b) Kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi, Danıştay içtihatlarında da açıkça yer almaktadır. Danıştay, bazı kararlarında sürekliliğin “hukukun genel ilkesi” olarak

133 Beşinci bölümde, bu ilkeye uyulmamasının sonuçları ile yargısal denetim bahsinde, bu ilkeye aykırılık taşıyan idari işlemlerin iptal edilebileceği, bu tür işlem veya eylemlerden doğan zararlar içinse tam yargı davası açılabilmesine ilişkin açıklamalar dikkate alınabilir.

134 Örnek olarak, bkz. E.1994/43, K.1994/42, K.T. 09.12.1994, RG 24.01.1995- 22181, s.21. Ayrıca bkz. AYM E.1992/13, K.1992/50, K.T.21.10.1992, RG 30.6.1993-21623.

kabul edildiğini belirtmektedir: “Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından *sürekli ve eksiksiz* işlemesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir. İdarenin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi karşısında, ... Belediyesinin Büyükşehir Belediyesine dönüşmesi ve üç alt kademe ilçe belediyesinin kurulmasından sonra, ... Belediyesinin 3986 sayılı yasanın geçici 1. maddesi kapsamındaki borçlarından belli oranlarda alt kademe belediyelerinin sorumlu tutulmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır.”¹³⁵

Bir başka kararda da, Danıştay bu ilkeyi, “idari istikrar ilkesi” çerçevesinde ele almıştır: “*İdari istikrar ilkesi* gereğince idarenin, kamu hizmetinin *sürekli, etkili ve verimli* bir biçimde yürütülebilmesi açısından hizmet şartlarını gözeterek takdirini kullanmak suretiyle, boş bulunan bir kadroya atama yapabileceği açık olup, kadroyu re’sen emeklilik işlemi sebebiyle boşaltan kişinin, bu işleme karşı açtığı dava, görünüşte neden olarak gösterilerek, boşalan kadroya atama yapılmaması konusunda idarenin yargı kararıyla zorlanabilmesi imkan dahilinde görülmemiştir.”¹³⁶

Yüksek Mahkeme, bir başka kararında da, süreklilik ve düzenlilik ilkesi bağlamında, kamu hizmetinin “sağlıklı ve verimli” bir şekilde bu hizmetten yararlananlara sunulabilmesini gerektiğini vurgulamaktadır.¹³⁷

Yine, Danıştay’ın da belirttiği üzere, İdare üstlendiği kamu hizmetinin sürekliliğini ve düzenliliğini sağlamak için hizmeti gereği gibi yerine getirerek, her türlü araç ve imkanı çalışanların ve hizmetten yararlananların güvenliğini sağlayacak biçimde hizmete hazır bulundurmak “zorunda”dır.¹³⁸

135 Bkz. D 8D, E.1996/1687, K. 1997/3669, K.T. 27.11.1997, **DD**, S: 96, 1998, s. 388-390. Danıştay’ın bir kararında, süreklilik kamu hizmeti kavramının bir unsuru olarak değerlendirilmiştir: “Kamu hizmeti, devletin ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.” Bkz. DİİK, E.1996/79, K.1996/83, K.T. 3.10.1996, **DD**, S:93, 1997, s.36.

136 Bkz. D 5D, E. 1995/1788, K. 1997/2389, K.T.30.10.1997, **DD**, S: 95, s: 289 vd.

137 Bkz. D 8D, E.1998/6982, K.1999/1478, K.T.13.3.1999, **DD**, S:101, s.596.

138 Bkz. D 10D, E.1996/10203, K.1998/2643, K.T.16.6.1998, **DD**, S:98, s.552.

Görüldüğü üzere, süreklilik ve bu özelliği nitelendiren düzenlilik esası, yargı kararlarında “pürüzsüz, verimli, sağlıklı, etkin, güvenilir ve açık olma” gibi ifadelerle nitelendirilmektedir.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesine ilişkin yargı kararlarıyla da ortaya konulan bu esas ve belirlemelerin yanı sıra, ilkeyi, birinci bölümde açıklanan Anayasal dayanak ve esaslardan bağışık olarak yorumlamak da mümkün olmayacaktır. Gerçekten de, bir “hukuk devleti”nde, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği, hukuka uygunlukla yoğrulmuş, çevrelenmiş, sınırlanmıştır. “Hukuk devleti ilkesi”, bir hukuk düzeninde yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin de bu düzenin kurallarına, yani “hukuka” uygun bir şekilde “sürekli ve düzenli” olarak yerine getirilmesini öngörür. Süreklilik ve düzenlilik, hukukla temellendirilecek ve anlamlandırılacaktır. Bir başka deyişle, ilke, kamu hizmetlerinin “ne olursa olsun” kesintiye uğramaması anlamına gelmeyip, hukuka uygun bir şekilde sürekli ve düzenli olmasını ifade etmektedir. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi amacı, hukuk kurallarına uyulmamasını meşru kılmayacaktır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesini bu çerçevede yorumlayan, onun anlamını bu şekilde ortaya koyan Danıştay kararları da bulunmaktadır.

Örnek bir kararda, Yüksek Mahkeme; İdarenin kamu hizmetlerinin aksamaması için yeni kamu personeline ihtiyaç duyması, bu nedenle de sınav açmış olması durumunda dahi bu sınavların hukuka kurallarına ve bu hatta bu bağlamda, şekil unsuruna veya liyakat ilkesine de uygun olması gerektiğini ifade etmiştir. Kararda, yapılan sınavın hukuka aykırılıktan bahisle verilen yürütmeyi durdurma kararının (iptal kararları da bu kapsamda düşünülebilir), İdare yeni personele ne kadar ihtiyaç duyarsa duysun, gereğinin yerine getirilmesinden kaçınılamayacağı vurgulanmıştır.¹³⁹ Bir başka ifade ile, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan “mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesi”, hizmetin sürekliliğinin önüne geçebilecektir.

Çünkü, bir hukuk devletinde, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkesi, hukuk kurallarından bağışık olarak düşünülemez ve hukuk kurallarına saygı ilkesini bertaraf edemeyecektir.

139 Bkz. D 5D, E.2006/1462, K.2006/2095, K.T.17.4.2006, www.danistay.gov.tr

B. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine İlişkin Olarak Anayasada Yer Alan Esaslar ve Usuller

Anayasamızın çeşitli hükümlerinde, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesine dayanak oluşturan esasları ve usulleri gözlemlemek mümkündür.

1) Her şeyden önce, kamu tüzel kişiliklerinin teşkilatları ile görev ve yetkilerinin yasalarla öngörülecek olması, kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlayacaktır.

Anayasanın 123.maddesinde “idarenin kanuniliği ilkesi”, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmü ile ifade edildikten sonra, maddenin son fıkrasında: “*Kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulur.*” hükmü yer almaktadır.

Buna göre, kamu tüzelkişileri, ancak yasa ile ya da onun verdiği izin çerçevesinde bir idari işlemle kurulabilecek ve görevleri, yetkileri, teşkilatı, personeli, mal rejimi de yasa ile düzenlenecektir. Kamu hizmetlerini yürütecek olan idarenin bu yasal çerçevede kendisine yüklenen faaliyete başlama ve faaliyeti sürdürme zorunluluğu vardır. Bu durum, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesine olanak sağlayacaktır.

Dördüncü bölümde, İdari Teşkilat Hukuku bahsinde de değinileceği üzere, kamu tüzelkişilerinin veya onu oluşturan gerçek kişilerin, tüzelkişiliğin kurulması ve sona erdirilmesi konusunda, özel hukuk tüzelkişilerinin aksine, iradelerine bakılmamaktadır. İdare, hizmeti aksi yönde bir yasal düzenleme yapılmadığı veya hizmetin dayanağı olan yasal düzenleme kaldırılmadığı sürece, “sürekli ve düzenli” olarak yerine getirmek zorunda kalacaktır.

2) Kamu görevlilerinin, kamusal görevlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmelerine ilişkin olarak, Anayasanın 128.maddesinde: “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” hükmü yer almaktadır.

4.bölümde, Kamu Personel Hukuku bahsinde de değinileceği üzere, kamu hizmetlerine ilişkin bir görevin “asli ve sürekli” olmasından anlaşılması gereken, o görevin bir *kadroya* bağlanmış olmasıdır. Kadroların yaratılması ise, kural olarak yasa ile söz konusu

olmaktadır. Kadroların yasalarla düzenlenmesi, aynı zamanda kamu görevlilerinin sayısının ve niteliklerinin de yasa ile belirlenmesi, bu konuda İdarenin söz sahibi olamaması anlamına gelecektir. Bu çerçevede, kamusal görevleri yürütecek olan kamu görevlilerinin daha güvenceli bir statüde yer almaları, kamu hukukuna tabi olmaları söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi de, sağlık hizmeti personeli ile ilgili verdiği bir kararında; yasalar çerçevesinde, kamu hizmeti statüsü içinde olmanın, hem kamu görevlileri yönünden bir güvence olduğunu, he de hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesinin de bir gereği olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁰ Kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğinin korunması, kamu görevlilerine sağlanacak “görev güvencesi” ile gerçekleştirilebilir.

3) Ayrıca, yine Kamu Personel Hukuku bahsinde değinileceği üzere, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında yer alan: “*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.*” hükmünün de, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile bağı kurulabilecektir.

Bu özel hükümlerle, hem kamu görevlileri hem de zarar gören kişiler için bir güvence getirilmiş olmaktadır. Kamu görevlileri açısından, onların haklı-haksız birçok tazminat davası ile karşı karşıya kalarak görevlerini aksatmalarının önüne geçilebilecektir. Böylelikle de, “kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi” zedelenmeyecektir. Zarara uğrayan kişiler açısından ise, karşılarında ödeme gücü kamu görevlisine çok daha fazla olan İdarenin bulunması onların lehine olacaktır.

Ayrıca, söz konusu usulün; İdarenin denetlenmesine, bu suretle de hukuka uygun davranmasının sağlanmasına yardım edeceği ve böylece, hukuk devletinin gerçekleşmesine katkı sağlayacağı da ileri sürülebilir. Bu denetim hizmetlerin gereği gibi, “sürekli ve düzenli olarak” yürütülmesinde de rol oynayacaktır.

140 Bkz. AYM E.2005/145, K.2009/112, K.T.23.7.2009, RG 31.3.2010-27538. AYM, buna bağlı olarak, 4924 sayılı Yasa çerçevesinde sağlık hizmetini yürütecek olan sözleşmeli personelin “diğer kamu görevlileri” kapsamında yer aldığı kabul etmekte ve özlük haklarının da (İdare ile yapılacak sözleşme hükümleri ile değil) yasa ile düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Aksi halde, bu durum Anayasanın 128.maddesine aykırılık oluşturacaktır.

Diğer taraftan, zararın kamu görevlisinin kusurundan doğmuş olması ihtimalinde, zararı tazmin eden idarenin o kamu görevlisine rücu etme görevi de bulunmaktadır. Rücu mekanizmasının işleyeceğini bilen kamu görevlisi de, üstlendiği görevleri daha özenli ve dikkatli yerine getirecektir.

4) Süreklilik ve düzenlilik ilkesi açısından değinilebilecek bir başka düzenleme de, İdarenin kamu hukuku kuralları çerçevesinde mal edinme usullerinden biri olan devletleştirme mekanizmasına ilişkindir.

Anayasanın 47.maddesinde, devletleştirme kurumu: *‘‘Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.’’* şeklinde düzenlenmiştir. Bir özel hukuk kişinin faaliyeti, toplumdaki ihtiyaçlar doğrultusunda, sürekli ve düzenli olarak sunulmadığı takdirde devletleştirilebilecektir. Dolayısıyla, özel hukuk kişilerinin yürüttükleri faaliyetler, sürekli ve düzenli olarak kamusal ihtiyaçları tatmin edebildiği sürece, devletleştirmeye de gerek kalmayacaktır. Faaliyet, kamu hizmeti haline dönüştürüldüğünde ise, kamu hizmetinin ilkeleri uyarınca sürekli ve düzenli olması sağlanacaktır. Buna paralel olarak, 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanununun 2.maddesinde, kamu hizmeti niteliği taşıdığı için devletleştirilebilecek özel teşebbüsleri belirlerken *‘‘hizmetin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi’’*ni koşullar arasında saymaktadır.

5) Anayasada öngörülmüş olan kamulaştırma usulü de, bu ilke açısından büyük önem taşımaktadır. İdarenin, yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmesi için, birtakım mallara da ihtiyacı vardır. İdarenin kamu hukuku kuralları çerçevesinde mal edinme usullerinden biri de kamulaştırma usulüdür. İdare, olağan koşullarda, kamu hizmetlerinin kurulması, devamı/ kapsamının genişletilmesi için belli bir taşınmaz ihtiyacı duyması durumunda kamulaştırma usulüne başvurabilecektir.

Kamulaştırma, Anayasanın 66.maddesinde: *‘‘Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.’’* şeklinde düzenlenmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerden olan mülkiyet hakkı, bu bakımdan “kamu yararı” (kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak topluma sunulabilmesi) gereğince sınırlandırılabilir. Kamusal ihtiyaçların gerekli kılması halinde, İdare hizmetleri “gereği gibi” (sürekli ve düzenli olarak da) yürütebilmek için kamulaştırma yapabilecektir.¹⁴¹

6) Anayasada düzenlenen bazı kamu hizmetleri, “nitelikleri gereği”, sürekli ve düzenli olarak sunulmak durumundadır. Bazıları ise, örneğin Anayasanın 46.maddesinde yer alan ‘topraksız olan veya yeterli toprağı olmayan çiftçilere toprak dağıtımı’ hizmeti, bir kereliğine Devlet tarafından yapılır ve sona erer, niteliği gereği sürekli bir edim sunmayı gerektirmez.¹⁴²

Nitelikleri gereği, sürekli ve düzenli olarak sunulması gereken hizmetlere örnek olarak ise: Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması (md.45); sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler (md.61); yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirlerin alınması (md.62); zorunlu ilköğretim (md.42); tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması (md.63); sanatın ve sanatçının korunması (md.64) olarak gösterilebilir.

7) Bu bağlamda, Cumhurbaşkanı makamının hukuki statüsüne ve yetkilerine ilişkin Anayasal düzenlemeler de akla gelebilecektir. Merkezi İdarenin merkez teşkilatının başında yer alan Cumhurbaşkanı, Anayasanın 104.maddesine göre, “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının *düzenli* ve uyumlu çalışmasını gözetir.” denilmektedir.

104.maddede, Devlet organlarının sürekli ve düzenli olarak faaliyette bulunabilmesi için, Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin görevlerinden biri de “Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak” olarak düzenlenmiştir.

141 Dördüncü bölümde, Kamu Malları bahsinde, İdarenin Mal Edinme Usulleri başlığı altında, kamulaştırma usulüne ve bu usulü bir ölçüde bertaraf eden ya da gereksiz kılan “*düzenleme ortaklık payı*” müessesesine değinilecektir.

142 Bkz. C.Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Cilt 2, Doktora Tezi, s.279.

Anayasanın 108.maddesine göre, Devlet Denetleme Kurulu; “İdarenin hukuka uygunluğunun, *düzenli* ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla”, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulur. Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar.

Bu bakımdan, Devlet Denetleme Kurulunun kamu hizmetlerini yürüten kamu kurum ve kuruluşlarını denetleyerek, bu alandaki aksaklıkların ve sorunların tespitinde, giderilmesinde; dolayısıyla da hizmetlerin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak sunulmasında önemli rol oynayacağı söylenebilecektir.¹⁴³

8) Anayasanın 127.maddesinde, merkezi idare üzerindeki idari vesayet yetkisi düzenlenmiştir: “*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.*”

Dördüncü bölümde, İdari Teşkilat Hukuku bahsinde de değinileceği üzere, yasal bir düzenlemeye dayalı olarak, bir kamu tüzelkişisinin bir başka kamu tüzelkişisi üzerinde ifa edeceği idari denetime idari vesayet denilmektedir. Bu kurum, idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde, İdareyi oluşturan bütün birimlerin belli bir düzen, uyum ve eşgüdüm içerisinde çalışmasını, bu bağlamda yerel hizmetlerin ülke genelinde gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesini de amaçlamaktadır.¹⁴⁴

143 Devlet Denetleme Kurulu hakkında, dördüncü bölümde, İdari Teşkilat Hukuku bahsinde yapılacak açıklamalara da bakılabilecektir.

144 Anayasa Mahkemesine göre de, idari vesayet; “merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin *idarenin bütünlüğü ilkesine* uygun şekilde yürütülmesi, *kamu görevlerinde birliğin sağlanması*, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların *gereği gibi* karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde sahip olduğu yetkidir.” Bkz. AYM E.2008/27, K.2010/29, T.4.2.2010, RG 22.6.2008-26927.

Bu Anayasal ilkeye dayanarak AYM, 5393 sayılı Belediye Kanunu (md.23) ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda yer alan (md.15) vali veya kaymakamın sadece il genel meclisi ve belediye meclisi kararlarına karşı dava açma imkanını veren düzenlemelerini iptal etti. Bkz. AYM E.2005/32, K.2007/3, T.18.1.2007-26741 Kararda, idari vesayet yetkisini oldukça daraltan bu hükümlerin Anayasanın 123.maddesi uyarınca “idarenin bütünlüğü” ilkesine, Anayasanın 127.maddesi uyarınca mahalli idareler üzerinde “mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, kamu

Her ne kadar Anayasada, 127.madde ile idari vesayet sadece merkezi idare ile yerel idarelerin ilişkileri çerçevesinde düzenlenmiş olsa da, İdari Teşkilat Hukuku bahsinde de değinileceği üzere, gerek öğretilerde gerekse yargı kararlarında bu yetki, diğer kamu tüzelkişileri arasındaki idari denetim usullerini de kapsar nitelikte olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁵ Örneğin, YÖK'ün üniversiteler üzerindeki idari vesayet denetimi, dolaylı olarak (idari vesayet ifadesi kullanılmadan) düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, zaten Anayasanın “idarenin bütünlüğü” ilkesini düzenleyen 123.maddesi, idari vesayet denetimine ilişkin olarak kabul edilmiş olan İdare Hukuku ilkelerinin Anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu ilke çerçevesinde yapılacak idari vesayet denetimi (ve hiyerarşik denetim) kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla da gerçekleştirilecektir.

9) Anayasanın 127.maddesinin 1.fıkrasına göre: ‘*Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.*’

Mahalli müşterek ihtiyaç kavramı, belli bir yerde birlikte yaşayan kişilerin, o bölgede toplu halde yaşıyor olmaları sebebiyle hissedilen ortak ve yerel ihtiyaçları ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre de: “Mahalli müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırlar içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.”¹⁴⁶

yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla öngörülen “idari vesayet” denetimine aykırılık oluşturduğu denilmektedir. Öğretilerde, bu bağlamda ayrıca, yerel idarelerde gözlemlenebilen idari, teknik, mali hatta siyasi sorunların ve bunların getirdiği aksaklıkların varlığı yerel hizmetlerin düzenli ve sürekli olarak sunulmasını da etkileyebileceği ifade edilmektedir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 1**, s.141 vd. Öğretilerde Anayasa Mahkemesinin iptal kararını ve bu kararın gerekçelerini eleştiren görüşler için örnek olarak bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2010, s.121-122.

145 Öğretilerde bu konudaki görüşler için örnek olarak bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.28.

146 Bkz. AYM E.2006/131, K.2007/4, T.24.1.2001, RG 26.1.2008-26768.

Görüldüğü üzere, Anayasaya göre, mahalli ve müşterek nitelikli ihtiyaçların gereği gibi, bu bağlamda sürekli ve düzenli olarak da, karşılanabilmesi için, merkezden ayrı ve karar organları o bölgede yaşayan kişiler tarafından seçilen ayrı bir tüzelkişiliğe ihtiyaç vardır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararlarında bazı kamusal ihtiyaçların, “mahalli müşterek ihtiyaç” olarak nitelendirilemeyeceği, bunların “ülke genelinde sürekli ve düzenli” olarak yürütülmesi gerektiği, dolayısıyla bu tür ihtiyaçların karşılanmasının yerel yönetimlere bırakılamayacağı da ifade edilmektedir. Bir başka deyişle, “mahalli müşterek” nitelikte olmayan, etki ve sonuçlarını ülke genelinde doğuran ihtiyaçların tatmini amacıyla yürütülecek olan kamusal görevler, ülke genelinde sürekli ve düzenli olarak yürütülmelidir. Bu bağlamda, ilk ve orta öğretim hizmetleri ve bu hizmetler sonucunda verilecek diplomalar ve hatta Anayasa Mahkemesine göre, okul öncesi eğitim kurumu açma faaliyeti, mahalli idarelerin gözetim ve denetimi altında sürdürülecek ve belli konularda yeterli olma halini belgeleyecek her çeşit özel kurs eğitimi ile sınavları ve belgeleri, kent imar planları, sivil hava taşımacılığına özgü hizmetler mahalli müşterek görevler kapsamını aşacak niteliktedir.¹⁴⁷

10) Anayasanın 130.maddesinin 7.fikrasında: “*Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar.*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, esasen üniversitelerin özerkliğini korumayı amaçlasa da, yükseköğretim hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi amacını da bünyesinde barındırmaktadır.¹⁴⁸ Çünkü hizmete yabancı gerekçelerle yapılabilecek olan müdahaleler, yürütülmekte olan yüksek öğrenim hizmetinin de sekteye uğramasına neden olabilecektir.

11) Anayasanın 161.maddesinde: “*Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzelkişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır. Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir. Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir.*” denilmektedir.

147 Bkz. AYM E.2005/95, K.2007/5, K.T.24.1.2007, RG 29.12.2007-26741; AYM E.2005/98, K.2006/3, K.T.5.1.206, RG 4.1.2008-26746; AYM E.2006/131, K.2007/4, K.T.24.1.2007, RG 26.1.2008-26768.

148 Görevden uzaklaştırma tedbiri ile ilgili olarak, dördüncü bölümde, Kamu Personel Hukuku bahsinde detaylı açıklamalar yapılacaktır.

Bütçenin 1 yıllık olması ve 1 yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süreler de konulabilecek olması hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak sunulmasını sağlayabilmek için gereken mali yapıyı, kaynakları oluşturmaktadır. Bütçe yasaları bu bağlamda, kamu hizmetlerinde devamlılığın sağlanması, devlet “çarkının” işlemesi bakımından önem taşımaktadır.¹⁴⁹

12) Anayasa, kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve düzenliliğini, olağanüstü yönetim usullerini gerektiren durumlarda da güvence altına almaktadır. Gerçekten de, olağanüstü hallerle ilişkin olarak, Anayasanın 121.maddesinin 2.fikrasında, “olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek *para, mal ve çalışma yükümlülükler* ile ... halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usullerinin, Olağanüstü Hal Kanununda düzenleneceği belirtilmektedir.¹⁵⁰

Buna paralel olarak, “sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali”ne ilişkin olarak ise, 122.maddenin 5.fikrasında, “sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, idare ile olan ilişkileri,...savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek *yükümlülükler* kanunla düzenlenir.”denilmektedir.¹⁵¹

Ayrıca, Anayasanın 18.maddesinde düzenlenen “zorla çalıştırma yasağı”na ilişkin olarak da, “olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.” denilmiştir.

Olağanüstü yönetim usullerinde başvuru bu tedbirlerle, İdarenin olağanüstü koşullarda milli güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile kamu hizmetlerinin

149 Kamusal gelirler konusunda, dördüncü bölümde, Kamu Malları Rejimi bahsinde, kamu parasının/ idarenin mali (parasal) malvarlığının korunması başlığı altında yapılan açıklamalar da dikkate alınabilecektir.

¹⁵⁰ Bkz. 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu.

¹⁵¹ Bkz. 4.11.1983 tarih ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu.

sürekliliğinin güvence altına alınmasını amaçlamaktadır.¹⁵² Bu usulde, taşınır malların mülkiyeti ya da kullanım hakkı; taşınmazların ise sadece kullanım hakkı idareye geçmektedir. Ayrıca, Anayasal düzenlemelerde de yer aldığı gibi, bireyler için çalışma yükümlülükleri- bedensel yükümlülükler şeklinde de istimvaller söz konusu olabilmektedir.

Görüldüğü üzere, olağanüstü yönetim usullerinde öngörülen para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin bir bölümü kamu düzenini koruyacak ya da bozulmuş olan kamu düzenini yeniden kuracak idari faaliyetlere, bir kısmı ise klasik anlamda kamu hizmetinin yürütülebilmesine yönelik idari faaliyetlere ilişkin olacaktır. İkinci olasılıkta, söz konusu yükümlülükler kamu hizmetlerinin, olağanüstü koşullarda da, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesinin bir gereği ve sonucu olacaktır.

C. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile «Toplumsal İhtiyaç» Arasındaki İlişki

1) Kamu hizmetlerinin, öngörülmüş olmalarının altında yatan toplumsal ihtiyacın sürekli olması nedeniyle, süreklilik ve düzenlilik arz etmesi gerekir.

Bu noktada, süreklilik ve düzenlilik ilkesi hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine dayalı olarak yerine getirilmesini ifade eder. Sosyal devlet ilkesi de, ancak kamusal ihtiyaçların tatmin edilmesi durumunda toplumda “sosyal fayda”yı sağlayabilecektir. Çünkü sosyal devletin varlık sebebi, topluma hizmet sunmaktır.

Öncelikle, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi için kamusal ihtiyacın mevcudiyeti ve yoğunluğu önemlidir. Hizmet, ihtiyaç var olduğu sürece ve o oranda topluma sunulmalıdır.¹⁵³

152 İdare Hukukunda “istimval” adını alan bu usule ilişkin olarak detaylı açıklamalar, dördüncü bölümde, Kamu Malları Rejimi Bahsinde yapılacaktır.

153 Bununla birlikte, bazı durumlarda, bir kamu hizmeti, o hizmete ilişkin toplumsal ihtiyaç henüz o toplumda hissedilmiyorken de öngörülebilecektir. Ancak, henüz hissedilmeyen bir ihtiyacın, hizmetin sunulacağı toplumun koşulları dikkate alındığında bir gün hissedilebilme olasılığını da bünyesinde taşıması gerekir. Bu konuda, bkz. C.Ayaydın, İdare Hukuku’na Giriş 2, s.157; C.Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, cilt 2, s.278: Yazar, şu örneği verir: “Bazı toplumsal ihtiyaçlar, varlığı henüz toplum tarafından hissedilmese bile Devlet tarafından giderilmelidir. Bu durum, daha çok belli hukuki rejimleri toplumlarda yerleştirme ve o rejimlere uygun toplumsal yaşantıyı yaratma misyonunu kendinde gören devrimci Devletlerde ortaya çıkmaktadır. Genç Türkiye Cumhuriyetinde klasik müzik eğitime başlanması, bu devrimci anlayışa bir örnek olarak gösterilebilecektir.” Ancak, yazarın da hatırlattığı üzere; “Mevcut ihtiyaçlara hitap etmeyen kamu hizmetlerinin zaman içinde silikleşmesi ve hatta sona ermesi de kuvvetle muhtemeldir... Bu sonucun engellenebilmesi için ise, planlı (uzun vadeli) ve kapsamlı bir eğitim ve kültür politikasının uygulamaya konulması ve böylece, toplumun yavaş yavaş *o hizmete ihtiyaç duyar hale getirilmesi* gerekmektedir.”

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulmasının temeli olan toplumsal ihtiyaçların ortak noktası da, bunların tatmin edilmeleri durumunda toplumda birtakım huzursuzluklar çıkabilecek, dirlik ve esenliğin bozulabilecek olmasıdır.

2) Bununla birlikte, süreklilik ve düzenlilik ilkesi, her zaman “sürekli şekilde edim sunulması” gereğini de bünyesinde barındıramayabilmektedir.

2)a) Bazı hizmetler, nitelikleri gereği, devlet tarafından bir kere yapılır ve sona erer. Buna örnek olarak, Anayasada öngörülmüş olan toprak dağıtma hizmeti gösterilebilir: Devlet, topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlama amacıyla gerekli tedbirleri alır. Bunun için de çiftçiye toprak sağlama (dağıtma) yoluna gidebilir (md.44) ya da bu amaçla yürüteceği tarım reformunun bir gereği olarak kamulaştırma yoluna da başvurabilir. (md.46/2) Bu bağlamda, Anayasada toprak dağıtımını bir kamu hizmeti olarak düzenlenmiştir ve toprağın devlet tarafından ihtiyacı olana dağıtılmasıyla birlikte hizmet de sona erecektir. Benzer biçimde, doğal felaketler karşısında devletin yasalar gereği yapacağı yardım faaliyetleri de bu kapsamda örnek gösterilebilir.

2)b) Süreklilik ilkesini, bazı hizmetler açısından, “hizmetin sürekli ve kesintisiz bir şekilde sunulmaya hazır bulundurulması” olarak düşünmek gerekir. YAYLA’nın da belirttiği üzere, “Mesela, bir hastanenin faaliyeti, tatil günlerinde veya gece saatlerinde nöbetçi personelle devam ederken, bir okul veya devlet kütüphanesi kapalı olabilir. Aslında, kesintiye uğramış olan hizmetin edim sunma yönüdür; yoksa faaliyet, *hizmete hazır tutma*, mallarını koruma, onarma ve benzeri işlerle devam etmektedir.”¹⁵⁴

Burada önemli olan hususun, “ihtiyacın yoğunluğu ve şiddeti” ile “kamu hizmetlerinin nitelikleri ve gerekleri” olduğu söylenebilecektir. Eğer bir kamu hizmetinin, niteliği gereği ya da toplumsal ihtiyaca bağlı olarak, sürekli bir şekilde sunulması gerekiyorsa, o hizmetin yılda 365 gün, günde 24 saat yürütülmesi gerekecektir. Buna karşılık, niteliği gereği ya da toplum yaşamının gerekleri göz önüne alındığında belli zamanlarda karşılanması söz konusu olan gereksinimler, kesintili olarak sunulabilmektedir.

Bu bağlamda, bazı faaliyetlerde önemli olan belli bir ihtiyaç sahibinin talep etmesi değil, her an bir ihtiyaç sahibi olabilecekmiş gibi hizmetin sunulmaya hazır tutulması

154 Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.74.

gerekmektedir. Örneğin; elektrik, su, itfaiye, sağlık hizmetlerinde kişiler bu hizmetlere yönelik ihtiyaçları olunca hizmeti talep ederler –mesela, elektrik düğmesine basarlar, musluğu açarlar, ambulansı ya da itfaiyeyi çağırırlar, hastaneye giderler. Burada önemli olan, İdarenin her an bu hizmet talep edilebilecekmiş gibi, edimi sunmaya hazır olmasıdır.

Bazı faaliyetlerde ise, o faaliyetin nitelikleri ve gerekleri çerçevesinde hizmetin edim sunma yönü belli bir zaman diliminde söz konusu olabilmektedir. Örneğin; okul, kütüphane, kültür-sanat faaliyetleri nitelikleri gereği ya da ihtiyaca bağlı olarak, sadece belli gün, saat veya aylarda sunulabilmektedir. YAYLA'nın da belirttiği üzere, esasında burada da kesintiye uğramış olan hizmetin edim sunma yönüdür; yoksa faaliyet, hizmete hazır tutma, mallarını koruma, onarma ve benzeri işlerle devam etmektedir.¹⁵⁵

2)c) Ayrıca, ihtiyaç ile hizmet ilişkisi bağlamında, hizmetlerin tümünün her zaman aynı yoğunlukta sunulması da söz konusu değildir.

Hizmetin, ihtiyaçla orantılı olarak sunulması; onun ihtiyacın azalışı ya da artışı göz önüne alınarak zaman ve mekana göre farklı yoğunlukta verilmesini de gerektirir. İhtiyacın arttığı zamanlarda hizmetin de yoğunluğunun artması gerekir, aksi halde hizmet yetersiz kalacak ve hizmet kusuru oluşacaktır; ihtiyaç azaldığında da, hizmetin yoğunluğunu azaltmamak kaynak israfına yol açacaktır. Örneğin, sağlık hizmetlerine duyulan ihtiyaç geceleri belli bir oranda azaldığı için bu hizmetler gece, gündüz saatlerinde olduğu kadar yoğun bir biçimde verilmemekte; doktor ve sağlık personelinin sadece bir kısmı görev yapmaktadır. Bu suretle, tasarruf da edilmiş olmaktadır.

2)d) Ayrıca, bir kamusal faaliyetin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için, Devlet toplumdaki sosyo-ekonomik, kültürel nedenlere dayanarak farklı uygulamalara gidebilecek, o hizmetin sunulmasında farklı yöntemlere başvurabilecektir.

Bu uygulamalara örnek olarak, ekonomik açıdan daha kötü durumda olan bölgelere (kalkınmada öncelikli bölge olarak kabul edilen yerlerde)¹⁵⁶ kamu hizmetlerinin daha ucuz olarak sunulmasını sağlayacak düzenlemeler yapılması; o bölgelere hizmet vermeye giden

¹⁵⁵ Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.74.

¹⁵⁶ Kalkınmada öncelikli bölgeler bağlamında Güneydoğu Anadolu Projesi (GAP) örneği de verilebilecektir. Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. C.Ozansoy, “Türkiye İdare Sisteminde Bir Parantez: GAP Olgusu”, **Günlüğünde Yönetim**, s.209.

kamu görevlilerine birtakım ayrıcalıklar tanınması gösterilebilir. Örneğin, okuma- yazma oranının daha düşük olduğu yerlerde, yetişkinler için de ücretsiz okuma-yazma kursları açılabilmektedir.

2)e) İhtiyacın şiddetinin daha yoğun hissedildiği, birtakım olağanüstü koşulların devreye girmesiyle de farklı uygulamalara gidilebilecektir. Buna örnek olarak, Anayasanın 57. maddesi gereğince, toplu konut yapma görevi olan Devletin kalıcı hasarlar bırakan bir doğal afet, örneğin depremi sonrası, “deprem konutları projesi” şeklinde bir hizmeti acilen yerine getirmesi gösterilebilecektir.

Bu çerçevede, özellikle olağanüstü koşullarda ortaya çıkan “fiili memur” kavramı da kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesiyle açıklanmaktadır.¹⁵⁷

Kamusal görevlerin yerine getirilmesi açısından, yürürlükteki mevzuata göre herhangi bir görev ve yetkisi olmamasına rağmen, olağanüstü koşullar sonrasında duyulan ihtiyaca bağlı olarak bazı kamusal görev ve yetkiler kullanmaya başlayan kişiler “fiili memur” olarak nitelendirilmektedirler. Bu olağanüstü koşullar göz önüne alındığında, kamusal görevlerin yetkili kişilerce yapıldığı kabul edilmektedir ve yapılan işlem ve eylemler, yetki unsuru açısından hukuka aykırı olarak değerlendirilmemektedir. Bu suretle, kamu hizmetleri, sürekli ve düzenli şekilde yerine getirilmiş olmaktadır.

Devletin, ülke dışındaki yurttaşlarının birtakım olağanüstü olaylar nedeniyle (savaş, terör, doğal afet gibi) acilen ve bedelsiz olarak ülkeye getirilebilmeleri amacıyla bir takım tedbirler alma yoluna gitmesi de aynı şekilde değerlendirilebilecektir.

2)f) Süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile ihtiyaç ilişkisi bağlamında, kamu hizmetlerinin artık ihtiyacın şiddetinin azalması veya ortadan kalkması yahut da özel girişim yoluyla tamamen karşılanabildiği hallerde hizmetin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılacağından de söz edilebilecektir.¹⁵⁸

157 Fiili memur kavramı için örnek olarak bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 2, 1966, s.1276-1283; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.446; T.Yıldırım, **İdari Yargı**, s.152.

158 Bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 1, s.46: “Bir amme hizmeti, bazen karşıladığı kolektif ihtiyacın bu mahiyet ve şiddetini kaybetmesi veyahut hususi teşebbüslerin bu ihtiyaçları karşılayacak kadar kuvvetlenmesi neticesi olarak bu mahiyetini kaybedip ilga edilir veyahut hususi teşebbüse terk veya devrolunabilir.”

Kamu hizmetlerinin sunulmasının temel nedeni kamusal ihtiyaçların tatmini olduğuna göre, hizmetin sona erdirilmesinde de ihtiyacın ortadan kalkmış olması aranmalıdır. İhtiyacın hala devam ediyor olması halinde, hizmete son vermek her şeyden önce “sosyal devlet” kimliği ile bağdaşmayacaktır.

2)g) Süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile ihtiyaç ilişkisi bağlamında, kamu hizmetlerinin kurulması, yürütülmesi ve sona erdirilmesi aşamalarında yasakoyucunun ve idarenin sahip olduğu takdir yetkisi meselesi de gündeme gelebilecektir.¹⁵⁹

D. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile Kamu Hizmetinin Diğer İlkeleri Arasındaki İlişkiler ve Etkileşimler

Kamu hizmetlerinin ilkeleri arasında çeşitli ilişki ve etkileşimler bulunmaktadır. Bu olgu, kamu hizmeti ilkelerinin gerçekte bir bütünün parçalarını oluşturduğunu, bir anlamda “kamu hizmeti ilkelerinin bölünmezliğini” ifade etmektedir.

1. Değişkenlik ve Yeniliklere Uyarlanma İlkesi ile Olan İlişki ve Etkileşim

Değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi ile süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasındaki ilişki ve etkileşim, öğreti ve Danıştay kararları çerçevesinde ele alınıp irdelenebilecektir.

a) Öğreti

Bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi, o konudaki kamusal gereksinimin en iyi şekilde tatmin edilmesi amacını güttüğünden, ihtiyaçlardaki ve beklentilerdeki değişim çerçevesinde, kamu hizmetleri de değişen koşullara uyarlanmak ve çağın gelişmelerine ayak uydurmak durumunda kalmaktadır.

Aslına bakılırsa, değişkenlik ve uyarlanma, kamu hizmetinin varlık nedeninde yer alır. Siyasal alanın örgütü, varlığını sürdürebilmesi için yeni ihtiyaçlara ve ihtiyaçların karşılanmasında kullanılabilecek yeni araç ve yöntemlere sürekli duyarlı olmak zorundadır.

¹⁵⁹ Bu konuda, birinci bölümde, Kamu Hizmetlerinin Kurulması, Yürütülmesi ve Sona Erdirilmesinde Yasakoyucunun ve İdarenin Sahip Olduğu Takdir Yetkisi başlığında yapılan açıklamalar da hatırlanabilecektir.

Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinin karşıladığı ihtiyaçların temelinde yatan karşılama araçları zamana ve mekana göre değiştiğine göre, kamu hizmeti de amacını gerçekleştirebilmek için bunlara uyum sağlamak zorundadır.

Öğretide de, örneğin ÖZAY'a göre, süreklilik ve düzenlilik ilkesini, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesinden ayrı olarak düşünmek olası değildir. Süreklilik kavramının bir yönü "kronolojik" yani zaman bakımından devamlılık ise, diğer ve asıl önemli yönü "içerik ve yoğunluk" bakımından düzeyindeki devam yani "istikrar"dır.¹⁶⁰ Süreklilik kavramı tek başına bir anlam taşımamakta, bununla birlikte içerik ve yoğunluk bakımından da aynı düzeyde¹⁶¹ devamı sağlayacak nitelikte, "istikrar"ın söz konusu olması gerektiği görüş ve varsayımı bizi "değişkenlik ve uyarlanma" kavramına götürmektedir.

GÖZÜBÜYÜK ve TAN'a göre de, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi, süreklilik ve düzenlilik ilkesinin bir uzantısı gibi görülebilir. Bunun anlamı, kamu hizmetinin değişen koşullara ve kamunun gereksinimlerine uyumlu biçimde görülmesi, teknolojik gelişmelerin dikkate alınması, hizmetin nitel ve nicel geliştirilmesidir.¹⁶²

GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER/BERK de, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesini, süreklilik ilkesi kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre, kamu hizmetleri değişerek ve uyararak sürekliliğini sağlar. "Hizmetin devamlı ve düzenli bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu, kamu yararı ve sosyal ihtiyaçlar zaman içinde değişiklik arz edeceğinden, İdare'ye bu yeni durumlara uyma borcu yükler."¹⁶³

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bunun yanı

160 Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.237-238.

161 Bir başka ifadeyle, "gelişen ve değişen koşullar çerçevesinde, kamusal ihtiyaçların gereği gibi tatminini sağlayacak şekilde"...

162 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.659.

163 Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.1028. Ayrıca, değişkenlik ve uyumun her zaman hizmetin sürekliliğini gerektirmediği, uyum için kamu hizmetlerinden kimilerinin kaldırılabilmesi, bu nedenle de değişkenlik ve uyumun, süreklilik ilkesinden bağımsız nitelik taşıdığını savunan görüşler de vardır. Detaylar için bkz. O.Karahanogulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.222. Ancak, her iki görüş de ilkeyi aynı içerik ve sonuçlarla ele aldığından, bir tartışma konusu olarak ele almıyoruz.

sıra, bazı hizmetler açısından bu bağ daha da sıkı hale gelebilmektedir. Örneğin, sağlık hizmetlerinde, tıp biliminin gerekleri çerçevesinde, yeni ve modern araçların bulunmaması bu hizmetlerin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi sonucunu da doğurabilir. O yeni teknolojik araçlar olmadan hizmet, sürekli ve düzenli olarak verilmiyor bile sayılabilir.

b) Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay, konuyla ilgili bir kararında, İdarenin önceden planlayarak gerekli önlemleri alması gerekirken, şehir nüfusunun hızla artması ve fakat buna karşılık yönetimin personel gücünün bu hizmeti karşılamaya yetmemesi gerekçesine dayanılarak, su saati sayacı bağlatma ve ücretleri tahsil etme görevinin apartman yöneticisine devredilmesine ilişkin işlemi iptal etmiştir: “Bir kamu kurumunun hizmetlerin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini *günün koşullarına uydurması* gerekirken, şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle *kurum olanaklarını değiştirmeyip* dondurarak hizmetin *sürüncemede* kalmasına sebep olmak, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramı ile bağdaşmaz.”¹⁶⁴

c) Kamu hizmetinin çağın gereklerine uygun nitelikler taşıması gereğinin sınırı

Hizmetin teknolojik gelişmeler doğrultusunda sürekliliğinin sağlanmasının sınırı meselesi de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sınır, her ülkenin ekonomik, teknik ve toplumsal düzeyine göre farklılık gösterebilecektir. Bu konuda çeşitli kriterler göz önüne alınabilir: Ülkenin koşulları, hizmetin sunulacağı toplumun standartları ve hizmetin gerekleri.¹⁶⁵

c)1) Hizmet gerekleri: Eğer bir hizmet, günümüzde artık teknolojik gelişmelerden yararlanılmadan gereği gibi sürdürülemeyecek hale gelmişse, uyarlanma hizmetin gereği olarak ortaya çıkacaktır.

164 D 11D, E.1974/4855, K.1977/1704, K.T.4.5.1977, DD, S:28-29, s.604.

165 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.173-176; C.Ayaydın, **82 Anayasasına Göre Devletin Faaliyet Alanı**, cilt 2, doktora tezi, s.370.

Örneğin, kentlerde ortaya çıkan yangınları modern itfaiye araçları yerine eski teknik donanıma sahip araçlarla zamanında söndürmek mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde, sağlık hizmetlerinin de çağımızda tıbbın ulaşılmış olduğu teknik imkanlardan yoksun olarak gereği gibi sunulabilmesi düşünülemeyecektir. Eğitim hizmetlerinde de, örneğin Tıp Fakültesinde öğrencilerin faydalanabileceği gerekli laboratuvar gereçlerinin günümüz tıbbının ulaştığı düzey bakımından yetersiz kalması da, bu eğitimden gereği gibi yararlanamama sonucunu beraberinde getirecektir.

c)2) Ülkenin koşulları ve toplumun standardı da, bir kriter olarak düşünülebilir.

Hizmetlerin, gelişmiş ülkelerdeki standartlarda verilmesi, ekonomik nedenlerle mümkün olamayabilir ya da hizmetin sunulacağı kesim de o standardı beklemeyebilir. Ancak, elbette hizmetin sunulacağı toplumun standardının belirlenmesi o kadar kolay olmayabilir. Aynı şekilde, bu standardın ülkenin her yerinde aynı düzeyde olduğunu söylemek de mümkün değildir. YAYLA'ya göre, burada söz konusu olan ortalama, çağdaş standarttır.¹⁶⁶

Bununla birlikte, ülke şartları hiçbir halde, hizmetin belli bir seviyeden aşağıda sunulmasının gerekçesini de oluşturamamalıdır. Hizmetin sunulmasının sınırının sınırını, zaman- mekan ve kültür açısından farklılık göstermeyen, objektif bir niteliğe sahip olan “insan onuru”¹⁶⁷ kavramı oluşturabilir. Hiçbir neden hizmetlerin insan onuruna aykırı olacak şekilde verilmesinin gerekçesini oluşturamaz. Bu durum, Anayasa ile “sosyal” devlete yüklenen “kişilerin, toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” (md.5) görevi ile de bağdaşmaz.

166 Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.86. Yazar, konuyu şu şekilde açıklamaktadır: “Bununla birlikte, idarenin kamu hizmeti kurmadaki yüksek standart borcunu hukuki ve maddi gerçeklerle sınırlamak gerekir. Bir devlet idaresinden, çok gelişmiş, sanayileşmiş, milli geliri fevkalade yüksek devletlerin idareleri gibi hizmetler beklemek, o idareyi peşinen kusurlu ilan etmek olur... Söz gelimi, personel yeterliliği, belli öğrenim ve belli uzmanlık sahibi kişilerin çalıştırılmasını gerektirir. Ama, bütçe olanakları buna uygun mudur? Hizmet bir kere kuruldu mu olanaklar elbette zorlanacaktır. Bunun içindir ki Anayasa, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek, maddi kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” hükmünü sevk etmiştir. Gerçi bu hüküm sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlere ilişkindir. Ancak, klasik ve sınırlı sayıdaki kamu hizmetleri bir yana bırakılırsa, pek çok hizmet (sağlık, öğrenim, çalışma, sosyal güvenlik, spor gibi) bu hak ve ödevler çerçevesindedir.”

Yine, Anayasanın 65.maddesinin hukuki anlam ve fonksiyonuna ilişkin yapılan açıklamalar burada da hatırlanabilir.

167 “İnsan onuru” kavramının anlam ve fonksiyonuna hemen aşağıda tekrar değinilecektir.

d)Anayasanın 65.maddesi

Anayasanın 65.maddesinin Hukuki Anlam ve Fonksiyonu başlığı altında da belirtildiği üzere, madde her ne kadar, Devletin mali imkanları, sosyal ve ekonomik görevlerinin yerine getirilmesi konusunda bir sınır oluşturmakta ise de¹⁶⁸, bu koşullar, kamu hizmetlerinin “ortalama”¹⁶⁹ bir düzeyde verilmesi için bir gerekçe oluşturmamaktadır. Yürütülmeye başlanmış bir hizmet, “gereği gibi” yerine getirilmelidir.

Ekonomik yetersizlikler, ayrıca “insan onuru”¹⁷⁰ kavramı karşısında da etkisini kaybedecektir. Örneğin bir hastanede ekonomik nedenlerle üç bebeğin bir kuvözde yatırılması veya bir hastanede tedavi gören kişilerin yeterince steril olmayan koşullarda, enfeksiyon kapmaya açık halde tutulması da, sağlık hizmetlerinin tıp biliminin gereklerine aykırılık oluşturması ihtimali bir yana bırakılacak olsa bile¹⁷¹, “insan haklarına saygılı” ve “sosyal” bir devlette, böyle bir uygulama her şeyden önce “insan onuru”na aykırı olacağından, kabul edilemeyecektir.

Anayasa Mahkemesine göre de: “İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve

168 Anayasanın 65.maddesinin Hukuki Anlam ve Fonksiyonu başlığı altında yapılan açıklamalar burada da hatırlanabilecektir. Daha önce de açıklandığı üzere, 65.madde sadece bir hizmete başlanması sürecinde bir anlam ve fonksiyon taşımaktadır.

169 Bu noktada, ÖZAY da haklı ve yerinde olarak şu tespiti yapmaktadır: “Değişkenlik ve uyarılmanın sınırı olarak devletin ekonomik durumu kabul edilebilirse de ‘sosyal düzeyi’ni düşünmek ‘ortalama ölçülere göre ayak uydurmak’, (a)ma ortalama ölçünün ne olduğunun belirlenememesi’ aslında gerçekçi görünse bile sakıncalı ve yanıltıcı bir gözlemdir.” Yazara göre, ekonomik ve sosyal gerekler, kamu hizmetlerindeki bu “süreklilik ve uyarlanma yokluğu”nu mazur göster(e)memelidir. “Bunun tek açıklaması, üzüterek vurgulamak gerekirse, kamu hizmeti kavramı bilincinin ne yararlananlar ne de yürütenlerde bulunmadığıdır. Bu konuda yargı yerlerine yansımış olay ve onların kararları da bulunmadığından aynı bilincin oralarda ne ölçüde bulunduğunu bilebilmek de olası değildir.” Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.237-238-239.

170 KABOĞLU, “insan onuru” kavramının önemini şu şekilde açıklamaktadır: “Özgürlük ve eşitlik denklemi, insan onuru ile kurulabilir. İnsan onuru, özgürlüğün temeli ve eşitliğin ölçütüdür. Böyle bir denklem, kavramlara ilişkin mutlak ve göreceli alanların belirlenmesine de katkıda bulunur. Şöyle ki; hak ve özgürlüklerin ortak temeli, insan onurudur ve bu kavram mutlak eşitlik ilkesinden yararlanır... İnsan onuru kavramının içselleştirilmesi, eşit ve özgürlükçü toplum üyelerini yaratmanın itici gücünü oluşturur.” Bkz. İ.Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Ankara, 2002, s.25-26.

171 Esasen, bu gibi örneklerde, “hizmetin gereği gibi sunulmaması” söz konusudur. Bu konuda, İdarenin hizmet kusuru oluşacağı yönündeki açıklamalar, “Sorumluluk Hukuku” başlığı altında yapılacaktır.

sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır...’’¹⁷²

Yüksek Mahkeme, çeşitli kararlarında, insan onuru kavramı ve sosyal hukuk devleti arasında bir bağ olduğunu da vurgulamaktadır: “...Sosyal hukuk devleti, insan haklarına saygılı, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların *insan onuruna uygun* hayat sürdürmelerini sağlayan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir’’¹⁷³

2.Genellik ve Tarafsızlık İlkesi ile Olan İlişki ve Etkileşim

a) Genel Açıklama

Kamu hizmetleri tek tek bireylerin değil toplumsal ihtiyaçların tatmin edilmesi için yürütüldüklerinden, İdare de hizmetin sunulması sırasında nesnel davranmak ve o hizmetten yararlananlar (o hizmete ihtiyaç duyanlar) açısından tarafsız olmak, ayrımcılık yapmamak durumunda kalacaktır.

Konuya süreklilik ve düzenlilik ilkesi odaklı bakılacak olursa, kamu hizmetlerinin sunulması sırasında, bir toplumda aynı veya benzer ihtiyaçlara sahip olan kişilere karşı farklı uygulamalara gidilmesi; toplumun belli bir kesimi (aleyhte uygulamalara muhatap olanlar) için hizmetlerin sürekliliğinin ve düzenliliğinin kısmen veya tamamen zedelenmesi anlamına gelebilecektir.

Öğretide, örneğin, YAYLA’ya göre: “Eşitlik, genellik ve tarafsızlık esasları, kamu hizmetlerinin sunulması zorunluluğunu da –süreklilik ve düzenlilik gibi- beraberinde getirir. İdare, bir hizmeti kurmuşsa, özellikle de bu hizmet tekel şeklinde karşılanması gereken bir ihtiyaca yönelikse, *koşullara sahip olan herkese* bu hizmeti sunmak zorundadır. Esasen, böyle

172 Bkz. AYM E.1963/132, K.1966/29, K.T.28.6.1966, RG 27.6.1967-12632. Benzer ifadeler içeren bir karar olarak ayrıca bkz. AYM E.2000/34, K.2005/91, K.T.25.11.2005, RG 8.11.2006-26340.

173 Bkz. AYM, E 2005/2, K 2008/181, K.T.18.12.2008, RG 7.10.2009-27369; Benzer yöndeki başka kararlar için bkz. AYM, E 2007/64, K 2008/154, K.T.31.10.2008, RG 29.1.2009-27125; AYM, E 1988/19, K 1988/33, K.T.26.10.1988, RG 11.12.1988-20016.

ihтимallerde, kişilerin başka seçeneği, hizmet alabileceği başka kuruluşlar da yoktur veya böyle bir kuruluş olsa da yararlanma koşulları daha ağırdır.”¹⁷⁴ İdare, hizmetten yararlanma koşullarını taşıyan “herkese” hizmeti “sürekli ve düzenli olarak” sunmak zorundadır.¹⁷⁵

Bu konuda, Anayasanın Devlet faaliyetlerinin eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağına uygun olarak yürütülmesi gerektiğini öngören 10.maddesi de akla gelebilmektedir.¹⁷⁶

Bu ilke, aynı hukuki statüde bulunanlar arasında ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Şüphesiz ki, farklı hukuki statüde bulunanlar hizmetten yararlanma açısından farklı düzenlemelere tabi tutulabilecektir. (“Nisbi eşitlik”) “Bütün insanlar eşittirler.” önermesi, sadece “insan onuru” açısından eşittirler anlamında mutlak bir içeriğe sahip olmakta; bu önerme insanların özellikleri, içinde buldukları durum ve ihtiyaçları açısından farklı olduklarını inkar etmemektedir. Şu halde, söz konusu olan “eşitlerin eşitliği” olup “eşit olmayanların eşitsizliği” bu ilkeyi ihlal etmez.¹⁷⁷

174 Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.77.

175 Danıştay da, bir kararında, su dağıtımına ilişkin kamu hizmetinin genellik ve tarafsızlık ilkesi çerçevesinde, herhangi bir ayrımcılık yapılmadan, “herkese” verilmesi gerektiğini; İdarenin borçludan borcunu yasal yolları kullanarak tahsil etmek yerine mal sahibinin kamu hizmetinden yararlanmasını engellemek suretiyle alacağını tahsil etmek istemesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. D 8D, E.1994/5437, K.1995/4391, K.T.14.12.1995, **DD**, S:91, s.890. Bir başka kararında da, büyükşehir belediyesi meclis kararında geçen “dini yerler” ibaresi kapsamına kiliselerin de dahil olduğu, dolayısıyla diğer dini yerler gibi, kilisenin de bedelsiz su kullanım hakkından yararlandırılması gerektiğini vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, “belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef olan belediyelerin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesi; somut olayda, sadece camiler hakkında ek düzenleme getirilmesi düşünülemez.” Bkz. D 8D,E.2004/4350, K.2005/809, **DD**, S:109, s.243, 244.

176 10.maddeye göre: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

177 Bkz. AYM E.1988/7, K.1988/27, K.T.27.9.1988, **AYMKD**, S:24, s.413.

Anayasa Mahkemesinin de, eşitlik ilkesine bu şekilde yaklaşmaktadır. Ayrıca, Mahkemeye göre, farklı yönde uygulamalar yapılması için bir kamu yararının olup olmadığı; aracın amaca hizmet edip etmediği; amaçla araç arasında bir orantılılık olup olmadığı eşitlik açısından dikkate alınan konulardır.^{178 179}

b) Farklı Statülerde Olan Kişilere Sunulacak Hizmetler

Hemen yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, eşitlik ilkesi, “aynı statü”de olan kişiler açısından geçerli olmaktadır.

Farklı statülerde olan kişiler açısından hizmetin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülebilmesi, bazen farklı düzenlemeler ve uygulamalar yapmayı da zorunlu kılabilir.¹⁸⁰ Farklı düzenleme yapılmaması, belli bazı kişiler açısından kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülememesi anlamına gelebilecektir. Örneğin, Devlet, engelli kişilerin de kamu hizmetlerinden sürekli ve düzenli olarak, tam ve eksiksiz bir biçimde

178 Örnek kararlar için bkz. AYM, E.1963/124, K.1967/20, K.T.27.6.1967, AYMKD, S:1, s.432; E.1979/19, K.1979/39, K.T.9.10.1979, AYMKD, S:17, s.299; AYM E.1985/11, K.1986/29, K.T.11.12.1986, AYMKD, S:22, s.462; AYM E.1988/4, K.1989/3, K.T.12.1.1989, AYMKD, S:25, s.6-8; AYM E.1989/14, K.1989/49, K.T.19.12.1989, AYMKD, S:25, S.450; AYM E.1992/22, K.1992/40, K.T.17.6.1992, AYMKD, S:31, C:1, s.33-34.

¹⁷⁹ Eşitlik ilkesi, AIHM kararlarında da önemli bir yer tutmaktadır. Bu konudaki örnek AIHM kararları için bkz. Van Der Mussel v.Belgium, 23 November 1983, Seri A No. 70, EHRR, 6 p., 163; Johnston v.Ireland, 18 December 1986, Seri A No:112, EHRR 9, p.203; Abdulaziz, Cabales and Balkandali v.United Kingdom, 28 May 1985, Seri A No.94, EHRR 7, p.471; Marckx v.Belgium, 13 June 1979, Seri A No 31, EHRR 2, p.330; Gerger v.Turkey (appl. No 24919/94), 8 July 1999, <http://hudoc.echr.coe.int>; Belçika’da Eğitim Dili Davası, çev. O.Doğru, **İnsan Hakları Kararları Derlemesi**, C.1, ed. O.Doğru, S.İnceoğlu, H.K.Elban, İstanbul Barosu yay., İstanbul 1998, s.39.

180 Elbette genellik ve tarafsızlık ilkesinin istisnasını oluşturabilecek “farklı hukuki statüde olan kişilere farklı hizmetler sunma ya da farklı usullerle hizmet sunma”, faaliyetin niteliği izin verdiği ölçüde ve hukuk sistemi içerisinde mümkün olmalıdır. Örneğin, sadece kadınların ya da sadece erkeklerin yararlanacağı ulaşım hizmetlerinden bahsedilemez ya da belediyelerin sadece kadınların kullanımına açık parklar, plajlar yapması söz konusu olamaz. Çünkü cinsiyet ayrımı, bu tür hizmetlerin özünde yer alan bir özellik ya da göz önüne alınması gereken bir fark değildir ve de cinsiyet farklılığı hizmetin verilmiş şeklini etkilememektedir. Öğretide, bu yöndeki görüşlere örnek olarak bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.169.

Böyle bir ayırım, Anayasal rejimine de aykırı olacaktır. Laiklik ilkesi, Devlet yönetiminde oluşturulacak kuralların dini temelli olmamasını öngörür ve dinsel gerekçelerle yapılan ayrımları kabul edemez. Anayasanın 2.maddesinde yer alan, laiklik ilkesinin yanı sıra, “yasa önünde eşitlik ilkesi”ni düzenleyen 10.madde de bu konuda göz önüne alınabilecektir: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”

Bu konu, “Sürekli ve Düzenli İlgisini Olumsuz Yönde Etkileyebilecek Olan Hususlar” bölümünde, “hizmetten yararlanacak olanların kültürel yapılarının yaratabileceği sorunlar” başlığı altında da irdelenecektir.

yararlanabilmesini sağlamak için onlara yönelik bazı tedbirleri almalıdır. Aksi halde yürütülen hizmetler engelliler için sürekli ve düzenlilik özelliğini yitirecektir. Ya da ulaşım hizmetlerinden öğrencilerin, yaşlıların daha az para ödeyerek yararlanmasının sağlanması da, bir sonraki başlıkta açıklayacağımız bedelsizlik ilkesi ile de birlikte, bu tür farklı uygulamalara örnek olarak gösterilebilecektir. Bu noktada, “yasa önünde eşitlik (biçimsel eşitlik)”, sosyal haklar ve sosyal devlet kimliği ile de bütünleşerek “gerçek (somut)” anlamda eşitlik olan “fırsat eşitliği”ne dönüşecektir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde de, farklı statüde olanların korunması ya da farklı uygulamalara tabi tutulması yönünde hükümler bulunmaktadır. Örneğin, kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin pozitif ayrımcılık uygulamaları (Any. md.10); çocukların, yaşlıların, engellilerin, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gazilerin korunması (Any md.10, md.61); maddi imkandan yoksun ve başarılı öğrenciler ile engelli kişilerin eğitim hizmetlerinden sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmesi için desteklenmesi (Any. md.42) gibi.¹⁸¹

Bunlara ek olarak, bir toplumda belli kesimlerde, bölgelerde sosyo-ekonomik birtakım nedenlerle kamu hizmetlerinin sunulma şartları farklılıklar gösterebilir. Bu takdirde, devlet o bölgelerdeki kamusal faaliyetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için farklı uygulamalara gidebilecektir. Bu bağlamda, elektrik ve su bedelsiz olarak sunulabilir; bunun için genel bütçeden özel ödenek ayrılabilir. Bu tür bir uygulamaya örnek olarak, kalkınmada öncelikli yöreler statüsü çerçevesinde, Güneydoğu Anadolu Projesi (GAP) akla gelebilecektir.¹⁸² Ayrıca, son dönemlerde uygulamaya konulmuş olan BELDES ve KÖYDES projeleriyle; belediyelere ve köylere belli bazı hizmetler açısından Genel Bütçe’den mali

181 Anayasadaki düzenlemelere paralel olarak, yasal düzenlemelerde de bu doğrultuda hükümler bulunmaktadır. Bu konuda örnek bir düzenleme, Belediye Kanununun 14.maddesinin 6.fikrasında yer almaktadır: “Hizmet sunumunda *özürlü, yaşlı, düşkün ve dar gelirlilerin* durumuna uygun yöntemler uygulanır.”

Ayrıca, 1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun da bu tür düzenlemeleri içermektedir. Yasanın 1.maddesinde, yasanın amacı; “özürlülüğün önlenmesi, özürlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmak” şeklinde ifade edilmektedir. Buna paralel olarak, 31.7.2009 tarih ve 27305 sayılı Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 7.maddesinde de, İdarenin sunduğu kamu hizmetlerinin engelliler tarafından kolayca erişilebilir olması için gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmektedir.

182 Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. C.Ozansoy, “Türkiye İdare Sisteminde Bir Parantez: GAP Olgusu”, **Günlük Yönetim**, s.209.

destek verilmesi yoluna da gidilmektedir. Köylerin Altyapısının Desteklenmesi Projesi (KÖYDES) ile, susuz veya suyu yetersiz köy ve bağlılarının sağlıklı ve yeterli içme suyuna kavuşturulması ile köy yollarının kalite ve standartlarının yükseltilmesi için uygulanmakta iken; Belediyelerin Altyapısının Desteklenmesinin Projesi (BELDES) de, nüfusu 10.000'nin altında bulunan belediyelerin (büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri dahil olmak üzere) alt yapı ihtiyaçlarının giderilmesi ve bu belediyeler tarafından sunulan mahalli müşterek nitelikli hizmetlerin kalite ve standartlarının yükseltilmesi için uygulanmaktadır.¹⁸³ Bu şekilde, hizmetlerin kesintiye uğradığı ya da uğrayabileceği durumlarda İdarenin bir takım tedbirler alması, farklı uygulamalara gitmesi hem nisbi eşitlik hem de süreklilik ve düzenlilik ilkeleri bakımından önem taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, Devlet, birtakım sosyo-ekonomik koşulları, yoksunlukları ve ihtiyaçları göz önüne alarak, yürüttüğü hizmetlerin belli kesimlerde öncelikli olarak sunulmasını tercih edebilecektir. Örneğin, Anayasal sistem çerçevesinde, engelliler, çocuklar, yaşlılar, öğrenciler, kadınlar lehine olumlu ayrımcılık içeren uygulamalarda bulunulabilecektir.

Danıştay kararlarında da, sosyo-ekonomik ve kültürel koşulların göz önüne alındığına rastlanılmaktadır. Konuyla ilgili bir kararında Danıştay, “resmi okullarda okuyan öğrenciler arasında, kız öğrencilere ek puan eklenmesi” yönündeki düzenlemeyi, Türkiye’de kız çocuklarının okutulmasına ilişkin var olan olumsuz sosyo-kültürel olguları dikkate alarak, “eğitim ve fırsat eşitliği” ilkelerine uygun bulmuştur.¹⁸⁴

183 KÖYDES, Yüksek Planlama Kurulu'nun ilke kararları doğrultusunda, İçişleri Bakanlığı'nın koordinesinde, Maliye Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve taşradaki vali, vali yardımcısı, kaymakam, il genel meclisi üyeleri, köy muhtarları ve halkın işbirliğiyle gerçekleştirilmektedir. KÖYDES Projesi ile paralel olarak yürütülmek üzere, BELDES de başlatılmış ve bu proje ile de içme suyu ve yol altyapı eksikliği bulunan küçük belediyelerin bu eksiklerinin giderilmesi hedeflenmiştir. Belediyelerin idari ve mali sorunları nedeniyle aksayan yerel hizmetlerin karşılanması amacıyla BELDES Projesi kısaca “nüfusu on binin altındaki belediyelerin sorunlarını giderme projesi” olarak ifade edilebilecektir. Bu proje ile de köylere benzer şekilde, küçük belediyelerin temel altyapı ihtiyaçlarının karşılanması ve diğer mahalli müşterek nitelikli hizmetlerin kalite ve standartlarının yükseltilmesi hedeflenmiştir. Bu konuda bkz. KÖYDES ve BELDES Uygulamasına İlişkin İçişleri Bakanlığının 11.2.2011 tarih ve B.05.0.MAH.0.10.00.01/250/4329 sayılı Genelgesi.

184 Yüksek Mahkemeye göre; “Dava, Bir Kısım Derslerin Öğretimini Yabancı Dille Yapan Resmî Okullar Özel Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 10.maddesinin son fıkrasında yer alan “kız öğrenci ise 3 puan eklenir.” kuralının iptali istemiyle açılmıştır... Davacının iptalini istediği bu yönetmelik kuralı *Türk toplum yapısı, gelenek ve görenekleri* göz önünde bulundurularak adı geçen okullar arasındaki yer değişikliklerinde kız öğrencilere 3 puan eklenmesine ve erkek öğrencilere göre bir *öncelik hakkı* sağlanmasına ilişkin olup bu kuralın Anayasa ve Temel Eğitim Yasasında amaçlanan *okuma ve fırsat eşitliği ilkelerini* zedelediğinden söz edilemez.” Bkz. D 8D, E.1983/826, K.1985/4, K.T.9.1.1985, **DD** 60-61, s.350.

Benzer şekilde, Danıştay'ın, herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün engellilerin, eğitim hizmetlerden eksiksiz bir biçimde, sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmelerine ilişkin kararları da bulunmaktadır. Konuyla ilgili örnek bir karar, MEB Özel Eğitim Kurumları Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılmış olan 55270 sayılı Tebliğin iptaline ilişkindir. Tebliğde, “zihinsel” engellilerin *yaş koşulu aranmaksızın* eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanacağı belirtilirken, “bedensel” engelliler için 18 yaş sınırı getirilmiştir. Bu durumda, 18 yaşını doldurmuş olan bedensel engelliler, bu yardımdan yararlanamayacakları için eğitim hizmetlerinin sürekliliğinin onlar bakımından sağlanamaması söz konusu olabilecektir. Kararın, bu açıdan, kamu hizmetlerinin “süreklilik ve düzenlilik; genellik ve tarafsızlık ile bedelsizlik” ilkelerinin birlikte bir bütün teşkil ettiğini gösteren bir örnek olduğu da söylenebilecektir.

Danıştay bu kararında; “... Sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetinin idari yapısını oluşturan kurumlarının tüm eylem ve işlemlerinde ‘sosyal devlet’ ilkesini gözetmeleri bir zorunluluktur. Bu ilke uyarınca *hiç bir ayırım gözetilmeden* tüm vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan *ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması* gerekmektedir... Engelli vatandaşların toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için *özel ve maddi açıdan daha külfetli* bir eğitim ve rehabilitasyon sürecine ihtiyaç duydukları izahtan varestedir. Ancak; dava konusu tebliğ ile engelli vatandaşların arasında Medeni Kanunda yer alan erginlik tanımı temel alınarak eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanması konusunda *zihinsel ve bedensel özürlü* şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Yasal düzenlemeler ve Anayasa hükümleri karşısında engellilerin özel eğitiminin giderlerinin karşılanmasında temel alınması gereken kıstas kişinin *engelli olup olmadığı* hususudur. Engelli bir kişinin, Medeni Yasaya göre ergin sayılması onun engelli olduğu gerçeğini değiştirmedigi gibi, toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için *özel bir eğitime duyduğu gereksinimini de ortadan kaldırmamaktadır*. Aksi düşünceyle zihinsel engelli olmayan ve onsekiz yaşından büyük olduğu için Medeni Kanun gereği ergin sayılan bedensel engelli vatandaşların Yasada öngörülen *ekonomik imkandan yararlanmaması* gibi bir sonuç ortaya çıkacak ve bu uygulama hem Yasanın amacıyla bağdaşmayacak hem de vatandaşların temel hakları önündeki sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmakla görevli *sosyal devlet anlayışı ve ilkesine* ters düşecektir. Ayrıca bu durum, karşılaşılan zorluklar ve sosyal

hayata katılım açısından aynı koşullara sahip olan engelli vatandaşlar arasında, *Anayasal eşitlik ilkesine* açıkça aykırılık teşkil edecektir.” sonucuna varmaktadır.¹⁸⁵

3.Bedelsizlik İlkesi ile Olan İlişki ve Etkileşim

a) Giriş

Çalışmanın başında, Kamu Hizmetinin Tanımı bahsinde de açıklandığı üzere, kamu hizmetlerinde asıl amaç, kamusal gereksinimleri tatmin etmek suretiyle kamu yararını sağlamaktır. Anayasamızda da öngörülmüş olan “sosyal devlet” (Any, md.2) niteliğine sahip çağdaş bir devletin amacı da, bu bağlamda, kar elde etmek değil; sahip olduğu görevlerle, sunduğu hizmetlerle toplumsal refahı ve sosyal faydayı gerçekleştirmektir.

Aynı şekilde, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, Anayasanın 5.maddesi de: “Devletin *temel* amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, *sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan* siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” hükmünü getirmektedir.

Bu durumda, genellik ve tarafsızlık ilkeleriyle de bağlantılı olarak, hizmetten yararlananların gelir düzeyine bakılmaksızın herkesin o hizmetten yararlanabilmesi, söz konusu hizmetin mali gücü düşük kişiler bakımından da sürekliliğinin sağlanabilmesi için hizmetin topluma kar amacı gütmeyen, “bedelsiz” olarak sunulması gerekir. Bu husus, Anayasada yer alan bu temel hükümler ve ayrıca İdare Hukuku ilkelerinin de bir sonucunu oluşturmaktadır.

b) “Bedelsizlik” Kavramının Anlamı

Kamu hizmetlerinin karşılığında herhangi bir para alınmaması yönündeki İdare Hukuku ilkesi, zaman içinde bazı değişikliklere uğramıştır. Günümüzde, kamu hizmetlerindeki artış ve buna bağlı olarak da hizmetten yararlananların sayısının da artması

185 Bkz. D 8D, E.2007/6457, K.2008/8352, K.T.17.12.2008, www.danistay.gov.tr Benzer yönde bir karar olarak ayrıca bkz. D 8D, E.2003/614, K.2004/1921, K.T.22.4.2004, www.danistay.gov.tr

sonucunda, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetlerden hiç yararlanmayanlara yüklenmemesi için, belli hizmetlerden yararlananların ödeme gücünün de dikkate alınması yoluyla hesap edilen bir “katılma payı” alınabildiği belirtilmektedir.¹⁸⁶

Öğretide, ÖZAY’ın da belirttiği üzere, kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı ödenen paranın hukuksal niteliği ne olursa olsun aslında vurgulanması gereken, bunun bir “fiyat”(maliyet +kar) olmadığı, olmaması gerektiğidir.¹⁸⁷ Çünkü özel girişimin aksine, kamu hizmetinin “kar”ı söz konusu olamayacağı gibi, amacı da kamu yararadır. Genellik ve tarafsızlık ilkelerinden ayrılmamak, hizmetlerden yararlananların ödeme güçlerini dikkate alınarak bu bedelin belirlenmesi gerekecektir.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi açısından da, hizmetten yararlanacak olan kişilerin yeterli maddi durumunun olmaması yahut da mali yetersizlikler nedeniyle ülkenin belli bölgelerinde o hizmet gereği gibi yürütülememesi de, hizmetin sürekliliğini belli bazı kişiler yönünden olumsuz yönde etkileyebilecek bir faktördür. Bu durumda, “sosyal devlet”¹⁸⁸ bu gerekçelerle

186 Öğretide, bu “katılma payı”nın niteliği hakkındaki görüşler için bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 1, s.18-19; İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.240-241; K.Gözler, **İdare Hukuku**, cilt 2, s.307-315; Y.Yayla, Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya kamu hizmetinin sonu), **Hukuk Araştırmaları**, Ocak-Nisan 1986, s.37; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.665-667.

Bununla birlikte, bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında bu esaslara aykırı ifadeler de yer almaktadır. Örneğin, “karayolları, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri vb.iktisadi şartlara göre oluşan ve hizmetin konusu *tesislerin bakım ve idamesini, yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak* için belirlenen bir *fiyattır* ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden de sayılmaz.” AYM E.1984/9, K.1985/4, K.T.18.2.1985, **AYMKD**, S:18793, s.23 vd.; AYM E.1987/16, K.1988/8, K.T.19.4.1988, RG 23.8.1988-19908, s.38.

187 Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.240.

188 Ayrıca, içinde bulunduğu ekonomik koşullar nedeniyle, hizmetlerden sürekli ve düzenli olarak yararlanamayacak kişiler için öngörülmüş sosyal yardımlar da, sosyal devlet olmanın bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde, bu konuda örnek bir düzenleme olarak, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yasa gösterilebilir.

Konuyla bağlantılı olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bir tavsiye kararına da değinilebilecektir: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Üye Devletlere, iç uygulamalarında ve mevzuatında şu hakkı tanımaya davet eden bir tavsiye kararı kabul etti: *Aşırı fakir* durumda bulunan kişilerin -en azından beslenme, giyim, barınma ve temel tıbbi hizmetler gibi- *ilksel maddi ve beşeri gereksinimlerini karşılama*. Burada, *bireysel, evrensel ve dava edilebilir* bir hak söz konusudur. Tavsiye kararına göre, bir devlette yaşayan her birey için böyle bir hakkın tanınması, hukuka dayalı bir devlette diğer temel hakların kullanılmasının bir koşulu ve vazgeçilmez bir öğedir. Bkz. Recommendation no R (2000) 3, (adoptée par le Comité des ministres le 19 janvier 2000, de la 694 rénnion des délégués du ministres). Aktaran: İ.Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, (yayım aşamasında).

belli bölgelerde belli hizmetleri daha az bir bedelle ya da bedelsiz sunabilir. Böyle bir uygulama, aynı zamanda “fırsat eşitliği”nin yaşama geçirilmesini de sağlayacaktır.

Kamu hizmetleri karşılığında alınacak olan katılma payının toplumdaki sosyo- kültürel etkenler göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiği de söylenebilecektir. Örneğin, hizmete karşı toplumsal talebin artması için bu katılma payının hizmetten yararlananların ödeyebileceği miktardan daha düşük bir düzeyde belirlenmesi söz konusu olabilir. Kültür-sanat faaliyetlerinin toplumun geniş bir kesimine ulaşabilmesi için bu tür faaliyetlerin bedeli daha düşük belirlenebilir. Bir başka durumda da, hizmetin sunulduğu toplum kesiminin mali yetersizlikleri göz önüne alınarak, bu payın hiç istenmemesine de karar verilebilir ya da kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek olgularla baş edebilmek için de bu payın düşük tutulması, bedel alınmaması yoluna gidilebilir.¹⁸⁹

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi açısından örnek bir düzenleme, 16.10.2009 tarih ve 27378 sayılı Sağlık Bakanlığının Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ'dir. Tebliğin 2.maddesinde, uygulama alanının özel hastanelerin yanı sıra; Sağlık Bakanlığına, üniversitelere, belediyelere ve diğer kamu kuruluşlarına ait, bünyesinde acil sağlık hizmeti verilen tüm yataklı sağlık tesisleri ile buralarda görev yapan personeli de kapsadığı belirtilmektedir. Tebliğin, acil servislerde hasta kabul yatış işlemlerine ilişkin 14.maddesinde de, “kamu ve özel tüm sağlık tesisleri ve kuruluşları kendilerine başvuran veya ambulans ve sevkle getirilen tüm acil vakaları *sağlık güvencesi ve ödeme gücü olup olmadığına bakmaksızın* kabul etmek, 112 acil ambulansları tarafından getirilecek vakalar için KKM talimatlarına göre acil servislerini hazırlamak, ilk değerlendirme ve gerekli tıbbi müdahaleyi yapmak ve stabilizasyonu sağlamakla yükümlüdür.” denilmektedir. Bu şekilde, ödeme gücü düşük kişilerin de, Devlet tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin acil servislerinden aksamadan, sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmelerinin amaçlandığı söylenebilecektir.¹⁹⁰

Konuyla ilgili olarak, Danıştay, zihinsel engelli kızının bakımı için ücret istenmesine ilişkin Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü işlemi ile bunun dayanağını oluşturan Yönetmeliğin ilgili maddelerinin iptali için açılan davada, sosyal

¹⁸⁹ Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.178.

¹⁹⁰ Söz konusu hükmün, özel sağlık tesisleri açısından ekonomik kolluk niteliği taşıdığı da söylenebilecektir.

hizmetlerin ücret karşılığı sunulması halinde, söz konusu hizmete ihtiyaç duyan herkesin bu hizmetten yararlanmasını engelleyebileceğini, bunun da süreklilik-düzenlilik ilkesine aykırılık oluşturabileceğini belirtmiştir: “Sosyal hizmetler, maddi, manevi ve sosyal yoksunlukların giderilmesine ve ihtiyaçların karşılanmasına, sosyal sorunların önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olmayı ve hayat standartlarının iyileştirilmesini amaçladığına göre *sosyal hizmetlerin ücret karşılığı sunulmasının söz konusu olamayacağı* dolayısıyla Anayasada yerini bulan *sosyal devlet* olma ilkesinin bir gereği olarak *söz konusu hizmetlerden muhtaç ve özürülü olan herkesin aynı ölçüde yararlandırılması gerektiği kuşkusuzdur.*”¹⁹¹

c) Bedelsizlik İlkesine Aykırılık Oluşturabilecek Yasal Düzenlemelere Örnekler

Anayasal ilkeler ve İdare Hukuku ilkeleri yukarıda açıklandığı şekilde olmakla birlikte, yasalarda, bedelsizlik ilkesine tezat oluşturacak çeşitli düzenlemeler yer alabilmektedir. Söz konusu düzenlemeler, kamusal görevlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini de tehlikeye düşürebilmektedir.

c)1) Örneğin, *2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu* ile öngörülen “ücret rejimi” bedelsizlik ilkesi ile süreklilik-düzenlilik ilkesi çerçevesinde tartışılabilir.

Yasa çerçevesinde, belediyeler tarafından yapılması gereken bazı temel kamu hizmetler için (yol ve kaldırım yapma, kanalizasyon tesisi yapımı veya tamiri¹⁹², içmesuyu şebeke tesisleri yapımı veya ıslahı), gayrimenkul sahiplerinden, yani söz konusu hizmetlerden doğrudan doğruya yararlananlardan katılma payı alınacaktır. Yasanın 89.maddesine göre, bu

191 Bkz. D İDDGK, E.2000/401, K.2000/938, K.T.3.7.2000, **DD**, S:104, s.54 vd. Danıştay, bir başka kararında, belediyenin su, kanalizasyon hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için, bu hizmetler karşılığında alınacak ücretlere ilişkin tarifelerin düzenlenebileceğini; ancak tarifelerdeki “fahiş ücret artışlarının” hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. D 9D, E.2002/2208, K.2002/5353, K.T.24.12.2002, www.danistay.gov.tr

192 Bu düzenlemeye paralel bir başka örnek hüküm de, *2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun* “Tarife tespit esasları” başlıklı 23.maddesinde yer almaktadır: “Su satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılmış suların uzaklaştırılması, septik çukurların boşaltılması giderleri için ayrı tarifeler yapılır. Bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masrafları % 10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kar oranı esas alınır.”

Bütün büyükşehirlerde uygulanmakta olan bu yasa, yürütülecek su ve kanalizasyon hizmetleri karşılığında alınacak ücretlerin, “sosyal faydanın sağlanabilmesi” ve (kanalizasyon ve su hizmetlerinin kamu düzenini; toplumun sağlığını ve esenliğini de ilgilendiren boyutu göz önüne alındığında) “kamu düzeninin korunması” gereğince mümkün olduğu kadar düşük tutulması esası ile çelişmektedir. Toplumun bu hizmetlerden gerektiği ölçüde, “sürekli ve düzenli” olarak yararlanmasını engelleyecek veya zorlaştıracak düzeyde tespit edilen ücretler, söz konusu amaçların da bertaraf edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.179.

katılma payı, yapılan giderlerin –esas itibariyle- *tamamıdır*.¹⁹³ Bu açıdan, söz konusu bedelin, bedelsizlik ilkesi çerçevesinde, gerçek anlamda bir *katılma payı* olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilecektir.¹⁹⁴ Kentin dirlik ve düzeni, kamu sağlığı açısından tüm toplumu ilgilendiren, son derece önemli yerel hizmetler karşılığında, yapılan masrafların tümünü içeren bir bedelin alınacak olması, bu bedeli ödeyemeyecek kişiler göz önüne alındığında, hizmetten yararlanacaklar açısından hizmetin sürekliliğini ve düzenliliğini de kesintiye uğratabilecektir.¹⁹⁵

c)2) 29.2.1984 tarihli ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun da, kamu hizmetlerinin bedelsizlik ilkesi, genellik ve tarafsızlık ilkesi ile süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasındaki ilişki bakımından farklı bir düzenleme öngörüp “*gelir ortaklığı senedi*” kavramını hukuk sistemimize dahil etmiştir.

Yasa ile, kamu hizmetlerinde kullanılan altyapı tesislerinin gelirlerinden “gelir ortaklığı senedi” çerçevesinde özel kişilere pay verilmesi öngörülmektedir. 1.maddede, yasanın amacının “istikrarlı ve güvenilir gelir verilmesi” olduğu belirtilmiştir. Öğretide, bu durumda ücret ve tarifelerin belirlenmesinde, hizmetten herkesin sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmesi için, “hizmetten yararlanacak olanların ödeme gücü” yerine “senet sahiplerinin istikrarlı ve güvenilir bir gelir sağlama amacı”nın göz önüne alınacağı; bunun da Anayasada yer alan sosyal devlet ilkesine ve kamu hizmeti teorisine aykırı olduğu ifade edilmiştir.¹⁹⁶

193 Yasada bu payların üst limiti de öngörülmüştür. Harcamalara katılma payları, bina ve arsalarda vergi değerinin %2’sini geçemeyecektir.

194 Öğretide, bu yöndeki eleştiriler için bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.182, 183. Yazara göre, “yol, su ve kanalizasyon hizmetleri en temel mahalli müşterek ihtiyaçlardır ve bu nedenle de, belediyelerin temel görevleri arasında yer almalıdır. Kamu sağlığını (ve esenliğini de) ilgilendiren bu kamu hizmetlerinin bedellerinin belli bazı kişilerden alınabileceğinin kabulü, Kamu Hizmetinin Bedelsizliği ilkesi ile bağdaşmayacak; hizmeti, özel sektörün faaliyetlerine yaklaştıracaktır.”

195 Bununla birlikte, kişilerin bu masrafları ödeyememesi durumunda da, söz konusu hizmetler İdare tarafından sunulmaya devam edeceğinden, bedelsizlik ilkesine aykırılık oluşturan bu uygulamanın, süreklilik ve düzenliliği etkilenmeyeceği de söylenebilecektir. Ödenmeyen miktarlar ise, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde kamu borcunun borçlusundan tahsil edilebilecektir.

196 Bu konudaki eleştiriler için bkz. Y.Yayla, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (Veya Kamu Hizmetinin Sonu)” **Hukuk Araştırmaları**, C:1, S:1, İstanbul, 1986, s.35-36; S.Güran, “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Malına Bakışı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y:5, S:1-3, İstanbul, 1984, s.83-84; İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.81; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.276 vd.

Bu düzenleme ile de, söz konusu kamu malları ile sunulan kamu hizmetlerinden yararlanacak “ödeme gücü düşük” kişiler açısından süreklilik ve düzenlilik ilkesinin zedelenebileceği söylenebilecektir.¹⁹⁷

c)3) Bu bağlamda, “düzenleme ortaklık payı”na ilişkin yasal düzenlemeler de düşünülebilir.

c)3)1) 3194 sayılı İmar Kanununun 18.maddesi uyarınca, belediyeler (ya da valilik) belli bir bölgedeki arsa ve parselleri birleştirme ve bunları yeniden imar planına uygun arsa ve parsellere ayırma yetkisine sahiptir. Yasa, bu süreç içinde, o bölgedeki taşınmazlardan belli bir kısmının *bedelsiz* alınabileceğini öngörmektedir. Buna göre, düzenlemeye tutulan arazi ve arsaların %40’ını geçmemek kaydıyla, yeterli kadar saha, düzenleme nedeniyle meydana gelen değer artışlarının karşılığı olarak alınabilir ve bu düzenleme ortaklık payı olarak alınan araziler, düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan kamu hizmetleri ve bunlarla ilgili tesisler için ayrılır. Düzenleme ortaklık paylarının toplamaları, bu hizmetler için ayrılması gereken yerlerin alanının toplamından az olması ihtimalinde ise, eksik kalan miktar kamulaştırma usulüne başvurulularak tamamlanacaktır.

Ayrıca vurgulanması gerekir ki, bu oran, zaman içinde %15, %25, %35 şeklinde bir artış göstermiş, 5006 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda %40’a çıkartılmış bulunmaktadır.

c)3)2) Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği iptal kararını¹⁹⁸ değiştirerek, 3.5.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Yasasında öngörülen söz konusu düzenlemeyi ve o dönemde geçerli olan %35’lik oranı Anayasaya (“ölçülük kuralına”) uygun bulmuştur.¹⁹⁹

197 Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, söz konusu yasal düzenlemeyi Anayasaya (sosyal hukuk devleti ilkesine) aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, “...karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, hava yolları, kimi hastane ücretleri gibi, *iktisadi şartlara göre oluşturulan* ve hizmetin konusu tesisin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir *fiyattır*...” Karar için bkz. AYM, E.1984/9, K.1985/4, K.T.18.2.1985, RG 26.6.1985-18793.

198 Anayasa Mahkemesi, 61 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, söz konusu düzenlemeyi bedelsiz istimlak niteliğinde saymış ve yasa hükmünü iptal etme yoluna gitmişti. Bkz. AYM E.1963/65, K.1963/278, K.T.22.11.1963, RG 11.1.1964-11606.

199 Bkz. AYM, E.1990/8, K.1990/12, K.T.21.6.1990, RG 3.2.1991-20775. Benzer bir karar olarak ayrıca bkz. AYM E.1990/7, K.1990/11, K.T.21.6.1990, RG 4.2.1991-20776.

Anayasa Mahkemesi, kararında dolaylı olarak, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi için bu kurumun gerekli olduğu ve bu açıdan kamu yararına uygun olduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, söz konusu hüküm, arazi ve arsa düzenlemesi sonucu taşınmazın esas yüzölçümünden düşülen “düzenleme ortaklık payı”nın, bir kamu hizmeti nedeniyle artan değer karşılığında, düzenlemeye tabi tutulan bölgenin *gereksinimi olan hizmet ve tesisler için* kullanılmasını öngörmektedir.²⁰⁰

Yüksek Mahkeme, sonuç olarak, bu uygulamayı kamu hizmeti gerekleri ile mülkiyet hakkının sosyal amaçlarla sınırlandırılması esasları çerçevesinde kamu yararına uygun bulmuştur: “İmar Yasası ile öngörülen uygulamanın temel işlev ve amacı, şehirlerin fiziksel konumunda süregelen, çarpık, düzensiz, sağlıksız yapılaşmaları önlemek; sağlıklı uygar ve çağdaş kentleşme koşullarını gerçekleştirmek olduğu ve söz konusu etkinliklerde *kamu hizmeti* (kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi, G.A.) ve dolayısıyla *kamu yararı* ön planda yer aldığına göre, mülkiyet hakkının yasa ile sınırlandırılmasına olanak tanıyan kuralların varlığından kuşku duyulmaması gerekir.”

c)3)3) İmar uygulamaları sonucunda taşınmazlardan belli bir oranının İdare tarafından bedelsiz olarak elde edilmesi usulü; kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi, bu bağlamda kamu yararının sağlanması (söz konusu bölgelerin imar düzenlemeleriyle değerlendirilmiş olduğu gerçeği de dikkate alındığında) açısından mülkiyet hakkının Anayasal ilkelere (md.35) uygun olarak sınırlandırılmasının bir örneği olarak düşünülebilecek ve kabul edilebilecektir.

Bununla birlikte, bu sonuca varılabilse dahi, %35’lik oranın (şu andaki haliyle %40) oldukça yüksek olduğu ve bunun da bedelsizlik ilkesine aykırılık oluşturacağı söylenebilecektir.

Öğretide, bu düzenlemeyi ve Anayasa Mahkemesini eleştiren yazarlardan AYAYDIN’a göre, söz konusu düzenleme ile, “İdare düzenleme ortaklık payı alırken, hem kamulaştırma usulüne başvurmadan üstü kapalı bir kamulaştırma yaptığı için, mülkiyet

200 Yüksek Mahkemeye göre: “Arazi ve arsa düzenlemesi ile imar parselleri oluşturularak konut yapımına hazır arsaların saptanmasıyla imar olanakları sağlayan belediye, yüklendiği *külfet ve hizmetler nedeniyle*, taşınmazlardan değer artışı karşılığında, yine onların genel hizmetleri yönünden ortaklaşa kullanmalı amacıyla; yol, meydan, park, yeşil alan, genel otopark, cami ve karakol gibi yerler için, yasakoyucunun saptadığı yüzde otuzbeşe kadar kısmını, düzenleme ortaklık payı olarak alabilmesi şehirlerin dengeli biçimde gelişmesi ve çağdaş duruma getirilmesine yöneliktir.” Bkz. AYM, E.1990/8, K.1990/12, K.T.21.6.1990, RG 3.2.1991-20775.

hakkının özüne dokunmakta, hem de, bu payın, belli bir hizmetten doğrudan yararlananlardan istenebilecek olan *makul bir katılma payını çok aşan* bir ölçüde olması karşısında, *kamu hizmetlerinin bedelsizliğine aykırı faaliyette bulunmuş* olmaktadır.”²⁰¹

c)3)4) Görüldüğü üzere, düzenleme ortaklık payı, kamusal görevlerin yapılmasını kolaylaştırıcı bir fonksiyona sahip bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu usul, kamusal görevlerin kurulmasının veya sürekli-düzenli şekilde yerine getirilmeye devam edilmesinin sağlanması amacıyla öngörülmüştür.

Sonuç olarak, düzenleme ortaklık payına ilişkin düzenlemenin, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesini zedelememektedir. Ancak bu düzenlemedeki yüksek oran bedelsizlik ilkesi ve mülkiyet hakkı ile kamulaştırma usulüne ilişkin anayasal düzenlemelerle çatışmaktadır.²⁰²

c)4) 8.1.2002 tarihli ve 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda da bedelsizlik ilkesine aykırı bir felsefenin izleri gözlemlenebilecektir.

Yasanın 1.maddesi, kamu hizmetlerinin, Yasanın öngördüğü istisnai haller dışında ve işletmecilik gereği yapılması gereken *ticari* indirimler hariç olmak üzere, “bedeli karşılığı” verilmesi gerektiğini ve bu nedenle de, herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanamayacağını belirtmektedir.²⁰³

201 Bkz. C.Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Cilt 3, Doktora Tezi, s.705; C.Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 2010, s.506 vd.

202 Düzenleme ortaklık payına ilişkin olarak, biraz ileride, dördüncü bölümde, Kamu Malları bahsinde yapılan açıklamalara da bakılabilecektir.

203 4736 sayılı Yasa, md.1: Genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idareler, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulan fonlar, kefalet sandıkları, sosyal güvenlik kuruluşları, genel ve katma bütçelerin transfer tertiplerinden yardım alan kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları ile müesseseleri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunların kurdukları birlik, müessese ve işletmeler, özel bütçeli kuruluşlar, özelleştirme işlemleri tamamlanincaya kadar, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanuna tâbi kuruluşlar ve özel hukuk hükümlerine tâbi, kamunun çoğunluk hissesine sahip olduğu kuruluşlar, kamu banka ve kuruluşları ile bunlara bağlı iş yerleri ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca *üretilen mal ve hizmet bedellerinde işletmecilik gereği yapılması gereken ticarî indirimler hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaz.*

Belediyeler ile bunların kurdukları birlik, müessese ve işletmeler, toplu taşıma hizmetlerinde *malul, yaşlı, öğrenci ve basın kimlik kartı sahiplerine indirim* uygulamaya yetkilidirler.

Her ne kadar bazı istisnalara yer verilmişse de, Yasanın öngördüğü genel kural (yasakoyucunun genel felsefesi), Anayasal ilkelere ve İdare Hukuku ilkelerine (bedelsizlik ilkesine) aykırılık oluşturabilecek şekilde, “herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaması”dır.²⁰⁴ Bu sonuç, “ödeme gücü düşük” kişiler açısından süreklilik ve düzenlilik ilkesine de aykırılık oluşturabilecektir.

24.2.1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun, 3.11.1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun *ücretsiz veya indirimli tarife uygulanması ile ilgili hükümleri saklıdır.*

Bakanlar Kurulu birinci fıkra hükmünden *muaf tutulacak* kişi veya kurumları tespit etmeye yetkilidir.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce üçüncü fıkrada belirtilen kanunlar dışında; kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge ve benzeri düzenleyici işlemler ile diğer idari işlemlerle tesis edilmiş bulunan *ücretsiz veya indirimli tarife uygulamalarına 31.12.2001 tarihinden itibaren son verilir.*”

²⁰⁴ Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.172.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİNİ OLUMSUZ YÖNDE ETKİLEYEBİLECEK OLAN HUSUSLAR

Kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesinin hukuki ve hatta hukuk dışı bazı faktörler tarafından zedelenebilmesi söz konusu olabilmektedir.

A. Teknik ve Mali Yetersizlikler

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesini, bazı teknik ve mali nedenler engelleyebilmektedir.

1. Teknik Nedenler

Kamu hizmetlerinin sürekli olması o hizmetin ne şekilde olursa olsun sadece kesintisiz bir biçimde yürütülmesi anlamına gelmeyip belli bir nitelik ve standartta yerine getirilmesi anlamına gelmektedir.

Değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi ile de birlikte düşünüldüğünde, bazı hizmetlerin sunulmaya devam edilebilmesi günün şartları ve teknolojisine uygun olarak birtakım yenilikler yapılmasını da gerektirebilir. Aksi halde, o hizmet gerektiği gibi, belli bir nitelikte sürekli ve düzenli olarak sunulamayabilecektir.

Teknik nedenlere bağlı olarak bir hizmet artık birtakım teknolojik imkanlar olmadan verilemeyecek hale gelebilir. Bu durumda, o hizmetin sürekliliğinin sağlanması için o yeniliklerle donatılması, “hizmetin gereği” olarak da karşımıza çıkacaktır. Gereği gibi sunulamayan bir hizmet, süreklilik ve düzenlilik ilkesine de aykırılık oluşturabilecektir. Örneğin, sağlık hizmeti sunan hastanelerde, çağın tıbbi gelişmeleri çerçevesinde ameliyathanelerde kullanılacak yeni teknolojik cihazların bulunmaması; yenidoğan bebek ünitesinde bebeklerin tedavisine uygun nitelikte kuvözlerin bulunmaması, o hizmetin gereği gibi sunulamamasına yol açabilir. Sağlık hizmeti, bu tür eksiklikleri ile sunulmaya devam etse bile, bazı hastalıkların tedavisi açısından, gerçekte sürekli ve düzenli olarak sunulamıyor hale gelmiş olacaktır.

Aynı şekilde, mesela; bugün, yüksek yapılar yapılmış olan kentlerde ortaya çıkan yangınların modern itfaiye araçları yerine eski teknolojiyle yapılmış itfaiye araçları ile

söndürülmesi mümkün olamayacaktır. Örneğin, bir belediye tarafından imar planı düzenleme ve ruhsat verme yetkisi çerçevesinde “50 katlı” bir bina yapımına izin verilmesi yoluna gidilmesinden sonra, yine aynı belediyenin yasalarla kendisine yüklenen itfaiye hizmetini yapılacak olan bu binalara uygun olarak düzenlememesi (söz gelimi, araçları son teknik donanıma sahip olsa bile, sadece binaların 10.katına ulaşabilecek nitelikte olması halinde), söz konusu hizmetin sunulması da imkansız hale gelecektir. Binanın 10.katından yukarıda oturanlar için hizmet kesintiye uğramış olacaktır. Esasen, bu örnekte, belli katlarda oturanlar için “hizmetin hiç sunulmaması” durumu dahi gündeme gelebilecektir.

2. Mali Nedenler

Devletin içinde bulunduğu mali sorunlar da yürütülmekte olan kamu hizmetinin sürekliliğini ve düzenliliğini olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Örneğin, sağlık hizmeti sunan hastanelerdeki yenidoğan bebek ünitesinde yeterli kuvözün bulunmaması, birkaç bebeğin aynı kuvöze konulması, günümüz tıp gereklerine uygun olarak yeterli solunum cihazının bulunmayışı, hastalardaki sayının artışına karşın yeterli sağlık personeli istihdam edilemeyişi o hizmetin sürekliliğini aksatarak gereği gibi sunulmamasına yol açabilir.

Elbette, bu durum, “gerekli teknik donanımla hizmetlerin sürdürülebilmesi esası” ve devletin mali kaynaklarının yeterliliği sorunsalını da gündeme getirecektir. Ancak, ülkenin ekonomik şartları, hizmetin gereği gibi sunulmaması gerçeği karşısında, sürekli olarak arkasına sığınılan bir mazeret haline de gelmemelidir. Ne olursa olsun, insan onuruna aykırı bir şekilde bir hizmetin sunulmasından bahsedilememelidir.²⁰⁵

Kaldı ki, biraz yukarıda Anayasanın 65.maddesinin Hukuki Anlam ve Fonksiyonu bahsinde de değinildiği üzere, yasakoyucu ve İdare, bir kamu hizmetinin yürütülmeye başlanması konusunda bir takdir yetkisine sahip iken, başlamış olan bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile sona erdirilmesi konusunda takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. Başlanmış bir kamu hizmeti, “gereği gibi” yürütülmeli ve ancak o hizmete

205 Bu konuda, biraz evvel, Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile Değişkenlik ve Yeniliklere Uyarlanma İlkesi Arasındaki İlişki ve Etkileşim bahsinde yapılan açıklamalar da hatırlanabilecektir.

başlanmasındaki nedenlerin ortadan kalkması ile sonlandırılabilirdir. Başka bir deyişle, 65.madde sadece bir kamu hizmetine başlanması konusunda bir anlam ifade edecektir. Ayrıca, devletin sosyal ve ekonomik nitelikte olmayan görevleri için de bu sınırlamadan bahsedilemeyecektir. Danıştay kararlarında da değinildiği üzere, İdare, mali yetersizlik nedeniyle yürüttüğü bir hizmeti hiç sunmamak veya az sunmak gibi bir takdir yetkisine sahip değildir. Aynı şekilde, bu gerekçe ile Anayasal güvence altında olan temel hakları ve bunların en önemlilerinden olan sağlık hakkını (yaşama hakkını) zedeleyemeyecektir. Aksi halde, idari işlemler iptal edilebilecek ve/veya ortaya çıkan zarardan İdare sorumlu tutulabilecektir.

3. Sonuç

Görüldüğü üzere, teknik ve mali bazı faktörler hizmetlerin sürekli-düzenli sunulmasını engelleyebilmektedir. Bununla birlikte, bütün bu faktörlerin temelinde mali yetersizliklerin ve planlama eksikliklerinin yattığı açıktır.

İşte bu yüzden, esasında, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için gerek teknik gerekse mali yetersizliklerin, daha henüz ortaya çıkmadan önce, İdare tarafından öngörülerek gerekli önlemler alınması gerekmektedir. Anayasa'da düzenlenen "vergi toplama yetkisi", (Any. md.73) bu bağlamda, Devlete tanınan en önemli hukuki enstrümandır.

Vergi ve benzeri yollarla para toplanması sürecinin öncesinde ve toplanan paraların harcanması aşamasında ise, Devletin planlama yapma görevini (Any. md.166) yerine getirmiş olması gerekecektir.

B. Kamu Görevlilerinin Sayısında ve Niteliklerinde Söz Konusu Olabilecek Olan Yetersizlikler

Kamu görevlilerinin sayısında ve niteliklerinde söz konusu olabilecek yetersizlikler²⁰⁶ de, kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve düzenliliğini olumsuz yönde etkileyebilecek hususlardandır.²⁰⁷

206 Kamu görevlilerinin sayısında ve niteliklerinde söz konusu olabilecek yetersizlikler, İdarenin muhtemel kamusal ihtiyaçların tespiti ve bu doğrultuda gerekli önlemleri alması açısından *planlama faaliyetini gereği* gibi yapamamasının bir sonucu olarak da kabul edilebilecektir.

Konuyla bağlantılı bir Danıştay kararında da, şu sonuca varılmaktadır: “Sağlık hizmetlerinin ülke genelinde *dengeli* dağılımının ve yaygınlaştırılmasının sağlanmasında, en önemli unsurlardan birisinin, sağlık kurum ve kuruluşlarının, araç-gereç, fiziki ve teknik altyapının yanı sıra *insan unsuru* olduğu yadsınamaz bir gerçektir.”²⁰⁸

Bu tespit, kamu görevlerinin yürütülmesinde insan unsurunun önemini vurgulamaktadır. İdare hukuku öğretisi de bu gerçeği bütün açıklığıyla kabul etmektedir: “İdarenin üstlendiği görevleri *başarı ile* ve *gereği gibi* yerine getirebilmesi, insan ögesinin hem *nicelik* ve hem de *nitelik* yönünden yeterli kişilerden oluşmasına bağlıdır.”²⁰⁹

Kamu görevlilerinin sayısının yeterli olamaması, kamu hizmetlerinde aksamaya yol açabilmektedir. Elbette, sayısal (nicel) yeterliliğin yanı sıra o hizmeti sunmak konusunda bilgili, eğitilmiş yani belli bir nitelikteki²¹⁰ kamu görevlisinin varlığı da o hizmetin sürekliliğinin sağlanması ve gereği gibi yürütülmesinde önemlidir. Örneğin, hastanelerde “yenidoğan branşı”nda hizmet verebilecek hemşire sayısının “yetersiz” olması durumunda o hizmet, ihtiyaç duyan herkese sürekli ve düzenli bir biçimde sunulamayacaktır. Bu durumda, bu aksamalara maruz kalanlar açısından “süreklilik ve düzenlilik ilkesi”ne aykırılık oluşacaktır.

207 Kamu görevlilerinin sayısında ve niteliklerindeki söz konusu olabilecek yetersizlikler, esas itibarıyla *mali ve teknik yetersizlikler* kapsamında da düşünülebilecektir. Bu tür yetersizlikler, personel istihdamı için yeterli mali kaynağın bulunmaması halinde mali; o hizmet için gereken nitelikleri taşıyacak olan personelin bulunamıyor olması halinde ise teknik olacaktır. Hatta, teknik yetersizliklerin büyük bir çoğunluğunun da mali yetersizlikler sonucu ortaya çıktığı söylenebilecektir.

Burada, bu gerçeğe rağmen, çalışma bakımından bazı hususların daha iyi vurgulanabilmesi amacıyla böyle bir ayırım yapılması yoluna gidilmiştir.

208 Bkz. D 5D, E.1997/1129, K.1998/1411, K.T.13.5.1998, **DD**, S:98, s.302.

Bir başka kararında da Yüksek Mahkeme: “Toplumun sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde *hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle* ve gerekli dikkat ve özenin gözetilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.” sonucuna varmaktadır. Bkz. D 10D, E.1994/3258, K.1995/2379, K.T.3.5.1995, **DD**, S:91, s.1118.

209 Örnek olarak bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.515. Benzer yönde bir ifade olarak ayrıca bkz. S.Güran, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, İstanbul, 1980, s.1.

210 Kamu görevlilerinin “niteliği”nin kamu hizmetlerinin “sürekli ve düzenli” bir biçimde yürütülmesi bakımından oynadığı rol, dördüncü bölümde “Kamu Personel Hukuku” başlığı altında, “kariyer ve liyakat ilkesi” bağlamında da ele alınacaktır.

Yine, mesela; belli bazı branşlarda öğretmen açığının olması, o branşlar bakımından eğitim hizmetlerinin aksamasına yol açabilecektir. Bu takdirde, söz konusu derslerin boş geçmesi sonucunda eğitim ve öğretim hizmetlerinde “süreklilik ve düzenlilik ilkesi” zedelenmiş olacaktır.

Konuyla ilgili bir kararında Danıştay, SSK’ya ait bir hastanenin, personel ve araç-gereç yetersizliğine bağlı olarak, ihtiyaç sahibi bütün hastalara sağlık hizmetinin sürekli ve düzenli olarak sunulmaması nedeniyle, Üniversite hastanesine devrini öngören protokolü hukuka uygun bulmuştur.²¹¹

Bu konuda, dördüncü bölümde, “Kamu Personel Hukuku” bahsinde, “idarenin naklen atama yapma yetkisi” konusunda da değinileceği üzere; belli bir bölgede, belli bir görev için “kamu görevlilerin sayısı ve nitelikleri bakımından” ortaya çıkan yetersizliklerin idare tarafından naklen atama yetkisine başvurulmak suretiyle giderilmesi de mümkün (ve kamu hizmetinin “süreklilik ve düzenlilik ilkesi” gereğince de zorunlu) bulunmaktadır.

Yine Kamu Personel Hukuku bahsinde de değinileceği üzere, kamu görevlilerinin görevlerinden istifa ettikten sonra belli bir süre daha görevlerinde kalması mecburiyetini öngören yasal düzenleme de, o süre zarfında başka bir kişinin göreve atanabilmesi ve böylece hizmetin yeterli kamu görevlisi bulunmaması nedeniyle sürekliliği ve düzenliliğinin kesintiye uğramaması açısından önem taşımaktadır.

C. Hizmetten Yararlanacak Olanların Kişisel Özellikleri ile Kültürel Yapılarının Yaratabileceği Sorunlar

Bazı durumlarda, kamu hizmeti İdare tarafından sürekli ve düzenli bir şekilde sunulmaktadır. Ancak, hizmetten yararlanacak olan kişilerin kuşatıldıkları veya benimsemiş oldukları sosyal, kültürel koşullar o hizmetten yararlanmada sürekliliğinin ve düzenliliğinin sağlanmasında bir engel olabilmektedir.²¹²

211 Bkz. D 10D, E.1997/3536, K.1999/7005, K.T.16.12.1999, www.danistay.gov.tr

212 Kişilerin sahip oldukları sosyo-kültürel yapı, hizmetin aksamasına yol açabilecek “içsel ve fikri” engelleri ifade etmektedir. Bunun yanı sıra, bazı “fiziksel” ve mali engeller de “hizmetten yararlanma açısından sürekliliği” olumsuz yönde etkileyebilecektir. Örneğin, toplu taşıma hizmetlerinin engellilerin de yararlanabilmesine uygun nitelikte olmaması, devlet dairelerinden belli bir hizmet almak için gelen yürüme engelli bir kişinin, engellilerin kullanımına uygun bir asansör olmaması halinde, bu fiziksel engeli nedeniyle hizmete ulaşamaması söz konusu olabilecektir. Benzer şekilde, kamu hizmetlerinin bedelsizlik ilkesine aykırılık oluşturacak şekilde belirlenecek bir fiyat da, maddi gücü düşük olan kişiler açısından süreklilik ve düzenliliği olumsuz yönde etkileyebilecektir. Her iki örnekte de, *gerçekte İdare Hukuku ilkeleri çerçevesinde sunulan bir*

Örneğin, kadına bakış açısındaki kültürel engellere bağlı olarak, bir kadın hasta, sağlık hizmetlerinden yararlanmak konusunda bir erkek doktora muayene olmayı reddedebilmekte ya da eşi, babası, ağabeyi buna karşı çıkabilmektedir. Hatta bu nedenle sağlık çalışanlarının şiddete maruz kalması dahi gündeme gelebilmektedir. Bu örnekte, esasında hizmet sürekli ve düzenli olarak sunulmaktadır. Sağlık tesisi ve sağlık personeli hizmet vermeye hazırdır. Ancak, kişilerin sahip oldukları kültürel özellikler, hizmetten yararlanmada sürekliliği olumsuz yönde etkilemektedir. İhtiyaç sahibi, kendi iradesiyle (?) veya çevresinin baskısı ile hizmet almayı reddetmektedir.

Çağdaş laik devlet anlayışı ve “kadın-erkek eşitliği”ni de bünyesinde barındıran “demokratik” devlet kavramı, kamu hizmeti teorisinde yer alan genellik ve tarafsızlık ilkesi, sağlık hizmetlerinin belli bir bölgede kadın hastalara sadece kadın doktorlar tarafından verilmesine izin ver(e)meyecektir. Ancak, diğer tarafta ise “insan haklarının sert çekirdeği” olarak ifade edilen “yaşam hakkı” durmaktadır.

Burada, eğer aynı niteliklere sahip bir kadın doktor varsa, hasta ona yönlendirilebilecektir. Esas sorun, aynı branşta bir kadın doktorun o hastanede yer almıyor olması ihtimalinde ortaya çıkacaktır. Bu durumda şu sorunun cevaplandırılması gerekecektir: Acaba belli bir bölgedeki bu tür kültürel sorunlar acaba İdarenin o bölgedeki hastanelere naklen atama yapma yoluyla sadece kadın doktor göndermesini gerektirmeli midir?

Bu tür kültürel engellerin uzun vadede ortadan kalkabilmesi için sürekli ve planlı bir şekilde yürütülecek olan eğitim hizmetlerinin önemi ve katkısı elbette yadsınmaz. Ancak halihazırda, bu örnekte, geçici olarak, “insan hakları” ve “insan onuru” çerçevesinde yaşama hakkına öncelik tanınması gerektiği, bunun sağlanabilmesi için de, birtakım –kalıcı hale getirilemeyecek olan- çözümlerin (naklen atama gibi) uygulanabileceği söylenebilecektir.²¹³

hizmetten söz edilemeyecektir. İlk örnekte, kamu hizmetleri fiziksel engellere sahip olanların da yararlanabileceği şekilde kurulmamış; ikinci örnekte ise, kamu hizmetlerinin bedelsizlik ilkesine uyulmamıştır.

213 “Geçici” olarak nitelendirilebilecek çözümlerin “kalıcı” hale dönüşmesi durumunda ise, söz konusu uygulamaların çağdaş İdare Hukuku esaslarına ve –Türkiye örneğinde- laiklik ilkesine aykırılık oluşturabilecek alışkanlıkların doğmasına neden olabileceği de göz ardı edilmemelidir...

Bununla birlikte, hizmetin sürekliliğinin sağlanmasında hizmetten yararlanacak olan kişilerin sosyo-kültürel yapısının dikkate alınmasının sınırı nasıl belirlenecektir? Kuşkusuz, Anayasal sistemle öngörülen esaslar ve hizmetin özü ile bağdaşmayacak şekilde, sadece “kadınlar”ın yararlanacağı parklar, plajlar, toplu taşıma hizmetleri söz konusu olamayacaktır. Genellik-tarafsızlık ilkesi bağlamında yapılan açıklamalar burada da hatırlanabilecektir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ TEORİSİNDE YER ALAN SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİNİN DİĞER İDARE HUKUKU KONULARINA OLAN ETKİLERİ

Kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi, İdare Hukukunda, esas itibariyle, sadece “kamu hizmeti” bahsinde ele alınmakta, bu suretle de, ilke sadece “kamu hizmeti”ne ilişkinmiş ve sadece kamu hizmeti kavramına etki etmekteymiş gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır.

Oysa, çalışmamızın bu bölümünde de inceleneceği üzere, aslında bu ilke, İdare Hukukunun bütün konularıyla ve diğer ilkeleriyle sıkı sıkıya bağlantılı olup onların da yaşama geçirilmesini sağlamakta, onları anlamlı kılmakta; yine onlarla birlikte anlamlı ve etkili olabilmektedir.

A.İdari Teşkilat Hukuku

1.Giriş

Bilindiği üzere, idari teşkilat “merkezden ve yerinden yönetim” olarak iki ana bölüme, bu bölümler de aralarında çeşitli birimlere ayrılmaktadır.

İdarede ortaya çıkan bu çeşitlenmenin yaratabileceği sakıncalar ise, “idarenin bütünlüğü ilkesi”yle bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Gerçekten de, Anayasanın 123.maddesinin ilk fıkrasında, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür.” denilmektedir.

İdarenin bütünlüğü ilkesi, İdarenin yerine getirdiği kamusal görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında belli bir düzen, uyum ve eşgüdümün sağlanması amacıyla hizmet etmektedir. Bu suretle, ülkenin her yerinde, yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve birbirleriyle uyumlu olabilmesi sağlanabilecektir.

İdarenin bütünlüğünü gerçekleştirmeye yönelik hukuki araçlar ise, hiyerarşi ve idari vesayettir. Bu iki denetim aracının süreklilik ve düzenlilik ilkesi açısından taşıdığı öneme biraz ileride değinilecektir.

Merkezden yönetim ile yerinden yönetimin fayda ve sakıncaları, öğretide pek çok açıdan ele alınmakla birlikte,²¹⁴ konuya “kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi” açısından bakılacak olursak şunlar söylenebilir: Merkezden yönetim, sahip olduğu mali ve teknik imkanlarla kamu hizmetlerinin tüm ülkeye dengeli ve eşit bir şekilde sunulmasına yol açar, hizmetlerin maliyetini düşürür, kaynak israfını önler; kalkınmada bölgesel farklılıkları önler. Yerel idareler, nitelikli personel ile yeterli mali ve teknik olanaklardan yoksun olduklarından yasalarla kendilerine verilen görevleri gereği gibi yerine getiremeyebilmektedirler. Bununla birlikte, merkezi yönetimin kamu hizmetlerini aksatıcı bir takım sonuçları da bulunmaktadır: Bütün kararların merkezden alınması, kararı uygulayacak olan birimlerle yazışmaları arttırır; kararların uygulanması sürecinin uzaması hizmetleri aksatır. Kamu hizmetlerinin merkez tarafından yürütülmesi, yerel ihtiyaçların belirlenmesini de zorlaştırabilmektedir.

Yerel idarelerin devlet görevlerinin yerel ihtiyaçlara daha uygun bir şekilde ve daha hızlı görülmesini sağlayabilecekleri ifade edilmektedir. Bununla birlikte, yerel yönetimin sakıncaları arasında, kamu hizmetlerinin bir sistem içinde ve ülkenin her yerinde bir eşitlik içerisinde görülmesine engel olması ve sonuç olarak da ülkenin bir kısmında yaşayanların en önemli ihtiyaçlarının karşılanamaması riski gösterilmektedir. Ülkenin her tarafında mali ve teknik araçlardan aynı şekilde ve aynı oranda yararlanmak mümkün olmayabilir. Mali kaynakları zengin, halkı aydın olan bölgeler gelişme imkanı bulabilecekken kalkınmak için daha etkili yardıma ihtiyacı olan yerler gelişme imkanından yoksun kalabilecektir.

Hizmet bakımından yerinden yönetimin (kamu kurumlarının) yararları arasında ise, uzmanlık alanlarına giren hizmetlerin daha çabuk, iyi ve verimli olarak görülebileceği, yönetimlerinin daha uzman kişilere verilebileceği ve genel bütçeden daha fazla gelire sahip olabilecekleri belirtilmektedir. Bununla birlikte, farklı usullerle çalışmaları dolayısıyla, bütçe ve muhasebe usullerinde ortaya çıkan farklılıkların bu kuruluşların denetlenmesini zorlaştırdığı, bunun da hukuka aykırı harcamaları arttırabileceği, kaynak israfına yol açabileceği ileri sürülmektedir. Kaynak israfı, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak

214 Bu konuda, öğretide detaylı açıklama için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt 1, s.166 vd; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.233 vd; T.Yıldırım, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, İstanbul, 2007, s.40 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.39 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.75 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.156 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 1**, s.135 vd.

yürütülebilmesi için gerekli maddi imkanların da yok edilmesi anlamına gelebilecektir. Ayrıca, kamu kurumlarının kendi içlerinden ve –merkezden- özerk olarak idare olunmalarının, kurum içinde özel çıkarların kuvvetlenmesine yol açabileceği, bunun da İdare içinde (kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak da yürütülebilmesi adına) yenilik ve reform yapılmasını güçleştirebileceği de ifade edilmektedir.

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi açısından, merkezden yönetim ile yerinden yönetimin fayda ve sakıncalarını kesin çizgilerle belirleyebilmek de elbette mümkün gözükmemektedir. Örnek olarak, siyasal basılar veya merkezdeki yetkililerin kişisel eğilimleri, hizmetlerin dağılımında eşitsizliklere yol açabilmektedir. Ayrıca, merkezi yönetimin en büyük sakıncalarından birisi olarak görülen bürokrasiyi güçlendirme, buna bağlı olarak da kamu hizmetlerinin aksaması yerinden yönetimlerde de görülebilmektedir.

Kamu hizmetlerinde uyumun, verimliliğin, süreklilik ve düzenliliğin sağlanabilmesi açısından da, çağdaş üniter devletlerde, her iki sistemin de bir arada uygulandığı görülmektedir.²¹⁵

2.Kamu Tüzelkişilerinin Sona Erme Şekilleri

a) Genel Olarak

Anayasanın 123.maddesine göre, kamu tüzel kişilikleri, yasa ile ya da yasada yer alan açık yetki kuralına bağlı olarak idari işlemle kurulurlar ve aynı şekilde sona ererler. “İdarenin kanuniliği ilkesi”nin sonucu olan bu kural, kamu hizmetlerinin sürekliliğini de sağlar.

Buna göre, kamu tüzelkişileri, ancak yasa ile ya da onun verdiği izin çerçevesinde bir idari işlemle kurulabilecek ve görevleri, yetkileri, teşkilatı, personeli, mal rejimi de yasa ile düzenlenecektir. Kamu hizmetlerini yürütecek olan idarenin bu yasal çerçevede kendisine

215 Bilindiği üzere, 1982 Anayasasında da her iki sistemin birlikte uygulanacağı hüküm altına alınmış bulunmaktadır. (Any. md.123/2)

Anayasada, merkezden yönetim ile yerinden yönetimin sakıncalarını gidermek amacıyla; yetki genişliği (Any md.126) ile idari vesayet (Any md.127) öngörülmüştür. Bu şekilde, Anayasal düzeyde merkezden yönetim ile yerinden yönetim arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Yetki genişliği, merkezde toplanmış yetkilerin bir bölümünün yine merkezin denetimi altında, merkezdeki ve taşradaki bazı yüksek görevlilere aktarılmasıdır. Anayasanın 126.maddesinin gerekçesinde de, yetki genişliği ile, kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyumun sağlanması, hizmetlerin görülmesini aksatıcı bürokratik engellerin bertaraf edilmesi amacının güdüldüğü belirtilmiştir. Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s.36. İdari vesayet konusuna, biraz ileride değinilecektir.

yüklenen faaliyete başlama ve faaliyeti sürdürme zorunluluğu vardır. Bu durum, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesine olanak sağlar.

Görüldüğü üzere, kamu tüzelkişilerinin veya onu oluşturan gerçek kişilerin bu konuda iradelerine bakılmamaktadır. İdare, hizmeti aksi yönde bir yasal düzenleme yapılmadığı veya hizmetin dayanağı olan yasal düzenleme kaldırılmadığı sürece, “sürekli ve düzenli” olarak yerine getirmek zorunda kalacaktır.²¹⁶

b)Kamu Tüzelkişilerinin Sona Erme Şekilleri: Belediyelerin ve Köylerin Tüzelkişiliğinin Sona Ermesi

5393 sayılı Belediye Kanununun 11.maddesinde, belediye ve köylerin tüzelkişiliğinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Yasanın 11.maddesine göre, ‘*belediye sınırı veya meskun sahası, bağlı olduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına, 5.000 metreden daha yakın duruma gelen belediye ve köylerin tüzel kişiliği; genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda, Danıştayın görüşü alınarak, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine müşterek kararname ile kaldırılarak bu belediyeye katılır.*’

Madde gerekçesinde, 1580 sayılı Belediye Kanununda, belediye tüzel kişiliğinin hangi hallerde sona ereceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı, usulde paralellik ilkesi uyarınca belediye kuruluş koşullarını kaybeden belediyelerin tüzel kişiliklerinin ortadan kaldırılabilceği düşünülse de bu yolun işletilmediği, bu şekilde koşulları bulunmayan birçok belediyenin varlığının devam etmesi nedeniyle *kaynakların verimsiz kullanımı, görevlerin ifasında acze düşme, çarpık kentleşme ve gecekondulaşma* gibi sorunlara yol açılmış olduğu görüşlerine yer verilmektedir.

216 *Özel hukuk tüzelkişileri ise, istisnalar bir yana bırakılacak olursa, o tüzelkişileri oluşturan kişilerin iradelerine bağlı olarak kurulur, faaliyette bulunur ve sona ererler. Özel hukuk tüzelkişilerinin, faaliyetlerine devam etmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Yürütmekte oldukları faaliyetlere kendi iradeleriyle, kar elde edemedikleri gerekçesiyle son verebilirler.*

Ancak, kamu tüzelkişileri, kamu yararını gözetirler (bunu gerçekleştirebilmek adına da kamu kudreti kullanabilirler) ve kendilerine yasalarla yüklenen kamusal görevleri, söz konusu yasaların varoluş gerekçeleri devam ettikçe, yasalar yürürlükte kaldıkça yerine getirmek zorundadırlar.

Dolayısıyla, söz konusu düzenleme ile, belediyelerin birleştirilmesi, hizmetlerin “etkin ve verimli” (bir başka deyişle, sürekli ve düzenli) olarak görülmesi amaçlandığı söylenebilecektir.²¹⁷ Madde metninde yer alan “*genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda*” ifadesi de bu sonucu desteklemektedir.

Anayasa Mahkemesi de bu kuralın iptali için açılan bir davayı, “yasakoyucunun, *hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi amacıyla, takdir yetkisi çerçevesinde düzenlemeler yapabileceği*” gerekçesiyle reddetme yoluna gitmiştir. Yüksek Mahkemeye göre: “Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirlenmekte, üçüncü fıkrada ise mahalli idarelerin seçimlerinin 67. maddedeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağı öngörülmektedir. Buna göre, yasa koyucu, Anayasanın 67. maddesindeki koşullar çerçevesinde yapılan seçimlerle oluşan yöre halkının beş yılla sınırlı iradesini gözetecektir. Ancak, mahalli idarenin oluşumu ve nitelendirilmesi konusunda *takdir yetkisini kullanabilecektir. Bu durumda, yasa koyucu mahalli idarelerin kuruluş esaslarını, maddi ve usule ilişkin çerçeveyi belirlemek koşuluyla, ölçek sorununu dikkate alarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabilir, belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürebilir.*”²¹⁸

Danıştay 1. Dairesi de, belediye ve köylerin köy tüzelkişiliklerinin kaldırılarak bir belediyeye katılmaları hususunda verdiği çeşitli kararlarda; “*imar düzeni ve temel altyapı hizmetleri bakımından gereklilik arz ettiğinin*”²¹⁹ veya “belediyenin kendi sınırları içinde sunduğu hizmetlerde *aksama olup olmayacağıının*”²²⁰ yeterli nesnel ve gerçekçi verilerle desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir.

217 Öğretide YILDIRIM, bu düzenlemeye demokratik katılımı azaltabileceği yönünde bir eleştiri getirmektedir. Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekisoy, **İdare Hukuku**, s.183.

218 Bkz. AYM E.2005/95, K.2007/5, K.T.24.1.2007, RG 29.12.2007-26741.

219 Yüksek Mahkeme, yasa hükmünün amacını da şu şekilde açıklamaktadır: “...kent çevresinde sanayileşmeye paralel olarak hızla gelişen yapılaşma taleplerinin kontrol altına alınması, kentin katılması önerilen alanlarla birlikte planlanması, gelişme alanlarında hizmet açısından *kesikliğinin ve kopukluğunun önlenmesi* amacıyla (düzenlenen) 5393 sayılı Belediye Kanununun 11.maddesi...”. Bkz. D 1D, E.2008/1301, K.2009/96, K.T.19.1.2009, www.danistay.gov.tr

220 Bkz. D 1D, E.2008/1150, K.2008/977, K.T.13.10.2008, www.danistay.gov.tr

Bu mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi, belediye ve köy tüzelkişiliklerinin sona erdirilmesi sürecinde dikkat edilecek hususlar arasında ön plana çıkmaktadır.

3.Merkezi İdareye Verilmiş Olan Görevlerin Yerine Getirilmesine İlişkin Esaslar

Bilindiği üzere, Başbakanlık ve bakanlıkların görev alanı konusu, siyasi konular veya tercihler açısından Anayasa Hukuku; idari görevler bakımından ise İdare Hukuku ile bağlantı içinde bulunmaktadır.

Merkezi İdarenin merkez teşkilatında, Cumhurbaşkanı ile Başbakan ve Bakanlar Kurulu yer almaktadır. Anayasanın 104.maddesine göre, Devletin başı olan Cumhurbaşkanı, Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir. Cumhurbaşkanı, aynı zamanda yürütmenin bu kanadını oluşturmakta ve bu bağlamda bazı idari faaliyetlerde bulunmaktadır. Ancak, Merkezi İdare (dar anlamda Devlet kamu tüzelkişisi) adına görülen faaliyetler, esas itibariyle, “işbölümü” esasına dayalı olarak Başbakan ve bakanlıklar tarafından yerine getirilmektedir.

a)Cumhurbaşkanı ve Devlet Denetleme Kurulu

Anayasanın104.maddesinde, Devlet organlarının sürekli ve düzenli olarak faaliyette bulunabilmesi için, Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin görevlerinden biri olarak, “Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak” düzenlenmiştir.

Anayasanın 108.maddesine göre, Devlet Denetleme Kurulu; *“İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla”*, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulur. Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar.

Görüldüğü üzere, DDK, İdare (ve hatta, özel hukuk tüzelkişileri olan işçi ve işveren kuruluşları ile kamuya yararlı dernek ve vakıflarda) inceleme ve denetleme yapabilmektedir.

Ayrıca, 3.4.1981 tarihli ve 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanununun 1.maddesinde de, Kurulun kuruluş amacı; “Yönetimin hukuka uygun, *düzenli* ve verimli bir şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması” olarak ifade edilmiştir.

Devlet Denetleme Kurulu, kamu yönetimindeki yolsuzlukların, hukuka aykırılıkların önlenmesinde ve tespit edilmesinde kullanılabilir önemli bir denetim aracıdır. Bu bakımdan, Devlet Denetleme Kurulunun kamu hizmetlerini yürüten kamu kurum ve kuruluşlarını denetleyerek, bu alandaki aksaklıkların ve sorunların tespitinde, giderilmesinde; dolayısıyla da hizmetlerin hukuka (ve bu bağlamda kamu hizmeti ilkelerine) uygun, gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak sunulmasında önemli rol oynayacağı söylenebilecektir. Çünkü, DDK raporlarında yer alan hukuka aykırılıklar, Cumhurbaşkanı tarafından, gereğinin yapılması için ilgili mercilere intikal ettirilebilecektir.²²¹

b)Başbakanın Görev Alanı ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi

b)1) Başbakan, Bakanlar Kurulunun başı olarak, bakanlıklar arasında işbirliğini ve uyumu sağlamakla görevlidir. Anayasanın 112.maddesinin 2.fıkrasında, başbakanın “bakanların görevlerinin *Anayasa ve kanunlara uygun olarak* yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlü olduğu” ifade edilmiştir.

Öğretide, bağlı ve ilgili kuruluşların çokluğu ile Anayasal görev ve yetkilerinin yanı sıra, çeşitli yasal ve idari düzenlemelerle verilen görev ve yetkilerle birlikte, Başbakanın bir *hizmet bakanlığı* haline getirilmiş olduğu ifade edilmektedir.^{222 223}

221 Bununla birlikte, bu durum ancak DDK'nın etkili bir denetim aracı olarak görev yapabilmesi ve hazırlayacağı raporların da gereklerinin yerine getirilmesi halinde geçerli olabilecektir.

2443 sayılı Yasanın 6.maddesinde, “Cumhurbaşkanı *gerek gördüğünde* önemli konularla ilgili raporları doğrudan adli ve idari mercilere intikal ettirir.” denilerek, Cumhurbaşkanına bu konuda bir takdir yetkisi tanıyan izlenimi verilmektedir. İdarenin görevlerini gereği gibi, hukuka uygun olarak sürekli ve düzenli bir şekilde yerine getirebilmesini sağlayacak denetim araçlarından biri olan DDK'nın etkin bir şekilde çalışması açısından bu hüküm eleştirilebilecektir. Elbette, “hukuka saygılı” bir Cumhurbaşkanının, bir suçun işlendiğine veya bir hukuka aykırılığın bulunduğu dair ciddi emarelerin, belgelerin, raporların kendisine iletilmesi ihtimalinde, durumu derhal Adli ve İdari mercilere bildirmesi beklenecektir...

222 Örneğin, bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C.1, s.203. Başbakanlık makamının bakanlıklar üzerindeki denetim yetkisi dışında kalan bu fonksiyonu için b)2) şıkkındaki açıklamalar geçerli olabilecektir.

223 Bu olgunun doğal ve kaçınılmaz bir sonucu olarak, bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarını düzenleyen 3046 sayılı Yasanın 4.maddesinde, “Devlet Bakanlığı” statüsü de öngörülmüştü. Bununla birlikte, madde başlığı, “Başbakan Yardımcıları ve Devlet Bakanları” iken, 3/6/2011 tarih ve 643 sayılı KHK'nın 1. maddesi ile

b)2) 1984 tarih ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanununun 1.maddesinde, Başbakanlık teşkilatının kuruluş amaçları arasında, “Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlamak; Devlet teşkilatının *düzenli* bir biçimde işlemesini sağlamak; Anayasa ve kanunlarla Başbakana verilen görevleri yerine getirmek için Başbakanlık Teşkilatının kurulmasına, teşkilat ve görevlerine ait esasları düzenlemek” olduğu belirtilmektedir.

Yine, 3056 sayılı Yasanın 2.maddesinde, Başbakanlığın görevleri arasında, “a) Anayasa ve kanunlarla verilen *hizmetleri yerine getirmek* amacıyla gerekli tedbirleri almak; b) Devlet teşkilatının *etkili bir biçimde* işlemesini temin edecek ilkeleri tespit etmek, kalkınma planları ile yıllık programların uygulanmasını takip etmek; c) İdarede *etkinliğin* sağlanması, görevlerin *tam ve verimli bir şekilde zamanında* yerine getirilmesi, idari usul ve işlemlerin basitleştirilmesi, Devlet Teşkilatının düzenlenmesi için gerekli olan sistem ve prensiplerin geliştirilmesini ve uygulanmasını sağlamak” yer almaktadır.

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi açısından önemli bir diğer madde de Yasanın 4.maddesidir. Başbakanın, bakanların görevlerini yerine getirmelerini gözetme ve düzeltici önlemleri alma yetkisi, 4.maddede şu şekilde vurgulanmaktadır: “Başbakan; a) Türkiye Cumhuriyetinin yüksek hak ve menfaatlerini korumak ve gözetmek, milletin huzur ve güvenini sağlayıcı önlemleri almak, genel ahlakı ve kamu düzenini muhafaza etmek, *ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı sağlamak*, refahı yaygınlaştırmak, Hükümetin genel siyasetini yürütmek ve diğer maksatlarla *bakanlıklar arasındaki ahengi ve işbirliğini* temin eder.”

Bakanlıkların görevlerinin *Anayasa ve kanunlara uygun olarak* yerine getirilmesini gözetir ve düzeltici önlemleri alır.”

Bu düzenlemeler, Başbakan ile bakanlıklar arasındaki siyasi ilişkinin bir gereği ve sonucu olarak kabul edilebilecek; bakanlıklar tarafından yürütülen kamusal görevlerin düzenli

“Başbakan Yardımcıları” olarak değiştirilmiş ve “devlet bakanlığı” statüsünün kaldırılması yoluna gidilmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre, “Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulunda *eşgüdüm* sağlamak üzere Hükümetin oluşumu ve genel siyasetinin yürütülmesinin gerektirdiği sayıda bakan, Başbakan Yardımcısı olarak görevlendirilebilir. Ayrıca Başbakana yardım etmek ve Başbakan tarafından verilecek görevleri yerine getirmek, Bakanlar Kurulunda *koordinasyonu sağlamak, özel önem ve öncelik taşıyan konularda tecrübe ve bilgilerinden istifade edilmek amacıyla* Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakan Yardımcısı unvanıyla görev yapmak ve sayısı beşi geçmemek üzere bakan görevlendirilebilir.”

ve ahenkli -dolayısıyla da sürekli ve düzenli olarak- yerine getirilmemesi durumunda ise bakanların sadece siyasi sorumluluğunun ortaya çıkabileceği söylenebilecektir.

Bununla birlikte, Danıştay, söz konusu düzenlemeler çerçevesinde Başbakanlığın siyasi denetiminin yanı sıra, “düzenleyici işlemler” yapabileceğini de kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, “Başbakanlığın kamu hizmetlerinin görülmesinde *verim ve uyumu* sağlamak adına, sahip olduğu genel gözetim yetkisini kullanarak” çıkardığı tasarruf tedbirleri ile ilgili genelgeler, “idarenin bütünlüğü ilkesi”nin uygulanmasını sağlamaya yönelik kullandığı araçlardan biridir.²²⁴

b)3) Görüldüğü üzere, Başbakanlığın bakanlar tarafından yürütülen kamusal görevlerin (bu kapsamda kamu hizmetlerinin) birbirleri ile ahenkli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesinin sağlanması bakımından hem siyasi, hem de hukuki görev ve yetkilere sahip olduğu kabul edilmektedir.

c) Bakanlıkların Görev Alanı ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi

Bilindiği üzere, Bakanlıklar, Merkezi İdare tarafından yürütülen idari görevlerin “ihtisas ve işbölümü” esasına göre yerine getirilebilmesi amacıyla öngörülmuş bulunmaktadır.

Gerçekten de her bakanlık, Merkezin belli bir temel görevini, yasadan aldığı yetki çerçevesinde yürütmekte ve böylelikle de, o görev alanında “ihtisaslaşmaktadır.” İşbölümü ve uzmanlaşma esasına dayalı olarak görev dağılımının olması, söz konusu görevlerin (bu kapsamda hizmetlerin de) “gereği gibi”(sürekli ve düzenli olarak da) yürütülmesi açısından önem taşımaktadır. Bir görevin, o konuda ihtisas sahibi olmayan bir bakanlığa verilmesi ya da ihtisas sahibi bir bakanlıktan alınıp başka bir bakanlığa verilmesi, söz konusu görevin “gereği gibi” (sürekli ve düzenli olarak da) yapılamaması riskini doğurabilecektir.

1984 tarih ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görevler Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun “Amaç” başlıklı 1.maddesinde, söz konusu

²²⁴ Bkz. D 5D, E.2006/532, K.2008/5466, K.T.7.11.2008, www.danistay.gov.tr

Yasanın amacının kamu hizmetlerinin *düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik* bir şekilde yürütülebilmesi için bakanlıkların kurulmasına, teşkilat, görev yetkilerine ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi olduğu belirtilmektedir.

3046 sayılı Yasanın, Bakanlıkların kurulmasını düzenleyen 3.maddesinde de, “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, mevcut bakanlıkların bölünmesi veya birleştirilmesi, bakanlıkların görevleri, yetkileri ve teşkilatı bu Kanun esaslarına göre düzenlenir.” denilmektedir.

Aynı maddede, uyulması zorunlu esaslar ise, şu şekilde maddede belirtilmiştir: a) *İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. Teşkilatlanmada görev ve yetkilerin tespitinde bu bütünlük bozulamaz;* b) Bakanlıkların kuruluş ve teşkilatlanmalarında *etkili bir idare, iş bölümü, kontrol ve koordinasyonun sağlanması* esastır; c) Aynı ve benzer hizmet veya görevlerin tek bir bakanlık tarafından veya sorumluluğunda yürütülmesi, *atıl kapasite ve kaynak israfının önlenmesi* esastır.

Görüldüğü üzere, yasakoyucu (veya yetki kanunu çerçevesinde kanun hükmünde kararname çıkartacak olan BK), bakanlıklar ile onların görev ve yetki alanlarını belirlerken, “kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesi; idarenin bütünlüğü ilkesi; bakanlıklar arasında uyum, işbirliği ve eşgüdümün sağlanması; atıl kapasite ve kaynak israfının önlenmesi”ni göz önüne almak, bir başka deyişle süreklilik ve düzenlilik ilkesine uygunluk açısından da bir değerlendirme yapmak durumunda kalacaktır (kalmalıdır).

4. İdarenin Hiyerarşik Denetim ve İdari Vesayet Denetimi Yapma Yetkisi

Bilindiği üzere, “İdarenin denetlemesi”; “İdarenin bütünlüğü ilkesi”ni gerçekleştirmeye yönelik hukuki araçlardan birisini oluşturmaktadır. İdarenin, İdare Hukuku çerçevesinde denetlenmesi ise, iki usulle gerçekleştirilmektedir: Hiyerarşi ve idari vesayet.

Bu iki mekanizma, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi açısından önemli rol oynamaktadır.

a) Hiyerarşi

Hiyerarşi, tek bir kamu tüzelkişisi içinde yer alan çeşitli mekan ve birimler arasındaki bütünlüğü sağlamaktadır.

İdare işlevinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacına hizmet eden, genel ve olağan kabul edilen hiyerarşik denetim; idari makam ve görevlilerin ast-üst ilişkisiyle aşağıdan yukarıya doğru birbirlerine bağlanmasıdır²²⁵.

Hiyerarşik denetimde, üst, mevzuatın ne yönde uygulanacağını, görevin ne şekilde yerine getirileceğini işlem, emir ve direktifleriyle belirler; yetkili olduğu birimin iç düzenine ilişkin karar ve tedbirler alır. Astın yaptığı işlemi onaylamak, düzeltmek, değiştirmek, iptal etmek, uygulanmasını ertelemek veya durdurmak hiyerarşik üstün yetkileri arasında bulunmaktadır.

Böylelikle, hem kamusal yetkilerin ve görevlerin teşkilat içinde aynı şekilde, sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesi ve hem de personelin belli bir disiplin içinde çalışması sağlanabilmektedir.

Aynı zamanda kamu görevlileri, mevzuatı kendi görüş ve anlayışlarına göre değil, üstlerinin görüş ve anlayışına göre uygulayacağından, mevzuatın teşkilatın her kademesinde ve her biriminde aynı şekilde anlaşılması ve uygulanması garanti altına alınmış olmaktadır.

Kamu görevlilerinin hizmet gereklerine (süreklilik ve düzenlilik ilkesine de) ve çalışma ortamına aykırı davranışları da –hiyerarşi ilişkisi içinde- disiplin suçları ve cezaları ile engellenmekte ve yaptırıma bağlanmaktadır.

Görüldüğü üzere, kamusal görevlerin “gereği gibi” yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla öngörülmüş bulunan bu denetim aracı, ile hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak sunulması da sağlanmış olmaktadır.

225 Bu konuda genel bilgi için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.174 vd; T.Yıldırım, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, s.26 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.107 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.71 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 1**, s.152 vd.

b) İdari Vesayet

İdarenin bütünlüğünün sağlanması için öngörülen idari denetim mekanizmasının bir diğer türünü idari vesayet oluşturmaktadır.

İdari vesayet, ayrı tüzelkişiliklere sahip idarelerden birinin diğerini ‘kamu yararı, hizmetlerin gereği gibi, bir uyum ve eşgüdüm içerisinde yerine getirilebilmesi’ amacıyla denetlenmesi olarak ifade edilmektedir.

b)1) Klasik Anlamda İdari Vesayet: Klasik anlamda idari vesayet, merkezi idarenin yerel yönetimler ile kamu kurumları üzerindeki denetimini ifade etmektedir.

Bu çerçevede idari vesayet, yerinden yönetimin bazı sakıncalarını gidererek idarenin bütünlüğünü; kamu hizmetlerinin ülke genelinde düzenli, eşit ve sürekli olarak sunulmasını sağlamaktadır.²²⁶

Anayasanın 127.maddesinde de: ‘‘Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.’’ düzenlemesi yer almaktadır.

Danıştay’ın da bir kararında belirttiği üzere: ‘‘İdari vesayet, kamu düzenini ve idarede bütünlüğü sağlamak için kamu yararı amacıyla kanunların verdiği yetkiye dayanarak, merkezi idarenin, yerel yönetimin organları ve bunların bazı işlemleri ile harcamaları üzerinde, *kamu hizmetinin gereklerine* uygun olarak kullanılan bir denetim şeklidir. Merkezi idareye verilen bu yetki ile yukarıda belirtildiği üzere kamu düzeni bakımından ülkede *genelliği ve bütünlüğü* sağlama amacı güdülmüştür.’’²²⁷

Anayasa Mahkemesi de, 127.maddenin 5.fıkrasını şöyle yorumlamaktadır: ‘‘Beşinci fıkrada ise, itiraz konusu kural bakımından büyük önem taşıyan yerel yönetimlerin merkezi yönetimle ilişkisi düzenlenmektedir. Burada yerel yönetimlerin

²²⁶ Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.171.

²²⁷ Bkz. D 8D E.1995/860; K.1996/3398, K.T.25.11.1996, www.danistay.gov.tr

özerkliği ile yönetimin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde idari vesayet yolu ile bir denge kurulduğu görülmektedir. Gerçekten: “Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, *kamu görevlerinde birliğin sağlanması*, toplum yararının korunması ve *mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması* amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.” diyen beşinci fıkra hükmü, merkezi yönetimin yetkilerini ayrıntıya varan bir titizlikle düzenlerken, merkezi -yerel yönetim ilişkisinde dengenin iki yönetimden herhangi birinin lehine bozulmasını önlemek istemiştir. Böylece yerel yönetim-merkezi yönetim ilişkisinde bir dengeyi zorunlu gören Anayasakoyucu yerel yönetimlere özerklik tanıırken merkezi yönetime de onlar üzerinde bir denetim yetkisi vermiştir. Ancak idari vesayet adı verilen bu denetimin çerçevesini yine kendisi çizerek iki yönetim arasında doğabilecek yetki çatışmalarını önlemek istemiştir.²²⁸

b)2) İdari vesayet yetkisinin anlamının genişlemesi: Klasik anlamda idari vesayet, yukarıda açıklanmış olmakla birlikte, bugün artık iki ayrı kamu tüzelkişisinden birinin diğeri üzerinde yapmış olduğu denetimin de idari vesayet olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Aksi halde, örneğin, Yüksek Öğretim Kurulu ile üniversiteler; Türkiye Barolar Birliği ile bir ilin Barosu; büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasındaki idari denetim ilişkisinin anlamın ve kapsamının belirlenebilmesi mümkün olamayacaktır.

Bu geniş anlamıyla da idari vesayet denetimi; yasalar çerçevesinde, kamu hizmetlerinin ülke genelinde, idari birimler arasında belli bir uyum ve bütünlük içerisinde, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından gereği gibi (“aynı zamanda yerinde olarak”) yürütülebilmesi –bir başka ifade ile sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesi- açısından önemli bir rolü üstlenmektedir.

228 Bkz. AYM E.1990/38, K.1991/32, K.T.26.9.1991, RG 28.11.1991-21065.

c)Sonuç

“İdarenin bütünlüğü ilkesi”nin yaşama geçirilmesini sağlayan mekanizmalardan olan bu idari denetim usulleri; kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenlilik ilkesini gözeten ve koruyan mekanizmalar haline gelebilmektedir.

Çünkü hiyerarşi ve idari vesayet yetkileri; bir hizmetin süreklilik ve düzenlilik ilkesine uygun olarak yürütülmesinin sağlanması ve bu ilkeye uygun hizmet sun(a)mayan kamu görevlilerine yaptırımlar getirilmesi amaçlarıyla kullanılabilir.

5. Mahalli Müşterek İhtiyaçların Aksamadan Yürütülebilmesi Çerçevesinde Merkezi İdareye Tanınan Yeni Hukuki Usuller

5a)Mahalli müşterek ihtiyaçların aksamadan yürütülebilmesi çerçevesinde 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanununda yeni hukuki mekanizmalar öngörülmüş bulunmaktadır.

Gerçekten de, İl Özel İdaresi Kanununun 40.maddesine göre: “İl özel idaresi hizmetlerinin *ciddi bir biçimde aksatıldığı* ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğinin ilgili bakanlığın talebi üzerine yetkili sulh hukuk hakimi tarafından belirlenmesi durumunda,

İçişleri Bakanlığı;

a) Hizmetlerde meydana gelen aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek il özel idaresinden ister.

b) Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister. Bu durumda, vali, aksaklığı öncelikle il özel idaresinin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla giderir. Mümkün olmadığı takdirde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarını da kullanabilir. Bu nedenle ortaya çıkacak maliyet vali tarafından İller Bankasına bildirilir ve İller Bankasınca o il özel idaresinin müteakip ay genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden il özel idaresine ayrılan paydan valilik emrine gönderilir.”

Aynı şekilde, Belediye Kanununun 57.maddesine göre de: “Belediye hizmetlerinin *ciddi bir biçimde aksatıldığı* ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğinin İçişleri Bakanlığının talebi üzerine yetkili sulh hukuk hakimi tarafından belirlenmesi durumunda İçişleri Bakanı, hizmetlerde meydana gelecek aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek belediye başkanından ister.

Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister. Bu durumda vali, aksaklığı öncelikle belediyenin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla giderir. Mümkün olmadığı takdirde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarını da kullanabilir. Ortaya çıkacak maliyet vali tarafından İller Bankasına bildirilir ve İller Bankasınca o belediyenin müteakip ay genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden belediyeye ayrılan paydan valilik emrine gönderilir.

İçişleri Bakanlığının talebi üzerine sulh hukuk hakimi tarafından alınan karara karşı ilgili belediyece asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir.”

5)b) Söz konusu düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere; İçişleri Bakanlığı il özel idaresi ve belediyeler tarafından yürütülen kamusal görevlerin, kamu düzeninin hayati derecede olumsuz şekilde etkileyecek şekilde aksadığı yönünde karar alınabilmesi için sulh hukuk hakimine başvurmak durumunda kalacaktır. Bu yönde karar alınması şartıyla, görevin aksamasını önleyecek veya aksamayı giderecek idari işlemler yapılabilecektir.

5)c)Bu düzenlemelerle ilgili olarak, akla gelen ilk husus; İdarenin “kamu düzenini hayati derecede etkileyen” bir durumun tespiti ve bunun giderilmesi için harekete geçebilmesi için adli hakimlerin kararına ihtiyaç duyması nedeniyle zaman kaybı yaşanacağı ve bu zaman dilimi içerisinde, kamusal görevlerin aksamaya devam etmesi sonucunda bazı ek zararların doğabilecek olmasıdır.

YILDIRIM da, belediye hizmetlerinin ciddi bir biçimde aksatıldığı ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediği bir durumda, *ivedi bir tedbirin* alınması gerektiğini belirtir. Yazara göre, “İçişleri Bakanlığının talebi üzerine idarenin işleyişindeki aksaklığın tespitinin hakime bırakılması yerinde bir düzenleme değildir. Yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayan hakim bu konuda nasıl karar verebilecektir? Ayrıca

belediyelere itiraz imkanının tanınması müdahale sürecini daha da uzatacağı için telafisi imkansız zararlara yol açabilir.’’²²⁹

Öğretide, söz konusu düzenlemelerin, ülkemizde de benimsenen ‘‘idari rejim’’ sistemine uygun düşmediği de dile getirilmektedir.²³⁰ İdari İşlemler Teorisi bahsinde de değinileceği üzere; idari işlemler, kamu yararının sağlanması, hizmetlerin *gereği gibi* (sürekli ve düzenli olarak da) yürütülebilmesi için hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta, ayrıca önceden başka bir makam ya da bir yargıç kararına ihtiyaç duymaksızın, tek yanlı olarak, icra edilebilmektedirler.

İdari rejim çerçevesinde, İçişleri Bakanlığı ile onun taşradaki temsilcileri olan vali ve kaymakamların, bir olgunun ‘‘kamu düzenini hayati derecede olumsuz etkilemesine’’ yol açacak nitelikte olup olmadığına, tek başlarına, bir yargı kararına gerek duymaksızın, karar verebilmeleri ve gereken önlemleri alabilmek için harekete geçebilmeleri gerekirdi. Bu yanılla, söz konusu düzenlemenin kamu düzeninin genel koruyucusu olan merkezi idarenin idari vesayet denetimini de etkisiz hale getirdiği de söylenebilecektir.²³¹

5)d) Ancak bu noktada, şu hususa da açıklık getirmek gerekmektedir: Kamusal görevlerin yapılmaması veya gecikmesi eğer bizatihi il genel meclisinin ya da belediye meclisinin faaliyetlerinden kaynaklanmakta ise, artık başka normların uygulanması gerekecektir.

Gerçekten de, yasal düzenlemelerde, söz konusu hareketsizlik hali ‘‘meclisin fesih nedeni’’ olarak kabul edilmektedir.

229 Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.200, 201.

230 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, İstanbul, 2008, s.230.

231 Öngörülen hukuki mekanizmanın bir başka boyutu, esasen ‘‘kamu yararı, kamu düzeni, kamu hizmeti ilkeleri’’ kavramlarının içini doldurabilecek, bu kavramları doğru yorumlayabilecek nitelikteki idari yargıçlar ve yine bunu sağlayacak yargısal araçlara sahip olan idare mahkemeleri yerine adli yargının tercih edilmesidir.

Bu yanılla, söz konusu düzenlemeler idari faaliyetlerde idari yargının etkisini azaltan, onları özel hukuk kuralları ile özel hukuk yargılamasına tabi kılınmasını savunan anlayışın ürünüdür. Bu konuya, Yargı Denetimi bölümünde daha detaylı olarak değinilecektir.

Bu konuda, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 22.maddesinde, meclisin feshi sebeplerinden biri olarak, “kendisine kanunla verilen ödevleri *süresi içinde yapmayı ihmal eder* ve bu durum *il özel idaresi işlerini aksatırsa*” ifadesi yer almaktadır.

Buna paralel olarak, 5393 sayılı Belediye Kanununun “meclisin feshi”ni düzenleyen 30.maddesinde de “Belediye meclisinin kendisine kanunla verilen görevleri *süresi içinde yapmayı ihmal eder* ve bu durum *belediyeye ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratırsa*” İçişleri Bakanlığının bildirimine üzerine Danıştay kararı ile feshedileceği belirtilmektedir.²³²

B. Kamu Personel Hukuku

1.Giriş

1)a) İdare, kendisine yüklenen kamusal görevleri, istihdam ettiği personeli aracılığıyla yerine getirir. Devlet yapılanmasını bir “insan bedenine benzetecek olursak, bu vücudun hareketini, hayatiyetini temin eden”²³³ gerçek kişiler, merkezi ve yerel meclislerde görev alan seçilmişlerden, kamu hizmetine kadro üzerinden ömür boyu bağlanmış memurlara, devletçe tanınmış yetki sayesinde iş gören noter gibi serbest meslek sahiplerinden, imtiyaz ya da sözleşme hakkı kullanan yüklenicilere kadar uzanan büyük bir çeşitlilik göstermektedir.²³⁴

232 Konuyla ilgili, 1580 sayılı Belediye Kanunu döneminde verilen bir Danıştay kararında; bir belediye meclisinin çoğunluk sağlayan bazı üyelerinin, Belediye Başkanına karşı olan tutumları nedeniyle, başkanı çalışamaz duruma getirdiği tespit edilmiş ve söz konusu Yasanın -bugünkü düzenlemeye paralel hükümler içeren- 53.maddesi çerçevesinde, bu meclisin feshine karar verilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, belediye organlarını oluşturan kişilerin tüm yöre halkının temsilcisi olarak hizmet vermeleri, yöre halkının çıkarları bakımından ve kamu *hizmetlerinin etkili ve hızlı yürütülebilmesi için ortak tutum ve eylemlere yönelmeleri, uzlaşa sağlamaları zorunludur. Aksi halde, Belediyece yapılacak işlerin gecikmeye uğrayacağı, bu nedenle de kamu hizmetlerini aksatacak sonuçlar doğabilecektir. Bkz. D 8D, E.1996/2937, K.1996/2375, K.T.1.10.1996, www.danistay.gov.tr*

233 Bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 2, s.1065.

Ayrıca bkz. C.Kanlıgöz, **Türk Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2002, s.6: “Birer soyut varlık olan kamu tüzelkişilerine hayat ve irade verenler, onu harekete geçirerek idare çarkının dönmesini sağlayanlar; bir anlamda devleti (iradeyi) somutlaştıran, hatta devletle özdeşleştirenler, idarenin insan unsurunu oluşturan kamu görevlileridir.”

234 Bkz. B.A. Güler, “Türkiye’de Kamu Personel Rejimi Esasları”, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı ve TÜHİS, Türkiye’de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, Hilton Oteli, Ankara 22-23 Şubat 2003 (http://www.egitimsen.org.tr/makale/birgulaymangurel_subat2003.html).

İdarenin insan ögesine “kamu görevlileri”, “kamu personeli” ya da Anayasada kullanılan bir ifade ile “kamu hizmeti görevlileri” denilmektedir. Bu kavram, en geniş, geniş ve dar olmak üzere çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır.²³⁵

1)b) İdare Hukuku’nda “kamu görevlisi” kavramı Anayasa’nın 128.maddesinde yer alan, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler” i yürüten 657 sayılı Devlet Memurları Kanun’a tabi olan memurlar ve kendi özel yasaları çerçevesinde görevlerini yürüten diğer kamu görevlileridir.

“Dar anlamda kamu görevlisi” olarak ifade edilebilecek olan bu personel, kamu tüzelkişilerinde mesleki bir sıfatla ücretli bir iş yapan ve kamu hukuku rejimine tabi olan bütün kişileri ifade eder.

Kamu görevlisi sayılma şartları ise şu şekilde belirtilebilir: Bir kamu tüzelkişisine bağlı olarak çalışma şartı ve de “genel idare esasları”na göre yürütülen “asli ve sürekli bir görev”in varlığı şartı.

Aşağıda, Anayasanın 128.maddesinde öngörülmüş olan kamu görevlileri ele alınacaktır.

2. Asli ve Sürekli Görevin Varlığı

2)a) Kamu görevlileri, kamusal faaliyetlere ilişkin “asli ve sürekli” görevleri yerine getiren kişilerdir.

Bir idari faaliyet ya da kamu hizmetinin yürütülmesi için yerine getirilmesi gereken görevlerden ancak “asli ve sürekli” nitelikte olanları kamu görevlileri tarafından yerine

235 En geniş anlamda kamu görevlisi deyimini kamu sektöründe yer alan bütün kişileri ifade eder. Kamu tüzel kişilerinin (devlet, mahalli idareler, kamu kurumlarında) gerek kamu hukukuna, gerekse özel hukuka dayalı olarak çalışan memur, sözleşmeli personel, işçi,... herkes en geniş anlamda bu kavrama dahildir. Geniş anlamda kamu görevlileri ise, kamu tüzel kişilerinin görev yapan ve kamu hukuku rejimine tabi olarak çalışanlar (örneğin; milletvekilleri, belediye başkanları, muhtarlar, devlet memurları...) olarak karşımıza çıkar. Özel hukuka bağlı olarak çalışanlar bu kavramın dışındadır. Dar anlamda kamu görevlileri ise, Anayasanın 128.maddesinde öngörülen memurlar ve diğer kamu görevlileridir. Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.614.

getirilecektir. Asli görevler, idare teşkilatının temel faaliyet alanına ilişkin olup buna bağlı olarak da süreklilik özelliği gösteren görevlerdir.

Danıştay 1.Dairesi, vermiş olduğu bir kararında, “süreklilik” kamu görevlilerinin ayırıcı niteliği olarak kabul etmiş ve kamu hizmetlerinin görülmesine geçici olarak katılanların kamu görevlisi olup olmadığını değerlendirmiştir: “Öğreti ve yargısal kararlarda, kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna *sürekli* biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanlar “memur ya da kamu görevlisi” sayılmakta, bu nitelik ve koşulları taşımayanlar ise, “memur ya da kamu görevlisi” deyimini kapsamında kabul edilmemektedir. Bu olgular göz önüne alınarak, kamu görevlileri olup olmadıkları hususunda duraksamaya düşülen sözü edilen kişilerin durumları incelenmiş ve varılan sonuçlar aşağıda açıklanmıştır. Bunlardan benzer nitelikleri taşıyan belediye meclis ve encümeninin seçilmiş üyeleri ile il genel meclisi ve daimi encümeninin seçilmiş üyelerinin, seçimle ve *belirli bir süre için* kamu hizmetine katıldıkları, genelde kurul halinde çalıştıkları, kurulun dışında resmi sıfat ve statüleri bulunmayıp kendi iş ve meslek stütülerini korudukları; *geçici* ve gönüllü köy korucuları ile *geçici* işçiler ve öğretmenlerin ise, kamu hizmetlerine *geçici ve arizi* olarak katıldıkları için kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmamaktadır.”²³⁶

Bir başka kararında Danıştay, “kamu hizmetlerinin sürekliliği” ile kamu görevlisi arasında Anayasanın 128.maddesinde kurulan sıkı ilişki çerçevesinde, belediyelerin “sürekli hizmetlerinin” memurlar eliyle yürütülmesi gerekirken geçici işçiler eliyle yürütülmesinin, Türk Ceza Yasasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna karar vermiştir: “Sanığın *süreklilik* arz eden kamu hizmetlerine sınavla atama yapmadan belediye encümeni kararları ile asfaltlama işlerinde, içe suyu şebeke inşaatlarında çalıştırılmak üzere alınan *geçici* işçilerden bazılarını belediye zabıta memuru ve belediye memuru unvanları ile görevlendirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığından... lüzumu muhakemesi yolunda verilen il yönetim kurulu kararının uygulama maddesinin Türk Ceza Kanununun 240. ve 80. maddeleri olarak düzeltilmek suretiyle onanmasına...”²³⁷

236 Bkz. D 1D, E.1996/131, K.1996/242, K.T. 19.6.1996, **DD**, S:94,1998, s.84-85.

237 Bkz. D 2D, E.1994/352, K.1995/1186, K.T. 27.4.1995, **DD**, S:91, 1996, s.62.

2)b) Kamusal görevlerin bu özelliği dolayısıyla, bu görevleri ifa edecek olan kamu görevlileri ile teşkilat arasında bir “kamu hukuku bağı” kurulmasını gerektirecektir.

Bu bağlamda, kamu hizmetlerine ilişkin bir görevin “asli ve sürekli” olmasından anlaşılması gereken, o görevin bir *kadroya* bağlanmış olmasıdır. Burada kamu görevlisi, kamu hizmetine ilişkin bir kadro ile bütünleşmektedir.

Asli ve sürekli olan bu görevlerin gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması, kamu personel rejimi ile mümkün olacaktır. Bu rejimin özellikleri, bu kapsamda kamu görevlilerinin kamu hizmetlerini süreklilik-düzenlilik ilkeleri çerçevesinde yerine getirebilmesi için sahip oldukları güvenceler alt başlıklarda ele alınacaktır. Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, bu sistemde, kamusal görevleri yerine getirecek olan kamu görevlileri, özel hukuka nazaran daha güvenceli bir statü öngören kamu hukuku kurallarına bağlı olacaklardır.

3. Kadro Şartı ve Statü İçinde Olma Gereği

3)a) Bilindiği üzere, kadro, kamu idareleri ve kurumlarının kullanacakları memurların sayı ve niteliklerinin yasa ile belirlenmesidir.²³⁸

Yukarıda belirtildiği üzere, İdare ile kamu görevlisi arasında kurulacak olan “kamu hukuku bağı”, esasen görevin bir kadroya bağlanarak “sürekli” kılınması ile gerçekleştirilecektir. Çünkü, “asli ve sürekli görevlerin gereği gibi yerine getirilebilmesi” Kamu Personel Rejimi ile sağlanabilecektir. Bu bağlamda, kamusal görevleri yürütecek olan kamu görevlilerinin daha güvenceli bir statüyü sağlayan kamu hukukuna tabi olmasını da gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, kadro şartı, kamu hizmetlerinin “sürekli ve düzenli” olarak yürütülebilmesi için öngörülen “devamlı ve sabit” bir pozisyonun varlığını ifade eder. Bu çerçevede, kadro şartı, süreklilik-düzenlilik ilkesinin bir gereğini ve sonucunu oluşturmaktadır.

238 Bkz. Ş.Gözübüyük, T. Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.923.

Kadroların yaratılması kural olarak yasa (yasa veya kanun hükmünde kararname) ile söz konusu olmaktadır. Kadroların yasalarla düzenlenmesi, aynı zamanda kamu görevlilerinin sayısının ve niteliklerinin de yasa ile belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu konuda, idarenin herhangi bir inisiyatifi söz konusu olmayacaktır. Örneğin, 190 sayılı Genel Kadro Usulü Hakkında KHK'ya göre de, kadroların ihdası –esas itibarıyla- kanunla olmaktadır. (md.6/1)²³⁹

Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmeti personeli ile ilgili verdiği bir kararında; yasalar çerçevesinde, kamu hizmeti statüsü içinde olmanın, hem kamu görevlileri yönünden bir güvence olduğunu, he de hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesinin de bir gereği olduğunu ifade etmektedir.²⁴⁰

Konuyla ilgili bir kararında da, Danıştay: “Kamu görevlilerinin unvan, görev ve sorumluluklarının temelinde yasalarla oluşturulan kadrolar bulunmakta ya da bunlar doğrudan yasalarla düzenlenmektedir. Nitekim, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde, kadroların yasayla ihdas edileceği öngörülmüş, öte yandan bu Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki cetvellerde İller Bankası Genel Müdürlüğünde Daire Başkan Yardımcısı kadrosunun bulunmadığı görülmüştür.” diyerek davacının 190 sayılı KHK'da kadrosu olmayan başkan yardımcılığı görevine Yönetim Kurulu kararı ile getirilmesinin söz konusu olamayacağını, dolayısıyla da bu görevlendirmenin kaldırılması yolundaki işlemde hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir.²⁴¹

239 Bu esasın bazı istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin; belediyeler ve il özel idareleri kadrolarını kendileri belirleyebilme imkanına sahiptir. 5393 sayılı Belediye Kanununun 49.maddesinin birinci fıkrası ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36.maddesinde bu şekilde bir düzenleme yer almaktadır. Var olan kadroların yasalarla iptali de gündeme gelebilecektir.

240 Yüksek Mahkeme, buna bağlı olarak, 4924 sayılı Yasa çerçevesinde sağlık hizmetini yürütecek olan sözleşmeli personelin “diğer kamu görevlileri” kapsamında yer aldığını kabul etmekte ve özlük haklarının da (İdare ile yapılacak sözleşme hükümleri ile değil) yasa ile düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Aksi halde, bu durum Anayasanın 128.maddesine aykırılık oluşturacaktır. Bkz. AYM E.2005/145, K.2009/112, K.T.23.7.2009, RG 31.3.2010-27538.

241 Kararda, “her ne kadar Yönetim Kurulu kararı ile kendisine bağlı üniteler arasında koordinasyon ve işbirliğinin sağlanması suretiyle Başkanlığa ait işlerin *aksaksız, düzenli ve verimli* yürütülmesi amacıyla Daire Başkanına yardımcı olmak ve yokluğunda Daire Başkanlığı görevine *vekalet etmek* üzere bünyelerinde en fazla 3 Şube Müdürünün daire başkanı olarak görevlendirilmesi için Genel Müdürlüğe *yetki* verilmiş olsa da” Yönetim Kurulu kararına dayanılarak görevlendirme yapılamayacağı belirtilmiştir. Bkz. D İDDK, E.2005/149, K.2008/1840, K.T.29.10.2008, www.danistay.gov.tr

3)b) Kadro, kamu görevlisi ile İdare arasında bir idari işlemle (atama işlemiyle) kurulan, “sürekli bir statüer ilişki” bulunduğunu da gösterir.²⁴²

İdare ile kamu görevlisi arasında kurulacak olan bu statüer ilişki de, Anayasa'nın 128.maddesi çerçevesinde, “yasa ile” düzenlenecektir. Anayasanın 128.maddesinde bu husus şöyle ifade edilmektedir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”²⁴³ Bu hususlarda, kamu görevlisinin ve İdarenin tek taraflı veya karşılıklı olarak farklı bir düzenleme getirebilmesi söz konusu olamayacaktır.

Görüldüğü üzere, kamu görevlilerinin hukuki konumu, mali ve sosyal hakları, içinde yer aldıkları kadro ve dolayısıyla da o kadroyu öngören yasa çerçevesinde belirlenecektir. Yasa ile oluşturulan bu statü içinde, hem kamu görevlisinin hakları, hem de yürütülmekte olan hizmetin gerekleri, elbette “hizmetin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülebilmesi” esasları da korunmaktadır.

4. Liyakat ve Kariyer İlkeleri

4)a) Anayasamızın kamu hizmetlerine girme hakkı başlığını taşıyan 70.maddesinde: “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” denilmektedir. Öğretide, kamu hizmetine girme hakkına ilişkin Anayasal ilkeler; serbestlik, eşitlik, yasallık ve liyakat olarak tanımlanmaktadır.²⁴⁴

“Kamu görevlerinin en yetenekli kişiler tarafından yerine getirilmesi” olarak da tanımlanabilecek olan liyakat, kamu hizmetine girişin, hizmet içinde kalışın ve yükselişin “işe uygunluk” ya da “başarı” ölçütüne bağlandığı, uygulanan ücret ve diğer çalışma

242 Bununla birlikte, hukuk sistemimizde herhangi bir kadroya bağlı olmaksızın görev yapan sözleşmeli personel statüsü de yer almaktadır. Bu konuya, “idari sözleşmeler” başlığı altında değinilecektir.

243 Bununla birlikte, mali ve sosyal haklara ilişkin farklı bir Anayasal düzenleme getirilmiştir. 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasanın 53.maddesine “Memurlar ve diğer kamu görevlileri, **toplu sözleşme** yapma hakkına sahiptirler.” ibaresi eklenmiştir. Buna paralel olarak da, Anayasanın 128.maddenin 2.fikrasına şu ek hüküm getirilmiştir: “Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.” Bu konu, aşağıda Grev Yapma, Görevi Yavaşlatma ve Durdurma Yasakları başlığı altında ele alınacaktır.

244 Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.523 vd; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.932 vd.; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.633 vd.

şartlarının “hizmetin etkinliğine ve sürekliliğine” katkıda bulunan çağdaş bir personel sisteminin ön koşuludur.

Anayasa Mahkemesi de, kamu hizmetlerinin aksamadan, kesilmeden yürütülebilmesi için, bu hizmetleri yerine getirecek olan memurun, her şeyden önce “pürüzsüz ve verimli bir işleyişi” sağlayacak nitelikte olmasını aramaktadır.²⁴⁵

Kariyer ilkesi ise; kamu görevine giren kişilere, kamusal görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için gerekli olan yetişme koşullarının sağlanmasını ve belli niteliklere ulaşan görevlilerin meslekte yükselme imkanının tanınmasını ifade etmektedir.

Kariyer ilkesinin temel özellikleri, şu şekilde ifade edilebilir: a) Personelin hukuksal yapısı *statüsel*dir; sözleşmelerle değil yasal düzenlemelerle belirlenir; b) *Uzmanlaşma* önemlidir. Çok geniş bir alana yayılmış kamusal görevlerin gereği gibi yerine getirilebilmesi için uzmanlaşmış personel şarttır; c) Kıdem, yani görevde geçen süre önemlidir ama tek başına yeterli değildir; *liyakat* ve *ehliyet* de şarttır.²⁴⁶

Görüldüğü üzere, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliğinin sağlanabilmesi, gereği gibi yerine getirilebilmesi için liyakat ve kariyer ilkeleri önem taşımaktadır. Çünkü hizmetlerin aksamadan ve düzenli şekilde yerine getirilebilmesi için o hizmet için gereken mesleki bilgi, teknik donanım, gerektiğinde ise tecrübeye sahip olan, kısacası o hizmeti en iyi şekilde yerine getirebilecek, kariyer sahibi, “belli bir nitelikte” görevliye ihtiyaç duyulacaktır.

Liyakat, öncesinde geçerli olan “kayırmacılık” sisteminin, görevi kötüye kullanma eğilimini arttırması, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesiyle çelişmesi, kamu görevine alınmada “görevin gerekleri” yerine siyasi, kişisel çıkarların gözetilmesi gibi olumsuz sonuçların bertaraf edilebilmesi amacıyla tasarlanmış bir yönetim ilkesidir.

Anayasanın 70. ve 128.maddesine de uygun olarak, kamu personel rejimine egemen olan ana ilkelerin 657 sayılı Yasada düzenlendiği görülmektedir. Her şeyden önce, 657 sayılı

245 Bkz. AYM, E.1963/205, K.1963/123, K.T.22.5.1963, RG 14.8.1963-11480.

246 Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.547.

Devlet Memurları Kanunu'nun 3.maddesi, memurluk mesleğinin temel ilkelerini; “sınıflandırma, kariyer ve liyakat” olarak saymaktadır.²⁴⁷

4)c) Kamu Personel sistemine egemen olan kariyer ve liyakat ilkeleri, İdarenin sahip olduğu *takdir yetkisi* üzerinde etkili bir rol oynamaktadır.

İdare, hangi kadrolara, hangi kamu görevlilerini atayacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir; ancak bu yetkisini “kamu yararı ve hizmet gerekleri” (bu kapsamda, süreklilik ve düzenlilik ilkesi) çerçevesinde kullanacak, kariyer ve liyakat ilkelerine aykırı olacak şekilde salt kişisel, siyasi, ekonomik nedenlerle atama yapamayacaktır.

Örneğin, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında, idarenin “naklen atama yapma yetkisi”ni²⁴⁸, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” çerçevesinde kullanabileceği belirtilmektedir. Konuyla bağlantılı bir kararında Danıştay, 657 sayılı Kanunda öngörülen “kariyer ve liyakat ilkeleri”nin temelinde objektif kurallar çerçevesinde işin ehline verilmesi ve hak etme kavramı yatmakta olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, kamu hizmetlerinin “*etkin ve verimli bir şekilde*” gerçekleştirilmesinin tek güvencesi de, hizmetin “yetiştirilmiş, ehil kamu görevlilerince yerine getirilmesi”dir. Bu bakımdan memurların naklen atanmaları konusunda idareye verilen takdir yetkisinin ancak 657 sayılı Kanun'un temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önüne alınarak kullanılabilmesinin altı çizilmektedir.²⁴⁹

Kararlarda geçen “etkinlik ve verimlilik” ifadelerinin, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulması ilkesini de kapsadığı söylenebilecektir. Çünkü, sürekli ve düzenli olmayan kamu hizmetlerinin, ihtiyaç sahipleri açısından etkin ve verimli olabilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Bir başka kararında da, Danıştay, idari teşkilat yapısının yeniden düzenlenmesi çerçevesinde, kapatılan bir idari birimde çalışılan kişinin, bunun yerine yeni idari birime atanmamasını ”idari faaliyetlerin *sürekliliği*, idari istikrar ilkesi ile kariyer ve liyakat

²⁴⁷ Yasada yer alan diğer düzenlemelere örnek olarak 18., 45., 214 vd. maddeleri akla gelebilecektir.

248 “İdarenin naklen atama yapma yetkisi”ne biraz ileride değinilecektir.

249 Bkz. D 5D, E.2004/3658, K.2004/5187, K.T.10.12.2004, www.danistay.gov.tr Benzer ifadeleri içeren bir karar olarak ayrıca bkz. D 2D, E.2005/680, K.2006/1360, K.T.21.4.2006, www.danistaygov.tr

ilkeleri’’çerçevesinde hukuka aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, yeni kurulan daire başkanlığına atama yapma konusunda İdarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de, bu yetkinin kariyer ve liyakat ilkeleri gözetilerek, ‘‘kamu yararı ve hizmet gerekleri’’ne (bu bağlamda, süreklilik-düzenlilik ilkesine de) uygun olarak kullanılması gerektiğini belirtmiştir.²⁵⁰

5. İdarenin Denetim Yapma Yetkisi

İdari Teşkilat Hukuku bölümünde de değinildiği üzere, İdarenin bütünlüğünü sağlamaya yönelik olarak İdarenin hiyerarşik denetim ve idari vesayet denetimi yapma yetkisi bulunmaktadır.

Bu iki denetim usulü, kamu görevlilerinin yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmeleri açısından da önem taşımaktadır.²⁵¹

a) Hiyerarşik Denetim

Daha önce de açıklandığı üzere, İdarenin hiyerarşik denetimi, bir kamu tüzelkişiliği içinde, idari işlemler ve kamu görevlileri üzerinde söz konusu olabilen bir denetim türüdür.

Hiyerarşik denetimde, üst, mevzuatın nasıl uygulanacağını, görevin ne şekilde yerine getirileceğini emir ve direktifleriyle belirler; yetkili ve görevli olduğu faaliyetin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesine ilişkin karar ve tedbirler alabilir. Bu şekilde, kamu görevlileri, mevzuatı kendi görüş ve anlayışlarına göre değil, belli bir düzen içerisinde, mevzuatın teşkilatın her kademesinde ve her biriminde aynı şekilde anlaşılması ve uygulanması garanti altına alınmış olmaktadır.

Kamu görevlilerinin hizmet gereklerine ve çalışma ortamına aykırı davranışları da – hiyerarşi ilişkisi içinde- disiplin suçları ve cezaları ile engellenmekte ve yaptırıma bağlanmaktadır.

250 Bkz. D 2D, E.2006/1053, K.2006/3272, K.T.15.11.2006, www.danistay.gov.tr

251 Bu iki denetim usulü ile ilgili olarak, İdari Teşkilat Hukuku bahsinde yapılan açıklamalar da hatırlanabilecektir.

Görüldüğü üzere, hiyerarşik denetimle, hem kamusal yetkilerin ve görevlerin teşkilat içinde aynı şekilde, sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesi ve hem de personelin belli bir disiplin içinde, görevlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmesi sağlanabilmektedir.

b) İdari Vesayet Denetimi

İdarenin bir diğer hukuki denetim aracı ise idari vesayettir. Daha önce de belirtildiği gibi, idari vesayet, ayrı tüzelkişiliklere sahip idari birimlerin ve kamu kurumlarının merkez tarafından kamu yararı ve kamu hizmetlerinin ülke genelinde *düzenli*, eşit ve *sürekli* olarak yürütülebilmesi amacıyla denetlenmesini ifade etmektedir.

Bu bağlamda, yasaların verdiği açık yetki çerçevesinde, kamu yararı ile kamu hizmeti gerekleri (ve yerindelik) açısından kamu görevlileri, idari işlem ve eylemler denetime tabi tutulabilmektedir.

c) Sonuç

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, idari denetim usulleri de, kamu görevlilerinin görevlerini gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmelerini sağlayıcı hukuki mekanizmalar arasında yer almaktadır. Çünkü, bir hizmetin sürekli ve düzenli olabilmesi için bu denetim (düzenleme, yönlendirme ve emir verme) usullerine başvurulabilecek veya süreklilik-düzenlilik ilkesine aykırı davranan kamu görevlileri ve işlemleri yaptırıma tabi tutulabilecektir.

6. İdarenin Naklen Atama Yapma Yetkisi

6)a) İdarenin denetim yapma yetkisi içinde, naklen atama yapma yetkisi de yer almaktadır. Ancak bu yetkinin süreklilik-düzenlilik ilkesi bakımından taşıdığı önem dolayısıyla, ayrı bir başlık altında ele alınması yoluna gidilmiştir.

İdare, naklen atama usulü ile sahip olduğu nitelikli personelin görev yerini ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar karşısında değiştirebilme, böylelikle de onların coğrafi sınırlamalar olmaksızın ülkenin her yerinde görev yapmasını sağlayabilme imkanına sahip olmaktadır.²⁵²

252 Görev alanı dar bir coğrafi bölge ile sınırlı olan yerel idarelerin bu tür bir yetkiye sahip olmadığı da hatırlanabilecektir.

İdare naklen atamalarla, toplumsal ihtiyaçları dikkate alarak, kamu hizmetinin etkinliğini ve sürekliliğini sağlayabilmektedir. Bu bağlamda, belli niteliklere sahip personelin, örneğin yenidoğan branşında bir hemşirenin, eksikliğinin duyulduğu yerlere, başka yerlerden bu özelliklere sahip kamu görevlileri atanabilmektedir. Hizmetin gerektiği gibi, sürekli ve düzenli bir şekilde sunulabilmesini engelleyen “personel yetersizliği” olgusu, bu şekilde bertaraf edilebilmektedir. Başka bir deyişle, söz konusu yetki, süreklilik ve düzenlilik ilkesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

Konuyla ilgili bir kararında, Danıştay, Tababet Uzmanlık Yönetmeliğinde, başasistanlıkta belli bir hizmet süresini tamamlayanların eğitim hastaneleri dışındaki diğer sağlık kuruluşlarına atanabilmesi yönünde yapılan değişikliği, “kamu hizmeti yararı ilkesi”ne uygun bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, sağlık hizmetlerinin ülke genelinde *dengeli* dağılımın ve yaygınlaştırılmasının sağlanabilmesi için, sağlık hizmetleri personelinin *günün ihtiyaçlarına uygun olarak*, belli koşullarda nakle tabi tutulması; *bilgi, deneyim ve hizmetlerinden* diğer sağlık kuruluşlarının da yararlandırılmasına olanak tanınması kamu hizmeti ilkesine uygundur.²⁵³ Bu bağlamda, sağlık hizmetlerinin ülke genelinde dengeli, adil bir şekilde yürütülebilmesinin; bilgi, deneyim ve hizmetlerine ihtiyaç duyulan yerlere sağlık personelinin atanabilmesin, sağlık hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesine de katkıda bulunacağı söylenebilecektir.

6)b) 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının “Memurların Kurumlarınca Görevlerinin ve Yerlerinin Değiştirilmesi” başlıklı 76.maddesinde: “Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.” denilmektedir.

Aynı Yasanın 71.maddesinin 2.fikrasında da: “Kurumlar, memurlarını meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri

İdari Teşkilat Hukuku bölümünün başında da belirtildiği üzere, yerel idarelerin sahip oldukları teknik ve mali sorunlar, yeterli sayıda nitelikli personelin bulunamaması (başka bölgelerden naklen atama yapabilecekleri elemanların olmaması) gibi nedenlere bağlı olarak, yerel hizmetlerin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak sunulamaması riski ortaya çıkabilmektedir.

ile ilgili sınıfa, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle atayabilirler.” hükmü yer almaktadır.²⁵⁴

6)c) Gerek öğretide, gerekse yargı kararlarında ifade edildiği üzere, İdare naklen atama yapma yetkisini kullanırken; ya “kamu görevinin aksamasını önleme amacını gütmesi” veya “kamu görevlisinden yeterli düzeyde verim alabilmek için, söz konusu görevi yürütmekte olan kişinin, gerek bilgi ve gerekse diğer yönlerden olumsuz niteliklere sahip olması” veyahut “personel ile arasında uyumlu bir çalışmasının bulunmaması” ya da “işin aksamasına meydan verebilecek veya hizmetin güven içinde yerine getirilmesine engel teşkil edebilecek hallerin bulunması” durumlarından birini veya birkaçını kriter olarak değerlendirmesi gerekmektedir.²⁵⁵

Danıştay’ın istikrar kazanmış kararlarında da, nakil işleminde takdir yetkisi kullanılırken “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ne uyulması gerektiği vurgulanmaktadır.²⁵⁶ Burada “hizmet gerekleri” ifadesi, kamu görevinin gereği gibi, yani kamu hizmeti ilkelerine

²⁵⁴ Buna paralel bir düzenleme olarak, İçişleri Bakanlığı Personeli Yer Değiştirme ve Atama Yönetmeliği örnek olarak gösterilebilecektir. Yönetmeliğin 1.maddesinde: “Bu Yönetmelik, İçişleri Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak görev yapan personelin atanmalarında, *hizmetin gereklerini esas alarak*, atamayı belirli kurallara bağlamak, *görevde verimliliği artırmak* ve yer değiştirmeye tabi olan il müdürlerinin yurdun *değişik hizmet bölgeleri ve alanlarında* görev yapmalarını sağlayarak *hizmetin yaygınlaşmasını* temin etmek amacıyla hazırlanmıştır.” denilmektedir.

²⁵⁵ Kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanmasında son derece önemli olan bu yetki, madalyonun öbür yüzünde, **uygulamada kişisel, siyasi birtakım nedenlerle** bir kamu görevlisinin başka yerlere atanması, hatta bu şekilde istifaya zorlanması suretiyle bir baskı aracı haline dönüşebilmektedir. Söz konusu yetkinin bu tür hukuka aykırı nedenlerle kullanılması durumunda, yapılan naklen atamalar, kamu görevlerinin verimli çalışma ortamları için gereken istikrar, huzur ve güven kaybını doğurabilen sonuçları ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, sık sık yapılan naklen atamalar, uzmanlaşmayı da engelleyebileceğinden hizmetin sunulmasını da yavaşlatabilecek ve kalitenin düşmesine sebep olabilecektir. Ünvan denkliği ve eşdeğer göreve bakılmaksızın yapılan atamalar da, kamu görevlisinin güvenliği bakımından bir tehdit olmakla sınırlı kalmayıp hizmetin istikrarı bakımından da bir tehlike olarak nitelendirilebilecektir.

Kamu görevlilerinin güvenliğinin sağlanması, haklarının korunmasında amaç aslında yine kamu hizmetinin korunması ve daha iyi şekilde görülmesidir. Düzeni bozulan, güveni kaybolan, huzursuz ve isteksiz bir kamu görevlisi, “etkin idare”yi gerçekleştirmekte başarılı olamayabilecektir. Bu konuda öğretideki görüşler için bkz. S.Güran, “Yer Değiştirme İşlemlerinin Maliyeti”, **İHİD**, Y:1, S:3, Aralık 1980, s.25; S.Güran, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul 1980, s.255, 258, 259; S.Güran, “Yeni Bir Buluş: ‘Askıdaki Memur’ ”, **İHİD**, Y:1, S:1, Mart 1980, s.71; C.Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, Ankara, 1972, s.65.

²⁵⁶ Örnek olarak, bkz. D 2D, E.2006/3993, K.2008/2945, K.T.18.6.2008, **DD** 120, s.11. Ayrıca bkz. D 2D, E.2006/1053, K.2006/3272, K.T.15.11.2006, www.danistay.gov.tr ; D 5D E.2006/5349, K.2009/270, K.T.26.1.2009, www.danistay.gov.tr; D5D, E.2003/3828, K.2006/1736, K.T.3.4.2006, www.danistay.gov.tr ; D 5D E.1998/2434, K.1999/74, K.T.11.1.1999; D 5D E.1997/2136, K.1997/2986, K.T.11.12.1997, www.danistay.gov.tr ; D 5D, E.1995/2092, K.1995/3681, K.T.22.11.1995, www.danistay.gov.tr

(bu bağlamda, süreklilik-düzenlilik ilkesine de) uygun olarak yerine getirilmesi anlamına gelmektedir.

Örneğin, Yüksek Mahkeme, bir kararında, kamu hizmetlerinin güvenli ve sağlıklı, etkin ve verimli şekilde yürütülebilmesi, kamusal görevlerin aksamaması, hizmeti gören kişilerden kaynaklanabilecek olumsuzlukların ve aksamaların önüne geçilebilmesi amacıyla, İdarenin rotasyon uygulamasına yönelik düzenlemeler yapabileceğini de kabul etmektedir.²⁵⁷

Ayrıca, yine Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere, “liyakat ve kariyer ilkeleri” çerçevesinde, sadece görevin gerektirdiği niteliklere sahip olan kamu görevlerinin atanması gerekmektedir.²⁵⁸ Başka bir deyişle, naklen atama işlemlerinde, idarenin bütün faaliyetlerinde olduğu gibi, naklin kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olmasının yanında, kamu görevlisinin liyakatı, başarı ve verimliliği veya işe uyumu gibi hususlar da dikkate alınacaktır. Örneğin, dahiliye uzmanı olmayan bir yere, bu ihtiyaçtan bahisle anestezi uzmanı atanması söz konusu olamamalıdır.

Danıştay, naklen atama işlemi yapılırken, “*kamu hizmetlerinin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi*” de gözetilerek, “kamu görevlilerinin özel koşullarına göre verimliliklerinin en yüksek olduğu ve hizmetlerinden en yüksek oranda yararlanılacak bir birimde çalıştırılmalarının kamu yararına uygun düşeceği”ni de ifade etmektedir.²⁵⁹

Bunlara paralel olarak, Danıştay’ın , “kamu hizmetlerinde *etkinliğin ve verimliliğin* sağlanabilmesi için” naklen atama işlemleri yapılırken, bu hizmetleri yürüten kamu

257 Bkz. D 5D, E.2000/6870, K.2004/482, K.T.17.2.2004, www.danistay.gov.tr

258 Konuyla ilgili bir kararda, Danıştay, “657 sayılı Yasanın 76. maddesi ile idareye görev ve unvan eşitliği gözetmeden nakil için takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması” gerektiğini belirttikten sonra: “idarelerce kadro tenkisi veya yeniden yapılandırma sonucu oluşturulacak yeni kadrolara ve görevlere atamalarda ve yeni görevlerin belirlenmesinde *görevin niteliği, yürütülen hizmetin özelliği, davacının geçmiş hizmetleri ile kariyer ve liyakat ilkeleri* göz önünde bulundurularak ve ayrıca kazanılmış haklara ve eş değer kadrolara atama yapılması hususuna dikkat edilmesi gerektiği açık olup, nitekim 4856 sayılı Yasanın geçici 2. maddesinde yer alan “*durumlarına uygun kadro*” ibaresinin, personel hukukunun temel ilkelerinden olan *kariyer ve liyakat sistemi* içerisinde yükselmek suretiyle elde edilen ünvanlı görev kadrosunun karşılığı ya da eşdeğeri olan yeni kadro olduğu kuşkusuzdur.” demiştir. Bkz. D 2D, E.2005/52, K.2007/1764, K.T.17.4.2007, www.danistay.gov.tr Benzer yönde bir karar olarak bkz. D 2D, E.2007/3336, K.2007/4528, K.T.23.11.2007, www.danistay.gov.tr

259 Bkz. D 5D, E.2006/875, K.2007/4996, K.T.1.10.2007, www.danistay.gov.tr. Benzer ifadeleri içeren bir karar olarak ayrıca bkz. D 8D, E.2004/2049, K.2005/175, K.T.17.1.2005, www.danistay.gov.tr

görevlilerinin sosyal ve psikolojik durumlarının da dikkate alınması gerektiğini belirten kararları da bulunmaktadır.²⁶⁰

6)d) Görüldüğü üzere, naklen atama yetkisi ile süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Söz konusu yetkinin bu ilkeye aykırılık oluşturacak şekilde kullanılabilmesi mümkün olamayacaktır.

7. Vekalet Kurumu

7)a) Vekalet kurumunun temelinde “kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi” yatmaktadır.

İdare hukukunda yetkiler hangi kişiye verilmiş ise, bu yetkileri sadece o kişi kullanabilir. Bu kişi, kural olarak kendisine verilen yetkileri başkalarına devredemeyeceği gibi, yine kural olarak, bu yetkileri kullanmak üzere kendi yerine bir “vekil” de atayamaz. Aynı şekilde hiyerarşik amirler de birtakım görevleri gördürmek için asıl görevlileri atamak zorundadırlar; bu görevleri vekillere gördürtemezler. Ancak bu kurala kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi nedeniyle bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar “vekalet” başlığı altında incelenir.

7)b) Vekalet kurumu olmasaydı, görevli kişi geçici olarak görevinden ayrıldığında görevinin başına dönünceye kadar; görevinden tamamen ayrıldığında ise yerine yeni görevli atanıncaya kadar kamu hizmetleri kesintiye uğrayacaktı.

İşte bu nedenle, izin gibi geçici olarak görevinden ayrılan kişinin, yerine kendi altlarından birini vekil olarak bırakabileceği; görevinden kesin olarak ayrılan görevlinin

260 Bkz. D 2D, E.2004/7892, K.1997/1397, K.T.6.4.2007, www.danistay.gov.tr. Kararda geçen “etkinlik ve verimlilik” ifadelerinin kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli şekilde sunulabilmesi ilkesini de kapsadığı söylenebilecektir. Sürekli ve düzenli olarak yürütül(e)meyen kamu hizmetlerinin, ihtiyaç sahipleri açısından etkin ve verimli olabilmesi de pek mümkün değildir.

Danıştay, “kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesinin sağlanması” için İdarenin kamu görevlilerinin rotasyonunu düzenleyen yönetmelikler de düzenlenebileceğini belirtmektedir. Bkz. D 5D, E.2002/3312, K.2003/253, K.T.30.1.2003, www.danistay.gov.tr

yerine yenisi atanıncaya kadar atamaya yetkili makamın bir kişiyi o göreve vekaleten atayabileceği kabul edilmektedir.²⁶¹

Vekalet kurumunun temelinde kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi yattığına göre, kendi yerine vekil bırakma veya görevinden ayrılan görevli yerine vekaleten atama yetkilerinin kanunla öngörülmüş olmasına gerek olmadığı da düşünülebilecektir. Bir makamdaki görevlinin görevi ölüm, istifa, azil gibi sebeplerle sona ermiş ise, bu makama atamaya yetkili üstün derhal bir kişiyi vekaleten ataması gerekir.

7)d) Mevzuatımızda bazen vekalet kurumu öngörülmüş, bazen ise öngörülmemiştir. Örneğin, 4 Kasım 1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13. maddesinin son fıkrasına göre: “Rektör, görevi başında olmadığı zaman yardımcılarında birisini yerine vekil bırakır”. Aynı Yasanın 16. maddesine göre de: “Dekana, görevi başında olmadığı zaman yardımcılarında biri vekalet eder”.

Vekalet kurumu, genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, “memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma²⁶² nedeniyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanır”. Bu hüküm, bütün memurlar için geçerli olduğu gibi, bir genel hüküm olarak özel personel kanunlarına tabi olan personel için de geçerlidir.

Yasalarla öngörülmemiş olsa bile, Danıştay, görevinden ayrılan kişinin yerine atamaya yetkili üstün *derhal* bir vekil atayabileceğini kabul etmektedir. Örneğin Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede, KİT genel

261 Vekalet kurumu esas itibariyle istisnai bir karakter taşımasına rağmen, **uygulamada** ne yazık ki, amacına aykırı şekilde kullanılabilen ve hukuki veya siyasi nedenlerle bir göreve asli olarak atanması yapılamayan kişilerin, yasaya karşı hile olarak kabul edilebilecek şekilde, o göreve sürekli şekilde vekil olarak atanması yoluna gidilebilmektedir.

Bu durum, hizmetlerin gereği gibi yürütülmesinde önemli bir rolü olan liyakat ilkesini de zedeleyebilmektedir. Danıştay da, bu tür uzun süreli vekaleten atama işlemlerini hukuka aykırı bulmakta ve hizmet kusuru olarak nitelendirmektedir. Danıştay, konuyla bağlantılı bir kararında “İdarelerce hizmetin *en ehil kişiler* eliyle yürütülmesi gerekir iken *geçici ve zorunlu* bir uygulama olan, yasayla tanınmamış tedviren görevlendirme yöntemi *üç yıldan fazla bir süre* boyunca davalı idarece sürdürülerek *hizmetin kötü işlemesine yol açıldığı, sürenin uzunluğu* ve bu sicil amirince tesis edilen çoğu işlemin İdare Mahkemelerince iptal edildiği göz önüne alındığında ağır hizmet kusurunun oluştuğu” sonucuna varmıştır. Bkz. D 2D, E. 2007/1297, K. 2007/3247, K.T. 13.07.2007, www.danistay.gov.tr

262 Danıştay, bir kararında görevden uzaklaştırılan memurun hizmetine duyulan ihtiyacın vekil atanmak suretiyle karşılanabileceğine karar vermiştir. Bkz. D 5 D, E.1992/5699, K.1993/609, K.T.15.2.1993, www.danistay.gov.tr

müdürlüğün ölüm, istifa, görevden alma gibi bir sebeple kesin olarak boşalması durumunda asaleten atama yapılmaya kadar genel müdürlüğe kimin vekalet edeceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen, Danıştay “kamu hizmetleri sürekliliği ilkesi” nedeniyle ilgili Bakanın KİT genel müdürlüğüne yönetim kurulu üyelerinden birisini atayabileceğine karar vermiştir.²⁶³

7)e) Görüldüğü üzere, vekalet kurumunun varlık nedeninin temel dayanağını –esas itibarıyla- süreklilik ve düzenlilik ilkesi oluşturmaktadır. Belli bir makamın boş kalmasının yerine getirilen görevi sekteye uğratabileceği, söz konusu kurumun öngörülmesini mecbur kılmıştır.

8. Kamu Görevlilerinin Görevleri Sırasında Kişilere Verdikleri Zarar ve Sahip Oldukları Sorumluluk Konusundaki Özel Hükümler

8)a) Bilindiği üzere, kamu görevlilerinin görevleri sırasında kişilere verdikleri zarar ve sorumlulukları konusunda özel hükümler öngörülmüş bulunmaktadır. Anayasanın 129.maddesinin 5.fıkrasına göre: “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.”

Anayasadaki düzenlemeye paralel olarak, Devlet Memurları Kanununun 13.maddesinin 1.fıkrasında da: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından

263 Bkz. D İDDGK, E.1997/137, K.1997/444, K.T.3.11.1997, **DD**, S: 95, s.68. Bir başka kararında ise, Danıştay: “657 sayılı Yasa’nın 86. maddesi hükmü karşısında; idarenin kamu yararı ve hizmet gerekleri çerçevesinde görevi başında bulunmayan bir kamu görevlisinin yerine vekaleten atama yetkisine *her zaman* sahip bulunduğu ve bunun kamu hizmetinin *aksamadan* yürütülmesinin de *doğal ve zorunlu bir sonucu* olduğu açıktır.” demektedir. Olayda, 657 sayılı Yasada yer alan genel düzenlemeye paralel olarak, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliğinin Görev, Çalışma ve Vekalet Ücretinin Dağıtılması Hakkında Yönetmeliğinin 7.maddesinde hukuk müşavirliğine vekaletle ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Danıştay, kararında şu sonuca varmıştır: 657 sayılı Yasa hükmü gözetilerek işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken Devlet Bakanlığı oluru ile yürürlüğe konulan Yönetmeliğin, “usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmamış olduğu gerekçesine dayanılarak” vekaletin geçersiz olduğuna ilişkin verilen iptal kararını hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. D İDDK, E.2005/3183, K.2008/1621, K.T.12.6.2008, **DD**, S: 119, s.65.

zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” denilmektedir.

Bu düzenlemelere göre, kamu görevlilerinin görevleri esnasında kişilere verdikleri zararlardan ötürü zarar gören kişiler, İdareye karşı İdari Yargıda dava açacaktır.²⁶⁴

8)b) “Güvence sistemi”²⁶⁵ adı verilen bu sistemde, hem kamu görevlileri hem de zarar gören kişiler için bir güvence getirilmiş olmaktadır. Öğretide de dile getirildiği üzere, söz konusu özel hükümlerle kamu görevlilerinin haklı-haksız birçok tazminat davası ile karşı karşıya kalarak görevlerini aksatmalarının önüne geçilebilecektir.²⁶⁶ Böylelikle de, “*kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi*” zedelenmeyecektir. Zarara uğrayan kişiler açısından ise, karşılarında ödeme gücü kamu görevlisine çok daha fazla olan idarenin bulunması onların lehine olacaktır.

Sistemin, İdarenin denetlenmesi, bu suretle de hukuka uygun davranmasının sağlanması ile birlikte hukuk devletinin gerçekleşmesine katkı sağlayacağı da ileri sürülebilecektir. Bu denetim hizmetlerin gereği gibi, “sürekli ve düzenli olarak” yürütülmesinde de rol oynayacaktır.

8)c) Zararın kamu görevlisinin kusurundan doğmuş olması ihtimalinde, zararı tazmin eden idarenin o kamu görevlisine rücu etme imkanı da bulunmaktadır.²⁶⁷

²⁶⁴ 6100 sayılı HMK md.3 kapsamında olan zararlar hariç... Buna göre, idari işlem ve eylemlerden ötürü yaşama hakkı ya da vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi ihtimallerinde, dava İdareye karşı Adli Yargı’da açılacaktır. Bu konu, beşinci bölümde, Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine Uyulmamasının Sonuçları ile Bu Konuda Yapılacak Yargısal Denetimin Esasları ve Özellikleri bahsinde ele alınacaktır.

²⁶⁵ Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.558; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.739.

²⁶⁶ Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.845; M.Güday, **İdare Hukuku**, s.558; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.739; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.359; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.307. DMK’nın 13.maddesinin gerekçesinde de benzer bir ifade yer almaktadır. Bkz. L.Duran, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu” **Prof.Dr.Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, Ankara, 1974, s.74-75.

²⁶⁷ Kamu görevlilerine karşı açılan rücu davasının pozitif dayanakları, Anayasanın 129.maddesinin 5.fıkrası ile 40.maddesi; DMK’nın 13. maddesi ve Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkındaki Yönetmeliğin 11.maddesidir.

Rücu mekanizmasının işleyeceğini bilen kamu görevlisi de, üstlendiği görevleri daha özenli ve dikkatli yerine getirecektir. Bu da, kamu hizmetlerinin gereği gibi, “sürekli ve düzenli olarak” sunulmasına katkı sağlayacaktır.²⁶⁸

Ancak, rücu mekanizması çeşitli nedenlerle etkili bir biçimde uygulanamayabilmektedir. En başta, kamu görevlisinin yeterli mali gücünün olmayışı, kendisine idare tarafından ödenen tazminatın rücu edilmesini imkansız hale getirebilmektedir. Bu bakımdan, disiplin hukuku ve ceza hukukunun öngördüğü yaptırımlar daha etkili olabilecektir.²⁶⁹

9. Kamu Görevlilerinin Görevleri Sırasında İşledikleri Suçların Kovuşturulması Konusundaki Özel Hükümler

9)a) Toplumda yaşayan herkes gibi, kamu hizmetini yürüten kamu görevlileri de, görevlerini yürütürken işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü, yargılanabilmektedirler.

Ancak bu yargılama sürecinde, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliğinin zedelenmesi riski doğabilecektir. Bunu önleyebilmek için de, kamu görevlilerinin görevleri

268 Danıştay da konuyla ilgili bir kararında, Anayasanın 129.maddesinde yer alan “kendilerine rücu edilmek kaydıyla” ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işlemiş oldukları kusur nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmesi gerektiğini ifade ettiğini belirtmiştir. Danıştay’a göre, bu durum Anayasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. Bkz. D 5D E.1998/1970, K.2001/5153, K.T.25.12.2001, www.danistay.gov.tr. Bu konuda, öğretilerde de, tazminat sonucunda kamu parası ödenmiş olduğu için, rücunun İdare açısından bir zorunluluk olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.307.

Danıştay, ayrıca, idarenin rücu mekanizmasını kendiliğinden işletmemesi halinde, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurabileceklerini; bu başvurularının reddedilmesi halinde ise dava açabileceklerini de belirtmektedir. Danıştay’a göre, rücu mekanizması, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir. “Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanması,... gibi *hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar.*” Bkz. D 5D, E.2007/7369, K.2008/3234, K.T.3.6.2008, www.danistay.gov.tr

Konuyla ilgili bir başka kararında ise Yüksek Mahkeme, “yargı kararının uygulanmaması” temelinde açılmış bir başka tam yargı davasında da benzer gerekçelerle aynı sonuca varırken hüküm fıkrasında, Maliye Bakanlığının, kusurlu kamu görevlisi hakkında işlem yapmasını istemektedir: “Açıklanan nedenlerle, davacının isteminin kabulüyle ...lira maddi, ... lira manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiziyle birlikte adı geçene davalı idarelerce ödenmesine, (...) *kararın bir örneğinin hükmedilen tazminatın olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmesiyle ilgili iş ve işlemlerin tekemmülü için Maliye Bakanlığına tebliğine, tarihinde oybirliği ile karar verildi.*” Bkz. D 5D, E.2000/3316, K.2004/3372, K.T.29.9.2004, **DD**, S:110, s.177.

269 Bu konuda detaylı olarak bkz. Z.Bereket Baş, “Görev Kusuru ve Rücu Sorunu” **Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu**, Eskişehir, 2003, s.67 vd; B.Akyılmaz, “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu” **Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, s.1043-1060; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.308.

sırasında işledikleri suçların kovuşturulması konusunda özel hükümler, güvenceler getirilmiştir. Anayasanın 129.maddesinin son fıkrasında: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” denilerek kamu görevlilerinin görevleri sırasında işledikleri ileri sürülen suçlardan ötürü açılacak ceza kovuşturmaları bakımından güvenceli bir konum öngörülmüştür. Esasında, korunan kamu hizmeti ve görevlinin güven duygusudur.²⁷⁰

Anayasadaki düzenlemeye paralel olarak, 657 sayılı Kanunun 24.maddesine göre de: “Devlet memurlarının görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.” Kamu görevlilerinin yargılama bakımından ayrı bir düzenlemeden yararlanmasının yasal dayanağını ise, 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun oluşturmaktadır.

9)b) Söz konusu özel hükümlerle öngörülen bu sisteme “izin sistemi”²⁷¹ adı verilmektedir. Bu sisteme göre, kamu görevlileri görevleriyle ilgili işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, ceza hukukunun genel hükümlerinin aksine, idari merciin iznine bağlıdır. Bununla birlikte, bu özel hükümlere, birçok önemli suç için **istisna** getirilmiş olduğu da hatırlatılmalıdır.²⁷² Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli işleyebilmesi açısından, özellikle de 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasasındaki ve 5411 sayılı Bankacılık Yasasında yer alan suçlar ile irtikap, rüşvet, zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında (3628 sayılı Kanun md.17) genel hükümlere göre kovuşturma yapılacak olması önemlidir.

270 Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.313.

271 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C:1, s.1037.

272 Esasında, bu özel düzenlemelere o kadar çok istisna getirilmiştir ki, sistemin kendisi “fıilen” istisna haline gelmiştir, denilebilecektir. Örneğin, Anayasa, bazı suçlar bakımından kamu görevlilerinin ceza muhakemesinin genel hükümleri doğrultusunda, savcılık tarafından doğrudan doğruya kovuşturulmasına da imkan tanımaktadır. En başta 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 2.maddesinin 3.fıkrasında yer alan “ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri” ve işkence veya kötü muamele suçlarını işleyen kamu görevlileri hakkında genel hükümler uyarınca yargılama yapılacaktır. Bunların dışında, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçme Kütükleri Hakkında Kanun, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu da örnek olarak gösterilebilecek istisnai hükümleri içermektedir.

Öğretide genel olarak, bu özel düzenlemelerin, kamu görevlilerinin, haklarında iddia edilebilecek her türlü suçlamaya karşı kendilerini yargı önünde savunmak durumunda kalmaması²⁷³, görevlerini “huzurlu bir biçimde” ve “aksatmadan” (yani “sürekli ve düzenli olarak”) yerine getirebilmeleri amacını taşıdığı ifade edilmektedir.²⁷⁴

Danıştay da, bu görüşlere paralel olarak bir kararında, 4483 sayılı Yasanın; etkin, verimli ve süratli bir şekilde kamu hizmetinin sunulması ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmemesi amacıyla izin sistemini öngördüğünü belirtmektedir.²⁷⁵

9)c) Bununla birlikte, öğretide, kamu görevlileri için öngörülen özel soruşturma usullerini **eleştiren** görüşler de bulunmaktadır.

Bu görüşü savunanlara göre, söz konusu düzenlemeler her ne kadar, kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlama amacı gütsede, *uygulamada tam tersi* sonuçların meydana gelebileceği de gözlemlenmektedir. Uygulamada, bu kapsamdaki personele ayrıcalık yapıldığı, bir koruma kalkanına dönüştüğü ya da idarenin hoşlanmadığı personeli üzerinde ciddi deliller olmasa bile hakkında soruşturma başlatılmasına yol açabildiği belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu usule, hukuk dışı gerekçelerle, bazı personeli koruma aracı, bazı personel

273 657 sayılı Kanununda, kamu görevlileri ayrıca, kendilerini ve yürüttükleri kamu hizmetini olumsuz yönde etkileyebilecek nitelikte, haklarındaki gerçeğe aykırı şikayet, isnat ve iftiralara karşı da özel bir hükümlerle korunmaktadır. Bu tür olayların soruşturma konusu yapılması ve/veya haklarında dava açılmaları ilgili personelin *saygınlığını zedeleyici*, görevindeki *performans ve verimini düşürücü*, dolayısıyla da *hizmetin sürekliliğini ve düzenliliğini bozabilecek* etkiler yaratabilecektir. Bunların önlenmesi amacıyla, 657 sayılı Kanunun 25.maddesinde: “Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikayetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde bu memurun en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler.” hükmü yer almaktadır. Konuyla ilgili Danıştay 2.Dairesinin bir kararında, davacının, davalı idarece “isnat ve iftiralara karşı korunma” hakkının ihlal edilmesi nedeniyle uğradığı manevi zararın tazminine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, ilköğretim müfettişi olan davacının haksız isnat ve iftiralara karşı korunması hususunda, idarenin asılsız isnatta bulunan ... gazetesi hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunması gerektiği; idarenin bağlı yetki ile zorunlu olduğu işlem ve eylemleri yapmaktan kaçınmasının ve yasalarla düzenlenen idari biz hizmeti hiç işletmemesinin “hizmet kusuru” oluşturduğu belirtilmiştir. Bkz. D 2D, E.2004/2624, K.2004/1641, K.T.20.12.2004, www.danistay.gov.tr

274 Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.552; İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2006, s.634; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.313; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.376 ve s.439; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.309.

275 Bkz. D 1D, E.2007/628, K.2007/735, K.T.12.6.2007, www.danistay.gov.tr. Yüksek Mahkeme, ayrıca, 4483 sayılı Yasa uyarınca, ön inceleme ile görevlendirilenlerin bu işlemleri yaparken, ilgili kamu görevlisinin ifadesini alması gerektiği yönündeki hükmün de, bu ifade ile suçsuzluğun ortaya konulması halinde, hem yargı yerlerinin gereksiz meşgul edilmesini, hem de hakkında suç isnadı bulunan kamu görevlisinin yargı önünde gereksiz yere zaman kaybederek kamu hizmetinin aksamasını engellemeyi amaçladığını belirtmektedir. Bkz. D 2D, E.2004/137, K.2004/240, K.T.12.3.2004, www.danistay.gov.tr

üzerinde ise baskı kurma aracı olarak başvurulabilmektedir. Bu durum, yargılamanın uzaması (elbette, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenliliğinin de bundan olumsuz yönde etkilenmesi) sonucunu da doğurabilmektedir.²⁷⁶

9)d) Esasında, kamu hizmetlerinin kamu görevlileri tarafından hukuka ve kamu hizmeti ilkelerine (aynı zamanda süreklilik ve düzenlilik ilkesine) uygun bir şekilde yürütülebilmesi bakımından, kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerinin sıkı bir yargısal denetime tabi olması gerekliliği savunulabilecektir. Böylece, kamu görevlisi, kamu hizmetlerini yürütürken daha dikkatli ve özenli davranabilecektir. Bunun sağlanabilmesi için, örneğin, kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili suçlar açısından yargılanmasında genel kural olarak öngörülen izin sistemi, bazı görevler bakımından istisnai olarak, hizmetleri aksatmayacak ve fakat aynı zamanda yargısal denetimin de gereği gibi yapılabilmesine olanak sağlayacak şekilde düzenlenebilir. Ya da, kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı işlemiş oldukları suçlardan ötürü yapılacak ceza muhakemesi işlemleri bakımından bir sınırlama/ayırım getirilerek, özellikle de kamu hizmetlerinin aksamaması için tutuklama işlemlerinin yapılamaması, fakat diğer ceza muhakemesi işlemlerinin yapılabilmesi düşünülebilecektir. Böylelikle, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken hukuka uygun davranmaları ve de kamu hizmeti ilkelerini (aynı zamanda süreklilik ve düzenlilik ilkesini de) yaşama geçirebilmeleri sağlanabilecektir.

10. Kamu Görevlileri Hakkında Öngörülen Ödevler ve Yasaklar

Kamu Personel Rejiminde, kamusal görevlerin “gereği gibi” (hizmet gereklerine, kamu hizmeti ilkelerine, bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesine de uygun olarak) yerine getirilebilmesi açısından, kamu görevlileri için öngörülmüş bazı ödevler ve yasaklar söz konusu olmaktadır.²⁷⁷

276 Öğretide, söz konusu düzenlemelere eleştirel bir bakış olarak bkz. R.Yıldırım, “2547 sayılı YÖK Kanununun 53.Maddesinin Ceza Kovuşturması Açısından Değerlendirilmesi”, **Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu**, Eskişehir, 2003, s.51 vd; S.Selçuk, **Memur Yargılanması Hakkında**, TÜSİAD yayını, İstanbul, 1997; Ç.Özcan, “Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılması Gereken Değişiklikler” **Türk İdare Dergisi**, Aralık 1999, S:425; s.47 vd.

277 Konuyla ilgili genel açıklama ve detaylı bilgi için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C.1, s.988 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.535 vd; İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.637 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Kaman, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.381 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.649 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.312.

Konumuza ilişkin olarak, bu ödev ve yasaklardan en önemlileri şu şekilde belirlenebilecektir: a) Anayasa ve yasalara bağlılık ödevi; b) Tarafsızlık Ödevi; c) Hizmeti şahsen ve kesintisiz olarak yürütme ödevi; d) Hediye alma ve çıkar sağlama yasağı; e) Grev yapma yasağı, görevi yavaşlatma ve durdurma yasakları.

a)Anayasa ve Yasalara Bağlılık Ödevi

Kamu görevlileri, kamusal görevlerini (bu kapsamda, kamu hizmetlerini de) yerine getirirken, Anayasa ve yasalarla kendilerine yüklenen yükümlülüklerle uymak ve bunların hükümlerini, kamu hizmeti ilkeleri doğrultusunda (bu bağlamda, süreklilik-düzenlilik ilkesi doğrultusunda da) uygulamak durumundadırlar.²⁷⁸

Anayasanın 129.maddesinin 1.fıkrasında, “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasaya ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler..” denilerek bu husus açıkça vurgulanmaktadır.

657 sayılı Yasanın 6.maddesinde de, buna paralel olarak, bağlılık ödevi şu şekilde düzenlenmiştir: “Memurlar, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatle bağlı kalmak ve ulusun hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatle uygulamak zorundadırlar.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesinin tanımı yapılırken, bu ilkenin “hukuk devleti” ilkesinden ve diğer Anayasal ilkelerden bağımsız olarak yorumlanamayacağı; hizmetlerin bir hukuk düzeninde, “hukuk”a (bu bağlamda, Anayasa, yasalar, düzenleyici işlemler, iç hukukumuzda onaylanmış uluslararası anlaşmalar, hukukun genel ilkeleri ve kamu hizmeti ilkelerine) uygun olarak sürekli ve düzenli yürütülebilmesi anlamına geldiği ifade edilmişti.

278 Buna paralel olarak, kamu görevlilerinin “emirlere uyma” ödevinden de bahsedilebilecektir. Kamu görevlileri, Anayasa, yasalar ve düzenleyici işlemlerle öngörülen düzenlemelerin yanı sıra, bunların uygulanmasına yönelik olarak, üstleri tarafından kamu hizmetlerinin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için verilen görevleri de yerine getirmekle yükümlüdürler. Bununla birlikte, Anayasanın 137.maddesi ile 657 sayılı Yasanın 11.maddesinde yer alan “kanunsuz emir”le ilgili düzenlemelere göre, kamu görevlileri, üstünden aldığı emri, Anayasa, yasa, düzenleyici işlemlere aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir ise, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Bununla birlikte, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için yasalarla istisnalar öngörülebileceği de belirtilmektedir.

Bir başka deyişle, süreklilik-düzenlilik ilkesi, kamu hizmetlerinin “ne olursa olsun” sürekliliğinin ve düzenliliğinin korunması anlamına gelmeyip, mutlaka “hukuk devleti”nin öngördüğü bir düzende, “hukuk”a uygun olarak yerine getirilmesini ifade edilmektedir.

Bu anlayış içerisinde, “Anayasa ve yasalara bağlılık ödevi”ni, “hukuka bağlılık ödevi” olarak yorumlamak ve değerlendirmek daha doğru ve yerinde olabilecektir.²⁷⁹ “Hukuk devleti ilkesi”nin yaşama geçirilebilmesi, kamu görevlilerinin kamusal görevlerini “hukuk”a uygun olarak sürekli ve düzenli yerine getirebilmesi çerçevesinde mümkün olabilecektir.²⁸⁰

b) Tarafsız Davranma Ödevi

Kamu görevlileri, görevlerini dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapmaksızın sürekli ve düzenli olarak yerine getirmekle yükümlüdürler.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, Anayasanın 10.maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”

Maddenin son fıkrasında da, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmektedir.

657 sayılı Yasanın 7.maddesinde de, tarafsızlık ödevi benzer bir biçimde düzenlenmiştir. Tarafsızlık ödevi ve ayrımcılık yasağının da yansıması olarak, kamu görevlilerinin herhangi bir siyasal parti veya kişinin yararını veya zararını amaçlayan bir davranışta bulunamayacakları da maddede yer almaktadır.

Bu düzenlemeler, esasen kamu hizmetlerinin *genellik ve tarafsızlık ilkesi* ile bağlantılıdır. Bununla birlikte, ikinci bölümde, “süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile genellik ve

²⁷⁹ Sadakat yükümlülüğünün kapsamı ve içeriği konusunda farklı bir görüş olarak, örneğin bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.303.

²⁸⁰ Bağlılık ödevi çerçevesinde, kamu görevlileri, bir kamu görevine atananların, “bağlılık yemini” edecekleri ve “yemin belgesi” imzalayacakları hususu da 657 sayılı Yasanın 6.maddesinde yer almaktadır.

tarafsızlık ilkesi arasındaki ilişki ve etkileşim” başlığında da değinildiği üzere, kamu görevlileri görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ödevine aykırı olarak, ayrımcı davranışlarda bulunurlarsa, hizmetin ayrımcılığa uğrayan belli bazı kişiler açısından gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi riski ortaya çıkabilecektir.

c) Hizmeti Şahsen ve Kesintisiz Olarak Yürütme Ödevi

Kamu görevlileri, hizmeti kişisel olarak ve kesintisiz bir biçimde yürütmek, günlük çalışma saatlerinde görevleri başında bulunmak zorundadırlar. Bir başka deyişle, bir kamu görevlisi, yasaların açıkça izin verdiği haller dışında, görevini bırakamaz ve/veya başkasına devredemez.

Liyakat ve kariyer ilkeleri çerçevesinde bir kamusal görevi en iyi şekilde yürütecek, o görev için en uygun niteliklere sahip olan kamu görevlisi, söz konusu görev için aynı nitelikleri taşımayan ve o görev için yeterli bilgi birikimine ve tecrübeye sahip olmayan bir başkasına görevini bırakamamalıdır. Aksi halde, kamusal görevler, gereği gibi (belli bir içerik ve yoğunlukta sürekli ve düzenli olarak) yürütülemeyebilecektir. Bu bakımdan, kamu görevlisi, bizzat görevinin başında bulunmalıdır.

Yine kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği çerçevesinde, kamu görevlisi görevini, mesai saatleri içerisinde kesintisiz olarak yerine getirmelidir.²⁸¹

Bunları sağlayabilmek için, 657 sayılı Yasada disiplin cezalarına ilişkin hükümler öngörülmüştür. Kamu görevlileri ile ilgili olarak öngörülmüş olan disiplin cezaları, biraz ileride açıklanacaktır.

281 Süreklilik ve düzenlilik ilkesinin tanımı yapılırken, öğretide ÖZAY’ın da ifade ettiği üzere, süreklilik (kesintisizlik) kavramının bir yönü “kronolojik” yani zaman bakımından devamlılık ise, diğer ve asıl önemli yönü “içerik ve yoğunluk” bakımından düzeyindeki devam yani “istikrar”dır olduğuna değinilmiştir. Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.237-238. Bu bakımdan, kesintisiz olarak görevi yürütmeyi, içerik ve yoğunluk açısından da kesintisizlik olarak yorumlamak ve değerlendirmek daha doğru ve süreklilik-düzenlilik ilkesinin yaşama geçirilebilmesi açısından daha isabetli olacaktır.

d) Hediye Alma ve Çıkar Sağlama Yasağı

Kamu görevlilerinin doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacıyla, hediye kabul etmeleri ya da iş sahiplerinden para istemeleri ve almaları yasaklanmıştır. (657 sayılı Yasa md.29/1)

Ayrıca, kamu görevlilerinin denetimi altında bulunan veya kendi görevi veya kurumu ile ilgili olan bir kuruluştan, her ne ad ile olursa olsun, bir çıkar sağlamaları da yasaklanmıştır. (657 sayılı Yasa md.30)

13.4.2005 tarih ve 25785 sayılı Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 15.maddesinde, “kamu görevlisinin tarafsızlığını, performansını, kararını ya da görevini yapmasını etkileyen ya da etkileme olasılığı bulunan, ekonomik değeri olsun veya olmasın her türlü eşya veya menfaat” hediye olarak ifade edilmiştir.²⁸²

Söz konusu yasağın, kamu hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesiyle de bir bağlantısı bulunmaktadır. Bir kamu görevinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak, öncesinde (veya sonrasında) -ama görevin yapılması karşılığında- elde edilen çıkar, kamu görevlisinin görevini gereği gibi (sürekli ve düzenli olarak da) ve/veya hiç yerine getirememesine yol açabilecektir. Bir başka deyişle, söz konusu çıkar elde edilemediği, para verilmediği takdirde görev hiç yerine getirilmeyebilecek veya görev, gereken dikkat ve özenle, tam ve zamanında (sürekli ve düzenli olarak) yapılamayabilecektir.²⁸³

282 Yönetmeliğin 14.maddesinde de “görev ve yetkilerin menfaat sağlamak amacıyla kullanılması” yasaklanmaktadır. Buna göre, “Kamu görevlileri; görev, unvan ve yetkilerini kullanarak kendileri, yakınları veya üçüncü kişiler lehine menfaat sağlayamaz ve aracılıkta bulunamazlar, akraba, eş, dost ve hemşehri kayırmacılığı, siyasal kayırmacılık veya herhangi bir nedenle ayrımcılık veya kayırmacılık yapamazlar.”

283 Bu konuda, ikinci bölümde, “süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile kamu hizmetinin diğer ilkeleri arasındaki ilişkiler ve etkileşimler” çerçevesinde yapılan açıklamalar da hatırlanabilecektir. Kamu hizmetlerinin genellik ve tarafsızlık, bedelsizlik ilkeleri ile süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasındaki ilişki ve etkileşim, söz konusu yasağın temellendirilmesinde de açıklayıcı olabilecektir. Şöyle ki, gerekli çıkarı sağlayan/ parayı veren kişiler açısından hizmet kesintiye uğramazken, bu çıkarı sağlamayan/ parayı ver(e)meyen kişiler ya hizmetten hiç yararlanamayacaklar ya da sürekli ve düzenli olarak, gereği gibi yararlanamayacaklardır. Tarafsız bir şekilde, herkese sürekli ve düzenli olarak hizmet sunması gereken kamu görevlisi; parası olan-olmayan; çıkar sağlayan-sağlamayan kişiler arasında ayrımcılık yaparak hizmetin belli kişiler (özellikle de maddi gücü az olan kişiler) açısından hizmetin süreklilik ve düzenlilik özelliğinin yitirilmesine yol açacaktır.

Bu konunun hizmetlerin gereği gibi yürütülebilmesi açısından taşıdığı önemle bağlantılı olarak, biraz yukarıda, Kamu Görevlilerinin Görevleri Sırasında İşledikleri Suçların Kovuşturulması Konusundaki Özel Hükümler başlığı altında da değinildiği üzere, kamu görevlileri için öngörülen izin sistemine getirilen istisnalar da bu bağlamda düşünülebilecektir.

Gerçekten de, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli işleyebilmesi açısından, özellikle 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasasındaki ve 5411 sayılı Bankacılık Yasasında yer alan suçlar ile irtikap, rüşvet, zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında (3628 sayılı Kanun md.17) genel hükümlere göre kovuşturma yapılacak olması, kamu hizmetlerinin tarafsız, gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi açısından son derece önemlidir.

e) Grev Yapma Yasağı, Görevi Yavaşlatma ve Durdurma Yasakları

e)1)Giriş

Kamu görevlileri için öngörülmüş olan yasaklar arasında yer alan “grev yapma, görevi yavaşlatma ve durdurma”, ilk aşamada süreklilik-düzenlilik ilkesini zedeleyecektir. Bu nedenle, söz konusu yasaklar, öncelikle ve özellikle, kamu hizmetlerinin “süreklilik ve düzenlilik ilkesi” ile temellendirilmektedir.

Grev hakkının incelenmesine geçilmeden önce, çalışmanın kapsamı açısından söz konusu olabilecek kamusal görevlerin de belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmanın başında, kamu hizmetinin “dar ve teknik” anlamıyla ele alınacağı belirtilmişti. Bu bakımdan, milli güvenliği koruma ve kolluk faaliyetlerini yürüten kamu görevlilerinin grev hakkı, bu çalışmada tartışma dışında kalmaktadır. Bunların yanı sıra, yargılama faaliyeti ile bu faaliyetin ayrılmaz bir parçasını oluşturan adalet hizmetlerinin de, bünyesinde taşıdığı “zorunluluk” ile amacı çerçevesinde, klasik anlamda kamu hizmeti olarak değerlendirilemeyeceği de açıktır. Bu itibarla, grev yapma, görevi yavaşlatma ve durdurma yasakları sadece klasik (dar) anlamda kamu hizmetlerini yürütmekte olan kamu görevlileri çerçevesinde ele alınacaktır.

Bu konuda, öncelikle bu konudaki ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile öğretideki görüşlere değinilecek, daha sonra da yargı kararlarına yer verilerek bir değerlendirme yapılacaktır.

e)2) Anayasal Düzenleme

12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliğinden önceki dönemde,²⁸⁴ Anayasada kamu görevlileri için grev yasağı öngörülmüş bulunmaktaydı: 53. maddedeki toplu iş sözleşmesi hakkı yalnız işçilere tanınmış, bu maddenin 3. fıkrası ile kamu görevlilerinin grev hakkını düzenleyen 54. maddeye tabi bulunmadıkları belirtilmişti. Grev hakkını düzenleyen 54. maddeye göre ise, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde (menfaat grevi) işçiler grev hakkına sahipti.

12 Eylül 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasanın 53.maddesine ek bir fıkra getirilerek, kamu görevlilerine “toplular sözleşme” hakkı tanınmıştır. Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde ise, tarafların Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabileceği öngörülmüştür. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesin olduğu ve toplu sözleşme hükmünü taşıdığı da belirtilmiştir.

Bu ek fıkra ile birlikte, 1995 tarihli Anayasa değişiklikleri ile getirilen, kamu görevlilerinin “toplular görüşme” hakkını düzenleyen hüküm yürürlükten kaldırılmış

284 Öğretide, bazı yazarlar *Anayasa değişikliği öncesinde de*, Anayasanın 90.maddesinin 5. fıkrası gereğince, uluslararası sözleşmeler (ILO Sözleşmeleri) çerçevesinde kamu görevlilerinin toplu sözleşme ve grev hakkına sahip olduğunu savunmaktaydılar. Bkz. M.Gülmez, “Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası” **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001,s.5-6; M.Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?” **Çalışma ve Toplum**, 2008/3,s.163 vd.; M.Gülmez, “**Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**”, Ankara, 2006, s.83 vd.; M.Gülmez, **Sendikal Haklarda Uyum Sorunu**, Ankara, 2005, s. 95-102.

Ayrıca, yazara göre 1982 Anayasasının grev hakkını düzenleyen hükmünde sadece “işçiler”den ve “çıkar uyuşmazlıkları için” bahsedilmiş olması ne kamu görevlilerine grev hakkının yasaklandığı ne de “hak grevi”nin yasaklandığı sonucuna varılabilir. Bkz. M.Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788’den 4688’e:1926-2001**, Ankara, 2002, s.180. KABOĞLU’na göre de, “tabi olmama” ile anayasaca “yasaklama” kavramları aynı anlama gelmemektedir. Bkz. İ.Kaboğlu, “1995 Anayasa Değişiklikleri”, **KÜHFD**, Y.1, S:1, Kasım 1997, s.403; İ.Kaboğlu, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak?**, Ankara, 2010, s.71-72. Ancak Anayasa Mahkemesi, aksi yönde içtihatlar da bulunmuştur. Bu kararlara yargı kararları başlığı altında değinilecektir.

Bazı yazarlara göre ise, kamu görevlileri toplu sözleşme ve grev hakkına sahip değildir. ”Ne 87,ne de 98 sayılı sözleşmelerde, değil grev, grevi çağrıştıran bir söz dahi yoktur.” Bkz.A.C.Tuncay, “Kamu Görevlilerinin Sendikalaşması ve Toplu Pazarlık Hakkı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s.174,175.

bulunmaktadır: “128’inci maddenin ilk fıkrası kapsamına giren *kamu görevlilerinin* kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile *54’üncü madde hükümlerine tabi olmayan*²⁸⁵ sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler.”

2010 Anayasa değişiklikleriyle, “grev hakkı”nı düzenleyen 54.maddede ise, yine kamu görevlilerine ilişkin bir ibare yer almamış, sadece “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında”, uyuşmazlık çıkması halinde “işçiler”in grev hakkına sahip olduğundan söz edilmektedir.

İleride değinileceği üzere, yasal düzenlemelerde, kamu görevlileri açısından “grev yasağı” getirilmiş bulunmaktadır. Ancak, siyasi-sosyal olgular bir yana bırakılarak, hukuki açıdan, 2010 Anayasa değişiklikleri de göz önüne alınarak, şu soru sorulabilir: Yasakoyucu, yapacağı düzenlemelerle bütün kamu görevlileri ya da bazı kamu görevlileri için grev hakkını *tanıma* yoluna gidebilir mi?

2010 Anayasa değişikliği ile, kamu görevlilerinin grev hakkı açıkça tanınmamış olmakla birlikte, bu konuda açık ve net bir yasaklama ifadesi de olmadığından bahisle, 2010 Anayasa değişikliği öncesi öğretilerde ileri sürülen görüşlere paralel olarak, bu konuda Anayasanın “sessiz” kaldığı, yasakoyucuya takdir yetkisi verildiği söylenebilir.

Bununla birlikte, kamu hukukunda, yetkisizliğin asıl olduğu prensibi de göz önüne alınarak, Anayasa ve yasal düzenlemelerde kamu görevlilerinin grev hakkına sahip olduklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, kamu görevlileri için grev yasağının devam ettiği sonucuna da varılabilecektir.

Diğer taraftan, Anayasada yapılan değişikliklerin “örtülü bir grev yasağı” içerdiği de öğretilerde ileri sürülmektedir. Maddede geçen “Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Yüksek Hakem Kurulu’na başvurabilir.” kaydı grev hakkının dolaylı olarak yasaklanması şeklinde de yorumlanabilecektir. Bu uygulama, “zorunlu tahkim” ve “grev yasağı” biçiminde

285 Grev hakkını düzenleyen 54.maddede yer aldığı üzere, “sadece işçi sendikaları”...

düşünülebilecektir. 54.maddenin 1.fikrası, “Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde” işçilerin grev hakkını güvenceye alırken, kamu görevlilerini uyulması zorunlu bir karar verme yetkisi bulunan KGHK’ya göndermektedir. Kurul kararları “kesin” ve “toplu sözleşme hükmünde” olduğundan, *bizim de katıldığımız bu görüşe göre*, grev hakkı da üstü örtülü bir biçimde ortadan kaldırılmış olmaktadır.²⁸⁶

e)3) Yasal Düzenlemeler

e)3)1) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

Konuyla ilgili en temel yasal düzenlemeyi oluşturan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 26.maddesinde, toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı yer almaktadır: “Devlet memurlarının *kamu hizmetlerini aksatacak şekilde* memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelip de *Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır.*”

657 sayılı Yasanın 27.maddesinde de grev yasağı düzenlenmiştir: “Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplemeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır. Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılamaz, grevi destekleyemez veya teşvik edemezler.”

Yasanın 125.maddesinde de “toplu eylem ve hareketlerde bulunma” ile “grev” faaliyetlerinin idari yaptırımını belirtilmektedir: Maddenin E bendine göre, “kamu hizmetlerinin yürütülmesini engellemek, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak” fiilini işleyen memurların “devlet memurluğundan çıkarma” cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmüştür.

286 Öğretide bu yöndeki görüşler için bkz. İ.Kaboğlu, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak?**, s.255; A.Çelik, “AB ile Müzakere Sürecinde Türkiye’de Sosyal Haklar Sorunsalı –Sendikal Hakların Önemi ve Gözardı Edilmesi-“, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, s.257; M.Gülmez, “Grev yasak demenin başka yolu”, **Radikal İki**, 28 Mart 2010.

Görüldüğü üzere, kamu görevlilerinin kamusal görevlerini aksatacak (ve dolayısıyla da, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesini zedeleyecek şekilde) faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmış ve idari yaptırıma tabi tutulmuş bulunmaktadır.

e)3)2) 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu

657 sayılı Yasadaki düzenlemelere paralel olarak, 25.6.2001 tarih ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda da yine grev hakkının yer almadığı görülür. Yasada, sadece “toplular görüşme” tanımlanmış, bunun usul ve esasları düzenlenmiştir. (md.3/h ve md.28)

e)3)3) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

e)3)3)a) Konunun ceza hukuku boyutuna da değinilecek olursa, 5237 sayılı Ceza Kanunu, hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, *görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan* kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceğini (md.260) hüküm altına almıştır.²⁸⁷ Yasada “grev” sözcüğü yer almamakla birlikte, hukuken aynı sonuçların doğmasına yol açabilecek olan kamu görevinin toplu olarak terk edilmesi, yavaşlatılması eylemleri cezai yaptırıma bağlanmaktadır.

Aynı maddenin 2.fikrası, *hizmetin aksamaması halinde* cezadan indirim yapılabileceğini ya da ceza verilmeyebileceğini de öngörmektedir: “Kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, *hizmeti aksatmayacak biçimde*, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir.”

e)3)3)b) TCK'nın 260.maddesinin 2.fikrası konumuz açısından özel bir önem taşımaktadır. Çünkü bu hükümle, kamusal görevin gerekleri ile kamu yararının korunması, dolayısıyla da süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal

287 Söz konusu maddenin gerekçesinde, “bir hizmetin kamu adına yürütülmesine karar verilmesi, bu hizmetin düzenli ve aksamsızın yürütülmesini gerektirir.” denilerek madde ile bir kamu hizmetinin aksamasına neden olacak toplu hareketlerin ceza yaptırımı altına alındığı ifade edilmiştir. Bkz. M.E.Artuk, A.Gökçen, C.Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, Ankara, 2007, s.311.

konulara ilişkin hak ve özgürlüklerinin (aynı zamanda sendikal haklarının) korunması arasında bir *denge*nin kurulmaya çalışıldığı da söylenebilecektir. Bununla birlikte, terazinin “hizmetin aksamasını önleyici kefesi” daha ağır basmaktadır. Göz önüne alınacak temel kriter, kamu görevini terk ya da yavaşlatmanın “hizmetin aksaması”na yol açıp açmadığıdır.

Maddenin gerekçesine baktığımızda, “ikinci fıkrada görevin toplu olarak ve kısa bir süre için terkinin kamu hizmetinin yürütülmesi açısından oluşturduğu *haksızlığın azlığı* göz önünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapma veya ceza vermeme konusunda mahkemeye takdir yetkisi tanındığı” belirtilmektedir. Ancak, bu takdir yetkisinin kullanılabilmesi için, görevin kısa bir süre terkinin “hizmeti aksatmaması” gerektiği de yine madde gerekçesinde yer almaktadır.²⁸⁸

Yasakoyucu, söz konusu düzenlemede işi bırakma veya yavaşlatma halinde “hizmetin aksamamasını” bir ihtimal olarak öngörmüş bulunmaktadır. Bununla birlikte, denilebilecektir ki, işin bırakılması ya da yavaşlatılması, fakat buna karşılık hizmetin aksamaması konusunda verilebilecek örnekler, oldukça sınırlı sayıda olacaktır.

Gerçekten de, işin bırakılması veya yavaşlatılmasına rağmen hizmetlerin aksamaması, *iki ihtimalde* söz konusu olabilecektir: Birinci ihtimalde, bir idari birimde, bir kamusal görevi yürütebilmek için gerekli olan personelden daha fazla personel çalıştırılmaktadır ve bu kişilerden bazılarının işi bırakması hizmetin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesini etkilemeyebilir. İşin bırakılması esnasında o hizmete duyulan kamusal ihtiyaç var olan personelle “gereği gibi” (sürekli ve düzenli olarak da) tatmin edilebiliyorsa, o takdirde hizmetin aksadığından da söz edilemeyecektir. Ancak, –Türkiye gibi- normal koşullarda bile her görev açısından yeterli personele sahip olmayan ülkelerde, bu ihtimal oldukça düşük görünmektedir.

İkinci ihtimal ise, hizmetin bünyesinde taşıdığı özellikler sebebiyle, belli zaman aralıklarında yapılan iş bırakma veya yavaşlatmalar, o hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini etkilemeyebilecektir. Örneğin, eğitim hizmetlerini yürüten öğretmenlerin, yazın grev yapmaları durumunda, hizmet o sırada zaten yürütülmediğinden, süreklilik ve düzenlilik

288 Bkz. M.E.Artuk, A.Gökçen, C.Yenidünya, **Gereğeli Ceza Kanunları**, s.311. Ancak, gerekçede yer alan “haksızlığın azlığı” ifadesi açık ve net değildir. Bu konuda, ileride değinilecek olan Yargıtay kararları daha açıklayıcı olabilecektir.

ilkesini zedelemiş olmayacaktır. Ancak, grevin etkili olması ve toplumda yankı uyandırması amaçlandığından, bu da düşük bir ihtimal olarak düşünülebilecektir.

Diğer taraftan, eğer TCK'da yer alan “hizmetin aksamaması” ifadesiyle kast edilen, hizmetin “gereği gibi” yerine getirilmesi değil de, hizmetin belli bir nitelikte olmasa bile, bir şekilde yerine getirilmesi ise, bu yaklaşım tarzı, başlı başına kamusal görevlerin gereklerine ve ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

Örneğin, bir tapu dairesinde çalışan beş görevliden üçünün *işi bırakması* halinde, kalan iki personelle de o hizmet yürütülmeye devam ettirilebilecektir; ama “gereği gibi” değil de son derece yavaş olarak yürütülebilecektir.

Benzer şekilde, bir tapu dairesinde çalışanların bazılarının *işi yavaşlatması* halinde de, örneğin, normal koşullarda günde yüz tane tapu işlemi yapılmakta iken, bu sayı, elliye düşebilecektir. Bu örnekte de hizmetin aksamadığı kabul edilecek olursa, hizmetin gereklerine aykırı bir durumun varlığından söz edilebilecektir. Diğer taraftan, günün belli saatleri ile sınırlı olarak o hizmetin sunulabilmesi ihtimalinde bile, o saatler dışındaki zaman dilimi açısından süreklilik ve düzenlilik ilkesinin ihlal edilmiş olacaktır.

Sonuç olarak, her iki örnekte de hizmet gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yerine getirilememiş olacaktır. Eğer, madde gerekçesinde yazan *haksızlığın azlığı* ifadesinden kast edilen buysa, “Hizmet sunulsun, ama sürekli ve düzenli olmasa da olur.” şeklinde bir sonuç ortaya çıkabilecektir. “Haksızlığın azlığı”nı açıklamak noktasında yargı kararları belirleyici olacaktır. Konuyla ilgili Yargıtay kararlarına biraz ileride değinilecektir.

e)4) Uluslararası Düzenlemeler

e)4)1) Bilindiği üzere, Anayasanın 90.maddesinin 5.fıkrasına göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır.

Örgütlenme özgürlüğü de temel hak ve özgürlüklerden biridir. Bu nedenle, konuyla bağlantılı uluslararası düzenlemelerin de göz önüne alınması gerekmektedir.

Bu konudaki uluslararası hukuk düzenlemelerine bakıldığında, esas itibariyle, Türkiye'nin konuyla ilgili onayladığı belgeleri "ILO (Dünya Çalışma Örgütü) 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeleri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), Avrupa Sosyal Şartı (AŞŞ), AB Müktesebatı ve Avrupa Birliği Komisyonu direktifleri" göze çarpmaktadır.

e)4)2) Uluslararası çalışma hukukunun temel belgesi olan 87 sayılı ILO sözleşmesine göre, grev hakkı, örgütlenme hakkının doğasında var olan bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma göre "sendikal hakların bölünmezliği" söz konusudur ve toplu sözleşme ve grev hakkı olmadan sendikal hakkının özü ortadan kalkacaktır. Bir diğer ifadeyle sendika, toplu pazarlık ve grev hakkı bir bütün oluşturur.²⁸⁹ ILO denetim organları 1950'lerden bu yana sendika hakkının grev hakkını da içerdiğini ve grev hakkının 87 sayılı sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiştir.²⁹⁰

e)4)3) *Avrupa Sosyal Şartı* da 5. ve 6.maddelerinde toplu görüşme ve grev hakkını düzenlemektedir. **Ancak** Türkiye, AŞŞ'nin bu maddelerine *çekince* koymuştur.²⁹¹

289 Bkz. M.Gülmez, "Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?", **Çalışma ve Toplum**, 2008/3, s.163 vd.

290 İngilizce metinde, sendikal hakların öznesi olarak "worker" sözcüğü yer almaktadır. 87 sayılı sözleşmenin resmi çevirisinde "workers" ifadesinin "çalışanlar" olarak çevrilmiştir. ILO denetim organları 1950'li yıllardan bu yana sözleşmenin öznesinin dar anlamda işçi değil *hiçbir ayırım gözetilmeksizin çalışanlar* olduğunu belirtmektedir. ILO denetim organlarının istikrar kazanmış kararlarına göre grev hakkının çalışanın hukuksal statüsü ile ilgisi yoktur. *Bütün çalışanlar* grev hakkına sahiptir ancak *belirli hizmetler ve belirli durumlarda* grev hakkı sınırlanabilmektedir. *Kamu görevlisi* (devlet memuru, public servant, public officials ve public employee) olmak grev hakkını kullanmaya engel değildir. Bu konuda ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi (SÖK), İHAM ve Avrupa Konseyi Sosyal Haklar Avrupa Komitesi (SHAK) kararları açıktır. SÖK, tüm memurları kapsayan genel bir grev yasağını 87 sayılı sözleşmenin ihlali olarak kabul etmektedir. Memurlar için genel bir grev yasağına karşı çıkılmakta ve grev hakkının sadece iki durumda sınırlanabileceğini kabul edilmektedir: Sadece devlet adına otorite icra eden kamu görevlilerinin (public servants exercising authority in the name of the State) çalıştığı kamu hizmetlerinde veya *durması nüfusun tümünün veya bir bölümünün yaşamını, kişisel güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atabilecek, kelimenin dar anlamıyla, zorunlu/temel hizmetlerde.* (ILO, Freedom of Association, 2006, paragraf 576)

291 5. ve 6. maddelerde sendikal hakların öznesi olarak "worker" sözcüğüne yer vermiştir. AŞŞ'nin resmi çevirisi ve AŞŞ'nin denetim organı olan Sosyal Haklar Avrupa Komitesi (SHAK) kararlarında AŞŞ'nin 5 ve 6. maddelerinin tüm çalışanları kapsadığı belirtilmiştir. AŞŞ'nin denetim organı olan SHAK şu kararları vermiştir: "Kamu görevlileri (public officials) 6 maddenin 4. fıkrasındaki grev hakkından yararlanırlar. Bütün kamu görevlilerinin grev hakkından yoksun bırakılması 6/4. fıkra ile uyumsuzdur. Kamu görevlilerinin belirli kategorileri için grev hakkı sınırlanabilir. Bu kısıtlamalar, görev ve işlevleri, sorumluluğun doğası ve düzeyi doğrudan ulusal güvenlik, genel yararlar vb. ile ilintili kamu görevlileri için öngörülebilir." Bkz. Council of Europe, Digest of The Case Law of The European Committee of Social Rights, 1 September 2008.

e)5) Öğretideki Görüşler

e)5)a) Kamu görevlileri için öngörülen “grev yasağı” konusunda, öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu konu, özellikle de kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkesi çerçevesinde tartışılmaktadır.

ONAR, öğretide, kamu görevlileri hakkında öngörülen grev yasağının iki dayanak noktası bulunduğunu belirtmektedir. Öncelikle, grevlerin, sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi gereken kamu hizmetlerini, buna bağlı olarak da toplumdaki sosyal ve ekonomik ilişkileri olumsuz yönde etkileyeceği ifade edilmektedir. Buna göre, “kamu hizmeti ile kaynaşmış olan ve her şeyden evvel, bu hizmetlerin muntazam, müstakar, intikasız bir surette görülmesini ve devamını temin etmekle mükellef bulunan memurlar grev yapamazlar.”

İkinci dayanak noktası ise, grevin işçi ile işveren arasındaki menfaat ayrılığı ve çarpışmasından ileri gelmekte olduğudur. Bu görüşe göre, işverenle işçi ayrı ayrı menfaatlere sahiptir, aralarındaki iş akdi de bu zıt menfaatleri telif eder. Oysa ki, Devletle memur arasında böyle bir menfaat ayrılığı olmadığı gibi akdi bir ilişkinin de bulunmadığı ifade edilmektedir. “Memurun grevi, akide karşı ve hususi, meşru bir menfaati korumak değil, doğrudan doğruya kanuna ve bağlı olduğu amme hizmetine karşı bir hareket teşkil eder.”²⁹²

Öğretide, bu görüşlere paralel olarak, GÖZLER’e göre, kamu görevlileri için “grev yasağı” öngörülmüş olması yerindedir. Yazar, bu görüşünü şöyle temellendirir: “Çünkü grev, yapılan işin bırakılması demektir. Oysa kamu hizmetlerinde devamlılık ilkesi geçerlidir. Kamu hizmetlerini yürüten kişiler olarak memurların grev yapmalar *kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesine* aykırı olur. Grev yapıldığında kamu hizmetleri, kanunun öngörmediği bir şekilde kesintiye uğrar ve kamu hizmetlerinin işlememesinden dolayı ağır zararlar ortaya çıkar.” Ayrıca, yazara göre grev ve lokavt kavramları idare hukukuna değil, münhasıran iş hukukuna ait kavramlardır. “Çünkü, memurla idare arasındaki ilişki, hizmet akdinde olduğu

292 Bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.2, s.1181, 1182.

gibi, akdi bir ilişki değil, kanuni ve nizami bir ilişki(statü hukuku ilişkisi)dir. Memur işini bırakırsa, aylığı kesilmez; idare de lokavt ilan edemez.’’²⁹³

AYAYDIN’a göre de, “grev yasağı”nı kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi bakımından ele almak doğru ve yerindedir; ama konuya *ekonomik, sosyolojik ve kültürel faktörler* açısından *da* yaklaşmak gerekir: “Bu ameliye sırasında da, öncelikle, uygulamaya konulacak grevlerin ülkenin halihazırda çözmek zorunda kaldığı ekonomik sorunların daha da ağırlaşmasına neden olabileceği göz önünde tutulmalıdır. Ve ayrıca, sahip oldukları mali sorunlar nedeniyle tamamen kamu hizmetlerine bağlı yaşamak durumunda kalan kişilerin Türk halkının çoğunluğunu oluşturduğu gerçeği de dikkate alınmalıdır.’’²⁹⁴

e)5)b) Bununla birlikte, öğretilerde **tam aksi yönde** görüşler de bulunmaktadır. Örneğin, GÜLMEZ, şu gerekçelerle “grev yasağı”na karşı çıkmaktadır: “... Memurlar aracılığıyla yerine getirilmesi öngörülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin “sürekli” niteliği, söz konusu hizmetlerin tümünün hiçbir zaman ve hiçbir biçimde kesintiye uğratılmayacağı ve aksatılmayacağı yolunda yorumlanamaz. Buradaki amaç, hukuksal durumu yasayla düzenlenecek olan memurların geçici nitelik taşıyan, belli bir süreyle sınırlı olarak yerine getirilmesi söz konusu olan görevlerde çalıştırılmayacağına belirtilmesidir. Çünkü memur, tanımı gereği, kamu hizmetlerinin görülmesinde temel ve sürekli bir ögedir, tüm meslek yaşamını bu uğraşa adayan ve memurluğu “meslek” edinen bir kamu personelidir... Kısacası, Anayasanın memur statüsüne bağlı kişilerce yerine getirilecek görevlerin özelliklerinden biri olarak belirttiği “süreklilik”, temelde memurluğun bir “meslek” ve memurların da tüm meslek yaşamını bu görevlerin yerine getirilmesine adayan kişiler olduğunu gösterir. Bundan dolayı ya da örtük bir grev yasağı sonucuna varmamak gerekir. Kaldı ki grev, “sürekli” değil “geçici” bir toplu iş bırakımı eylemidir ve kamu hizmetlerinin görülmesini “geçici” bir süre aksatır. Bu da hizmetlerin sürekliliğini ortadan kaldırmaz. Nitekim memurluğu bir meslek ve kariyer olarak gören ve düzenleyen birçok ülke, temel ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getiren memurlara grev hakkı tanıyarak, sürekliliğin hiçbir zaman ve hiçbir koşulda hizmetlerin kesintiye uğratılmaması anlamına gelmediğini göstermiş, süreklilik ögesi ile grev hakkını bağdaştırmıştır. Bunu yaparken de, “temel” olarak nitelenen

293 Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.652.

294 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukukuna Giriş 1**, s. 314.

ve görece daha önemli sayılan kimi kamu hizmetlerinde grev yasağı getirmiştir. Bu yaklaşım ve düzenlemeler, uluslararası kurallara uygun bulunmuştur.’’²⁹⁵

ÖZAY ise konuya daha farklı bir boyut getirerek, süreklilik ilkesinin hep “kronolojik” yönünün fazla önemsendiğini, bunun yanında “içerik ve yoğunluk” olarak ifade edebileceğimiz “nitel” özelliği göz ardı edildiğini ve giderek kamu personelinin grev yasağının bu “süreklilik” mitosuna feda edildiğini belirtir. Yazara göre: “Çoğunluk kamu hizmetini zaman bakımından kesintiye uğratması nedeniyle grev yasağının yerinde olduğunu düşünmüş, yargı yerleri de, bazen eleştirdiğim yürütmenin durdurulması kararlarını hep bu kamu hizmetlerinin sürekliliği “efsanesi”ne bağlamışlardır. Buna karşılık kamu personelinin grev hakkından olabildiğince yararlandığı, giderek bazen kötüye bile kullandığı İtalya’da kamu hizmetleri kronolojik bakımdan kesintiye uğrasa bile içerik ve yoğunluk bakımından nitel düzeylerinin bizden kat kat üstün olduğunda hiç kuşku yoktur.’’²⁹⁶

KABOĞLU ise, hizmetlerin sürekliliği ile sosyal haklar arasında bir “uzlaşma” anlayışı çerçevesinde şu açıklamayı yapar: “Grev hakkı, demokratik rejime sahip ülkelerde işçilerle sınırlı olmayıp kamu görevlilerini de kapsamına almaktadır. Bu alanda grev hakkının tanınması ve kullanılması, kamu hizmetlerinin sürekliliği, sağlığın, kişilerin ve malların korunması ilkesi, eşitlik ilkesi, çalışma özgürlüğü gibi diğer anayasal ilke ve özgürlüklerle çatışma yaratsa da, yasayıcı mesleki çıkarların savunulması ile genel çıkarın korunması arasındaki zorunlu uzlaşmayı sağlayarak grev hakkının sınırlarını çizmekle görevlidir. Kuşkusuz, yasakoyucu, asgari hizmetlerin yapılmasını güvence altına alırken belli kategorilerde sınırlama ve yasaklamalar uygularken, bu hakkı ancak haklı nedenlerle

295 Bkz. M.Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, Ankara, 2002, s.164. Ayrıca bkz. M.Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 18, 2008/3; M. Gülmez, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 4, 2005/1; M.Gülmez, “Sendikal Hakların Bölünmezliği: ‘Toplu Sözleşmesiz Ve Grevsiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur’”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 26, 2010/3.

296 Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.238.

Sadece İtalya’da değil, bugün dünyanın pek çok ülkesinde de kamu görevlileri grev hakkını kullanabilmektedir: Arjantin, Finlandiya, Fransa, İspanya, İsveç, Kanada, Meksika, Norveç, Portekiz, ABD’nin bazı eyaletleri, Fildişi Sahili, Guetemala, Senegal, Sri Lanka. Almanya’da ise statüsel konumda olan devlet memurları grev hakkından yoksun iken diğerleri bu hakkı kullanabilmektedir. Ancak, bu hak belli sınırlamalara tabidir. Örneğin, Fransa’da emniyet görevlilerine, ceza infaz kurumlarındaki personele, yargıçlara, işçilerinde ve güvenlik güçlerine çalışan personele grev hakkı tanınmamıştır. Ayrıca, grev hakkının kötüye kullanılması veya kamu düzenini bozucu etkileri olan grevlerin yapılması da kabul edilmemektedir. Fransa örneği için bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.655 vd.

sınırlayabilir. Bu bakımdan, durdurulması ülkenin temel gereksinimlerini aksatacak hizmetin işleyişini sağlamak için varlığı vazgeçilmez görevlilere grev yasaklanabilir.’’²⁹⁷

KARAN’a göre de: “Devlet memurlarının grev hakkına sahip olmasının kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi ile bağdaşmayacağı ileri sürülse de, *her tür* kamu hizmeti için devlet memurlarına grev hakkı tanınmaması yerinde değildir. Bu nedenle hizmetin *niteliğine* göre devlet memurlarının grev hakkı konusunda ayırım yapmak ve sınırlı bir grev hakkı tanımak yerinde olacaktır. Hangi hizmetin temel, hayati bir gereksinimi karşıladığını belirlemek her zaman kolay değildir. Ancak ölçüt grevin türü değil hangi alanlarda yapılabileceği olmalıdır. Sonuçta sendika kurma hakkı tanınan, toplu görüşme yapma imkanı verilen devlet memurlarına bu hakların tabi uzantısı olan grev hakkının da belli sınırlar içinde tanınması yerinde olacaktır.’’²⁹⁸

e)6) Yargı Kararları

e)6)1) Anayasa Mahkemesi Kararları

1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi, 657 sayılı Yasa’nın devlet memurlarının greve karar vermelerini, grev tertiplemelerini, ilan etmelerini, bu yolda propaganda yapmalarını, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılmalarını, grevi desteklemelerini veya teşvik etmelerini yasaklayan 27. maddesiyle ilgili olarak: “Kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin aksamamasını sağlamak için konulduğunu, 1961 Anayasası’nın memurlarla ilgili hükümleri arasında memurlara grev hakkı tanıyan ya da bu konuda kanun koyucuyu bağlayan bir hükmün olmadığını, Anayasa’da çalışanlardan yalnız işçiler için, grevin, kullanılmasının ve istisnalarının kanunla düzenlenecek bir hak olarak tanındığını, Anayasa’da memurların çalışanlardan sayılmış ise de işçi sayılmadığını, yorum yoluyla Anayasa’da işçilere grev hakkı tanıyan 47. maddenin memurlar için grev hakkını da kapsadığını ve yasa koyucuya memurlara grev hakkını tanımak zorunluğunu yüklediğini kabul etmenin mümkün olmadığını’’ karara bağlamıştır.²⁹⁹

297 Bkz. İ.Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.483.

298 Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.384; N.Karan Kaman, **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, Ankara, 2003, s.136.

299 Bkz. AYM, E.1969/68, K.1970/34, K.T.23.6.1970. Benzer yönde bir karar olarak bkz. AYM E.1970/11, K.1970/3, **AYMKD**, Y: 1970, S:11, s.370.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde ise, 399 sayılı KHK'nın³⁰⁰ sözleşmeli personelin sendikaya üye olmasını, sendikal faaliyette bulunmasını, bu yolda propaganda yapmasını, desteklemesini ve teşvik etmesini yasaklayan 14. maddesini, Anayasa'nın 51. ve 53. maddelerindeki hakların *sadece işçiler*³⁰¹ yönünden anayasal güvenceye bağlandığını, KHK'nin öngördüğü sözleşmeli personelin işçi ve memur olmadığının açıkça ifade edildiğini, işçi kapsamı dışında kalan çalışanlar hakkındaki düzenlemeler konusunda yasakoyucunun takdir hakkının bulunduğunu, işçilerin bu kanun hükmünde kararnameye bağlı olmadığını vurgulandığını ve işçiler açısından hakların yasal güvenceye de kavuşturulduğunu belirterek düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiştir³⁰².

Görüldüğü üzere, 2010 Anayasa değişikliğinden önce, Anayasa Mahkemesi, “Anayasal düzenlemeler” başlığında değinilen, öğretideki bazı görüşlerin aksine, kamu görevlilerine Anayasal düzeyde bir “grev hakkı”nın tanınmamış olduğu yönünde kararlar vermiştir.

e)6)2) Danıştay Kararları

Danıştay 12. Dairesi'nin konuyla ilgili bir kararında, öğretmen olan davacının sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemesinin 657 sayılı Kanunun 125/C-b maddesinde öngörülen “özürsüz olarak bir gün göreve gelmemek” fiilinin gerçekleşmediği, dolayısıyla aylıktan kesme cezası gerektirecek bir eylem olmadığı; bu eylemin bir disiplin suçu oluşturmadığı, göreve gelmemenin sendikal faaliyet kapsamında olması nedeniyle mazeret olarak kabulü gerektiği belirtilmiştir.³⁰³

300 22 Ocak 1990 günlü, 399 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

301 1982 Anayasası'nın 51. maddesinde daha sonra yapılan değişiklikle “çalışanlar” kavramına yer verilmiştir.

302 Bkz. AYM, E.1990/12, K.1991/7, K.T.4.4.1991. Kararda varılan sonuca dair karşı düşünce için bkz. M.Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, **TÜHİS**, Şubat-Mayıs 2006, s.6 ve 21; M.Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e:1926-2001**, s.180.

303 Bkz. D 12D, E.2004/4209, K.2004/4148, K.T.20.12.2004, www.danistay.gov.tr Benzer yönde kararlar için bkz. D 12D, E. 2005/5767, K.2008/225, www.danistay.gov.tr ; D 12D, E.2005/4499, K.2005/3529, www.danistay.gov.tr; D 12D, E. 2002/3743, K. 2002/4272; D 12D, E. 2002/4643, K. 2005/313,

12. Dairenin 2005/313 Karar ve 2004/4643 Esas sayılı kararında da benzer bir sonuca varılmıştır: “Olayda, davacının üyesi bulunduğu sendikanın yetkili kurullarınca alınan, üretimden gelen güçlerini kullanma çağırısına uyarak ... tarihinde göreve gelmediği anlaşılmış olup, davacının *sendikal faaliyet kapsamında göreve gelmemesi fiilinin mazeret olarak kabulünün gerektiği* dolayısıyla 657 sayılı. Yasanın 125/C-b maddesi anlamında *özürsüz olarak göreve gelmemek fiilinin sübuta ermediği* görülmüştür. Bu durumda, disiplin suçu teşkil etmeyen eylem nedeniyle davacı hakkında tesis olunan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”³⁰⁴

Bununla birlikte, Danıştay’ın konuyla ilgili olarak, hizmetin fiilen yürütüldüğü zaman dilimini dikkate alan ve bu şekilde süreklilik-düzenlilik açısından bir değerlendirme yaptığı kararları da vardır. Danıştay 5 Dairesi 21 Aralık 1999 tarihli kararında, sendika kararı doğrultusunda izinsiz ve özürsüz olarak bir gün göreve gelmeyen üyenin naklen bir başka okula atanması işlemi ile aylıktan kesme cezası verilmesini “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ne uygun bulan ilk derece mahkemesinin kararını, “davacının göreve gelmediği tarih, *öğrenim dönemine rastlamadığı*, dolayısıyla da eğitim-öğretim görevinin aksatıldığından söz edilemeyeceği” gerekçesiyle bozmuştur.³⁰⁵

e)6)3) Yargıtay Kararları

e)6)3)a) Konuyla ilgili Yargıtay kararlarına bakıldığında, 5237 sayılı TCK döneminde de, 260.maddedekine paralel bir düzenleme olarak, 765 sayılı TCK’da da 236.madde bulunmaktaydı. Bu dönemde verilen kararlarda, kamu görevlilerinin bağlı oldukları sendika kararları doğrultusunda, sendikal haklarını kullanmak amacıyla, görevlerini “geçici bir süreliğine” bırakmaları, ilgili madde kapsamında değerlendirilmiş, bu tür eylemlerin suç teşkil ettiği belirtilmiştir.

www.danistay.gov.tr ; D12D, E.2005/5767, K.2008/225, www.danistay.gov.tr ; D 11D, E.2002/871, K.2005/861, www.danistay.gov.tr ; D 8D, E.1997/4334, K.1998/4242, K.T.10.12.1998, www.danistay.gov.tr

304 Bkz. D 12D, E. 2002/4643, K. 2005/313, www.danistay.gov.tr

305 Danıştay’a göre, söz konusu eylem “ayrıca naklen atama işlemi tesis edilmesini de gerektirecek nitelikte değildir.”. Kararı aktaran: M.Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788’den 4688’e: 1926-2001**, s.281.

Örneğin, Yargıtay 4.Ceza Dairesi, konuyla ilgili bir kararında, sanıkların sendika çağrısı ile mazeretsiz olarak bir gün derslere girmeyerek, belli saatlerde geçici olarak işin bırakmalarının TCK'nın (260) maddesinde tanımlanan suçu işledikleri gerekçesiyle, bozma kararı vermiştir.³⁰⁶

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemdeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu doğrultuda kararlar vermiştir. YCGK, PTT Müdürlüğünde çalışan sanıkların, işyerine geldikleri halde, mali ve sosyal durumlarının düzeltilmesi amacıylaSendikasının çağrısına uyarak, belli saatler arasında görevlerini geçici olarak yapmadıklarına ilişkin bir kararında, “Kamu hizmetlerinde esas olan, *hizmetin düzen içinde ve kesintisiz* devam etmesidir. Memurların anlaşarak terk etmeleri veya yavaşlatmaları kamu düzenini bozacaktır. Kamu düzeninin devamlılığı nazara alındığında terk hususunun kısa veya uzun olmasının önemi ve suça etkisi bulunmamaktadır. Grev yapılması, diğer bir anlatımla bir hakkın alınması için, hakkın alınmasına kadar işe gitmeme veya işi yavaşlatma şart değildir. Bu nedenle üç ve ya daha fazla kişinin alınan bir karar gereği kısa veya uzun bir süre görevi bırakmaları ile 236. maddede yer alan ‘terk’ unsuru gerçekleşmiş olacaktır.’Görevin terki’ yasalara aykırı olarak kamu hizmetinin ifa edilememesi, görevin bırakılması olup görev yerinden ayrılmamak sonuca etkili değildir.” demiştir.

Kararda, Anayasanın 90.maddesi gereği, iç hukukumuzda “yasa” niteliği taşıyan 87 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri çerçevesinde kamu görevlilerine grev hakkının tanınıp tanınmadığı da tartışılmıştır. Yargıtay 4.Ceza Dairesi, 8.12.1999 gün ve 8452/10258 sayılı kararı ile, ILO'nun 87 ve 151 sayılı sözleşmelerinde, sendikanın amaçları doğrultusunda üyelere etkinlikte bulunabilme olanağı sağlamış olması sonucunda, sanıkların eylemlerinin suç öğelerini oluşturup oluşturmadığı hususu tartışılmadan yazılı şekilde hükümlülük kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Bununla birlikte, YCGK'ya göre, “ILO sözleşmeleri ile sendika kurma hakkı tanınmış; fakat grev ve lokavt hakkından söz edilmemiştir... Bu suretle kamu görevlilerine sendikal haklar tanınmış ancak bu hakların nasıl kullanılacağı Sözleşmeyi imzalayan Devletlere bırakılmıştır.” Sonuç olarak da, yasal düzenlemelerimizde Devlet

306 Bkz. Y 4.CD, 15.9.2002-10999/13517. Bir başka kararda ise, öğretmen olan sanığın, bağlı olduğu sendika tarafından alınan karar uyarınca boykot kararına katılarak, “amme hizmetlerinin devamlılık ve intizamını bozacak şekilde ve derecede” derslere girmeyerek okuldaki görevini terk etmesi dolayısıyla TCK'nın (260) maddesinde yer alan suçun işlenmiş olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Y 4.CD, 29.2.1972-1403/1590. Benzer yönde kararlar için ayrıca bkz. Y 4.CD, 19.6.2002-9379/11430; Y 4.CD, 16.4.1981-2247/2312; Y 4.CD, 27.1.1971-92/513, www.yargitay.gov.tr

memurları ile diğer kamu görevlilerine sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmakla birlikte, işi yavaşlatma veya terk etme ya da grev hakkı tanınmadığı, bu konularda yasal düzenleme yapılmadığı ve hala yürürlükte olan TCK'nın 236.maddesinin (5237 sayılı TCK, md.260) olayda uygulanması gerektiği belirtilmiştir.³⁰⁷

e)6)3)b) Yüksek Mahkemenin 5237 sayılı Yasanın 260.maddesi ile ilgili kararları da incelendiğinde benzer ifadelere ve hükümlere rastlanmaktadır.

Örneğin, Yargıtay 4.Ceza Dairesi, PTT çalışanı olan sanıkların ... Sendikası tarafından alınan iş bırakma kararına uyarak toplu olarak işi bırakmaları ve kurum önünde toplanarak basın bildirisini dinlemelerinin görevi terk suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.³⁰⁸

Bununla birlikte, 5237 sayılı Yasanın 260.maddenin 2.fikrası çerçevesinde, Yargıtay, eylemin “geçici ve kısa süreli” olarak, “hizmeti aksatmayacak şekilde” gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin de göz önüne alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Örneğin, bir kararında Yargıtay, “suç tarihinde eyleme sanıklar dışında başka kamu görevlilerinin de katıldığına anlaşılmasına göre, sanıkların görevi terk etmelerinin *geçici ve kısa süreli* olup olmadığı, *derslere girip girmedikleri*, hangi zamanlarda eylemi gerçekleştirdiklerinin ayrıntılı olarak araştırılması ve sonucuna göre TCY'nin 260/2.maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi” gerektiğini belirtmiştir.³⁰⁹

Yargıtay, konuyla ilgili bir başka kararında ise, “5237 sayılı TCY'nin 260/2.maddesinde *geçici ve kısa süreli* olarak *hizmeti aksatmayacak şekilde* gerçekleşmesi durumunda ceza verilmeyebileceğinin belirtildiği, *işe 1 gün hiç gelmeyen* sanık hakkında bu

307 Bkz. YCGK, E.2000/4-25, K.2000/44, K.T.7.3.2000, www.yargitay.gov.tr

308 Bkz. Y 4.CD, 21.2.2006-23083/3743, www.yargitay.gov.tr

309 Bkz. Y 4.CD, 28.5.2007- 2829/5029. Konuyla ilgili “yasal düzenlemeler” başlığı altında, 5237 sayılı Yasanın 2.fikrasının uygulanma alanı tartışılırken bu ihtimale de değinilmişti. Bu konuda, oradaki açıklamalar da hatırlanabilecektir.

madde ve fıkra hükmünün uygulanamayacağı gözetilmeden yasal olmayan gerekçe ile beraat kararının verilmesini” yasaya aykırı bulmuştur.³¹⁰

e)6)4) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakılacak olursak, şu sonuca varılabilecektir: AİHM, İHAS’ı “sosyal haklar”ı da kapsayacak şekilde, “dinamik” bir biçimde yorumlamaktadır. AİHM, şu üç ilkeyi hareket noktası olarak kabul etmektedir: “İnsan haklarının bölünmezliği, md.14’teki ayrımcılık yasağının özerk rolü, kaynakların eşgüdümlü kullanılması.”³¹¹

12 Kasım 2008 tarihli Demir/Baykara v. Türkiye kararıyla beraber Mahkeme, adeta bir Avrupa Sosyal Dairesi olarak ortaya çıkmaktadır.³¹² Bu kararla, AİHM, toplu sözleşme hakkı ile sendika hakkının bir bütün olduğunu ifade etmektedir. Mahkemeye göre, toplu iş sözleşmesi hakkı, 11. madde³¹³’nin tanıdığı sendikaların üyelerinin çıkarlarını savunmak için başvurabilecekleri “topluy eylemler”den biri ve başlıcasıdır.

Demir/Baykara kararının beklenen sonucu ve onun grev alanındaki izdüşümü ise 21 Nisan 2009 tarihli Yapı Yol Sen v. Türkiye kararıdır.³¹⁴

310 Bkz. Y 4.CD, 17.9.2007-2442/6838, www.yargitay.gov.tr

311 Bkz. J.Marguénaud , “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı** , çev : Gül den Kurt, s.210. (yayım aşamasında)

312 Bkz. J.Marguénaud, **a.g.m.**, s.210.

313 AİHS md. 11’e göre: 1.“Herkes barışçıl bir biçimde toplanma özgürlüğü ile, kendi çıkarlarını savunmak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkı da dahil, örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir. 2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarının dışında, hukukun öngörmediği ve demokratik bir toplumda gerekli bulunmayan hiçbir sınırlama konulamaz. Bu madde, bu hakların silahlı kuvvetler, polis teşkilatı ve Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına hukuka uygun sınırlamalar konulmasını engellemez.”

314 AİHM içtihadı, Unisson v. Birleşik Krallık ve 2002 tarihli Offshore Federasyonu Çalışanları v. Norveç kararlarıyla birlikte grev hakkı konusunu yavaş yavaş 11. maddenin yörüngesine doğru çekmeye başlamıştı; her ne kadar bu kararlarda dilekçe sahiplerinin taleplerini kabul etmemiş olsa da Mahkeme, devlet tarafından çalışanların haklarına verilen zararların uluslararası sözleşmelere uygunluğunu derinlemesine inceledi. Özellikle 27 Mart 2007 tarihli Karaçay v. Türkiye kararında, ülke çapında genel bir greve katıldığı için cezalandırılan bir memuru 11. maddeye dayanarak haklı bulmuştu. 17 Temmuz 2007 tarihli Satılmış v. Türkiye kararında ise, kamu görevlilerinin sendika hakkına ilişkin bir hak olan “barışçıl toplu eylem hakkı”na iç hukukta uygulanacak hukuki ve cezai yaptırımların, 11.maddeye aykırılığı saptanmıştır. Bununla birlikte, AİHM bu kararda 11. maddenin çalışanlara grev hakkı tanıyıp tanımadığı konusunda söz söylemeyi reddetmişti. Böylesi bir tereddüt

AİHM, bu kararında şöyle demektedir: “Grev hakkının yasaklanması bazı memur kategorilerini ilgilendirebilir de, bu davada olduğu gibi genel olarak memurlara yaygınlaştırılmaz. Böylece, grev hakkına getirilen yasal kısıtlamaların, ilgili memur kategorilerini olabildiğince açık ve dar olmak üzere belirlenmesi gerekir.”³¹⁵ Mahkeme, sadece sınırlı bir kamu görevlisi kategorisi için grev hakkının kısıtlanabileceğini belirtmekte ve genel bir grev yasağını Sözleşme’nin ihlali olarak görmektedir.

Bu davanın konusu, memurların grev eylemlerine katılımının kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine ters düşmesi nedeniyle Türk hukukunca yasaklandığını hatırlatan bir bakanlık genelgesini görmezden gelerek grev eylemine katılmak gerekçesiyle üç sendika üyesi hakkında uygulanan disiplin cezasıydı. İç hukuk yoluyla bu cezaların iptalini sağlayamayan Sendika, AİHM’e başvurmaya karar verir ve sonuçta Mahkeme, oybirliği ile alınan bir kararla 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varır. Kararda, ASS ve UÇÖ’nün normları da göz önüne alınarak, tıpkı toplu müzakere hakkı gibi grev hakkının da 11. maddeyle bütünleştirilmesi ve üye devletlere dayatılması için yeterli bir Avrupa uzlaşmasını mümkün kılan bir gelişim geçirdiği yönünde bir tespit yapılmıştır.³¹⁶

Enerji Yapı Yol Sen kararı ile geçerliliğini kaybetmiş oldu. Bkz. J. Mouly Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, çev: Gülden Kurt, s.222 vd. Söz konusu kararın AB Adalet Divanı’nın Viking ve Laval kararı ile karşılaştırılması için bkz. **a.g.m.**, s.222. “Satılmış ve Diğerleri/Türkiye” kararı hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Ş.Gökçeoğlu Balcı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Satılmış ve Diğerleri/Türkiye’ Kararı”, **Çalışma ve Toplum**, S:17, 2008/2, s.219 vd.

315 Bkz. M.Gülmez, “Sendikal Hakların Bölünmezliği: ‘Toplu Sözleşmesiz Ve Grevsiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 26, 2010/3.

316 Bkz. J.Mouly, “Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara – Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, çev.Gülden Kurt, s.223. (yayın aşamasında) Yazara göre: “Şüphesiz Mahkeme, grev hakkının mutlak bir yapısı olamayacağını da kabul etmiştir. Böylece Enerji Yapı Yol Sen kararı, her ne kadar sınırları henüz tamamen belirgin olmasa da, Demir ve Baykara kararının bir uzantısı olarak grev hakkını 11. maddeyle birleştirerek bu hakkın net bir biçimde tanınmasını sağlamıştır. Grev hakkı tam olarak diğer haklar gibi bir hak olmadığından; yani bir topluluk gücüne sahip olduğundan ve (bu güç) öncelikli olarak bireylerin haklarını korumayı amaçlayan bir aygıt için ortalık karıştırıcı nitelikte bulunabileceğinden; Mahkeme, bu hakkı böylece adlandırmak konusunda hala bir takım çekinceler göstermektedir. Yine de bu tanınmanın varlığından şüphe edilemez. Mahkeme tarafından 11. maddeyle birleştirilen grev hakkı, sosyal hukukta çok sık yaşandığı gibi, devamı gelmeyen muğlak bir bildiri olarak Sözleşmede yer almaz; aksine Enerji Yapı Yol Sen toplu eylem hakkının baskın biçimde tanınması demektir.”

e)7) Değerlendirme

e)7)a) Grev hakkı, fonksiyonları ve niteliği değişik, kendine özgü bir sosyal haktır. Diğer hak ve özgürlüklerin hepsi “başkasına zarar vermeme” yükümüyle sınırlı olduğu halde, grevde çalışanların belli bazı hak ve kazanımları elde edebilmek adına, son çare olarak, gerektiğinde zarar vermeyi göze almaları söz konusudur.³¹⁷ Bir başka deyişle, grevin bünyesi başkalarına zarar verici bir özellik taşıyabilmektedir, esasen etkililiği de bu ölçüde gerçekleşebilecektir.

Özellikle kamu hizmetlerini yerine getiren kamu kurum ve kuruluşlarında faaliyetin durdurulması ya da önemli ölçüde yavaşlatılması durumunda, ortaya çıkacak zararlı sonuçlar idare dışında, greve katılmayan çalışanlarla, kamusal faaliyetlerle ilgili üçüncü kişileri ve kamu hizmetinden yararlananları da etkileyecektir. Bu bakımdan, konu “kamu hizmeti ve kamu yararı” olunca, kamu görevlilerinin grev hakkının kapsam ve sınırları tartışma konusu olmaktadır.

Grev hakkı, demokratik bir sistemin vazgeçilmez unsuru olduğu gibi, sosyal hakların ve sosyal devlet ilkesinin yaşama geçirilebilmesi için de çalışanların kullanabileceği etkili hukuki araçlardan biridir.³¹⁸

e)7)b) Grev hakkının tanınması ve kullanılması, öğretilerde de belirtildiği üzere, kamu hizmetinin sürekliliği, sağlığın, kişilerin ve malların korunması ilkesi gibi diğer anayasal ilke ve özgürlüklerle çatışsa da, mesleki çıkarların savunulması ile genel çıkarın korunması arasında bir “**uzlaş**ı” kurulabileceğinden söz edilebilecektir.

Ayrıca, süreklilik ve düzenlilik ilkesini tanımlarken de belirtildiği üzere, bu ilkeyi diğer Anayasal ilke ve esaslardan, bu kapsamda “sosyal devlet” ilkesinden bağışık olarak yorumlamak ve anlamlandırmak da mümkün değildir. Süreklilik-düzenlilik ilkesi, hizmetlerin ne olursa olsun sürekliliğinin korunması anlamına gelmeyip, “sosyal bir hukuk devletinde” sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi anlamına gelmektedir. Aynı şekilde, “insan haklarına saygılı, demokratik bir sosyal hukuk devleti”nde, “kamu yararı” (hizmetlerin sürekliliği,

317 Bkz. İ.Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.482

318 Bkz. C.Tuncay, “Grev Hakkı, İnsan Hakları”, YKY-1410, **Cogito-98**, İstanbul 2000, s.292.

düzenliliği) ile “hak ve özgürlükler” (kamu görevlilerinin sosyal, mesleki, hakları) arasında bir denge kurulması gereği, çağdaş İdare Hukukunun da temel amacını oluşturmaktadır.

Bu bakımdan, uluslararası düzenlemeler ve uluslararası yargı organlarının kararlarında da belirtildiği gibi, bütün kamu görevlileri bakımından genel bir grev yasağı öngörülmemesi gerektiği söylenebilecektir.

e)7)c) Elbette, yasakoyucu, asgari hizmetin yapılmasını güvence altına alırken bu hakkı **haklı nedenler** ve **kamu yararı** (toplum açısından temel nitelikte, “yaşamsal” hizmetlerin aksamaması) gereği sınırlayabilecektir. ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi (SÖK) kararlarında da belirtildiği üzere, devlet adına otorite icra eden kamu görevlilerinin (public servants exercising authority in the name of the State) çalıştığı kamu hizmetlerinde veya *durması nüfusun tümünün veya bir bölümün yaşamını, kişisel güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atabilecek, kelimenin dar anlamıyla, zorunlu/temel hizmetlerde* grev hakkı sınırlanabilecektir.³¹⁹

Hangi hizmetlerin temel, zorunlu, yaşamsal bir gereksinimi karşıladığını belirlemek de elbette kolay olmayacaktır. Burada, her ülkenin kendi sosyal-ekonomik, kültürel koşulları ve söz konusu hizmete duyulan kamusal ihtiyacın yoğunluğu ve şiddeti gibi kriterler göz önüne alınabilir. Örneğin, insan haklarının “sert çekirdeği” olarak ifade edilebilecek olan yaşama hakkı ile bağlantılı hizmetler açısından, sağlık personeline grev hakkı tanınmaması gerektiği ileri sürülebilecektir.

Kamu hizmeti kavramının dar ve teknik tanımı göz önüne alındığında, tartışma ve inceleme dışında kalmakla birlikte, milli güvenliği koruma ve kolluk faaliyetlerinin (koruyucu faaliyetlerin) ve kamu düzeni ile bağlantısını kurabileceğimiz diğer kamusal görevlerin (örneğin toplum sağlığı ile son derece ilintili olan cenaze hizmetlerinin, çöp toplama hizmetlerinin) de her halükarda, sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi gerektiği savunulabilecektir.

319 ILO, Freedom of Association, 2006, paragraf 576. Benzer bir şekilde, ASŞ denetim organı olan Sosyal Haklar Avrupa Komitesi (SHAK) kararlarında da, kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin kısıtlamaların, görev ve işlevleri, sorumluluğun doğası ve düzeyi doğrudan ulusal güvenlik, genel yararlar vb. ile ilintili kamu görevlileri için öngörülebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Council of Europe, Digest of The Case Law of The European Committee of Social Rights, 1 September 2008.

“İnsan haklarının sert çekirdeği” olarak da ifade edilen yaşama hakkı, grev hakkı tanınacak kamusal görevler için bir kriter olarak göz önüne alınabilecektir. Bu bakımdan, ilk etapta, yaşama hakkı ile bağlantısı bulunan sağlık hizmetleri için grev yasağının öngörülebileceği söylenebilecektir. Hatta, hayvan hakları da göz önüne alınarak, veterinerler için de grev yasağı söz konusu olabilecektir. Yaşama hakkı ile bağlantısı bulunmayan, örneğin; eğitim, ulaşım, kültür-sanat gibi hizmetlerde görev yapan kamu görevlilerine grev hakkı tanınması yoluna gidilebilecektir.

Grev hakkı ve sınırları tartışılırken, konuyu şu açıdan ele almak da mümkündür: Kamu görevlileri, grev hakkını hangi konularda ve hangi şartlarda kullanabileceklerdir? Bu konuda, kamusal görevlerin gerekleri ile bağdaşmayacak talepler de söz konusu olabilecektir. Örneğin, emeklilik yaşının ya da süresinin kısaltılması konusunda grev hakkının kullanılacak olması, kamusal görevlerin gerekleri ile bağdaşmayabilecektir. Ya da, hukuka uygun bir şekilde yapılan naklen atamalara ilişkin olarak bu hakkın kullanılması da benzer sonuçları doğurabilecektir.

Bu bakımdan, denilebilecektir ki; grev hakkının başlıca kullanılacağı ve kamusal görevlerin gerekleri ile de bağdaştırabilecek olan alan, kamu görevlilerinin “özlük hakları ve çalışma koşulları”dır. Mali hakları, çalışma koşulları insanca ve onurlu bir yaşam sürdürmesini sağlayan kamu görevlisinin, ekonomik kaygılar ve de bunların yarattığı başka kaygılar olmaksızın, görevindeki performans ve veriminin artacağı, hizmetleri daha nitelikli bir şekilde sürekli ve düzenli olarak yürütebileceği söylenebilecektir.

Bir başka deyişle, çalışanların -bu kapsamda kamu görevlilerinin- sosyal haklarından “gereği gibi” yararlanabilmesi adına ettikleri mücadele sonucunda elde edilen kazanımların, bu görevlerin gereği gibi, “nitelik ve yoğunluk” açısından da “sürekli ve düzenli” olarak yerine getirilmesine katkı sağlayacağı da göz ardı edilmemelidir.

Öte yandan, kamu görevlilerinin mali haklarına ilişkin olarak, hem de hizmetlerin süreklilik ve düzenliliğinin aksamasına yol açmayacak şekilde, başka çözüm yollarının ileri sürülmesi de mümkündür. Yasal düzenlemeler yoluyla kamu görevlilerinin mali haklarına bir güvence getirilmesi, örneğin her yıl, enflasyon düzeyi de göz önüne alınarak, belli bir oranda maaşlarına zam yapılacağına ilişkin bir hükmün yer alması düşünülebilir. Bu takdirde,

kamu görevlilerinin –en azından maaşları konusunda- grev hakkını kullanmalarına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı da tartışma konusu edilebilecektir.

11. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Öngörölmüş Olan Disiplin Cezaları

11)a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörölen disiplin cezaları da kamu hizmetlerinin düzenli ve sürekli bir biçimde yürütölmesini sağlamak bakımından önemli bir rol oynamaktadır.

Bu bakımdan, kamu hizmetinin aksamadan işlemlerini sağlayacak, ceza hukukundan farklı ilkelere sahip disiplin hukuku esasları getirilmiştir.³²⁰ Disiplin cezaları, kamu personelinin görevinde daha dikkatli ve özeli davranmasını, dolayısıyla da kamu hizmetinin gereği gibi (sürekli ve düzenli olarak da) yürütölmesini amaçlamaktadır.³²¹

657 sayılı Yasanın 124.maddesinin 2.fıkrasında bu husus şöyle dile getirilmektedir: “Kamu hizmetlerinin *gereği gibi* yürütölmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir.”

11)b) Yasanın 125.maddesinde uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olmak üzere beş tür disiplin cezası öngörmüştür. Bu cezaları gerektiren eylemlere, kamu hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesi çerçevesinde şu örnekler verebilecektir:

Uyarma cezasını gerektirecek davranışlara örnek olarak: Özürsüz ve izinsiz olarak göreve geç gelmek; erken ayrılmak; görev mahallini terk etmek; görevine veya iş sahiplerine

320 Bkz. T.T.Yüce, “Ceza Hukukunun İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, **DD**, S:88, Y:24, 1994, s.5-13.

321 Danıştay'ın da kararları bu yöndedir: “Kamu hizmetinin belli bir *düzen* içerisinde yürütölmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası...” Bkz. D 8D, E.1998/4988, K.1998/3015, **DD**, S:99, s.382, 383. “Kamu hizmetlerinin *sürekli ve düzenli* yürütölmesi asıldır. Bu nedenle kamu görevlilerinin denetlenmesi ve çalışma düzeninin sürekliliğini bozan davranışlarının önlenmesi de hizmet gereğidir.” Bkz. D8D, E.1996/920, K.1998/1846, K.T. 22.5.1998, **DD**, S:98, 1999, s.460, 461.

karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak; görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak vs. gösterilebilir.

Kınama cezasını gerektirecek davranışlara örnek olarak: Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımından kusurlu davranmak; devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek; verilen emirlere itiraz etmek; kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak belirtilebilir.

Aylıktan kesme cezasını gerektiren davranışlara örnek olarak: Kasıtlı olarak verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak; özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek; görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak belirtilebilir.

Kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektiren davranışlara örnek olarak: Özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek; gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek; verilen görev ve emirleri kasten yapmamak gösterilebilir.

Devlet memurluğundan çıkarmayı gerektirecek davranışlara örnek olarak: Özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, ideolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engellemek, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak; savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak vs. gösterilebilir.

11)c) Görüldüğü üzere, 657 sayılı Yasada öngörölmüş olan disiplin cezalarının önemli bir kısmı, hizmetin sürekli-düzenli şekilde sunulmasını güvence altına alma amacı taşımaktadır.

12. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Öngörülen Görevden Uzaklaştırma Tedbiri

a) 657 sayılı Yasadaki Genel Sistem

657 sayılı Yasanın 137.maddesine göre, görevden uzaklaştırma, hizmet gerekleri bakımından görevi başında kalması sakıncalı olan bir devlet memuru hakkında uygulanan geçici bir tedbirdir. Sakınca, kamu görevlisinin yürütmekle yükümlü olduğu hizmet bakımından söz konusudur. Hizmetin yürütülmesinde ortaya çıkması kuvvetle olası olumsuzluklar, sakıncanın varlığının kabulü için yeterli olmaktadır.³²²

Görevden uzaklaştırma, haklarında görevleriyle ilgili hem ceza kovuşturması hem de disiplin soruşturması açılmış olan memurlara uygulanabilmektedir, hatta henüz açılmamış olsa da ileride açılacak disiplin soruşturmaları bakımından da yine bu tedbire başvurulabilmektedir. Soruşturmanın her aşamasında uygulanan bu tedbirin, soruşturmanın selamete yürütülmesini sağlama ve kamu hizmetinin soruşturma nedeni ile *aksamasını önleme* olmak üzere iki amacı vardır.³²³

Görevden uzaklaştırma tedbiri ile kamusal görevlerin “gereği gibi” yürütülmesi sağlanmaktadır. Görevi başında kalması sakıncalı bulunan bir kamu görevlisi, söz konusu kamusal görevi, “gereği gibi” (sürekli ve düzenli olarak da) yerine getiremeyebilecektir. Ancak, şüphesiz kamu görevlisinin görevinden uzaklaştırılması halinde, kamu hizmetinin aksaması riski doğacaksa, bu takdirde *vekalet* kurumuna başvurulması da gerekecektir.³²⁴

Görevden uzaklaştırma, henüz soruşturma açılmadan uygulanmışsa, görevinden uzaklaştırılan memur hakkında *10 iş günü içinde* soruşturmaya başlanması zorunludur. Aksi halde amirin hukuki ve cezai sorumluluğu vardır. Bununla birlikte, amir devlet memurunun

322 Bkz. E.Altay, **Görevden Uzaklaştırma**, Ankara, 2007, s.23.

323 Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.566.

324 Biraz yukarıda, “vekalet kurumu” incelenirken değinildiği üzere, kamu hizmetlerinde aksaklıkların yaşanmaması için görevden uzaklaştırılan memurun yerine vekil tayin edilmesi yoluna gidilebilecektir. Danıştay da, görevden uzaklaştırılan memurun hizmetine duyulan ihtiyacın vekil atanmak suretiyle karşılanabileceğine karar vermiştir. Bkz. D 5 D, E.1992/5699, K.1993/609, K.T.15.2.1993, www.danistay.gov.tr

soruşturmaya konu olan davranışlarının *hizmetlerinin devamına engel olmadığını* belirlerse her zaman bu tedbiri kaldırabilir. (md.144)

Görevden uzaklaştırma tedbiri, bir disiplin soruşturması nedeniyle alınmışsa *en çok 3 ay* sürer. Memur, hakkında bu süre sonunda bir karar verilmediği takdirde görevine başlatılır. Görevden uzaklaştırma tedbiri bir ceza kovuşturması nedeniyle alınmışsa her iki ayda bir gözden geçirilir ve varılan sonuç ilgiliye yazılı olarak bildirilir. Görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılması üzerine, memur görevine geri döner.

b) Yerel İdarelerin Seçilmiş Organlarının Görevden Uzaklaştırılmaları

b)1) Anayasanın 127.maddesi, İçişleri Bakanına, görevleriyle ilgili bir suç sebebiyle, hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan, yerel yönetim seçilmiş organlarını veya bu organların üyelerini, geçici bir tedbir olarak, kesin bir hükme kadar, görevden uzaklaştırma yetkisi tanımıştır.

Buna göre, yerel idare organları ve bu organların üyelerinin görevlerine ilişkin konularda bir suç işlediği yönünde bir soruşturma ve kovuşturma yapılmaya başlanması durumunda; eğer İçişleri Bakanı o kişilerin görevlerinin başında kalması halinde kovuşturma veya yargılamanın sağlıklı yürütülemeyeceği sonucuna varırsa, onlar hakkında geçici olarak görevden uzaklaştırma kararı alma yoluna gidebilecektir.³²⁵

Görevden uzaklaştırma tedbiri, 5215 sayılı Belediye Kanununun 47.maddesinde; 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun ise 34.maddesinde, Anayasadaki hükme paralel olarak düzenlenmiştir.

Kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde kullanılan bir tedbir olması dolayısıyla idarenin bu konuda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Konuyla ilgili Danıştay kararlarında, bu

325 Soruşturma veya kovuşturma sebebiyle görevden uzaklaştırılan belediye organları veya bu organların üyeleri hakkında, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre soruşturma izni verilmemesi, takipsizlik, kamu davasının düşmesi veya beraat kararı verilmesi, davanın genel aflu ortadan kaldırılması, veya görevden düşmeyi gerektirmeyen bir suçla mahkum olunması durumunda görevden uzaklaştırma önlemi kaldırılır. Yerel idarelerin organları ile bu organların üyelerinin geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmalarıyla ilgili olarak alınan kararların yargısal denetimi de idare mahkemeleri tarafından yapılacaktır. (2577 sayılı İYUK md. 33/3)

tedbirin muhtemel bir zarar ve sakıncayı öngörerek alınması gerektiği; bu konudaki takdir yetkisinin Anayasa ve yasanın amacına, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak ve “ölçülülük ilkesi” doğrultusunda kullanılması gerektiği vurgulanmaktadır.

Danıştay 8.Dairesi de, konuyla ilgili verdiği bir kararda: “Belediye başkanları hakkında açılan soruşturma ve kovuşturma sonucuna göre adli yargı yerlerince verilen hükümlülük kararları uyarınca belediye başkanlarının... görevlerinden çıkarılmaları doğaldır. Ancak, haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan bu kişilerin geçici bir önlem olarak görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin kıstasların, görevden çıkarmaya ilişkin kıstaslardan farklı olduğunu kabul etmek zorunludur.

(...) *Haklarında açılan her soruşturma veya kovuşturma nedeniyle geçici olarak görevden uzaklaştırılmaları halinde kamu hizmetinin sağlıklı bir biçimde yerine getirmeleri mümkün olmaz.* Diğer taraftan, geçici olarak görevden uzaklaştırılan bu kişiler, soruşturma, kovuşturma ve yargılamadaki gecikmeler nedeniyle asli olan bu görevlerinden sürekli olarak uzaklaştırılmış olurlar.

Belediye başkanı hakkındaki savların önemi, ciddiyeti ve ağırlığı ile soruşturma ve kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde incelenip sonuçlandırılabilmesi için görevde kalmalarının sakıncalı olması halinde ilgililer hakkında bu türlü önlem kararı alınması mümkündür...³²⁶ sonucuna varmıştır.

b)3) Görüldüğü üzere; yerel idarelerin seçilmiş organlarının görevlerinden uzaklaştırılması usulü de, kamusal görevlerin gereği gibi yerine getirilebilmesi açısından gerekli olmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu usule başvurulurken kamusal görevlerin yerine getirilmesinin ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli şekilde yürütülmesini tehlikeye düşürmemek; açılan her soruşturma için bu mekanizmayı işletme yoluna gitmemek de gerekmektedir. İçişleri Bakanının kamu hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesini zedeleyecek uygulamaları, Danıştay kararlarıyla engellenmektedir.

326 Bkz. D 8D, E.1987/414, K.1987/370, K.T.23.9.1987, **DD**, S:70-71, s.381. Benzer bir karar olarak bkz. D 8D, E.1993/1647, K. 1994/701, K.T.2.3.1994, **DD**, S:90, s.337.

13. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Öngörülen Memurluğun Sona Ermesi Halleri

657 sayılı Yasada öngörülen memurluğun sona erme nedenlerinden bazılarının süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile bağı kurulabilecektir. Bu nedenleri incelediğimizde; çekilme, çekilmiş sayılma, koşullarda eksiklik ve emeklilikle ilgili düzenlemelerde bu ilkenin yansımaları bulunmaktadır.

a) Çekilme (İstifa)

Kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi, kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılabilme hakkını ortadan kaldırmamaktadır.³²⁷ Kamu hizmetine girmek bir hak olduğu gibi, hizmetten çekilmek de aynı şekilde bir hak olarak kabul edilmelidir.

657 sayılı Yasanın 20.maddesinde de, çekilme (istifa) memurlar için bir hak olarak düzenlenmiştir: “Devlet memurları, bu kanunda belirtilen esaslara göre memurluktan çekilebilirler.” Çekilme, memurun kendi isteği ile memurluk statüsünden ayrılmasıdır. Bununla birlikte, “kamu görevinin sürekliliği” nedeniyle çekilen memurun derhal görevinden ayrılmasına bazı sınırlamalar getirilmiştir. Devlet memurluğundan istifa eden bir memurun, kural olarak, yerine 1 ay içinde yeni bir memur ya da vekili gelene kadar beklemesi gerekmektedir. (657 sayılı Yasa, md.94/2)

Ancak Yasa, kamu görevlilerinin her halükarda sürekli-düzenli şekilde yerine getirilmesinin çok gerekli olduğu bazı hallerde, bekleme süresinin en fazla 1 ay olacağına ilişkin kurala istisna da getirmektedir: “Olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki devlet memurları yerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar.” (657 sayılı Yasa md.96)

327 Devletin kişileri iradeleri dışında çalıştırabilmesi, ancak Anayasada öngörülmesi olan istisnai hallerde mümkün olabilmektedir.”Zorla çalıştırma yasağı” başlığını taşıyan Anayasanın 18.maddesinde bu husus şöyle belirtilmektedir: “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içinde çalıştırmaları olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalıştırmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.” hükmünü amir bulunmaktadır.

Olağanüstü yönetim usullerinde öngörülen yükümlülükler de Anayasanın 119. ve 121.maddesinde yer almaktadır. Ayrıca, Anayasanın 72.maddesi de, hak olmasının yanı sıra ödev olarak da düzenlenmiş olan vatan hizmeti de bu bağlamda düşünülebilecektir.

Görüldüğü üzere, süreklilik ve düzenlilik ilkesi, istifa etmek isteyen kamu görevlisinin belli bir süre daha çalışmaya zorlanmasını da gerektirmektedir. Çekilen memur bu hükümlere uymadan görevini bırakırsa bunun yaptırımı, belli bir süre ya da hiçbir zaman devlet memurluğuna alınmamaktır.³²⁸

b) Çekilmiş Sayılma

Çekilmiş sayılma, bir memurun, belli koşulların gerçekleşmesi halinde idarenin yapacağı bir işlemle istifa etmiş sayılmasıdır.³²⁹

675 sayılı Yasada, çeşitli maddelerde “çekilmiş sayılma” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliğinin sağlanabilmesi için en önemli araçlardan biridir.³³⁰

Kamu görevlisinin, kendisine yüklenen kamusal görevleri aksatmadan, sürekli ve düzenli olarak yürütmesi gerekecektir; aksi halde, kamu görevlisi görevinden “çekilmiş” sayılacaktır. Kamu görevlisinin belli bir süre içinde görevine gelmemesi³³¹ ya da yine belli bir süre içinde yeni görevine başlamaması³³² durumunda çekilmiş sayılacağı belirtilmektedir. Bu

³²⁸ Yerine atanan kişinin gelmesini beklemeden ya da üstüne haber vermeden görevini bırakan memur bir yıl (md.97/B) , devir-teslim işlemlerini tamamlamadan görevini bırakan memur üç yıl (md.97/C), olağanüstü hallerde yerine atanan kişinin gelmesini beklemeyen memur ise hiçbir zaman (md.97/D) devlet memurluğuna alınmayacaktır. Kurallara uygun olarak çekilen memurlar da, çekildikleri tarihten itibaren altı ay geçmeden devlet memurluğuna alınmayacaklardır. (md.97/A)

329 Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.570.

330 Aksi halde, kamu görevlilerine, görevlerini yapmadıkları halde maaş ödenmiş olacağı da göz önüne alınacak olursa, söz konusu düzenlemelerin kamu maliyesinin korunmasını da amaçladığı söylenebilecektir. Bu da, yine hizmetlerin sürekliliği ile düzenliliğinin sağlanabilmesi için, gerekli olan kaynakların israf edilmemesi anlamına gelecektir.

331 Örneğin, “İzinsiz olarak ya da kurumlarınca kabul edilen bir özürlü bulunmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin de 10 gün kesintisiz şekilde sürmesi halinde memur çekilmiş sayılır.”(md.94)

332 Örneğin, 62.maddede, başka yerlerdeki görevlere naklen atanan memurlar, atama emirlerinin kendilerine bildirilmesinden itibaren on beş gün içinde görevlerine başlamaları belirtilmektedir. Bu şekilde, başka yerdeki bir göreve atanan memurlar, 62.maddede öngörülen süre içinde hareket ederek belli yol süresi sonunda yeni görevlerine başlamazlarsa, aylık verilmemek şartıyla 10 günlük bir süre daha verilebilir. Ancak, belgelerle ispatlanabilen zorlayıcı sebepler olmaksızın bu süre sonunda da yeni görevlerine başlamayanlar memuriyetten çekilmiş sayılacaklardır. (md.63) Yine 82.maddede: “Hazarda eğitim ve manevra maksadıyla veya seferde muvazaflık hizmeti dışında silah altına alınan memurların terhislerinden sonra görevlerine başlamaları, 62 ve 63.maddelerin yer değiştirme suretiyle atamaya ilişkin hükümlerine tabidir.” denmektedir. Askere giden

sürelerden daha kısa süreli olarak görevleri başında bulunmamaları da, “disiplin cezaları” başlığı altında belirtildiği gibi, disiplin suçu oluşturacaktır.

Çekilmiş sayılan bir memur, çekilmiş sayıldığı tarihten itibaren bir yıl geçmeden memurluğa alınmayacaktır. (md.97/B)

c) Koşullarda Eksiklik

Kamu görevine alınma koşullarından herhangi birini taşımadığı sonradan anlaşılan ya da bu koşullardan birini görevi sırasında kaybeden kamu görevlisinin görevine son verilecektir.(DMK md.98) Bu kural da, hizmetlerin aksamadan, sürekli ve düzenli bir biçimde o hizmeti gereği gibi yürütebilecek olan kamu görevlisi tarafından sürdürülmesini amaçlamaktadır.

Görüldüğü üzere, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi, bazı durumlarda kamu görevlisinin açık iradesi aranmadan, onun hakkında “çekilmiş sayılma” sonucunu öngörebilmekte; bu suretle de kamu hizmetine girme hakkını sınırlandıracak bir yaptırım getirmektedir.

d) Emeklilik

Kamu görevlisi olmak bir “kariyer”i ifade ettiğine göre, artık çalışamayacak duruma gelmiş kişilerin çalışmadan da yaşayabilecek şekilde emekli edilmelerini gerektirmektedir. Emeklilik, bir yandan bir sosyal hak (sosyal güvenlik hakkı), diğer yandan da kamu hizmetlerinin düzenli ve sürekli bir şekilde yerine getirilebilmesinin bir yöntemidir.³³³

657 sayılı Yasada, 3 koşulda bu mecburiyet/ imkan/ yetki düzenlenmiştir: aa) Yasada öngörülen şartların gerçekleşmesi ile yasal (mecburi) emeklilik; bb) kişinin kendi isteği

memurlar terhis edildikten sonra 15 günlük (artı 10 günlük) süre zarfında göreve başlamadıkları takdirde çekilmiş sayılacaklardır. Ayrıca, 657 sayılı Yasanın 91.maddesi kaldırılan memurların, atandıkları görevlerine başlamamaları ile 108.maddesinde (memurların aylıksız izin süresinin bitiminde görevlerine geri dönmeleri) de memurların görevlerinden çekilmiş sayılacakları belirtilmektedir.

333 Bkz. E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.783.

üzerine emeklilik; cc) idarenin isteği üzerine (re'sen emeklilik) Bu 3 durumda da, yasakoyucunun öngördüğü varsayım, “kamu hizmetlerinin aksamaması”dır.

d)1) Yasal (Zorunlu) Emeklilik

Kamu görevlileri, yaş haddi veya malüllük nedenleri ile yasa gereği (zorunlu olarak) emekli edilmektedir. Buna, “zorunlu emeklilik” denilmektedir.

d)1)a) Kamu görevlileri, belli bir yaş haddine ulaştıklarında emekliye sevk edilirler. Bu düzenleme, hem kamu hizmetlerinin gerekleri (süreklilik ve düzenlilik ilkesi), hem de sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde düşünülebilecektir. Emeklilik yaş haddi, genel olarak 65'tir.³³⁴

3.4.2004 tarihli 4839 sayılı Kanununun 40.maddesinde değişiklik yapılarak emeklilik yaş sınırı 61 olarak öngörülmüş; ancak bu düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir. İptal kararından sonra, kademeli uygulama kabul edilmiştir.³³⁵ Yaş haddini düzenleme konusunda, yasakoyucunun takdir yetkisi böylelikle “kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi” çerçevesinde de belirlenmiş olmaktadır.

Yüksek Mahkeme sosyal devlet, hukuki istikrar ve güven ilkesinin yanı sıra iptal gerekçesinde şunları da belirtmektedir: “Öte yandan, 61 ilâ 65 yaş arasında olup, *devlet bürokrasisinin üst kademelerinde yer alan ve kamu hizmetinin başarı ile sürdürülebilmesi için gerekli bilgi, birikim ve deneyime sahip çok sayıdaki kişinin* görevine, hukuk güvenliğini sarsmayacak biçimde makul ve ölçülü bir geçiş süreci öngörülmeksizin yasa ile son verilmesinin *kamu hizmetinin görülmesini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır*. Geçici 215. maddenin birinci fıkrasıyla yeni uygulamaya intibak için basamaklar saptanırken daha uzun bir zaman dilimi yerine 1 ile 6 ay arasında değişen kısa bir geçiş sürecinin benimsenmesi, kişilerin yarınlarından kaygı duymamaları, *bu bağlamda istikrarlı bir çalışma yaşamı sürdürebilmeleri için gerekli olan hukuk güvenliği ilkesini sarsıcı niteliktedir.*”

334 Ancak bazı kamu görevlileri için farklı yaş hadleri öngörülebilmektedir. Örneğin, öğretim üyeleri için bu sınır, 67 yaşır.

335 Bkz. AYM, E.2003/67, K.2003/88, K.T.8.10.2003, RG 28.2.2004.

Anayasa Mahkemesinin de kararında belirttiği gibi, zorunlu emeklilik yaş sınırının makul, adil ve ölçülü bir kademeli geçiş sağlanmadan aniden düşürülmesi, kamu yönetimindeki insan kaynağının yetiştirilmesinin; hizmette aksama ve yönetim boşluğu olmaması amacıyla yürütülen plan ve programların kesintiye uğramasına yol açabilecektir. Toplumun gereksinimini bugün bile karşılayamayacak derecede temininde güçlük yaşanan meslek gruplarından (örneğin doktorlar, öğretim elemanları, bilgi ve deneyimine ihtiyaç duyulan bürokratlar, valiler, toplumsal yaşama katkıları “zamanla” ölçülemeyecek olan sanatçılar gibi) gelenlerin erken emekliliğe sevk edilmesinden en büyük zararı da yine toplum görecektir. Zorunlu emeklilik yaş sınırının düşürülmesinin Emekli Sandığının aktüeryal dengesini olumsuz yönde etkileyeceği (finansman sıkıntısı) de düşünülecek olursa, sosyal güvenlik hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesi çerçevesinde yürütülememesi riski doğabilecektir.

d)1)b) Malülen emeklilikte ise, kamu görevlisi uğradığı bir sakatlıktan ya da tedavisi olmayan bir hastalıktan ötürü “görevini yapamayacak” hale gelirse malül sayılacak ve hakkında emeklilik işlemleri yapılacaktır.

Malüllüğün görev nedeniyle olması halinde vazife malüllüğünden, görevle ilgisi olmayan bir nedenle olması halinde ise adi malüllükten söz edilecektir. Malülen emeklilikte de yine kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile sosyal güvenlik hakkı boyutu bir arada düşünülebilecektir. Çünkü, görevini yapamayacak duruma gelen bir kamu görevlisinin görevi başında kalması, söz konusu idari faaliyetlerin gereği gibi –bu bağlamda, sürekli ve düzenli şekilde- yapılmasına da engel oluşturacaktır.

d)2) Kişinin Kendi İsteği Üzerine Emeklilik

Kamu görevlilerine, belli şartların gerçekleşmesi halinde, kendi istekleri ile emekliye ayrılma imkanı tanınmıştır. 31 Mayıs 2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 48.maddesine göre kamu görevlilerinin emekliye sevk işlemi, “istek üzerine... kamu idaresinin en yüksek amirinin... onayı ile tekemmül eder.” Bunun için gereken şartlar: Belli bir yaşı doldurmak (kadınlar için 58, erkekler için 60 yaş) ve 9000 gün prim ödemiş olmaktır.³³⁶

³³⁶ Bu hükümler, 31 Mayıs 2006 tarih ve 5510 sayılı SSGSSK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra kamu görevine girenler için geçerlidir. Bu yasa yürürlüğe girmesinden kamu görevlisi olanlar için pek çok geçiş hükmü öngörülmüştür. Bu bakımdan, 2006'dan önce kamu görevine girenler için emeklilik yaşı kademeli olarak

Yasakoyucunun, “belli bir yaş sınırlaması”na ilişkin takdir yetkisi, burada da hizmetlerin “süreklilik ve düzenliliği” çerçevesinde şekillenmektedir. Yasal düzenlemelerin öngördüğü varsayım, hizmetlerin aksamamasıdır.

d)3) İdarenin İsteği Üzerine (Re’sen) Emeklilik

d)3)a) 5434 sayılı Emekli Sandığı Yasasında, 30 yılını doldurmuş bulunan kamu görevlilerinin, yaş haddine ulaşmadan, kurumlarınca “gerekli görüldüğü” takdirde, re’sen emekli edilebilecekleri öngörülmektedir.

Bunların yanı sıra, ahlaki ve yetersizlik nedeniyle, olumsuz sicil almış olan kamu görevlileri de kurumlarınca re’sen emekli edilebilirler. Bu hüküm de, kamu görevlerinin, o görev için gerekli yeterliliğe; bilgi ve donanıma sahip personel tarafından “gereği gibi”, (elbette sürekli ve düzenli bir şekilde de) yürütülmesini amaçlar.

Her iki halde de İdarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

d)3)b) Şunu da belirtmek gerekir ki, re’sen emeklilik konusunda İdareye tanınan takdir yetkisi de sınırsız ve keyfi değildir. Burada da, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” (bu bağlamda, hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi) gözetilecektir.

Danıştay’ın istikrar kazanış kararlarında da dile getirildiği üzere, re’sen emekliye sevk konusundaki takdir yetkisinin “objektif kriterlere dayanması” gerekmekte; “işini layıkıyla yapamayacak derecede bedeni ve fikri kabiliyetten mahrum olma ve bu nedenle hizmeti aksatma” söz konusu değilse bu hükme dayanılamayacağı kabul edilmektedir. “30 hizmet yılını dolduran memurların kurumlarınca görülen lüzum üzerine re’sen emekliye sevk edilebilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetki sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmalı, manevi takatsizlik, fikri kudretsizlik verimsiz çalışma gibi objektif kriterlere dayanmalıdır.”³³⁷

daha düşüktür. 5434 sayılı T.C.Emekli Sandığı Kanununun 39.maddesinde ise; kadınlar için 45 yaşını doldurmak ve 20 hizmet yılını doldurmak; erkekler için 50 yaşını doldurmak ve 25 hizmet yılını doldurmak koşulları vardı. Ayrıca, 60 yaşını doldurmuş olanlardan en az on yıllık hizmeti olanlar da emekliliklerini isteyebilecekleri öngörülmüştü.

337 Yüksek Mahkemeye göre: “Dosyanın incelenmesinden re’sen emekliye sevk edilen davacının *hizmetlerini aksattığı, verimli çalışmadığı, görevini yapamayacak derecede bedenen ve fikren güçlü olmadığı* yolunda yapılan bir tespit ve somut bir veri bulunmadığı gibi sicillerinin olumsuz olduğu ve disiplin cezası aldığı

d)3)c) Görüldüğü üzere, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi, re'sen emeklilik usulüne keyfi şekilde başvurulmasını engelleyen faktörler arasında yer almaktadır.

C. Kamu Malları Rejimi

1. Kamu Malları Hakkında Genel Açıklama

1)a) İdarenin, yasalarla kendisine yüklenilen görevleri yerine getirebilmesi, hizmet sunabilmesi için çeşitli mallara ihtiyacı vardır. Örneğin, okul, hastane, yol, meydan, ulaşım araçları, iletişim araçları, kültür merkezleri vb. taşınmazlar olmadan kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde görülebilmesi çok zorlaşacak, çoğu kere de imkansız hale gelecektir.

İdarenin özel malları ve kamu malları³³⁸ bulunmaktadır. İdarenin, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesinde önemli rol oynayan ve kamu hukuku rejimine tabi olan “kamu malları” inceleme konumuzu oluşturacaktır.

Kamu malları, öğretide³³⁹ ve yargı kararlarında³⁴⁰ tahsis amaçlarına göre; “sahipsiz malları, orta malları, hizmet malları” olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bir kamu hizmetinde, o

yönünde de davalı idarece bir iddiada bulunulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda anılan Yasa maddesi ile idareye re'sen emekliye sevk konusunda verilen takdir yetkisinin *kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun* olarak kullanılmadığı sonucuna ulaşıldığından davacının re'sen emekliye sevk edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Bkz. D 11D, E.2006/488, K.2008/4127, K.T.18.4.2008, DD, S:120, s.333.

338 Kamu malları hakkında genel açıklama ve mevzuat için bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.2, s.1319 vd; L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.260 vd; A.Düren, **İdare Malları**, Ankara, 1975; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, Ankara 2010, s.1077 vd; İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2011, s.835 vd; P.Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri İdare Malları**, İstanbul, 1996; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009, s.315 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2010, s.675 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2010, s.497 vd; A.Gülan, “Kamu Malları”, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 2002, s.583 vd; A.Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, 1999; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 1**, İstanbul, 2008, s. 329 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s.603 vd.

339 Kamu malları hakkında öğretide yapılan sınıflandırmalar için örnek olarak bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.1078 vd; A.Düren, **İdare Malları**, s.81; L.Duran, “Kamusal Malların Ölçütü”, **Amme İdaresi Dergisi**, C:19, S:3, 1986, s.44; P.Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri İdare Malları**, s.32; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.499 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.683 vd; A.Gülan, “Kamu Malları”, **Günışığında Yönetim**, s. 593 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 1**, s.334 vd.

hizmetin aracını veya konusunu oluşturacak şekilde kullanılan mallar hizmet mallarını³⁴¹; ortak ve genel bir yararlanmaya tabi olan mallar ise orta mallarını³⁴² oluşturmaktadır. Sahipsiz mallar ise, doğal özellikleri sebebiyle herkesin doğrudan ve kolektif yararlandığı mallardır.³⁴³

1)b) Çalışmamızın kapsamı bakımından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile bağlantısını kurabileceğimiz “orta malları” ile “hizmet malları” önem taşımaktadır. Sahipsiz mallarda esasen yürütülmekte olan bir kamu hizmeti olmadığından, çalışma konumuzla dolaylı bir bağ kurulabilmektedir.

İdarenin özel malı- kamu malı ayrımının önemi ise şu noktada karşımıza çıkar: İdarenin özel malları, özel hukuka ve Adli Yargı denetimine tabi olmaktadır. Bu mallar bir kamusal görevin yerine getirilebilmesi için kullanılmamaktadır. Ancak, İdarenin kamu malları “kamu mallarının hukuki rejimi”ne tabi tutulmaktadır. Kamu malları rejimi, kamu malı sayılan mallara uygulanmakta bulunan genel hukuki rejimi oluşturan ilkeler/kurallardır. ONAR, bu ilkeleri, kamu mallarının “hukuki karakterleri” olarak adlandırır.³⁴⁴ İdarenin bir malının kamu malı olarak nitelendirilmesi ile birlikte, o mal artık kamu hukuku kuralları ile

340 Anayasa Mahkemesi, bir kararında şu açıklamayı yapmaktadır: “Doğal nitelikleri gereği herkesin ortak yararlanmasına açık olan sahipsiz mallar ile kamu tüzelkişileri tarafından herkesin ya da halkın bir kısmının yararlanmasına ayrılan orta malları ve kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan mallar, kamu malı olarak tanımlanabilir.” Bkz. AYM E.1996/66, K.1997/7, K.T.31.1.1997, RG 28.10.1997-23154.

341 Hizmet mallarına örnek olarak öğretilir; üniversite binaları, laboratuvarlar, adliye sarayları, idareye ait müzeler, hastane binaları, demiryolu rayları gösterilebilir. Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, c.1, s.1081.

342 Orta mallarına örnek olarak öğretilir; yollar, meydanlar, pazar ve panayır yerleri, meralar, parklar, mezarlıklar, harman yerleri gösterilebilir. Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.684.

Çeşitli yasal düzenlemelerde de bu kavramın geçtiği görülür. Örneğin, 3402 sayılı Kadastro Kanunu md.16/1-B; 2510 sayılı İskan Kanunu md.19; 2644 sayılı Tapu Kanunu md.25 gibi.

343 Örneğin, Medeni Kanununun 715 ve 716.maddesine göre; “kayalar, tepeler, dağlar, akarsular, göller, yer altı suları sahipsiz mallar” olarak nitelendirilir. Anayasaya göre ise, örneğin “kıyıları” (md.43); “doğal kaynaklar” (md.168) devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Yasal düzenlemelere örnek olarak, 6326 sayılı Petrol Kanununa göre, “petrol kaynakları” sahipsiz mal niteliğindedir. Sahipsiz mallar, bu özellikleri dolayısıyla ayrıca bir tahsis (özüleme) işlemine gerek olmaksızın kamu malı niteliğinde iken; orta mallarından bahsedebilmek için toplumun o maldan doğrudan doğruya yararlanmasına tahsis edilmiş olması, hizmet mallarında ise bir kamu hizmetine tahsis edilme şartı aranmaktadır. Tahsis, bir idari işlemle olabileceği gibi, maddi bir olayın gerçekleşmesi ile (örf ve adet yoluyla tahsis gibi), ya da fiili olarak kurulabilecektir. Bunlardan başka, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30.maddesine göre, başka bir kamu tüzelkişisine ait taşınmaz mala ihtiyacı olan kamu tüzelkişisi, bu konuda bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, idari yargıya başvurabilecektir. Bu durumda, verilen karar da tahsis kararı anlamı taşıyacaktır.

344 Bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.2, s.1319.

özel olarak korunacaktır. İdarenin bu mala ilişkin olarak yapacağı işlem ve eylemler ile kişilerin o maldan yararlanmalarının koşulları idare hukukuna tabi olacak ve bunlara bağlı olarak doğacak uyuşmazlıklar kural olarak idari yargıda çözümlenecektir.

1)c) Kamu malları rejimi, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesini de mümkün kılmaktadır. Bu rejiminin ilkeleri, kamu mallarının niteliklerinin korunmasını sağlarken, aynı zamanda kamu hizmetine tahsis edilen hizmet mallarında hizmetin sürekliliğinin; orta mallarında halkın doğrudan doğruya o mallardan faydalanabilmesinin sürekliliğinin; sahipsiz mallarda da benzer şekilde toplumun o mallardan doğrudan ve kolektif olarak faydalanmasındaki sürekliliğin sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

Bu bağlamda idare, sahipsiz mallar için bu malları özel mülkiyete karşı korumak; orta mallarda bunlardan halkın yararlanmasının sürekliliğini sağlamak; hizmet mallarında ise, o mala yönelik ihtiyaç, kamu yararı- kamu hizmeti gerekleri devam ettiği sürece bunların nitelik ve içeriğini değiştirmemek, hizmetin sürekliliğini sağlamak durumundadır.

2. İdarenin Mal Edinme Usulleri

İdarenin, yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmesi için, *kamu hukuku* kuralları çerçevesinde, olağan koşullarda³⁴⁵, mal edinme usulleri; devletleştirme ve kamulaştırma³⁴⁶.

a) Devletleştirme

a)1) Anayasanın 47.maddesinde, devletleştirme kurumu: “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

345 Olağanüstü koşullarda, kamu hukuku kuralları doğrultusunda mal edinme usulü ise, istimvaldir. Bu usulle, İdareye taşınır malların mülkiyeti veya kullanma hakkı; taşınmazların ise sadece kullanma hakkı geçmektedir. İstimvalle ilgili olarak, ikinci bölümde, Süreklilik ve Düzenlilik İlkesinin Anayasal İlke ve Dayanakları başlığı altında yapılan açıklamalar hatırlanabilecektir.

346 İdarenin mal edinme usulleriyle ilgili genel açıklamalar için örnek olarak bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C.1, s.1146 vd; İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.895 vd; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.206 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.706 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.630 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.351 vd.

Devletleştirme ile, özel hukuk kişileri tarafından yapılan bir faaliyet, kamusal ihtiyaçlar doğrultusunda “kamu hizmeti” olarak nitelendirilecek ve kamu hizmeti ortak hukukuna (kamu hizmeti ilkelerine) uygun olarak yürütülmeye başlayacaktır. Bu bağlamda, devletleştirme usulünün temel amacı, özel kişilerin yürütmekte olduğu bir faaliyetin kamu hizmeti kuralları ve ilkeleri (bu bağlamda, süreklilik ve düzenlilik ilkesi) çerçevesinde sürdürülmesini sağlamaktır.

Bir başka deyişle, bu usule başvurulduktan sonra, özel hukuk kişisi tarafından yürütülmekte olan faaliyet sona ermeyip, kamu hizmeti ilkeleri doğrultusunda yürütülmeye başlanacaktır. Özel hukuk kişisi tarafından yürütülmekte olan faaliyet artık “kamu hizmeti” olarak nitelendirileceğinden, bu faaliyetin yürütülmesi için kullanılacak olan taşınır ve taşınmaz mallar da kamu malı halinde gelecektir.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi açısından konuya bakılacak olursa, bir özel hukuk kişininin faaliyeti, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda, sürekli ve düzenli olarak sunulamadığı takdirde devletleştirilebilecektir. Dolayısıyla, bu açıdan, özel hukuk kişilerinin yürüttükleri faaliyetler, sürekli ve düzenli olarak kamusal ihtiyaçları tatmin edebildiği sürece, devletleştirmeye de gerek kalmayabilecektir. Faaliyet, kamu hizmeti haline dönüştürüldüğünde ise, sürekli ve düzenli olarak sunulması sağlanabilecektir.

Örneğin, ülke genelinde salgın bir hastalığın baş göstermesi halinde, bu hastalıkla mücadele için gereken ilaç, aşı gibi bazı tıbbi malzemeler özel işletmelerce gerektiği gibi ve yeterli miktarda, sürekli ve düzenli olarak üretilmeyebilir. Bu durumda, Devlet özel bir yasa ile özel işletmeleri devletleştirebilir ve söz konusu tıbbi malzemelerin üretimini bir kamu hizmeti olarak, kamu hizmeti ilke ve kuralları çerçevesinde, sürekli ve düzenli olarak yerine getirmeye başlayabilir.

20.11.1984 tarih ve 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun ile devletleştirme usulü düzenlenmiştir. Yasanın 2.maddesinde, devletleştirmeye ilişkin koşullar şu şekilde belirtilmiştir: “a) Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretimin *ülke çapında kamu ihtiyacına* hitap etmesi; b) Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya *başka yollardan sağlama imkanının*

bulunmaması; c) Hizmetin veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi.”

a)2) Görüldüğü üzere, 3082 sayılı Yasa uyarınca da, özel hukuk faaliyetinin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi halinde, toplumda büyük bir zararın ortaya çıkması ihtimalinde, devletleştirme usulüne başvurularak o faaliyetin bir kamu hizmeti olarak sürekli ve düzenli şekilde sunulabilmesi sağlanabilecektir. Diğer bir ifadeyle, devletleştirme usulü, belli bir faaliyetin, kamu hizmeti ilkeleri –ve özellikle de süreklilik-düzenlilik ilkesi- çerçevesinde yürütülmesi gereğinin bir sonucu olarak öngörölmüş bulunmaktadır.

b) Kamulaştırma

b)1) İdarenin, yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmesi için, kamu hukuku kuralları çerçevesinde mal edinme usullerinden biri de kamulaştırmadır.

İdare, olağan koşullarda, kamu hizmetlerinin kurulması, devamı/ kapsamının genişletilmesi için belli bir taşınmaza ihtiyaç duyması ve o taşınmazın sahibinin de taşınmazını satmaya razı olmaması durumunda kamulaştırma usulüne başvurabilecektir.

Kamulaştırma, Anayasanın 66.maddesinde: “Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerden olan mülkiyet hakkı, bu bakımdan “kamu yararı” (bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi) gereğince sınırlandırılabilir. Bir başka ifade ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kılması halinde, İdare hizmetleri “gereği gibi” (sürekli ve düzenli olarak da) yürütmek için kamulaştırma yapabilecektir.

b)2) Kamulaştırma usulü, bir özel hukuk kişinin taşınmazı üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldıracığından, bu işlemin yapılabilmesi sıkı şekil ve usul şartları ile açık

kamu yararının varlığı aranmaktadır. Kamulaştırma işlemini yapacak olan İdarenin, öncelikle belli bir yerde, belli bir faaliyetin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesinin gerekliliğini gösteren bir “kamu yararı” kararı vermesi ve bu kural olarak, bu kararın da başka bir idari merciin onayına sunulması gerekmektedir.³⁴⁷

İdare tarafından verilen kamulaştırma kararı, İdare Hukukuna bağlı olarak İdari Yargıda yargısal denetime tabi tutulacaktır.³⁴⁸

Bununla birlikte, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27.maddesinde, İdareye kamulaştırma usulüne ilişkin detaylı işlemleri yapmaksızın Adli Yargıya başvurarak taşınmaz malın acele kamulaştırılmasına karar verilmesini talep edebilme imkanı da verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya *aceleliğine* Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen *olağanüstü durumlarda* gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın... idare tarafından mal sahibi adına ... davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir.”

b)3) Görüldüğü üzere, kamulaştırma usulü, esas itibariyle, bir kamu görevine başlanabilmesi veya mevcut bir görevin gereği gibi yürütülebilmesine devam edilebilmesi için ihtiyaç duyulan taşınmaz malların İdareye geçirilmesinin sağlanması için öngörülmüş bulunmaktadır. Bu bağlamda, mevcut bir kamu hizmetinin yürütülmeye devam edilmesi için de, söz konusu usule ihtiyaç duyulabilmektedir. Çünkü, değişen şartlar ve talepler, bir kamu hizmetinin sürekli-düzenli şekilde sunulması için yeni taşınmazlara ihtiyaç duyulmasına neden olabilecektir.

347 Bununla birlikte, imar planları veya imar planı değişiklikleri kamu yararı kararı yerine geçeceğinden, bu durumda ayrıca bir kamu yararı kararı verilmesine gerek kalmayabilecektir.

348 Bedele ilişkin olarak ise, Adli Yargı’da açılacak olan bir dava belirleyici olacaktır.

c) Düzenleme Ortaklık Payı

Kamulaştırma usulü bağlamında, 3194 sayılı İmar Kanununun 18.maddesinde yer alan “düzenleme ortaklık payı”na ve buna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına da değinilmesi uygun olacaktır.

c)1) 3194 sayılı Yasanın 18.maddesine göre, belediyeler (veya valilik) belli bir bölgedeki arsa ve parselleri birleştirme ve bunları yeniden imar planına uygun arsa ve parsellere ayırma yetkisine sahiptir. Yasa, bu süreçte, o bölgedeki taşınmazlardan belli bir kısmının bedelsiz olarak alınabileceğini öngörmektedir. Buna göre, düzenlemeye tutulan arazi ve arsaların %40'ını geçmemek kaydıyla, yeterli kadar saha, düzenleme nedeniyle meydana gelen değer artışlarının karşılığı olarak alınabilir ve bu düzenleme ortaklık payı olarak alınan araziler, düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan kamu hizmetleri ve bunlarla ilgili tesisler için ayrılır. Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, bu hizmetler için ayrılması gereken yerlerin alanının toplamından az olması ihtimalinde ise, eksik kalan miktar kamulaştırma usulüne başvuruyla tamamlanacaktır.

Öncelikle belirtilmesi ve vurgulanması gerekmektedir ki; düzenleme ortaklık payı olarak belirlenen maksimum oran ilk düzenlemelerde %15 iken, zaman içinde %25, %35 şeklinde bir artış göstermiş, 5006 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda %40'a çıkartılmıştır.

c)2) Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararını³⁴⁹ değiştirerek, bu kurumu ve 3.5.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Yasasında öngörülen %35'lik oranı, Anayasaya uygun bulmuştur.

Yüksek Mahkemeye göre, söz konusu hüküm, arazi ve arsa düzenlemesi sonucu taşınmazın esas yüzölçümünden düşülen " düzenleme ortaklık payı "nın, bir kamu hizmeti nedeniyle artan değer karşılığında, düzenlemeye tabi tutulan bölgenin *gereksinimi olan hizmet ve tesisler için* kullanılmasını öngörmektedir.³⁵⁰ Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi,

349 Anayasa Mahkemesi, 61 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında ise, söz konusu düzenlemeyi *bedelsiz istimlak* niteliğinde saymış ve yasa hükmünü iptal etme yoluna gitmişti. Bkz. AYM E.1963/65, K.1963/278, K.T.22.11.1963, RG 11.1.1964-11606.

350 Yüksek Mahkemeye göre: “Arazi ve arsa düzenlemesi ile imar parselleri oluşturularak konut yapımına hazır arsaların saptanmasıyla imar olanakları sağlayan belediye, yüklendiği *külfet ve hizmetler nedeniyle*, taşınmazlardan değer artışı karşılığında, yine onların genel hizmetleri yönünden ortaklaşa kullanılmalı amacıyla; yol, meydan, park, yeşil alan, genel otopark, cami ve karakol gibi yerler için, yasakoyucunun saptadığı yüzde

kararında *dolaylı olarak*, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi için bu kurumun gerekli olduğu ve bu açıdan kamu yararına uygun olduğu sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme, sonuç olarak, bu uygulamayı kamu hizmeti gerekleri ile mülkiyet hakkının sosyal amaçlarla sınırlandırılması esasları çerçevesinde kamu yararına uygun bulmuştur: “İmar Yasası ile öngörülen uygulamanın temel işlev ve amacı, şehirlerin fiziksel konumunda süregelen, çarpık, düzensiz, sağlıksız yapılaşmaları önlemek; sağlıklı uygar ve çağdaş kentleşme koşullarını gerçekleştirmek olduğu ve söz konusu etkinliklerde *kamu hizmeti* (kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi, G.A.) ve dolayısıyla *kamu yararı* ön planda yer aldığına göre, mülkiyet hakkının yasa ile sınırlandırılmasına olanak tanıyan kuralların varlığından kuşku duyulmaması gerekir.”

c)3) İmar uygulamaları sonucunda taşınmazlardan belli bir oranının İdare tarafından bedelsiz olarak elde edilmesi usulü; kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi, bu bağlamda kamu yararının sağlanması (söz konusu bölgelerin imar düzenlemeleriyle değerlendirilmiş olduğu gerçeği de dikkate alındığında) açısından mülkiyet hakkının Anayasal ilkelere uygun olarak sınırlandırılmasının (md.35) bir örneği olarak düşünülebilecek ve kabul edilebilecektir.

Bununla birlikte, öğretide, bu düzenleme çeşitli açılardan –özellikle de öngörülen oranın yüksekliği ve kamulaştırma usulünü zedelemesi açısından- eleştirilmektedir.³⁵¹

Sonuç olarak, düzenleme ortaklık payına ilişkin düzenlemenin, öngörülen oranın yüksekliği göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesini zedelemeyebileceği söylenebilse bile, bedelsizlik ilkesi ile çatışabileceği söylenebilecektir.³⁵²

otuzbeşe kadar kısmını, düzenleme ortaklık payı olarak alabilmesi şehirlerin dengeli biçimde gelişmesi ve çağdaş duruma getirilmesine yöneliktir.” Bkz. AYM, E.1990/8, K.1990/12, K.T.21.6.1990, RG 3.2.1991-20775.

351 AYAYDIN’a göre, söz konusu düzenleme ile, “İdare düzenleme ortaklık payı alırken, hem kamulaştırma usulüne başvurmadan üstü kapalı bir kamulaştırma yaptığı için, mülkiyet hakkının özüne dokunmakta, hem de, bu payın, belli bir hizmetten doğrudan yararlananlardan istenebilecek olan makul bir katılma payını çok aşan bir ölçüde olması karşısında, kamu hizmetlerinin bedelsizliğine aykırı faaliyette bulunmuş olmaktadır.” Bkz. C.Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Cilt 3, Doktora Tezi, s.705. Ayrıca bkz. C.Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 2010, s.506 vd.

352 Düzenleme ortaklık payına ilişkin olarak, ikinci bölümde, Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi ile Bedelsizlik İlkesi Arasındaki İlişi ve Etkileşimler bahsinde yapılan açıklamalar da hatırlanabilecektir.

c)4) Görüldüğü üzere, düzenleme ortaklık payı, kamusal görevlerin yapılmasını kolaylaştırıcı bir fonksiyona sahip bulunmaktadır. Bu itibarla, bu usule ilişkin düzenleme, süreklilik ve düzenlilik ilkesini zedelememektedir. Ancak, söz konusu düzenlemelerdeki yüksek oranın, bedelsizlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve kamulaştırma usulü ile çatışmakta olduğu söylenebilecektir.

d) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Çerçevesinde Taşınmaz Mal Devri Usulü

d)1) Anayasada yer alan kamulaştırma usulü, sadece özel hukuk kişilerine ait taşınmaz mallar için söz konusu olmaktadır. Kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak ya da irtifak hakları, başka bir kamu tüzelkişisi tarafından kamulaştırılamaz.

Bununla birlikte, kamu tüzelkişilerinin birbirlerine ait olan taşınırlara ihtiyaç duymaları halinde izlenecek usul, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30.maddesinde düzenlenmiştir. “Taşınmaz mala, kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, 8 inci madde uyarınca bedelini tespit eder. Bu bedel esas alınarak ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlık, alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır.”(md.30/2)

Buna göre, bir kamu tüzelkişisinin bir başka kamu tüzelkişisinin taşınmazına ihtiyaç duyması ve bu nedenle de bir uyuşmazlık çıkması halinde, uyuşmazlık Danıştay tarafından “kamu yararı ve hizmet gerekleri” (aynı zamanda kamu hizmetlerinin “sürekli ve düzenli” olarak yürütülmesi amacı) doğrultusunda; hangi idarenin o taşınmaza daha çok ihtiyaç duyduğu ve/veya hangi hizmetlerin öncelik taşıdığı konusunda bir karar verilecektir. Bu şekilde, hizmetler arasında, kamusal ihtiyacın yoğunluk ve aciliyeti doğrultusunda bir öncelik sıralaması yapılarak, söz konusu ihtiyacı gidermek amacıyla yürütülen kamu hizmetlerinde bir aksaklık meydana gelmeyecektir.

Bu şekilde, taşınmazı devralan idare de, taşınmazı kamulaştırma yoluyla almış sayılacak, devir amacı (söz konusu kamu hizmetinin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi amacı) ve devreden idarenin izni dışında başka bir kamusal nedenle taşınmazı kullanamayacaktır.

d)2) Konuyla ilgili bir Danıştay kararında, imar planında trafo yeri olarak öngörülen bir taşınmazın devir bedeline ilişkin, Keçiören Belediyesi ile BEDAŞ arasında çıkan uyuşmazlık, Kamulaştırma Kanununun 30.maddesi çerçevesinde çözümlenmiştir. Danıştay’a göre: “Söz konusu maddenin kamu tüzelkişileri ve kurumları arasındaki taşınmaz mal devri, kaynak veya irtifak hakkı tesisi konusunda ortaya çıkan ihtilafları çözümleme amacıyla düzenlendiği, alıcı idarenin, kendi görev alanıyla ilgili kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ya da yürütülmesi amacıyla diğer bir idareye ait taşınmaz mala ihtiyaç duyduğu hallerde, kamu hizmetlerinin *aksamadan* ifasını temin için kanun koyucunun, taraflar arasındaki devre ilişkin anlaşmazlığın Danıştayca kesin karara bağlanması için *altmış gün gibi sınırlı bir süre* tanıdığı dikkate alındığında, Danıştay tarafından yapılacak incelemede, anlaşmazlığın bedele ilişkin olup olmadığı gibi sebebe yönelik bir irdeleme yerine, maddede belirtilen yasal şartların oluşup oluşmadığı, taşınmaz mala *hangi kamu hizmetinin ifası için hangi idarenin daha çok ihtiyacı olduğu* hususlarına yönelik bir irdeleme yapılarak hüküm kurulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.”³⁵³

d)3) Görüldüğü üzere, İdareler arası taşınmaz mal devri usulü öngörülmesinin altında da, kamusal görevlerin gereği gibi (ve bu bağlamsa, sürekli-düzenli şekilde) yerine getirilmesinin sağlanması amacı yatmaktadır.

e) İstimval

e)1) İstimval, İdarenin olağanüstü koşullarda başvurduğu bir mal edinme ve/veya kullanma yöntemidir. İdare, böylelikle olağanüstü koşullarda, hizmetin sürekliliğini sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu usulde, taşınır malların mülkiyeti ya da kullanım hakkı; taşınmazların ise sadece kullanım hakkı İdareye geçmektedir. Ayrıca, Anayasal düzenlemelerde de yer aldığı üzere, kişiler için çalışma yükümlülükleri- bedensel yükümlülükler şeklinde de istimmaller söz konusu olabilmektedir.

353 Bkz. D İİK, 2006/13, K.2006/13, K.T.15.11.2006, www.danistay.gov.tr

Bu kurumun Anayasal dayanakları olarak, Anayasanın 121, 122 ve 18.maddeleri gösterilebilecektir.³⁵⁴

e)2) Bunlara paralel bir yasal düzenleme olarak, 25.10.1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun ikinci kısmında, üç bölüm halinde, ‘‘Yükümlülükler ve Alınacak Tedbirler’’e yer verilmiştir. Bunlar arasında, ‘‘Tabi afet veya salgın hastalıklar nedeni ile olağanüstü hal ilan edildiğinde, vatandaşlardan para (md.6), mal(md.7), çalışma (md.8) yükümlülükleri getirilebilir. Bölgedeki kamu ve özel hukuk kişilerinin arazi, arsa, bina, araç, gereç gibi taşınır ve taşınmaz mallarına elkonulabilecektir. (md.7/1) 18-60 yaşları arasındaki bütün vatandaşlar, kendilerine verilecek işleri yapmakla yükümlüdür. (md.8/1) Gerek görüldüğünde, kamu görevlilerinin izinleri kaldırılabilir. (md.9/d)

Para yükümlülüğünün düzenlendiği 6.maddenin son fıkrasında, bu yükümlülüğün uygulanmasında ‘*kuruluşların hizmet ve faaliyetlerinin aksatılmaması*’nın göz önünde tutulacağı hükmü yer almaktadır. Benzer şekilde, çalışma yükümlülüğünün düzenlendiği 8.maddede de, *kuruluşların görev ve hizmetlerinin aksatılmaması ve yükümlülerin mesleki faaliyetleri* göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir.

Yine, kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğinin bozulmaması açısından Yasanın 9.maddesinde düzenlenen ‘‘alınacak tedbirler’’ arasında ‘‘kamu için gerekli mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin³⁵⁵ imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırın, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya

354 Olağanüstü hallerle ilişkin olarak, Anayasanın 121.maddesinin 2.fıkrasında, ‘‘olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek *para, mal ve çalışma yükümlülükleri* ile ... halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usullerinin, Olağanüstü Hal Kanununda düzenleneceği belirtilmektedir. Buna paralel olarak, ‘‘sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali’’ne ilişkin olarak ise, 122.maddenin 5.fıkrasında, ‘‘sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, idare ile olan ilişkileri,...savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek *yükümlülükleri* kanunla düzenlenir.’’denilmektedir.

Ayrıca, Anayasanın 18.maddesinde düzenlenen ‘‘zorla çalıştırma yasağı’’na ilişkin olarak da, ‘‘olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.’’ denilmiştir.

355 Ve ayrıca, halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin...

yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak” da yer almaktadır.

4.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununda ise, “seferberlik ve savaş hali için barış döneminden itibaren yapılacak hazırlıkların ve özel-kamu hukuku kişilerinin tamamının görev, yetki ve sorumluluklarının Kanun’un kapsamına girdiği” vurgulanarak özel-kamu hukuku kişilerinin tamamı için mal ve hizmet yükümlülüklerinin uygulanacağı 2.maddesinde belirtilmiştir. Yasanın 9.maddesinde de: “Özel ve kamu hukuku kişilerinin tamamı, hazırlıkların gerçekleştirilmesi için kendilerine verilecek her türlü görev ve yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.” denilmektedir. Bu görev ve yükümlülüklerin arasında, görülmekte olan veya başlanacak olan kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve düzenliliğini sağlayacak faaliyetlerin de bulunacağı açıktır.

e)3) Görüldüğü üzere, olağanüstü yönetim usullerinde öngörülen para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin bir bölümü kamu düzenini koruyacak ya da bozulmuş olan kamu düzenini yeniden kuracak idari faaliyetlere ilişkin olurken bir kısmı ise klasik ve dar anlamıyla kamu hizmetlerinin yürütülebilmesine yönelik idari faaliyetleri oluşturmaktadır. İkinci olasılıkta, söz konusu yükümlülükler kamu hizmetlerinin, olağanüstü koşullarda da, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesinin bir gereğini ve sonucunu oluşturacaktır.

3. Kamu Mallarının Devredilemezliği İlkesi

Hukuk sistemimizde, kamu mallarının devredilemezliği ilkesi öngörülmüş; kamu mallarının devir ve ferağı yasaklanmıştır.

3)a) Kamu mallarının devredilemezliği ilkesi, bir kamu tüzel kişisine ait olan bir kamu malının, bir diğer kamu tüzel kişisine ya da bir özel kişiye devredilemeyeceğini öngörmektedir. Bu ilke (ve yine bu ilkedan doğan kamu mallarının zamanaşımı ile kazanılamaması ve haczedilemezliği ilkeleri de) kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesini korumaktadır.

İlkenin amacı, malı kamusal mal niteliğine büründüren tahsisin devamı süresince söz konusu malın (dolayısıyla da tahsis edilmiş olduğu kamu hizmetinin ya da toplumun doğrudan doğruya o maldan yararlanabilmesinin süreklilik ve düzenliliğinin) korunmasıdır.

Kamusal nitelik ve (orta malları ile hizmet mallarında) tahsis devam ettiği sürece, tahsis amacına aykırı ve onu tehlikeye düşürecek her türlü alım-satım, takas gibi kamusal malı kamu tüzelkişisinin elinden çıkaracak her türlü hukuki işlem geçersiz olacaktır.

Orta ve hizmet mallarında, tahsis işleminin kaldırılması halinde bu mallar, idarenin özel hukuka tabi malları haline geleceği için devrinin mümkün olabileceği, dolayısıyla da ilkenin etkisiz kalabileceği belirtilmektedir.³⁵⁶ Bununla birlikte, tahsis kararının kaldırılması yönünde alınan idari işlemlere karşı İdari Yargıda bir dava açılması halinde, bu işlemler “kamu yararı ve hizmet gerekleri” (aynı zamanda kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi) bakımından yargısal denetime tabi olacaktır.

İlkenin en etkili olduğu durum, bir Anayasa hükmü ile belli şartları taşıyan mallara, kamu malı statüsü tanınmasıdır.³⁵⁷

3)b) Yasal düzenlemelerde de bu ilke yer almaktadır. Örnek olarak, 80 sayılı Hal Kanununun 1.maddesine göre, bu yerler “kamu emlakı” olup özel mülkiyete konu olamaz. Benzer şekilde, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanuna göre de, “...umumi mezarlıkların mülkiyeti, belediye bulunan yerlerde belediyelere, köylerde köy tüzelkişilerine aittir. Bu yerler satılamaz ve kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemezler.”³⁵⁸

Son yıllarda yapılan bazı yasal düzenlemelerde kamu kurum ve kuruluşlarının taşınmaz malları ile Hazine arazilerinin satışına olanak tanınmıştır. Ancak, bazı taşınmazlar bu düzenlemelerin kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin, 1995 tarihli 4070 sayılı Hazineye

356 Bkz. A.Gülan, “Kamu Malları”, **Günüşğında Yönetim**, s.609.

357 Örneğin kıyıları, Anayasa koyucunun iradesiyle (Anayasa, md. 43) kamu malı olarak nitelendirilmiştir. Bu bakımdan Anayasa değişikliği yapılmadan kıyıların devri söz konusu olamayacaktır.

358 Malın tahsisini korumaya yönelik olup kamu malı statüsünü devam ettirecek de olsa başka amaçlarla tahsisine imkan tanımayan yasal düzenlemeleri de, bu ilkenin özellikle tahsisi (ve o malın tahsis edildiği kamu hizmetinin süreklilik ve düzenliliğini) korumaya yönelik izdüşümü olarak düşünülebilecektir: Örnek olarak: 2015 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Arazisinden 167 dönüm 500 Metrekarelik Kısmının Ankara Belediyesine Satılması Hakkında Kanunun 1.maddesinde “yeni toptancı hali için” denilerek belediyenin tahsis edeceği hizmet de belirlenmiş ve aynı maddenin son fıkrasında ‘adı geçen arazi Belediyece hiçbir şekilde maddede belirtilen hal yapma maksadı dışında kullanılamaz.’” hükmü getirilmiştir.

Ayrıca hem tahsisin değiştirilmesine, hem de malın satışına engel olmaya yönelik düzenleme getiren düzenlemeler de vardır. Örnek olarak, bkz. 3194 sayılı İmar Kanunu md.11: “İmar planlarında; meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan ... yerler hariç Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsalar ...belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan hudutları dışında özel idareye bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir... Bu suretle maledilen arazi ve arsalar belediye veya özel idare tarafından *satılamaz ve başka bir maksat için kullanılamaz.*”

Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanununun 4.maddesinde, satışı yapılamayacak taşınmazlar arasında “kamu hizmetine tahsis edilmiş veya fiilen bu amaçla kullanılan taşınmaz mallar” da bulunmaktadır. 4071 sayılı “3 Mart 1340(1924) Tarihli ve 431 sayılı Kanunla Hazineye Kalan Taşınmaz Mallardan Bazılarının Zilyedlerine Devri Hakkında Kanun”un 4.maddesinde de “bir kamu hizmetine tahsisli olan veya tahsisli olmamakla beraber fiilen kamu hizmetinde kullanılan yerler ile imar planları ile kamu hizmetine ayrılan yerler”in devredilemeyeceği öngörülmektedir.

3)c) Kamu mallarının devredilemezliği ilkesi sadece kamu mallarının satılması değil, kamu mallarının tamamen veya kısmen devri veya kamu malının üzerindeki idarenin mülkiyet hakkını sınırlandırabilecek (aynı zamanda da bu malların tahsis edildiği kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenli olarak yürütülmesini ve kişilerin bu mallardan sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmelerini zedeleyecek) diğer işlemlerin de yapılamaması anlamına gelir. Örneğin, bir kamu malı üzerine ipotek konulamaz.

Bu ilkeye bağlı olarak ortaya çıkan, kamu mallarını özel olarak koruyan diğer ilkeler ise; kamu malları üzerinde sınırlı ayni hak kurulamaması, kamu mallarının tapu siciline tabi olmaması, zamanaşımı ile iktisaba elverişli olmaması ve kamu mallarının haczedilememesidir.³⁵⁹

Örneğin, kamusal mallar üzerinde sınırlı ayni hakların kurulamaması, devir ve ferağ yasağının bir sonucudur. Kamu malları üzerinde bir özel kişi lehine sınırlı ayni hak (irtifak hakları, rehin hakkı, taşınmaz yükü gibi) tanınması da malın kullanım imkanını kısıtlayabilir, dolayısıyla da tahsisi (ve onun koruduğu kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesini ya da kişilerin söz konusu mallardan sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmesini) olumsuz yönde etkileyebilir.

Kamu mallarının zamanaşımı ile iktisaba elverişli olmaması da yine kamu mallarının devredilemeyeceği kuralının bir sonucudur.³⁶⁰

359 Kamu mallarının devredilemeyeceği ilkesinden doğan “kamu mallarının haczedilemezliği” ilkesi, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi bakımından taşıdığı önem dolayısıyla, biraz ileride ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

360 Kimi kamu malları Anayasa korumasına alınmıştır. Örneğin, Anayasa’nın 169.maddesine göre, ormanlar üzerindeki devlet mülkiyeti devrolunamaz. Bu ormanlar, kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılamaz ve kamu yararı

3)d) Söz konusu ilke, kamu tüzel kişilerine iki önemli hak tanımaktadır. Bunlardan birincisi, kamu malına her ne şekilde olursa olsun zilyed olan kişiden, malın her zaman geri alınabilmesi; ikincisi ise kamu malını fiilen kullanan kişinin, kamu tüzel kişisine karşı zilyedliği korumaya yönelik imkanlardan yararlanamamasıdır.

Danıştay'ın da bu doğrultuda kararları mevcuttur: “Kamu hizmetine tahsis edilmiş olduğu tartışmasız bulunduğu anlaşıldığından ve tescile tabi olmayan bu tür kamu mallarının... zilyedlikle iktisabı düşünülmemeyeceğinden mahkemece aksi yönde verilen kararda isabet görülmemiştir.”³⁶¹

Ayrıca, Yargıtay kararlarında da bu ilke yer almaktadır. Yargıtay'a göre, “meraların zilyedlikle edinilmesine yasal olanak yoktur.”³⁶²; “kamu malı niteliğinde olan mezarlıklar”³⁶³; “harman yeri kamu malı niteliğinde bir taşınmaz” olduğundan³⁶⁴ kazandırıcı zamanaşımı zilyedliği ile iktisaplarına olanak yoktur.

3)e) Danıştay kararlarında da bu ilke kamu mallarının (ve dolayısıyla tahsis edildikleri hizmetlerin sürekliliğinin de) korunması amacıyla yer almaktadır. Örneğin, Danıştay, “üzerinde hal binası bulunan taşınmaz, bir kamu malı niteliğinde olduğundan, bu taşınmazın, kamulaştırılan (bir başka) taşınmazın değerine karşılık olarak davacıya verilmesi mümkün

dışında irtifak hakkının konusu olamazlar. Bu konuda örnek bir yasal düzenleme olarak ayrıca bkz. 3402 sayılı Kadastro Kanunu md.18/2: “Orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez.”

361 Bkz. D 6D, E. 1990/2427, K. 1991/1340, KT.3.6.1991, **DD**, S.84-85, s.385.

362 Bkz. Yarg. 16.HD, E. 1987/25129, K. 1989/8925, **YKD**, C. 14, S.5, s.640. Ayrıca bkz. Yarg. 16.HD, E.2003/4971, K.2003/4740, K.T.22.5.2003, www.yargitay.gov.tr

363 Bkz. Yarg. 7. HD, E. 1985/3711, K. 1988/4449, **YKD**. C.14, S.8, s.1091.

364 Bkz. Yarg. 16.HD, E.1988/7755, K: 1989/8925, **YKD**, C. 16, S.8, s.1162. Benzer yönde başka kararlar için bkz. Yarg. 8. HD, E.1999/9516, K.1999/9886, K.T.2.12.1999, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:26, S:2, Şubat 2000, s.215 vd; Yarg 8. HD, E.1999/6473, K.1999/5804, K.T.21.6.1999, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:26, S:5, 2000, s.701 vd; Yarg 16. HD, E.1999/1777, K.1999/1588, K.T.3.5.1999, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:26, S:2, 2000, s.245 vd; Yarg 8. HD, E.2001/5634, K.2001/6266, K.T.20.9.2001, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:27, S:11, s.1680 vd.

değildir.”³⁶⁵ ; “ormanlık alan niteliğindeki taşınmazların daha sonra özel mülkiyete konu olamayacağı açıktır.”³⁶⁶ kararları ile devir ve ferağ edilemezlik ilkesini uygulamaktadır.

Yargıtay da kararlarında bu ilkeyi uygulamaktadır. Örneğin, “Taşınmazın öncesinin mera olduğunun anlaşılması ve plan kapsamında kalmadığının belirlenmesi halinde kamu malı niteliğinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin köy tüzelkişiliğince satışının yasal olmayacağı ve geçersiz olacağı ve bu nedenle kazandırıcı zamanaşımı zilyedliği ile iktisaplarının da mümkün olmayacağı hususları düşünülerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir...”³⁶⁷ denilmiştir.

3)f) Görüldüğü üzere, kamu mallarının devredilemezliği ilkesi, her şeyden önce, kamu mallarına ihtiyaç duyan kamusal görevlerin sürekli-düzenli şekilde yerine getirilmesini güvence altına almaktadır.

4. Kamu Mallarının Hacedilemezliği Esası

4)a) Kamu mallarının devredilemezliği ilkesinden doğan bir başka önemli ilke de kamu mallarının hacedilemezliği ilkesidir.

Bu ilke, kamu mallarının hacedilmesi durumunda hacedilen kamu malından artık toplumun yararlanması veya toplum tarafından kullanılmasının mümkün olamayacağı ve de kamu hizmetinin yürütülmesinde birtakım güçlüklerin ortaya çıkabileceği, kamu hizmetinin sürekliliğinin sekteye uğrayabileceği varsayımını bertaraf etme amacını gütmektedir. Çünkü bir kamu malının haczi, tahsis edildiği görevde aksamalara yol açabilecektir.

4)b) Hukuk sistemimizde, kamu mallarının hacedilemezliği ilkesi sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır. Çünkü İcra İflas Kanunu, sadece devlet malları ile mahsus kanunlarda haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczini yasaklamıştır.(İİK md.82/1) İİK, haciz yasağı

365 Bkz. D 6D, E.1978/1610, K.1981/2433, **DD**, S.46-47, s.202-204.

366 Bkz. D 8D, E.1980/2336, K. 1980/3325, **DD**, S. 42-43, s.219-221. Ayrıca, bkz. D 9D, E.1981/4200, K.1982/4975, **DD**, S.50-51, s.359-360. Ayrıca bkz. D 6D, E.1992/4260, K.1993/2213, K.T.1.7.1993, **DD**, S:89, s.358 vd.

367 Bkz. Yarg. 8. HD, E.1999/9516, K.1999/9886, K.T.2.12.1999, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:26, S:2, Şubat 2000, s.215 vd. Benzer yönde karar için bkz. Yarg 8. HD, E.1999/6473, K.1999/5804, K.T.21.6.1999, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:26, S:5, 2000, s.701 vd.

bakımından, “kamu malı”- “özel mal” ayrımı yapmamıştır.³⁶⁸ 1 Ocak 2006’dan itibaren uygulanmaya başlayan 5018 sayılı Kanun, merkezi yönetim bütçesine dahil bütün idare ve kurumların mallarının haczedilemeyeceğini belirtmiştir.³⁶⁹

Kamu iktisadi teşebbüsleri hakkında 233 sayılı KHK’nın, “Teşebbüslerin taşınır ve taşınmaz her türlü malları haczedilemez.” hükmü, 1994 yılında 4011 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır.^{370 371}

5393 sayılı Belediye Kanununa göre, “belediyelerin *füilen kamu hizmetinde kullandıkları* kamu malları haczedilemez.” (md.15/son) Aynı şey İl Özel İdareleri için de geçerlidir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasasının 7.maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır. Belediyelerin ve İl Özel İdarelerinin diğer malları ise haczedilebilir.

442 sayılı Köy Yasasının 8.maddesi ise: “Köyün *orta malı* kanun karşısında devlet malı gibi korunur.” demektedir.

4)c) İcra ve İflas Yasası’nın 82/1. maddesinde yer alan devlet mallarının haczedilemeyeceği kuralının iptali ile ilgili olarak açılan davada Anayasa Mahkemesi “... Kamu hizmetlerinin *aksatılmadan ve kesintiye uğramadan* sağlanması ve bütçenin getirdiği esasların cebri icra sonunda tahmin dışı ihlallere uğratılmaması esastır... Devlet mallarının haczi, bu malların kullanma biçimini değiştireceğinden, devletin malvarlığında ve mali hukukta *sürekliliğe* engel olarak, kamu yararına zarar verir... Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi diğer deyişle özel yararın kamu yararına

368 Bkz. AYM E.1992/13, K.1992/50, K.T.20.10.1992, RG 30.6.1993-21623, s.47 vd.

369 Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.696.

370 Ayrıca, 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun’un 4.5.1994 tarih ve 3986 sayılı Kanununun 16.maddesi ile md.70/1’de yapılan değişiklik sonucunda; bir kamusal alacak için 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları *hariç* olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi cazi olmadığı gösterilen mallar haczedilemez.

³⁷¹ Ancak, özelleştirmeyi düzenleyen 4046 sayılı Yasa özelleştirme kapsamındaki kuruluşlar ile bundan sonra özelleştirme kapsamına alınacak kuruluşların taşınır ve taşınmaz her türlü mallarının hak ve alacaklarını kuruluşlar özelleştirme kapsamında kaldığı sürece haczedilemeyeceği kuralını getirmiştir. Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bkz. AYM, E.1996/66, K.1997/7, K.T.31.1.1997, RG 28.10.1997, S:23154, s.21.

yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz... *Devlet mallarının haczolunamazlığı kuralı kamu hizmeti görevini yerine getirmenin gereğidir.* Bu yolla hem devletin ve kamunun, hem de ilgili öbür yasa kurallarıyla kişilerin zararları önlenmiş olur” gerekçeleriyle 2004 sayılı İcra ve İflas Yasası’nın 538 sayılı Yasa ile değişik 82. maddesinin 1. bendinde yer alan “Devlet malları” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.³⁷²

Konuyla ilgili, bir başka kararında da Anayasa Mahkemesi, yine “kamu yararı ve kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi gereği” çerçevesinde aynı sonuca varmıştır: Belediyelerin, *devamlılık gösteren hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan emval veya eşyaların hacze konu olabilmesinin, belediyelerin yerine getirmekle yükümlü buldukları kamuya ilişkin hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi arzu edilmeyen bir netice doğuracağı kuşkusuzdur...* İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlamada amaç toplum yararının üstün tutulmasıdır. Bu sınırlama dışında belediye aleyhine her türlü icra takibinin yapılabilmesi mümkündür.”³⁷³

4)d) Bütün bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, haciz yasağı süreklilik ve düzenlilik ilkesinin doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte, kamu hizmetlerinin aksamaması için esas önemli olan, kamu hizmetlerine tahsis edilmiş olan, kamusal ihtiyaçların giderilmesinde rol oynayan malların haczedilemez olmasıdır. Bu bakımdan, haczedilemezlik ilkesi ile bağlantılı düzenlemeler şu şekilde sorgulanabilecektir: Devlet ve kamu tüzel kişilerine ait bütün mallar bu imtiyazdan yararlandırılmalı mıdır? Eğer amaç, kamusal görevlerin süreklilik ve düzenliliğinin yaşama geçirilmesi ise, Devletin ve kamu tüzel kişilerinin özel mallarının (taşınmaz mallar hariç tutulabilir) bu korumadan yararlandırılmayıp sadece kamu mallarında ilkenin geçerli olması gerektiği belirtilebilir. Ya da, bu koruma, sadece “kamu yararı ve kamu hizmetleri” (kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği) doğrultusunda, istisnai olarak, belli kamu malları için açıkça düzenlenebilir. Örneğin, “Devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamusal görevlere/ kamu hizmetlerine tahsis edilmiş olan malları haczedilemez.”

372 Bkz. AYM, E. 1992/13, K. 1992/50, K.T.21.10.1992, R.G 30.06.1993, S:21623. Kararın öğretide eleştirisi için bkz. A.Gölan, “Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S:1, Y:16, Ocak 1995, s.22 vd; Y.Karayalçın, “Devlet borçları- Devlet malı haczedilemez”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu (11 Mayıs 2001)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.123 vd.

373 Bkz. AYM, E.1999/46, K.2000/25, K.T.20.9.2000, RG 4.10.2002, S: 24896, s.13 vd.

şeklindeki bir hüküm, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi amacına daha uygun olarak düşünülebilecektir.

Sonuç olarak, İİK'daki hüküm iki açıdan eleştirilebilecektir: 1) Dar anlamda Devlet kamu tüzelkişisinin *bütün* mallarının koruma altında olması gereksizdir ve alacaklıların mülkiyet hakkını zedelemektedir. Devletin kamu malı niteliği taşımayan malları genel kurallara tabi olmalıdır.

2) Devlet dışındaki İdarelerin kamusal görevler dışında kullandığı malları için özel yasal düzenlemelerin öngörülmesi de hatalıdır. Burada, malın kamu görevinde kullanılıp kullanılmadığı esas kriter olmalı; bu konuda özel yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmamalıdır.

5. Kamusal Gelirlerin Elde Edilmesi ve Kullanılması

a) Giriş

İdare, kamu hizmetlerini gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmek için mali kaynaklara da ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, hizmetlerin yürütülmesi sırasında, öncesinde ya da sonrasında kişilerden vergi, resim, harç gibi doğrudan doğruya kamu hizmetlerinin parasal kaynaklarını oluşturan meblağlar tahsil edilmektedir.

İdare, kamusal görevlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmek için, kamusal gelirlerini esas olarak vergiler yoluyla elde etmektedir. Vergi, öğretide, kamusal faaliyetlerin maliyetini karşılamak amacıyla, ekonomik birimlerden siyasi zorlama ile karşılıksız olarak devlete fon aktarılması olarak ifade edilmektedir.³⁷⁴

Anayasanın 74.maddesinde, “herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu” belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, kamusal görevler ve bu görevler arasında yer alan kamu hizmetleri için gereken mali alt yapı, esas itibarıyla vergiler yoluyla oluşturulmaktadır.

374 Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.945 vd. ; N.Saban, **Vergi Hukuku**, İstanbul, 2009, s.3; Y.Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, Ankara, 2007, s.182.

Bu bakımdan, verginin ekonomik işlevinin, sadece bir kamu hizmetinin yürütülmeye başlanması için değil, başlanmış olan kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak görülebilmesi için de kaynak yaratılması olduğu söylenebilecektir. Bunun yanında, verginin sosyal işlevi ise, toplumda gelir dağılımının daha dengeli bir hale gelmesini sağlayarak sosyal adaletin tesisinde rol oynar. Çünkü, bu şekilde elde edilen kamusal gelir, kamu hizmetlerinin aynı zamanda “bedelsiz” bir şekilde, sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesini sağlayacaktır.

İdarenin mali (parasal) kaynakları, bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesini sağladığından, bu konudaki alacakların zamanında ve düzenli bir biçimde ödenmesi gerekir. Aksi halde, kamu hizmetleri de zamanında ve düzenli bir şekilde gerçekleşmeyecektir.³⁷⁵

İşte bu nedenle, hukuk sistemimizde kamu alacaklarının tahsiline ilişkin (özel hukuk ilişkilerinde söz konusu olmayan) özel hükümler öngörülmüştür.

b) Bütçe Sistemi

b)1) Bütçe, kamusal gelirlerin elde edilebilmesi ve kullanılması açısından akla gelen ilk kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü, Bütçe Kanununa ve mevzuatına aykırı kamusal gelir elde edilmesi ve/veya harcanması mümkün olamamaktadır. En önemli kamusal geliri oluşturan verginin tahsil edilebilmesi için her yıl, “Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu” ile İdareye tahsil yetkisi verilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, bütçe, vergi yasalarının uygulanmasının koşulunu oluşturan, maddi ölçüte göre bir koşul-işlemdir.³⁷⁶

Çağdaş toplumlarda, devletin parasal etkinliği, önceden saptanmış bir plan ve program çerçevesinde düzenlenmektedir. Bütçe adı verilen bu plan doğrultusunda,

375 Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.959; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.759.

376 Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.949 vd.

Devletin belli bir dönemde, kamusal görevlerin yerine getirilmesi için yapacağı harcamalar ve elde edeceği gelirler ayrıntılı bir biçimde belirlenmektedir.

Bütçe konusu, Anayasanın 161. ve 164.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anayasanın 161.maddesinde: “Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzelkişilerinin harcamaları, *yıllık* bütçelerle yapılır. Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir. Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya *bir yıldan fazla sürecek* iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir.”denilmektedir. Bütçenin 1 yıllık olması ve 1 yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süreler de konulabilecek olması, öngörülen bu süre zarfında, hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak sunulmasını sağlayabilmek için gereken mali yapıyı, kaynakları oluşturmaktadır. Bütçe yasaları bu bağlamda, kamu hizmetlerinde sürekliliğin sağlanması, devlet “çarkının” sürekli işlemesi bakımından önem taşımaktadır.

b)2) Kamu parasının zamanında ve gereği gibi tahsil edilebilmesi ve hukuka uygun (ve ayrıca, yerinde) harcanması görülmekte olan kamusal görevlerin sürekliliği ve düzenliliği için yaşamsal önem taşımaktadır.

Bu bağlamda, kamu gelirlerinin tahsili aşamasında yaşanan aksaklıklar ve/veya yetersizlikler ile harcanması aşamasında ortaya çıkan sorunlar görülmekte olan kamu hizmetlerinin gereği gibi ve bu bağlamda sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesini de doğal olarak, tehlikeye düşürecektir. Bu itibarla, kamu gelirlerinin elde edilmesi ve harcanması süreci çeşitli ilke ve denetim mekanizmalarıyla kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır.

b)3) Bu bağlamda, Anayasanın 161.maddesinde de ifade edilen, 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu akla gelebilecektir. Yasa, “kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda *kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını*, hesap verebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere, kamu mali yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve mali kontrolü düzenlemek” amacını taşımaktadır.

Mali disiplinin ve kontrolün sağlanabilmesi için, Yasa, esas itibariyle, İdarelerin harcamalarını bütçelerinde yer alan ödenekler çerçevesinde yapılmasını öngörmüş bulunmaktadır. (md. 21/d)

Bununla birlikte, yine Yasada kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi açısından önem taşıyan bazı hükümler de yer almaktadır.

Örneğin, Yasaya göre, İdarelerin kamusal görevlerini yerine getirirken ödenek yetersizliğine düşmeleri durumunda Maliye Bakanlığına yedek ödenek sağlama “görev ve yetki” sini vermektedir.³⁷⁷ (md. 23)

Görüldüğü üzere, ödenek yetersizliğine düşen bir İdareye, görev ve yetkilerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmesi için Maliye Bakanlığı bütçesinden yedek ödenek sağlanabilmektedir.

Bu düzenleme de, kamusal görevlerin ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve düzenliliğini sağlamak için öngörülmüş ek mekanizmalar arasında yer almaktadır.

Aynı şekilde, Yasada, “niteliklerinden dolayı mali yılla sınırlı tutulmayan... ve sürekliliğini bulunan...” bazı iş ve hizmetler için bir sonraki yıla geçen yüklenmeler yapılabilmesi imkanı (md. 27) veya “bir mali yıl içinde tamamlanması mümkün olmayan yatırım projeleri için gelecek yıllara yaygın...” yüklenmeler yapılabilmesine (md.28) imkan tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır.

b)4) Görüldüğü üzere, bütçelerin belli bir mali yıla göre hazırlanması esasına kamusal görevlerin sürekliliğinin ve düzenliliğinin güvence altına alınması amacıyla bazı istisnalar getirilmektedir. Burada öncelik, kamusal görevlerin sürekliliği ve düzenliliğidir.

377 Ne yazık ki, Yasadaki ifadeler İdare Hukukunda yer alan “görev-yetki-sorumluluk” esasları ile, takdir yetkisinin “kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması” esasları göz önüne alındığında, yedek ödenekle ilişkin olarak 23.maddede yer alan ifadeler, yasakoyucuya yedek ödenek koyma, Maliye Bakanlığına da hizmet gereklerine dayalı olarak bu ödenekten aktarma yapma mecburiyetini içerecek kadar kesin ifadeler taşımamaktadır. 23.maddede göre: “...Maliye Bakanlığı bütçesine yedek ödenek konulabilir. Bu ödenekten aktarma yapmaya Maliye Bakanı yetkilidir.” ifadeleri yer almaktadır.

c) 6183 sayılı Yasa

Kamusal gelirlerin kamu kudreti kullanılarak tahsil edilebilmesi için öngörülen 6183 sayılı Yasaya, biraz ileride, ayrı bir başlık altında değinilecektir.

d) Vergi Yargılamasında Yürütmeyi Durdurma

Vergi yargılamasında yürütmeyi durdurma kurumunun da, kamusal gelirlerin elde edilmesi ve korunması bağlamında ele alınmasında yararlı bulunmaktadır.

d)1) İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesinin 3.fikrasında, vergi davalarında, genel kuralın aksine, bazı işlemlerin dava açılmasıyla birlikte, kendiliğinden yürütmesinin durdurulacağı belirtilmektedir. Buna göre: “Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklardan doğan davaların açılması, *tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının* dava konusu edilen bölümünün *tahsil işlemlerini durdurur.*”

Bununla birlikte, aynı maddede “işlemden kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam edeceği, işlemden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemi durdurmayacağı ve bunlar hakkında yürütmenin durdurulmasının istenebileceği” de öngörülmektedir.

d)2) Görüldüğü üzere, bazı kamu alacaklarının tahsil süreci, iptal davası açılması ihtimalinde herhangi bir talebe ve mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın otomatikman kesilmektedir.

Yürütmeyi durdurma kararının verilmesinin temel amacı, davacıyı korumaktır. Bununla birlikte, yürütmenin durdurulması sonucunda, para ve o zamana dek işlemiş olan faizin sonradan, dava sonuçlanınca elde edilebileceği göz önüne alındığında, kamu maliyesi, dolayısıyla da kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenliliği açısından bir sakınca

yaratmayacağı da düşünölebilecektir. Davanın kaybedilmesi ya da reddedilmesi durumunda, para ve işlemiş olan faiz alınabilecektir. Bu ihtimalde otomatik olarak yürütmeyi durdurma kararının verilmiş olması, kamu maliyesi açısından ciddi bir olumsuzluk yaratmayabilecektir. Devlet bütçesinin büyüklüğü ve gücü karşısında denilebilecektir ki; yürütölen kamusal görevlerin sürekliliğı ve düzenliliğı, belli sayıdaki vergi davasında kamusal gelirlerin tahsilinin ileri bir tarihe bırakılmasından etkilenmeyecektir.^{378 379}

6. Kamu Parasının Korunması/ İdarenin Mali (Parasal) Malvarlığının Korunması: 6183 sayılı Yasa

Biraz yukarıda da değinilmiş olduğı üzere, hukukumuzda kamusal gelirlerin kamu kudreti kullanılarak tahsil edilmesini düzenleyen bir yasa bulunmaktadır: 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun.

6)a) İdarenin mali (parasal) kaynakları, bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesini sağladığından, bu konudaki alacakların zamanında ve düzenli bir biçimde ödenmesi gerekir. Aksi halde, kamu hizmetleri de zamanında ve düzenli bir şekilde gerçekleşemeyecektir.³⁸⁰

Bir başka deyişle, vergi veya benzeri kamu alacaklarının veya kamu hizmetlerinden doğan her türlü alacağın zamanında tahsil edilmesi, elde edilecek para ile sürekli ve düzenli olarak yürütölecek olan kamu hizmetleri açısından önem taşımaktadır.³⁸¹

378 Ancak çok büyük miktarda vergi borçları ya da cezalarının söz konusu olduğı istisnai durumlarda, kamu maliyesi açısından bazı sakıncaların doğabileceğı de düşünölebilecektir.

³⁷⁹ Bu konu ve yürütmenin durdurulması kurumuyula ilgili olarak, 4. bölümde İdari Yargılama Hukuku başlığı altında yapılan açıklamalara da bakılabilecektir.

380 Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.959; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.759.

381 Kamu maliyesi açısından ise, söz konusu alacakların zamanında tahsil edilememesi, hazineden para aktarılmasını, iç ve dış borç yükü altına girilmesine neden olabilecektir. Bu sonuç da, dolaylı olarak, sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesi gereken kamu hizmetlerine de olumsuz bir biçimde yansıyabilecektir.

Bu nedenle, kamu hizmetinin yerine getirilmesi için tahsil edilen vergi, resim, harç gibi alacaklar, İdarenin özel alacaklarından farklı olarak “kamu alacakları (amme alacakları)” olarak adlandırılmış ve özel düzenleme ve önlemlerle korunmuştur.

21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, bu amaca hizmet eden temel yasal düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸²

Anayasa Mahkemesi de, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanununun 58.maddesinde yer alan, ödeme emrine karşı 7 günlük dava açma süresi öngören hükmü, kamu maliyesi- kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği arasındaki ilişkiyi göz önüne alarak Anayasaya uygun bulmuştur: “Ödeme emrinin özellik ve niteliği ile diğer idari işlemlerin özellik ve niteliklerindeki farklılıklar ve *kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesi için kamu alacaklarının sürüncemede bırakılmamasındaki kamu yararı* gözetilerek, ödeme emrine karşı açılacak davalar için dava açma süresinin 7 gün olarak öngörülmesi Anayasaya aykırı görülmemiştir.”³⁸³

6)b) 6183 sayılı Yasanın 1.maddesinde, İdarenin hangi alacaklarının “kamu alacağı” olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Buna göre, vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ilişkin yargılama giderleri, vergi cezası, para cezaları birincil; gecikme zammı ve faizleri, ikincil kamu alacaklarını oluşturmaktadır. Ayrıca, sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğanlar haricinde, kamu hizmetinden kaynaklanan alacaklar ile bunların takip giderleri (icra takibi sırasında ortaya çıkabilecek olan zor kullanma, ilan, haciz, nakil, saklama vb. giderleri) de kamu alacağı olarak nitelendirilmiştir.³⁸⁴

Kısacası, kamu hizmetinin kurulması ve sürekli ve düzenli olarak işletilmesi için gerekli olan ve bu hizmetin ayrılmaz ögesini ve parasal kaynağını oluşturan idare alacakları kamu alacaklarıdır.

382 İdarenin özel alacakları ise, özel hukuk kişilerinin alacakları gibi, İİK hükümlerine göre tahsil edilebilecektir.

383 Bkz. AYM E.2008/96, K.2011/3, K.T.6.1.2011, RG 14.5.2011-27934.

384 Bunların yanı sıra, 5.8.1325 (1909) tarihli Tahsili Emval Kanunda belirtilen alacakların da kamu alacağı olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.960; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.761.

Bu bakımdan, bu alacakların tahsilinde İdare –özel hukuk kişilerinin alacaklarından farklı olarak- bazı ayrıcalıklarla donatılmıştır. Örneğin İdare, özel alacakların tahsilinde olduğu gibi kamu alacaklarının tahsilinde icra-iflas teşkilatına veya yargıya başvurma ve onlar aracılığıyla bu alacağını tahsil etmek zorunda değildir. İdare, doğrudan doğruya bu alacakların tahsili için gerekli işlemleri yapacak, yargı yoluna başvuru ise kamu alacağının borçlusunu olan özel hukuk kişilerin söz konusu olabilecektir.³⁸⁵

6)c) 6183 sayılı Yasa, kamu alacağının tahsilinin tehlikeye girmemesi ve dolayısıyla da kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğinin korunması amacıyla bazı de önlemler öngörmüştür.

Bu önlemlerden biri, Yasanın 9.maddesinde yer alan ‘‘*teminat*’’tır. Maddeye göre, vergi yükümlüsünün veya sorumlusunun vergilendirmeye ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi sebebiyle verginin zamanında tahakkuk ettirilememesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi durumunda tahsil dairelerince teminat istenmesi gerekir. Ayrıca, kaçakçılık suçunu işleyenler hakkında hükmedilen para cezalarının tahsili için gerekli işlemlere başlanmış olması halinde de tahsil dairesi teminat istemek durumundadır.³⁸⁶

Kamu alacağının korunması açısından, Yasanın 13.maddesinde, teminattan daha ağır bir yöntem olarak *ihtiyati haciz* düzenlenmiştir. İhtiyati hacizle, borçlunun malvarlığına giren bir veya birden fazla malı üzerindeki zilyedliğin sonlandırılması ve İdarenin bu mala veya mallara el koyması söz konusu olabilmektedir. Bu yöntem, kamu borçlusunun mallarını kaçırmamasını önlemek amacıyla alınan geçici bir önlemdir.³⁸⁷

385 İdareye tanınan üstün ayrıcalıklar 6183 sayılı Yasada yer almaktadır. Bununla birlikte, bu Yasada düzenlenen yetkilerin İdare tarafından kullanılmasının *zorunlu* olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Bu konuda, genellikle, eğer kamu yararına uygun düşüyorsa, İdarenin özel hukuk hükümlerince de kamu alacağını tahsil edebileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, 6183 sayılı Yasada ‘‘kamu yararı bulunması durumunda, özel hukuk hükümlerine göre takip yapılabileceği’’ yönünde bir düzenleme olmaması nedeniyle, kamu alacağının ancak Yasada açıkça düzenlenmesi halinde özel hukuktaki tahsil usulleriyle tahsil edilebileceği de söylenebilecektir. Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.962, 963; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.762.

386 Zorunlu teminat koşullarının yanı sıra, 9.maddenin 2.fıkrası uyarınca ihtiyari olarak da teminat istenmesi söz konusu olabilmektedir. Türkiye’de ikametgahı olmayan kamu borçlusunun durumu kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi teminat isteyebilecektir.

387 Bkz. T.Candan, **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun -açıklamalı-**, Ankara, 2007, s.94.

Yasanın 17.maddesinde düzenlenen ihtiyati tahakkuk ise, ihtiyati önlemlerin en ağırlı olarak nitelendirilebilecektir. Kamu alacaklarının tahsilinde tahakkuk, kamu alacağının tarh, tebliğ ve itiraz yolları tüketilmesi suretiyle ödenecek hale gelmesini ifade etmektedir.³⁸⁸ İhtiyati tahakkuk yöntemiyle, bu yollar tüketilmeden, yani zamanından önce kamu alacağının ödenecek hale gelmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıca, tahakkuk işlemi üzerinden ayrıca ihtiyati haciz de uygulanacaktır.

6)d) 6188 sayılı Yasada kamu alacaklarının korunmasına ilişkin olarak, 21. ve 26.maddeler arasında diğer kurumlara da yer verilmiştir. Bunlar, kısaca: Kamu alacaklarında rüçhan hakkı; kamu alacaklarını kesip ödeme mecburiyetinde olanların sorumluluğu; kamu alacağı ödenmeden yapılmayacak işlemler ile işlem yapanların sorumlulukları; tahsil edilen kamu alacaklarından yapılacak reddiyat sebepleriyle mahsup edilmesi; tasarrufun iptali davaları; tasfiye halinde olan kamu borçlusunun sorumluluğu; ortaklıklarda ortakların sorumluluğu; limited şirket ortaklarının sorumluluğu; yasal temsilcilerin sorumluluğu; birleşme, devir, bölünme ve şekil değiştirme halleri; yurt dışına çıkış tahdidi olarak belirtilebilir.

Kamu alacağının süresi içinde ödenmemesi halinde, alacaklı idare, cebren tahsil yöntemlerine de başvurabilecektir. 6183 sayılı Yasanın 54.maddesinde, cebren tahsil konusunda kamu alacaklısı olan idareye seçimlik olarak üç yöntem gösterilmiştir, idare bunlardan birini tercih edebilecektir. Buna göre: a) Kamu borçlusunun İdareye teminat göstermesi durumunda bu teminatın paraya çevrilmesi, teminat kefil ise kefilin takip edilmesi; b) kamu borçlusunun borca yetecek kadar olan mallarının haczi; c) gerekli şartlar bulunması halinde kamu borçlusunun iflasının istenmesi.³⁸⁹

6)e) Görüldüğü üzere, kamusal görevlerin sahip olduğu önem, bu görevler için gereken gelirin hızlı ve etkin bir şekilde elde edilmesini sağlayacak mekanizmaların öngörülmesini ve buna bağlı olarak da, İdareyi, özel hukuk kişilerinin sahip olmadığı bazı

388 Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.768.

389 Bu yollardan birine başvurabilmek için, kamu alacağının özel yasalarda öngörülen ödeme zamanının geçmiş olması ya da özel yasadaki öngörülen bir süre yoksa ödeme süresini başlatan bildirim tebliğinden itibaren bir aylık sürenin geçmiş olması gerekmektedir.

imkan ve yetkilerle donatılmasını da gerektirmiştir. Bir başka ifadeyle, 6183 sayılı Yasa, kamu maliyesinin korunması ve dolayısıyla da kamu hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesinin korunması amacıyla öngörölmüş bulunmaktadır.

7. Kamu Mallarının Niteliklerinin Korunması

Kamu mallarına zarar veren, onların niteliklerini zedeleyen bazı işlem/ eylemler söz konusu olabilmektedir. Bu işlem ve eylemleri gerçekleştiren söljeler a) İdare ve kamu görevlileri b) özel kişiler olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi bakımından önem arz eden orta malları ile hizmet mallarının korunması konusu da özel bir önem taşımaktadır.

a) İdareye ve Kamu Görevlilerine Karşı Korunma

a)1) Kamu malları, bu mallardan yararlanmanın sürekliliğinin ve düzenliliğinin sağlanabilmesi için, onları “hüküm ve tasarrufu altında bulunduran” idare ve kamu görevlilerine karşı korunmaktadır.

İdare, kamu malları statüsündeki malları, o mallara duyulan toplumsal ihtiyaç ve gereklilik (“kamu yararı ve hizmet gerekleri”) var olduğu sürece, söz konusu malların nitelik ve içeriğini değıştirmeme yükümlölüğü altındadır.³⁹⁰

İdare, orta mallar ile sahipsiz mallarda kişilerin bu mallardan yasalara uygun bir biçimde yararlanabilmesini engellenmemek ve hizmet mallarının da, tahsis edildikleri hizmetin gereğı gibi (elbette sürekli ve düzenli olarak da) yerine getirilmesini sağlamak durumundadır.

390 Esasında, bu husus, idare ile kamu malı arasındaki hukuki bağımlı niteliğı ile de ilintilidir. İdare ile bu statüdeki mallar arasındaki “yükümlölük ve görev ilişkisi”, idare ile söz konusu mallar arasındaki hukuki ilişki ve dayanağın bir “kamu hukuku mülkiyeti” olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş ve öğretilerdeki farklı görüşler için bkz Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.1085 vd; L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.260; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.332 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.687 vd; A.Gölan, “Kamu Malları”, **Gümüşğında Yönetim**, s.598 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.331.

a)2) İdare, kamu yararı ve hizmet gereklerini (süreklilik ve düzenlilik ilkesini de) dikkate alarak belli bir hizmete özgülenmiş olan kamu malını, bir tahsis işlemiyle başka bir hizmete de özgüleyebilir.³⁹¹ Burada önemli olan, o hizmete duyulan toplumsal ihtiyaçtır. Kamusal ihtiyaç var olduğu sürece, o ihtiyaca özgülenen hizmetler de sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmelidir. Örneğin, bir kamu kurumuna ait olan bir hizmet binası, belli bir üniversitenin kullanımına tahsis edilebilir.

Artık belli bir hizmet için kullanılmayan bir mal da, başka bir kamu hizmetine tahsis edilebilecektir. Örneğin; Artık demir yolu ulaşımı için elverişli olmayan, teknik donanımı yetersiz kalan tarihi bir tren garı, kültür-sanat faaliyetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesinin teşvik edilmesi için Kültür Bakanlığına bağlı bir müzeye dönüştürülebilir.

Aynı şekilde, toplumsal ihtiyaçların sürekli ve düzenli olarak karşılanabilmesi için bir orta malı hizmet malına dönüştürülebilir ya da tam tersi de olabilir. Bu yönde yapılan tahsis işlemleri de kamu yararı ve hizmet gerekleri (aynı zamanda süreklilik ve düzenlilik ilkesi) çerçevesinde yargı denetimine tabi tutulacaktır.

a)3) Bununla birlikte, kamusal ihtiyaçlar doğrultusunda sahipsiz mallar, İdare tarafından yapılan işlem ve eylemlerle orta malı ya da hizmet malına dönüştürülebilir. Örneğin; dağlık bir alanda yol inşası yapılabilir.

a)4) İdare bazen de açıkça bir tahsis işlemi yapmaksızın, sahip olduğu bir tesis veya binayı *fiilen* toplumun doğrudan yararlanmasına sunabilmekte veya bir kamu hizmetinin yürütülmesinde kullanabilmektedir. Bu şekilde, İdarenin söz konusu malını kamusal görevlere *fiilen* tahsis ettiği, dolayısıyla da “*fiilen*” kamu malına dönüştüğü söylenebilmektedir.

Fiili tahsisin kabul edilmesi, açık bir tahsis kararı bulunmamasına rağmen, başlanmış ve yürütülmekte olan hizmetlerin kamu hizmetlerinin devam etmesini sağlamakta, İdarenin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisini “kamu yararı ve hizmet gerekleri” çerçevesinde

391 İdarenin malları bir kamu hizmetine özgülenmişse, sürekliliği aksatabilecek, kesinti yaratabilecek herhangi bir kısıtlama bu mallara getirilemez. Danıştay’ın bir kararında belediye tarafından kıyıda yürütülen bir kamu hizmeti (halk plajı) faaliyetinin konusu olan taşınmazlardan, sanki bir işgal varmış gibi, devletçe ecrimisil istenmesi hukuka uygun bulunmamıştır. Bu şekilde, toplumun kıyılardan (plaj hizmetlerinden) sürekli ve düzenli bir biçimde yararlanabilmesinin sürekliliğini kesintiye uğratılmaması da amaçlanmaktadır. Bkz. D 6D E.1998/2291, K.1999/1383, K.T.11.3.1999, **DD**, S:101, s.412.

sınırlamakta; bir başka ifade ile kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesini korumaktadır.

Danıştay 10.Dairesince verilen Taşkıyla kararı, fiili tahsisin yargı tarafından da kabul edildiğini göstermektedir.³⁹² Kararda, Hazinenin mülkiyetinde olan fakat uzun bir süredir fiilen İstanbul Teknik Üniversitesi tarafından kullanılan taşınmaz üzerinde İstanbul Menkul Kıymetler Borsası lehine irtifak hakkı kurulmasını hukuka aykırı bulunmuştur. Danıştay, kararda “İstanbul Teknik Üniversitesinin uhdesinde bulunan *yüksek öğretim hizmetinin yürütülmesini sağlamak ve bu eğitim hizmetinin mekan olarak önemli unsurunu teşkil eden binanın...* Maliye Bakanlığınca üniversiteye bağlı bir teknik okul olarak kullanılmak üzere amacı belirlenmiş, kamu düzeni yönünden *istikrar kazanmış*, fiili tahsisle kamu malı niteliği kazanmış bulunduğunu” hüküm altına almıştır. Bu şekilde, yüksek öğretim hizmetlerinin sürekliliği, İdarenin tasarruflarına karşı korunmuş olmaktadır.

a)5) İdare, bazı hizmet mallarından, tahsis amacıyla bağdaşmak koşuluyla, belli kişilerin bir sözleşme ile yararlanabilmesine de olanak tanıyabilmektedir. Kamu mallarından yararlanma usulleri öğreti ve yargı yerlerince; genel (kolektif) ve özel (bireysel) yararlanma olmak üzere ikiye ayrılır. Aslolan kamu mallarından genel (kolektif) yararlanmadır. Kural olarak, “herkes”in, “bedelsiz” olarak kamu mallarından serbestçe yararlanabilmelerinin sürekliliği sağlanmalıdır. Ancak, kamu mallarından özel yararlanma konusunda da idareye tanınmış takdir yetkisi söz konusudur.³⁹³

392 Bkz. D 10D, E.1991/2430, K.1992/728, K.T.27.2.1992, **DD**, S:86,s.561-564.

393 Süreklilik ve düzenlilik ilkesinin “Bedelsizlik İlkesi ile olan ilişki ve etkileşim”i başlığı altında da değinildiği üzere, 29.2.1984 tarihli ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun (ve bu yasayı Anayasaya uygun bulan AYM kararı) kamu mallarından genel ve özel yararlanma konusunda da farklı bir düzenleme getirmektedir. Yasada öngörülen “*gelir ortaklığı senedi*” ile birlikte, öğretide; kamu mallarından genel yararlanma hakkına sahip olan kişilerden, “adeta bu mallardan özel bir şekilde (bireysel) yararlananların kişisel menfaatinin gerçekleşmesi için” daha çok mali külfet altında bırakılmalarının söz konusu olabileceği yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.276 vd.; S.Güran, “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Malına Bakışı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y:5, S:1-3, İstanbul, 1984, s.83-84.

Yasa ile, kamu kurum ve kuruluşlarına ait altyapı tesislerinden, yani “köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri ile sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzerleri”nden (md.3/1-a) genel yararlanma (söz konusu tesislerden, bunların öngörülme amaçları doğrultusunda yararlanma) imkanına sahip olanlar, bu tesislerin gelirlerinden pay alan (bu şekilde de söz konusu mallardan bir çeşit özel yararlanma hakkına sahip olan) kişilerin çıkarlarının gerçekleşebilmesi adına daha çok mali yükümlülük atında kalabileceklerdir. Bu durum da, kamu mallarından herkesin (maddi gücü yetersiz olanların da) sürekli ve düzenli olarak yararlanamamaları sonucunu doğurabilecektir.

Öğretide, GÖZÜBÜYÜK/TAN, genel ve özel yararlanmanın, her ikisinin de bağlı olduğu ortak ilkeleri şu şekilde ifade eder: “Yararlanma kamu malının tahsis edildiği amaca aykırı olmamalı, onu tehlikeye düşürmemelidir. İdare (de), kamu malını korumak ve en iyi şekilde değerlendirmek durumundadır.”³⁹⁴

Özel yararlanma, genel yararlanmanın sınırlandırılmasına, sürekliliğin bir oranda kesintiye uğramasına yol açmaktadır. Özel yararlanma; izne bağlıdır, geçicidir ve ücretlidir. Özel yararlanma bir idari sözleşme ile sağlanabileceği gibi idarenin vereceği bir ruhsatla da mümkün olabilmektedir. Bu şekilde verilen ruhsat ya da yapılan sözleşme ilgilileri lehine kazanılmış bir hak yaratmayacaktır. Çünkü idare değişen şartlar ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçları, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülebilmesi hususlarını göz önüne alarak özel yararlanma imkanını ortadan kaldıracaktır.

İdarenin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisi, bu bağlamda “kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri” (aynı zamanda süreklilik ve düzenlilik ilkesi) ile sınırlıdır. İdare, takdir yetkisi çerçevesinde söz konusu malların niteliğini bozacak şekilde bir özel yararlanmaya izin vermemelidir. Kamu mallarından özel yararlanma söz konusu olsa dahi, idare bu malların niteliğini koruma yükümlülüğü altındadır. Bir kamu hizmetinin sürekliliği, özel yararlanma ile tamamen ortadan kaldırılamamalıdır. Ya da bu türden verilen bir izin, genellik ve eşitlik ilkesine aykırı olarak toplumun belli kesimindeki kişiler bakımından söz konusu mallardan yararlanabilmelerinin sürekliliğini ortadan kaldırmamalıdır. İdare, kamu mallarından yararlanma konusunda kişiler arasında -malların korunması veya hizmetin gerekleri gibi nesnel amaç ve sebepler dışında- onların bu mallardan yararlanmalarının sürekliliğini bertaraf edecek farklı uygulamalar yapamayacaktır.

Kamu mallarından yararlanmada tahsisin (dolayısıyla da malın tahsis edildiği kamu hizmetinin sürekliliği ve düzenliliğinin) korunabilmesi için İdareye üstün ve bertaraf edilmez yetkiler de tanınmıştır. Bu yetkiler, gerektiğinde tahsisi değiştirmeyi, hatta kaldırmayı da kapsamaktadır. Örneğin, Danıştay’ın da belirttiği üzere, önceden özel kişilerin kullanımına izin verilmiş yerler, kamu hizmetinin görülmesine engel olmaya başlamışlarsa bu bir tahliye

394 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.1089. Bu ilkeler, bir üst dipnotta da değindiklerimiz kapsamında, özellikle de yararlananlardan alınacak olan karşılığın belirlenmesinde önem kazanmaktadır.

kararını haklı kılabilmektedir.³⁹⁵ Önemli olan, kamu hizmetlerinin aksatılmamasıdır. Aksi halde, bireysel ve geçici kullanmaya idare tek taraflı olarak son verebilir.

a)6) Öte yandan İdare kamu mallarını korumak ve onlardan en iyi yararlanmayı sağlamakla da yükümlüdür. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun “Mal Yönetiminde Etkililik ve Sorumluluk” başlıklı 48.maddesine göre, kamu idareleri taşınırların yönetimi, kaydı, muhafazası ve kullanımından sorumludurlar. Kamu idarelerine ait malları edinme, kiralama, tahsis, yönetim, kullanma ve elden çıkarma işlemleri, mevzuatında öngörülen kurallar dahilinde, hizmetin amacına uygun olarak *verimlilik ve tutumluluk ilkesine* göre yapılır.

Ayrıca, 27.9.2006 tarihli ve 2006/11058 sayılı Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte de, “kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin *mevzuata uygun bir şekilde yapılmamasını; görevlilere teslim edilen taşınırların zarara uğramasını ve kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuata uygun bir şekilde yerine getirilmemesi* nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek mali külfet getirilmesi” kamu zararı olarak tanımlanmaktadır.

Kamu mallarının kamu görevlilerine karşı korunması ile ilgili örnek bir düzenleme de 657 sayılı Kanunun 12. maddesinde yer almaktadır: “Devlet memurları, görevlerini *dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak* zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare *zarara uğratılmışsa*, bu zararın *ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden* ödenmesi esastır.”

395 Bkz. D 8D E.1996/1939, K.1999/385, K.T.11.2.1999, **DD**, S:101, s.594.

Konuyla ilgili bir başka Danıştay kararında: “Dosyanın incelenmesinden, davacının mülkiyeti davalı Belediyeye ait taşınmazı fiilen işgal etmesi üzerine ... gün ve ... sayılı karar ile tamamı ... M2 olan parselden 400 M2 lik bir kısmının ... lira bedel üzerinden ve Belediyenin istemi halinde 3 gün içerisinde tahliye edeceğine ilişkin taahhüname getirmesi şartıyla kullanma izni verildiği, o tarihten sonra davacının belirlenen miktarlarda ecrimisil adı altında aylık ödemeler yaparak anılan yeri kullandığı, *işgal edilen bu kısmın belediye hizmetleriyle ilgili diğer kısmın kullanımına engel oluşturmaya başlaması nedeniyle* dava konusu işlem ile anılan yerin tahliye edilmesinin istenildiği anlaşılmaktadır.” ifadesi yer almaktadır. Buna göre, “kamuya ait yer üzerinde geçici işgallere izin vermek, gerektiğinde bunları kaldırmak belediyenin görevinde ve takdirinde olup geçici kullanma izni ile kullanılmakta olan otoparkın tahliyesinin istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Bkz. D 8D, E.1996/1939, K.1999/385, K.T.11.2.1999, **DD**, S:101, s.594. Ayrıca bkz. D 8D, E.1991/34, K.1991/1102, K.T.6.6.1991, **DD**, E:84-85, s.523.

Ayrıca, kamu yararının tam olarak gerçekleşebilmesi, kamu mallarından yararlanmanın sürekliliğinin sağlanabilmesi için söz konusu malların statülerinin, niteliklerinin korunmasının yanı sıra fiziki durumlarının da gözden geçirilmesi, gerekli bakım, tamirat ve sair koruma tedbirlerinin alınması şarttır. Örneğin, yolların, parkların bakımının düzenli olarak yapılması, hem insanların can ve mal güvenliğini sağlar hem de malların daha uzun ömürlü olmasını, mallardan sürekli ve düzenli olarak yararlanılabilmesini temin eder. Kamu malların gerekli bakım ve onarımı yapılmadığı takdirde ise o malların özgülendiği kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebileceğinden söz edilemeyecektir.

a)7) Görüldüğü üzere, kamu mallarının İdareye ve kamu görevlilerine karşı korunması, söz konusu malların ilişkili olduğu kamusal görevlerin gereği gibi yürütülmeye devam edilebilmesinin güvencesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

b) Özel Hukuk Kişilerine Karşı Korunma

b)1) Kamu malları rejimi, bu statüdeki malların özel hukuk kişilerine karşı korunmalarını; onların bu statüdeki malların mülkiyetini kazanmasını engelleme fonksiyonuna da sahiptir.

Bu konuda, “kamu malları rejimi”nin esas ve ilkeleri (kamu mallarının devir ve ferağ yasağı ile bu ilkedan doğan diğer ilke ve esaslar) açıklayıcı olmaktadır. Kamu malları, “toplumun” yani “herkesin” malıdır. Toplumdaki herkes, söz konusu mallardan sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmelidir.³⁹⁶

b)2) Öte yandan, İdare tarafından kullanılan hizmet malları, kamusal görevlerin sürekliliğinin ve düzenliliğinin sağlanması için, özel hukuk kişilerine karşı da korunacaktır. Kamu mallarının tabi olduğu bu korumanın bir diğer yönü de mallara zarar verenlere uygulanan cezai yaptırımlardır.

396 Bu bakımdan, bir önceki başlıkta yer alan “genel ve özel yararlanma” konusunda dile getirilen açıklamalar, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenliliğinin sağlanabilmesi için idarenin takdir yetkisini sınırlama fonksiyonunun yanı sıra, kamu mallarının –toplumun genelinin söz konusu mallardan sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmesi karşısında- özel kişilere karşı da korunması çerçevesinde düşünülebilecektir.

Gerçekten de kamu mallarının üzerinde özel mallara göre daha sıkı bir ceza koruması vardır. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hırsızlık (md.141), bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasını gerektirirken, nitelikli hırsızlık başlığı altında düzenlenen kamu malı ya da kamu kurum ve kuruluşlarında herhangi bir mal hakkında hırsızlık (md.142/1-a), iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası gerektirmektedir. Aynı şekilde Türk Ceza Kanunu, özel bir kişinin malına zarar verme suçunu dört aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırırken (md.151/1), “kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında” işlenen mala zarar verme suçunun nitelikli halini bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmaktadır (md.152/1-a).

b)3) Kamu malları hukuka aykırı işgallere veya kullanımlara karşı da özel olarak korunur.

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanuna göre, taşınmaz mal zilyedliğine yapılan tecavüzün idari yoldan def'i usulünün kamu malları için uygulanması gerektiğinde başvuru *süreye bağlı tutulmamış* ve müdahalelerin fiili zilyedlik esasına bakılmaksızın önleneceği öngörülmüştür.

Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Yasanın 13.maddesinde yer alan “bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemez.” hükmünü Anayasaya uygun bulan Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde, kamu hizmetlerinin “düzenli ve aralıksız” yürütülmesi gerekliliğine dayanmaktadır: “Bu kararlardan zarar görenlere, kararın iptalini istemek konusunda dava hakkı tanınmış olması nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellenmesi idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı ilkesini etkilemez. Tersine durumda, idarenin görevlerini eksiksiz olarak yerine getirmesi, kamu düzeninin sağlanması ve *kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülmesi* olanaksız kalır. Yasakoyucu, gerekli durumlarda kimi yönetsel kararlara karşı anayasal sınırları gözetenek, bu yolu açık ya da kapalı tutabilir.”³⁹⁷

397 Bkz. AYM, E.1996/7, K.1996/11, K.T.18.4.1996, **AYMKD**, S:29, s.175.

Danıştay'ın da söz konusu yasa çerçevesinde, kamu mallarının korunmasına yönelik vermiş olduğu kararları bulunmaktadır. Örneğin, Danıştay bir kararında, ... Mahallesi sakinlerinin evlerine akan suyu taşıyan ana su borusunu delen ve bu şekilde de mahalle suyunu kesen (mahalle suyundan herkesin sürekli ve düzenli olarak yararlanabilmesini engelleyen) davacının, 3091 sayılı Yasa gereği tecavüzünün önlenmesine karar vermiştir: “Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin 12. maddesinde, 3091 sayılı Kanun uygulamasında taşınmaz mala yapılmış tecavüz ve müdahale sayılacak haller düzenlenmiş olup; (e) fıkrasında da; sulama veya içme sularından, su kuyularından, sarnıçlarından, su yollarından, su borularından ve arklarından yararlanmayı engellemek fiiline yer verilmiştir. Dava dosyasının incelenmesinden; ... Köyü muhtarının, davacının... Mahallesine su taşıyan ana su borusunu deldiğini ve 24.5.1995 tarihinde Mahalle suyunu kestiğini öne sürüp tecavüzün önlenmesini istediği, ... Kaymakamlığınca yaptırılan keşif ve soruşturma sonucunda; davacının ... Mahallesi sakinlerinin evlerinde akan suyu taşıyan ana boruyu delerek ilave hortum ve kurna takmak suretiyle suyu izinsiz olarak inşaatında kullandığının saptandığı, bunun üzerine de, 3091 sayılı Yasa uyarınca davacının tecavüzünün önlenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır....Y.S.E tarafından köye getirilmiş olan sudan köy halkından olan herkesin yararlanma hakkı olduğu tartışmasızdır. Ancak bu hakkın, izin almadan köy halkının su ihtiyacını karşıladığı ana boruyu delip istenilen kadar su alınması anlamına gelmeyeceği de açıktır. Bu durumda dava konusu kararda mevzuata aykırılık bulunmayıp, aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”³⁹⁸ Bu şekilde, söz konusu mahallede yaşayan kişilere su sağlanması yönündeki kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenliliği korunmak istenmiştir.

b)4) Görüldüğü üzere, kamu mallarının özel hukuk kişilerine karşı korunmasının iki temel gerekçesi bulunmaktadır: 1) Kamu malları, herkesin malıdır. Onun belli kişiler tarafından sahiplenilmesi ya da zarar verici işlem ve eylemlere tabi tutulması engellenmelidir.

398 Bkz. D 10D, E.1996/9139, K.1998/6406, K.T.7.12.1998, **DD**, S:100, s.504 vd. Benzer bir karar olarak bkz. D 10D, E.19914/3902, K.1993/1986, K.T.30.5.1983, **DD**, S:88, s.485. “Şahıs arazisi olan bu taşınma üzerinde köyün ortak kullanımında bulunan bir yol olduğu ve bu yolun kullanımının davacı tarafından engellendiği... anlaşılmaktadır. Bu durumda dava konusu taşınmaz üzerinde kamunun ortak kullanımında bulunan yola yapılan müdahalenin kaymakamlıkça... önlenmesinde ve yerin köy tüzelkişiliğine teslim edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”

2) Orta malları ile hizmet mallarında, kamu malının belli bir kamu görevi ile doğrudan bir ilişkisi bulunmaktadır. Bu malların korunmaması, kamusal görevlerin gereği gibi yerine getirilmesini ve bu bağlamda, süreklilik-düzenlilik ilkesini zedeleyebilecektir.

D. İdari İşlemler Teorisi

1. Tanım

İdare, kamusal görevlerini yerine getirirken çeşitli hukuki işlem ve eylemlerde bulunur. İdarenin “idari işlemleri”; idare makamlarınca, “idare işlevi”³⁹⁹ne ilişkin olarak, kamu kudreti usullerine başvurularak yapılan ve kişiler üzerinde haklar ve yükümlülükler doğuran irade açıklaması anlamına gelmektedir.⁴⁰⁰

İdari işlemlerin, sahip olduğu özelliklerden hareketle tanımlanması da mümkün olabilecektir: “İdari işlemler; idare hukuku alanında kamu yararını gerçekleştirmek, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde ve hizmetin gereklerine uygun bir tarzda yürütülmesinin sağlanması amacıyla idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla rıza ve onaya ihtiyaç olmadan, ilgililerin hukuki durumları üzerinde hüküm ve sonuç doğuran yani icrai niteliği olan, re’sen icra edilebilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, yargı denetimine tabi işlemlerdir.”⁴⁰¹

399 İdare işlevi; İdarenin, yasama ve yargı organlarının faaliyet alanı dışında kalan alanda, kendisine yasalarla ya da düzenleyici işlemlerle yüklenen görevleri kamu kudreti usullerine başvurularak yerine getirmesini ifade eder. İdare işlevi hakkında bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.7, 10; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.20 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.14 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.15 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.553 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.31 vd.

400 İdari işlemler teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. C.Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990; L.Duran, **İdare Hukuku Dersleri**, s.395 vd; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, c.1, s.433 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.262 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.111 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.550 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.391 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, Ankara,2006, s.343 vd.

401 Bkz. E.E.Atay, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s.347.

Danıştay da bir kararında idari işlemi, sahip olduğu özelliklerle de birlikte tanımlamıştır: “kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re’sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflar”dır.⁴⁰²

Kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi bakımından, kamu hizmetlerinin sahip olduğu özellikler, dayandığı ilke ve esaslar (geriye yürümezlik ilkesi gibi) ile İdarenin düzenleyici işlem yapabilme yetkisi önem taşımaktadır.

2. Kamu Hizmetleri Açısından Taşıdığı Önem: Genel Olarak

2)a) Kamu hizmetlerinin “gereği gibi” (ve dolayısıyla da, sürekli ve düzenli olarak) yürütülebilmesi ve kamu yararının sağlanabilmesi amacıyla, idare cihazı özel hukuk rejimine tamamen yabancı olan büyük bir ayrıcalıklar demeti ile donatılmıştır. İdarenin üstlendiği görevleri “gereği gibi” yerine getirebilmek için, idarenin kamu kudretinden kaynaklanan birtakım üstün yetki ve ayrıcalıklara sahip olması aynı zamanda bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Kamu hizmetlerinin aksamadan, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi idarenin kamu kudreti usullerini kullanarak, “tek taraflı” hukuki sonuçlar doğuracak işlem ve eylemleri ile sağlanabilecektir. Aksi durumda, idare kamu yararının gerçekleşmesi için öngörülen faaliyetleri yerine getirirken; ilgililerin rızasını almasının gerekmesi veya bir yargı kararına ihtiyaç duyması iradelerin ve menfaatlerin eşitliğinin benimsendiği bir rejimde (özel hukuk rejiminde) yer alması sonucunu doğuracaktır. Kamu kudreti usullerinin ve kamu yararı kavramının yer almadığı böyle bir hukuk sisteminde ise kamusal görevlerin “zamanında ve gerektiği gibi” (yani sürekli ve düzenli olarak) yerine getirilebilmesi mümkün olmayacaktır.

Bu yaklaşımla, idari işlemler teorisinde, idari işlemlerin sahip olduğu özelliklerde de kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesinin yansıması olduğu söylenebilecektir. Örneğin idarenin tek yanlı icrai işlem yetkisinin ve re’sen icra yetkisinin gerisindeki ihtiyacın hizmetlerin sürekliliği olduğu; ayrıca, bu nedenle, “yürütmenin durdurulması” kurumunun bir istisna olarak ortaya çıktığı kabul edilebilir.

402 Bkz. D 10D, E.1987/1159, K.1987/1458, K.T.1.7.1987, RG 24.7.1987, S:19427, s.3.

İdari işlemler tek yanlılık ve icrailik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma, re'sen –bazı hallerde de cebren- icra edilebilme ve yargı denetimine tabi olma gibi özelliklere sahiptirler. Bu özelliklerin yanı sıra, idari işlemlerde, “yetki ve usulde paralellik ilkesi” de, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

2)b) Görüldüğü üzere, İdareye yüklenen kamusal görevlerin, gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesi için, “*tek taraflı*” işlemler, yani idari işlemler yapabilme yetkisine de sahip olması gerekmektedir.

YILDIRIM’a göre de: “Tek yanlılık, hizmetlerin süratli ve düzenli işlenmesini de sağlamaktadır. Karşılıklı pazarlık veya görüşmeyle yürütülen hizmetin aksamaması için, idare tek yanlı karar alabilmektedir.”⁴⁰³ Örneğin, bir yolun açılması ya da bir okul binası yapılabilmesi için özel kişiye ait bir arsanın alınması gerekiyorsa, bu arsanın maliki olan kişi buna rıza göstermese bile idare kamulaştırma yapacaktır. Böylelikle, toplumsal ihtiyaçların en iyi şekilde giderilebilmesi, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliğinin sağlanmasında, idari işlemler önemli bir rol oynayacaktır.⁴⁰⁴

AYAYDIN’a göre de: “İdari faaliyetlerin ifa edilebilmesi *ancak*, İdarenin kamu kudreti kullanabilmesinin yani *tek taraflı* olarak hukuki sonuçlar doğuran işlem ve eylemler yapabilmesinin sağlanması halinde mümkün olabilmektedir.

İdarenin, kamu yararının gerçekleşmesi için kanunkoyucu tarafından öngörülmüş olan faaliyetlerini ifa ederken; ilgililerin rızasını (iradesini) araması veya Yargı Organı’nın vereceği karara ihtiyaç duyması, iradelerin ve yararların eşit olduğu bir hukuki düzende (özel hukuk rejiminde) yer alması sonucunu da beraberinde getirecektir.

403 Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.552.

404 Anayasa Mahkemesi de, 61 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında şöyle demektedir: “Gerçekten idarenin, *kamu hizmetlerini aralıksız yürütebilmesi için*, Anayasa sınırları içinde kalmak koşuluyla, gerekli olan kimi yetkilerle donatılması doğaldır. Toplum yaşamında böyle bir görevi bulunmayan bireylere, aynı nitelikte yetkiler tanınmamış olması öne sürülerek eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilmesi doğru değildir.” Bkz. AYM, E.1976/3, K.1976/23, K.T.13.4.1976, RG 15.7.1976-15647.

Kamu kudreti usullerinin ve kamu yararı kavramının bulunmadığı bu tür bir hukuki sistemde ise kamusal görevlerin *zamanında ve gereği gibi* yapılabilmesi imkansız hale gelecektir.⁴⁰⁵

2)c) İdari işlemler, kural olarak *icra edilebilir* (yürütülebilir) nitelik taşımaktadırlar. İdarenin yaptığı idari işlemi uygulamaya koyabilmek için yargı makamlarına başvurmak, bir mahkeme kararının varlığı gerekmemektedir.⁴⁰⁶

Danıştay'ın da belirttiği üzere; bir idari işlem başka bir idari makamın veya devlet organının yapacağı bir başka işlemin varlığına gerek duymaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurabilme gücüne sahiptir.⁴⁰⁷

Bu özellik de, hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini sağlamaktadır. İdare, kamusal görevlerini yerine getirirken bir başka bir makamın onayı ya da mahkeme kararına gerek duyulması halinde, hizmetlerde aksama riski ortaya çıkabilecektir.

İdari işlemler, re'sen icra edilebilirler.⁴⁰⁸ İdari işlemin doğrudan sonuç doğurmadığı, işlemin gereklerinin yerine getirilmesinin icap ettiği hallerde İdare, açıklanan iradenin gereklerini doğrudan yerine getirme yetkisine sahiptir.⁴⁰⁹ Başka bir deyişle İdare, kendisi almış olduğu bir kararı yine kendisi icra edebilir; bu kararın hukuk düzeninde doğurduğu değişiklik veya yenilikleri maddi dünyaya aktarabilir.⁴¹⁰

405 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.368.

406 Ancak idarenin yaptığı bir işlemin uygulanabilmesi için belli bir idari prosedür öngörülmüşse, o işlem başka bir idari makam veya kamu görevlisinin onayına tabi ise, kesin ve yürütülebilir bir işlem den bu aşamada bahsedilemeyecektir.

407 Bkz. 5D E.1995/44416, K.1996/1911, K.T 17.5.1996, **DD**, S:92, s.451.

408 Örneğin, hukuk sistemimizde idarenin kamu hukukuna tabi alacaklarını re'sen tahsil etme yetkisi vardır. İdare, bu tür alacaklarını tahsil etmek için adli makamlara (icra dairelerine) başvurmak zorunda değildir. İdarenin kamu alacakları İİK'ya değil, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna tabidir. Ancak, re'sen icra yetkisine yasalarla getirilmiş istisnalar da vardır; bu gibi durumlarda, idarenin almış olduğu kararların icra edilebilmesi için mahkemelere ya da icra dairelerine başvurması gerekebilir. Örnek olarak, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 17.maddesine göre, kamulaştırılan taşınmazın maliki, kamulaştırılmış taşınmazı idareye kendiliğinden devir ve teslim etmezse idare adliye mahkemelerine başvurarak karar almak zorundadır.

409 Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.580.

410 Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.113.

İdare, re'sen icra yetkisi ile bir idari işleme aykırı davranan kişiler için, kamusal faaliyetlerin aksamadan yürütülebilmesi adına, birtakım idari veya cezai yaptırımlar da uygulayabilmektedir. İdarenin hizmetlerini gereği gibi (sürekli ve düzenli olarak da) görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkisine de ihtiyaç duyulabilmektedir. İdare bu yetkilerle, kamu hizmetlerini, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. Kişilere, idare hukuku alanındaki düzene aykırı davranışları nedeniyle verilen idari cezalar, idari yaptırımların en önemlilerinden biridir. Örneğin, para cezaları, idari cezalar arasında yer almaktadır.

Kamusal görevlerin “gereği gibi” (aynı zamanda sürekli ve düzenli olarak da) yerine getirilebilmesi, idari işlemlerin uygulanabilmesi için İdare, *cebren icra yetkisi* ile, gerektiğinde zor kullanabilmektedir. Ancak, bu yetki Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler rejimi ile sınırlıdır.⁴¹¹

2)d) İdari işlemlerde, “*yetkide paralellik ilkesi*” de söz konusudur. Bu ilke uyarınca, aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı takdirde, bir idari işlem ancak onu yapan makam tarafından geri alınabilecek veya kaldırılabilir.

Bilindiği üzere, “İdarenin kanuniliği ilkesi”nin (Any. md.123) de bir sonucu olarak, İdarenin yetkisizliği asıl, yetkili olması ise istisnadır. Bir başka deyişle, idari işlemlerin hangi usul ve şartlarda yapılabileceği veya kaldırılabilirliği yasalarla belirlenmektedir. Danıştay’a göre, bu Anayasal ilke, kamu görevinin düzenli ve süreklilik içinde, sağlıklı bir ortamda yürütülmesini sağlamak amacıyla yöneliktir. Buna bağlı olarak, kamu hukukunda, bir organa veya birime verilen ve yöntemi belirlenen yetki, tersi bir kural bulunmadıkça, o birim tarafından kullanılmalıdır.⁴¹²

411 Bunun için, her şeyden önce *yasal* bir dayanak olmalı ve Anayasanın 13.maddesindeki diğer şartlar da gerçekleşmiş olmalıdır: Hak ve özgürlüklerin özüne dokunmama; Anayasada öngörülen nedenlere bağlılık; Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk; ölçülülük.

412 Bkz. D 8D, E.2004/4675, K.2005/1323, K.T.22.3.2005, www.danistay.gov.tr

Bununla birlikte, bazen, bir yasal düzenlemede yetki konusunda boşluk bulunabilir; bir idari işlemi yapacak olan makam ve işlemin kaldırılması ya da geri alınması nedenleri belirtilmiş, ancak o işlemi kaldıracak veya geri alacak makam açıkça öngörülmemiş olabilir.

Bu takdirde, eğer kanunilik ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, söz konusu işlemin kaldırılabilmesi ya da değiştirilebilmesi de mümkün olmayabilecektir ve bu sonuç da, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” (bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesi) ile çatışabilecektir.

Örneğin, bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi açısından bazı sakıncaları içeren bir işlemin (söz gelimi, o hizmet açısından gerekli bilgi ve beceriden yoksun bir kişinin atanma işleminin) bu sebeple geri alınmaması veya kaldırılamaması, süreklilik-düzenlilik ilkesini de zedeleyebilecektir.

Yetkide paralellik ilkesi ile, kanunilik ilkesinin çok sıkı şekilde uygulanmasının “kamu yararı ve hizmet gerekleri” açısından yaratabileceği sakıncalar da giderilmiş olacaktır.

2)e) Görüldüğü üzere, idari işlem kavramı ve bir bütün olarak idari işlem teorisi, İdareye yasalarla yüklenen görevlerin gereği gibi yerine getirilebilmesi için hukuk sistemimizde kabul edilmiş bulunmaktadır. İdari işlem yapma yetkisiyle donatılmamış (özel hukuk kişileri ile eşit düzeyde tutulmuş) bir İdarenin, görevlerini yürütebilmesi de mümkün olmayacaktır.

Çağdaş İdare Hukukunda, idari işlem teorisinde yer alan bütün ilke ve esaslar, kamusal görevlerin –hukuk devleti ilkesi çerçevesinde- gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla hizmet etmektedir.

Sonuç olarak denilebilecektir ki; idari işlemler, sahip oldukları özelliklerle, idarenin kendisine yasalarla yüklenen görevleri gereği gibi yerine getirebilmesi, kamu hizmetlerini sürekli ve düzenli olarak yürütebilmesi için sahip olduğu asli hukuki araçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu işlemlerin yapılması veya yapılmaması hukuki ya da cezai sorumluluğu da beraberinde getirebilir. İdarenin bu hukuki imkana hukuk kuralları

çerçevesinde gerektiği zaman ve gerektiği şekilde başvurmuş olup olmadığına bakılarak kamusal görevlerin gereği gibi yerine getirilmiş olup olmadığı belirlenebilmektedir.⁴¹³

3. Hukuka Uygunluk Karinesi

İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması oluşu, yukarıda ifade edilen diğer özelliklerinin yanı sıra, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi bakımından özel önem taşımaktadır. Hukuka uygunluk karinesi, süreklilik ve düzenlilik ilkesi bakımından taşıdığı önem dolayısıyla, ayrı bir başlık olarak ele alınmaktadır.

3)a) ÖZAY'ın da belirttiği üzere, “Hukuka uygunluk karinesi, idarenin işlemlerinin hem yasal bir dayanağı olduğu, hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımını ifade eder.”⁴¹⁴ Hukuka uygunluk; hukuk düzenindeki pozitif kurallara ve İdare Hukuku ilkelerine uygunluk anlamına gelmektedir.

İdare ve idari işlemler, kamusal görevleri gerçekleştirmek için vardır. Bundan dolayı, kamu yararına yönelik işlemler hukuka uygun addedilir. Hukuka uygunluk karinesinin bir sonucu olarak, idari işlemler, hukuka uygun olduğuna dair bir mahkeme kararına ya da başka bir makamın onayına ihtiyaç duyulmaksızın, uygulanabilirler. Aynı zamanda, idari işlemlerin bir yargı yeri tarafından iptal edilinceye veya yürütmeyi durdurma kararı verilinceye kadar, hukuka uygun olduğu varsayılır ve uygulanmasına devam edilir.

3)b) Hukuka uygunluk karinesine bağlı olarak, bir idari işleme karşı dava açılması kural olarak o işlemin uygulanmasını durdurmaz.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesinin 1. fıkrasına göre, idari davaların açılması kural olarak dava edilen işlemin yürütülmesini durdurmaz. Bu nedenle, ilgililer hukuka aykırılığını iddia ettikleri bir idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasını da

413 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.411.

414 Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.327. Ayrıca bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.420; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt 1, s.440; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.114; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.580; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.283; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.412.

talep etmelidirler. Ancak bu talebin idari yargı mercilerince kabul edilmesi ile o işlemin yürütülmesi durdurulmuş olacaktır.⁴¹⁵

3)c) GÖZLER'e göre, bir idari işleme karşı dava açılmasının o işlemin yürütülmesini durdurulmaması ilkesi gerekli bir ilkedir. Aksi halde, özel kişiler idari işlemlere karşı sistematik olarak dava açabilirler ve dava açılması da otomatik olarak yürütmeyi durdurursa, idare iş yapamaz hale gelir.⁴¹⁶

ATAY'ın da çok açık bir şekilde belirttiği üzere, “söz konusu ilkenin aynı zamanda idari işlemlerin kamu hizmetlerini gerçekleştirmeye yönelmesi dolayısıyla da kabulü zorunludur. Zira, *kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenlik ve uyarlılığı* ancak yapılacak düzenlemelerin süratle uygulamaya konulmasıyla mümkündür. Aksi bir anlayışın kabulü halinde başta *kamu hizmetlerinin sürekliliği* olmak üzere kamu hizmetinin uygulanmasına ilişkin diğer ilkeler gerçekleştirilemez.”⁴¹⁷

3)d) Görüldüğü üzere, hukuka uygunluk karinesinin öngörülmesi olmasının altında yatan temel neden, kamusal görevlerin ifasının İdare tarafından re'sen ve açılmış davaların mevcudiyeti⁴¹⁸ nedeniyle engellenmemek suretiyle yerine getirilmesini sağlamaktır. Bir başka ifadeyle görevlerin sürekli-düzenli şekilde yapılabilmesini güvence altına almaktır.

415 Yasalarla bu ilkeye istisnalar da getirilebilmektedir: Örneğin, İYUK md.27/3'e göre: “Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarında doğan *davaların açılması*, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur.” Bir başka istisna hali de, bahsettiğimiz gibi yürütmeyi durdurma kararı verilmesidir.

416 Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.284.

417 Bkz. E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.360.

418 Davada yürütmeyi durdurma kararı verilmediği sürece... Gerçekten de, 2577 sayılı İYUK md.27/2'ye göre: “Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.” Diğer bir ifadeyle, hukuka uygunluk karinesi, aksi yönde verilmiş bir mahkeme kararı ile geçerliliğini yitirebilecektir.

4. İdarenin Düzenleme Yapma Yetkisi

a) Genel Açıklamalar

a)1) Bilindiği üzere, İdarenin İdare Hukuku çerçevesinde yaptığı tek yanlı işlemleri, kendi içinde bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Düzenleyici işlemler, genel, soyut ve kişilik-dışı nitelikte olan tek yanlı idari işlemlerdir.

İdarenin düzenleyici işlem yapabilmesi Anayasadan veya yasalardan kaynaklanabilir. Anayasamızda kanun hükmünde kararname ve tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna, yönetmelik çıkarma yetkisi ise Başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzelkişilerine verilmiştir. (Any. md.91, 121, 115, 124)

Bunun dışında, yasama organı bir alanı direkt olarak yasalarla düzenlemek yerine bu alandaki temel ilkeleri yasalarla belirtip idareye belli düzenleyici işlemler yapabilme yetkisi tanıyabilmektedir. Bugün, özellikle hızla değişen ekonomi, ticaret ve teknik alanlarda, yasama organının hızlı ve çabuk hareket edemeyeceği bu gibi alanlarda daha hızlı karar alıp harekete geçen idareye düzenleyici işlem yapabilme yetkisi tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca, devlet faaliyetlerinin yayıldığı alanın genişliği düşünüldüğünde, bu alanın bütünüyle, detaylı olarak yasama organı tarafından düzenlenebilmesi imkan dahilinde olamamaktadır.⁴¹⁹

a)2) İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağı olarak, kamu hizmetlerinin “etkili ve verimli” olarak işleyebilmesi ihtiyacı da ileri sürülmektedir.⁴²⁰ Bu bağlamda, İdarenin yürütmekte olduğu kamu hizmetlerinin *etkili, düzenli ve sürekli* bir biçimde işlemlerini sağlayabilmek adına gerekli tedbirleri alabilmesi için düzenleyici işlem yapabilme yetkisinin de bulunması gerektiğinden söz edilmektedir.

419 Bu anlamda, Anayasa ve yasalarla ayrıca yetkilendirilmese bile yürütmeye düzenleme yetkisi tanınmasında pratik zorunluluk bulunduğu yönündeki görüşler için bkz. E.Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s.229; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.418. Yazara göre, idarenin düzenleme yetkisi, aynı zamanda “eşyanın tabiatı”ndan kaynaklanmaktadır. Ayrıca bkz. T.Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, 1965, s.52.

420 Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.419.

Danıştay da, bir kararında ‘kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesi’ ve ‘‘görevin aksamaması’’ amacıyla, İdarenin objektif nitelikte kurallar içeren düzenlemeler yapabileceğini kabul etmektedir.⁴²¹

Öğretide, YAYLA’ya göre de: ‘‘... İdarenin düzenleme yetkisinin *temelinde*, kendisine Anayasa ve diğer kanunlarla, hatta uluslararası belge ve andlaşmalarla verilmiş *görevler* bulunur. Çünkü bu görevlerin yerine getirilmesi için çeşitli işlemler ve eylemler yapılması *zorunludur*... Başka türlü idare kendisine verilen görevleri yerine getiremez.’’⁴²²

Danıştay da, uyarlama (değişkenlik) ilkesi uyarınca da, İdarenin çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak düzenleyici işlemler yapabileceğini ya da var olan düzenlemeleri değiştirebileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, bu İdare için hem bir yetki, hem de aynı zamanda bir görevdir.⁴²³ Değişkenlik ve süreklilik-düzenlilik ilkesi arasındaki ilişki göz önüne alındığında da, kamu hizmetlerinin değişen ve gelişen koşullar ile toplumsal ihtiyaçlar çerçevesinde, belli bir nitelikte sürekliliğinin ve düzenliliğinin sağlanması gerekmektedir. Aksi halde, toplumsal ihtiyaçlar ‘‘gereği gibi’’, belli bir düzen ve nitelikte sürekli olarak karşılanamayabilecektir.

4)c) Öğretide, kanuni idare ilkesinin kabul edildiği hukuk sistemimizde, (AY md.123) idarenin düzenleme yetkisinin *ikincil (tali) bir yetki* olduğu; bir yasa ile kendisine yetki

421 Bkz. D 5D, E.2000/6870, K.2004/482, K.T.17.2.2004, www.danistay.gov.tr

422 Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.143. Yazara göre, bireysel işlemlerin de, mevcut hukuk düzeninde kararlı (istikrarlı), eşit ve güvenilir biçimde (bir başka deyişle, sürekli ve düzenli olarak) yapılması, ilgili yere, kamu görevlisine ya da kuruma göre farklı uygulamalardan kaçınılması suretiyle olur. ‘‘Bunun için, söz konusu işlemler, genel, soyut ve nesnel kurallara bağlanır.’’ Böylelikle, bu kurallara göre hareket eden kamu görevlileri ve kurumlar da, idari istikrar ilkesi gereğince de, farklı uygulamalara düşmeyip çelişki yaratmazlar.

423 Bkz. D 8D, YD, E.2010/6862, K.T.20.12.2010, www.danistay.gov.tr Bununla birlikte, Danıştay, aynı kararda bu yetkinin de, ‘‘kamu yararı ve hizmet gerekleri’’ ile sınırlı olduğunu, özellikle de bilimsel yönü ağır basan (örneğin tıpta yan dalların birleştirilmesi gibi) idari düzenlemelerin hizmet gerekleri (bu kapsamda, hizmetlerin sürekliliği ve düzenliliği) açısından sağlam bilimsel dayanakları olması gerektiğini de belirtmektedir. Benzer ifadeleri içeren kararlar için bkz. D 8D, YD, E.2010/7143, K.T.27.12.2010; D 8D, YD, E.2010/7144, K.T.27.12.2010, www.danistay.gov.tr

verilmiş olmasının gerekliliği ifade edilmektedir.⁴²⁴ Anayasamızda, bunun istisnaları da bulunmaktadır.⁴²⁵

Anayasa Mahkemesine göre de, ‘‘Anayasa’da düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.’’⁴²⁶

Danıştay ise, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisini idarenin görev ve sorumluluğu esasına dayandırır.⁴²⁷ Danıştay’a göre, kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindedir. İdarenin bir alanı düzenleyebilmesi için mutlak surette bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığının zorunlu olmadığını belirten Danıştay’a göre, ‘‘yasal metin olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi vardır; bu bir zorunluluktur.’’⁴²⁸

424 Bkz. C.Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s.68; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.145; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.363.

425 Örnek olarak bkz. AY md.121, 122, 73, 167. Düzenleme yetkisinin Fransa ile karşılaştırılması bakımından bkz. C.Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s.67. Fransız hukukunda içtihatla, hizmetin sürekli, düzenli ve iyi işlemesi için, yasal yetkilendirme bulmasa bile idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Fransız Devlet Şurasının olağanüstü durumlarda idarenin yaptığı yetkisiz işlemleri, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine dayanarak hukuka aykırı görmediği kararları bulunmaktadır. Örneğin, idarenin kararnameyle bir yasayı yürürlükten kaldırmasının hukuka aykırı olduğunu kabul eden Devlet Şurası ‘‘idarenin sürekliliği ilkesinin savaş ve hükümetin yetkilerini istisnai olarak genişleten ihtiyaçlar doğurduğunu’’ belirterek işlemi iptal etmemiştir. Bkz. O.Karahanoglu, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.193.

426 Bkz. AYM E.1993/5, K.1993/25, K.T.6.7.1993, RG 25.2.1995, S:22213, s.13 vd.

427 Öğretide, YAYLA’ya göre, farklı görünen bu içtihatlar aslında aynı sonuca varmaktadır: ‘‘Kanunkoyucunun kanunla bile düzenlenemeyecek alanları yürütme ve idareye bırakması, elbette mümkün değildir. Ama, idarenin görevleri gereği, özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanı düzenleyen bir kanun bulunmasa bile düzenleme yetkisine sahip bulunması bir zorunluluktur. Esasen, çok geniş bir yasal düzenleme ağının hüküm sürdüğü Türkiye gibi ülkelerde, dolaylı da olsa ilgili bir kanun bulunması çoğu zaman zor değildir.’’ Ancak, Anayasanın 13.maddesi karşısında, elbette düzenleyici işlemlerle hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama getirilemez. Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.145.

428 D DDK, E.1968/709, K.1972/364, K.T.28.4.1972, **Amme İdaresi Dergisi**, C:5, S:4, s.201. Benzer yönde karar olarak bkz. D DDGK, E.1972/358, K.1974/437, K.T.5.7.1994, L.Duran, **İdare Hukuku Dersleri**, s.392. Benzer bir karar D DDGK E.1976, K.1977/160, K.T.25.3.1977, **DD**, S:18-19, s.246.

Düzenleme yetkisi, bazen İdareye yüklenen bir görev haline gelebilir; bu görev yasa ile öngörülebilir ya da ortaya çıkan birtakım olgular bunu gerektirebilir. Yasalarla, İdareye düzenleyici işlem yapması konusunda bir görev verilebilir. Söz konusu düzenleyici işlemin yapılmaması durumunda, yasa gereği gibi uygulanamayabilir ve dolayısıyla da o yasa da yer alan kamusal görevler de gereği gibi (sürekli ve düzenli olarak) yerine getirilemeyebilir.

Danıştay'ın, İdarenin düzenleme yapma yetkisini kullanmamasını “hizmet kusuru” olarak değerlendirdiği kararları mevcuttur.⁴²⁹

Bazen de, özellikle de hiyerarşi ilişkisi, kamusal görevlerin yerine getirilmesi için düzenleyici bir işlemin varlığını “filen” gerekli kılabilmektedir. Esasen ortada herkesi bağlayan, İdareye görevler yükleyen yasalar mevcuttur; ancak kamu görevlileri, özellikle de hiyerarşi ilişkisi çerçevesinde, yasa da öngörülen kamusal görevleri doğrudan yerine getirmek yerine, söz konusu yasa ile bağlantılı bir düzenleyici işlem çıkarılmasını bekleyebilmektedir. Bu durumda, düzenleyici işlemin mevcudiyeti (İdarenin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmakla birlikte) “filen” yasalarda öngörülen hizmetlerin başlaması ve sürekli- düzenli olarak yürütülebilmesi için bir ön şart haline gelebilmektedir.

Danıştay, bu uygulamayı, isabetli bir şekilde, hukuka aykırı bulmaktadır. Konuyla ilgili bir kararında Yüksek Mahkeme, toplu taşıma hizmeti ve trafiğin düzenlenmesinde karar mercii olan Ulaşım ve Koordinasyon Merkezi kararlarını iptal eden İdare Mahkemesi kararını, ulaşım hizmetlerinin süreklilik özelliğini de göz önüne alarak, yasal bir düzenleme varken düzenleyici işlem yokluğundan ötürü idari görevlerin yerine getirilememesi açısından hukuka aykırı bulmuştur.⁴³⁰ Danıştay'a göre: “Toplu ulaşım hizmetinin, kamu yararına, bir gereksinimi karşılayan kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet olduğu açık olup bu nedenle sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi esastır. Bu süreklilik kamu hizmetinin mutlak bir şekilde her an yürütülmesi anlamına gelmemektedir.

429 Bkz. D 10D, E. 1988/1042, K. 1989/857, K.T. 20.04.1989, www.danistay.gov.tr. Kararda, her ne kadar “kolluk faaliyeti” söz konusu olsa da, Danıştay'ın “Yürütmekle görevli olduğu milli istihbarat hizmetini kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde *gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen*, hizmetin niteliği gereği olan gizliliği sağlayamayan davalı idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulunmaktadır” diyerek İdareye olumlu işlem yapma zorunluluğu yüklemesi, konumuz bakımından önem taşımaktadır. Danıştay, bu kararında “MİT bünyesinde yürütülen kamu hizmetleri”nden söz etmektedir. Çalışmamızın başında yapılan, “kolluk faaliyeti-kamu hizmeti” hakkında belirtilen görüş ve değerlendirmeler çerçevesinde, bu karar, yargı kararlarında bu tür bir ayırımın yer almadığının da bir göstergesi aynı zamanda.

430 Bkz. D 8D, E.2007/8336, K.2009/2995, K.T.6.5.2009, www.danistay.gov.tr

Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendini hissettirdiği anda kesintisiz olması esastır.”

Her ne kadar Ulaşım ve Koordinasyon Merkezinin toplu taşıma hizmeti ile trafiğin düzenlenmesi konusundaki görevleri, kamu düzenin korunması çerçevesinde kolluk faaliyetine ilişkin olsa da, kararda yer alan, “ulaşım hizmetinin süreklilik arzeden bir gereksinimi karşılayan niteliği dikkate alındığında 5216 sayılı Yasada görevleri belirlenmiş olan bu karar merciinin, *salt çalışma esas ve usullerini belirleyen idari bir düzenleme bulunmaması nedeniyle görev yapamayacak olması kamu hizmetlerinin sürekliliği (kesintisizliği) ve idari fonksiyonunun sürekli bir devlet fonksiyonu olması ilkeleriyle bağdaşmamaktadır... yasal nitelikte bir düzenleme varken (5216 sayılı Yasa) idari nitelikte düzenleme yokluğundan idari fonksiyonunun yerine getirilmemesi...* (söz konusu) temel idare hukuku prensipleri karşısında hukuken kabul edilebilirlikten uzaktır.” ifadeleri, kamu hizmetleri açısından da geçerli olacaktır. Başka bir ifade ile, kamu hizmetleri ile ilgili yasal bir düzenleme varken, salt düzenleyici bir işlem yapılmamış olması, hizmetin süreklilik ve düzenli olarak yürütülmesi görevini ortadan kaldırmamaktadır.

a)3) Görüldüğü üzere, yasalar çerçevesinde görev yapacak olan İdare, bu görevlerin yerine getirilmesi için gereken teknik detayları o görevi öngören ve düzenleyen yasaya aykırı olmamak şartıyla kendisi belirleyebilmektedir. Kamusal görevlerin sürekli-düzenli şekilde yürütülmesi için İdarenin düzenleme yetkisinin gerekli olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu yetki, bütün idari görevleri ve dolayısıyla kamu hizmetlerini sürekli-düzenli şekilde yerine getirilmesini sağlar bir fonksiyona sahip olacaktır.

b) İdari İşlemlerin Değiştirilmesi

Öğreti, düzenleyici işlemlerin iptali veya değiştirilmesinde, İdareye değişen koşullara, ihtiyaçlara göre değişiklik yapabilmesi bakımından geniş bir hareket serbestisi (takdir yetkisi) tanımaktadır.⁴³¹ Bu noktada, “değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi” çerçevesinde,

431 “Çünkü İdare düzenlemelerinin yerindeliliğini ve kanun çerçevesinde, içeriğini belirlemek hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve hiç kimsenin mevcut idari kuralların kalmasını ve sürdürülmesini istemeye hakkı yoktur.” Bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Dersleri**, s.422 vd; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt 1, s. 134 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.134 vd; İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.464 vd; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.105; Y.Yayla, “Yeni İdari Düzenlemeler Karşısında Evvelce Alınmış Ruhsatların

kamu hizmetlerinin ortaya çıkan yeni koşullara bağlı olarak “belli bir nitelik ve yoğunlukta” sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi gerektiği belirtilmektedir. Kamu hizmetleri, kamusal ihtiyaçları sürekli ve düzenli bir şekilde tatmin etmeyi amaçlar. Buna bağlı olarak da kamu hizmetlerinde görülen değişim ve gelişime uyum gösterilmesi gerekir.

Bununla birlikte, düzenleyici işlemlerin iptalinde ve değiştirilmesinde de idare sınırsız takdir yetkisine sahip değildir. İdari yargı mercileri, düzenleyici işlemlerin “yasalara, kamu hizmetlerinin gereklerine” (kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi gereğine de) uygunluğunu denetlemektedir. Ayrıca, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi kadar, onun kadar ön plana çıkmasa da, düzenleyici işlemlerin yürürlükten kaldırılması konusunda hukuki güven ve istikrar ilkesi (ile onun uzantısı niteliğindeki kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması ilkesi) de son yıllardaki gelişmeler çerçevesinde hukuk sistemlerinin gündemine taşınmıştır.⁴³²

Öğretide, OĞURLU’ya göre: “Hukuk düzeni, sosyal düzene paralel olarak değişken olmak zorundadır. Bu nedenle mevzuatta değişiklikler kaçınılmazdır. Diğer yandan, bireylerin hukuk düzeni tarafından yeterince korunduklarını hissetmeleri de sosyal düzenin *sağlıklı bir şekilde* işlemlerini gerektirir.”⁴³³ Buna bağlı olarak da: “Mevzuatın zaman zaman sosyal değişmelerin zorlamasıyla güncelleştirilmesi gerekli olsa da, hukuk kurallarının *sık ve keyfi* bir şekilde değiştirilmemesi ve bunun doğal sonucu olarak kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, her şeyden önce *hukuki istikrarın* bir sonucu, hukuk güvenliğinin vazgeçilmez bir şartıdır....Her tür yeni düzenleme ve uygulama *hukuki istikrarı* bozmayacak, kazanılmış haklara zarar vermeyecek şekilde tasarlanmalıdır.”⁴³⁴

Durumu”, **Yiğit Okur’a Armağan**, İstanbul, 1998, s.399. Bu doğrultuda, bazı Danıştay kararları da mevcuttur bkz. D DDK, E.1964/2070, K.1967/19, K.T.20.1.1967, www.danistay.gov.tr; D 10D, E.1987/87, K.1990/372, K.T.26.10.1990; D 12D, E.1965/3828, K.1967/1556, K.T.13.10.1967, www.danistay.gov.tr; D DDK, E.1980/620, K.1981/1, K.T.9.1.1981, **DD**, S:44-45, s.142. D 12D, E.1966/220, K.1966/371, K.T.24.2.1966; **DD**, S:100-102, s.404. Yakın tarihli Danıştay kararları için bkz. D 8D, E.2009/9418 (YD), K.T.11.6.2010, www.danistay.gov.tr ; D 8D, E.2004/4962, K.2005/4781, K.T.23.11.2005, www.danistay.gov.tr

432 Detaylı bilgi için bkz. E.Bülbül, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, İstanbul, 2010, s.28 vd; Y.Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara, 2003.

433 Bkz. Y.Oğurlu, **a.g.e.**, s.29.

434 Bkz. Y.Oğurlu, **a.g.e.**, s.28.

Bu kapsamda, birtakım zorunlu durumlar hariç, yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesi sırasında geçiş hükümlerine yer vermesi şeklindeki uygulamalara da rastlanabilmektedir.⁴³⁵ Ya da, yürürlükten kaldırılan düzenleyici işlemin yürürlüğe giriş tarihi ileri bir tarih olarak belirtilebilmektedir.

5. İdari İşlemlerin Geri Alınmasına İlişkin İlkeler ve Kamu Hizmetleri Açısından Taşıdığı Önem

a) İdari İşlemlerin Geri Alınmasına İlişkin İlkeler

a)1) İdari işlemler, yapıldıkları andan ileri için sonuç doğururlar, geçmişe yönelik idari işlem yapılamaz.⁴³⁶ Geriye yürümezlik ilkesi, hukuk devletinin gereklerinden olan “hukuki istikrar ve güven ilkesi”ne dayanır.⁴³⁷ “Hukuki istikrar ve güven ilkeleri”nin uzantısı niteliğindeki “kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması ilkeleri” de, özellikle idari işlemlerin geri alınmaları ve yürürlükten kaldırılmaları konusunda önem taşımaktadır.⁴³⁸

435 Danıştay, bir kararında “yeni bir yönetmelik kabul edilirken, muntazar hak sahiplerini öngören bir geçiş hükmü konulmamasını” hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. D 11D, E.1976/84, K.1977/1327, K.T.13.4.1977, aktaran Y.Yayla, “Yeni İdari Düzenlemeler Karşısında Evvelce Alınmış Ruhsatların Durumu”, **Yiğit Okur’a Armağan**, İstanbul, 1998, s.401. Sağlık hizmeti ile ilgili verilmiş olan bir kararında da, bu şekilde geçiş sürecinin uzatılmasına ilişkin olarak yapılan yeni düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu iddiasını kabul etmemiş; böylelikle de bu tür düzenleme değişikliklerine konulacak olan geçiş hükümlerinin aynı zamanda amaçlanan korumayı gerektiği ölçüde sağlayacak nitelikte olması gerektiği sonucuna ulaşılabilmiştir. Bkz. D 10D, E.2003/6234, K.2006/2492, K.T.17.4.2006, www.danistay.gov.tr

436 İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 1, s.562 vd; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, c.1, s.501 vd; T.Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara, 1970; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.408 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, 2004, s.154 vd; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.135 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.416 vd; E.Bülbül, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, İstanbul, 2010; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.606 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.431 vd; Y.Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara, 2003, s.43 vd.

437 Anayasa Mahkemesi de, hukuk güvenliği ilkesini şöyle tanımlar: “Hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden birisini de *hukuk güvenliği* oluşturmakta ve bu ilke ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, kazanılmış hakların korunmasını da kapsamakla birlikte bununla sınırlı olmamakta, hukuk normlarının *öngörülebilir* olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.” Bkz. AYM, E.2008/50, K.2010/84, K.T.26.4.2010, RG 22.10.2010-27737. Ayrıca bkz. AYM E.2006/64, K.2006/54, K.T.4.5.2006, RG 5.10.2006-26310; AYM E.1989/11, K.1989/48, K.T.12.12.1989, RG 22.1.1990-20410; AYM, E.2003/67, K.2003/88, K.T.18.10.2003, RG 28.2.2004-25387.

438 Bununla birlikte, ilgililerin lehine, onlara hak tanıyan işlemlerin geriye yürütülmesi kabul edilebilmektedir. Bu durumda da geriye yönelik etki doğuran işlemin bir başkasının menfaatini ihlal etmemesi koşulu aranır. GÖZLER’e göre, “kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi” de geçmişe etkili şekilde bazı düzenleyici işlemlerin yapılmasını meşrulaştırmaktadır. Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.387.

İdari işlemlerin geri alınması, geriye yürümezlik kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, geri alma, işlemin tüm sonuçlarını geçmişe yönelik olarak (ex tunc) ortadan kaldıran bir işlemdir.

İdari işlemin idare tarafından ileriye yönelik olarak sona erdirilmesine ise kaldırma denilir.⁴³⁹

a)2) Öğretide, idari işlemlerin geri alınması ve iptali, işlemlerin hukuka uygunluğu; birel ve düzenleyici işlem olmaları bakımından incelenmektedir.⁴⁴⁰ Ayrıca, belirtildiği üzere, “kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması ilkesi” de göz önüne alınmaktadır.

Bu görüşler, Danıştay ve Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararlarında da yer almış, öğretiyeye pozitif dayanak sağlanmıştır.⁴⁴¹

a)3) İdarenin hukuka uygun birel işlemlerinin geri alınamayacağı kabul edilmektedir. Aksi halde, geri alma işlemiyle hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi zedelenmiş olacaktır.⁴⁴²

439 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.507.

440 Bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.421 vd; T.Tan, **İdari İşlemlerin Geri Alınması**, s.31 vd; T.Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, 1965, s.171; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.606 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.475 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.413 vd.

441 Yanlış intibak işlemi nedeniyle ödenen fazla paraların alınmasının tartışıldığı İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay, “...Yanlış bir idare tasarrufunun geri alınmasındaki kamu yararı ile bu yanlış tasarrufun kişiler yararına yarattığı hukuki durumların korunması (istikrar prensibi) çatışma halindedir. Ancak bu çatışma görünüştedir, zira yanlış bir idare tasarrufunun geri alınması kamu yararı bakımından zorunlu gibi görünmekte ise de, istikrarın korunmasında da kamu yararı vardır. Yerleşmiş (müesses) durumlar hataen de doğmuş olsalar ve hak teşkil etmeseler bile, her zaman geriye yürür şekilde ortadan kaldırılabilimleri, istikrarı ve toplumun güven hissini sarsar, kamu düzenini zedeler...” Bkz. Yargıtay İBK, E.1973/4, K. 1973/6, K.T.24.12.1973, **“Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları”**, Derleyen ve Özetleyen E.Şener, Ankara, 1997, s.601 vd. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. D İBK, E.1968/8, K.1973/14, K.T.22.12.1973, **“Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları 3”**, 1973-1984, Danıştay Başkanlığı Yay., 1985, s.30 vd.

442 Bununla birlikte, hukuka uygun birel işlemlerin geri alınamaması, yürürlüğüne hiçbir zaman son verilemeyeceği, yani iptal edilemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Söz konusu işlemler, yasalar çerçevesinde başka bir işlemle sona erdirilebilecektir.

Hukuka aykırı birel işlemlerin ise, dava açma süresi içinde ya da o söz konusu işlem hakkında bir dava açılmışsa o dava sonuçlanıncaya kadarki zaman dilimi içinde geri alınabileceği kabul edilmektedir. Hukuka aykırı bir idari işleme karşı dava açılabilmesi belli bir süre koşuluna bağlıdır; bu süre geçirildikten sonra, işlem hukuka uygun işlemler gibi süreklilik kazanacaktır. Hukuk düzeninde ve ilişkilerde süreklilik sağlamaya yönelik bu durum idari işlemin geri alınmasında da söz konusu olmaktadır.⁴⁴³

Bununla birlikte, ilgilinin hilesi veya kasten yanlış veriş olduğu bilginin, çok açık (bariz) hukuka aykırılığın olması durumunda, hukuka aykırı işlemin her zaman geri alınabileceği de kabul edilmektedir.

a)4) Düzenleyici işlemlerden hukuka aykırılığı saptananların her zaman değiştirilebileceği ya da kaldırılabilirliği belirtilmektedir. Düzenleyici işlemlerin ise, esas itibariyle geri alınmayacağı kabul edilmekle birlikte, herhangi bir kişi için geçmişte uygulanabilir nitelik taşııyorsa, geri alınmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir.⁴⁴⁴

b) İlkelerin Öngörülme Nedenleri

b)1) “Hukuki istikrar ve güven ilkesi” çerçevesinde, bir hukuk devletinde hukuk kuralları ve bu kurallara dayanan idari işlemler ilgililer tarafından “öngörülebilir, bilinebilir, sürekli ve düzenli” olmalıdır. Ancak bu şekilde idare edilenler, davranışlarını söz konusu kurallara göre ayarlayabilirler ve de o işlemlere dayalı olarak yürütülen kamusal görevler açısından da “idari istikrar” (aynı zamanda kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi) sağlanabilir.⁴⁴⁵

Öğretide OĞURLU’nun da ifade ettiği gibi: “Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde *bütün*

443 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.514. Danıştay da kararlarında, özellikle hukuka aykırılık oluşturmakla beraber ilgilisi lehine hukuki durum yaratmış olan işlemleri idari istikrar ilkesine uygun bularak idarenin ancak belli süreler içinde geri alabileceğini kabul etmektedir.

444 Bkz. T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.607.

445 Konuyla ilgili Danıştay kararları için bkz. D 8D, E.2005/2542, K.2006/3075, K.T.18.9.2006, **DD**, S:114, s.250; D 11D, E.1995/1838, K.1995/1861, K.T.12.6.1995, **DD**, S:90, s.1177. Danıştay’ın bazı kararlarında “hukuki istikrar ve güven ilkesi”ne bağlı olarak, “idari işlemlerde süreklilik ve kararlılık ilkeleri”ne dayandığı da görülmektedir. Bkz. D 4D, E.1998/2421, K.1999/1847, K.T.6.5.1999, **DD**, S:102, s.243.

Devlet davranışlarının az çok, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven de değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir.”⁴⁴⁶

“Hukuki istikrar ve güven ilkesi”nin, biçimsel açıdan kuralların ve daha genel olarak hukukun anlaşılabilirliğini gerektirdiğini; maddi açıdan ise, hukuki durumlar (aynı zamanda o hukuki durumların öngördüğü kamusal görevler) bakımından belli bir “istikrar”ı hedeflendiği söylenebilir. “Kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması ilkesi” ise, bir hukuk kuralı ile yaratılan hukuki durumların değişmeyeceği, devam edeceği yönünde idare edilenlerde oluşan inancın güvence altına alınmasını hedeflemektedir.⁴⁴⁷ Bu açıdan, söz konusu ilkelerin “hukuki güven” boyutuyla kişilerin haklarını; ‘*hukuki istikrar*’ boyutuyla da hizmetlerin sürekliliğini koruyucu fonksiyonundan söz edilebilecektir.⁴⁴⁸

Hukuki istikrar ve güven ilkesi, aynı zamanda, ATAY’ın da belirttiği gibi, “kuralı koyan makamın koymuş olduğu kuralı, kuralın muhatapları, yani idare edilenler gibi saygı duyup uygun davranması zorunluluğunu ifade eder. Bu ilke, aynı zamanda konulan kuralın *kamu yararı ve kamu hizmetlerinin etkin, verimli ve hizmetin gerekleri ile uyum içinde işleyişini sağlamak* içindir. Dolayısıyla hukuk devletinde düzenleyici işlem yapma yetkisi ile donatılmış devlet otoritesinin ilk olarak tesis edeceği işlem açısından böyle bir yetki ile donatılması, ikinci olarak kendisine tanınmış bu yetkiyi *sınırları içerisinde* ve nihayet yetkiyi *hukuka uygun ve kamu yararını gerçekleştirmek için* (aynı zamanda kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için G.A.) kullanması gerekir... Hukuka uygun işlemin geri alınması mümkün olmayıp, değiştirilmesi gereken hallerde de yapılacak değişikliğin *kamu yararı ilkesinin* (kamu hizmeti ilkelerinin, bu bağlamda süreklilik ve düzenlilik ilkesinin de G.A.) bir gereği olması şarttır.”⁴⁴⁹

446 Bkz. Y.Oğurlu, **a.g.e.**, s.40.

447 Bkz. E.Bülbül, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, s.42.

448 Hukuki istikrar ile hukuk güvenliği/hukuki güven arasında da şöyle bir bağ da kurulabilecektir: “İstikrar, hukuk güvenliğinin gereklerindedir ve iki anlama gelir: İlk olarak, hukuk kurallarının sık ve keyfi değiştirilmemesi, böylelikle de kişilerin hukuki düzenlemelerin makul bir süre varlığını sürdüreceklerine güvenebilmeleri ve geleceklerini planlayabilmeleri gerekir. İkinci anlamı ise, kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunmasıdır.” Bkz. Y.Oğurlu, **a.g.e.**, s.189.

449 Bkz. E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.91.

b)2) Görüldüğü üzere, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin temelinde, hukuki istikrar ve güven ilkesi yer almaktadır. Hukuka güven, kişileri koruyan ve bu nedenle de, hukuk devleti ilkesiyle bağı bulunan bir kavramdır.

Hukuki istikrar ise, kuralların istikrarlı (öngörülebilir) olması bağlamında kişileri; görevlerin istikrarlı olarak yerine getirilmesi bağlamında ise süreklilik-düzenlilik ilkesini ilgilendirmektedir.

Sonuç olarak denilebilecektir ki; idari görevlerdeki istikrarı koruyan idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, bu çerçevede kamu hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesinin yaşama geçirilmesinde de rol oynamaktadır.

E. İdari Sözleşmeler Hukuku

1. Genel Açıklamalar

Öğretide, kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşlarının idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeler, “idari sözleşmeler” olarak ifade edilmektedir.⁴⁵⁰ Bu sözleşmelerin hukuki rejimi, pozitif hukukta yer alan düzenlemeler yanında mahkeme kararları ve öğretilerde benimsenen ilke ve kurallardan oluşur. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi koşulları: Sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması; idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması olarak belirtilebilecektir.⁴⁵¹

Danıştay’a göre, “konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan sözleşmeler” idari sözleşmelerdir.⁴⁵²

450 Örneğin bkz. 657 sayılı Kanun md.4/B; 399 sayılı KHK md.3.

451 İdari sözleşmelerle ilgili detaylı bilgi için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.553 vd; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.163 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 448 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, s. 166 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.620 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.373 vd; E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.441 vd.

452 Bkz. D 12D, E.1974/1958, K.1976/2141, K.T.2.11.1976, **DD**, S.26-27, s.509 vd. Benzer tanımlar için bkz. D 13D, E.2005/5304, K.2006/4486, K.T.27.11.2006, www.danistay.gov.tr ; D 10D, E.1999/2407, K.2002/1347, K.T.6.2.2002, www.danistay.gov.tr ; D 1D, E.1996/17, K.1996/185, K.T.24.9.1996, www.danistay.gov.tr

Danıştay, bir başka kararında ise, idari sözleşmeleri şöyle ifade eder: “Bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idari sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.”⁴⁵³

Danıştay’ın da belirttiği üzere, idari sözleşmeler, irade ve menfaat eşitliği temeline dayanan özel hukuk sözleşmelerinden, çeşitli bakımlardan ayrılmaktadır. Öncelikle, sözleşmenin konusu olan ilişki, irade serbestisinin geçerli olduğu özel hukuk sözleşmelerinin aksine, idare hukukunun düzenlemiş olduğu (kamu malı, bir idari faaliyet/görev, kamusal görevleri/faaliyetleri yerine getirecek olan kamu görevlileri gibi) bir ilişkidir. Ayrıca, idari sözleşmelerde idare, faaliyetlerinde etkili olan “kamu yararı ve hizmet gerekleri” (aynı zamanda hizmetlerin sürekliliği ve düzenliliği) ” çerçevesinde sözleşme yapabilecektir.

İdari sözleşmelerde idare, birtakım üstün yetki ve ayrıcalıklara sahiptir.⁴⁵⁴ İdarenin bu ayrıcalıklar demeti ile donatılmış olmasının nedeni de, kamu yararının sağlanması ve idarenin kamusal görevlerini gereği gibi (aynı zamanda sürekli ve düzenli olarak) yerine getirebilmesidir.

Bir başka ayırım ise, idari sözleşmelerin, üstün yargısal yetkilere sahip, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” kavramlarını (süreklilik ve düzenlilik ilkesini de), somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, doğru bir biçimde yorumlayabilecek ve yaşama geçirebilecek olan İdari Yargı’da⁴⁵⁵ yargısal denetime tabi olmasıdır.

Bu anlamda, idari sözleşmeler, görülecek olan hizmetlerin “kamu hizmeti ilkeleri”ne uygun bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaktadır.

453 Bkz. D 13D, E.2008/5151, K.2008/6509, K.T.26.9.2008, www.danistay.gov.tr

454 İdari sözleşmelerde idarenin sahip olduğu üstün yetki ve ayrıcalıklar ve bunların süreklilik –düzenlilik ilkesi ile olan bağı, biraz ileride, bu sözleşme türleri bağlamında ele alınacaktır.

455 İmtiyaz sözleşmeleri bakımından 1999 yılında Anayasa’da yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin imtiyaz sözleşmeleri ile süreklilik-düzenlilik ilkesine olan etkileri “imtiyaz sözleşmeleri” başlığında tartışılacaktır.

2. Kamu Görevlileri ile Yapılan Sözleşmeler

a) Genel Olarak

a)1) İdare ile idare içinde kamu görevi yürütecek (AY md.28 anlamında kamu görevlileri kapsamına giren) kişiler arasında yapılacak ve onları sözleşmeli personel statüsüne dahil edecek olan sözleşmeler (idari hizmet sözleşmeleri) ile “kamu hizmetinin ilkeleri”nin (süreklilik-düzenlilik ilkesinin de) ve kamu personel rejimindeki “liyakat ilkesi”nin korunması amacıyla idari sözleşme şeklinde yapılmaktadır.⁴⁵⁶

Bir gerçek kişinin bir kamusal görevin (AY md.128 anlamında, İdare Hukuku esaslarına göre yürütülen “asli ve sürekli bir görev”in) yerine getirilmesi için idare ile yapacağı sözleşmeler idari hizmet sözleşmeleri olarak nitelendirilmektedir.

Kamu hizmetlerinin gördürülmesi için yapılan sözleşmelerde (idari hizmet sözleşmelerinde) de temel amaç, sözleşme konusu faaliyetin kamu hizmetinin ilkelerine (süreklilik ve düzenlilik ilkesine de) uygun bir şekilde yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Buna bağlı olarak, sözleşmeli personel idarenin karşısında herhangi bir özel hizmet sözleşmesinin tarafından daha güvenceli bir konumdadır; bu tür sözleşmelerin tarafı olanlar, Anayasanın 128.maddesinde yer alan “diğer kamu görevlisi” statüsündedirler. Çünkü gördüğü hizmet kamu hizmetidir ve kamu yararına çalışmaktadır. Kamu hizmetleri, süreklidir. Belli niteliklere uygun olarak yürütülür. İdare, sözleşme süresi bittiğinde dahi eğer karşı taraf hizmetin gereklerine uygun olarak düzenli, yararlı çalışmalar yapmışsa bu sözleşmeyi yenilemek zorundadır. Bu, liyakat ilkesinin de gereğidir.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile hizmet gerekleri, sözleşmeli personelin sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin denetiminde İdari Yargının kullandığı dikkate aldığı hususlar arasında yer almaktadır. Sözleşmeli personelin görevlerine son verilme işlemlerine karşı

456 “Kamu Personel Rejimi” bölümünde de değinildiği üzere, liyakat ilkesi de kamu hizmetlerinin, söz konusu hizmet konusunda gerekli bilgi, tecrübe, donanıma sahip olan personel tarafından, “sürekli ve düzenli” olarak yerine getirilmesini sağlamaktadır.

açılan davalarda İdari Yargı mercileri, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine dayanarak, sözleşmenin uzatılmamasını hukuka aykırı bulmaktadır.⁴⁵⁷

a)2) Görüldüğü üzere, kamu görevini yerine getirecek personel ile yapılan sözleşmenin idari nitelik taşıması, görevin gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla hizmet etmektedir. İdare, liyakat ilkesine aykırı şekilde göreve son verme işlemi yapamayacaktır.

b) Kamu Görevlerinin Özel Hukuk Sözleşmeleri İle Yerine Getirilmesi Usulü

b)1) Yukarıda da açıklandığı üzere, bir kamusal görevin yürütülmesi amacıyla, İdare ile gerçek kişi arasında yapılan sözleşmeler, “idari hizmet sözleşmeleri” olarak nitelendirilir. Buna bağlı olarak da İdare Hukuku kurallarına (bu kapsamda, kamu hizmeti ilkeleri ile kamu personel hukukundaki liyakat ilkesine) ve (söz konusu ilkeleri doğru ve yerinde bir şekilde yorumlayacak olan) İdari Yargı denetimine tabidir.

Bununla birlikte, son yıllarda özel hukuka tabi sözleşmeli personel statüsünü öngören düzenlemeler de kabul edilmeye başlanmıştır. Artık hukuk sistemimizde; başta kamu iktisadi teşebbüsleri olmak üzere bazı idarelerde, temel faaliyet konusunda görev yapan ve Anayasanın 128.maddesi uyarınca kamu görevlisi olarak çalıştırılması “gereken” personelin

457 Danıştay’ın birer yıllık sözleşmelerle işe alınan Devlet Tiyatrosu sanatçılarında ilişkin içtihadı birleştirme kararı için bkz. İBK, E.1964/674, K.1964/344, **Danıştay İctihadi Birleştirme Kararları 1953-1966**, s.212 vd. Benzer karar; E. 1974/473, K. 1974/1356, K.T. 29.6.1974, RG; 4.12.1974, sayı: 15082. İdare mahkemeleri de belirli süreler için atanan araştırma görevlileri ile ilgili olarak 2547 sayılı Yasanın (md.33) atama sürelerinin sonunda görevlerinin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin kuralını yorumlarken, görevi sona eren kamu görevlisinin hiçbir sebep gösterilmeden atamasının yapılmayabileceği şeklinde anlaşılmasının ‘kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesine’ aykırı düşeceğini belirtmektedir. Bkz. Ankara 4.İdare Mahkemesi, E.1984/944, K.1986/385, K.T. 16.4.1986, aktaran: Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.692. Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğünde sözleşmeli statüde çalışan devacı rejisöre verilen disiplin cezasının hukuki dayanağına ilişkin bir uyuşmazlıkta da Danıştay, öncelikle ilgili mevzuatı araştırmış, ilgili Bakanlar Kurulu Kararnamesinde disiplin suç ve cezalarına ilişkin bir kurala yer verilmediğini ve ilgili Yönetmeliğin de Resmi Gazetede yayımlanmadığı için geçerli olmadığını saptamıştır. Yasa ve yasa altı hiçbir dayanak bulunmayan Danıştay, davacıya *hizmet sözleşmesindeki kurallara* dayanılarak disiplin cezası verilebileceğine karar vermiş, bunu yaparken de *kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkelerini* gerekçe göstermiştir. Karar, sözleşmenin uzatılmaması konusuna ilişkin olmakla birlikte, sözleşmeli personel tarafından yürütülen hizmetin sürekli-düzenli olduğunu belirtmesi bakımından önem taşımaktadır. Bkz. D8D, E.1996/920, K.1998/1846, K.T. 22.5.1998, **DD**, S:98, 1999, s.460-461.

hizmet sözleşmesiyle “özel hukuka tabi olarak” çalıştırılması yoluna gidilmekte; bunlardan doğacak ihtilaflarında “iş mahkemelerinde” çözümlenmesi düzenlenmektedir.⁴⁵⁸

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, yasal düzenlemelerde yer alan, İdare içinde sözleşme ile kamusal görevler yaptırılması usulünün özel hukuka değil “İdare Hukuku”na bağlı olması gerektiğini belirten kararlar vermiştir. Bu kararlara göre; bu tür sözleşmeler “idari sözleşme” niteliğinde olup bunlardan doğacak uyuşmazlıklar da “idari yargı”da çözümlenmelidir.⁴⁵⁹

b)2) Bu düzenlemelerin yanı sıra, *Anayasanın 47.maddesinde* 1999’da yapılan değişiklikle⁴⁶⁰ birlikte yasakoyucuya; bir kamusal faaliyetin bir sözleşmeyle özel hukuk kişilerine yaptırılmak veya devredilmek istenmesi durumunda “kamu yararını ve kamu hizmetinin ilkelerini (süreklilik- düzenlilik ilkesini de)” gözeterek ve bu amaçla İdareye üstün yetkiler tanıyan idari sözleşmeler yerine tarafların eşitliği ve irade serbestliğine dayanan, Adli Yargının denetimi kapsamına giren özel hukuk sözleşmelerini tercih edebilme imkanı tanımaktadır.

b)2)a) Öğretide, söz konusu düzenlemelerin ve İdarenin Anayasanın 128.maddesi kapsamına giren asli görevlerinin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde özel hukuk kişilerine yaptırılması usulünün (hizmet satın alınması usulünün, Anayasada yer alan “kamu personel rejimi”ni (“kadro şartı” ile “liyakat ilkesi”ni, dolayısıyla kamu hizmetlerinin ilkelerini de)

458 Bu tür yasal düzenlemelere örnek olarak, bkz. 21.6.2006 tarihli, 5523 sayılı Türkiye Yatırım Destek Fonu ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkında Kanununun 10.maddesi. (“iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilen” personel ifadesi ile uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği hükmü); 4.5.2007 tarihli, 5648 sayılı Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 14.maddesi (“bir kamu tüzelkişiliğine sahip olduğu” ifade edilen Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumunda çalışacak olan personelin, 657 sayılı Kanun ile diğer yasaların sözleşmeli personel hakkındaki hükümlerine bağlı kalmaksızın istihdam edileceği hükmü).

459 Örneğin, bkz. AYM E.1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, RG 23.8.1988-19908; AYM E.1988/5, K.1988/55, T.22.12.1988, RG 25.7.1989-20232; AYM E.1995/11, K.1995/63, T.13.12.1995, RG 9.10.1996-22782; AYM E.2005/139, K.2007/33, T.22.3.2007, RG. 15.12.2007-26731; D 5D E.1986/992, K. 1987/1787, T.16.12.1987, **DD.** 70-71, s.236; D 5D E.1992/1223, K. 1992/2943, T.11.11.1992, **DD.**87, s.264 ve D 5D E.1992/4384, K. 1994/5672, T.29.11.1994, **DD.**90, s.600.

460 Anayasanın 47.maddesine göre: “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” (AY md.47/4) Anayasanın 47.maddesinde yapılan değişikliklere, “İmtiyaz Sözleşmesi” başlığı altında daha detaylı olarak değinilecektir.

zedeyeceğini ve bu şekilde istihdam edilen personelin de İdari Yargının korumasından yoksun kalacağı yönünde eleştiriler bulunmaktadır.⁴⁶¹

İdare Hukukundaki kamu personeli rejimi ile idari sözleşmeler, “idari faaliyetlerin gereği gibi yürütülmesi” (aynı zamanda sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi) amacını gütmektedir. Kamu görevlileri konusunda meydana gelen bu değişim, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerine de yansımaktadır.

Bu değişimle birlikte, liyakat ve kariyer ilkelerine bağlı olmaksızın görevlendirme ve görevden alma işlemleri yapılabileceğinden; buna bağlı olarak da kamu hizmeti ilkelerinin (süreklilik ve düzenlilik ilkesinin de) zedelenebileceğinden söz edilebilecektir. Aynı şekilde, “kamu yararı ile kamu hizmeti ilkelerini” (süreklilik-düzenlilik ilkesini de) ön planda tutan idari sözleşmeler yerine, özel hukuk sözleşmelerinin tercih edilmesi durumunda da söz konusu ilkelerin yeterince korunamaması sorunu ile karşılaşılabilir.

b)2)b) Bu konuda, Anayasa Mahkemesinin 22.11.2007 tarihli kararına da değinmek gerekir.

Yüksek Mahkeme, 657 sayılı Kanununun 36.maddesinin “III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI” başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa’nın 11. maddesi ile eklenen “Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, *lüzumu halinde* bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre *hizmet satın alınması yoluyla* gördürülebilir.” hükmünü, “Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla *niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar* sağlık hizmetlerinin *hizmet satın alma yoluyla* karşılanmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, itiraz konusu kural ile,

461 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.321 vd.; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.248 vd; C.Ayaydın, “İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk Düzeni”, **Prof.Dr. Erdoğan Teziç’e Armağan**, GSU Yayınları Armağan Serisi No:5, İstanbul, 2007.

sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi olanaklı hale gelmektedir.’’ gerekçeleriyle Anayasaya uygun bulmuştur.⁴⁶²

“Sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez’’ oluşu, bir başka ifade ile kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi, Anayasa Mahkemesi kararında genel gerekçe olarak kabul edilmektedir. Esasında, kararda yer alan “*doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar*’’da, sağlık hizmetlerinin kamu kurum ve kuruluşlarında yeterli olarak sunulmadığı takdirde, hizmetin kesintiye uğramaması için, hizmet satın alınması usulüyle de yürütülebileceğinden söz edilebilecektir. Bununla birlikte, iptali istenen düzenlemede yer alan “lüzumu halinde’’ ifadesi, sadece bu tür acil durumlarla sınırlı kalmayıp son derece geniş ve belirsiz bir uygulama alanı yaratabilecektir. Yüksek Mahkemenin kararında yer alan bu yorumu da, İdareyi bağlamayacaktır.

Anayasanın 47.maddesinde getirilen değişikliğin uygulama sahasını genişleten bu karar; İdare tarafından yerine getirilecek görevlerinin çoğunun önemli ve “eksiklik ve gecikme durumunda telafisi imkansız sonuçlara yol açabilecek’’ özellikte olduğu da dikkate alındığında, kamu görevlilerince yerine getirilmesi “gerekten’’ kamusal faaliyetlerin hemen hepsinin, bu usulle (hizmet satın alma usulü) yaptırılabilmesi olasılığını da gündeme getirebilecektir.⁴⁶³ Bu uygulama da, belirttiğimiz gibi, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile bu ilkeyi koruyan kamu personel rejimini (kadro şartı, liyakat ilkesi) zedeleyebilecektir.

462 Yüksek Mahkemeye göre, “*ertelenemez ve ikame edilemez*’’ sağlık hizmetinin “bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, ...*özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir...* Bu çerçevede... hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, *değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak* sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve *sosyal devlet* olmanın gereğidir.” Bkz. AYM E.2004/114, K.2007/85, T.22.11.2007, RG 24.12.2007-26736.

463 Öğretide kararın eleştirisi için örneğin bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 1**, s.323 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.250, 251.

3. İmtiyaz Sözleşmeleri

a) Genel Açıklama

İmtiyaz, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca, belli bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişi tarafından kurulması ve/veya işletilmesi usulüdür.⁴⁶⁴ Bu usulde, idare imtiyaz veren, hizmeti gören özel kişi ise imtiyaz sahibi veya imtiyazcı rolündedir.

Görüldüğü gibi, imtiyaz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan bir idari sözleşme ile verilmekte ve bu sözleşme ya belli bir kamu hizmetinin kurulması ve belli bir süre işletilmesi veya kurulmuş bir kamu hizmetinin sadece işletilmesi için yapılmaktadır.⁴⁶⁵

b) İdarenin Sahip Olduğu Üstün Yetkiler ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi

b)1) İdare, kamu hizmetlerinin ilkeleri (aynı zamanda süreklilik-düzenlilik ilkesi) çerçevesinde yürütülmesini sağlamak amacıyla, imtiyaz sözleşmelerinde tarafların eşitliğine dayanan özel hukuk sözleşmelerinde yer almayan üstün yetki ve ayrıcalıklara sahiptir.

Danıştay'ın da belirttiği üzere, “Konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin *hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için* denetim ve gözetim yetkisine sahip olması, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belirli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerindedir.”⁴⁶⁶

464 İmtiyaz sözleşmeleri hakkında genel açıklamalar için bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.334 vd; İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.1034 vd, İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.251vd.

465 İmtiyaz sözleşmesini tanımlayan Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları için bkz. AYM, E.1994/71, K.1995/23, K.T. 28.06.1995, RG 20.3.1996-22586; E.1994/43, K. 1994/42-2, K.T.09.12.1994, RG 24.1.1995-22181; AYM, E. 1994/70, K.1994/65-2, K.T.22.12.1994, RG 28.1.1995-22185; D 10D, E. 1999/2407, K. 2002/347, (yayımlanmamıştır) Aktaran: Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C:1, s.583.

466 Bkz. D 10D, E. 1999/2407, K. 2002/347, (yayımlanmamıştır) Aktaran: Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C:1, s.583.

Bu üstün yetki ve ayrıcalıklar, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. İdare, bu kapsamda denetim ve yaptırım uygulama yetkisi; değişen ekonomik ve teknolojik şartlara kamu hizmetinin uyarlanabilmesi için tek yanlı değişiklik yapma yetkisi ve özel kişi olan akidin ağır kusuru ya da ona ağır kusur yüklenmediği ancak hizmetin görülmesi açısından kamu yararının gerektirdiği hallerde sözleşmeyi feshetme yetkilerine sahipken; imtiyaz sahibi de, bir kamu hizmeti gördüğünden, kamu hizmetine egemen olan tüm ilkelere -süreklilik, düzenlilik, genellik ve tarafsızlık, değişkenlik ile yeniliklere uyarlama, bedelsizlik- uymak durumundadır.

b)2) İdare, kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olması sebebiyle, imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülükleri gereği gibi yerine getirip getirmediğini, kamu hizmeti ilke ve esaslarına uygun davranıp davranmadığını “denetleme ve gerektiğinde de yaptırım uygulama” yetkisine sahiptir.

İmtiyaz sahibi, süreklilik ve düzenlilik ilkesi uyarınca idarenin gözetim ve denetimine katlanmak zorundadır. İdare, hizmetin sürekliliğini sağlamak amacıyla, gerektiğinde geçici olarak faaliyete el koyma ve hizmeti bizzat yürütme yoluna gidebilecektir. İdare, bunun yanı sıra, belli bir miktar paranın ödenmesini isteme, sözleşmeyi feshetme (imtiyazı düşürme) gibi yaptırımlar da uygulayabilir. İdare, işin belli bir süre içinde bitirilmemesi halinde, sözleşmede cezai şart olarak öngörülmüş olan belli bir miktar parayı, sözleşmecinin teminatından doğrudan irat kaydederek alır. Ayrıca, yasada veya sözleşmede açık hüküm bulunan hallerde imtiyaz sahibinin ağır kusuru bulunduğu bahisle herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshedebilir.⁴⁶⁷ Açık hüküm bulunmayan hallerde ise, sözleşmenin feshi için dava açabilir.

b)3) İdare, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülebilmesi için kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartnamesinin hüküm ve şartlarını “tek yanlı iradesi ile değiştirme” yetkisine sahiptir. Değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesinin de bir sonucu olarak, yürütülmekte olan kamu hizmetinde değişen ihtiyaçların ve günün gereklerine uygun olarak yenilikler

467 İdare, imtiyaz sahibinin bir kusuru olmasa bile, “kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararının gerektirdiği hallerde” (kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkesi çerçevesinde de) sözleşmeyi tek yanlı fesih yetkisine de sahiptir. Ancak, bu ikinci halde idare imtiyaz sahibinin zararlarını karşılamak durumundadır.

yapılması istenebilecektir. “Değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi ile süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasındaki ilişki ve etkileşim” başlığı altında da değinildiği üzere, bazı hallerde hizmetin çağın gereklerine uyarlanması aynı zamanda hizmetin gereği olabilecektir. Bu durumda, söz konusu yenilikler yapılmaksızın hizmetin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi de mümkün olamayacaktır.

b)4) Görüldüğü üzere, imtiyaz sözleşmelerinde İdareye üstün yetkiler verilmesinin temel nedeni, özel hukuk kişinin sözleşme konusu hizmeti gereği gibi –ve bu bağlamda, sürekli ve düzenli şekilde-yürütmesinin güvence altına alınmasını sağlamaktır.

c) İdarenin İmtiyaz Sözleşmesinin Mali Dengesini Koruma Görevi ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi

c)1) İmtiyaz sahibi, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Yani sözleşmenin uygulanacağı ve oldukça uzun süre içinde tarafların öngörü ve iradeleri dışında gerçekleşen birtakım durumlar nedeniyle, bazen de idarenin yapacağı tek yanlı değişikliklerle, özel hukuk kişinin yükümlülüklerinin ağırlaşması halinde, idarenin bunu bazen tazmin ederek gidermesi, bazen de katkıda bulunarak hafifletmesi gerekecektir. Mali dengenin korunması ilkesi uyarınca, “Fait du prince” ve “öngörülemezlik (imprévision)” kuramları yargısal kararlarla ortaya çıkmıştır. ⁴⁶⁸ Bu ilke ve kuramlar, aynı zamanda kamu hizmetlerinin söz konusu değişiklikler/ öngörülemeyen durumlardan ötürü kesintiye uğramamasını da (dolayısıyla sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesini de) sağlamaktadır.

c)2) Fait du prince, sözleşmenin uygulanması koşullarının idarenin karar ve işleri ile ağırlaşması durumunu ifade eden bir terimdir. Örneğin, sözleşmenin tarafı özel hukuk kişinin kullandığı bir üretim maddesi üzerine vergi konulması, çalışanların asgari ücret veya sosyal güvenlik primlerinin arttırılması idarece alınan tek yanlı kararlardır ve mali dengeyi etkileyecektir.

468 Bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 2, s.1634, 1637; L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.442-443; İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.1036; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C.1, s.739 vd; İ.Özay, **Günüşğında Yönetim**, s.256; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.564; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.379.

c)3) Öngörülemezlik hali, fait du princeden farklı bir durumu ifade etmektedir. Gerçekten de, fait du prince, sözleşmeye dayalı bir sorumluluk esas olup bozulan mali dengenin geri düzelebilmesi için ortaya çıkan zararın tazminini öngörmesine karşılık, “öngörülemezlik” sözleşmenin konusunun dışında, ondan bağımsız gelişen bir durum olarak karşımıza çıkan bir sorumluluk esasdır.

Öngörülemezlik kuramının uygulanabilmesi için şu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir: Tarafların iradesi dışında, olağanüstü ve ayrık bir durum söz konusu olmalı ve taraflarca ortaya çıkan bu durumun önceden düşünülebilmesi mümkün olmamalıdır. Yine, öngörülemeyen bu ayrık durumun imtiyaz sahibinin ekonomik bakımdan o hizmeti sürdüremeyecek boyutta mahvına neden olması gerekir. Kuramın amacı, hizmetin sürdürülebilmesi için ekonomik açıdan gereken şartların sürekli bir biçimde sağlanarak darboğazın atlatılmasıdır.

Bu kuramlar ile korunmak istenen de, kamu hizmetinin sürekliliği ve düzenliliğidir. Kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülüyor olsa bile, kesintiye uğramaması gerekir. Bu hem idare, hem de özel hukuk kişisi için uyulması gereken bir zorunluluktur. Ekonomik nedenler ve var olan olanaklar o hizmetin sürdürülmesini engelleyecek bir duruma yol açmışsa, sürekliliği sağlama görevi de İdareye düşmektedir. Burada özel hukuk kişisi, o faaliyeti sürdürebilmek için, onu kesintiye uğratmadan sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını veya zararlarının paylaşılmasını idareden talep etme hakkına sahiptir.

c)4) Görüldüğü üzere, mali dengenin korunması gereğinin temelinde, özel hukuk kişisinin mali durumunun korunmasından önce, süreklilik-düzenlilik ilkesinin gözetilmesi yer almaktadır.

d) 1999 Anayasa Değişikliklerinin Yarattığı Etkiler

d)1) Giriş

Çalışmanın başında, “kamu hizmeti kavramının içeriğini daraltan yaklaşımlar” başlığı altında da değinildiği üzere, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Yasa ile getirilen Anayasa değişiklikleri, özellikle de imtiyaz sözleşmeleri ve kamu hizmeti ilkeleri üzerinde çok önemli etkiler yaratmıştır.

Bu etkiler, 2 grupta toplanabilir: 1) 1999 değişiklikleri ile, Anayasanın 47.maddesinin son fıkrasına: “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin *özel hukuk sözleşmeleri ile* gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü getirilmiştir.

2) Anayasanın 125. maddesine, “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların *milli veya milletlerarası tahkim yoluyla* çözölməsi öngörölebilir.” hükmü getirilmiştir. Ayrıca, Anayasanın 155.maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, önceden imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi bulunan Danıştay, bu sözleşmeler hakkında sadece “iki ay içinde düşöncesini bildirmek”le görevli kılınmıştır.

Bu değişikliklerin imtiyaz sözleşmeleri ile kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi üzerinde önemli sonuçları bulunmaktadır.

d)2) Anayasanın 47.Maddesinde Yapılan Değişiklikler ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi

d)2)1) Yukarıda da açıklandığı üzere, kamusal görevlerin özel hukuk kişilerine yaptırılması usulü, bir idari sözleşme ve genellikle de bir imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde söz konusu olmakta idi.

Anayasanın 47.maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, yasakoyucuya, bir kamusal faaliyetin bir sözleşmeyle özel hukuk kişilerine gördürölmek istenilmesi halinde, imtiyaz sözleşmeleri yerine irade ve menfaat eşitliğini benimseyen Adli Yargının denetimine tabi olan özel hukuk sözleşmelerini tercih edebilme ve buna bağlı olarak da imtiyaz usulünü tamamen bırakabilme imkanı tanınmıştır. Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürölmesi ile kamu yararını, kamu hizmeti ilkelerini (süreklilik-düzenlilik ilkesini de) gözeten, buna dayalı olarak İdareye üstün yetkiler tanıyan, İdari Yargılama usullerine tabi idari sözleşme yapma zorunluluğu kaldırılmış olmaktadır.⁴⁶⁹

469 Öğretide, bu yöndeki görüşler için bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.225 vd.

Bununla birlikte, öğretide bu konuya ilişkin farklı yaklaşımlar da bulunmaktadır. Örneğin, TAN’a göre, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürölmesinde tek yöntemin imtiyaz sözleşmesi olmak zorunda değildir; konunun yasa ile düzenlenmemiş olması şartıyla, yeni sözleşme türlerinin gelişmesine engel bulunmamaktadır: “Ancak, bir kamu hizmetinin özel kişiye gördürölmesi söz konusu olduğuna göre, bu yeni sözleşme türleri de idari sözleşmelerinin özelliklerini taşıyacak ve onun hukuki rejimine tabi olacaktır... Özetle,

Diğer bir ifadeyle, Anayasanın 47.maddesinde yapılan değişiklik, imtiyaz sözleşmesi kurumuna başvurulması mecburiyeti ortadan kaldırmış; bu hukuki kurumu, yasakoyucunun iradesi ile “istisnai” (veya istenirse, hiç uygulanmayacak) bir usul haline getirmiştir.

d)2)2) Konuya ilişkin *temel sorunlardan ilkini*, özel hukuk sözleşmesiyle yürütülecek olan faaliyetin hukuki niteliğinin belirlenmesi oluşturmaktadır.

d)2)2)a) Bir kamu hizmetinin Anayasanın söz konusu hükmü çerçevesinde özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmeye başlaması durumunda, bu niteliği korumaya devam edip etmeyeceği önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de, bu değişikliklerin kamu hizmeti kavramına ve kamu hizmeti ilkelerine (süreklilik-düzenlilik ilkesine de) olan etkisi incelenirken öncelikle, özel hukuk sözleşmeleri ile, özel hukuk kuralları çerçevesinde yürütülecek olan faaliyetin niteliği konusu irdelenmelidir: Kamu hizmetlerinin, İdarenin özel hukuk kişisiyle yapacağı bir özel hukuk sözleşmesi ile görülmesi durumunda faaliyetin niteliği değişecek midir? Faaliyetin niteliğinin değişmediği kabul edilirse, özel hukuk sözleşmelerinin içerisinde de kamu hizmeti ilkeleri (süreklilik-düzenlilik ilkesi de) yer alacak mıdır veya nasıl yer alacaktır?

Faaliyetin niteliği konusunda hangi sonuca varılırsa varılsın, Anayasanın 47.maddesinde yer alan “özel hukuk sözleşmesi” ifadesinden hareketle, şu tespiti yapmak mümkündür: Bu sözleşmelerden doğacak uyumsuzluklar, Adli Yargıda görülecektir.⁴⁷⁰

Öğretide, kamu hizmetini konu alan bir sözleşmenin, yasada özel hukuka tabi bir sözleşme olduğunun belirtilmesinin, onun idari sözleşme olmadığı anlamına gelmeyeceğini,

kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde yapılacak sözleşmelerin tümünün imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenmek yerine, yeni idari sözleşme türlerinin gelişmesine açık bir yaklaşım benimsenmesinde yarar görmekteyiz. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, söz konusu sözleşme türleri bazı yönlerden ortak bir hukuki rejime bağlanabilir.” Bkz. T.Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Dünü Bugünü”, **Hukuk Kurultayı, 2000**, cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.464-465. Ayrıca bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.605, 606.

470 Bununla birlikte, bütün özel hukuk sözleşmelerinden önceki “idari” aşamalar –özellikle de ihale süreci- İdari Yargının denetimine tabi olacaktır. İdarenin sözleşmelerinin ihale aşaması, bu konudaki İdari Yargı denetimi ve bu denetimin sözleşmeye ilişkin muhtemel sonuçları için örnek olarak bkz. O.Karahanoğlu, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, s.347-349.

sadece yapılan sözleşmenin görev alanı “idari işlem ve sözleşmelerle” tanımlanan İdari Yargının alanı dışında kalacağını belirten görüşler de bulunmaktadır.⁴⁷¹

Yine öğretide, Anayasa Mahkemesinin “niteliği gereği kamu hizmeti” tanımlamalarını içeren kararlarından hareketle, faaliyetin niteliğinin değişmeyeceğini savunan görüşler de vardır.⁴⁷² Buna göre, “niteliği gereği kamu hizmeti” teşkil eden faaliyetleri yasama organı aksi bir düzenleme ile bertaraf edemez. Bunun yanı sıra, Anayasanın 47.maddesinde yer alan “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.” hükmü doğrultusunda, özel hukuk kişileri tarafından yürütülen kimi hizmetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceğinin kabul edildiğini ileri sürenler de vardır.⁴⁷³ Bu görüşü savunanlar, Anayasa Mahkemesinin “özel hukuk kişileri tarafından kamu hizmetlerinin yürütülebileceği” şeklindeki bazı kararlarına da atıf yapmaktadırlar.⁴⁷⁴

d)2)2)b) Biraz yukarıda da belirtildiği üzere, idari sözleşmelerde ve dolayısıyla da konusunu bir kamu hizmetinin yürütülmesi oluşturan imtiyaz sözleşmelerinde, “kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı” göz önüne alınarak sözleşmede yer almayan ek düzenlemeler, yükümlülükler 1) sözleşmenin tarafı olan İdare; 2) sözleşme tarafı olmayan başka bir İdare; 3) yasakoyucu tarafından getirilebilmektedir. Çünkü, “kamusal görevlerin gerekleri ve kamu yararı” önplanda tutulmaktadır; sözleşmenin karşı tarafı olan özel hukuk kişinin iradesi ve menfaatleri gerektiğinde göz ardı edilmektedir. Bütün bunlar, irade serbestisi ve menfaat eşitliğine dayanan özel hukuk sözleşmelerinin esas ve ilkelerine

471 Bkz. O.Karahanoglu, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, s.347-349.

472 Hatırlanacağı üzere, kamu hizmeti kavramına ilişkin tanımların değerlendirildiği bölümde, Anayasa Mahkemesinin bazı faaliyetleri “niteliği gereği kamu hizmeti” olarak nitelendirdiği kararlarına da değinmiştik. Öğretide, bu kararlardan hareketle bu görüşü savunan yazarlar da vardır. Öğretide, bu yönde fikirler için bkz. S.Çal, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, **Prof.Dr.Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul, 2009, s.1829-1906. Kararlara örnek olarak bkz. AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.T.09.12.1994, RG 24.1.1995-22181; AYM E. 1994/71, K.1995/23, K.T. 28.06.1995, RG 20.3.1996-22586 . Karşıt görüş için bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Dersleri**, s.304 vd.; K.Gözler, **İdare Hukuku**, s.228-232.

473 Öğretideki bu görüşlerin ayrıntılı değerlendirilmesi hakkında bkz. S.Çal, **a.g.m.**, s.1830 vd.

474 Çalışmanın başında, kamu hizmeti kavramının geçirdiği dönüşüm ve değişim bağlamında, “kamu hizmeti kavramını genişleten yaklaşımlar” ve “virtüel kamu hizmeti yaklaşımı” başlığı altında bu görüşlere ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yer vermiştik. Oradaki görüşümüzü tekrarlayacak olursak, özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, esasen kavramın özünü zedelemektedir.

aykırıdır. Aynı şekilde, bu esaslara dayalı olarak yargısal denetimin kapsamı ve sınırları da farklılaşacaktır.

Yapılan sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan ve faaliyetin yürütülmesi de özel hukuk kurallarına tabi olacağından (buna bağlı olarak da faaliyetin yürütülmesinden doğabilecek uyuşmazlıklar da Adli Yargıda çözümleneceğinden), kamu hizmetinin dar ve teknik anlamı göz önüne alındığında, *faaliyetin niteliğinin değişeceği söylenebilecektir*. Artık gerek pozitif hukuk açısından, gerekse uygulama açısından, söz konusu faaliyet, “kamu hizmeti” olarak nitelendirilemeyecektir. Adli Yargı mercii İdare Hukuku ilkeleri ve kamu hizmeti teorisi açısından gerekli ve yeterli bilgi ve tecrübeye –doğal olarak- sahip olmadığı da unutulmamalıdır. Bu itibarla, yargılamayı yapacak olan Adli Yargı hakimi, sahip olduğu formasyon gereği, görülmekte olan faaliyet “kamu hizmeti” olarak değil, bir özel hukuk faaliyeti olarak kabul edecek ve uyuşmazlığı o şekilde çözecektir. Dolayısıyla, “kamu hizmeti niteliği değişmez.” ifadesinin, uygulamada da bir anlam ve değeri kalmayacaktır.⁴⁷⁵

d)2)2)c) Sonuç olarak, İdare Hukuku ilke ve kurallarına tabi olmayan ve İdari Yargının denetimi dışında kalan bir faaliyetin, sonucu kamuya yararlı olsa dahi özel hukuk faaliyeti niteliğinde sayılması gerektiği söylenebilecektir.⁴⁷⁶

d)2)3) Eğer faaliyetin niteliğinin değişeceği ve kamu hizmeti olmaktan çıkacağı sonucuna varılırsa, sözleşme, özel hukuk kuralları, bu bağlamda sözleşme serbestisi ve irade-menfaat eşitliği esasları çerçevesinde düşünülecektir. Bu bağlamda, tarafları sözleşmenin içerisinde “kamu hizmeti ilkeleri”nin yer alması konusunda zorlayıcı bir mekanizmadan söz edilemeyecektir.

Faaliyetin niteliğinin değişeceği kabul edilecek olursa, zaten “kamu hizmeti” ilkelerinin sözleşmede yer alması zorunluluğundan da bahsedilemeyecektir. Bu takdirde, kamu hizmeti ilkelerinin (süreklilik-düzenlilik ilkesinin de) yürütülecek olan hizmet bakımından öneminin ve gücünün kaybedilmesi riski doğabilecektir.⁴⁷⁷

475 Meğer ki, Adli yargı hakimleri de, bu gelişmeler karşısında İdare Hukuku ilke ve esaslarını öğrenip “kamu yargıcı” haline dönüşsünler...

476 Öğretide bu yönde bir görüş olarak örneğin bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.252.

477 GÜNDAY’a göre de, getirilen bu düzenlemelerle, “... Sadece bu hizmetlere ilişkin sözleşmelerin niteliği değiştirilmekle kalmamış, aynı zamanda kamu hizmetleri sistemi ve kamu hizmetlerine egemen olan ilkeler de

Özel hukuk sözleşmesine konu olmasına rağmen, faaliyetin hala kamu hizmeti olarak nitelendirilebileceği kabul edilecek olursa, o sözleşmede kamu hizmeti ilkelerinin yer alması ve/veya doğabilecek uyuşmazlıkları çözecek olan Adli Yargı yerlerinin bu ilkeleri de göz önüne alması gerekecektir.

d)2)4)a) Buradaki alt sorun, özel hukuk sözleşmesinde bu ilkelerin ne şekilde yer alabileceğidir. Öncelikle, sözleşmenin tarafı olan İdare ve özel hukuk kişisi bunu isteyecek midir? Bunun yanında, İdareyi ve/veya özel hukuk kişisini buna zorlayacak bir mekanizma var mıdır?

Sözleşmenin tarafı olan özel girişimcinin, kamu hizmeti ilkelerinin sözleşmede yer almasını özellikle istemeyeceği söylenebilecektir. Bu durumda, gerek İdareyi, gerekse sözleşmenin diğer tarafı olan özel girişimciyi buna zorlayan yasal düzenlemeler yoktur.⁴⁷⁸

d)2)4)b) Buna paralel olarak, ikinci sorunu ise, bir önceki şıkta da değinilmiş olan, Adli Yargı denetiminin kapsamı ve sınırları konusu oluşturmaktadır. Sözleşme serbestisi, irade ve menfaat eşitliği ilkesine göre sözleşmeyi yorumlayacak olan Adli Yargı yerleri, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” çerçevesinde, kamu hizmeti ilkelerini yaşama geçirebilecek midir?

Adli Yargı hakiminin hukuki formasyonu ve ayrıca, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan özel girişimcinin sahip olduğu ekonomik (ve hatta siyasi) güç göz önüne alındığında, bu soruya da olumlu yanıt vermek güçleşmektedir.

d)2)4)c) Bütün bunlar göz önüne alındığında, şu sonuca varmak mümkün gözükmemektedir: Yasal düzenlemeyle özel hukuka ve Adli Yargıya tabi kılınan faaliyet alanlarında, istenildiği kadar “niteliği gereği kamu hizmeti” sayılsın, İdare ile özel hukuk

alt-üst edilerek ihlal edilmiştir.” Bkz. M.Günday, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, **Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye**, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) Yayını, Ankara, 2001, s.191.

478 Öte yandan, söz konusu değişikliklerin, bu zorunluluktan ve ayrıca, İdari Yargının “kamusal” müdahale alanından çıkarıldığı için yapıldığı da ileri sürülmektedir. Bkz. O.Karahanoglu, **a.g.e.**, s.346; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.225.

kişisi arasında bir sözleşme ilişkisi içine girilmesi halinde, bu alanda artık kamu hizmeti ilkelerinin uygulanabileceğinden de bahsetmek zordur.

d)3) Bu bağlamda, özel hukuk kuralları çerçevesinde sözleşmenin tarafı İdarenin sahip olacağı (veya olamayacağı) imkanlara da değinilmesi gerekmektedir.

d)3)a) Buna göre, İdare, kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmışken artık bu üstün yetki ve ayrıcalıklardan yoksun kalacaktır. İdare ile sözleşmenin karşı tarafı olan özel kişi eşit konumda olacaktır.

d)3)b) İdare, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, (uyarlama ilkesi ile süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasındaki ilişki çerçevesinde) hizmetlerin çağın gerektirdiği nitelikte, sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için tek yanlı iradesi ile tek taraflı değişiklikler yapma yetkisine sahiptir. Oysa, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin tarafları eşit konumda olduklarından ve taraflarda birinin iradesine de herhangi bir üstünlük tanınamayacağından sözleşmede yapılacak olan değişiklikler de ancak tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşması sonucu gerçekleşecektir. Sözleşmelerin özel hukuk kişilerine yüklediği yükümlülüklerin anlamı, kapsamı ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar ve günün çağdaş gelişmeleri çerçevesinde zaman içinde değişiklik gösterip gösteremeyeceği konusunda ise, değişkenlik ve uyarlama ilkesi ile (buna bağlı olarak da süreklilik-düzenlilik ilkesi ile de) bir çatışmaya yaşanacaktır.⁴⁷⁹ İdare, (ve hatta yasakoyucu) bu durumda sözleşme konusu olan faaliyeti yeni koşul ve durumlara uyarlayacak tek yanlı değişiklikler yapamayacak⁴⁸⁰, bu durum da aslında kamu hizmeti olarak ifa edilmesi gereken faaliyetin gereği gibi, sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesini olumsuz yönde etkileyebilecektir.

479 GÜLAN, bu değişikliğin en çok kamu hizmetlerinin değişiklik ve yeniliklere uyarlanma ilkesini etkileyeceğini belirtmektedir. Bkz. A.Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, 2001, s.150. Ayrıca bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.316; Bkz. Z.Aslan, Nihal Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü” **İTÜCÜ SBD**, Y:4, S:18, 2005, s.1-25.

480 Elbette, yasakoyucu hizmetlerin günün koşullarına ve artan, değişen kamusal ihtiyaçlar çerçevesinde değiştirilmesini öngören düzenlemeler yapabileceği akla gelebilecektir. Bununla birlikte, yasalarla getirilen bu yeni (sözleşme dışı) zorunluluklar da, Anayasada yer alan “sözleşme hürriyeti”ne aykırılık oluşturabileceği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir.

d)3c) İdare kendisine yasalarla yüklenen kamusal görevleri, o görevin temel dayanağı ortadan kalkmadığı sürece, sürekli ve düzenli bir biçimde yerine getirmek zorunda iken; özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinde böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Özel hukuk kişileri, süreklilik-düzenlilik ilkesi çerçevesinde, İdarenin gözetim ve denetimine katılmak zorunda kalmayacaktır. Özel hukuk kişileri, “kamu yararı” yerine özel çıkar amacıyla hareket ettiklerinden faaliyetlerine diledikleri anda ve diledikleri şekilde verebileceklerdir.

Bu bağlamda, söz konusu yatırım ve hizmetlerin yürütülüş şartları ve esasları, iradelerin uyuşması sonucu ortaya çıkacak ve belli koşulları sağlayabilecek olsa dahi, sözleşme şartları kamu hizmeti ilkeleriyle birebir örtüşmeyebilecektir. Her ne kadar, yürütülecek olan hizmetlerin “belli bir standartı” olacaksa da, “bedelsizlik ilkesi” açısından ekonomik gücü düşük olan kişilerin hizmetlerden “sürekli ve düzenli” olarak yararlanamaması sorunu karşımıza çıkabilecektir.

Bedelsizlik ilkesi ile süreklilik-düzenlilik arasındaki ilişki çerçevesinde ise, sözleşmenin karşı tarafı özel hukuk kişisinin hizmet karşılığında hizmetten yararlananlardan talep edeceği “ücret” meselesi bu konuda belirleyici olmaktadır. Özel hukuk kişisi, karlı bir iş yapmak için İdare üzerinde bir baskı kurabilecektir. Buna bağlı olarak da, hizmetin ihtiyaç duyan herkese, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin (ancak gerektiğinde pozitif ayrımcılık uygulamaları da içerecek şekilde) sunulması gerektiğini anlatan genellik ve tarafsızlık ilkesi ile bedelsizlik ilkesi özel hukuk kişilerinin amaçları ile çatışabilecektir. Bu durumda, ekonomik açıdan zayıf konumda olan toplumun belli bazı kesimleri açısından hizmetten “sürekli ve düzenli” olarak yararlanamama riski de ortaya çıkabilecektir.

d)3d) Bununla birlikte, sözleşmenin içerisine İdareye kamu hizmeti ilkelerinden doğan yetkiler kullanabileceğine ilişkin hükümler ve şartlar konulması olasılığı da göz önüne alınmalı ve irdelenmelidir.⁴⁸¹ Ancak, uygulamada özel girişimcinin buna ne ölçüde yanaşacağı tartışmalıdır.⁴⁸²

481 Bu tür zorunlulukların idare ile özel sektör arasındaki sözleşmenin bir hükmü olarak da belirlenebileceği de belirtilmektedir. Buna dair Ankara BŞB EGO İşletmesinin uygulaması için bkz. A.S.Fırat; **Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, Çağdaş Yerel Yönetimler**, C.7, S:1, 1998, s.88.

482 Özel hukuk sözleşmesinde, özel hukuk kişisinin edimini (faaliyeti) sürekli-düzenli olarak yürüteceğine ilişkin hükümler konulabilecektir. Normal şartlarda da, faaliyetin yürütüm esasları, çalışma ve hizmet sunma saatleri sözleşmelerde yer almaktadır. Bununla birlikte, belirtildiği üzere, bu tür hükümlerin sözleşmede yer almasını zorunlu kılacak bir mekanizma ya da yasal düzenlemeler bulunmamaktadır.

Teorik açıdan, sözleşmeye bu yönde hüküm ve klozlar konulabileceği düşünülse ve bu şekilde kamu hizmeti ilkelerinin, süreklilik ve düzenlilik ilkesinin de, Adli Yargı denetimi kapsamında dikkate alınacağı kabul edilse bile, Adli Yargıdaki “hukuka uygunluk denetiminin kapsamı” sorgulanabilir. Bu noktada da, “kamu yararı ve kamu hizmeti ilkeleri” kavramlarının içeriğini doldurabilecek teknik bilgi ve formasyona sahip olan idari yargıçların yerine adli yargıçların bu kavramları yorumlayacak ve değerlendirecek olması söz konusudur. İdare hukuku alanında uzman olan yargıçların somut olayda, kamu hizmeti ilkelerinin anlam ve kapsamını daha teknik ve doğru bir biçimde değerlendirecekleri açıktır.

d)3)e) Sözleşmede kamu hizmeti ilke ve esaslarının yer almaması ihtimalinin de ayrıca ele alınması gerekir. Bu konuda, Borçlar Yasasındaki sözleşme hukukuna ilişkin esaslar devreye girebilir: Sözleşmeler hukukunda da, mücbir sebepler ile imprevision teorisi gibi kurum ve olgularla sözleşmenin değişen koşullara göre yenilenmesi ya da değiştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Ya da, belirtildiği gibi, yapılan sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulabilir. Bu durumda, özel hukuk kişilerince yerine getirilecek olan faaliyetlerin gereği gibi (sürekli ve düzenli olarak da) yerine getirilebilmesi, sözleşmenin taraflarının ve Adli Yargı denetiminin inisiyatifine bırakılmış olacaktır.

d)3)f) Öğretideki bir görüşe göre ise, kamu hizmetine ilişkin bu ve benzeri sorunları “dramatize etmeye” gerek yoktur. “Zira, özel hukukta da bir tarafın sözleşme koşullarını değiştirmesine veya sözleşmeyi feshedebilmesine olanak veren mücbir sebep, zaruret hali vb. gibi yollar kapalı değildir.”⁴⁸³

Sözleşmede bu yönde hükümlere yer verilmişse, bu kez idarenin dayanmış olduğu hususun, kamu hizmetinin sözleşmenin dışında -bizzat kamusal alandan aldığı dayanak değil- sözleşmeden kaynaklanan bir yetki olduğundan bahsedilecektir. Oysa kamu hizmeti ilkeleri, sözleşmelerin içerisinde yer aldıkları için geçerlilik kazanmaz; gücünü sözleşme hükümlerinden değil, asli olarak İdare Hukukunun kamu hizmetleri bakımından varlık kazandırdığı esaslardan alır. İdarenin kamu hizmeti ilkelerini uygulayabilmesi için idari sözleşmelerde idareye üstün yetkiler tanıyan hükümlere yer verilmesinin zorunlu olmadığı, bu yetkilerin sözleşme dışı, idare hukukunun kamu hizmetine ilişkin ilkeleri kaynaklı olduğu hususunda bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), s.326 Öğretiden bir başka görüş de, idarenin sözleşmenin koşullarını önceden belirleyerek özel kişiye dayatma gücüne sahip olabildiği, ancak özel kişinin yine de isterse sözleşmeyi imzalamayabileceği yaklaşımından hareketle, kamu gücü ayrıcalığının sözleşmeden kaynaklanabileceği; ancak sözleşmede yer verilmemiş olsa bile, yasakoyucunun iradesiyle de gerçekleşebileceğine ve bu durumda “özel hukuku aşan rejim”den bahsedileceğine değinilmektedir. Ancak, yasal düzenleme bulunmaması durumunda ne olacağına dair bir görüş belirtilmemiştir. Bkz. K.Gözler, **İdare Hukuku**, cilt 2, s.373-374.

483 Bkz. A.Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, s.21.

Ne var ki “dramatize edilmemesi” gerektiği belirtilen bu sorunların, bahse konu özel hukuk kavramlarıyla bertaraf edilebilmesi son derece güçtür. Zira mücbir sebep ve zaruret hali gibi özel hukuk kavramlarının kapsamı ve sonuçları itibariyle İdare Hukuku kavramı olan “uyarlama ilkesi”nin esprisi, mahiyeti ve sonuçları son derece farklıdır. Özel hukukta (Adli Yargı hakimi açısından da) söz konusu kurumların çok istisnai ve vahim durumlar için geçerli olacağı unutulmamalıdır. Yine, bir önceki ihtimalde belirtildiği gibi, somut uyuşmazlıklarda idare hukuku yargıçları, kamu hizmeti ilkeleri ve kamu yararı kavramlarını daha doğru yorumlayarak kamu hizmetleri ile amaçlanan toplumsal faydanın yerine getirilmesi bakımından daha isabetli kararlar verebileceklerdir.

d)4) Bütün bu açıklamalardan sonra, söz konusu Anayasa değişikliğinin kamu hizmeti ilkelerine olası etkileri, şu şekilde belirlenebilecektir: GÜLAN’ın da belirttiği üzere, imtiyaz sözleşmelerinin, “Anayasa değişiklikleri sonrasında *özel hukuk sözleşmeleri* olarak düzenlenebilmesi sonucunda, ilişkinin kapsamının *sadece sözleşmeden ibaret kalması* ve kamu hizmetine yönelik süreklilik, eşitlik ve uyarlama ilkelerinin uygulanamaz hale gelebilmesi de olumsuz bir unsur halinde ortaya çıkabilecektir.”⁴⁸⁴

e) Anayasanın 125 ve 155.Maddelerinde Yapılan Değişiklikler ve Süreklilik-Düzenlilik İlkesi

Anayasanın 125.maddesi ile 155.maddelerinde yapılan değişiklikler ile birlikte, imtiyaz sözleşmeleri, “kamu yararı ve kamu hizmeti ilkelerini” (süreklilik düzenlilik ilkesini de) gözeten İdari Yargı denetiminden çıkarılacak şekilde, tahkim usulü getirilmiş ve Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerinde yapmakta olduğu denetim, sadece “iki ay içinde düşüncesini bildirmek”le sınırlandırılmıştır.⁴⁸⁵

e)1) 155.maddede yapılan değişiklik ile Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki ön denetiminin ortadan kaldırılması, konusu kamu hizmetinin (sürekli ve düzenli olarak) görülmesi olan ve kamu yararını barındıran bir sözleşmenin kamusal denetimden

484 Bkz. A.Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, 2001, s.150.

485 Anayasa’da yapılan bu değişikliklerin gereği ve doğal bir sonucu olarak bazı yasalarda da değişiklikler yapılmıştır. Örnek olarak bkz. Danıştay Kanunu md. 23/2, md. 24, md.42, md.46, md. 48; İYUK md. 2/1(c); 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunu md.5/1(c).

geçirilmeden taraflar için bağlayıcı hale gelebilmesi mümkün kılınmıştır. Buna bağlı olarak, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ya da kamu hizmetinin görülmesine özgü tüm gereklerin sağlanıp sağlanmadığı, sözleşmenin bir tarafı olan idarenin dışında, İdare Hukuku konusunda ihtisas sahibi olan ve yargıç statüsü ile güvencesine sahip olan kişilerden oluşan Danıştay'ın denetimi olmaksızın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak yürürlük kazanabilmektedir.

İmtiyaz sözleşmeleri üzerinde Danıştay'ın daha önceden yapmakta olduğu inceleme ve denetime karşı getirilen eleştiriler ve söz konusu eleştirilen Anayasa değişikliğine olan etkileri, Danıştay 1.Daire Başkanı ÇETİNTEMEL tarafından şöyle dile getirilmiştir: “... Danıştay'ın sözleşmeleri inceleme görev ve yetkisini yerine getirirken sözleşmede dilediği değişikliği yaptığı ve böylece kendi iradesini tarafların iradesinin yerine koyduğu belirtilmiştir. Kuşkusuz, Danıştay, Anayasal görev ve yetkisi gereği sözleşmelerin üst hukuk kurallarına uygunluğunun yanı sıra *kamu yararını gözetip korumak ve hizmetin düzenli ve sürekli bir biçimde yürütülmesini sağlamak için* sözleşmede gerekli gördüğü değişiklikleri yapmakta(ydı).”⁴⁸⁶

Öğretide, AYAYDIN'a göre de: “Böylece imtiyaz sözleşmelerinin ‘kamu yararı’ ve ‘kamu hizmeti gerekleri’ açısından incelenmesi ve gerekiyorsa, değiştirilmesi hukuki imkanı ortadan kaldırılmış; Danıştay'ın ‘kamu yararını ve kamu hizmetlerini koruma’ konusundaki *idar*⁴⁸⁷ fonksiyonu bertaraf edilmiş olmaktadır.”⁴⁸⁸ Bu durumda, aynı zamanda ‘kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesi’ açısından da söz konusu ön denetimin ortadan kaldırılmış olduğu söylenebilecektir.

486 Bkz. H.Çetintemel, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim”, (Tartışmacı), **Hukuk Kurultayı 2000**, cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.498-499.

487 Bununla birlikte, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki *yargısal* fonksiyonu, tahkim şartı içerenler hariç, hala devam etmektedir. Bu konuda, bir aşağıda yer alan dipnottaki açıklamalara bakılabilecektir.

488 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.234. Yazara göre, ‘kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri’ bakımından daha etkili ve güvenceli denetim, sözleşmenin imzalanmasından *önce* yapılan denetimdir. Çünkü: “Sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık nedeniyle söz konusu olabilecek yargısal denetim, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan özel hukuk kişinin sözleşmeden kaynaklanan bazı hakları nedeniyle, ya gereği gibi yapılamayacak ya da İdare açısından ciddi mali külfetleri de beraberinde getirecektir. Ayrıca; sözleşmenin imzalanmasından sonraki dönemde İdare tarafından sona erdirilmesi ihtimali de, hukuken veya -ekonomik yükler ya da siyasi iktidar üzerinde oluşacak iç ve dış baskılar nedeniyle- fiilen mümkün olamayabilecektir.” Bu konuda, benzer bir eleştiri olarak bkz. Bkz. Z.Aslan, Nihal Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü” **İTÜCÜ SBD**, Y:4, S:18, 2005, s.1-25.

e)2) 125.maddede yapılan değişiklikle, imtiyaz sözleşmelerinde de tahkim usulünün öngörülmesinin yolunun açılmış olması da birçok tartışmaları beraberinde getirmiştir.⁴⁸⁹ Buradaki temel sorun; 1) faaliyet, “kamu hizmeti”; 2) sözleşme de “idari sözleşme” olarak nitelendirildikten sonra tahkim usulü öngörülürse, kamu hizmeti ilkeleri nasıl güvence altına alınacaktır?

e)2)1) *Anayasa değişikliğinden önceki dönemde*, tarafların kendi iradeleriyle serbestçe belirleyecekleri konuların İdare Hukukunda yer almaması dolayısıyla, öğretide tahkimin medeni yargılamaya giren uyuşmazlıklar için geçerli olduğu, ceza yargısı ve İdari Yargıda uygulanamayacağına dair görüşler yaygındı. Adli ve İdari Yargı kararları da bunun izlerini taşımakta idi.⁴⁹⁰

e)2)2) Öğretide, bu değişiklikle birlikte, kamu hizmetlerinin ilkeleri (süreklilik-düzenlilik ilkesinin de) ışığında ve kamu yararını gözeterek yapılan, bunun için de İdareye hizmetin düzenlenmesi ve denetlenmesi bakımından bazı üstün yetkiler veren imtiyaz sözleşmelerinin; tarafların anlaşması ile irade ve menfaat eşitliğinin benimsediği bir hukuk düzeninin yerleştirilmesi ve o düzenin benimsediği ilke ve esaslara göre hüküm verecek olan hakemlerin yargısal denetimine bırakılacağı yönünde eleştiriler bulunmaktadır.⁴⁹¹

489 Bununla birlikte, öğretide bazı yazarlara göre, uluslararası alandaki yükümlülüklerimiz gereği bu alan zaten idari yargı alanı dışına çıkarılması mümkün olan bir alandı. İmzalamış olduğumuz ve Anayasa md. 90 gereği iç hukukumuzda “yasa” düzeyinde kabul edilen uluslararası anlaşmalar (ICSID ve ikili yatırım antlaşmaları) bir tarafın idare olduğu kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri için tahkim yolunu önceden beri öngörmekteydi. Bkz. C.Şanlı, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, **Altyapı Projelerinde Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, 1998, s.38; E.Ertekin ve İ.Karataş, **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması**, Ankara, 1997, s.522; Bkz. Z.Aslan, Nihal Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü” **İstanbul Ticaret Üniversitesi SBD**, Y:4, S:18, 2005, s.1-25. Aksi yönde görüşler için bkz. İ.Özay, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, 1999, s.629-639.

490 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, cilt 1, s.654 vd.

491 Örnek olarak bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.317-318; A.Ülkü Azrak, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, Panel**, TBB Yayını, Ankara, 1999, s.32; R. Aybay, “Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim”, **Ekonomik Forum**, 15 Ağustos, 1999; A.Gülan, “Kamu Hizmetlerinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği” **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, s.150 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.236 vd; S.Üstündağ, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?-2**, BTHAE, Ankara, 1999, s.14. Tahkim kurumunu savunan görüşler için de ayrıca bkz. N. Nas, “Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, s.67; H. Günöğür, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli**, TBB Yayını, Ankara, 1999, s.66.

Örneğin, GÜNDAY'ın da belirttiği gibi: “İmtiyaz sözleşmesinin konusu bir kamu hizmetinin özel bir kişi tarafından yürütülmesidir. Dolayısıyla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri *kamu yararını* (ve kamu hizmeti ilkelerini de G.A.) *gerçekleştirmek için* yapılır ve kamu yararı sözleşmenin taraflarının çıkarları ile özdeş değildir.

Tahkimde esas olarak *tarafların çıkarları* gözetilerek bu çıkarlar arasında bir uzlaştırmaya gidileceğinden, tarafların çıkarları ötesinde *kamu yararının gözetilmesi* pek düşünülemez.

Bu nedenle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi *kamu yararının* (ve kamu hizmeti ilkelerinin, bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesinin de, G.A.) *gözetilmemesine* yol açabilir.

Buna rağmen, özellikle 1980’li yıllarda yoğun bir biçimde uygulamaya konulan liberal ekonomi politikaları sonunda, az gelişmiş ülkelerdeki kamu hizmeti niteliğindeki yatırımları imtiyaz sözleşmeleri akdederek yapan çok uluslu şirketler, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların İdari Yargı yerleri tarafından ve kamu yararı (ve kamu hizmeti ilkeleri G.A.) ekseninde çözülmesinden hoşnut olmamışlar ve bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi taleplerini gündeme getirmişlerdir.”⁴⁹²

e)2)3) Öte yandan, uluslararası tahkimin de öngörüldüğü bir sözleşmede, hakem heyetlerinin uyuşmazlıklarda özel hukukumuzun konuyla ilgili ilkelerini, esaslarını uygulayıp uygulamayacakları, uygulamaya karar verseler bile bu kavramları hangi anlam ve kapsamda ya da hangi yorumlarla değerlendirecekleri de ayrıca düşünülmesi gereken bir konudur.⁴⁹³

Hakem yargılamasında, özellikle de uluslararası tahkim usulüne başvurulması ihtimalinde yabancı hakemler kamu hizmetlerinin ilkeleri (bu kapsamda, süreklilik-düzenlilik ilkesi) ile bu ilkelerin toplumumuzda hedeflediği “sosyal fayda”yı dikkate almadan karar verebileceklerdir.

492 Bkz. M.Günday, **İdare Hukuku**, s.317-318.

493 Yatırım tahkiminin ne denli öngörülemez sonuçlar doğurabileceğine yönelik yabancı literatürde de çok sayıda çalışmaya rastlanılmaktadır. Bu konuda özellikle International Institute for Sustainable Development adlı kuruluşun yayınları için bkz. www.iisd.org; ayrıca, bkz. G.V. Harten, **Investment Treaty Arbitration and Public Law**, Oxford University Press, New York, 2007.

e)2)4) Bu bakımdan, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesinde de belirtildiği üzere, tahkim şartı içeren imtiyaz sözleşmelerinde de, özellikle bedelsizlik ilkesi, genellik-tarafsızlık ilkesi ve bu ilkelerin süreklilik-düzenlilik ilkesi ile olan ilişkisi çerçevesinde, sözleşmenin tarafı olan özel kişinin hizmet karşılığında hizmetten yararlanacak olanlardan talep edebileceği “ücret” konusu önem taşımaktadır.

Özel hukuk kişisi, kar elde etmek amacıyla, tahkim şartı içeren imtiyaz sözleşmelerinin ücretle ilgili düzenlemelerinde kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi ile bağdaşmayacak şekilde hükümler konulması yolunda taleplerde bulunabilecek, İdare üzerinde baskı kurma yoluna gidebilecektir. Bunun sonucunda, maddi gücü yetersiz olan kişilerin hizmetlerden sürekli ve düzenli olarak yararlanamaması riski doğabilecektir.

Yine, Anayasanın 47.maddesinde yapılan değişikliğin kamu hizmeti ilkeleri üzerindeki etkilerinde de belirtildiği gibi; tahkim şartı içeren imtiyaz sözleşmelerinde de, özel hukuk kişilerinin edimleri (yürütecekleri hizmet) ve bunun içeriği; yani anlamı, kapsamı bakımından meydana gelebilecek değişimler konusu da uyarlanma ilkesi (ve bu ilkenin süreklilik-düzenlilik ilkesi ile olan ilişkisi) bakımından birtakım sorunları da beraberinde getirebilecektir. İdare, imtiyaz sözleşmelerinde, uyarlanma ilkesi çerçevesinde hizmetlerin çağın gereklerine, kamusal ihtiyaçlardaki değişime paralel olarak, “belli bir nitelikte sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için” tek taraflı değişiklik yapabilme, sözleşmede yer almayan hususları talep edebilme yetkisine sahiptir. Ancak, tahkim kuralı içeren bir sözleşme, aynı konumda yer alan iki özel kişi arasındaki bir sözleşme gibi algılanabilecek ve sözleşmede belirtilmeyen hiçbir kural, ilke, talep sözleşme üzerinde etkili ve geçerli olamayabilecektir.⁴⁹⁴

e)2)5) Her ne kadar, teorik olarak bu tür sözleşmelerde kamu hizmeti ilkelerinin uygulanmasının *pratikte* önüne geçecek nitelikte hükümlere yer verilmeyeceği düşünülebilirse de, özellikle ekonomik (ve hatta siyasi) gücü olan uluslararası şirketler ve yatırımcılar, uygulamada söz konusu sözleşmelerde bu yönde bir uygulamayı ortadan kaldırmaya yönelik hükümleri –özellikle- talep edebileceklerdir.⁴⁹⁵

494 Öğretide, bu yönde eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. A.Gülan, “Kamu Hizmetlerinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği” **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, s.141, 144, 150.

495 Öğretide, her ne kadar, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden doğan ihtilafların halli için tahkim yolu açılmışsa da, menfaati ihlal edilen, tahkim şartı ile bağlı olmayan 3.kişilerin hizmetin gereği gibi işlemlerini

İşte, burada kamu yararını ve kamu hizmeti ilkelerini –süreklilik ve düzenlilik ilkesini de- gözetmesi gereken İdarenin, elbette yasakoyucunun da, tahkim şartının veya sözleşme içeriğinin belirlenmesi aşamasında dikkat ve özen göstermesi gerekecektir.⁴⁹⁶

Ulusal yargı organlarında kamu yararı ve kamu hizmeti ilkelerine ilişkin önceliklerin bu türden uyuşmazlıklarda dikkate alınması gerektiği gibi, yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin uluslararası tahkim yargılamasında da benzer bir şekilde bir “uluslararası kamu düzeni” hassasiyetinin oluşması gerektiğinden de söz edilebilecektir.

e)3) Sonuç olarak; imtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturan kamu hizmeti, ilkeleri açısından, 155.maddede yapılan değişiklik (e)1) eskisine göre daha az güvenceli ve 125.maddede yapılan değişiklik (e)2) ise hiç güvence içermeyen bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

F. Koruyucu Faaliyetler

1. Genel Açıklamalar

Koruyucu faaliyetler; *milli güvenliği koruma faaliyeti ile kolluk faaliyeti* olarak ifade edilmektedir.⁴⁹⁷

temin bakımından idari yargıda dava açabilecekleri yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. S.Tanrıver, “**Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim**”, s.1082; C.Erku, “İdari Yargıya Başvuru Hakkının İdari Dava Türleri İle Sınırlandırılması”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 2000, s.112; O.Karahanoglu, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.334; Z.Aslan, Nihal Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü” **İTÜCÜ SBD**, Y:4, S:18, 2005, s.1-25.

3.kişiler İdari Yargıda dava açabileceklerine göre, tahkim şartının hukuki değeri ve anlamı da tartışmalı hale gelebilmektedir. Örneğin, AZRAK 1999 Anayasa değişiklikleri öncesi katıldığı bir panelde, hizmetten yararlanan 3.kişiler için 1) hakeme gidemeyecekler; 2) Adli Yargıya gittiklerinde, İdareden gerekli işlemlerin yapılması istenecek; 3) İdareye başvurulduğunda, idari işlem tesis edilecek ve bu işleme karşı yine İdari Yargıda dava açacaklar, tespitini yaptıktan sonra, tahkimin pratik değerinin bir anlamının kalmadığını belirtmiştir. Bkz. Ü.Azrak, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim**, s.32.

496 Bkz. S.Tanrıver, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim**, s.1085.

497 Koruyucu faaliyetlerle ilgili detaylı bilgi için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt 1, s.752 vd; İ.Giritli, P.Belgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, s.979 vd; İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, s.489 vd; Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.28 vd; M.Günday, **İdare Hukuku**, s.257 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.577 vd; T.Yıldırım, M.Yasin, N.Karan, E.Özdemir, G.Üstün, Ö.Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.683 vd; E.E.Atay, s.515 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.42 vd.

Çalışmanın başında, öğretide koruyucu faaliyetlerin de aslında birer kamu hizmeti olduğunu ifade eden görüşlerin olduğu; ancak çalışma konumuzu sınırlayabilmek adına, İdarenin faaliyetleri konusunda İdare Hukukunda yapılan klasik ayrıma (dar anlamda kamu hizmeti kavramına) sadık kalındığı belirtilmiştir.⁴⁹⁸

Koruyucu faaliyetlerin varlık nedeni, ‘‘kamu düzeni’’nin korunmasıdır.⁴⁹⁹

Milli güvenlik faaliyeti, her türlü dış kaynaklı müdahaleye karşı ülkenin bağımsızlığı ile egemenliği ve temel toplumsal yapıyı koruyarak ülkenin ulusal menfaatlerini gözetme olarak ifade edilebilir. Bu faaliyet, ülkelerin uluslararası alanda milli menfaatlerini, Anayasal rejimin ve özellikle de devletin bağımsızlığı ve bütünlüğü ile Anayasal niteliklerini ve ülkenin ekonomik yapısı ile toplumun genel sağlığı ve kültürel yapısının özü ve temelini ilgilendiren veya ciddi olarak tehdit eden her türlü iç-dış olgu, olay ve faaliyeti kapsamaktadır.⁵⁰⁰

Kolluk faaliyeti yürütülürken ise, kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla, yasalar çerçevesinde tek taraflı kararlar alması, hak ve özgürlüklere müdahalelerde bulunulmaktadır.

İdare Hukukunda benimsenen klasik ayrım çerçevesinde, kamu hizmetleri ile kolluk faaliyetleri arasında şu farklılıkların olduğu belirtilmektedir: Kamu hizmeti ile amaç kamu yararının; kolluk faaliyetinde ise kamu düzeninin sağlanmasıdır. Faaliyetlerin yerine getiriliş vasıtaları bakımından ise kolluk faaliyetleri emir ve yasaklar yoluyla- tek yanlı idari işlemlerle; kamu hizmetleri ise bir edimde bulunularak yerine getirilir. Dolayısıyla da idare ile hizmetten yararlananlar arasında idarenin zorlayıcı kararlar almasını gerektiren bir durum söz konusu değildir.⁵⁰¹

498 Bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 1, İstanbul, 1966, s.29-30; İ.Özay, **Devlet İdari Rejim ve Yargısal Koruma**, 3.Kitap, İstanbul, 1990, s.31; İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 2002, s.225; S.Derbil, **İdare Hukuku**, cilt 2, Ankara, 1952, s.421; T.B.Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara, 1970, s.16; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2010, s.526; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, İstanbul, 2008, s.357. Farklı yönde görüş olarak bkz. L.Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.245.

499 Kamu düzeni kavramı ise, toplumun güvenliğini, sağlığını ve esenliğini bünyesinde barındırır. Bu kavram, zaman içinde genişlemiş ve özellikle de ‘‘ahlak’’ ile ‘‘ekonomik düzen’’ unsurlarını da kapsamına almıştır. Bu bağlamda, doğa ve çevrenin korunması, ekonomik kamu düzeni, estetik kamu düzeni kavramları kullanılmaya başlanmıştır.

⁵⁰⁰ Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.48.

⁵⁰¹ Bununla birlikte, öğretide bazı faaliyetlerin ‘‘*karma nitelikli faaliyetler*’’ olarak ifade edilebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, İdarenin bazı faaliyetlerinin koruyucu faaliyetler- kamu hizmeti

2. Koruyucu Faaliyetler ile Kamu Hizmetleri Arasındaki İlişki: Görevlerin Sürekli ve Düzenli Olarak İfasını Kolaylaştırma ve/veya Riskleri Azaltma

Kolluk faaliyeti ile kamu hizmetlerinin aralarında şöyle bir ilişki olduğu da göze çarpmaktadır: Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi, kolluk faaliyetlerini kolaylaştırıcı bir etki de yaratabilmektedir. Bazı durumlarda ise, milli güvenliğin veya kamu düzeninin korunması amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet kamu hizmetlerinin (sürekli ve düzenli olarak) yerine getirilmesini kolaylaştırabilmektedir.⁵⁰²

2)a) Örnek olarak, yolların aydınlatılması için yapılan sürekli ve düzenli hizmetler, aynı zamanda kolluk güçlerinin güveliği sağlamaları için de yardımcı olmaktadır. Ya da eğitim, sağlık alanında sürekli ve düzenli olarak yürütülen hizmetler de toplum içinde birlik ve barışın sağlanması adına milli güvenlik ve kamu düzeninin bozucu nitelikli olguların ortaya çıkmasını engelleyebilecektir.⁵⁰³

Kamu Malları Rejimi bölümünde de belirtildiği üzere, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için İdarenin ihtiyaç duyduğu kamu mallarının korunması, haksız işgallerin önlenmesi de bir yandan kamu düzenini sağlarken, aynı zamanda hizmetlerin de sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini sağlamaktadır. Elektrik lambalarının korunması, suç işlenmesini önlerken bir yandan da aydınlatma hizmetlerinin kesintisiz bir şekilde sunulmasını da sağlamaktadır.

2)b) Kolluk, bazı hallerde bir kamu hizmetinin engellenmesini önlemek amacıyla da çeşitli müdahalelerde bulunabilmektedir. Esasında, bu durumda, kamu düzeni, görülmekte

ayrımından hangisine gireceğinin belirlenmesi zor olabilmektedir. Çünkü bazı idari faaliyetler, hem bir edim sunma hem de milli güvenliğin ve kamu düzenini sağlama amacını taşımaktadır. Bu tür faaliyetlerde, bireylerin sunulan hizmetlerden yararlanma mecburiyeti de bulunmaktadır. Çünkü bu hizmet, sadece ona edim sunmak için değil, aynı zamanda kamu düzenini sağlamak için de yapılmaktadır. Anayasanın 42.maddesinde yer alan “zorunlu eğitim”e ilişkin düzenlemeler buna örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.355, 356; C.Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, cilt 2, s.286 vd.

502 İdarenin faaliyetleri arasındaki ilişkiler hakkında genel bir değerlendirme olarak bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.354 vd.

503 Belli bir eğitim düzeyine sahip olan bir toplumda, suç işleme oranının azalacağı söylenebilecektir. Aynı şekilde, milli eğitim hizmeti sayesinde ortak bir kültürel paydaya sahip olacak bireyler, ülkenin bütünlüğüne aykırı faaliyetlerde bulunma yoluna gitmeyebileceklerdir.

olan bir kamu hizmetinin sürekliliğinin kesintiye uğraması, engellenmesi dolayısıyla bozulmaktadır.

Örneğin, bir hastane önünde düzenlenen bir gösteri yürüyüşünün kamu düzenini bozması durumunda kolluk güçlerinin kamu düzeninin yeniden sağlanmasına yönelik faaliyeti, esasında söz konusu hastanede yürütülmekte olan sağlık hizmetlerini(n sürekliliğini, düzenliliğini) de korumaktadır. Bu örnekte, esasında görülmekte olan kamu hizmeti engellendiği için kamu düzeni bozulmakta; bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmeye yönelik olan kolluk faaliyeti, aynı zamanda yürütülmesi engellenen kamu hizmetinin sürekliliğini de sağlamaktadır. Bir başka örnek de, İETT otobüslerine zarar verilmesi durumunda, toplumun güvenliği, dirlik ve esenliğini korumak amacıyla kolluk güçlerinin müdahalesinin, aynı zamanda ulaşım hizmetlerinin sürekli-düzenli olarak yürütülmesini de sağlamasıdır.⁵⁰⁴

Öğretide, GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER de, idarenin bu iki faaliyetinin araçları bakımından sıkı bir ilişki olduğunu şu şekilde ifade eder: “...kimi kamu hizmetlerinin *düzenli, sürekli, değişken ve gereksinmelere uydurularak yürütülmesi*, kamu düzeninin bozulmamasında önemli bir neden olabilir. Ayrıca, iyi ve etkili işleyen bir kolluğun da, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde önemli bir olgu olarak ortaya çıktığı bilinmektedir. Örneğin, iyi işleyen bir sağlık kamu hizmetinin, kamu düzeninin sağlanmasında; buna karşılık, iyi işleyen bir kolluk etkinliğinin de, kamu hizmetinin *sürekli, düzenli* yürütülmesinde önemli bir etken olduğu açıktır.”⁵⁰⁵

2)c) Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi, bazı örneklerde ise kolluk görevleriyle çakışabilir. Bazı hallerde kamu düzeninin korunması amacı, yürütülen bazı kamu hizmetlerinin engellenmesi gereğini de beraberinde getirebilecektir. Bir kamu hizmetinin, örneğin bir Danıştay kararında da yer aldığı gibi, heyelan tehlikesi olduğu tespit edilen bir yolun, açık tutulmasından bir süreliğine vazgeçilerek tedbir alınması gerekebilecektir. Bu zaman diliminde yolun açık tutulması yönündeki kamu hizmeti kesintiye uğrarken, kolluk

504 Benzer örnekler, milli güvenliği koruma faaliyetine yönelik de verilebilir. Milli güvenliği, örneğin toplumun genel sağlığını etkileyecek bir sağlık biriminde yapılacak olan eylem için kolluk güçlerinin gereken önlemleri alıp gerekli müdahalelerde bulunması gibi. Ya da, yine toplumun genel sağlığını etkileyecek olan bir salgın hastalığın varlığı halinde, sağlık hizmetlerinin sürekli-düzenli olarak işlenmesini aksatacak nitelikteki faaliyetlerin önlenmesi, bu tür faaliyetlere gerekli müdahalelerin yapılması gibi.

505 Bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2008, s.923. Kitabın 2011 basısındaki benzer ifadeler için ayrıca bkz. İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, K.Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2011, s.984, 985.

denetimi ve tedbiri bir bakıma kamu hizmetlerinin sürekliliğinin önüne geçmektedir.⁵⁰⁶ Bir başka örnek de, ülke çapında bir salgın hastalığın baş göstermesi ihtimalinde, okulların tatil edilmesidir. Bu takdirde, toplumun sağlığının korunması, eğitim-öğretim hizmetlerinin süreklilik ve düzenliliğini ikinci plana atmaktadır.

2)d) Görüldüğü üzere, koruyucu faaliyetler ile kamu hizmetleri -ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekli-düzenli şekilde sunulması hali- arasında ilişkiler ortaya çıkabilmektedir. Genellikle, kamu hizmetlerinin sürekli-düzenli sunulması, koruyucu faaliyetlerin yerine getirilmesini kolaylaştırmaktadır. Ama bazı hallerde, koruyucu faaliyetler kamu hizmetlerinin kesintiye uğramasını da gerektirebilmektedir.

G. Planlama Faaliyeti

1.Genel Açıklama

İdare, sahip olduğu kıt kaynaklar, personel ile kamusal mallarını; mevcut ya da ileride doğabilecek olan toplumsal ihtiyaçları karşılamak için kendisine yasalarla yüklenen görevleri yerine getirebilmek adına ne şekilde, hangi öncelikleri ve esasları gözeterek dağıtacağını, planlama faaliyeti ile belirleyecektir.

Planlama faaliyeti, toplumsal ihtiyaçların belirlenerek bu ihtiyaçlar arasında bir öncelik sıralaması yapılması ve daha sonra da bunların uygulanmasının belli bir programa bağlanması şeklinde ifade edilebilecektir.

Sosyal devlet anlayışı, Devletin sosyal ve ekonomik yaşama müdahalesini öngördüğüne göre, bu müdahalenin sistemli, tutarlı, akılcı ve bilimsel bir biçimde gerçekleştirilmesini sağlayacak başlıca araç, planlamadır.⁵⁰⁷ İhtiyaçların belirlenmesi ve planlanması faaliyeti, yürütmenin siyasi tercihleri çerçevesinde yerine getirilmekte ve en son aşamada da yasama organı tarafından ifa edilmekte ise de, burada idarenin –özellikle de Devlet Planlama Teşkilatı'nın da önemli rolü bulunmaktadır.⁵⁰⁸

506 Bkz. D 10 D, E.1995/6440, K.1997/4796, K.T.24.11.1997, **DD**, S:96, s.604.

507 Bkz. E.Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2009, s.133.

508 Ayrıca, özel faaliyet konularına ilişkin olarak ihtiyaçları belirleme işini yapan başka idareler de vardır: Yükseköğretim Kurumu gibi.

Planlama faaliyetine ilişkin olarak, Anayasanın 166.maddesinde: “*Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak* Devletin görevidir.

Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda *toplum yararları ve gerekleri* gözetilir; *kaynakların verimli şekilde kullanılması* hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir.” hükmü yer almaktadır.

Planlama faaliyeti, ülke kalkınmasının dengeli ve sağlıklı olarak gerçekleştirmesini hedefler. Bu şekilde, devletin sosyal devlet olma özelliğinin yaşama geçirilmesinde katkıda bulunur. Dengeli bir şekilde kalkınmak ve sosyal devletin sunduğu refah toplumuna kavuşmak da, hiç şüphesiz, en önemli toplumsal ihtiyaçlardan birini oluşturmaktadır.⁵⁰⁹

2. Planlama Faaliyeti ile Kamu Hizmetleri Arasındaki İlişki

2)a) Anayasanın 166.maddesinden hareketle, “ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınma”nın gerçekleştirilebilmesi için kamu hizmetlerine ilişkin planlama yapılması gerekecektir. Kamu hizmetlerine ilişkin yapılacak olan planlamada, mevcut ya da ileride doğabilecek olan ihtiyaçlar göz önüne alınacaktır.

Bu bağlamda, idarenin kamu hizmetlerini sunarken ihtiyacın belirlenmesi bağlamında, hangilerinin öncelikle sunulması gerektiği esasen planlama faaliyeti ile ortaya çıkmaktadır. Planlama faaliyeti, kamu hizmetlerinin düzenlenmesi ve geliştirilmesi ile destekleme ve özendirme faaliyetlerinin yapılması aşamasında, bilgi verici ve yön gösterici bir işlevi sağlamaktadır. Böylelikle, ortaya çıkan yeni ve farklı ihtiyaçların gerektiği gibi, sürekli ve düzenli olarak karşılanabilmesi; kamu hizmetlerinin bu değişen ve gelişen ihtiyaçlar çerçevesinde sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi sağlanmış olacaktır. Planlama faaliyeti, bu açıdan, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için bir “*ön faaliyet*” olarak nitelendirilebilecektir.

509 Bu bağlamda, Giriş kısmında “Kamu hizmeti kavramının içeriğini genişleten yaklaşımlar” kısmında da değinildiği üzere, öğretilerde, planlama faaliyetinin de geniş anlamıyla bir kamu hizmeti olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.359; İ.Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 2002, s.225.

2)b) Diğer taraftan, planlarla; mevcut kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve düzenliliğini sağlayacak mekanizmaların ve önlemlerin de yer alması gerekmektedir.

Bu durumda planlama faaliyeti, hem yeni kamu hizmetlerinin kurulması ve sürekli-düzenli şekilde yürütülmesine ve hem de mevcut hizmetlerin bu ilkeye uygun olarak devam ettirilmesine ilişkin hususları içerecektir.

YAYLA'ya göre de: “Kamu yönetiminin bir görevi de mevcut koşullardan ve verilerden hareket ederek geleceği planlamaktır. Bu yapılmadığı takdirde yeterli tedbirler alınmaz ve *sürekli bir 'geç kalış'* içine düşülür. Bazı hallerde, söz konusu gecikme, mevcudun kaybına dahi neden olabilir. Zaman zaman da, özellikle hızlı bir şehirleşmenin yaşandığı ülke ve ekonomilerde, ulaşım, yerleşim ve sağlık sorunlarının büyüdüğü görülür... İşte bu nedenlerle, bir yandan var olan değerler koruma altına alınırken, bir yandan da gelecekteki gelişme planlanır, programa alınır ve bu programa uygun işlem, eylem ve denetimler yapılır.”⁵¹⁰

2)c) Kalkınma planları, yıllık planların yanı sıra, özellikle de yerel hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak sürdürülebilmesi bakımından son derece önemli olan *imar planlarından* da bahsedilebilecektir. Bununla birlikte, bir ülkenin veya bölgenin, hatta küçük bir arazinin gelecekte karşılaşılabileceği koşulları öngörürken, kalkınma planlarının, yatırım programları ve icra planlarının ve kararlarının bilinmesi ve dikkate alınması da gerekecektir. Yoksa, fiziki planlama ile hedeflenen amaçlara ulaşılamayacaktır. Örnek olarak, belli bir ilin sınırları içerisinde imar planlaması yapılırken, kalkınma plan ve programlarının o ilde çeşitli kamusal yaptırımları öngördüğü ve özel yaptırımları da özendirdiği bilinmiyor ya da düşünülüyor ise yapılacak imar planının dayandığı varsayımlar (nüfus artışı, yoğunluğu; konut ihtiyacı; ulaşım hizmetleri; su, enerji, okul, hastane tesisleri vb) doğru belirlenemeyecektir. İmar planıyla düzenlenmek istenen yerde, su, okul, hastane, konut, çarşı vs. tesisleri ihtiyaçları yeterince ve gereği gibi karşılanamayabilecektir. Bu durumda, yerel hizmetler yetersizleşecek ve hizmetler de aksayacaktır. Bu bağlamda, imar planlarının da kalkınma plan ve programları ile; kalkınma plan ve programlarının da yerel özellik ve ihtiyaçları gözetilen imar planlaması ile uyumlu ve eşgüdümlü olarak düzenlenmesi gerekmektedir.⁵¹¹

510 Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.157.

511 Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.160, 161; Y.Yayla, **Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği**, İstanbul, 1975, s.131-133.

Danıştay bir kararında, İdarenin önceden planlayarak gerekli önlemleri alması gerekirken, şehir nüfusunun hızla artması ve fakat buna karşılık yönetimin personel gücünün bu hizmeti karşılamaya yetmemesi gerekçesine dayanılarak, su saati sayacı bağlatma ve ücretleri tahsil etme görevinin apartman yöneticisine devredilmesine ilişkin işlemi iptal etmiştir: “Bir kamu kurumunun hizmetlerin artması, koşulların değişmesi karşısında *kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken*, şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak *hizmetin sürüncemede kalmasına sebep olmak*, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramı ile bağdaşmaz.”⁵¹²

Konuyla ilgili bir kararında, Anayasa Mahkemesi de, yasakoyucunun gelecekteki sağlık personeli ihtiyacı çerçevesinde, hemşirelik mesleğine ilişkin olarak, lisans eğitimi koşulunu getiren yeni düzenlemelerin yanı sıra, sağlık meslek lisesi mezuniyeti koşulunu yeterli sayan eski sistemin 5 yıl daha uygulanmaya devam etmesini Anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, “sağlık hizmetlerinin *devamlılığı* asıldır... Sağlık ve yaşam hakkının korunması ve bu korumanın *sürekliliğinin* sağlanması da Devletin pozitif yükümlülüğünün bir gereğidir.” Her ne kadar, sağlık hizmetlerinin “belli bir nitelikte” sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi için lisans düzeyinde eğitimin önemli olsa da, hemşire olabilmek için bu eğitim şartını getiren yasanın hazırlanış sürecinde yasakoyucu bir *planlama faaliyetinde* bulunmuş ve belli bir süre daha eski sistemin devam etmesi durumunda sağlık hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebileceğini fark etmiştir.⁵¹³

2)d) “Kamu Hizmetlerinin Anayasal İlke ve Gerekçeleri” başlığı altında da değinildiği üzere, Anayasanın 65.maddesinin düzenleyici işlevi bakımından da planlama faaliyetinin önemli bir rolü olacaktır. Mali kaynakların, bütün kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesi için yeterli olduğu takdirde, 65.maddenin uygulama alanından söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için yeterli mali kaynaklar yoksa, mali kaynakların belli önceliklere göre tahsis edilmesi gerekecektir. Devlet, kamu yararını gerçekleştirecek faaliyetler arasında bir sıralama yapacak, bir öncelikler listesi hazırlayacaktır. Elbette, kanunkoyucunun görevler – toplumsal ihtiyaçlar- arasındaki öncelikleri doğru belirleyebilmesi de planlama faaliyetinin

512 Bkz. D 11D, E.1974/4855, K.1977/1704, K.T.4.5.1977, **DD**, S:28-29, s.604.

513 Bkz. AYM E.2007/78, K.2010/120, K.T.30.12.2010, RG 5.2.2011-27837.

(md.166) gereği gibi yapılmasına bağlı olacaktır.⁵¹⁴ Bu tür önceliklere uymadan mali kaynaklarını başka alanlara özgüleyen Devlet, mali kaynaklarının yetersizliğinden söz edemez.

2001 Anayasa değişikliği bu açıdan da önemli bir reforma giderek, Devlete, sosyal ve ekonomik devlet ödevlerinin “amaçlarına uygun önceliklerini gözetme” yükümlülüğü getirmiştir. İkinci olarak 65. maddenin düzenleyici işlevi, olumlu bir davranış ölçüsü olarak da değerlendirilebilecektir. Buna göre Devlet, “mali kaynağı yetersiz ve sınırlı” olan bir kurum, taşıyamayacağını bildiği ya da bilmesi gerektiği ek bir yükün altına sokmamalıdır.

2)e) Görüldüğü üzere, planlama faaliyeti, kamu hizmetlerinin sürekli-düzenli yapılabilmesinin ön şartlarından birisini oluşturmaktadır. Doğru ve düzgün bir planlama yapılmadan hizmetlerin sürekliliğinin sağlanması da mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan, doğru ve düzgün bir planlama faaliyeti yapılırken mevcut kamu hizmetlerinin sürekliliğini düzenliliğini sağlayacak mekanizmaların ve önlemlerin öngörülmesi de gerekecektir.

H. Sorumluluk Hukuku

1. Genel Açıklama

1)a) Bilindiği üzere, kamu hukukunda “görev”, “yetki” ve “sorumluluk” üçlüsü kural olarak birbirini takip etmektedir. Kendisine yasalarla görevler yüklenen ve bu görevleri yerine getirebilmek için yetkilerle donatılan idare, bu yetkilerini gerektiği zaman gerektiği şekilde kullanmak durumundadır; aksi halde, meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaktadır.

Anayasa, 125.maddesinde idarenin sorumluluğunu açıkça düzenler: “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” Ayrıca, 129.maddede, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla, ancak idare aleyhine açılabilceğini belirtir. Temel hak ve

⁵¹⁴ Bu öncelikler bazen Anayasada açıkça belirlenmiştir. Örneğin, kamu hizmetinin bedelsizlik, genellik ve tarafsızlık, süreklilik ve düzenlilik ilkeleri arasındaki ilişki ve etkileşim bağlamında da düşünebileceğimiz, Anayasanın 61. maddesinde yer alan “Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” ile ilgili harcamalar bu niteliktedir. Ama öncelikler, ödevlerin niteliğine göre yorum yoluyla da belirlenebilir.

hürriyetlerin korunması başlıklı 40.maddede de: ‘Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar kanuna göre Devletçe tazmin edilir.’ kuralı yer almaktadır. Anayasanın 2.maddesinde yer alan ‘sosyal hukuk devleti ilkesi’, kamusal işlemlerden doğacak olan zararların tazminini gerektirir. Ayrıca, yine Anayasanın 5.maddesinde belirtilen Devlete yüklenen görevlerin gerçekleştirilebilmesi de kamusal işlemlere karşı yargısal korumayı gerekli kılar.

1)b) İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için 3 şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir: Fiil, zarar ve fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı. Öncelikle, idarenin yürüttüğü bir idari faaliyet veya idareye bağlanabilecek bir faaliyet olmalıdır. Bu faaliyetten bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. (faaliyetle zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır.)

İdarenin İdare Hukukundan doğan sorumluluğu ikiye ayrılır: Hizmet kusuru (kusura dayanan sorumluluk) ve kusursuz sorumluluk

1)c) Süreklilik ve düzenlilik ilkesi açısından, bu çalışmada İdarenin kusura dayalı sorumluluğunu teşkil eden hizmet kusuruna değinilecektir.⁵¹⁵

1)d) Hizmet kusuru bağlamında, İdarenin sorumluluğu konusunda süreklilik-düzenlilik ilkesine, kararlarda dolaylı olarak da rastlanmaktadır. Örneğin, İdarenin sorumluluğunu doğuran hizmet kusurları arasında bu ilkeye işaret eden ifadeler/durumlar da bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin kötü işlemesi, hiç işlememesi veya geç işlemesinin (bir başka deyimle, gereği gibi işlememesinin) bir hizmet kusuru sayılması, bazı hallerde, süreklilik-düzenlilik ilkesinin bir yaptırımı olarak da kabul edilebilecektir.

2. Hizmet Kusuru Oluşturan Haller

2)a) Hizmet kusuru, kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin hukuki yapısı ve bundan doğan Devlet borcu ile açıklanabilir.

515 Çünkü kusursuz sorumlulukta, herhangi bir kamu hizmetinin ‘gereği gibi’ yerine getirilmemesi söz konusu değildir. İdare, hukuka aykırı bir faaliyeti olmamasına rağmen sorumlu tutulmaktadır.

Sosyal devlet ilkesi bağlamında, İdare, Anayasanın ve yasaların kendisine verdiği görev ve yetki kapsamında, imkanları dahilinde, topluma kamu hizmeti sunmak için gerekli örgütlenmeyi yapmak, gerekli araçları temin etmek, gerekli personeli istihdam etmek ve eğitmek, gerekli denetimleri yapmak ve kamu hizmetinin aksamadan devam etmesi için gereken tedbirleri almakla yükümlüdür.

İşte bu hizmet borcunun ifa edilmemesi, eksik ve hatalı ifa edilmesi, zamanında ifa edilmemesi idarenin hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Öğretide genel kabul gören hizmet kusuru Profesör Deuz'in yaptığı tanımlamadır: İdare, hizmetin kötü ve geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde "hizmet kusuru" işlemiş sayılır.⁵¹⁶ Aslına bakılırsa, *bütün bu hallerde, kamu hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesi de zedelenmiş olmaktadır.*

Devlet, kamu hizmetlerini alanları itibariyle, koşullara en uygun ve ihtiyaçlarını karşılama en üst seviyede gerçekleştirmek için sürekli, düzenli ve istikrarlı bir şekilde sunmak, yani kamu hizmetlerini en etkin en verimli ve hukuka uygun bir şekilde sağlamakla yükümlüdür. Bunun yerine getirilmemesi ise hizmet kusurunu oluşturacaktır.

Danıştay da bir kararında hizmet kusurunu şu şekilde tanımlar: "İdare Hukuku ilkelerine göre bir olayda hizmet kusurunun varlığından söz edilebilmesi için idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş, işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç ve zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekmektedir."⁵¹⁷

Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında ise, "Genel olarak hizmet kusuru bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur. İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması suretiyle zarara sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işlemesinde

516 Bkz. L.Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, N:138,1973,s.6.

517 Bkz. D 10D, E.1982/185, K.1983/1984, K.T.17.10.1983, **DD**, S:54-55, s.388.

olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hallerinde idarenin hizmeti kusurlu işlediği kabul edilmelidir.” açıklamasını yapmaktadır.⁵¹⁸

2)b) İdarenin hizmet kusurundan kaynaklanan bir tazmin sorumluluğundan bahsedebilmek için, idarenin hizmet kusurunun bulunması, hizmet kusuru sonucu bir zararın doğmuş olması ve hizmet kusuruyla zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

2) c) Hizmet kusuru teorisine ilişkin olarak, gerek Anayasanın 125. maddesi gerekse Devlet Memurları Kanununun 13.maddesi davanın doğrudan doğruya İdare aleyhine açılmasını belirtmektedir. Ayrıca, Anayasa md.129/5’te de: “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.” denilmektedir.

Kamu Personel Hukuku bölümünde de değinildiği üzere, söz konusu düzenlemeler, hem kamu hizmetlerini sürekli-düzenli olarak yerine getirecek olan kamu görevlilerini, hem de zarar gören kişileri korumaktadır. Ayrıca, İdarenin hukuka (aynı zamanda kamu hizmeti ilkelerine) uygun davranması sağlanarak da kamu hizmetlerinin hukuka (aynı zamanda kamu hizmeti ilkelerine de) uygun bir şekilde yürütülmesi gerçekleştirilebilecektir.

2)d) Hizmetin kötü veya geç verilmesi ya da hiç verilmemesi kavramları esasen hizmetin gereği gibi sunulmamasını ifade eder. Hizmet kusurunun, her durumda hangi kategoride yer aldığı kolay belirlenemeyebilir.

Hizmetin gereği gibi yerine getirilememesi hallerine, yargı kararlarından da hareketle, aşağıda yer alan örnekler verilebilir.

2)d)1) Hizmetin Kötü İşlemesi: En genel anlamıyla hizmetin kötü işlemesi, idarenin yürüttüğü hizmetin çağın gereklerine uygun olmaması, idareden objektif olarak beklenen özen ve dikkatin gösterilmemesi, olması gereken standart ve kalitede, (süreklilik-düzenlilik ilkesini

⁵¹⁸ Örnek olarak bkz. D 10D, E.1994/7359, K.1995/3559, KT.12.7.1995, www.danistay.gov.tr ; D 10D, E.2007/3301, K.2008/2939, K.T.29.4.2008, www.danistay.gov.tr

değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi ile birlikte düşündüğümüzde) “belli bir nitelikte” yapılmamasıdır.⁵¹⁹

Diğer bir deyişle idare, yürüttüğü kamu hizmetini imkanlar dahilinde kendisinden beklenen objektif özen ve dikkati göstererek yapmak ve olağan şartlarda sunması gereken kalitede hizmet sunmak zorundadır.

Bir kamu hizmetinin gereği gibi işleyip işlemediğini tespit etmek için her zaman ve her kamu hizmetine uygulanabilecek belirli ve kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin gereği gibi işleyip işlemediğini tespit etmek, her somut olayı kendi şartları içinde zamana, mekana, idarenin imkanlarına ve tarafların ve üçüncü kişilerin davranış ve olaya katkıları göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme sonucunda İdari Yargı yerlerince mümkün olabilecektir. Bununla birlikte öğretide idarenin,

- Konuyla ilgili mevzuata, yerleşmiş içtihat ve uygulamalara uymaması,
- Meslek ilke ve kurallarına ve hizmet gereklerine uymaması,
- Gerekli teşkilatı tam olarak kurmamış olması,
- Yeterli sayıda ve kalitede personeli istihdam etmemiş olması,
- Personelin gerekli eğitime sahip olmaması,
- Gerekli denetimlerin yeterince yapılmamış olması,
- Hizmeti yürüten personelin, gerekli özen ve dikkati göstermemesinin, hizmetin kötü işlediğine karine oluşturduğu kabul edilmektedir.⁵²⁰

Hizmetin kötü işlemesine örnek olarak, idarenin personel eğitiminde gerekli dikkat, hassasiyet ve özeni göstermemiş olması; sağlık kuruluşlarında tedavi için gerekli ilaç, alet ve personelin her an hazır bulundurulmaması; ameliyat sonrasında tedavi ve bakımın aksaması ve gerekli tedavinin yapılmaması; tedavi için gerekli personelin yetersizliği; kamu hizmetlerine tahsis edilen malların bakım ve onarımlarının gerektiği ölçüde ve zamanında yapılmaması; itfaiye aracının yangın yerine yeterli araç ve ekipmanla gelmemesi; yürütülmekte olan kamu hizmetinin mevzuatta belirtilen nitelik ve ölçülere aykırı bir şekilde yerine getirilmesi verilebilir.

519 Bkz. E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.580.

520 Bkz. E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.581.

Danıştay da verdiği kararlarda, her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmeye tabi tutarak, hizmetin kötü işleyip işlemediğine karar vermektedir.

Örneğin, Danıştay; “hastaya ait grafiklerin muhafaza edilmemesini ve hastanın dosyasının kaybedilmesini” (“ ... Davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafiklerin gerektiği şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetlerinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği ...”),⁵²¹ “yol çalışması sırasında gerekli uyarıcı işaret ve levhaların konulmamasını”⁵²², “tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin hastaya bildirilmemesi ve riskin azaltılması için ilaç dozunu ayarlama gerekliliğinin gösterilmemesini”⁵²³, “gerekliliğinin alınmamış olması ve personelin psikolojik ve fizyolojik takibinin yapılmamış olmasını”⁵²⁴, sağlık kuruluşlarında tedavi için gerekli ilaç, alet ve personelin her an hazır bulundurulmaması, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımının aksaması ve gerekli tedavinin yapılmaması, tedavi için gerekli personelin yetersizliği⁵²⁵ hizmet kusuru oluşturduğuna hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, hizmetin kötü işlediği durumların önemli bir kısmında, süreklilik-düzenlilik ilkesine uyulmamış olmaktadır. Bu bağlamda, örneğin; gerekli denetimlerin kesintisiz olarak yapılmamış olması da süreklilik-düzenlilik ilkesiyle alakalı olmaktadır. Sağlık hizmetlerinde; -hasta kayıtlarının sürekli-düzenli şekilde tutulmaması; ilaç ve hasta takibinin sürekli- düzenli şekilde yürütülmemesi gibi...

2)d)2) Hizmetin Geç İşlemesi: İdarenin yürüttüğü kamu hizmetlerini tam olarak ve hukuka uygun olarak yürütmesi yeterli olmayıp; idarenin aynı zamanda yürüttüğü hizmetleri, zamanında ve gerekli hızda yapması zorunludur.⁵²⁶ Bu yükümlülük, yürütülen hizmetten

521 Bkz. D 10.D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, K.T. 29.04.2008, www.danistay.gov.tr

522 Bkz. D 8D, E. 2004/672, K. 2004/1829, K.T. 15.04.2004, www.danistay.gov.tr

523 Bkz. D DDGK, E. 2002/716,K. 2003/91, K.T. 07.03.2003, www.danistay.gov.tr

524 Bkz. D 10D, E. 2001/5251, K. 2003/494, K.T.06.02.2003. www.danistay.gov.tr

525 Bkz. D 10D, E. 2005/7545, K. 2007/5333, K.T. 20.11.2007, **Danıştay Dergisi**, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s.322 vd. Ayrıca bkz. D 10D ,E.1994/3258,K.1995/2379, K.T.3.5.1995 ,**DD**, S: 91, s.1118 vd.

526 Bkz. E.E.Atay, **İdare Hukuku**, s.582.

beklenen maksimum verimin sağlanması, hizmetin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesi için “olmazsa olmaz”lardandır. Aksi halde, idarenin yürüttüğü hizmete, mevzuatın gerektirdiği sürede veya hizmetin gereklerine uygun sürede başlamaması veya hizmeti bitirmemesi hizmetin geç işlenmesini oluşturmakta ve bu durum idarenin hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir.

Süreklilik ve düzenlilik ilkeleri bakımından hizmetin sunulması ne kadar önemliyse, hizmetin zamanında başlaması ve zamanında bitirilmesi de bir o kadar önemlidir. Örneğin, bürokrasinin çok yavaş işlemesi, bu suretle de hizmetlerin aksaması söz konusu olabilmektedir. Bilgi ve belge akışının hızlandığı, iletişimin kolaylaştığı günümüzde, uzun zaman alan bazı haberleşmelerin daha kısa sürede çözümlenebilir hale geldiği şüphesizdir. İdareler tarafından, bu kolaylığı hayata taşıyan teknoloji imkanlarından faydalanmak suretiyle, işlemlerin hızlandırılmasını sağlayacak çalışmalar yapılması, hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak topluma sunulabilmesi bakımından bir zorunluluktur.

Sonuç olarak idare yürüttüğü hizmetleri, varsa mevzuatta belirtilen süre de, mevzuatta belirli bir süre yoksa hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu imkanlar ve günün şartlarının verdiği elverişlilik ölçüsünde makul bir sürede başlamak ve bitirmek zorundadır. Bu hususları, somut olayın özellikleri üzerinden değerlendirerek hizmet kusurunu tespit edecek olan da yine İdari Yargı mercileridir.

Danıştay da verdiği kararlarda idarenin, “sınavı kazanan ve stajını tamamlayan kişiyi geç atamasını”⁵²⁷; “inşaatı zamanında bitirmemesini”⁵²⁸; “yaş haddini doldurduğu tarih itibarıyla emekliye sevki gerekirken, davacının yaş tashihi yaptırdığı hususu gözetilmeden görevine devam ettirilip emekli ikramiyesinin geç ödenmesini”⁵²⁹, “vatandaşlığa alınma

527 Bkz. D 12D, E. 1995/892, K. 1995/1750, K.T. 13.09.1995, www.danistay.gov.tr. Benzer bir karar olarak D 2D,E. 2004/4318, K. 2004/1544, K.T. 14.12.2004, www.danistay.gov.tr. Ayrıca, yeterlik sınavında başarılı olarak müfettişliğe atanmaya hak kazandığı halde, üç yıl gibi uzun bir sürede kadro hazırlanması olanaklı iken, bu yapılmaksızın boş kadro olmadığı ileri sürülerek geç atanması olayında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hakkında bkz. D 5D, E.2005/980, K.2007/5964, K.T.7.11.2007, www.danistay.gov.tr. Ayrıca bkz. D 5D, E.2003/6682, K.2005/3464, K.T.8.7.2005, www.danistay.gov.tr

528 “Dolu savak boşaltma kanalı inşaatını zamanında tamamlamayarak, şiddetli yağmurlar sonucu barajın taşmasına neden olan idarenin, bu nedenle meydana gelen su basması olayında hizmet kusurunun bulunduğu hk”, bkz. D 10D, E. 1982/3348, K. 1985/477, K.T. 07.03.1985, www.danistay.gov.tr

529 Bkz. D 11D, E.2001/3457, K.2003/899, K.T.25.2.2003, www.danistay.gov.tr

başvurusunun makul sürede sonuçlandırılmamasını”⁵³⁰; “bakanlar kurulunun kararnameyi geç çıkarmasını”⁵³¹; “kitapların basımının 3 yıl geciktirilmiş olmasını”⁵³²; “malülen emekliye sevk işlemlerinin makul bir sürede tamamlanamamasını”⁵³³; “hastaya geç müdahale edilmesini”⁵³⁴; “idari işlemleri ve yazışmaları makul süreyi aşacak şekilde geç yapmasını”⁵³⁵ hizmetin geç işlemesi olarak değerlendirilmektedir.

Görüldüğü üzere, hizmetin geç işlediği her durumda, süreklilik-düzenlilik ilkesine de uyulmamış olmaktadır.

2)d)3) Hizmetin Hiç İşlememesi: Nasıl idarenin, yürütmekte olduğu kamu hizmetini kötü yürütmesi hizmet kusuru oluşturmakta ve bundan doğan zararlardan idare sorumlu tutulmamaktaysa; idarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini hiç yürütmemesi (idarenin eylemsizliği) de idarenin hizmet kusurunu oluşturmakta ve bundan kaynaklanan zararlardan idare sorumlu tutulmaktadır. Diğer bir deyişle idarenin, kanunla kendinse görev olarak verilen kamu hizmetini hiç yerine getirmeyerek hareketsiz kalması da idarenin sorumluluğunu doğuracak nitelikte bir hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir.⁵³⁶

530 Bkz. D 10D, E.2006/1678, K.2009/3553, K.T.29.4.2009, www.danistay.gov.tr

531 “Yönetmelikle ön görülen süre içinde gümrük vergisi oranının indirilmesiyle ilgili kararnamenin geç çıkarılması nedeniyle yükümlü zarara sokulamayacağından, geç çıkartılan kararname sebebiyle fazla ödenen gümrük vergisi farkının davacıya tazminen iadesi gerekir”, D DDK, E. 1967/2, K. 1967/373, K.T.10.05.1967, www.danistay.gov.tr

532 Bkz. D 12D, E.1969/957, K.1970/2040, K.T.18.11.1970, www.danistay.gov.tr

533 Bkz. D 10D, E.1984/1041, K.1984/910, K.T.1.5.1984, DD, S:56-57, s.397, www.danistay.gov.tr

534 “Hastanın uzun süre bekletilmesi ve hastanede her türlü tıbbi imkan, doktor ve serum bulunduğu halde zamanında kendisine müdahale edilmemesi sonucu vukua gelen ölüm olayında idare hizmet kusuru işlemiş olup, sorumluluğu gerekir”, Bkz. D 12 D, E. 1967/2767, K.1968/2118, K.T. 18.11.1968, www.danistay.gov.tr

535 “Davalı idarece, gerekli yazışmaların zamanında ve en kısa sürede neticelenecek şekilde yapılmayarak, 8 ay gibi bir süre sonunda davacının isteminin yerine getirilmesinde, görevli personelin ve dolayısıyla da idarenin hizmet kusuru bulunmaktadır”. Bkz. D 10 D, E.2005/7545, K. 2007/5333, K.T. 20.11.2007, **DD**, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s.322 vd. Benzer bir karar olarak bkz. D 10D, E.1994/1122, K.1995/4474, K.T.17.10.1995, **DD**, S.91, s.1045, 1997.

⁵³⁶ Hizmetin hiç işlememesi ihtimalinde yasa ile öngörülmüş bir hizmetin hiç yerine getirilmemesi durumu söz konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, hizmetin yasalarda öngörülmemiş olduğu hallerde “hizmetin yürütülmesinden” ve onun “sürekli-düzenli” olmasından da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, İdarenin da yasaların öngörmediği bir hizmeti hiç sunmaması, hizmet kusurunu oluşturmayacaktır.

Hizmetin hiç işlememesine örnek olarak, yangın ihbarı yapılmasına rağmen itfaiyenin yangın mahalline gitmemesi; hastanenin acil servisinden ambulans istenmesine rağmen ambulans gönderilmemesi; zehirli haşaratın bol olduğu bir yerde -bu tür olayların sık yaşanabileceği düşünülerek- gerekli ilaç ve personelin her an hazır bulundurulmaması verilebilir.

Danıştay kararlarında da İdarenin, “yapılması gereken bir işlemin yapılmaması”⁵³⁷; “idarenin, hizmet gereği olan araç ve personeli sağlamaması”⁵³⁸; “gerekli güvenlik önlemlerinin alınmamış olması”, “gerekli denetimi yapmamış olması” gibi eylemsizliklerini hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir.

2)d)4) Görüldüğü üzere, hizmet kusuru oluşturan hallerin önemli bir bölümünde süreklilik-düzenlilik ilkesi de ihlal edilmiş olmaktadır.

3. İdarenin Sahip Olduğu veya İddia Ettiği Teknik ve Mali Yetersizlikler ve Hizmet Kusuru

3)a) “Anayasanın 65.maddesinin Takdir Yetkisi Konusunda Sahip Olduğu Hukuki Anlam ve Fonksiyon” başlığı altında da değinildiği üzere, sosyal ve ekonomik görevlerin sınırını ifade eden Anayasanın 65.maddesi, sadece kamu hizmetlerinin kurulması aşamasında sahip olunan teknik ve mali kaynaklar bakımından hukuki bir işlev taşımaktadır. Sosyal ve ekonomik alanlarda yürütülmeye başlanmış bir kamu hizmeti ise her halükarda “gereği gibi” (aynı zamanda sürekli ve düzenli olarak da) sürdürülecektir.⁵³⁹

537 “Öğrenci olan davacının, girmiş olduğu dersin notunun sehven fişlere işlenmemesi nedeniyle bir yıl geç mezun olmasından dolayı uğradığı maddi ve manevi zararın tazmininde, uygulanacak faizin, ...dava tarihinden itibaren uygulanması gerekir”. Bkz. D İDDK, E. 2004/2413, K. 2005/249, K.T. 14.04.2005, www.danistay.gov.tr

538 “Gümrük kapısının açılmaması nedeniyle bekletilen sebzelerin çürümesi sonucu uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada; davalı idare yapılmasından sorumlu olduğu bir kamu görevini yerine getirirken, hizmet gereği olan araç ve personeli sağlamak zorunda olduğuna, olayda ise, sınır kapısına Bakanlıkça yetkili bir memur atamamış bulunması nedeniyle davacı kamyonların sebepsiz olarak bekletildiği ve bu yüzden ihraç malı sebzelerin çürüdüğü anlaşıldığına göre, davacının uğradığı zarar karşılığı olan mal ve taşıma bedelinin hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmini gerekir”. Bkz. D 12D, E. 1972/296, K.1973/2427, K.T. 11.10.1973, www.danistay.gov.tr

539 “Anayasanın 65.maddesinin Takdir Yetkisi Konusunda Sahip Olduğu Hukuki Anlam ve Fonksiyon” başlığı altında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ilkesinin benimsenmiş olduğu bir hukuk sisteminde, bu maddenin kapsamının oldukça dar olarak yorumlanması gereğinden bahsedilebilecektir. Aksi halde, idare de, söz konusu maddeye dayanarak, üzerine yüklenen kamusal görevleri sürekli ve düzenli olarak yerine getirmekten

Sosyal ve ekonomik alanlar dışındaki faaliyetlerin yürütülmesi bakımından ise zaten 65.madde uygulanamayacak ve burada teknik ve mali kaynakların yeterliliğine bakılmaksızın bu faaliyetler gerektiği gibi yerine getirilecektir.

3)b) Danıştay da vermiş olduğu kararlarda “mali kaynakların yetersizliği” gerekçelerini kabul etmemektedir. Örnek bir kararda, Danıştay, İdare tarafından yerleşim biriminin içinden gelen sulama kanalının yaratabileceği tehlikelerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması, sadece birtakım yazışmalar ve duyurularla yetinilmesi, bunun da yürütülen hizmetin niteliği bakımından son derece yetersiz olduğunu ifade ettikten sonra, “Devletin olanaklarının daha fazlası için yeterli olmadığından bahisle sorumluluktan kurtulmanın mümkün bulunmadığı”nı ve “idarenin üzerine düşen önlem alma sorumluluğunu yerine getirmeyerek hizmet kusuru işlediğini” belirtmiştir.⁵⁴⁰

Bir başka kararda, Danıştay, “davalı idarenin karayolunu geçirdiği yerin heyelan bölgesi olduğunu bilerek bu yolu hizmete açtığı...”nı ve aynı güzergahta daha az riskli ancak heyelan bölgesi olması nedeniyle teknik olanaklardan farklı bir özellikte yol yapımının *maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilememiş* olmasının olayda *idarenin sorumluluğunu kaldıracak bir neden olarak kabul edilemeyeceğini* belirtiyor.⁵⁴¹ Kamu hizmetinin standardı belirlenirken maliyet unsurunun da göz önüne alınmaktadır; ama heyelan bölgesinin varlığı ve sürekli uyarılara neden olduğu bilinince, maliyetin yüksekliğinin de mazeret olamayacağı ve gereken güvenlik standartının aranacağı anlaşılmaktadır.

Bir başka kararda, 25.5.2007 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin 5.maddesinin son fıkrasında yer alan “hasta tarafından karşılanacak olup, verilen hizmetlerin Tebliğ eki Paket İşlem Fiyat Listesi'nde (EK-9) yer alması durumunda bu liste fiyatları, yer almıyorsa Tebliğ eki Sağlık Kurumları Fiyat Listesi (EK-8) esas alınarak” ibaresini hukuka aykırı bularak şu gerekçelerle iptal etmiştir: “...Anayasanın 65.maddesinde yer verilen, Devletin, Anayasa ile belirlenen görevlerini *mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getireceği yolundaki hükmün, en önemli sosyal haklardan biri olan ve

kaçılabilecektir. 2001 değişiklikleri ile de birlikte, maddeyi yürütülecek olan kamu hizmetleri ile mali kaynaklar arasında bir ölçülülük (hizmet - ihtiyaç ilişkisi ve ihtiyaçların önceliği, sahip oldukları önem bağlamında) kurmak ve sosyal-ekonomik alanlarda hangi hizmetlerin kurulacağı konusunda bir takdir yetkisi tanımak şeklinde yorumlamak gerekecektir.

540 Bkz. D 10D E.1990/3505, K.1992/1385, T.13.4.1992, **DD**. 86, s.588.

541 Bkz. D 10 D, E.1995/6440, K.1997/4796, K.T.24.11.1997, **DD S**:96, s.604.

*doğrudan insan yaşamını ilgilendiren sağlık hakkına ulaşılmasına ve bu haktan en iyi biçimde yararlanılmasına engel oluşturacak biçimde yorumlanmasının, sağlık hakkının özünün zedelenmesine yol açabilecek uygulamalara neden olabileceği açıktır... Dava konusu Tebliğe getirilen paket işlem fiyat uygulaması şeklindeki yeni modelin, sağlık hizmetinin sunumunda çağdaş tanı ve tedavi araçlarından yararlanmayı engellediği; böylece uygulamada bireyin ve toplumun sağlığını bozucu, sağlık hizmetindeki kalitenin gelişmesini engelleyici ve tedavinin engellenmesi veya gecikmesi nedeniyle daha sonra ortaya çıkabilecek hastalıkların tedavi edilmesi gerekliliğinden dolayı, geri ödeme kuruluşlarının maliyetini daha da arttırıcı etkiler yaratacağı, hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.*⁵⁴²

Bir başka kararda, Danıştay benzer bir yaklaşımla, 65.maddenin “sağlık hakkının özünü zedeleyecek” bir şekilde yorumlanamayacağını belirtmektedir: “Ülkemizde bulunan üç sosyal güvenlik kurumdan biri olan Bağ-Kur'un en önemli görevlerinden biri de, sigortalıların Sağlık yardımlarını karşılamaktır. Nitekim Sağlık Yardımları Yönetmeliğinin dayanağı olan yasa maddesinde de konuyla ilgili olarak, gözlük, işitme cihazı, çeşitli ortez, protez ve benzeri yardımların yapılmasının yönetmeliğe bırakıldığı ve bunların cins ve evsafının yönetmelikte düzenleneceği hükmü yer almıştır. Danıştay Onuncu Dairesince; bu hükme rağmen ve amacı Bağ-Kurlulara yapılacak sağlık sigortası yardımlarını düzenlemek olan bir Yönetmelikte, sağlık yardımlarından faydalananlara gözlük camı protez bedelleri için Kurum'ca herhangi bir ödemenin yapılmayacağı yolunda bir düzenlemenin yer almasının, ilk önce anılan Kurumun kendi mevzuatına ve kuruluş amacına aykırı olduğu; ayrıca pozitif hukukumuzda yer alan mevzuat çerçevesinde diğer sosyal güvenlik kurumlarında kişilere tanınan haklar göz önüne alındığında, sağlık yardımı konusunda Bağ-Kur'a üye olanlar yönünden böyle bir sınırlamanın öngörülmesi olmasının, Anayasanın temel ilkelerine de uygun düşmeyeceği;... sosyal bir Hukuk Devletinde Kurum'un içinde bulunduğu ekonomik sıkıntı neden gösterilerek, bireylerin, Anayasanın teminatı altında olan temel haklarının ve bunların en önemlilerinden biri olan *sağlık hakkının zedelenmesine izin verilemeyeceği*; bu nedenle de davalı idarelerin bu yoldaki beyanlarının, *hukuken geçerli bir mazeret olarak kabulüne olanak bulunmadığı* gerekçesiyle, Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yönetmeliğinin 21 inci maddesinin iptaline karar verilmiştir.”⁵⁴³

542 Bkz. D 10D, E. 2007/7391, K.2010/7354, K.T. 5.10.2010, www.danistay.gov.tr

543 Bkz. D İDDGK E.1995/816, K.1997/1, K.T.17.1.1997, **DD** 94, s.108.

Danıştay, ayrıca Anayasanın 65.maddesinin kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması amaçlı olduğu; bu hükümlerin devlete görev olarak yüklenen yaşama hakkını korumak, yaşamlarını fiziksel ve ruhsal sağlık içinde sürdürmesini sağlamak görevini ortadan kaldırır şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını belirterek davacının kanser tedavisiyle ilgili giderinin tümünün ödenmesine karar vermiştir.⁵⁴⁴

3)c) Bu konuda, “değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ilkesi ile süreklilik-düzenlilik ilkesi arasındaki ilişki ve etkileşim” başlığı altında yapılan değerlendirme ve açıklamalar de hatırlanabilecektir. Özellikle de, insan hakları, insan onuruna saygı bağlamında güvenlik hakkı ve yaşama hakkı ile ilintili olan faaliyetlerin her koşulda, “gerektiği gibi” yerine getirilmesi gerekmektedir.⁵⁴⁵

3)d) Görüldüğü üzere, Anayasanın 65.maddesinde yer alan nedenler, bir kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilememesinden kaynaklanan sorumluluğu bertaraf etmemektedir. Bu konudaki Danıştay içtihatları da çok kesin ve nettir. Diğer bir ifadeyle, teknik ve mali yetersizlikler bir kamu hizmetinin sürekli-düzenli yürütülmesi gereğini ortadan kaldırmayacaktır.

544 “5234 sayılı Yasa hükümleri ile verilen yetkinin, tedavi giderleri ile ilgili olarak serbest piyasa ortamında sunulan çeşitli mal ve hizmetler ile oluşan farklı fiyatlar arasında azami faydayı en düşük maliyetle sağlayacak olanın seçilerek bedelinin ödenmesinin temin edilmesi, böylelikle gereksiz kaynak aktarımının önüne geçilerek kamu kaynaklarının yerinde kullanılması, ayrıca planlama ve bazı düzenlemelerin yapılabilmesi amaçlarıyla kullanılması gerektiği açık olup, bunun haricinde, bu yetkinin verilmiş amacı aşarak aşgari tedavi ücretinin altında bir fiyat belirlemek suretiyle *ilgililerin sağlık hizmetine ulaşmasının engellenmesi veya ağır bir yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanması* hukuken mümkün değildir... Bu nedenle; davalı idarece 5234 sayılı Yasa hükümleri ile verilen yetkinin..., bu hizmeti sunan özel sağlık kuruluş ve kurumlarıyla fiyatlandırma ile ilgili olarak anlaşma yapmak, protokol düzenlemek,...vb. suretiyle kullanılması, böylelikle kamu kaynaklarının daha etkin ve verimli kullanılmasının sağlanması gerekir iken, tedavi giderinin küçük bir kısmı karşılanırken, bir kamu görevlisince kaldırılamayacak boyuttaki giderin hastanın üzerinde bırakılmasına yol açan 2006-6 sayılı Tebliğ eki Ek-9 sayılı listenin 2315. sırasında yer alan dava konusu düzenleme ve bu düzenlemeye dayalı olarak ...tesis edilen dava konusu işlemlerin İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesi, Anayasanın 2. maddesinde yer alan Sosyal Hukuk Devleti ilkesi ve yine 17. maddesi ile yukarıda yer verilen diğer mevzuat hükümlerine dolayısıyla hukuka açıkça aykırı olduğu uygulanmaları halinde davacının telafisi güç zararlara uğramasına yol açacakları sonucuna varılmıştır.”Bkz. D 2D, YD, E.2007/1200, K.T.23.10.2007, www.danistay.gov.tr

545 Öğretide, YAYLA’ya göre: “...değişkenliğin sınırı ve hızı idarenin içinde bulunduğu devletin ekonomik, bilimsel ve sosyal düzeyine göre farklılık gösterir. (...) bir idareden beklenen, çağdaş uygarlığın gerekleri, ortalama ölçülere göre ayak uydurmaktır. Ama ortalama ölçütün ne olduğunun açıkça belirlenemediği de bir gerçektir. Kamu hizmetinin bu nitelikleri idari sözleşmelerin uygulanmasında; idarenin sorumluluğuna ilişkin yargı kararlarında etkisini gösterir. Bu bakımdan açıklamalar, pratik değere de sahiptir.”Bkz. Y.Yayla, **İdare Hukuku**, s.64. Kamu hizmetlerinde, bu “çağdaş standartı” ve dolayısıyla da hizmet kusuru olup olmadığını değerlendirecek olan da İdari Yargı olacaktır.

I. İdari Yargılama Hukuku

1. İdari Yargı'nın Temel Amacı/ İşlevi (Varlık Nedeni)

Bir hukuk devletinde, Yargı, “hukukun sözcüsü”, aynı zamanda “hukuk düzeninin gözcüsü” konumundadır. Kamu hukukundan doğan yargılamaların, bu bağlamda İdari Yargının da, hem “hukuku söyleme” (juris dictio) , hem de “hukuk düzenini koruma” işlevi olduğu söylenebilecektir.⁵⁴⁶

İdari Yargı'nın bütün idari faaliyetlerin “hukuka” (Anayasaya, yasal düzenlemelere, hukukun genel ilkelerine, İdare hukuku ilkelerine, bu bağlamda da kamu hizmeti ilkelerine) uygun olmasını sağlamak amacıyla yapacağı yargısal denetim, birbiriyle bağlantılı **dört işlevi/ amacı** da beraberinde getirmektedir:

- a)Anayasa ile belirlenmiş hukuk sisteminin;
- b) kamusal görevlerin (kamu hizmetleri ile koruyucu faaliyetlerin);
- c) kamu mallarının ve
- d) temel hak ve özgürlüklerin korunması.⁵⁴⁷

a)Anayasa ile belirlenmiş hukuk sistemi açısından: Çağdaş Anayasal sistemlerde kamu hukuku yargıcı; Devlet faaliyetlerini ve bunların temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisini düzenleyen ve kamu yararı kavramını ve kamu kudreti usullerini içeren kamu hukukunu

546 İdari Yargı'nın temel amacı/ işlevi hakkında öğretilerdeki görüşler için örnek olarak bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, C.2, Ankara, 2010, s.25 vd; İlhan Özay, **Günışığında Yönetim 2, Yargısal Korunma**, İstanbul, 2010, s. 2 vd; T.Yıldırım, **İdari Yargı**, İstanbul, 2010, s. 3 vd; C. Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 2010, s.365 ve 374; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.623 vd; C.Ayaydın, İdari Yargı'nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabii Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler, **Prof.Dr. İlhan Özay'a Armağan**. (yayım aşamasında)

547 Bu işlevlerden, “temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı”, doğrudan doğruya bu çalışmanın konusunu oluşturmadığından aşağıda ayrıca incelenmeyecektir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması konusu, esas itibarıyla, dar ve teknik anlamıyla kamu hizmeti olmadığı belirtilen kolluk faaliyetleri ile gündeme gelmekte ve önem taşımaktadır. Bununla birlikte, şöyle bir bağ kurulması da mümkündür: Bir hukuk devletinde kamu hizmetleri, sürekli ve düzenli olarak yerine getirilirken - İdare tek yanlı işlem yapabilme, bu bağlamda kamu kudreti kullanabilme ayrıcalığı göz önüne alındığında- “kamu yararı ve hizmet gerekleri” ile bağdaşmayacak, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunacak, onları ihlal edecek işlem ve eylemlerden kaçınması gerektiği; aksi halde bunun İdari Yargı tarafından denetleneceği söylenebilecektir.

uygularken, ilk aşamada, Anayasal rejimi (devlet sistemini ve temel hak ve özgürlükler rejimini) korumak durumunda kalmaktadır.⁵⁴⁸

Bu bağlamda, İdari Yargı hakimi de, “insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletini” ve bu Devlete yüklenen kamusal görevleri (kamu hizmetlerini ve koruyucu faaliyetleri) korumak amacıyla yargılama yapmaktadır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi açısından; kamu hizmetlerinin “insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletinde” sürekli ve düzenli olarak yürütülmesinin sağlanmasının, İdari Yargının temel amacı/ işlevinden birini oluşturmakta olduğu söylenebilecektir.

b) Kamu hizmetlerinin “gereği gibi” (sürekli-düzenli olarak da) yürütülmesi açısından: İdarenin yürütmekte olduğu kamusal görevlerden, kamu hizmetleri açısından İdarenin yargısal denetiminde, “sosyal hukuk devleti ilkesi”nin ve kamu hizmeti gereklerinin (bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesinin de) korunması amacı ön plana çıkmaktadır.⁵⁴⁹ Bir başka deyişle, İdari Yargı, kamu hizmetlerinin “hukuka” uygun olarak ve “gereği gibi” (kamu hizmeti ilkelerine ve bu bağlamda, süreklilik ve düzenlilik ilkesine de uygun olarak) sunulabilmesini (dolayısıyla da “sosyal hukuk devleti ilkesi”ni yaşama geçirmeyi) de amaçlamaktadır.

Mevcut bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini olumsuz yönde etkileyen bir işlemin yargısal denetim sonucu iptal edilmesi ya da aynı sonuçları doğuran bir eylemin yarattığı zararların tazminine karar verilmesi, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesine, dolayısıyla da sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi amacına hizmet eder. Bu şekilde, yargılama sonucunda, İdareye, hukuka (kamu hizmeti ilkeleri, bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesine de) aykırı olan bu tür eylem/işlemlerini tekrarlamama yükümlülüğü yüklenmiş olacaktır.

548 Bkz. C.Ayaydın, İdari Yargı'nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler, **Prof.Dr. İlhan Özyay'a Armağan**. (yayım aşamasında)

549 Koruyucu faaliyetler açısından ise –temel hak ve özgürlüklere müdahale bağlamında- “hukuk devleti ilkesi”nin korunmasının ön plana çıktığından söz edilebilecektir.

Aynı şekilde, bu durumun tam tersi de düşünölebilecektir. Mevcut bir kamu hizmetinin gereği gibi (aynı zamanda sürekli ve düzenli olarak da) yürütölmesine hizmet eden bir işlem/eylem, Yargısal denetim sonucu hukuka uygun bulunduğunda İdareye, benzer konularda benzer hukuki işlemler yapma, bu tür işlem/eylemlerini sürdürebilme açısından bir imkan ve/veya benzer işlemler yapıp yapmayacağına henüz karar vermemişse, benzer işlemler yapabilmesi açısından da bir gerekçe oluşturacaktır.

Sonuç olarak, Anayasa ve yasalar ile belirlenmiş kamusal görevlerin ve süreklilik-düzenlilik ilkesinin korunması, İdari Yargının işlevlerinden birini oluşturmakta; İdari Yargı, Anayasal sistemin kağıt üzerinde kalmasını –kendi görev ve yetki alanı içinde-engellemektedir.

c) Kamu görevlileri açısından: “Kamu Personel Hukuku” bölümünde de bahsedildiği üzere, “liyakat ve kariyer ilkeleri”⁵⁵⁰ çerçevesinde, bir kamu görevine girmek isteyen veya halihazırda bu görevi yürütmekte olan kişiler hakkında yapılan idari işlem/eylemlerin yargısal denetimi, hem kamu görevlisi olmak isteyen kişilerin veya kamu görevlilerinin “kamu hizmetine girme hakkı”nın⁵⁵¹ korunmasını, hem de kamusal görevlerin, o görevin gerektirdiği niteliklere sahip olan kişiler tarafından gereği gibi (sürekli-düzenli olarak da) yerine getirilmesini sağlamaktadır.

Ayrıca, halihazırda bir kamu görevini “gereği gibi” (sürekli ve düzenli olarak) yürütmekte olan kamu görevlilerinin görevlerinde kalmasına engel olan (bir başka deyişle, görevini sürekli ve düzenli bir şekilde yürütmesine engel olan) bir idari işlem hakkında verilecek olan bir iptal kararı, (söz konusu görevlinin, görevinde kalmasını, görevini sürekli-düzenli olarak yürütebilmesini sağladığı için) kamu hizmetlerinin süreklilik-düzenlilik ilkesine de hizmet edecektir.

550 Hatırlatmak gerekirse, bir kamu görevinin sadece söz konusu görevin gerektirdiği nitelik ve özellikleri taşıyan kişiler tarafından yürütölmesi anlamına gelen liyakat ilkesinin, Kamu Personel Hukuku’na ilişkin işlem/eylemlerde göz önüne alınması gerekmektedir. Konumuz bakımından, kamu hizmetlerinin “gereği gibi” (sürekli-düzenli olarak da) yerine getirilebilmesi için, bu hizmetleri gereği gibi yürütebilecek olan, belli nitelikte kamu görevlilerine ihtiyaç duyulmaktadır. Kamu Personel Hukuku’na ilişkin işlem/eylemlerin –kamusal görevlerin gerekleri dışında kalan, kişisel, siyasi, vs. hususların gözetilerek yapılması halinde- kamusal görevlerin “gereği gibi” yerine getirilememesi riski doğabilecektir. Bu bakımdan, bu tür işlem/eylemlerin yargısal denetimi, süreklilik-düzenlilik ilkesinin korunması açısından da önem taşımaktadır.

551 Bkz. Anayasanın 70.maddesi: “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”

Görevini sürekli-düzenli olarak yürütmekte olan bir kamu görevlisinin görevinde kalmasını sağlayan bir işlemin, yargılama sonucunda hukuka uygun bulunması ise, İdareye benzer konularda benzer hukuki işlemler yapabilmesi açısından bir imkan ve/veya benzer işlemler yapıp yapmayacağından henüz emin değilse, benzer işlemler yapabilmesi için de bir gerekçe oluşturacaktır.

Aynı şekilde, kamusal görevlerini “gereği gibi” (sürekli-düzenli olarak) yerine getir(e)meyen bir kamu görevlisine ilişkin bir işlemin İdari Yargı’da hukuka aykırı bulunması, iptali de söz konusu kamusal görevin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini olumsuz etkileyen bir faktörün bertaraf edilmesi sonucunu doğuracaktır. Böylece, o hizmeti gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütebilecek bir başka personel görevlendirilebilecektir.

d) Kamu malları açısından: “Kamu Malları Rejimi” bölümünde de değinildiği üzere, kamu mallarına (konumuzla bağlantılı olarak, orta malları ile hizmet mallarına) yönelik idari işlem ve eylemlerin İdari Yargı’da denetlenmesi ile, söz konusu malların nitelik ve özellikleri de korunmuş olmakta; böylelikle de bu mallarla bağlantılı olarak yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin sürekli-düzenli olarak yürütülmesini sağlamaktadır.

Kamusal ihtiyaçların tatmini amacıyla herkesin doğrudan doğruya yararlanabildiği orta malları ile kamu hizmetlerine tahsis edilen hizmet mallarının özel çıkarlar için kullanılması ve/veya devredilmesi; bu şekilde kamusal görevlerin gereği gibi (sürekli-düzenli olarak da) yürütülmesini tehlikeye düşürebilecek olan eylem/işlemler yapılabilmesi de engellenebilecektir. Bunun yanı sıra, “kaynak israfı” ve kamusal görevler için gerek duyulan kamusal gelirin azaltılması (kamu hizmetlerinin sürekli-düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye düşürülmesi) sonucu doğurabilecek olan işlem/eylemlerin de önüne geçilebilecektir.

2. İdari Yargı’nın Bu Amacı/İşlevi Çerçevesinde Öngörölmüş Olan Yargısal Usuller

Kamusal faaliyetlerde bulunan, buna bağlı olarak tek taraflı işlemler yapabilme ve bunları re’sen icra edebilme gibi ayrıcalıklar demetinden faydalanan, bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri sınırlama konusunda büyük bir kudrete sahip olan İdare karşısında, İdari Yargının varlık nedenini (hem sosyal hukuk devletini, hem de kamusal görevlerin gereklerini

koruma yönündeki işlevini) gerçekleştirebilmesi, üstün yargısal yetkiler tanınması gereğini ve zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir.

Bilindiği üzere, diğer yargılama hukuku disiplinlerinden farklı olarak, İdare yargıcının önüne gelen uyuşmazlıklarda yargılama henüz başlamadan ya da yargılama işlevinin henüz başlangıcında tarafların eşitliğinden söz edebilmek mümkün değildir. Uyuşmazlık konusu yapılan idari işlem ya da idari faaliyet, işlem ya da faaliyetin yegane sahibi olan idare kudreti tarafından tek yanlı biçimde ve uyuşmazlığın diğer tarafını oluşturan kişinin iradesi veya katılımı olmaksızın, hatta çoğu kez karşıt iradesine rağmen, gerçekleştirilmiştir. Üstelik, idare tarafından "tek yanlı hareket edebilme ayrıcalığı" ile gerçekleştirilen ve hukuk düzeninde tek yanlı sonuçlar doğurabilme özelliğine sahip idari işlemler, "hukuka uygunluk karinesi"nden de yararlandırıldıklarından, ayrıca başka bir iradeye (yargıcın iradesine) gerek olmaksızın "re'sen icra edilebilme ayrıcalığına" da sahiptir.

İdari Yargılama Usulüne ilişkin kurallar ve ilkeler, İdari Yargının varlık nedenini, temel amacını/ işlevini (idarenin hukuka uygun davranmasını ve kamu hizmetlerinin kamu hizmeti ilkelerine uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamak) gerçekleştirebilmesi için son derece önemlidir. Diğer bir ifadeyle, idari yargılama usulüne ilişkin pek çok ilke ve kural, İdari Yargı'nın varlık nedenini gerçekleştirilmesinde ve böylelikle de kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi amacıyla öngörülmüş bulunmaktadır. Bu işlev ve amaçlar çerçevesinde, süreklilik ve düzenlilik ilkesini de yaşama geçirecek bu yargısal ilke ve enstrümanlardan başlıcaları, aşağıda kısaca ele alınacaktır.

a) İptal Davalarının Objektifliği İlkesi

İdare Hukuku'nda "iptal davalarının objektif özelliği" ilkesi ile, İdarenin faaliyetlerinin etkin bir yargısal denetime tabi tutulması, dolayısıyla da hukuka, kamu yararı ve hizmet gereklerine (kamu hizmeti ilkelerine, bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesine de) uygun davranması sağlanmaktadır.

Konuyla ilgili örnek bir Danıştay kararında, belediye hizmetlerine ilişkin idari kararlar aleyhine, söz konusu hizmetlerin hukuka uygun, sürekli ve düzenli olarak yürütülmesinde menfaati olan belediye hemşehrilerinin iptal davası açma hakkı bulunduğu kabul edilmiştir. Somut olayda, merkezi ısıtma sisteminin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi yönünde

alınan kararların iptal davasına konu edilebilmesi açısından, belediye sınırları içinde yaşayan kişilerin, 5393 sayılı Belediye Kanununun “hemşehri hukuku” başlıklı 13.maddesi çerçevesinde de, belediye hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesinde menfaatlerinin bulunduğu belirtilmiştir.⁵⁵²

Elbette, yargılama sonucunda verilen karar, davacının hak ve menfaatlerini de etkileyecektir; ancak bu sonuç daha ikinci planda kalmaktadır. Bu açıdan, iptal davaları davacıdan önce hukuk düzenini -ve bu düzende öngörülmüş olan kamu hizmetlerini (bu hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesini de)- korumaktadır. İptal davalarının bu özelliği gereğince, dava açılabilmesi için, “hak ihlali” şartı aranmayıp “menfaat ihlali”⁵⁵³ kriteri yeterli olmaktadır.⁵⁵⁴

b) Re’sen Yargılama İlkesi

İYUK’un 20.maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, İdari Yargı mercii yukarıda da kısaca açıklanmış olan işlevinin bir gereği ve sonucu olarak, tarafların iradesine bağlı olmadan, re’sen gerekli tüm araştırma ve incelemeleri yapmak görevi ve yetkisiyle donatılmış bulunmaktadır.⁵⁵⁵

552 Bkz. D 13D, E.2007/4549, K. 2008/5019, K.T.23.6.2008, www.danistay.gov.tr Benzer ifadeleri içeren bir karar olarak, ayrıca bkz. D 13D, E.2008/10609, K.2009/2685, K.T.6.3.2009, www.danistay.gov.tr

553 Öğretide ve yargı kararlarında, “menfaat”in “kişisel, meşru, güncel” olması gerektiği ifade edilmektedir. İptal davalarının objektifliği ile menfaat kavramıyla ilgili olarak bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt 3, İstanbul, 1966, s.1772-1773; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, Cilt 2, s.382 vd; Ü.Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, **Hukuk Kurultayı 2000**, C.1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.332; T.Yıldırım, **İdari Yargı**, s.321 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.833; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.631, 632..

554 Öğretide, hizmet kusurundan doğan tam yargı davalarının da, objektif nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir. Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.857; C.Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, s.374; C.Ozansoy, “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, **Hukuk Kurultayı 2000**, cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.386.

Bu tür tam yargı davalarında, İdare davacının zararını tazmin ederken (subjektif özelliği), bir yandan da kendisine yüklenen görevleri hukuka (kamu yararına, kamu hizmeti ilkelerine, süreklilik-düzenlilik ilkesine de) uygun bir biçimde yerine getirmediği için mali bir yaptırıma tabi tutulmaktadır. İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden doğan zararları tazmin etmesi, onun hukuka (kamu hizmeti ilkeleri, süreklilik-düzenlilik ilkesine de) uygun davranmasında da etkili olmaktadır. (objektif özelliği) Bu şekilde bir değerlendirme, hukuk devleti ilkesinin yanı sıra, kamu hizmetlerinin etkin, sürekli ve düzenli bir şekilde sürdürülmesi amacına da katkı sağlamaktadır.

555 Hatta, milli güvenliğe ilişkin konularda bile... İYUK md.20’ye göre, yargıç “Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin”

Buna göre, İdari yargıç; tam yargı davaları ile iptal davalarında söz konusu uyuşmazlığa dair gereken bütün inceleme ve araştırmayı tarafların talep ve iradelerine bağlı kalmaksızın yapacaktır. Yargıç, bu araştırmayı yaparken davalı idare ya da başka idarelerden de uyuşmazlığın çözümü için gerekli bütün bilgi ve belgeleri de talep edebilecektir.

Hukuk devletinin yaşama geçirilebilmesi ve kamu yararının, kamu hizmeti ilkelerinin (süreklilik ve düzenlilik ilkesinin de) gözetilebilmesi ereğinde, İdari Yargıda yargısal denetim; sadece bir davada tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalarına dayalı olarak farklılık gözetmeyecek, onların dava konusuna ilişkin kişisel ilgi ve bilgilerine dayalı olmayacaktır. Tarafların niteliğinden ve yeterliliğinden bağımsız olarak yargılama yapılabilecektir. Böylelikle, İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlanabilecek, hizmetler “gerektiği gibi” sunulabilecektir.⁵⁵⁶

c) Yürütmeyi Durdurma Kararı Verme Yetkisinin Tanınmış Olması

c)1) Genel Bilgiler

İdari İşlemler Teorisi bölümünde de belirtildiği gibi, idari işlemler icrailik özelliğine sahiptir ve hukuka uygunluk karinesinden faydalanırlar; bu işlemlere karşı bir dava açılmış olması, idari işlemlerin uygulanmasını durdurmaz.

İdari Yargı, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” kavramları ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması arasında bir denge oluşturur. Bireylerin, “kamu yararını tesis etmek” ve “hizmetleri gereği gibi (sürekli ve düzenli olarak da) sunabilmek” adına son derece güçlü ayrıcalıklar demetine sahip olan İdare karşısında, onun tek taraflı, icrai, hukuka

bilgi ve belgeleri de isteyebilecektir. Söz konusu bilgi ve belgeleri vermemesi halinde, İdare bu bilgi ve belgelere dayanarak savunma yapma imkanından mahrum kalacaktır.

556 İdari Yargının temel var oluş nedeninin karşısında, Adli yargının esas var oluş nedeni ise, bir davada tarafların hak ve menfaatlerinin korunmasıdır. Bu nedenle, adli yargıda “dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi” esastır.

uygunluk karinesinden yararlanan işlemlerine karşı yargısal alanda korunabilmeleri için getirilen en önemli hukuki araçlardan birisi, yürütmenin durdurulması kurumudur.⁵⁵⁷

Bir idari işlem hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için; öncelikle açılmış olan bir iptal davası ile, söz konusu idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin bir talebin varlığı gereklidir. Bunun yanı sıra, diğer yargılama usulü şartlarının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Anayasanın 125.maddesi ile, ona paralel hükümleri içeren İdari Yargılama Kanununun 27.maddesine göre, yürütmeyi durdurma kararının verilebilmesi için, “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması” ve “idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması” şartlarının birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır.⁵⁵⁸ Bu şartların birlikte gerçekleşmesi durumunda, İdari Yargı mercii, yürütmeyi durdurma kararı verebilecek ve böylece, dava konusu işlem –geçmişe etkili olarak- icrailiğini (idare tarafından uygulanabilirliğini) dava süresince kaybedecektir.

Yürütmeyi durdurma kararının verilebilmesi için “açık hukuka aykırılık” şartının aranıyor olması, idari işlemlerin (ve o işlemlere dayalı olarak yürütülen kamu hizmetlerinin) sürekliliğini, icrailiğinin devamını da sağladığı, kamu hizmetlerini de koruduğu şeklinde düşünülebilecektir. Bununla birlikte, esasen bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak (ve

557 ERKUT’a göre de: “Yürütmenin durdurulması, idarenin hukuka aykırı işlemleri karşısında açılan iptal davalarında, bireylerin dava sonuçlanana kadar geçici bir yargısal korumadan yararlanmasını sağlayan en önemli yargısal usuldür.” Yürütmenin durdurulması kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. C.Erkut, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu**, s.88; C.Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Ankara, 2004; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, cilt 2, s.1051 vd; İ.Özay, **Günışığında Yönetim 2, Yargısal Korunma**, 2010, İstanbul, s.245 vd; Z.Aslan, H.Özcan, H.B.Gemalmaz, S.Yavuzdugan, **Türkiye’de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Korunması**, Ed: Z.Aslan, İstanbul, 2004; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.844 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.824 vd.

558 Yürütmeyi durdurma kurumu bakımından istisnalar da aynı düzenlemelerde yer almaktadır. Anayasanın 125.maddesine göre, “kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.” İYUK md.27/3’te de vergi davaları için bir istisna yer almaktadır: “Vergi mahkemelerinde, vergi uyumsuzlıklardan doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Ancak, 26 ncı maddenin 3 üncü fıkrasına göre işlemden kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz. Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir.”

İdarenin etkin bir şekilde denetlenerek hukuka uygun davranmasını sağlamak) amacını güden bir kurumda söz konusu şartın varlığı da öğretide eleştirilmektedir.⁵⁵⁹

c)2) Yürütmeyi Durdurma Kurumunun İşlevi

Görüldüğü üzere, İdari yargılamada yürütmeyi durdurma kurumu, öncelikle idari işlemlerin sahip olduğu üstün ayrıcalıklar demeti karşısında, bireylerin hak arama özgürlüklerini koruyucu bir fonksiyon üstlenmektedir. Ancak bu asli ve temel fonksiyonunun yanı sıra bir başka işlevi daha bulunduğu söylenebilecektir: Bu mekanizma, aynı zamanda hukuk devletinin tesis edilmesinde, İdarenin faaliyetlerinin hukuka (aynı zamanda kamu hizmeti ilkelerine) uygun bir şekilde yerine getirilmesinde önemli bir araçtır. İdarenin hukuka aykırı görülen işlemleri, yürütmeyi durdurma kurumu ile birlikte, geçici bir süreliğine de olsa uygulanamayacak; (hukuka saygılı bir) İdare de, söz konusu işlemlerini başkaları üzerinde, benzer bir biçimde sürdürmeyecektir. Bu şekilde, İdarenin hukuka saygılı davranması sağlanarak hukukun üstünlüğü tesis edilebilecektir. Ayrıca, kamu hizmetlerinin, hukuka (kamu hizmeti ilkelerine, bu bağlamda süreklilik ve düzenlilik ilkesine) uygun bir şekilde, istikrarlı, gereği gibi yürütülmesi de sağlanacaktır. Önemli olan, kamu hizmetlerinin, “hukuka uygun” bir şekilde sürekliliğinin sağlanmasıdır. Bir başka deyişle, hizmetlerin ne olursa olsun sürekli olması değil; hukuka, kamu yararına ve kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak sürekliliğinin sağlanması asıldır. Süreklilik ve düzenlilik ilkesi de, esasen ancak bu şekilde anlam kazanacaktır. Hukuka aykırı işlemlerin hukuk düzeninden ayıklanamaması, söz konusu işlemlere dayalı olarak yürütülen hizmetlerin de, düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülememesi sonucunu doğurabilecektir.

Öğretide, AYAYDIN’a göre de: “Yürütmenin durdurulması müessesesi bir yandan iptal davarında ilgililer için vazgeçilmez bir güvence oluşturmakta, diğer yandan da İdarenin yargısal denetiminde etkinlik sağlamaktadır.”⁵⁶⁰

559 Bkz. İ.Özay, **Günışığında Yönetim 2, Yargısal Korunma**, s.247; C.Erku, “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 2003, s.88 vd; C.Erku, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Ankara, 2004; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, cilt 2, s.1051 vd; M.Günday, “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 2000; Z.Aslan, H.Özcan, B.Gemalmaz, S.Yavuzdugan, **Türkiye’de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Korunması**, İstanbul, 2004; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.844 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.824 vd.

Hukuka aykırı idari işlemi fazla zararlı olmadan askıya almakta, bu suretle işlemi durdururken aynı zamanda kamuyu ve İdareyi kollamış olmaktadır. Hukuk düzeninin yara almasına set çekmekte, tüm olarak toplumu da himaye etmektedir.

Danıştay da bir kararında, bireylerin hak arama özgürlüğünün korunması amacına hiç değinmemekle birlikte, “verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararı ile ‘hukuka aykırılığı’ tespit edilmiş bir işleme dayalı olarak yeni işlemler kurulmayacağını; böyle bir uygulamanın yönetimdeki düzen ve istikrarı bozacağını” belirtmiştir: “Yürütmenin durdurulması kararları, iptali istenen idari bir işlemin yargı süzgecinden geçirilmesi sonucu bu işlemin ‘hukuka aykırılığı’ tespit eden kararlardır. Yürütmenin durdurulmasından amaç, ‘kamu düzeni’nin ve giderek ‘hukuk düzeni’nin korunmasıdır. Yürütmenin durdurulması kararları ile, ileride giderilebilmesi veya düzeltilmesi zor, karışık durumlar önlenir; yönetimde düzen ve istikrar sağlanır.”⁵⁶¹

c)3) Sonuç

Bütün bu açıklamalardan sonra şu sonuca varılabilecektir: İdari Yargı’da kişi güvenliğini sağlamak, ileride düzeltilmez durumların ortaya çıkmasını önlemek, ayrıca İdarenin de büyüyen zararları ödeme zorunluluğunda kalması olasılığını kaldırmak için, İdari Yargı Mercine yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi tanınmış bulunmaktadır.”⁵⁶²

c)4) Vergi Davalarının Özel/ Ayrık Durumu

Bilindiği üzere, İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesinin 3.fikrasına göre, vergi davalarında, bazı işlemlerin dava açılmasıyla birlikte, otomatikman yürütmesinin durdurulacağı belirtilmektedir. Buna göre: “Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklardan doğan davaların açılması, *tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının* dava konusu edilen bölümünün *tahsil işlemlerini durdurur.*”⁵⁶³

⁵⁶⁰ Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.824.

⁵⁶¹ Bkz. D 5D, E.2006/1462, K.2006/2095, K.T.17.4.2006, www.danistay.gov.tr

⁵⁶² Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.827.

⁵⁶³ Bununla birlikte, aynı maddede “işlemden kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam edeceği, işlemden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemi durdurmayacağı ve bunlar hakkında yürütmenin durdurulmasının istenebileceği” de öngörülmektedir.

Yürütmeyi durdurma kararının verilmesinin temel amacı, davacıyı korumaktır. Bununla birlikte, dördüncü bölümde, Kamu Malları Rejimi bahsinde de değinildiği üzere, yürütmenin durdurulması sonucunda, para ve o zamana dek işlemiş olan faizin sonradan, dava sonuçlanınca elde edilebileceği göz önüne alındığında, kamu maliyesi, dolayısıyla da kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenliliği açısından bir sakınca yaratmayacağı da düşünülebilecektir. Davanın kaybedilmesi ya da reddedilmesi durumunda, para ve işlemiş olan faiz alınabilecektir. Bu ihtimalde otomatik olarak yürütmeyi durdurma kararının verilmiş olması, kamu maliyesine de aykırılık oluşturmayacaktır.

Ancak çok büyük miktarda vergi borçları ya da cezalarının söz konusu olduğu istisnai durumlarda, kamu maliyesi açısından bazı sakıncalar doğabilecektir.

d) Mahkeme Kararlarının Geçmişe Etkili Olması

d)1) İdari yargıda, yürütmeyi durdurma kararları ve iptal kararlarının kural olarak geçmişe etkili oldukları kabul edilmektedir. Bu durumda, dava konusu işlem yapıldığı tarihten itibaren ortadan kalkacaktır. İptal edilen işlem hiç yapılmamış sayılacağından, İdare geçmişe etkili işlemler yapmak durumunda kalabilecektir.⁵⁶⁴

Öğretide, iptal (ve yürütmeyi durdurma) kararlarının birel işlemler söz konusu ise geçmişe etkili; düzenleyici işlemler söz konusu ise, “hukuki istikrar ve güven ilkesi” çerçevesinde, düzenleyici işlemlerin iptalinin sadece dava açmış kişiler açısından geçmişe etkili, diğer kişiler açısından ileriye etkili şekilde hukuki sonuçlar doğurması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁶⁵

d)2) İptal ve yürütmeyi durdurma kararlarının geçmişe etkili olması ilkesi, esasında bireyleri (somut uyuşmazlık bakımından davacıyı) koruyan bir mekanizmadır. Bununla

⁵⁶⁴ İYUK’un 28.maddesine göre, İdare, yürütmeyi durdurma veya iptal kararlarının gereklerini; kararların tebliğinden itibaren en kısa süre içinde yerine getirmek zorundadır. Yasa, bu sürenin kararın tebliğinden başlayarak 30 günü geçemeyeceğini de belirtmiştir.

⁵⁶⁵ Örnek olarak bkz. S.Güran, “İdari İşlem”, **Prof.Dr.Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı**, cilt 3, İstanbul, 2001, s.1282-1283; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.837; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.890 vd.

birlikte, bu mekanizmanın kamu hizmeti ilkeleri alanında da bir yansıması bulunduğu söylenebilecektir. Mahkeme kararlarının geçmişe etkili olması durumunda, İdare, geçmişe etkili olacak şekilde işlemler yapmak zorunda kalabilecektir. Bu sonuç, İdarenin işlem ve eylemlerinde pozitif hukuka (aynı zamanda kamu yararı ile kamu hizmeti ilkelerine, bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesine de) uygun davranmasını sağlayacaktır. Bir başka deyişle, mahkeme kararları sonucunda doğabilecek böylesi bir yükümlülük, İdarenin kamusal görevlerini “gereği gibi” (hukuka, kamu yararı ile kamu hizmeti ilkelerine, dolayısıyla süreklilik ve düzenlilik ilkesine de uygun olarak) yerine getirebilmesi için *caydırıcı* olabilecek, bir nevi “uyarı” niteliği taşıyabilecektir. Yürütmeyi durdurma kurumu ile süreklilik-düzenlilik ilkesi arasındaki bağ incelenirken de belirtildiği üzere, bu şekilde hukuk düzeni ve *bu düzende* sürekli ve düzenli olarak yürütülmekte olan kamu hizmetleri de korunmakta; bu hizmetlerin “gereği gibi” yürütülebilmesi de sağlanmış olmaktadır.

d)3) Mahkeme kararlarının geçmişi değiştirecek anlam ve etkiye sahip olması, geçmişte yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve düzenliliğini etkileyecek bir özelliktir. Bununla birlikte, sürekli ve düzenli olan ancak hukuka aykırılık içeren kamu hizmetlerinin hukuk devletinde yeri yoktur. Süreklilik-düzenlilik ilkesi, kamu hizmetlerinin “hukuka uygun olarak” sürekli ve düzenli yürütülmesi anlamına gelmektedir. Bu anlayış içerisinde, hizmetlerin sunulmasında, hukuk sistemi içerisinde belli bir istikrarın ve düzenin sağlanabileceğinden de söz edilebilecektir.

e) Dava Açma Sürelerinin Kısa Tutulmuş Olması

e)1) İdari Yargı’ya başvurabilmek için belli süreler öngörülmüştür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7.maddesinde dava açma süreleri belirtilmiştir: “Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay’da ve İdare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.” Bu süreler hak düşürücü nitelikte olup, mahkemelerce re’sen göz önüne alınacaklardır.

Bir hukuki uyuşmazlığa dair açılacak olan davaların *belli bir dava açma süresine bağlı olması*, “hukuki istikrar ve güven ilkesi” ile açıklanabilir. Aksinin kabulü, o uyuşmazlıkla ilgili olan kişilerin herhangi bir süreye bağlı olmaksızın, daima dava açabileceği anlamına gelecektir. Bu durum, söz konusu uyuşmazlığın üzerinden uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen hala kişileri sürekli olarak dava tehdidinde maruz bırakacak ve bunun

sonucunda da sosyal yaşam ve hukuki ilişkiler bozularak hukuki istikrar ve güven ilkesi zedelenecektir.

İdari Yargıda da, buna paralel olarak dava açma süreleri öngörülmüş olmasının başlıca iki nedeni olduğu söylenebilir: Bunlardan biri, kişilere, haklarında verilmiş olan idari kararların hukuka uygun olup olmadığını, dava konusu yapmanın gerekip gerekmediğini düşünme ve inceleme olanağı vermek, diğeri de idari işlemlerde kararlılığı (sürekliliği) sağlamaktır.⁵⁶⁶

Konuya İdare Hukuku açısından yaklaşıldığında da; idari işlemlerin uzun süre iptal edilebilme tehdidi altında bulundurulması, kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve düzenliliğini de olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bu bakımdan, dava açma süresi belirlenirken, bireylerin hakları ile kamu yararı (ve kamu hizmeti ilkeleri, süreklilik-düzenlilik ilkesi) arasında dengeyi sağlayacak bir yolun seçilmesi gerekmektedir.

e)2) İdari Yargıdaki dava açma süreleri ile kamusal görevlerin sürekli ve düzenli yürütülmesi esası arasında bağ kuran Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları da bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre: “İdari yargılamanın, davanın açılışı ve istemlerin sergilenişi konusundaki özelliklerini yansıtan kuralların(ın), idarenin sürekli dava tehdidi altında kalmaması, uyuşmazlıkların mümkün olan süratle sonuçlandırılması, idarenin faaliyetlerindeki *etkililiğin ve istikrarın sürmesi*, davalar nedeniyle yönetimlerce savunmalar hazırlanması ve gerekli idari önlemlerin alınması gibi neden ve olgulara dayandığı anlaşılmaktadır.

Doktrinde ve yargı kararlarında, idari işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, *kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı* ve idarede bulunması gereken *istikrarı bozacağı* ifade edilerek, idari dava açma sürelerinin, kamu

566 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, cilt 2, s.921.

hizmetlerinin özellikleri ile ülkelerin sahip oldukları teknolojik yapıları gibi özel koşullara bağlı olarak belirlenebileceği kabul edilmektedir.”⁵⁶⁷

Danıştay da konuyla ilgili bir kararında: “Yasakoyucu, idari işlemlerin sürekli bir biçimde dava açma tehdidi altında kalmasını engelleyebilmek için, idari işlemlerin ilgililerince ve belli, sürede dava konusu edilebileceğini öngörerek kamu hizmetlerinin *hızlı ve etkin* biçimde yürütülmesini sağlamak istemiştir.”⁵⁶⁸ demektedir.

Bir başka kararda da: “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, idari işlemlerde istikrarının sağlanması, kamu hizmetinin *düzenli ve verimli* bir şekilde işlemesi amacıyla idari yargı yerlerine kanunla belirlenen bir başvuru süresi konulmuştur. Bu anlamda idari dava açma süresi; idareyi sürekli yargı yolu tehdidinden koruyan, idari işlemlerin hukuki sonuçlarının aydınlığa kavuşmasını sağlayan kamu düzenini koruyan bir müessesedir.” denilmektedir.⁵⁶⁹

Bazı kararlarında da, Danıştay dava açma sürelerini, idari istikrar ilkesi ile açıklamaktadır:

“Bütün idari dava türlerinde dava açabilmek süre ile sınırlandırılmış olup bu sınırlandırma idari istikrar ilkesi ve kamu düzeninin gereğidir.”⁵⁷⁰

e)3) **Vergi mahkemelerindeki dava açma süresinin** İdare Mahkemeleri ile Danıştay’daki dava açma süresi olan 60 günden farklı (ve daha kısa) olması yönündeki 2577 sayılı Yasada öngörülen düzenlemenin “eşitlik ilkesi ve İdarenin etkin bir şekilde denetlenebilmesi ile hak arama özgürlüğü” çerçevesinde Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek itiraz yoluna (somut norm denetimine) başvurulmuştur.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme, “Danıştay ve idare mahkemelerinin görevine giren konuların özellik ve nitelikleri ile vergi mahkemelerinin görevine giren konuların *özellik ve*

567 Bkz. AYM E.2006/23, K.2010/27, K.T.4.2.2010, RG 2.12.2010-27773. Benzer yönde bir karar olarak bkz. AYM E.2008/96, K.2011/3, K.T.6.1.2011, RG 14.5.2011-27934.

568 Bkz. D 10D E.2005/9189, K.2006/664, T.31.1.2006, **DD** 112, s.316.

569 Bkz. D 8D, E.1997/1117, K.1997/4215, K.T.25.12.1997, www.danistay.gov.tr

570 Bkz. D 2D, E.2004/2513, K.2004/1601, K.T.17.12.2004, www.danisaty.gov.tr Benzer yönde bir karar olarak, bkz. D İDD, E.1993/48, K.1993/171, K.T.7.5.1993, www.danisaty.gov.tr

*niteliklerindeki farklılıklar ve kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için vergilendirme işlemlerindeki kamu yararı''nı da gözeterek, dava açma süresinin vergi mahkemelerinde 30 gün olarak öngörülmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır.*⁵⁷¹

Bu çerçevede, söz konusu düzenleme ile, kamu maliyesi ve kamu hizmetlerinin sürekli- düzenli olarak yürütülebilmesi arasındaki ilişki göz önüne alındığında, vergi alacaklarının sürüncemede kalmamasının hedeflendiği (dolayısıyla kamusal görevlerin korunmak istendiği) de söylenebilecektir. Dördüncü bölümde, Kamu Malları Rejimi bahsinde de değinildiği üzere, kamu alacaklarının tam ve zamanında elde edilmesi, kamu parası ile finanse edilen kamusal görevlerin sürekliliğini ve düzenliliğini de etkilemektedir.

571 Bkz. AYM E.2006/23, K.2010/27, K.T.4.2.2010, RG 2.12.2010-27773. Benzer yönde ifadeleri içeren bir karar olarak bkz. AYM E.2008/96, K.2011/3, K.T.6.1.2011, RG 14.5.2011-27934.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SÜREKLİLİK ve DÜZENLİLİK İLKESİNE UYULMAMASININ SONUÇLARI ile BU KONUDA YAPILACAK YARGISAL DENETİMİN ESASLARI ve ÖZELLİKLERİ

A.Giriş

1.Genel Kural: Kamu Hizmetlerinden Doğan Uyuşmazlıklar İdari Yargı'da Çözülür.

1)a) İdari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargısal denetiminin ayrı kurallara ve yargısal denetime tabi olması “idari rejim” adı verilen sistemin bir gereğidir.⁵⁷² İdari rejimin kabul edilmiş olduğu hukuk sistemimizde, İdarenin kamu hukuku çerçevesinde yürüttüğü görevler ve bu bağlamda, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıklar da, kural olarak İdari Yargı'da çözümlenecektir.⁵⁷³

1)b) İdarenin görev ve yetkilerini düzenleyen hukuk kurallarının özel hukuktan farklı olması, kamu hukukunun İdareye üstün yetkiler tanınması; kamu hukuku kurallarını ve İdarenin işleyişini, kamu hizmetinin gereklerini (bu bağlamda kamu hizmeti ilkelerini ve süreklilik-düzenlilik ilkesini de) bilen “uzman” yargıçların gereğini ortaya çıkarır.

1)c) Anayasa Mahkemesi de, pek çok kararında İdari Yargı-Adli Yargı ayrımının gerekçelerini temellendirmektedir. Anayasa Mahkemesine göre, İdari Yargının, yani Adli Yargıdan ayrı ve bağımsız bir sistemin Anayasa ve İdare Hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, a) *kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların yapılarındaki özellikler*; bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması; b) özel hukuk dalı ile İdare Hukuku arasında büyük bir *bünye, esas ve prensip farkının var olması*; c) idari işlemlerin İdare

572 İdarenin işleyişinin özel hukuk kurallarına tabi olduğu ve yargısal denetimin genel adliye mahkemelerinde yapıldığı sistem ise adli idare olarak adlandırılır. Bilindiği üzere, idari rejimin üç özelliği bulunmaktadır: 1) İdarenin herhangi bir mahkemenin kararına veya onayına ihtiyaç duymaksızın tek taraflı işlemler (idari işlemler) yapabilmesi ve onları re'sen icra edebilmesi; 2) İdarenin İdare Hukuku çerçevesinde yürüttüğü faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların Adli Yargı dışında kalan ve bu konuda uzmanlaşmış olan bir yargı merciinde (İdari Yargı Mercisinde) görülüp çözümlenmesi ve 3) Adli ve İdari Yargı Mercileri arasında çıkabilecek görev uyuşmazlıklarını çözecek bir yüksek mahkemenin (Uyuşmazlık Mahkemesinin) bulunması. “İdari rejim”le ilgili detaylı açıklamalar için bkz. S.S.Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt1, s.49; Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, Cilt 2, s.20 vd; İ.Özay, **Günüşğında Yönetim 2, Yargısal Korunma**, s.4 vd; T.Yıldırım, **İdari Yargı**, s.3 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.614.

573 Bununla birlikte, bu esasa bugün yasalarla ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla pek çok istisna getirilmiş bulunmaktadır. Bu konuya, biraz ileride değinilecektir.

Hukuku alanında *uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce* denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır. Adli yargı ile İdari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla İdare Hukukunun *ayrı ilke ve kurallara oturmuş* bulunmaları; uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır. Gerçekten özel hukuka egemen olan temel ilke, kişiler arasında hak ve menfaat eşitliğinin ve irade hürriyetinin bulunmasıdır.

Yüksek Mahkeme, sonuç olarak, “Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığını” belirtmiştir.⁵⁷⁴

Özel hukuktaki ilke ve esaslar ile (hak ve menfaatlerde eşitlik, irade serbestisi) aksine, İdari uyuşmazlıkların bünyesinde taşıdığı ilke ve esaslar (kamu yararı, hizmet gerekleri kavramları, bu çerçevede kamu hizmeti ilkeleri) farklıdır. Bu farklılık, söz konusu ilke ve esasların, bunları iyi bilen, gerekli enformasyona sahip, uzman yargıçlar tarafından ele alınmasını gerektirir. Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinden doğacak uyuşmazlıkların, kamu hizmeti ilkelerini (bu çerçevede süreklilik-düzenlilik ilkesini de) doğru bir şekilde yorumlayabilecek, somut olayda “kamu yararı ve hizmet gerekleri (bu kapsamda, ayrıca süreklilik-düzenlilik ilkesi)” gibi soyut kavramların içeriğini doldurabilecek, uzman yargıçlar tarafından İdari Yargı’da çözümlenmesi gerekliliği ifade edilebilecektir. Bu şekilde, kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik ilkesinin, somut uyuşmazlıkta sahip olduğu hukuki anlam ve fonksiyon daha doğru ve yerinde olarak belirlenebilecek, ortaya çıkarılabilecektir.

1)d) **Bununla birlikte**, bu esasa yasalarla birçok istisna getirilmeye başlanmış ve buna paralel olarak da, Anayasa Mahkemesi kararlarında, 2000’li yıllardan itibaren, bir yaklaşım farklılığı gözlemlenmeye başlamıştır.

574 Bkz. AYM, E.1976/1, K.1976/8, K.T.25.5.1976, **AYMKD**, S:12, s.181 vd. Benzer yönde kararlar için bkz. AYM E.1988/5, K.1988/55, K.T.22.12.1988, RG 25.7.1989-20232; AYM E.1994/43, K.1994/42-2, K.T.9.12.1994, RG 24.1.1995-22181, AYM E.1994/71, K.1995/23, K.T.28.6.1995, RG 20.3.1996-22586.

2. Anayasa Mahkemesinin İdari Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Yargı Yeri Konusunda Kabul Ettiği Yeni Yaklaşım

2)a) Anayasa Mahkemesinin son dönemlerde vermiş olduğu kararlarında 1961 Anayasasından beri savunduğu ve sürdürdüğü kararlarından ayrılmaya ve idari nitelikteki işlemlerin Adli Yargı’da yargısal denetime tabi tutulacağını öngören yasal düzenlemeleri Anayasaya uygun bulmaya başlamıştır.

Yüksek Mahkeme, öncelikle, İdari Yargı’nın görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde Adli Yargı’nın görevlendirilmesi konusunda “yasakoyucunun geniş bir takdir yetkisinin bulunmadığı” (bir başka deyişle, *bir ölçüde* takdir yetkisinin bulunabileceği)⁵⁷⁵ ve daha sonra da “yasakoyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunmadığı”, takdir yetkisini “haklı bir neden” ve “kamu yararı” bulunması koşuluyla kullanabileceği yönünde kararlar vermiştir.⁵⁷⁶

2)b) Anayasa Mahkemesinin kararlarında “haklı sebep” ve “kamu yararı” kavramları şu alt başlıklarla açıklanmaktadır: a)Anlaşılabilir, amaçla ilgili makul, adil ve haklı bir sebep; b) Hizmetin gerekleri; c) Getirilen düzenlemeyle hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağının bulunması; d) Devletin temel amaç ve görevlerine uygunluk.⁵⁷⁷

3. Anayasa ve Yasalarla Genel Kurala Getirilen İstisnalar

Çalışmanın başında da belirtildiği üzere, bugün kamusal faaliyetler, bu çerçevede kamu hizmeti, alanında bir “özel hukuklaştırma” eğiliminden söz edilmektedir. Bunun da bir yansıması olarak, kamusal faaliyetlerin yürütülmesi, idari işlem ve eylemlerin yapılması

575 Bkz. C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.621.Bu konuda örnek kararlar için bkz. AYM E.2006/75, K.2006/99, K.T.4.10.2006, RG 6.4.2007-26485; AYM E.2005/108, K.2006/35, K.T.1.3.2006, RG 22.7.2006-26236.

576 Örnek olarak bkz. AYM E.2001/226, K.2006/119, K.T.22.12.2006, RG 27.11.2007-26713; AYM E.2003/75, K.2006/114, K.T.21.12.2006, RG 31.3.2007-26479; AYM, E.1996/72, K.1997/51, K.T. 15.5.1997, RG 1.2.2001-24305.

577 Bkz. T.Yıldırım, **İdari Yargı**, s.13.

sırasında, bunlardan doğacak uyuşmazlıkların çözümü, yasalarla Adli Yargı'ya bırakılabilmektedir.⁵⁷⁸

Anayasa Mahkemesinin yukarıda söz edilen yeni yaklaşımı da bu eğilimi ve süreci desteklemekte ve meşrulaştırmaktadır.

3)a) Akla gelebilecek olan ilk örneği 1999 Anayasa değişiklikleri oluşturmaktadır.

Gerçekten de, 'imtiyaz Sözleşmeleri'' başlığı altında da açıklanan 1999 Anayasa değişiklikleri sonucunda (47.madde), esasen "imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilebilecek olan sözleşmeler, yasakoyucunun iradesi ile özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilebilecek, dolayısıyla bunlardan doğacak olan uyuşmazlıklar da Adli Yargı'nın görev alanına girecektir. Aynı şekilde, (125.madde) tahkim şartı içeren imtiyaz sözleşmeleri de tahkim yargılamasına, bir başka deyişle, Adli Yargı'ya tabi olacaktır.⁵⁷⁹

3)b) Yine, 1.10.2011'de yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3.maddesine göre de, artık "idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine" ya da "kişinin ölümüne" bağlı maddi ve manevi zararlara ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır. Bu durumda, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi sonucunda bir ölüm olayı meydana gelmişse ya da vücut bütünlüğü zarar görmüşse, bunlara ilişkin tazminat davalarında Adli Yargı görevli olacaktır.⁵⁸⁰

578 Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, C.2, s.133 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.820 vd; T.Yıldırım, **İdari Yargı**, 2010, İstanbul, s.10 vd; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.614 vd; A.V.Darendeli, **Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar**, Ankara, 2004, s.153 vd.

579 İmtiyaz sözleşmelerinin konusunu oluşturacak olan kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yapılması ve Adli Yargıda denetime tabi tutulması/ imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulünün öngörülmesi, yürütülen kamu hizmetinin "özel hukuk faaliyeti" haline gelmesi, bu şekilde nitelendirilmesi ve algılanması sonucunu da beraberinde getirebilecektir. Bu konuda, "İmtiyaz Sözleşmeleri" başlığı altında yapılan açıklamalar hatırlanabilecektir.

580 Bu düzenlemeye biraz ileride değinilecektir. Bu düzenleme ile birlikte, bir kamusal faaliyetin yürütülmesi sırasında hem yaşama hakkına/vücut bütünlüğüne, hem de mala zarar gelmesi halinde, bundan zarar görenlerin haklarını ayrı mahkemelerde arayacak olmalarında ne gibi bir "haklı neden" ya da "kamu yararı" olabileceği sorusu da düşünülebilecektir... Yasanın hazırlanması sürecinde hazırlanan Adalet Komisyonu Raporunda, "insan zararlarında" görev belirlenirken zararı doğuran sebebin ait olduğu alanın yapı ve niteliği yerine, zararın stüjesini (insanı) esas alan bir ölçütün temel alınmasının insan hakları açısından daha doğru olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, bu yaklaşımın uygulamada gerçekten zarar görenler lehine olup olmadığı

3)c) “İdari Teşkilat Hukuku” bölümünde de değinildiği üzere, İl Özel İdaresi Kanununun 40.maddesi ile Belediye Kanununun 57.maddesine göre, söz konusu yerel idareler tarafından yürütülen hizmetlerin “*ciddi bir biçimde aksatıldığı*” ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğinin *yetkili sulh hukuk hakimi* tarafından verilecek karar üzerine” İçişleri Bakanı, yetkili kişilerden hizmetlerde meydana gelecek aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek isteyebilecektir.⁵⁸¹

Düzenlemenin, yargı denetimine ilişkin boyutuna ilişkin olarak, öğretide söz konusu hükmün “idari rejim”e uygun düşmediğini ifade eden görüşler bulunmaktadır.⁵⁸² Öngörülen bu hukuki mekanizma ile, “kamu yararı, kamu düzeni, kamu hizmeti ilkeleri (aynı zamanda süreklilik-düzenlilik ilkesi)” kavramlarının içini doldurabilecek, bu kavramları doğru yorumlayabilecek nitelikteki idari yargıçlar ve yine bunu sağlayacak yargısal araçlara sahip olan idare mahkemeleri yerine Adli Yargı tercih edilmiş olmaktadır.

4. Genel Değerlendirme

Yasal düzenlemelerle Adli Yargı'nın görevli kılındığı örnekleri çoğaltmak mümkündür. Esasen bu düzenlemeler ile, bir önceki başlıkta yer alan Anayasa Mahkemesinin kararlarında gözlemlenebilecek olan değişim, çalışanın başında da yer alan, “kamu hizmeti” alanında *özel hukuk kuralları ile özel hukuk yargılamasının yaygınlaştırılması eğiliminin* de bir yansımasını ifade etmektedir.

Öğretide, haklı olarak, hukuk sistemi ve kamu yararına aykırılık oluşturan bu eğilime eleştirel yaklaşan görüşler bulunmaktadır.⁵⁸³ İdari Yargı'nın “varlık nedeni” (sosyal hukuk

konusu da tartışmaya açıktır. Rapor için bkz. Adalet Komisyonu Raporu TBMM, E.1/574, K.24, T.2.6.2009, www.tbmm.gov.tr

581 Bu düzenlemenin kamu hizmetlerinin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun bir şekilde, ülke genelinde sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesine imkan sağlayan idari vesayete ilişkin boyutu hakkında, İdari Teşkilat Hukuku bölümünde yapılan açıklamalar hatırlanabilecektir.

582 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt 1, s.286; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 1**, İstanbul, 2008, s.229,230. İdari rejim çerçevesinde, idari işlemlerin sahip olduğu özellikler de göz önüne alınarak, İçişleri Bakanlığı ile onun taşradaki temsilcileri olan vali ve kaymakamların, bir olgunun “kamu düzenini hayati derecede olumsuz etkilemesine” yol açacak nitelikte olup olmadığına, tek başlarına, bir yargı kararına gerek duymaksızın, karar verebilmeleri ve gereken önlemleri alabilmek için harekete geçebilmeleri gerekirdi.

583 Bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, C.2, s.26, 27; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.622.

devletini, kamu yararını, kamu hizmeti ilkelerini ve bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesini de korumak) ile bunu gerçekleştirebilmek için sahip olduğu “üstün yargısal yetkiler” göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin “gereği gibi” (kamu yararına, kamu hizmeti ilkelerine, bu bağlamda süreklilik-düzenlilik ilkesine de uygun olarak) yürütülebilmesinde, İdarenin, İdari Yargı tarafından etkin bir şekilde denetlenebilmesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Aynı zamanda, İdare Hukuku alanında uzmanlaşmış, “kamu yararı, kamu hizmeti gerekleri” gibi soyut kavramları, somut uyuşmazlıkta, daha doğru bir şekilde değerlendirebilecek ve yorumlayabilecek olan idari yargıçların, kamu hizmeti ilkelerinin (bu kapsamda, süreklilik-düzenlilik ilkesinin) hukuki anlam ve değerini ortaya çıkarabileceği söylenebilecektir.⁵⁸⁴

5.Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru İmkânı

Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde, mümkünse dosya üzerinden karar verir.

a) Genel Bilgiler

a)1) Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru hakkının tanınması yönünde yıllardan beri yapılan çalışma ve öneriler, nihayet, 2010 değişiklikleriyle birlikte Anayasal sistemimize dahil edilmiş bulunmaktadır. Buna göre: “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”(Any. md. 148).

584 YILDIRIM'a göre ise, idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Adli Yargıda çözümlenmesinin, bazı yararlı sonuçları da olabileceği düşünülebilir: Adli yargı hakiminin sahip olduğu geniş yargısal yetkileri kullanabilmesi, uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre görülmesi” temel hak ve özgürlükler açısından daha etkin bir koruma sağlayabilecektir.

Bununla birlikte, yazar, bu açıklamalara rağmen, özellikle de “uzmanlaşma” bakımından, İdari Yargı'nın vazgeçilemez olduğunu da vurgulamakta; çözümün ise, uyuşmazlıkların Adli Yargıda görülmesi ile değil, İdari Yargı denetiminin etkinleştirilebilmesi ile mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bkz. T.Yıldırım, **İdari Yargı**, s.17 vd.

Bununla birlikte, bireysel başvuru kurumunun bir Anayasal usul olması gerektiği rahatlıkla düşünülebilecek ve savunulabilecek olmakla birlikte, mevcut Anayasa hükmünün ve özellikle de içinde birçok soru işareti bulunan *30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun* doğru ve yerinde olup olmadığı ciddi şekilde sorgulanabilecektir.

a)2) Görüldüğü üzere, bu hukuki imkan, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamı” ile sınırlı tutulmuştur⁵⁸⁵ ve Yasanın 45.maddesi gereğince de bütün idari ve yargısal başvuru yolları tüketildikten sonra söz konusu olabilecektir.

Kuşkusuz bu konuda AİHM, Sözleşme’yi belli sosyal hakları güvence altına alma yönünde elden geldiğince esnek yorumlamaktadır. Demir / Baykara kararı bunun tipik bir örneğidir.⁵⁸⁶

Burada sorun, Anayasa Mahkemesinin yeni yapısının, AİHM’nin yorum yöntemini ne ölçüde içselleştireceği noktasında düğümlenmektedir. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi üyelerinin niteliği de ağır basacaktır. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesinde uluslararası düzeyde insan hakları uzmanlarının yer almaları ölçüsünde bireysel başvuru hakkının, sosyal hakların (ve onları yaşama geçirecek olan kamu hizmetlerinin de) kısmen de olsa iyileştirilmesine katkıda bulunabileceğinden söz edilebilir.⁵⁸⁷

a)3) Bu usul, çalışmamızın ana konusu dışında kalmakla birlikte, hatırlatmak gerekir ki, İdari Yargı tarafından verilmiş mahkeme kararları, bireysel başvuru konusu edilebilecek bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğinden bahisle Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilecektir.

585 Dolayısıyla, sosyal ve ekonomik haklar, ilke olarak, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvurunun konusu olamayacaktır. Bkz. İ.Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı**, s.23. (yayım aşamasında)

586 Bkz.: AİHM Kararı, Büyük Daire, 12 Kasım 2008. Büyük Daire’nin bu kararı ve AİHM’nin başka kararları konusunda ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme için bkz: M.Gülmez, “Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı Özünden Yoksundur”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, 26, s. 9-50.

587 Bkz. İ.Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı** (yayım aşamasında)

Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuruyu esastan inceleyip bir ihlalin bulunduğu sonucuna varması durumunda; a) Esas itibariyle, dosyayı, yargılamanın yeniden yapılabilmesi için ilgili mahkemeye gönderebilecek; b) İstisnai hallerde ise, ya tazminata hükmedebilecek ya da genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterilebilir. (6216 sayılı Yasa, md.50)

b) Bireysel Başvuru Hakkı ve Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi

b)1) Yürütülmeye başlanmış bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak sunulmaması sonucunda, temel hak ve özgürlükleri (yaşama hakkı, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı gibi) ihlal edilen kişilerin, öncelikle İdari Yargı'ya (veya yastada öngörölmüşse, Adli Yargı'ya), buradan bir sonuç alamaması halinde ise Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceği de söylenebilecektir.

Örneğin; Devlet hastanesinden yollanan bir ambulansın; söz konusu hizmetin sürekli ve düzenli şekilde öngörölmesi ve sunulması aşamasında meydana gelen sorunlar ve aksaklıklar nedeniyle olay yerine geç ulaşması sonucunda, kişilerin vücut bütünlüğünün ihlal edilmiş olması ihtimali akla gelebilecektir.

Bir başka örnek de, Devlet okullarındaki eğitim hizmetinin –Danıştay kararları çerçevesinde de- bir parçasını oluşturan öğrencileri gözetim ve denetim görevinin sürekli ve düzenli şekilde yürütölememesi, mesela teneffüste öğrencilerin kontrol altında tutulmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek olan zararlar bu usul çerçevesinde Anayasa Mahkemesine götürölebilecektir.

Ayrıca, belli bir idari birimdeki kamu personelinin sayısının ve/veya niteliklerinin yetersiz olması (bu olguyu engelleyecek önlemlerin alınmamış olması) sonucunda o idari birimin yürütmekte olduğu kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak sunulmaması dolayısıyla bazı zararlar meydana gelebilir. Bu örnekte de, bireysel başvuru imkanı söz konusu olabilir.

b)2) Bununla birlikte, şunu da belirtmek gerekir ki, Yasada yer alan bazı kavramların muğlaklığı ve yoruma açık olması nedeniyle, bireysel başvuru imkanının ne şekilde kullanılabileceği ve ne gibi sonuçlar, etkiler yaratabileceğini bu konuda verilecek olan yargı kararları belirleyecektir.

B. İdari Yargıda Söz Konusu Olabilecek Olan Davalar

1. İptal Davası

1)a) İdari Yargılama Kanununun 2.maddesinde, idari dava türleri arasında sayılan iptal davaları: “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar” olarak ifade edilmiştir. İptal davası, hukuka aykırı bir idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesini, geçmişe etkili olarak bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına yönelik bir dava türüdür.⁵⁸⁸

İdarenin hukuka uygun davranmasının ve kamu hizmetlerinin “gereği gibi”, aksamadan, sürekli ve düzenli olarak sunulabilmesinin sağlanması bakımından iptal davaları önemli bir rol oynar. Bu konuda, İdari Yargı'nın temel varlık nedeni (işlevi, amacı) çerçevesinde yapılan açıklamalar hatırlanabilecektir.

1)b) Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak işlenmesine engel olan idari işlemler, iptal davasına konu olabilecektir. Kamu hizmeti ilkelerini ihlal eden bir idari işlemin hukuk düzeninden kaldırılmasıyla da bu ilkeler (bu kapsamda süreklilik-düzenlilik ilkesi de) korunmuş olacaktır.

1)c) Çalışmanın çeşitli bölümlerinde de değinildiği üzere, Danıştay; - yurtdışındaki kültürel etkinliklerin kesintisiz olarak yürütülmesi açısından Dışişleri Bakanlığınca yapılan öneri dikkate alınmadan kültür ataşesi olan kişinin görev süresinin uzatılmamasını “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ne (bu bağlamda, kültür hizmetlerinin sürekliliğine ve düzenliliğine) aykırı bulmuş;⁵⁸⁹ - İdarenin önceden planlayarak gerekli önlemleri alması

588 Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, Cilt 2, s.313 vd; İ.Özay, **Günışığında Yönetim 2, Yargısal Korunma**, s.156 vd; T.Yıldırım, **İdari Yargı**, s.374 vd; K.Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.828; C.Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş 2**, s.623 vd.

589 Bkz. D 5D, E.1997/1422, K.1997/2952, K.T.10.12.1997, www.danistay.gov.tr.

Benzer bir yaklaşımla, naklen atama konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin de kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri doğrultusunda kullanılması gerektiği hakkında bkz. D 2D, E.2006/1053, K.2006/3272, K.T.15.11.2006 www.danistay.gov.tr; D 2D, E.2006/3993, K.2008/2945, K.T.18.6.2008, **DD S:120**, s.111; D 11D, E.2006/488, K.2008/4127, K.T.18.4.2008, **DD**, S:120, s.333.

gerekirken, şehir nüfusunun hızla artması ve fakat buna karşılık yönetimin personel gücünün bu hizmeti karşılamaya yetmemesi ve bunun da hizmetlerin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak yürütülmemesine yol açtığı gerekçesine dayanılarak, su saati sayacı bağlatma ve ücretleri tahsil etme görevinin apartman yöneticisine devredilmesine ilişkin işlemi iptal etmiş;⁵⁹⁰ - ilgilinin zihinsel engelli kızının bakımı için ücret istenmesine ilişkin Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü işlemi ile bunun dayanağını oluşturan Yönetmeliğin ilgili maddelerinin iptali için açılan davada, sosyal hizmetlerin ücret karşılığı sunulması halinde, söz konusu hizmete ihtiyaç duyan herkesin bu hizmetten yararlanmasını engelleyebileceğini, bunun da süreklilik-düzenlilik ilkesine aykırılık oluşturabileceğini belirtmiş;⁵⁹¹ - toplu taşıma hizmeti ve trafiğin düzenlenmesinde karar mercii olan Ulaşım ve Koordinasyon Merkezi kararlarını iptal eden İdare Mahkemesi kararını, ulaşım hizmetlerinin süreklilik özelliğini de göz önüne alarak, yasal bir düzenleme varken düzenleyici işlem yokluğundan ötürü idari görevlerin yerine getirilememesi açısından hukuka aykırı bulmuş;⁵⁹² - sözleşmeli personelin görevlerine son verilme işlemlerine karşı açılan davada kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine dayanarak, sözleşmenin uzatılmamasını hukuka aykırı bulmuştur.⁵⁹³

2. Tam Yargı Davası

2)a) İdari Yargılama Usulü Kanununu sisteminde, tam yargı davaları, idari işlemlerden ve/veya idarenin yürütmüş olduğu kamusal faaliyetlerden doğan zararların tazmin edilebilmesi için açılan davaları ifade eder. Buna göre: “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar”dır. (İYUK md.2)

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi durumunda, bundan bir zarar doğmuşsa, bunların tazmini için tam yargı davası açılabilir. Bunun için, şu şartların

590 D 11D, E.1974/4855, K.1977/1704, K.T.4.5.1977, **DD**, S:28-29, s.604.

591 Bkz. D İDDGK, E.2000/401, K.2000/938, K.T.3.7.2000, **DD**, S:104, s.54 vd. Danıştay, bir kararında, belediyenin su, kanalizasyon hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için, bu hizmetler karşılığında alınacak ücretlere ilişkin tarifelerin düzenlenebileceğini; ancak tarifelerdeki “fahiş ücret artışlarının” hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. D 9D, E.2002/2208, K.2002/5353, K.T.24.12.2002, www.danistay.gov.tr

592 Bkz. D 8D, E.2007/8336, K.2009/2995, K.T.6.5.2009, www.danistay.gov.tr

593 Danıştay’ın birer yıllık sözleşmelerle işe alınan Devlet Tiyatrosu sanatçılarında ilişkin İBK, E.1964/674, K.1964/344, **Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları 1953-1966**, s.212 vd. Benzer karar; E. 1974/473, K. 1974/1356, K.T. 29.6.1974, RG; 4.12.1974, sayı: 15082. 22.5.1998, **DD**, S:98, 1999, s.460-461.

birlikte gerçekleşmesi gerekir: a) Öncelikle yürütülmekte olan bir kamu hizmeti olmalı; b) bu hizmet sürekli ve düzenli olarak sunulmamalı ve de c) bu nedenle bir zarar doğmuş olmalıdır.

2)b) Tam yargı davalarının, kamu hizmetlerinin “gereği gibi” yürütülmemesinden ötürü kişilerin uğradıkları zararın tazmin edilmesi şeklinde bir subjektif amaca sahip olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, dördüncü bölümde, “İdari Yargı’nın temel amacı/ işlevi (varlık nedeni)” başlığı altında da değinildiği üzere, öğretilerde, özellikle hizmet kusurundan doğan tam yargı davaları için, İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması, kamu hizmetlerinin kamu hizmeti ilkeleri çerçevesinde hukuka uygun olarak sunulabilmesi bakımından tam yargı davalarının objektif bir nitelik taşıdığı da belirtilmektedir.⁵⁹⁴

2)c) Konuyla ilgili Danıştay kararlarına baktığımızda, dördüncü bölümde, “İdarenin Sorumluluğu” bahsinde de değinildiği üzere, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilememesi, hizmetin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğuracak ve –diğer koşullar da mevcutsa- hizmet kusuru oluşturacak, İdarenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Danıştay, İdarenin sorumluluğuna ilişkin verdiği kararlarında, her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmeye tabi tutarak, hizmetin “gereği gibi” (bu kapsamda, sürekli ve düzenli olarak) işleyip işlemediğine karar vermektedir. Örnek olarak, Yüksek Mahkeme, - hastaya ait grafiklerin muhafaza edilmemesini ve hastanın dosyasının kaybedilmesinin⁵⁹⁵; - yol çalışması sırasında gerekli uyarıcı işaret ve levhaların konulmamasının⁵⁹⁶; -tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin hastaya bildirilmemesi ve riskin azaltılması için ilaç dozunu ayarlama da gerekli özenin gösterilmemesini⁵⁹⁷; gerekli tedbirlerin alınmamış olması ve personelin psikolojik ve fizyolojik takibinin yapılmamış olmasını⁵⁹⁸,

594 Bkz. C.Ozansoy, “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, **Hukuk Kurultayı 2000**, cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.386; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.857.

Bu şekilde bir değerlendirmenin, hukuk devleti ilkesinin yanı sıra, kamu hizmetlerinin etkin, sürekli ve düzenli bir şekilde sürdürülmesi amacına da katkı sağlayacağı söylenebilecektir.

595 Bkz. D 10.D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, K.T. 29.04.2008, www.danistay.gov.tr

596 Bkz. D 8D, E. 2004/672, K. 2004/1829, K.T. 15.04.2004, www.danistay.gov.tr

597 Bkz. D DDGK, E. 2002/716, K. 2003/91, K.T. 07.03.2003, www.danistay.gov.tr

598 Bkz. D 10D, E. 2001/5251, K. 2003/494, K.T.06.02.2003, www.danistay.gov.tr

sağlık kuruluşlarında tedavi için gerekli ilaç, alet ve personelin her an hazır bulundurulmaması, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımının aksaması ve gerekli tedavinin yapılmaması, tedavi için gerekli personelin yetersizliğinin⁵⁹⁹; -sınavı kazanan ve stajını tamamlayan kişiyi geç atamasının⁶⁰⁰; -yaş haddini doldurduğu tarih itibarıyla emekliye sevk gerekirken, davacının yaş tashihi yaptırdığı hususu gözetilmeden görevine devam ettirilip emekli ikramiyesinin geç ödenmesinin⁶⁰¹; vatandaşlığa alınma başvurusunun makul sürede sonuçlandırılmamasının⁶⁰²; -kitapların basımının 3 yıl geciktirilmiş olmasının⁶⁰³; -malülen emekliye sevk işlemlerinin makul bir sürede tamamlanamamasının⁶⁰⁴; -idari işlemleri ve yazışmaları makul süreyi aşacak şekilde geç yapılmasının⁶⁰⁵ hizmet kusuru oluşturduğuna ve İdarenin sorumluluğuna hükmetmiştir.

C. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine Uyulmamasının Sonuçları: İptal Davaları Açısından

1) Bilindiği üzere, iptal davaları, idari işlemlerin yetki, şekil, konu, sebep veya maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun denetlendiği davalardır. Bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi durumunda, bu hizmetin dayandığı idari işlem hukuka aykırı ise, iptali söz konusu olabilecektir.

599 Bkz. D 10D, E. 2005/7545, K. 2007/5333, K.T. 20.11.2007, **Danıştay Dergisi**, Yıl 38, Sayı 118,2008, s.322 vd. Ayrıca bkz. D 10D, E.1994/3258,K.1995/2379, K.T.3.5.1995, **DD**, S: 91, s.1118 vd.

600 Bkz. D 12D, E. 1995/892, K. 1995/1750, K.T. 13.09.1995, www.danistay.gov.tr Benzer bir karar olarak D 2D,E. 2004/4318, K. 2004/1544, K.T. 14.12.200, www.danistay.gov.tr Ayrıca, yeterlik sınavında başarılı olarak müfettişliğe atanmaya hak kazandığı halde, üç yıl gibi uzun bir sürede kadro hazırlanması olanaklı iken, bu yapılmaksızın boş kadro olmadığı ileri sürülerek geç atanması olayında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hakkında bkz. D 5D, E.2005/980, K.2007/5964, K.T.7.11.2007, www.danistay.gov.tr. Ayrıca bkz. D 5D, E.2003/6682, K.2005/3464, K.T.8.7.2005, www.danistay.gov.tr

601 Bkz. D 11D, E.2001/3457, K.2003/899, K.T.25.2.2003, www.danistay.gov.tr

602 Bkz. D 10D, E.2006/1678, K.2009/3553, K.T.29.4.2009, www.danistay.gov.tr

603 Bkz. D 12D, E.1969/957, K.1970/2040, K.T.18.11.1970. Aktaran; Ş.Gözübüyük, G.Dinçer, **İdari Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-İçtihat**, 2.Bası, Ankara, 2001, s.183.

604 Bkz. D 10D, E.1984/1041, K.1984/910, K.T.1.5.1984, **DD**, S:56-57, s.397.

605 Bkz. D 10 D, E.2005/7545, K. 2007/5333, K.T. 20.11.2007, **DD**, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s.322 vd. Benzer bir karar olarak bkz. D 10D, E.1994/1122, K.1995/4474, K.T.17.10.1995, **DD**, S.91, s.1045, 1997.

Örneğin, Danıştay'ın istikrar kazanmış kararlarında da belirtildiği üzere, İdarenin “naklen atama yapma konusundaki takdir yetkisi”ni, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” (bu bağlamda, süreklilik ve düzenlilik ilkesi) çerçevesinde kullanması gerekmektedir. Konuyla bağlantılı bir kararında Danıştay, 657 sayılı Kanunda öngörülen “kariyer ve liyakat ilkeleri”nin temelinde objektif kurallar çerçevesinde işin ehline verilmesi ve hak etme kavramı yatmakta olduğunu belirtmiştir. Danıştay'a göre, kamu hizmetlerinin “etkin ve verimli bir şekilde” gerçekleştirilmesinin tek güvencesi de, hizmetin “yetiştirilmiş, ehil kamu görevlilerince yerine getirilmesi”dir. Bu bakımdan memurların naklen atanmaları konusunda idareye verilen takdir yetkisinin ancak 657 sayılı Kanun'un temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önüne alınarak kullanılabilmesinin altı çizilmektedir.⁶⁰⁶

Bir başka kararda da, Danıştay, idari teşkilat yapısının yeniden düzenlenmesi çerçevesinde, kapatılan bir idari birimde çalışılan kişinin, bunun yerine yeni idari birime atanmamasını ”idari faaliyetlerin sürekliliği, idari istikrar ilkesi ile kariyer ve liyakat ilkeleri” çerçevesinde hukuka aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, yeni kurulan daire başkanlığına atama yapma konusunda İdarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de, bu yetkinin kariyer ve liyakat ilkeleri gözetilerek, “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ne (bu bağlamda, süreklilik-düzenlilik ilkesine de) uygun olarak kullanılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰⁷

2) Bununla birlikte, bir kamu hizmeti sürekli ve düzenli olarak yürütülmekle birlikte, hukuka aykırı ise, bu hizmetin dayandığı idari işlem iptal edilebilecektir. Çünkü, belirtildiği üzere; bir hukuk devletinde, kamu hizmetlerinin hukuka uygun olarak sürekli ve düzenli şekilde yürütülmesi esastır; hizmetin ne olursa olsun sunulmaya devam edilmesi söz konusu olmayacaktır.

606 Bkz. D 5D, E.2004/3658, K.2004/5187, K.T.10.12.2004, www.danistay.gov.tr Benzer ifadeleri içeren bir karar olarak ayrıca bkz. Bkz. D 2D, E.2005/680, K.2006/1360, K.T.21.4.2006, www.danistay.gov.tr Kararlarda geçen ‘etkinlik ve verimlilik’ ifadelerinin, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulması ilkesini de kapsadığı söylenebilecektir. Sürekli ve düzenli olmayan kamu hizmetlerinin, ihtiyaç sahipleri açısından etkin ve verimli olabilmesi pek mümkün görünmemektedir.

607 Bkz. D 2D, E.2006/1053, K.2006/3272, K.T.15.11.2006, www.danistay.gov.tr

D. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesine Uyulmamasının Sonuçları: Tam Yargı Davaları Açısından

1. Herhangi Bir Zararın Doğmamış Olması İhtimalinde

Bazı hallerde, bir kamu hizmetlerinin gereği gibi, sürekli ve düzenli olarak sunulamamış olabilir. Fakat bunun sonucunda bir zarar meydana gelmemiş olabilmektedir. Bu takdirde, “Sorumluluk Hukuku” bölümünde de belirtilen şartlardan “zarar şartı” gerçekleşmemiş olacağından İdarenin sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.⁶⁰⁸

2. Zarar Doğmuş Olması İhtimalinde

a) Vücut Bütünlüğüne ve Yaşama Hakkına Zarar Gelmiş Olması İhtimalinde

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmemesi sonucunda, kişilerin yaşama hakkı ihlal edilebilir ya da vücut bütünlüğüne zarar gelebilir.

a)1) 1.10.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3.maddesine göre, artık “idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine” ya da “kişinin ölümüne” bağlı maddi ve manevi zararlara ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır. Aynı maddenin devamında, ‘İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır.’ denilmektedir.

a)2) Yasanın yürürlük tarihine kadar, söz konusu davalar İdari Yargı mercilerinin denetimi kapsamında olacaktır. Bu konuda, Danıştay tarafından verilmiş pek çok karar bulunmaktadır.

Yüksek Mahkeme; - hastanenin temiz tutulması yönündeki faaliyet sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmediği için, ameliyat sonrası enfeksiyon nedeniyle kişinin

608 Öğretide, zararın nitelikleri ise şu şekilde ifade edilmektedir: Zarar, gerçek bir zarar olmalıdır; bir kamu yükümlülüğü biçimini almamalıdır ve özel bir zarar niteliğinde olmalıdır. Örnek olarak bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, C.2, s.776 vd; T.Yıldırım, **İdari Yargı**, s.275; C.Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş 2**, s.529 vd.

ölmesi sonucunda, İdareyi kusurlu bulmuş ve ölenin yakınlarına maddi ve manevi tazminat ödenmesine hükmetmiş;⁶⁰⁹ - kronik paranoid psikoz teşhisi konulmuş olan bir hastanın denetim ve gözetiminin sürekli ve düzenli olarak yapılmaması sonucunda, hastanın intiharı ile sonuçlanan olayda, İdarenin hizmet kusuru bulunduğunu belirtmiş;⁶¹⁰ -ilköğretim hizmetlerinin öğrencilerin gözetim ve denetim altında tutulması görevini de kapsadığını, bu nedenle de teneffüs sırasında bir öğrencinin gözünün başka bir öğrenci tarafından atılan çöple yaranması olayında, eğitim hizmetlerinin “sürekli ve düzenli” olarak yürütülememesinin hizmet kusuru oluşturduğunu ifade etmiş;⁶¹¹ -şehir içinden geçen dere kenarındaki yaya kaldırımına korkuluk yapılması suretiyle fiziki koruma önlemi almayan İdarenin; korkuluğun bulunmaması nedeniyle dereye düşerek yaralanan davacının zararını ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiş;⁶¹² -kalp krizi geçiren hastaya uzman hekimin zamanında müdahale etmemesi sonucu hastanın ölümü olayında hizmetin geç işlediğini ve İdarenin sorumlu olduğuna hükmetmiş;⁶¹³ -kamu mallarının bakım ve gözetiminin sürekli ve düzenli olarak yapılmaması sonucunda meydana gelen ölüm olayında, gerekli tedbirlerin alınmamış olması nedeniyle İdareyi kusurlu bulmuştur.⁶¹⁴

b) Mala Zarar Gelmiş Olması İhtimalinde

Hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilememesi sonucunda, kişilerin mallarına da zarar gelebilir.

Malvarlıksal zarar, Danıştay kararlarına da konu olmuştur. Yüksek Mahkeme, örneğin; -sulama suyu kanalından taşan suların zarar verdiği araziyle ilgili davada, “İdarenin

609 Bkz. D 10D, E:2009/8454, K:2009/7726, www.danistay.gov.tr Danıştay, kararında İzmir 2. İdare Mahkemesince verilmiş olan kararı “İdarelerin kamu hizmetlerinin *gereği gibi* işlemlerini sağlayacak organizasyonları yaparak *yeterli araç ve gereçle donatılmış* bina ve tesislerde, *hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetiştirilmiş personelle* hizmeti yürütmek zorunda olduğu” gerekçeleriyle onamıştır.

610 Bkz. D 10.D, E:2005/6316; K:2007/5666, www.danistay.gov.tr

611 Bkz. D 8D, E:1987/539, K:1988/690, K.T.13.10.1988, **DD**, S:74-75, s.510 vd.

612 Bkz. D 10D, E:1995/4248, K:1995/6257, K.T.30.11.1995, www.danistay.gov.tr

613 Bkz. D 10D, E:2001/3789, K:2001/487, K.T.13.2.2001, www.danistay.gov.tr

614 Bkz. D 10.D, E:2006/5494; K:2009/2219, www.danistay.gov.tr Danıştay, davalı İdareye ait askeri lojmanların içerisinde yapımı devam eden futbol sahasındaki kale direklerinin oyun alanı dışında bulundurulması ya da sabitlenmesi gerekirken, orada yaşayanların can güvenliğinin tehlikeye düşmesini önleyecek tedbirlerin alınmaması, bir uyarı levhasının bulunmaması nedeniyle İdarenin hizmet kusuru bulunduğunu kabul etmiştir.

hizmetleri gereği gibi yapmak ve hizmetin işleyişini *sürekli* kontrol ederek yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu” gerekçesiyle İdarenin hizmet kusuru bulunduğuna hükmetmiş;⁶¹⁵ -yoldaki *kusurlar* (yolda çukurlar bulunması, yolun bakımının sürekli ve düzenli yapılmaması) nedeniyle yoldan çıkan aracın hasarı için açılan davada, İdareyi sorumlu bulmuş;⁶¹⁶ -İdare tarafından karayolu yapımında kullanılmak üzere gereken çakılın temini amacıyla çay yatağına kurulan şantiyenin faaliyeti sonucunda çayın yatak değiştirmesi nedeniyle civardaki taşınmazların zarar görmesi olayında, İdarenin gerekli tedbirleri alması gerektiği halde bu hizmeti yapmamasından ötürü sorumlu olduğunu belirtmiş;⁶¹⁷ - yol çalışmaları sırasında bölgeye kum döken İdarenin kaza olmaması için ışıklandırma ve işaret koyma gibi tedbirleri almaması, bunun sonucunda da kişinin aracında maddi zararın doğması olayında “İdarenin yüklendiği kamu hizmetini yürüttüğü sırada denetim görevini sürekli ve düzenli olarak yapmaması” gerekçeleriyle sorumluluğuna hükmetmiştir.⁶¹⁸

c) Manevi Zararın Meydana Gelmiş Olması İhtimalinde

Hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi sonucunda, kişiler manevi zarara da maruz kalabilir.

c)1)Yukarıda da açıklandığı üzere, 6100 sayılı HMK ile birlikte, kişilerin idari işlem ve eylemler sonucunda “yaşama hakkına” ya da “vücut bütünlüğüne” bir zarar gelmesinden doğan manevi zararlara ilişkin tazminat davalarında asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır. Ancak, “yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünü”nün ihlali haricinde doğan manevi zararlarda, yine söz konusu davalarda İdari Yargı mercileri görevli olacak ve onların vereceği kararlar geçerli olacaktır.

615 Bkz. D 10D, E.2002/4989, K.2002/1270, K.T.26.4.2002, www.danistay.gov.tr

616 Bkz. D 10D, E.1998/7299, K.1998/2008, K.T.13.5.1998, www.danistay.gov.tr

617 Bkz. D 10D, E.1995/5647, K.1995/1260, K.T.1.3.1995, www.danistay.gov.tr

618 Bkz. D 10D, E.1995/4713, K.1995/5110, K.T.6.11.1995, www.danistay.gov.tr. Benzer ifadeleri içeren bir karar olarak bkz. D 10D, E.1996/3062, K.1996/5078, K.T.2.11.1996, www.danistay.gov.tr

c)2) Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesinden ötürü doğan manevi zararlar, Danıştay kararlarına da konu olmuştur. Örneğin, öğretim üyesi olan davacının, Kıbrıs'ta yapılacak bir sempozyuma katılmak üzere yurtdışına çıkışına bilgisayar kayıtlarında bakaya ve tahditli gözükmesi nedeniyle izin verilmemesi sonucunda, Danıştay, kişinin uğramış olduğu maddi ve manevi zararların tazminine karar vermiştir. Danıştay'a göre: "Bilgisayar kayıtlarını düzenli bir şekilde tutmak ve güncellemek yükümlülüğündeki idarenin, bu hizmetlerini gereklerine uygun olarak yürütmemesi, davacının anayasayla teminat altına alınan, seyahat ve yurt dışına çıkma hürriyetini sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur... (Bu nedenle) idarenin hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunmaktadır."⁶¹⁹

Yüksek Mahkeme, -ABD'de oturmakta olan ve bir üniversitede öğretim üyesi olarak çalışmakta olan profesörün Kültür Bakanlığı tarafından İstanbul'da toplanacak bir bilimsel kongreye çağrılması fakat kongre için ayrılan ödeneğin yetersiz olması nedeniyle iptal edilmesi ve bunun ilgiliye zamanında duyurulamaması sonucunda, Danıştay, profesörün yaptığı masraflar ile duyduğu üzüntü dolayısıyla sorumluluğu Kültür Bakanlığına yüklemiştir;⁶²⁰ -davacının kendisine ait ve sürücüsü olduğu araç ile, sel sularından köy yolunun bozulması ve yolun bakım ve onarımının İdare tarafından sürekli ve düzenli olarak yapılmaması sonucunda, yapmış olduğu kaza sonucunda uğradığı maddi ve manevi zararın İdarece tazminine hükmetmiştir;⁶²¹ -davalı İdarenin yol yapım çalışmaları sırasında yolun bir şeridindeki kot düşüklüğünün yaratacağı sakıncaları giderecek kanal yapımı ve benzeri gerekli önlemleri almamasından dolayı davacıya ait evin sel baskınına uğraması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazminine karar vermiştir.⁶²²

619 Bkz. D 10D, E.1998/5023, K.1998/807, K.T.24.2.1998, **DD**, S:97, s.685 vd.

620 Bkz. D 12D, E.1976/245, K.1976/1455, K.T.25.5.1976, **DD**, S:32-33, 1980, s.794.

621 Bkz. D 10D, E.2002/5192, K.2002/953, K.T.9.4.2002, www.danistay.gov.tr

622 Bkz. D 10D, E.2001/1531, K.2001/75, K.T.17.1.2001, www.danistay.gov.tr

E. İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sonuçları

1. Faaliyete Başlanması Aşamasında

1)a) Süreklilik-düzenlilik ilkesinin söz konusu olabilmesi ve bu ilkeye uyulmadığı takdirde yargı denetiminden bahsedilebilmesi için, esasen, öncelikle yürütülmeye başlanmış bir “kamu hizmeti”nin varlığı gerekmektedir. Bir başka deyişle, henüz yürütülmeye başlanmamış bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilmesinden de söz edilemeyecektir. Bu bakımdan, “faaliyete başlanması aşaması”, henüz ortada bir kamu hizmeti olmadığından konumuz dışında kalmaktadır.

1)b) Bununla birlikte, ikinci bölümde, “Kamu Hizmetlerinin Kurulması Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi” ile ‘Anayasanın 65.Maddesinin Takdir Yetkisi Konusunda Sahip Olduğu Hukuki Anlam ve Fonksiyon’ bahsinde yapılan açıklamalar burada da hatırlanabilecektir. Buna göre, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde, düzenlenmesinde takdir yetkisi yasakoyucuya aittir. Bununla birlikte, yasakoyucuyu bu konuda denetleyecek bir mekanizmanın da Anayasal sistemimizde öngörülmemiştir.

Aynı şekilde, İdarenin yargı kararları ile bir faaliyeti, kamu hizmetlerini başlatmaya zorlanabilmesi mümkün görülmemektedir. Bu hususun denetlenmesi, İYUK’un 2.maddesinde yer alan “İdarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar verme yasağı” ile “yerindelik denetimi yasağı” kapsamında düşünülebilecektir.⁶²³

Bu konuda, Anayasanın 65.maddesinin de, faaliyete başlanması konusunda sahip olduğu hukuki anlam ve fonksiyon da düşünülebilecektir. Bu hüküm uyarınca da, yasakoyucu, mali kaynakları çerçevesinde, öncelikleri belirlemek ve bu önceliklere göre hizmete başlanması konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Mahkemelerin önceliklerin belirlenmesi konusundaki takdir yetkisini denetlemesi ise mümkün görünmemektedir. Anayasa Mahkemesi ile Danıştay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır.

623 Ayrıca, 2010 değişiklikleri ile Anayasanın 125.maddesinin 3.fıkrasında: “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, *hiçbir surette* yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” hükmü de yer almaktadır.

Bu bağlamda, kişilerin İdareden bir faaliyeti, kamu hizmetini sunmaya başlaması yönünde bir talepte bulunabilme imkanları yoktur.

2. Faaliyetin Yürütülmesi Aşamasında

2)a) Yürütülmeye başlanmış bir kamu hizmetinin, kamu hizmeti ilkelerine, bu kapsamda süreklilik-düzenlilik ilkesine de, uygun olması gerekmektedir.

Bu çerçevede, başlanmış olan bir hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesinde, Anayasanın 65.maddesindeki mali kaynakların yetersizliği olgusuna da dayanılmayacaktır. Daha önce, “Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesi Aşamasında Sahip Olunan Takdir Yetkisi” ile “Anayasanın 65.Maddesinin Sahip Olduğu Hukuki Anlam ve Fonksiyon” başlıkları altında yapılan açıklamalar, yine burada da hatırlanabilecektir.

2)b) İdarenin, yürütmeye başlamış olduğu bir hizmetin, her ne sebeple olursa olsun, yetersiz, aksak bir şekilde sunulması halinde, kamu hizmetleri “gereği gibi” ifa edil(e)memiş olacaktır. Bu takdirde, ilgili kişiler de İdari Yargı’da dava açıp hukuka aykırılık iddialarının kabul görmesi ihtimalinde, hizmete ilişkin idari işlemler iptal ettirilebilecek (iptal davası) ve/veya faaliyet sırasında bir zarar doğmuşsa, İdarenin sorumluluğuna gidilebilecektir (tam yargı davası).

3. Faaliyetin Sona Erdirilmesi Aşamasında

3)a) Bilindiği üzere, kamu hizmetleri, yasalarla kurulmakta ve sona erdirilecekse de yine bir yasaya ihtiyaç duyulmaktadır.

Ancak bazı ihtimallerde, İdare, bir kamu hizmetini, yasadan aldığı yetkiler çerçevesinde, sona erdirebilmektedir.

Kamu mülkiyetini sona erdiren özelleştirme işlemleri, bu duruma iyi bir örnek oluşturmaktadır.

3)b) Özelleştirme işlemlerini yargı denetimine tabi tutan İdari Yargı mercileri de, “kamu yararı ve hizmet gerekleri” çerçevesinde konuya yaklaşmaktadır.

Bu bağlamda, özelleştirilen faaliyetin İdare tarafından sürekli-düzenli olarak yürütülmesinde kamu yararı bulunması durumunda, dava konusu işlem iptal edilebilecektir.⁶²⁴

⁶²⁴ Örnek kararlar için bkz. D 13D, E.2005/1300, K.2005/2986, K.T.6.6.2005, **DD**, S.111, s.391; D 10D, E.2001/5555, K.2003/4384, K.T.12.11.2003, **DKD**, E.3, s.294; D 13D, E.2005/9060, K.2006/1970, K.T.26.4.2006, **DD**, S.113, s.427; D 13D, E.2006/1437, K.2007/1705, K.T.27.3.2007, **DD**, S.116, s.401.

SONUÇ

Kamu hizmeti kavramı, geçirdiği ideolojik, tarihsel ve teknolojik değişimin de etkisiyle, öğretilerde farklı şekillerde ve kapsamda tanımlanabilmekte ve kullanılabilmektedir. Bu çalışmada esas alınan, dar ve teknik anlamıyla kamu hizmeti kavramı ise, temel olarak, Devlet ya da diğer kamu tüzelkişilerinin kamusal ihtiyaçları karşılamak amacıyla yürütmüş oldukları sürekli ve düzenli faaliyetleri ifade etmektedir.

Kamu hizmetleri, belli ilkelere dayalı olarak yürütölmektedirler. Rolland Yasaları olarak adlandırılan, öğretide ve içtihat yoluyla hukuk sistemimizde de kabul görmüş olan bu ilkeler; “sürekli ve düzenlilik, genellik ve tarafsızlık, değişkenlik ve yeniliklere uyarlama, bedelsizlik” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu ilkeler, birbirleriyle sıkı sıkıya bağlı olup biri olmadan diğeri de anlamını yitirmektedir. Sürekli ve düzenlilik ilkesinin anlamı ve kapsamı ortaya konulurken, kamu hizmetinin diğer ilkeleri ile arasındaki ilişki ve etkileşim de göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, sürekli ve düzenlilik ilkesi; sadece kronolojik bir anlama sahip olmamakta; hizmetlerin, toplumsal ihtiyaçlara bağlı olarak, hizmetten yararlanacak kişiler arasında ayırım gözetilmeksizin (hatta, gerekirse, hizmetten yararlananların sosyo-kültürel, ekonomik, fiziksel birtakım kişisel özellikleri de göz önüne alınarak), belli bir nitelikte ve yoğunlukta, kaliteli, verimli, etkili, bir başka deyişle “gereği gibi” sunulmasını ifade etmektedir.

Bu İdare Hukuku ilkelerinin yanı sıra, kamu hizmetinin dayandığı Anayasal esas ve ilkelerden bağışık olarak da sürekli ve düzenlilik ilkesini yorumlamak mümkün değildir.

Bu çerçevede, sürekli ve düzenlilik ilkesi, hizmetin ne olursa olsun kesintiye uğramaması değil; insan haklarına dayanan, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletinde sürekli ve düzenli olarak yürütölmeleri anlamına gelmektedir.

Sürekli ve düzenlilik ilkesinin yaşama geçilmesini olumsuz yönde etkileyen bazı faktörler de bulunmaktadır. Bu faktörler; teknik ve mali yetersizlikler, kamu görevlilerinin sayısı ve niteliklerine ilişkin yetersizlikler, hizmetten yararlanacak olanların kişisel yapıları

ile kültürel yapıları olarak belirlenebilecektir. Bunlara bağlı olarak hizmetin sürekliliği ve düzenliliği zedelenebilmekte; dolayısıyla da hizmet “gereği gibi” sunulmamaktadır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi, incelenirken şu sonuca varılabilecektir ki; bu ilke, sadece kamu hizmeti kavramı ile sınırlı olmayıp esasında İdare Hukukunun bütün temel konu başlıklarıyla ilişkilendirilebilecektir.

İlke, İdari Teşkilat Hukuku bağlamında; “idarenin bütünlüğü ilkesinin” yaşama geçirilmesi çerçevesinde idarenin hiyerarşik denetim ve idari vesayet denetimi yapabilme yetkisi, kamu tüzelkişilerinin sona erdirilmesine ilişkin esaslar, merkezi idare ve yerel idarelere verilen görevlerin aksamadan, belli bir düzen içerisinde, yani gereği gibi yürütülmesi hususları ile ilintili olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamu Personel Hukukuna bağlamında ise; kariyer ve liyakat ilkesi çerçevesinde, kamu görevlilerinin asli ve sürekli görevlerini gereği gibi yerine getirebilmelerine olanak sağlayan, hem kendileri hem de yerine getirdikleri görevin sürekliliği ve düzenliliği açısından güvenceli bir konum öngören kadro kavramı ve statü hukuku, bu ilke ile ilişkilendirilebilecektir. Bunların yanı sıra, İdarenin kamu görevlilerinin -değişen ihtiyaçlara da bağlı olarak- ülkenin her yerine sürekli ve düzenli olarak görevlerini yerine getirmelerini sağlayan naklen atama yapma yetkisi; bir kamu görevlisinin belli durumlarda görevi başında bulunamaması ihtimalinde hizmetlerin aksamaması için öngörülecek geçici bir tedbir olan vekalet kurumu; kamu görevlilerinin sorumluluklarına ilişkin olan hükümler ile görevleri sırasında işledikleri suçların kovuşturması hakkında düzenlenen özel hükümler; kamu görevlilerinin hizmeti kesintisiz ve gereği gibi yerine getirebilmeleri için öngörülen ödevler ve yasaklar; görevin gereği gibi yürütülmesi açısından görev başında kalmasında sakınca bulunan görevlinin görevden uzaklaştırılması tedbiri; kamu görevinin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeler de bu ilkenin biz izdüşümü olarak yorumlanabilecektir.

Kamu Malları Rejimi çerçevesinde, ilke; İdarenin kamu hizmetlerini sürekli ve düzenli olarak yerine getirebilmesi için gereken malları edinebilme usullerini; kamusal görevlerle ilişkilendirilmiş olan malları ve onların niteliklerini (hizmet malları ile orta malları) koruyacak olan ilke ve kuralları ve yine hizmetlerin gereği gibi sunulabilmesi için

gereken paranın sürekli ve düzenli şekilde elde edilmesi, kamu parasının korunmasına ilişkin düzenlemeleri de beraberinde getirmektedir.

İdari İşlemler Teorisi kapsamında, hizmetlerin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesi için İdarenin, özel hukuk kişilerinden farklı olarak sahip olduğu tek taraflı, icrai nitelikte olan, re'sen –bazı hallerde cebren de- uygulanabilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan hukuki işlemler yapabilme yetkisi akla gelebilecektir. Ayrıca, idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin ilkelerden olan hukuki istikrar ve güven ilkesi de hem kişilerin kazanılmış haklarının ve haklı beklentilerinin korunması, hem de hizmetlerin istikrarlı, düzenli olması bağlamında düşünülebilecektir.

İdari Sözleşmeler Hukuku bağlamında ise, bir kamu görevinin yürütülmesini konu edinen idari sözleşmelerin, kamusal görevlerin sürekliliği ve düzenliliğinin sağlanması açısından daha güvenceli bir statü öngördüğü söylenebilecektir. İdari sözleşmelerde, özel hukuk sözleşmelerinde yer alan sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği ilkeleri yerine İdarenin, kamu yararını sağlayabilmek, bu çerçevede hizmetlerin sürekliliği ve düzenliliğini yaşama geçirebilmek adına gerektiğinde kamu kudreti kullanabilme, örneğin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme gibi üstün yetkileri bulunmaktadır.

İdarenin yürüttüğü diğer faaliyetlerle süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasında da çeşitli ilişki ve yansımalar bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi, kolluk faaliyetlerinin de ifasını kolaylaştırıcı bir etki yaratabilmektedir ya da kamu düzeninin korunması amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesini de kolaylaştırabilmektedir. Bununla birlikte, bazı durumlarda ise, kolluk faaliyeti bir kamu hizmetinin yürütülmesini önlemek amacıyla müdahalelerde de bulunabilmekte, hizmeti kesintiye uğratabilmektedir.

Planlama faaliyeti ile de, İdarenin kamu hizmetlerini sunarken ortaya çıkan yeni ve farklı ihtiyaçların sürekli ve düzenli olarak karşılanabilmesi; hizmetlerin değişen ve gelişen ihtiyaçlar doğrultusunda sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi sağlanmış olacaktır. Planlama faaliyeti, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için bir “ön faaliyet” niteliği taşımaktadır.

Sorumluluk Hukuku çerçevesinde, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilememesi (hizmetin kötü, geç işlemesi ya da hiç işlememesi) hizmet kusuru olarak nitelendirilmekte; diğer koşullar (zarar ve nedensellik bağı) da gerçekleştiği takdirde, İdarenin sorumluluğu doğmaktadır.

İdari Yargılama Hukuku açısından ise, İdari Yargının işlevi ve bu işlevin yaşama geçirilmesi için öngörölmüş bulunan ilkelerin, -sosyal hukuk devletinin korunması bağlamında- kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğini de sağlamayı amaçladığı söylenebilecektir.

Son olarak, bu ilkeye uyulmaması durumunda, yapılacak yargısal denetim ve bu denetimin kapsamı konusu ortaya çıkmaktadır. Hukuk sistemimizde benimsenen idari rejim çerçevesinde, kural olarak, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıklar, temel varlık nedeni sosyal hukuk devletini korumak olan İdari Yargı'da çözümlenmektedir. Bununla birlikte, yasal düzenlemelerle buna istisnalar getirilebilmekte; Anayasa Mahkemesi de, özellikle 2000'li yıllardan itibaren vermiş olduğu kararlarında bu yasaları Anayasa uygun bulmaktadır. Bu tür yasal düzenlemelerin ve bu düzenlemeleri Anayasa uygun bulan Yüksek Mahkeme kararlarının kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliğini ne ölçüde sağlayabileceği ise tartışmalıdır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesine uyulmaması durumunda başvurulabilecek idari davalar; iptal davaları ile tam yargı davalarıdır. Bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yürütölememesi durumunda, bu hizmetin dayandığı işlem hukuka aykırı ise, iptal davası; hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütölememesi sonucunda bir zarar doğmuşsa tam yargı davası açılabilir.

Bu idari davaların yanı sıra, 2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasal sistemimizde yer alan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanı da söz konusu olabilecektir. Bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli sunulmaması sonucunda, AİHS kapsamında yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, İdari Yargı'da (ya da yasada öngörölmüşse, Adli Yargı'da) bir sonuç alamaması halinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Bununla birlikte, bu hakkın düzenlendiği 30.3.2011 tarih ve 6212 sayılı Yasada yer alan bazı ifadelerin belirsizliği ve yoruma açık olması nedeniyle bireysel

başvuru imkanının ne şekilde kullanılabileceğini ve ne gibi sonuçlar doğurabileceğini bu konuda verilecek olan yargı kararları belirleyecektir.

YARARLANILAN ESERLER^X

- AKAD, Mehmet/ DİNÇKOL, Abdullah, 1982 Anayasasına ve Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 2007
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu” Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Çağdaş Anayasa, Hukuk ve Demokrasi” (Konferans), Hukuk Kurultayı 2000, C.1, Ankara, 2000
- ALTAY, Evren, Görevden Uzaklaştırma, Ankara, 2007
- ARTUK, M.Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, Ankara, 2007
- ATAY, Ender, Ethem, İdare Hukuku, Ankara, 2006.
- ASLAN, Zehrettin/ ARAT, Nilay, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2

^XAşağıda belirtilmiş olan eserler arasında; bir yazarın *aynı kitabının farklı tarihli basıları* da bulunabilmektedir.

Bu olgunun nedeni; söz konusu eserin eski ve yeni tarihli basıları arasında içerik açısından bazı farklılıkların bulunuyor olmasıdır...

ASLAN, Zehreddin/ ÖZCAN, Hüseyin/
GEMALMAZ, Burak/ YAVUZDUGAN,
Seçkin

Türkiye’de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin
Geçici Yargısal Korunması, Ed: Z.Aslan,
İstanbul, 2004

AYAYDIN, Cem,

1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı
Kavramı ve Anayasa Mahkemesi, İstanbul,
2010.

AYAYDIN, Cem,

82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı,
Doktora Tezi, Cilt 2, İstanbul, 1998.

AYAYDIN, Cem,

İdare Hukuku’na Giriş 1, İstanbul, 2008.

AYAYDIN, Cem,

İdare Hukuku’na Giriş 2, İstanbul, 2008.

AYAYDIN, Cem,

“İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk
Düzeni”, Prof.Dr.Erdoğan Teziç’e Armağan,
İstanbul, 2007.

AYAYDIN, Cem,

“İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi
Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler
ve Değerlendirmeler” Prof.Dr.İlhan Özay’a
Armağan. (yayım aşamasında)

AYBAY, Rona,

“Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim”,
Ekonomik Forum, 15 Ağustos, 1999

BALTA, Tahsin Bekir,

İdare Hukuku 1, Ankara, 1972

BALTA, Tahsin Bekir,

İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970

BEREKET BAŞ, Zehra,

“Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”
Prof.Dr.Tahsin Bekir Balta’ya Armağan,
Ankara, 1974,

- BİLGEN, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y:1, S:1, 1990.
- BİLGEN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İdare Malları, İstanbul, 1996.
- BİLGEN, Pertev, “Sosyal Haklar, Kamu Hizmetleri, Özelleştirme”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi, C:3, S:5, 1995.
- BORATAV, Korkut, “Küreselleşme ve Dünya Ekonomisi”, Cumhuriyetin 75.yılında Kamu Hizmeti, Kamu Mülkiyeti, Ankara, 1998.
- BÜLBÜL, Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul, 2010.
- CANDAN, Turgut, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun –açıklamalı-, Ankara, 2007.
- ÇAL, Sedat, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, ProfDr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul, 2009.
- ÇELİK, Aziz, “AB ile Müzakere Sürecinde Türkiye’de Sosyal Haklar Sorunsalı –Sendikal Hakların Önemi ve Gözardı Edilmesi”, Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı (yayım aşamasında).
- DARENDELİ, A.Vahap, Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari

Uyuşmazlıklar ve Davalar, Ankara, 2004.

DERBİL, Süheyl,

İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara, 1952.

DOĞRU, Osman,

İnsan Hakları Kararları Derlemesi, C.1, ed. O.Doğru, S.İnceoğlu, H.K.Elban, İstanbul Barosu yay., İstanbul 1998

DUGUIT, Leon,

Kamu Hukuku Dersleri, çev: DERBİL, Süheyl, Ankara, 1954.

DURAN, Lütfi,

“Kamusal Malların Ölçütü”, Amme İdaresi Dergisi, C:19, S:3, 1986.

DURAN, Lütfi,

İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.

DURAN, Lütfi,

“Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, AİD, C:20, S:1, Mart 1987.

DURAN, Lütfi,

“Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu” Prof.Dr.Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, 1974,

DÜREN, Akın,

İdare Malları, Ankara, 1975.

ERKUT, Celal,

“İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Ankara, 2003.

ERKUT, Celal,

“İdari Yargıya Başvuru Hakkının İdari Dava Türleri ile Sınırlandırılması”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 2000.

ERKUT, Celal,

Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet

- Anlayışı, Ankara, 2004.
- ERSOY PINAR, Deniz Merve,
“Kamu Hizmeti ve Tüketici Hukuku” AYİM Dergisi, S:25, Ankara, 2010.
- GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/
AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman,
İdare Hukuku, İstanbul, 2011.
- GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/
AKGÜNER, Tayfun,
İdare Hukuku, İstanbul, 2008.
- GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem,
“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin
‘Satılmış ve Diğerleri/ Türkiye Kararı’”,
Çalışma ve Toplum, S:17, 2008/2.
- GÖZLER, Kemal,
İdare Hukuku, cilt 2, Bursa, 2010.
- GÖZLER, Kemal,
İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2010.
- GÖZLER, Kemal,
Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut,
İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt 1, Ankara,
2010.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut,
İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Cilt 2,
Ankara, 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ DİNÇER, Güven,
İdari Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-
İçtihat, 2.Bası, Ankara, 2001.
- GÜLAN, Aydın,
“Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne
Yapılabilir?”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi,
S:1, Y:16, Ocak 1995.
- GÜLAN, Aydın,
“Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD Prof.Dr.
Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı,1998, S:1-
3.

- GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul, 1999.
- GÜLER, Birgül Ayman, “Türkiye’de Kamu Personel Rejimi Esasları”, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı ve TÜHİS, Türkiye’de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, Hilton Oteli, Ankara 22-23 Şubat 2003 (http://www.egitimsen.org.tr/makale/birgulaymangurel_subat2003.html).
- GÜLMEZ, Mesut, “Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası” Amme İdaresi Dergisi, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001.
- GÜLMEZ, Mesut, “Grev Yasak Demenin Başka Yolu”, Radikal 2, 28 Mart 2010.
- GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, Bildiriler, International Symposium On Social Rights, Proceedings, 22-23 Ekim /October, 2009, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, Belediye-İş Sendikası Yayını, Ankara, Ekim 2009.
- GÜLMEZ, Mesut, Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788’den 4688’e:1926-2001, Ankara, 2002.
- GÜLMEZ, Mesut, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?” Çalışma ve Toplum, 2008/3.
- GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı Özünden Yoksundur.”, Çalışma ve Toplum,

S:26, 2010/3.

GÜLMEZ, Mesut,

“Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, Çalışma ve Toplum, S:4, 2005/1.

GÜLMEZ, Mesut,

“Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu”, Ankara, 2006.

GÜLMEZ, Mesut,

Sendikal Haklarda Uyum Sorunu, Ankara, 2005.

GÜLMEZ, Mesut,

“Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar” Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı (yayım aşamasında).

GÜNDAY, Metin,

“Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği”, Hukuk Kurultayı 2004, Cilt 4 Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı, Ankara, 2004.

GÜNDAY, Metin,

İdare Hukuku, Ankara, 2004.

GÜNDAY, Metin,

“Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Ankara, 2001.

GÜNDAY, Metin,

“Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 2000.

- GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965.
- GÜNUĞUR, Haluk, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, TBB Yayını, Ankara, 1999.
- GÜRAN, Sait, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Malına Bakışı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y:5, S:1-3, İstanbul, 1984.
- GÜRAN, Sait, “İdari İşlem”, Prof.Dr.Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı, cilt 3, İstanbul, 2001.
- GÜRAN, Sait, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul 1980.
- GÜRAN, Sait, “Yeni Bir Buluş: “Askıdaki Memur””, İHİD, Y:1, S:1, Mart 1980.
- GÜRAN, Sait, “Yer Değiştirme İşlemlerinin Maliyeti”, İHİD, Y:1, S:3, Aralık 1980.
- HARTEN, Gus Van, Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford University Press, New York, 2007.
- KABOĞLU, İbrahim, “1995 Anayasa Değişiklikleri”, KÜHFD, Y:1, S:1, Kasım 1997.
- KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 2011
- KABOĞLU, İbrahim, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı, (yayım aşamasında).
- KABOĞLU, İbrahim, “Anayasada Sosyal Haklar: Alan ve Sınırları”, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2 Bildiriler, Haz: M.Gülmez, N.Durusoy Öztepe, N.Mütevellioglu, O.Karadeniz, H.Kumaş,

İstanbul, Ekim 2010.

KABOĞLU, İbrahim,

Anayasa ve Toplum, İstanbul, 2000.

KABOĞLU, İbrahim,

Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Ankara, 2002.

KANLIGÖZ, Cihan,

Türk Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2002.

KARAHANOĞLU, Onur,

Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara, 2004.

KARAKOÇ, Yusuf,

Genel Vergi Hukuku, Ankara, 2007.

KARAYALÇIN, Yaşar,

“Devlet Borçları- Devlet Malı Haczedilemez” Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu (11 Mayıs 2001) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.

KIRATLI, Metin,

Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ankara, 1966.

MARGUENAUD, Jean-Pierre,

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu”, çev: G.Kurt, Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı, (yayım aşamasında).

MICHELS, Roberto,

Political Parties, A Sociological Study of The Oligarchical Tendencies of Modern Democracy, translated by Eden and Cedar Paul, Batoche

Books, Canada, 2001.

MOULY, Jean,

“Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Kararı, Sosyal Hakların Genişletilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, çev: G.Kurt, Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı, (yayım aşamasında).

NAS, Nesrin,

“Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, 2001.

OĞURLU, Yücel,

İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003.

ONAR, Sıddık, Sami,

İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1.cilt, İstanbul, 1966.

ONAR, Sıddık, Sami,

İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2.cilt, İstanbul, 1966.

OZANSOY, Cüneyt,

“İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, Hukuk Kurultayı 2000, cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000.

ÖNDER, İzzettin,

“Özelleştirmeye Genel Yaklaşım”, Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme, ed. Ergin Arıoğlu, Ankara, 1994.

ÖRÜCÜ, Esin,

“Sosyal Kamu Hizmeti Kavramı”, İÜHFİM, C:36, S:1-4, İstanbul, 1970.

ÖZAY, İlhan,

Devlet İdari Rejim ve Yargısal Koruma, 3.Kitap, İstanbul, 1990.

- ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002.
- ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim 2, Yargısal Korunma, İstanbul, 2010.
- ÖZAY, İlhan, “ ‘İdare Edilen’den ‘Yararlanan’a’”, 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998.
- ÖZAY, İlhan, Türkiye’de Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da ”A Tes Amour”, İÜHFİM, C.56, S:1-4, İstanbul, 1998.
- ÖZAY, İlhan, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2009.
- ÖZCAN, Çağatay, “Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılması Gereken Değişiklikler” Türk İdare Dergisi, Aralık 1999, S:425.
- PAULSSON, Jan, Avoiding Unintended Consequences, in Appeals Mechanism in International Investment Disputes, (Eds. Karl P.Sauvant/ Michael Chiswick-Patterson), Oxford University Press, New York, 2008.
- SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul, 2009.
- SELÇUK, Sami, Memur Yargılanması Hakkında, TÜSİAD

- yayını, İstanbul, 1997.
- SEZER, Abdullah/ KIRIT, Emrah, BOYAR Oya,
SÖZEN, Süleyman,
ŞANLI, Cemal,
TALAS, Cahit,
TAN, Turgut,
TAN, Turgut,
TAN, Turgut,
TANİLLİ, Server,
TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi,
TANRIVER, Süha,
- Hukuk Devleti, İstanbul, 2003.
- Teori ve Uygulanada Yeni Kamu Yönetimi, Ankara, 2005.
- “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, Altyapı Projelerinde Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ankara, 1998.
- “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, Türkiye’de İnsan Hakları (Seminer, 9-11 Aralık 1968), AÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970.
- “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, S:8, 1991.
- İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, 1970.
- “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Dünyü Bugünü”, Hukuk Kurultayı, 2000, cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000.
- Devlet ve Demokrasi, Ankara, 2007.
- 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2009.
- “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman’ın

- Anısına Armağan, İstanbul, 2000.
- TEZİÇ, Erdoğan,
Anayasa Hukuku, İstanbul, 2009.
- TUNCAY, A.Can,
Grev Hakkı, İnsan Hakları, YKY-1410, Cogito-98, İstanbul, 2000.
- TUNCAY, A.Can,
“Kamu Görevlilerinin Sendikalaşması ve Toplu Pazarlık Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007.
- TUTUM, Cahit,
Türkiye’de Memur Güvenliği, Ankara, 1972.
- ULER, Yıldırım,
“Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, Ankara, 27-28 Nisan, 1998.
- ULER, Yıldırım,
“Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları Geriye Yürür.”, B.Savcı’ya Armağan, Ankara, 1988.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim,
Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?-2, BTHAE, Ankara, 1999.
- YAYLA, Yıldızhan,
İdare Hukuku, İstanbul, 2009.
- YAYLA, Yıldızhan,
“İdari Yargı’da Veriler”, 134. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2002.
- YAYLA, Yıldızhan,
“Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya kamu hizmetinin sonu)”, Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan, İstanbul, 1986.
- YAYLA, Yıldızhan,
Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri

ve İstanbul Örneği, İstanbul, 1975.

YAYLA, Yıldızhan,

“Yeni İdari Düzenlemeler Karşısında Evvelce Alınmış Ruhsatların Durumu”, Yiğit Okur’a Armağan, İstanbul, 1998.

YILDIRIM, Ramazan,

“2547 sayılı YÖK Kanununun 53.Maddesinin Ceza Kovuşturması Açısından Değerlendirilmesi”, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir, 2003.

YILDIRIM, Turan,

İdari Yargı, İstanbul, 2010.

YILDIRIM, Turan,

Türkiye’nin İdari Teşkilatı, İstanbul, 2007.

YILDIRIM, Turan/ YASİN, Melikşah/
KARAN, Nur/ ÖZDEMİR, Eyüp/ ÜSTÜN,
Gül, OKAY TEKİNSOY, Özge,

İdare Hukuku, İstanbul, 2011.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.tbmm.gov.tr

www.danistay.gov.tr

www.yargitay.gov.tr

www.echr.coe.int

www.egitimsen.org.tr

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Ad- Soyad: M.Gözde Atasayan
 Adres: Hacı Halil Mah., Atatürk Cad., No: 38, Kat: 2, Gebze/ KOCAELİ
 Tel: 0535 8858973
 E-posta: gozat13@hotmail.com
 Doğum tarihi: 6.11.1987
 Doğum yeri: Kadıköy/ İstanbul

EĞİTİM

2009- 2012 : Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
 Kamu Hukuku Yüksek Lisans.
 Tez Konusu: “Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi”
 2005-2009 : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Birincilikle)
 2001-2005 : Gebze Anadolu Lisesi (Birincilikle)

İŞ DENEYİMİ

2009-2010 :Avukatlık Stajı (Balkan Hukuk Bürosu- Gebze)
 2010- 2011 :Avukat (Balkan Hukuk Bürosu)
 2011- devam ediyor : Araştırma Görevlisi- Kadir Has Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim
 Dalı

YABANCI DİL

İngilizce (Advanced)

YAYINLANMIŞ MAKALELER

”82 Anayasası’nın Öngördüğü Hükümet Sistemi Üzerine Bir Değerlendirme”- Kocaeli Barosu Dergisi, Sayı: 2011/1

“Şiddetle Seviyorum!”- Kocaeli Barosu Bülteni, Sayı:2, Yıl:2011

“Türkiye’de Çocuk Gerçekliği”- Kocaeli Barosu Bülteni, Sayı:3, Yıl: 2011

“Türkiye’nin Hükümet Sistemi Üzerine Yapılan Tartışmalar ve Başkanlık Sistemi”, Kocaeli Barosu Bülteni, Sayı:5, Yıl:2011

ÜYE OLUNAN KURULUŞLAR

Kocaeli Barosu- Yayın Komisyonu, Kültür Sanat Komisyonu

İLGİ ALANLARI/ HOBİLER

Felsefe, Edebiyat, Tiyatro, Latin Dansları, Siyaset Bilimi, İnsan Hakları, Klasik Müzik

- *13 Mart 2005 :9.Ulusal Felsefe Olimpiyatları- Türkiye 7.si
- * 2005-2007 :“Karşı Hukuk” (üniversitesi dergisi çalışmaları)
- * 8 Mart 2007 :8 Mart Dünya Kadınlar Günü Paneli (konuşma, anket, bülten çalışmaları)
- * 2009- devam ediyor :Forum Tiyatrosu (Tiyatro Boyalı Kuş)

REFERANS KİŞİLER

Prof.Dr. İbrahim Kaboğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD

Yrd.Doç.Dr. Cem Ayaydın, Galatasaray Üniversitesi İdare Hukuku ABD

ACIKLAMALAR

Fakülte hayatım boyunca, farklı alanlardaki hemen hiçbir sempozyum, panel vb.ni kaçırmadım ve bunların bana çok şey kattığına inanıyorum. “Hukukçu” olabilmek için yeryüzündeki gelişmelerin takip edilmesi, sorgulanması ve diğer sosyal bilimlerle de bu -esasen hiç bitmeyecek olan- eğitim sürecinin beslenmesi gerektiğini düşünüyorum. İdealim, akademisyen olmak. Ancak, ileride nerede ve hangi konumda olursam olayım bana ihtiyacı olan insanlara elimi uzatmak, onları sahip oldukları hak ve özgürlükler konusunda bilinçlendirmek; böylelikle düşlediğimiz çağdaş, aydınlık, demokratik, laik, sosyal, hukukun üstün olduğu bir Türkiye için kendime ait olan boşluğu doldurabilmek, sahip olduğum hakların yanı sıra onlarla kol kola girmiş “yurttaş olma” sorumluluğumu yerine getirebilmek en büyük isteğim. Çünkü, yaşam; dokuması henüz tamamlanmamış olağanüstü güzellikte bir duvar halısadır ve bize ait olan boşluğu yalnız biz doldurabiliriz.

