



T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI

İDARENİN RE'SEN İCRA YETKİSİ

(DOKTORA TEZİ)

Hayrettin YILDIZ

BURSA - 2018





**T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

İDARENİN RE'SEN İCRA YETKİSİ

(DOKTORA TEZİ)

Hayrettin YILDIZ

Danışman:

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

BURSA – 2018

TEZ ONAY SAYFASI
T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

.....Kamu Hukuku.....Anabilim/Anasanat Dalı,
.....Bilim Dalı'nda 711380001 numaralı
.....Hayrettin YILDIRIM.....'in hazırladığı
“İdarenin Resen İcra Yetkisi”
konulu Doktora..... (Yüksek Lisans/Doktora/Sanatta
~~Yeterlik Tezi/Çalışması~~) ile ilgili tez savunma sınavı, 29/08/2018 günü 13.00 - 14.30
saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın
tezinin/çalışmasının Basarılı..... (başarılı/başarısız) olduğuna
Oybirliği..... (oybirliği/oy çokluğu) ile karar verilmiştir.


Üye

Yrd. Doç. Dr.

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY
Uludağ Üniversitesi


Üye

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi


Üye

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ
Uludağ Üniversitesi

Üye

Prof. Dr. Müslüm AKINCI
Kocaeli Üniversitesi


Üye

Yrd. Doç. Dr. H. Bige AÇIMUZ
Özyeğin Üniversitesi

29/08/2018



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 09/08/2018

Tez Başlığı / Konusu: İDARENİN RE'SEN İCRA YETKİSİ/İdarenin işlemlerini uygularken tabi olduğu hukuk kuralları ve ilkeleri.

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam ...254... sayfalık kısmına ilişkin, 09/08/2018 tarihinde şahsım tarafından Turnitin..... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 15'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygularıyla arz ederim.

Tarih ve İmza

09.08.2018

Adı Soyadı: Hayrettin YILDIZ
Öğrenci No: 711380001
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: İdare Hukuku
Statüsü: Y.Lisans Doktora


Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

09/08/2018

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum "İDARENİN RE'SEN İCRA YETKİSİ" başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntılarının kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza

29.08.2018


Adı Soyadı : Hayrettin YILDIZ
Öğrenci Numarası : 711380001
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı :
Statüsü : Doktora

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Hayrettin YILDIZ
Üniversite	: Uludağ Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Kamu Hukuku
Bilim Dalı	: İdare Hukuku
Tezin Niteliği	: Doktora Tezi
Sayfa Sayısı	: IX + 265
Mezuniyet Tarihi	:/...../20.....
Tez Danışmanı	: Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

İDARENİN RE'SEN İCRA YETKİSİ

Re'sen icra yetkisi, idarenin aldığı kararı mahkeme kararına gerek olmaksızın uygulaması, hukuk aleminde tesis ettiği işlemin hukuki sonuçlarını maddi aleme aktarmasıdır. İdarenin re'sen icra yetkisinin genel ve olağan bir yetki mi yoksa özel ve istisnai bir yetki mi olduğu tartışma konusudur. Re'sen icra yetkisi ilk olarak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Société Immobilière de Saint Just* kararında tartışılmış ve hükümet komiseri Romieu, mahkemeye sunduğu raporda re'sen icranın kanunu olarak kabul edilen şart ve ilkeleri ortaya koymuştur. Bu kapsamda idarenin re'sen icra yetkisine başvurması için kanunda kendisine açıkça yetki verilmiş olması veya aciliyet halinin bulunması gerekmektedir. Bu iki seçimlik şartın yokluğunda idarenin kararını re'sen icra edebilmesi için kanunda idareye konuya ilişkin karar verme yetkisi verilmiş olmalı; birey, kararın gereğine aykırı davranmalı; kanun, bireyin işlemi uygulamaması durumu için yaptırım öngörmemiş olmalı; ve nihayet idarenin başvurduğu tedbirler işlemin gereğinin yerine getirilmesi amacının dışına çıkmamalıdır. Bunların dışında idarenin re'sen icra işlemlerine girişmesi için her şeyden önce icrai bir idari kararın varlığı zorunludur. Ayrıca re'sen icra yetkisi temel hak ve özgürlükler rejimini etkilediğinden idarenin re'sen icraya başvururken Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma şartlarına da uyması gerekir. Re'sen icra yetkisinin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması idarenin yargısal denetimine yol açabilir. Bu yargılama işlevini de uyuşmazlığın niteliğine göre idari veya adli yargı yerine getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Gücü, İdari İşlem, İcrailik, Re'sen İcra, Fiili Yol.

ABSTRACT

Name and Surname : Hayrettin YILDIZ
University : Uludağ University
Institution : Social Science Institution
Field : Public Law
Branch : Administrative Law
Degree Awarded : PhD
Page Number : IX + 265
Degree Date :/...../20.....
Supervisor : Ass. Prof. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

THE PRIVILEGE OF EX OFFICIO EXECUTION OF ADMINISTRATION

The privilege of *ex officio* execution is defined as the execution of administration decision without the need for a court decision and transaction established in the realm of law to the material world. However, it is a matter of discussion whether the authority of *ex officio* execution is a general and ordinary authority or a special and exceptional authority. The authority of *ex officio* execution was discussed for the first time in the decision of *Société Immobilière de Saint Just* by Conflict Court of France and the government commissioner Mr. Romieu set out the conditions and principles accepted as the code of *ex officio* execution in the report presented to the court. In this context, it is necessary for the administration to be authorized by the law or have an urgent situation to apply for the authority of *ex officio* execution. In the absence of these two elective conditions, the administration has to be given authority to decide on the matter in order to execute its decision; the individual has to adopt a behaviour against the application of the decision; the law should not envisage sanctions for the individual's failure to implement; and finally, the measures taken by the administration should not go beyond the purpose of fulfilling administration decision. Apart from these, the existence of an executable administrative decision is primarily obligatory for the administration to execute *ex officio* decisions. In addition, since the authority of *ex officio* execution could affect the fundamental rights and freedoms, when applying this authority administration must also comply with the restriction conditions of the fundamental rights and freedoms in the Constitution. To use *ex officio* execution against law may cause for the administration to be judged. This judgement might be done by the administrative or judicial jurisdiction according to the nature of the conflict.

Key words: Public Power, Administrative Act, Executability, Ex-Officio Execution, Voie de fait.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	i
YEMİN METNİ.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

RE'SEN İCRA YETKİSİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR	7
--	----------

I. İDARİ İŞLEMLERİN UYGULANMASI.....	8
A. İdari İşlemin Tanımı.....	8
B. İdari İşlemlerin İcrası.....	13
1. İcra Kavramı ve Re'sen İcra.....	13
2. Birel İdari İşlemlerin İcrası.....	19
3. Düzenleyici İdari İşlemlerin İcrası.....	19
4. Genel Kararların İcrası.....	23
5. İdari İşlemin İcrası Kapsamında Yeni İşlemler Tesisi Edilmesi.....	30
C. Re'sen İcra Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi.....	33
1. İdari Eylem.....	33
2. Cebri İcra.....	38
D. İdari İşlemin İcrasında İdarenin Takdir Yetkisi.....	43
1. Takdir Yetkisinin Kapsamı.....	43
2. İdari Kararların İcrasında Takdir Yetkisi.....	47
II. RE'SEN İCRA YETKİSİNİN TEMELLERİ.....	51
A. Kamu Gücü Ayrıcalıkları.....	51
1. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Temeli.....	52
2. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Kapsamı.....	57
3. Kamu Gücü Ayrıcalıkları ve Re'sen İcra Yetkisi.....	59
B. Hukuka Uygunluk Karinesi.....	61
C. Kamu Hizmetlerinin Devamlılığı İlkesi.....	66

İKİNCİ BÖLÜM

RE'SEN İCRA YETKİSİNİN NİTELİĞİ VE UYGULAMASI	70
--	-----------

I. YETKİNİN NİTELİĞİ ÜZERİNE TARTIŞMALAR.....	71
A. Re'sen İcra Yetkisinin Olağan Bir Yetki Olduğuna Dair Görüş.....	71
1. Cebri Re'sen İcra - Cebri Olmayan Re'sen İcra Ayrımı.....	72
2. Cebri Kullanılmasını Gerektirmeyen İşlemler.....	79
a. İdarenin Hukuksal Alanına Dahil İşlemler ile Yürütülmesi İdareye Bırakılan İşlemler.....	80

b. Hukuki Durum Oluşturan veya İlgilisine Yarar Sağlayan İşlemlerin Re'sen İcrası.....	82
c. İdareye Ait Uygulama İşlemi Gerektirmeyen Durumlar.....	84
B. Re'sen İcra Yetkisinin İstisnai Bir Yetki Olduğuna Dair Görüş.....	86
1. Doktrinin Yaklaşımı.....	87
a. Türkiye.....	88
b. Fransa.....	90
2. Yargısal İcranın Önceliği.....	92
3. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin <i>Société Immobilière de Saint Just</i> Kararı ve Analizi.....	96
a. Karara Konu Olayın Gelişimi ve Mahkemenin Kararı.....	96
b. Kararın Analizi.....	100
4. Türk Yargısının Konuya Yaklaşımı.....	104
a. Danıştay Kararları.....	104
b. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları.....	109
c. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları.....	111
II. RE'SEN İCRAYA BAŞVURULABİLMESİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR.....	114
A. Genel Olarak.....	114
B. Re'sen İcranın Şartları.....	117
1. İcrai Bir Kararın Varlığı.....	117
2. Anayasal Şartlar	118
a. Yetkinin Kanuni Dayanak Gerektirmesi.....	119
(1) Genel Olarak İdarenin Kanuniliği İlkesi.....	120
(a) İdarenin Dayanağını Kanundan Alması.....	121
(b) Kanuna Saygı İlkesi.....	124
(c) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin İdarenin ve Re'sen İcranın Kanuniliği Bakımından Değerlendirilmesi.....	127
i. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin İdarenin Kanuniliği İlkesi Üzerindeki Etkisi.....	127
ii. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Re'sen İcranın Kanuniliği Şartı Üzerindeki Etkisi.....	134
(2) Kanunun Re'sen İcrayı Düzenlemesi.....	136
(3) Kanuni Dayanak Şartının İstisnaları	143
(a) İlgilinin Karara Aykırı Davranması ve Kanunda Tedbir Öngörülmemiş Olması.....	143
i. İlgilinin Kararın Gereğine Aykırı Davranması.....	144
ii. Kanun Hükmünün Ayrı Bir Hukuki Tedbir Öngörmemiş Olması.....	148
(b) Acil Durumlar.....	155
b. Yetkinin Kullanımının Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olması.....	160
c. Yetkinin Kullanımına Dayanak Olabilecek Sebeplerin Varlığı.....	161
d. Kullanılan Yetkinin Hakkın Özüne Dokunmaması	163
e. Yetkinin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Olmaması.....	166
f. Yetkinin Laik Cumhuriyetin Gereklere Aykırı Olmaması.....	172
g. Ölçülülük İlkesi.....	176

(1) İlkenin Kapsamı.....	176
(2) İlkenin Re'sen İcraya Uygulanması.....	180
C. Re'sen İcra Yetkisinin Sınırları.....	184
1. Re'sen İcranın Yasaklanmış Olması.....	184
2. Re'sen İcra İçin Mahkeme Kararının Gerekmesi.....	187
3. İdarenin Özel Hukuk Alanına İlişkin Uygulamaları.....	190

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RE'SEN İCRANIN YARGISAL DENETİMİ.....193

I. İDARİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLERİN İCRASININ DENETİMİ.....	194
A. Hukuka Uygun İdari İşlemlerin İcrasının Denetimi.....	195
B. Hukuka Aykırı İdari İşlemlerin İcrasının Denetimi.....	201
C. İdari İşlemlerin İcrasının Denetiminde Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Yeri.....	206
1. Yürütmenin Durdurulması Kararının Re'sen İcra Bakımından Önemi.....	207
2. Re'sen İcra Edilen İşlemlerin Yürütülmesinin Durdurulmasına İlişkin Kararlar.....	212
3. Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Etkililiği.....	215
II. İDARİ NİTELİĞİNİ YİTİREN İŞLEMLERİN İCRASININ (FİİLİ YOL NİTELİĞİNDEKİ UYGULAMALARIN) DENETİMİ.....	225
A. Fransa'da Fiili Yolun Dönüşümü.....	225
1. Fiili Yolun Dönüşümünde İdari Yargının Rolü.....	226
2. Uyuşmazlık Mahkemesinin Fiili Yolu Yeniden Tanımlaması.....	228
B. Türk Hukukunda Fiili Yol Oluşturan Uygulamalar.....	233
1. Genel Olarak İdarenin Haksız Fiillerinden Doğan Uyuşmazlıklar...234	
2. Kamulaştırmasız El Atma Fiilinden Doğan Uyuşmazlıklar.....	237
C. Fiili Yolun Niteliğini Etkileyen Durumlar.....	242
1. Kanunda Ayrı Bir Hukuki Tedbirin Öngörülmüş Olması.....	243
2. Acil Durumlar.....	244

SONUÇ.....247

KAYNAKLAR.....253

ÖZGEÇMİŞ.....266

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
AJDA	: Actualité Juridique de Droit Administratif
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
a.yer.	: Aynı yer
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
b.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CE	: Conseil d'Etat (Fransız Danıştay'ı)
CC	: Conseil Constitutionnel (Fransız Anayasa Konseyi)
çev.	: Çeviren
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E.	: Esas
Ed.	: Edition (Bası)
GAJA	: Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
İYUK	: İdari Yargılama Usul Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
Infra	: Sonraki
K.	: Karar
LGDJ	: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence
N°	: Numara
PUF	: Presse Universitaire de la France
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
Rec.	: Recueil (Derleme)

RFDA	: Revue Française de Droit Administratif
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
Supra	: Önceki
T.	: Tarih
TC	: Tribunal des Conflits (Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi)
Tome	: Cilt
TODAİE	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
Tr.	: Traduction (Çeviri)
vd.	: Ve devamı
vs.	: Vesaire

GİRİŞ

İdari işlem, idare hukukunun ele aldığı en önemli konularından biridir. Bu konu, idare hukuku kitaplarında belli bir bölüm olarak yer alsa da esasında idare hukukunun bütünü için geçerli ilke ve kurallar içermektedir. Bu bakımdan idari işlemin kuruluşu, türleri, geçerlilik koşulları, unsurları, yürürlüğe girişi ve uygulanmasına ilişkin kurallar kamu hizmeti, kolluk, idari personel, kamu malları, idarenin sorumluluğu gibi bu alanın diğer temel konuları bakımından da geçerlidir. Zira, bu alanların her birinde, idari işlemler tesis edilmekte ve idare, iradesini bu işlemler aracılığıyla ortaya koymaktadır. İdarenin re'sen icra yetkisi, bu iradenin ortaya konmasından sonraki uygulanma safhasıyla ilgilidir. Hukuk devleti ilkesi gereği idare, hukuka uygun faaliyet yürütmek zorundadır¹ ve bu zorunluluk idari işlemin tesis edilmesinden, uygulanması ve hukuki sonuçlarını doğurması aşamasına kadar da geçerlidir. Kısacası idare, bir işlemin gereğini yerine getirirken keyfi davranma imkanına sahip değildir. Bu noktada, idarenin kararlarını uygularken hangi kurallara tabi olduğunun ortaya konması önem taşımaktadır.

Özel hukukta, bireylerin alacaklarını elde etmek için doğrudan harekete geçip zor kullanarak borcun ifasını temin edemeyeceği kabul edilir². Borçlunun edimini yerine getirmemesi durumunda alacaklı, özel hukukta öngörülmüş icra yollarına başvurarak alacağının ödenmesini sağlar. Bu durumda, devletin icra organları, gerekirse zor kullanarak borcun ifasını gerçekleştirmektedir. Özel hukukta bireyin tabi olduğu bu sınıra, “ihkak-ı hak yasağı” (*Nul ne peut se faire justice à soi-même*) denilmektedir³.

¹ “... hukuk devleti idarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunun ödün verilmez bir ilke olarak benimsendiği bir devlet türüdür”. Danıştay İDDGK Kararı, T. 02/04/2014, E. 2011/2470 K. 2014/1407; Danıştay İDDGK Kararı, T. 07.04.2011, E. 2007/1221, K. 2011/215, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 4 Mayıs 2018); Ayrıca bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. b., Ankara: İmaj Yayınevi, 2011, s. 39.

² Hakan Pekkantez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler*, 7. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 29.

³ Baki Kuru, Şanal Görgün, *İcra ve İflas Hukuku Bilgisi*, 3. b., Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009, s. 26; Mehmet Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, *İcra Hukuku*, 5. b., İstanbul: Beta Yayınları, 2012, s. 7; André de Laubadere, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5ème Edition, Paris: L.G.D.J., 1970, s. 283; Özel hukukta iradelerin eşitliği ilkesi egemen olduğundan tarafların karşılıklı olarak iradelerini

Kamu hukukunda ise kamu yararını temsil eden idarenin, kamu hukukundan doğan alacaklarını kendisinin tahsil etme yetkisi bulunmaktadır. İdarenin alacağını tahsili, bir re'sen tasarrufu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, re'sen icra yetkisi sadece kamu alacakları ile sınırlı değildir. Re'sen icra yetkisi, genel olarak, idarenin aldığı kararlarını, mevzuata ve hukuka uygun olmak kaydıyla kendisinin uygulamasıdır. Bu yetki, ayrıca, idarenin iradesinin bir mahkeme kararı gerekmeksizin dış dünyaya yansımaları için başvurduğu uygulama ameliyeleri ve idari işlemin yürütülmesi kapsamında yaptığı tasarruflardan oluşmaktadır. İdarenin iradesini açıklama biçimi tek taraflı olarak ortaya koyduğu idari işlem ve eylemlerle gerçekleşmektedir⁴. Bu işlem ve eylemlerin neler olduğu ve mahiyetleri birinci bölümde ele alınmaktadır.

Re'sen icra ile ilgili temel kavramlardan bazılarını ilk tartışan kişinin Maurice Hauriou olduğu belirtilmektedir⁵. Bunlardan “icrai karar” (*décision exécutoire*)⁶ kavramı, tanımı itibariyle karmaşık görünse de bu kavramın etrafında hem doktrin hem yazar tarafından oluşturulan teorik çerçeve, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Kavramın aynı zamanda re'sen icrayı kapsadığı düşünüldüğünden, Sarıca, tarafından “yürütülmesi kendi içerisinde saklı işlem” olarak dilimize çevrilmiştir⁷. İcrai

ortaya koymaları, işlemi kurmaya yönelik bazı tasarruflarda bulunmaları ve bu tasarrufların sonunda bir hukuki işlem üretmeleri, oluşturmaları söz konusudur. Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17, S. 1-2, Ocak-Nisan 2013, Ankara, s. 1592-1593; Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınları, 1985, s. 233.

⁴ Bununla beraber, idarenin sadece tek taraflı işlemler yapmadığını belirtmek gerekir. İdare de çok taraflı hukuki işlemlere girişmektedir. Örneğin, idare de hem kamu hukukuna, hem özel hukuka tabi sözleşmeler akdetmektedir. Bunların birincisine, idarenin özel hukuk sözleşmeleri denirken, ikincisine, idari sözleşmeler denmektedir. Prensipte olarak, bu sözleşmeler irade özerkliğine uygun bir biçimde iki tarafın kararıyla kurulmaktadır. Ancak, özellikle idari sözleşmelerde kamu gücünü temsil eden idarenin, üstün yetki ve ayrıcalıkları olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt II, Sayı 1-2, Ankara, (1998), s.141.

⁵ CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, III, p. 9., CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo, Leb.*, s. 257 nolu ve tarihli kararlar üzerine yazılmış notlarda bu kavrama yer verilmektedir. (<https://www.courdecassation.fr> - 17 Mart 2017); Ayrıca bkz. Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif et de droit public*, 10. b., Paris: Sirey, 1921, s. 393.

⁶ Hauriou'nun icrai karar tanımı şu şekildedir: (*décision exécutoire: c'est toute déclaration de volonté, en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative (comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est à dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office.*) “Yönetilenler üzerinde hukuki sonuç doğurmak amacıyla (hiyerarşi ya da vesayet ilişkisi içerisinde) idare tarafından alınmış, icrai içeriğe sahip yani re'sen icra edilmeye müsait irade açıklamalarıdır. Hauriou, *Precis de droit administratif*, a.g.e., s. 393; Bununla beraber *décision exécutoire* terimini ilk kullanan kişinin Hauriou değil Edouard Laferrière olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Cedric Milhat, *L'acte administratif entre processus et procédures*, Paris: Edition de Papyrus, 2007, s. 95.

⁷ Tespit edebildiğimiz kadarıyla yürütülmesi kendi içinde saklı işlem ifadesini ilk olarak Sarıca'nın kullandığı görülmektedir. Ragıp Sarıca, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Teksir, 1971-1972, s. 112;

karar kavramında, icrailik ile re'sen icranın ayrılmaz bir bütün olarak ele alındığı, kararın icra aşamasını da içinde taşıdığı ileri sürülmektedir⁸. Buna karşın, çalışmada icrailik, re'sen icra ve cebri icra gibi kavramlar birbirinden farklı anlamda kullanılmaktadır. Buna göre, bir işlemin re'sen icra edilebilmesi için her şeyden önce icrai olması gerekir. İcra kavramı, hukuk alemine ait bir kavram iken re'sen icra, maddi aleme ait bir kavramdır. İcrai hale gelmiş işlem, hukuken tamamlanmış, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir⁹. Re'sen icra ise işlemin uygulanma safhası ile ilgilidir. Hukuk alanında doğmuş bir idari işlemin hukuki sonuçlarının uygulama ameliyeleri ile dış dünyaya taşınması, re'sen icra ile gerçekleşmektedir. Son olarak cebri icra, re'sen icra ameliyelerinin cebir kullanılarak yerine getirilmesidir. Ancak, ileride görüleceği üzere alacağın temini için girişilen faaliyetler cebir içermeseler bile cebri icra kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kavram ve tartışmalar da yine birinci bölümde daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmaktadır.

Re'sen icra yetkisi, bazı yazarlar tarafından idareye tanınan bir “ayrıcılık”¹⁰ olarak görülürken, bazıları tarafından yasalarca öngörülmuş bir yetki olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan, özel hukukta bireylere tanınmamış bu hakkın ayrıcılık olarak görülmesi mümkün olduğu gibi, yasayla tanınması gerektiği için aynı zamanda bir yetki olarak kabul edilmesi de mümkündür. Diğer taraftan, re'sen icra yetkisinin kendisinden önce var olan bazı hukuki kurum ve kavramların bir sonucu olarak ortaya çıktığı

Ragıp Sarıca, *İdari Kaza Cilt 1 İdari Davalar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 345-346 ; Yürütülmesi kendi içerisinde saklı işlem, işlemin hukuki etkisinin maddi aleme aktarılması için idarenin başkaca faaliyetlere girişmesi gerekmeyen işlemler olarak da tanımlanabilmektedir. Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcra İlişkisi*, Ankara: Astana Yayınları, 2014, s. 148; İlhan Özyay, *Günüşiğünde Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s. 407.

⁸ Sarıca, İdari Kaza, a.g.e., s. 345-346; Erkut, yürütülmesi içinde saklı işlemlerin Fransız öğretisindeki terminolojik sorunlardan yola çıkılarak ortaya konmuş bir kategori olduğunu ileri sürmektedir. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Yayınları, 1990, s. 132.

⁹ Danıştay 15. Dairesinin Kararı, T. 08.11.2016, E. 2016/4804, K. 2016/5263: “Bir işlemin iptal davasına konu olabilecek idari işlem sayılabilmesi için, icrai nitelikte olması, bir başka deyişle kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getiren, etkili ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olması gerekir. Kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler, idarenin kamu gücüne dayanarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis ettiği, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir deyişle ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerdir”; Aynı yönde bkz. Danıştay İDDGK Kararı, T. 10.07.2003, E. 2003/326, K. 2003/588, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 5 Mayıs 2018)

¹⁰ “Ayrıcılık” terimi, idare hukuku literatüründe idareye tanınan “kamu gücü ayrıcalıkları” anlamında kullanılmaktadır. Bu ayrıcalıklar özel hukukta bireylere tanınmadığından “özel hukuku aşan hükümler” şeklinde de ele alınmaktadırlar. Örnek olarak idarenin bazı vergilerden muaf tutulması verilebilir. Bkz. Michel Rousset, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris: Dalloz, 1960, s.7 vd.; İsmail Uçar, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, Ankara, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 3, (2016), s. 338; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, 2. b., Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2009, s. 88.

görülmektedir. Bu açıdan re'sen icra yetkisi, kaynağını kamu gücü ve ayrıcalıklarında bulabildiği gibi kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesinde de bulabilmektedir. Keza hukuka uygunluk karinesinin, re'sen icra ile paralel anlamda kullanıldığına da rastlanmaktadır. Bu yüzden, konunun söz konusu kavramlarla ilişkisi birinci bölümde detaylı bir biçimde ortaya konmaya çalışılmaktadır.

İdari işlemin icrası, idare tarafından tesis edilen işlemlerin yalnızca idare tarafından uygulanmasını değil aynı zamanda bireyler veya işlemin muhatapları tarafından uygulanmasını da ifade etmektedir. İdari işlemin re'sen icrası ise işlemin birey tarafından değil, idare tarafından uygulanmasını konu almaktadır. Bununla beraber, bireyin gönüllü olarak hakkında tesis edilen işlemi uygulamaması ya da işlemin uygulanmasına engel olması durumunda idare, re'sen icra yetkisini kullanabilmektedir. Bunun dışında, idari işlemin ilgisi tarafından yerine getirilmesi zorunlu olmadığı gibi buna gerek olmadığı veya kanunun idareyi işlemi bizzat yerine getirmekle yükümlü tuttuğu durumlar da olabilmektedir¹¹. Bu açıdan, idarenin işlemin gereğini yerine getirirken tabi olduğu kuralların ve benimsediği hukuki yolların neler olduğunun incelenmesi, bireyin idari kararın gereğini yerine getirmemesi halinde hangi şartlar altında re'sen icraya başvurulabileceğinin ortaya konması önem arz etmektedir.

Hukuka uygunluk karinesinin bir sonucu olarak, idarenin aldığı kararların uygulamada sonuç doğurması için kural olarak yargı kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak, yasa koyucu, bazı durumlarda idari işlemin uygulamada sonuç doğurması için yargısal bir kararın varlığını şart koşabilir¹². Bu tür durumlar için de idari icra ile yargısal icranın birbirinden ayrılması ve mahiyetlerinin ortaya konması gerekmektedir.

Çalışmamızda ele alınan temel mesele re'sen icra yetkisinin niteliğidir. Doktrinde, re'sen icra yetkisini, olağan bir yetki olarak kabul eden yazarlar olduğu gibi bunun istisnai bir yetki olduğunu ve kanunda açıkça belirtilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Yine idari kararların idare tarafından yerine getirilmesini tek parça halinde "re'sen icra yetkisi" olarak ele alanlar olduğu gibi¹³ bu konuyu, ikiye ayırıp

¹¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1070.

¹² Fransız hukukunda idari icranın istisnai bir yetki olarak kabul edilmesinden dolayı idarenin doğrudan icra yetkisinin olmadığı ve kararın icrası için mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmektedir. Bkz. David Bailleul, "L'exécution des décisions administratives par le juge", *AJDA*, Paris, (2008), s. 386.

¹³ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 2. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s. 314.

“cebri olmayan re’sen icra” ve “cebri re’sen icra” olarak inceleyenler de bulunmaktadır¹⁴. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1902 tarihli *Société Immobilière de Saint Just*¹⁵ (çalışmada sadece “*Saint Just* kararı” şeklinde de anılabilmektedir) kararıyla ve kararın yönünü belirleyen hükümet komiseri¹⁶ Romieu’nun raporuyla, re’sen icra yetkisinin niteliği ve şartları belirlenmişse de konu hakkında farklı görüşler ortaya konmaya devam edilmiştir. Bununla beraber, karar ve raporda ulaşılan sonuçların, Fransız doktrininin neredeyse bütünü tarafından benimsendiği ve bazı ufak farklar dışında neredeyse aynı şekliyle yargı kararlarında uygulandığı görülmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde, söz konusu karar ile ilgili maddi olaylar göz önüne getirilmekte ve Mahkemenin kararı ile re’sen icra için önerilen hukuki rejim ve unsurları ortaya konmaktadır. Bu kapsamda, doktrindeki farklı görüşler de karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

İdarenin hareket kabiliyetiyle doğrudan bağlantılı olduğundan re’sen İcra yetkisi, idarenin fiili olarak bir edim ifa ettiği bütün alanlarda görülebilir. Bu alanların başında kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleri gelmektedir. Re’sen icra yetkisi olmadan idarenin kamu hizmetlerini yerine getirmesi olası görünmemektedir. Kolluk yetkisi ve personeli de, idarenin en temel hareket araçlarından birisi olduğundan, re’sen icra yetkisine en çok başvuru alanlardan birini oluşturmaktadır¹⁷. Bunun dışında idare, kamu alacaklarının tahsilinde, bayındırlık işlerinde ve idari yaptırımlar alanındaki faaliyetlerinde sıkça re’sen icra yetkisini kullanmaktadır. Konunun ele alınması sırasında bu alanlarda idari kararın icrasına ilişkin örneklerden de yararlanılmıştır.

İdarenin aldığı kararı uygulanmasından doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığın türü ve niteliğine göre bazen özel hukuk kurallarının bazen de kamu hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olmaktadır. Re’sen icranın gerçekleşmesi

¹⁴ Gözler, a.g.e., s. 1070 vd.

¹⁵ TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, in GAJA, 2009, N° 10, s. 62 vd.

¹⁶ Fransa’da tetkik hakimlerine “Commissaire du gouvernement” (Hükümet komiseri) denmektedir. Bu hakimler dava öncesi olayı inceleyip mahkemeye görüşlerini rapor halinde sunmaktadır. Günümüzde hükümet komiseri tabiri yerine kamu raportörü (rapporteur public) tabiri kullanılmaktadır. Ancak eski yargı kararlarında hükümet komiseri ifadesi kullanıldığından, çalışmada yer verilen eski kararlarda yine bu tabire yer verilmektedir. Bkz. Olivia Schwarz, *La compatibilité entre la conception française et la conception européenne du commissaire du gouvernement près le Conseil d’Etat*, (Yüksek Lisans Tezi), Lille: Lille Üniversitesi, Hukuki Siyasi ve Sosyal Bilimler Fakültesi, 2002, s. 12.

¹⁷ Karahanoğulları kolluk faaliyetini bir re’sen icra aracı olarak görmektedir. Bu açıdan yazara göre idare kararının icrası için kolluk faaliyetini kullanmaktadır. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 316.

için başvuru işlem ve eylemlerin idari niteliğini koruması durumunda farklı bir yargı kolu, idari niteliğini yitirmesi durumunda ise farklı bir yargı kolu uyuşmazlığı çözmek üzere görevli hale gelmektedir. Özellikle, idari işlemin icrası sırasında, idarenin, bireysel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunması veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak şekilde ihlal etmesi sonucu fiili yola vücut vermesi durumu ayrıca ele alınmakta ve bu açıdan hem fiili yolun şartları, hem de Fransa'da ve Türkiye'de farklı yönlerde geçirdiği dönüşüm çalışmanın üçüncü bölümünde incelenmektedir. Yine, re'sen icranın, idari karara uygun veya aykırı olarak gerçekleştirilmesi sonucu meydana gelen zararlarda, idarenin hangi ilkeler kapsamında sorumlu olduğu son bölümde ele alınmaktadır.

İdarenin re'sen icra yetkisi, yukarıda yer verilen hususları kapsayacak şekilde aşağıda üç ayrı bölüm halinde ele alınmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde, "re'sen icra yetkisinin genel esasları" başlığı altında re'sen icra yetkisi ile ilgili temel kavramlar ve bu yetkinin temelleri ortaya konmaktadır. İkinci bölümde, birinci bölümdeki değerlendirmelere uygun olarak re'sen icra yetkisinin niteliği ve uygulaması konusu işlenmektedir. Bu kısımda, aynı zamanda re'sen icra yetkisinin niteliğine ilişkin tartışmalar ve re'sen icranın şartları ele alınmaktadır. Üçüncü ve son bölümde ise re'sen icra yetkisinin kullanılması sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların, hangi nedenlerden kaynaklandığı ve bu uyuşmazlıklardaki kararlarda yargı organlarının dayandığı temel ilke ve kurallar ele alınmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

RE'SEN İCRA YETKİSİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

Hukukun ortaya koyduğu düzen, çeşitli sınırlamalar öngörür. İdare hukukuyla getirilen düzendeki kurallar ise, hem bireyi, hem idareyi sınırlamaktadır. Özellikle, idareye tanınmış olan tek taraflı işlem tesis etme ve kamu gücüyle donatılmış olma ayrıcalığı bireyler bakımından doğrudan bir sınırlama aracı olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸.

İdarenin tek taraflı kararının uygulanmasını ifade eden re'sen icra yetkisi de bu sınırlamalardan birini oluşturmaktadır. Söz konusu sınırlamanın kuramsal temellerinin anlaşılabilmesi için ise, yetkinin genel esaslarının ortaya konması gerekir. Re'sen icra yetkisinin teorik temellerinin ele alındığı bu bölümde idari işlemin uygulanma safhasından önceki aşamaya ilişkin temel kavramlar ortaya konmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle re'sen icraya konu olan idari işlemin tanımı ve idari işlemin türlerine göre yerine getirilme şekillerine yer verilmektedir (I). Bunun akabinde, re'sen icra yetkisinin temelleri (II) ele alınmaktadır.

¹⁸ “Bir idari işlemin tek taraflı ve icrai olması ve kamu gücüyle donatılmış olması özellikleri, muhatabını tesis edilen işlem bakımından daima paniğe sevk etmiştir”. Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 120.

I. İDARİ İŞLEMLERİN UYGULANMASI

İdare, kamu hukukuna ilişkin faaliyetlerini yerine getirmek için idari işlemler tesis etmekte ve bu işlemlerini re'sen icra vasıtasıyla maddi aleme taşımaktadır. Buna karşın, idarenin özel hukuka dayanan işlemleri için kendiliğinden yürütme yetkisinden söz edilemez¹⁹. İdare, özel hukuk alanındaki işlemleri bakımından özel hukukun ilke ve kurallarına tabidir.

İdari işlemin yerine getirilmesi veya uygulanması konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle, idari işlem kavramının açıklığa kavuşturulması daha sonra da türlerine göre idari işlemlerin icrasının incelenmesi gerekmektedir²⁰. Bu nedenle, çalışmanın bu bölümünde, öncelikle idari işlemin tanımına (A) yer verilmekte, daha sonra idari işlemin icrası konusu ele alınmakta (B), bunların ardından re'sen icra ile benzerlik gösteren kavramlar incelenmekte (C) ve son olarak idari işlemlerin icrasında takdir yetkisi (D) üzerinde durulmaktadır.

A. İdari İşlemin Tanımı

Kamu yararını gerçekleştirmek ile yükümlü idare aygıtı²¹, iradesini hukuki işlemler yoluyla ortaya koymaktadır. Bir işlemin organik olarak, idare tarafından tesis edilmiş olması onu tek başına bir idari işlem haline getirmez. Bunun için işlemin idare tarafından oluşturulmasına ek olarak kamu gücü, tek taraflılık gibi özellikler taşıması gerekir. Doktrin de, idari işlemin mahiyetini ortaya koyarken çoğunlukla bu unsur ve özellikleri biraraya getirerek bir tanım oluşturmaya çalışmaktadır. Delvolvé ve Lewalle'ye göre idari işlem, “*bir idari makam tarafından tek taraflı bir idari kararla alınan, üçüncü kişilerin hukuki statüleri üzerinde etkili olan ve onların muvafakati aranmaksızın hak ve yükümlülüklerine etki eden hukuki işlemlerdir*”²². Ancak, bu tanım günümüz koşullarına bakılırsa yine yetersiz kalabilir. Çünkü, sadece idari otoriteler

¹⁹ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.1, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 528.

²⁰ İdari işlem konusu idare hukukunun esasını belirleyen bir konudur. Defoort'un dile getirdiği üzere, idari işlem üzerine yapılan inceleme idare hukukunun bütününe dair yapılan bir incelemedir. Benjamin Defoort, *La décision administrative*, Paris: LGDJ, 2015, s. 3-4.

²¹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* kitabının girişinde idareden bahsederken için “İdare Cihazı” ifadesini kullanmaktadır. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 1.

²² Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris: Sirey, 1983 , s. 11; Paul Lewalle, *L'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, (Doktora Tezi), Liège: Liège Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975, s. 30.

tarafından değil özel hukuk kişileri tarafından alınan bazı kararlara da idari işlem vasfı yüklenebilmektedir. Gözler ise işlemin organik yönünü bir tarafa bırakarak maddi niteliğini ön plana çıkarmakta ve idari işlemi “*hukuki sonuç doğurmaya yönelik kamu gücü ayrıcalığına dayanan irade açıklamaları*”²³ şeklinde tanımlamaktadır.

Akyılmaz, Sezginer, Kaya’nın tanımında işlemin maddi ve organik yönü kapsamlı bir biçimde bir arada verilmektedir: “*idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamalarıdır*”²⁴. Dolayısıyla, idari işlem sadece idare tarafından değil özel hukuk kişileri tarafından da yapılabilmektedir²⁵. Özel hukuk kişilerinin işlemleri, idare ad ve namına hareket ettiklerinde veya idarenin verdiği yetkiyle işlem tesis ettiklerinde idari işlem olarak nitelendirilebilir. Örneğin, özel okullar tarafından, öğrencileri hakkında tesis edilen disiplin cezaları, not işlemleri ve sınıf geçme kararları idari işlem kabul edilerek yargısal denetimleri idari yargıda yapılmaktadır²⁶. Yargı kararlarında da özel hukuk kişileri tarafından tesis edilen işlemlere idari nitelik atfedilebilmektedir. Nitekim, kararın hukuka uygunluğu ve kararda ileri sürülen kanaatler tartışmalı olmakla beraber Danıştay’ın Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı ile ilgili 2000 yılında verdiği kararında, vakıf tarafından, üyelerine yapılan lojman tahsisine ilişkin işlemi, idari işlem olarak kabul ettiği görülmektedir: “*Adalet hizmetine yardımcı ve ona bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması nedeniyle de kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir kurum olan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının lojman tahsisi ile ilgili işlemi idari işlem niteliğindedir*”²⁷. Bunun dışında, özel hukuk kişisi oldukları konusunda tereddüt bulunmayan bazı anonim şirketlerinin işlemleri de idari işlem olarak kabul

²³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 660.

²⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 3. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 362.

²⁵ Danıştay Türk Telekom Şirketi’nin personeli ile ilgili kararında, yapılan işlemin, idari niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir: DİDDK, T. 17.06.2010, E.2010/329, K. 2010/1310 (Nakleden-Turan Yıldırım, “İdari İşlemler”, içinde *İdare Hukuku*, 6. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 400); Uyuşmazlık Mahkemesi Türkiye Jokey Kulübüne karşı açılan bir davada, kulübün bir özel hukuk kişisi olmasına rağmen “müşterek bahis tertip etmek salahiyetine sahip Komiserler Kurulunun dava konusu kararının idari nitelikte” olduğuna karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 13.02.1995, E. 1995/2, K. 1995/1, RG. 20.03.1995 - 22233, s. 29 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 5 Şubat 2018)

²⁶ Yıldırım, “İdari İşlemler”, a.g.m., s. 404.

²⁷ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 17.5.2000 E. 2000/476 K. 2000/1516 (<http://hukuk.istanbul.edu.tr> - 22 Kasım 2016).

edilebilmektedir²⁸. Ayrıca, Danıştay tarafından, Doğayı Kuruma Derneği'nin üyelikten çıkarma işlemi²⁹, Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulunun arsa tahsis işlemi³⁰, Türk Telekom A.Ş.'nin davacının maaş ilmühaberinin yeniden düzenlenmesi ve yoksun kalınan hakların talebinin reddi yönündeki işlemi³¹, TÜPRAŞ'ın davacının kıdem tazminatının ödenmemesi yolundaki işlemi³² de idari işlem olarak nitelendirilmiştir.

Yıldırım'a göre, yargı organlarınca özel hukuk kişilerinin işlemlerine idari nitelik tanınırken işlemde ziyade işlemi yapan tüzel kişinin idari nitelik taşıdığı vurgulanmaktadır³³. Örneğin Danıştay, Türkiye Diyanet Vakfı Yönetim Kurulunun konut tahliyesine ilişkin işlemine ele aldığı kararında vakfın, "kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese" olduğunu belirttiikten sonra kararı, idari işlem olarak nitelemiştir³⁴. Ancak, yargı kararlarında idari işlemin tanımı yapılırken idari mercii kavramının önemi üzerinde durularak özel hukuk kişilerinin işlemlerine idari nitelik vasfı yükleme uygulamasının azaldığı görülmektedir. Bu konuda Danıştay'ın Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığına ilişkin kararı örnek olarak verilebilir. Şirketin hisselerindeki kamu payı 25.06.2006 tarihi itibarıyla % 49'a düşmüştür. Bu durumu göz önüne alan Danıştay, kurumun, kamu tüzel kişiliği niteliği taşımadığını belirterek kurum tarafından çıkarılan yönetmeliğin idari işlem olarak nitelenemeyeceğine karar vermiştir³⁵. Yine Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından 2009 yılında verilen bir kararda, idari olarak nitelenebilecek olan vakıf müdürünün görev yerinin değiştirilmesi işlemi,

²⁸ Konuya ilişkin olarak, Osmangazi Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'nin Eskişehir ili ve çevresinde bulunan Tepebaşı ilçesi ile Yenişehir Konakları sitesine yerleştirilen sokak lambaları için elektrik aboneliği olunması gerektiğine, aksi durumda elektriğin kesileceğine ilişkin kararı, Danıştay tarafından bir idari işlem olarak kabul edilmiştir. Danıştay 13. Dairesinin Kararı, E.2012/1871, K.2013/276, T. 06.02.2013 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 11 Mart 2018).

²⁹ Danıştay, 10. Dairesinin Kararı, T. 20.03.1991, E. 1990/1614, K. 1991/1024 (Nakleden-Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 29).

³⁰ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 16.12.2009, E. 2009/5590, K. 2009/10533 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 4 Temmuz 2018).

³¹ Danıştay İDDK Kararı, T. (belirtilmemiş), E. 2013/1357, K. 2013/3217 (Nakleden-İnanç, a.g.e., s. 19).

³² Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 25.01.2011, E. 2010/5904, K. 2011/570 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 4 Temmuz 2018).

³³ Yıldırım, "İdari İşlemler", a.g.m., s. 400; Ayrıca özel hukuk tüzel kişilerinin, idari fonksiyona giren kamu gücüne dayalı faaliyetleri yerine getirirken kamu hukuku alanında sonuç doğuran işlemlerinin denetiminde idari makam sayıldıkları veya idari makama benzetildikleri ileri sürülmektedir. İnanç, a.g.e., s. 83-84.

³⁴ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 01.04.2003, E. 2000/624, K. 2003/1085, Danıştay Kararları Dergisi, S. 2, 2003, s. 208 vd.

³⁵ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 17.12.2007, E. 2007/6963, K. 2007/5319: "...kamu tüzel kişiliği niteliği bulunmayan Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı'na ait yönetmelik, idare hukuku alanında kurulmuş bir işlem niteliğinde bulunmadığından, söz konusu yönetmeliğin özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi ve davanın adli yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir". (<http://www.kararara.com> - 5 Şubat 2018).

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesinden dolayı özel hukuk işlemi olarak kabul edilmiş ve uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine karar verilmiştir³⁶. Mahkemenin, işlemin niteliği üzerinde tartışma yapmaya gerek görmeden, kurumun kendisinin idari nitelik taşıyıp taşımadığına göre karar verdiği dikkat çekmektedir³⁷.

Özel hukuk kişilerinin idari işlem olarak kabul edilen işlemleri dışında yasama ve yargı organları tarafından verilen ancak yasama ve yargı işlemi olarak nitelendirilmeyen buna karşın idari işlem olarak kabul edilen işlemler de bulunmaktadır. Örneğin, yasama organına yasama uzmanı alım işlemi veya yargı organı tarafından mahkemeye katip veya mübaşir alma işlemleri, idari işlem olarak kabul edilmektedir³⁸. Keza Danıştay'ın 2007 yılında verdiği kararında, yasama organı tarafından RTÜK'e üye seçilmesi işlemi, idari işlem olarak kabul edilmiştir: "...yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyuşmazlık konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem"³⁹ niteliğindedir.

Bu açıklamalar ışığında, idari işlemin tanımının şekli ve maddi unsur olmak üzere iki unsur etrafında şekillendiği ifade edilmelidir⁴⁰. Şekli veya organik unsur, işlemin bir idari makam tarafından yapılmasını öngörür. Ancak her idari işlemin bir idari

³⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 02.03.2009, E. 2008/33, K. 2009/36 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- 5 Şubat 2018)

³⁷ Uyuşmazlık Mahkemesinin işlemi tesis eden kurumun idari niteliğe sahip olmadığı değerlendirmesini yaparak verdiği kararlara örnek olarak ayrıca bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 3.3.2014 E. 2014/60, K. 2014/156: "Muratlı Islah Organize Sanayi Bölgesi'nin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve özel hukuk tüzel kişilerinince tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılacağına açık olduğu gözetildiğinde, Tekirdağ İli, Muratlı İlçesi, Aşağısevindikli Köyü F19d01c4a pafta 2439 parsel sayılı taşınmazın "önerilen alan sınırları içerisinde çıkarılması" yolunda tesis edilen işlemin yargısal denetiminin de adli yargı yerine ait olduğu açıktır." (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 4 Haziran 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 02.02.2009, E. 2008/142, K. 2009/19: "...kural olarak, idari yargıda ancak Devlete ve kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara bakılabilir. Buna göre, idare aleyhine dava açılmayıp, işlemin tesis edildiği tarihte davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği taşımayan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin bulunması karşısında, ortada idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksızdır." (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 4 Haziran 2018).

³⁸ Daha ayrıntılı açıklama için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 620 vd.

³⁹ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 24.01.2007, E. 2005/5627, K. 2007/72, (<http://www.kararara.com> - 6 Mayıs 2018).

⁴⁰ Conseil d'Etat'nın tüm unsurları içeren bir tanım üretmek yerine önüne gelen uyuşmazlıklardan yol çıkararak işlemin idari niteliğini tayin etme yoluna gittiği görülmektedir. Örneğin, *Rubin de Servens* kararında organik ölçütü uygulama yoluna gitmiştir. CE, *Rubin de Servens*, 2 Mart 1962, (<http://arianeinternet.conseildetat.fr> - 16 Aralık 2016); Başka bir kararında ise hizmetin örgütlenişine ilişkin kararı (maddi ölçütü ön plana çıkartarak) idari nitelikte kabul etmiştir. CE, *Préfet de la Guyane*, 27 Kasım 1952 (Nakleden- Christophe Guettier, *Droit administratif*, Paris: Montchrestien, 1998, s. 13).

makamdan çıkmadığı, özel hukuk kişilerinin işlemlerine de idari nitelik tanındığı kabul edilirse, işlemin idari bir makamdan çıkışını sadece kuvvetli bir karine olarak değerlendirmek gerekmektedir⁴¹. Bunun dışında, idari işlemin maddi unsurunun ilk özelliği, kamu gücü içermesidir⁴². Maddi unsurun diğer özelliği ise idari işlemin hukuki sonuç doğurmaya yönelik⁴³ irade açıklamasını içermesidir⁴⁴. Elbette bu özellik, sadece idari işlemlere has bir özellik değil, hukuki işlemlerin bütününe ilişkin bir özelliktir. Ayrıca, irade açıklamasının hukuk alanına bir değişiklik taşıması gerekmektedir. Bu değişiklik, bazı yazarlar tarafından “yeni bir gerçekliğe kapı aralamak” şeklinde nitelendirilmektedir⁴⁵.

İdari işlemin tanımında yer alan organik ve maddi unsurların re'sen icra için de geçerlidir. İdari işlemin icrası kapsamında başvuru re'sen icra tasarruflarının da kural olarak idare tarafından yerine getirildiği ve tek taraflılık, muhatabın veya üçüncü kişilerin hukuki durumlarını, onların muvafakati olmaksızın etkileme ve kamu gücüyle donatılmış olma özelliklerini barındırdığı görülmektedir. Bununla birlikte, özellikle yukarıda yer verilen Danıştay kararlarında özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem tesis

⁴¹ Bazı özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilmesi durumu karşısında organik ölçütün önemini yitirdiği ve yetersiz bir ölçüt halinde geldiği öne sürülmektedir. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 5. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 217; İnanç, a.g.e., s. 88.

⁴² Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris: Dalloz, 1926, s. 65; Danıştay'ın organik ölçütü aramadan işlemin niteliğine göre verdiği karara örnek olarak Danıştay 13. Dairesinin Kararı, T. 06.02.2013, E: 2012/1871, K. 2013/276: “idarenin her işlemi idarî işlem olmadığı gibi, bütün idarî işlemlerin kamu tüzel kişileri tarafından tesis edilmesi de söz konusu değildir. Bu açıdan, idarî karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olmalarına karşılık, gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk tüzel kişisi olup da, kamu hizmeti gören kuruluşlar, bu hizmetleri yerine getirirken kamu makamı gibi hareket etmekte ve işlemleri de idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 4 Temmuz 2018); Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 16.12.2009, E. 2009/5590, K. 2009/10533: “İdare işleviyle ilgili ve tek taraflı irade beyanına dayalı olarak hukuki sonuç doğuran tasarruflar olarak tanımlanan idari işlemler, kural olarak idare makamlarınca tesis edilmektedir. Ancak idare işleviyle ilgili kamu yetki ve usullerini kullanmakla yetkili olduğu özel yasal düzenlemeyle istisnai olarak kabul edilen özel hukuk tüzel kişilerinin, tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de, idari işlem niteliği taşıdığı kabulü gerekir. Zira bir işlemin idari işlem olup olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsur işlemin idare işleviyle ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılması, başka bir deyişle idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi olmasıdır.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 4 Temmuz 2018).

⁴³ Akyılmaz, tanımını oluştururken hak ve yükümlülükler doğurmayı hukuki sonuç bağlamında ele almaktadır: “...idarî işlem, idari makamların kamu gücü kullanarak idare hukuku alanında yaptıkları ve çeşitli hak ve yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır”. Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 26

⁴⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 614

⁴⁵ J. M. Auby, P. Bandet, L. Bulet, H. Buch, P. Carcelle, R. Catherine, Y. Chapel, H. Charnier, M. Crozier, R. Drago, A. H. Dupond, Ch. Eisenmann, P. Escoube, B. Gournay, C. Goyard, L. Hamon, J. F. Kesler, G. Langrod, P. Legendre, M. Lesage, D. Levy, J. Magnet, R. Malgoire, G. Mas, L. Mehl, G. Mond, R. Mougnot, D. Moulias, J. Rivero, E. Simon, G. Thuillier, *Traité de science administrative*, Paris: Mouton & Co. La Haye, 1966, s. 468.

edebilecekleri kabul edildiğinden, bu işlemlerin, uygulaması niteliğindeki re'sen icra tasarruflarının da özel hukuk tüzel kişilerince gerçekleştirilmesi mümkün görünmektedir. Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarında görüldüğü üzere özel hukuk tüzel kişilerinin işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmesi eğiliminin zayıfladığı gözlenmektedir.

B. İdari İşlemlerin İcrası

İdarenin tek taraflı iradesiyle oluşturduğu idari işlemler kendi aralarında, birel idari işlem ve düzenleyici idari işlem şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu iki tür işlem temel türler olmak üzere, her iki türün özelliklerini taşıyan ve adına “genel karar” denilen üçüncü bir türün varlığı da kabul edilmektedir. Genel kararlar da birel ve düzenleyici işlemler gibi tek taraflı olma ve kamu gücüyle donatılmış olma özelliklerine sahiptir. Konunun devamında, idari işlemin bu şekilde tasnifi de göz önünde bulundurularak, öncelikle icrailik kavramının tanımı, niteliği ve re'sen icra kavramı ile ilişkisi ele alınmakta (1), sonra re'sen icranın temel çalışma alanı olan birel idari işlemlerin icrası üzerinde durulmakta (2), daha sonra düzenleyici idari işlemlerin icra ve icrailik kavramları ile olan bağı ortaya konmakta (3), ondan sonra hem birel hem düzenleyici işlemlerin özelliklerini taşıyan genel kararların icrası incelenmekte (4) ve son olarak idari işlemin icrası kapsamında tesis edilen işlemler ele alınmaktadır (5). Bahsi geçen işlemlerin tanımlarına yer verilirken re'sen icra yetkisi ile olan ilişkileri de ortaya konmaya çalışılmaktadır.

1. İcrailik Kavramı ve Re'sen İcra

İcrailik, idari işlemin barındırdığı hukuki güç ile ilgili bir kavramdır. Bu kavram, idareden çıkan bir işlemin, hukuk alemine doğduğunu ve ileride kuvvetli bir uygulanma olasılığına sahip olduğunu vurgulamaktadır. İcrailik, kural olarak maddi alemde değil hukuk aleminde değişiklik yarattığından, idari işlemin uygulanmasını değil hukuken tesis edilmiş ve tamamlanmış olmasını ifade etmektedir⁴⁶.

⁴⁶ Yılmaz, a.g.e., s. 31; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, a.g.e., s. 368.

Özel hukukta iradelerin özerkliği ve eşitliği ilkesi geçerli olduğundan, prensip olarak, bir tarafın iradesini karşı tarafa dayatmasından ve onun rızası hilafına işlem tesis etmesinden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir⁴⁷. Kamu hukukunda ise kamu yararını temsil eden idare, karşı tarafın muvafakati söz konusu olmaksızın, tek taraflı iradesiyle idari işlem tesis edebilmektedir. İcrailik, idarenin tek taraflı açıkladığı iradeyle hukuk düzenine yeni sonuçlar taşıyabilmesidir⁴⁸. İdari işlemler, oluştukları andan itibaren icrailik özelliğini bünyelerinde barındırır⁴⁹. Vedel ve Delvolvé'ye göre, idarenin tek taraflı işlemlerle bireyleri etkileyen icrai işlemler tesis edebilmesi, idare hukukunun en karakteristik özelliğidir⁵⁰. Bu özellik idari işlemin, özel hukuk işleminden ayırt edilmesine de imkan sağlamaktadır.

İdari işlemin icrailiğinin en belirgin yönü, ek bir işleme gerek olmaksızın idare tarafından yapılmış irade açıklamasıyla, işlemin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirmesi ve üçüncü kişiler üzerinde hukuki sonuç doğurmasıdır⁵¹. Bu hukuki sonuçlar, işlemin muhatabına yeni haklar sağlamakla ortaya çıkabileceği gibi var olan bir hakkın sınırlanması, genişletilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması şeklinde de ortaya çıkabilir⁵². Örneğin Conseil d'Etat'nın *Dame Cachet*⁵³ kararına konu teşkil eden olayda maddi açıdan sıkıntı yaşayan bir kadına kira yardımı yapılması söz konusudur. Buradaki yardım, işlemin muhatabına sağlanan bir hak veya yararlandırıcı işlemde oluşmaktadır. Keza, Belediyenin inşaat ruhsatı vermesi, ehliyet sınavlarında başarılı olan birinin ehliyet alması da hak yaratıcı işlemlerdir. Ancak tam tersi, inşaat ruhsatı talep eden birinin bu talebinin olumsuz karşılanması, Kabahatler Kanununa aykırı davranan birine ceza verilmesi, ilgilinin pasaportuna el konması veya disiplin suçu işleyen bir öğrenciye disiplin cezası verilmesi işlemleri, hakkı sınırlandıran işlemlerdir. Bu işlemlerin her biri

⁴⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 673.

⁴⁸ Bütün idari işlemlerin icrai olmadığını belirtmek yerinde olur. Örneğin idarenin iç düzen işlemleri olarak kabul edilen direktif ve talimatlar, bir idari işlem tesis etmek üzere yapılan hazırlık işlemleri, tutanaklar, raporlar veya idari işlemi teyit eden işlemler veya tebliğ işlemleri icrai nitelikte değildir. İcrai nitelikte olmadıklarından bu tür işlemlere karşı doğrudan dava açılmaz ve doğrudan hukuka aykırılıkları ileri sürülemez. Ancak bu işlemlere dayanılarak tesis edilen işlem dava edildiği zaman bunların da hukuka aykırılıkları ileri sürülebilir. Bkz. Mutlu Kağıtçıoğlu, "İdari İşlemin İcrailiği", Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, (2012), s. 281; Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, (2005), s. 284.

⁴⁹ Daha önce belirttiğimiz gibi bu tür vurgular icrai olmayan işlemleri kapsamamaktadır.

⁵⁰ George Vedel, Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, C. I, Paris: PUF, 1992, s. 237.

⁵¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, a.g.e., s. 368; Yılmaz, a.g.e., s. 27.

⁵² Marie Christine Roualut, *Droit Administratif*, 7e Edition, Paris: Gualino, , s. 125 (Nakleden- Yılmaz, a.g.e., s. 27) .

⁵³ CE, 3 Kasım 1922, *Dame Cachet*, <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/>, (8 Ocak 2017).

icrai özelliğe sahiptir ve idare aleyhine iptal veya tam yargı davası açılmasını olanaklı kılmaktadır.

İcrailik kavramının yerine bazı kaynaklarda etkili işlem⁵⁴, lazım'ül icra⁵⁵ gibi kavramlarında da kullanıldığı görülmektedir⁵⁶. İdari Yargılama Usulü Kanununun 14. maddesinde geçen ve iptal davası açılma şartlarından biri olarak görülen "... yürütülmesi gereken işlem..." şeklindeki kavramın, lazım'ül icra veya icrailik anlamında kullanıldığı kabul edilmektedir⁵⁷. Nitekim, lazım'ül icra ile icrailik kavramları da çoğunlukla aynı anlamda kullanılmaktadır.

İcrailik kavramının, idari işlemin tanımını çağrıştıracak şekilde "icrai karar" kavramının bir parçası olarak da kullanıldığı görülmektedir. Ancak icrailik, idari işlemin kendisi değil onun bir özelliği ve sonucudur. Hukuka uygun olarak tesis edilmiş bir işlemin icrai olması onun, hukuk alanında doğmuş ve nihai halini almış olmasıdır. Bazı yazarlar icrai kararı, "idarenin kamu gücüne dayanarak aldığı *icrai* niteliğe sahip ve üçüncü kişilere etki edecek şekilde yapmış olduğu tek taraflı hukuki işlem" olarak tanımlarken, idari kararın icrai yönünü vurgulamaktadır⁵⁸. Tanım ayrıca, Hauriou'nun icrai karar (*décision exécutoire*) terimi ile de benzerlik göstermektedir: "*İcrai karar, yönetilenler üzerinde hukuki sonuç doğurmak amacıyla (hiyerarşi ya da vesayet ilişkisi içerisinde) idare tarafından alınmış, icrai içeriğe sahip yani re'sen icra edilmeye müsait irade açıklamasıdır*"⁵⁹. Bununla birlikte bu tanımın, Fransız ve Türk doktrini

⁵⁴ Şeref Gözübüyük, *Yönetel Yargı*, 29. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 156.

⁵⁵ Yılmaz, a.g.e., s. 89; Keza *yürütülebilirlik de icrailik* ile aynı anlamda kullanılabilir. Özyay, a.g.e., s. 12.

⁵⁶ Sezginer'e göre icrailik kavramını ifade etmek için kullanılan kavramların ortak yönü, iptal davasına konu teşkil edebilecek bir idari işlemin ortaya konmasıdır. Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2000, s. 44.

⁵⁷ "İdare Hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır". Danıştay 7. Dairesinin Kararı, T. 27.3.2006, E. 2005/1632, K. 2006/927, (<http://www.kararara.com> - 6 Mayıs 2018); "İptal davasına konu edilebilecek idari işlemler, idarelerin, idari faaliyetleri nedeniyle, kamu gücü kullanılarak, kamu hukuku kurallarına göre, tek taraflı iradeyle yaptıkları kesin ve icrai (yürütülmesi gerekli) nitelikteki işlemler olup bu nitelikte olmayan işlemlerin idari davaya konu edilmelerinin mümkün olmadığı idare hukukunun en belirgin ilkesidir". Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 15.12.2004, E. 2004/2725, K. 2004/4092, (<http://www.kararara.com> - 6 Mayıs 2018).

⁵⁸ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, II ve III, İstanbul: Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 385; Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 119.

⁵⁹ Hauriou, a.g.e., s. 393; Erkut'un Hauriou'nun tanımına ilişkin çevirisi şu şekildedir: "*Araya başkaca bir işlem girmeksizin, kişilerin hukuki durumlarında değişiklikler doğurabilme yeteneğini haiz ve re'sen icra edilebilir nitelikteki işlemlerdir*". Erkut, *İdari İşlemin Kimliği...*, a.g.e., s. 131.

tarafından büyük ölçüde sakıncalı veya yanlış olarak değerlendirildiği görülmektedir⁶⁰. Çünkü tanımın, hem işlemin kurulma aşamasını (icrailik) hem de dış aleme yansıma aşamasını, yani uygulama aşamasını kapsadığı ileri sürülmektedir. Özellikle, bu yönü dikkat çekmiş olduğundan Sarıca ve Özay, “icrai karar” terimi yerine “yürütülmesi kendi içerisinde saklı işlem” şeklindeki çevirisini tercih etmektedir⁶¹. Örnek olarak da yıkılma tehlikesi gösterdiği için belediye encümeninin yıkım kararı alması halinde, bunun ancak o maddi eylemin gerçekleştirilmesi ile uygulanması verilmektedir⁶². Dolayısıyla, bahsi geçen yazarlara göre, icrai karar, hem idari kararın alınması hem hayata geçirilmesi aşamasını kapsamaktadır. Ancak, bütün kararların icrai olmadığı, icrai olan kararların bazılarında da idarenin re’sen icra yetkisine sahip olmayabileceği göz önüne alınırsa icrai karar teorisinin yanlış sonuçlara ulaştırması ihtimal dahilindedir. Ayrıca, idareden çıkan bir çok karar, icrailik özelliğini barındırsa da idare tarafından uygulanmak zorunda olmayabilmektedir. Örneğin, muafiyet tanıma gibi hak yaratıcı nitelikteki idari işlemler için idarenin bir uygulama muamelesine girişmesine gerek olmadığı belirtilmektedir⁶³. Bu tür işlemlerde idareden beklenen tek davranış hakkın kullanımına engel olmamasıdır⁶⁴. Kısaca, icrailik ve re’sen icra aynı bütünün farklı parçaları olsa da birbirlerinden farklı kavram ve hukuki kurumlardır.

Delvolvé’ye göre Hauriou, “icrai karar” terimiyle “hukuki statülerde değişiklik” yapmayı dolayısıyla “icrailik” özelliğini kastetmektedir⁶⁵. Ama Hauriou’nun temelde iki ayrı hukuki durumu, karar verme yetkisi ile uygulama yetkisini birbirine karıştırdığını ileri sürenler de bulunmaktadır⁶⁶. Örneğin Chinot’ya göre Hauriou’nun tanımı “*ne bir doğrulama, ne bir çözüm ne de bir açıklama*”⁶⁷ içermektedir.

⁶⁰ Tanım Türk hukukunda özellikle Erkut tarafından ağır şekilde eleştirilmiştir: “*Décision exécutoire* teriminden hareketle ortaya çıkan bu kategori, başta söz konusu kavram gelmek üzere hukuk düzeninden çıkarılmalıdır.” Erkut, *İdari İşlemin Kimliği...*, a.g.e., s. 132.

⁶¹ Sarıca, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 112; Sarıca, *İdari Kaza*, a.g.e., s. 345-346; Yürütülmesi kendi içerisinde saklı işlem, işlemin hukuki etkisinin maddi aleme aktarılması için idarenin başkaca faaliyetlere girişmesi gereken işlemler olarak da tanımlanabilmektedir.; Özay, a.g.e., s. 407.

⁶² Özay, a.g.e., s. 407

⁶³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1071 vd.

⁶⁴ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2009, s. 189.

⁶⁵ Delvolvé, a.g.e., s. 23-24;

⁶⁶ Charles Sirat, “L’exécution d’office, l’exécution forcée, deux procédures distinctes de l’exécution administrative”, Paris: *Semaine Juridique – Juriclassemur périodique*, I, 1440, 1958 s. 1.

⁶⁷ Chinot, a.g.e., s. 38, 40.

Conseil d'Etat, bu tartışmalara dahil olmadan “*idari kararın icrai nitelikte olması(nı), kamu hukukunun temel bir kuralı*”⁶⁸ olarak belirlemektedir. Chapus, söz konusu karara ilişkin yaptığı yorumda, bir işlemin “hak ve yükümlülük” doğurarak hukuki statülerde değişiklik yapmasının icrailik niteliğinin bir sonucu olduğunu dile getirmektedir⁶⁹. Kanımızca da Hauriou'nun tanımı, işlemin icrai yönüne vurgu yapmakla beraber, zorunlu olarak uygulama aşamasını kapsamamaktadır. Zira Hauriou, tanımında, “icra edilen” değil, “icrai edilmeye müsait” demektedir. Bundan çıkarılabilecek sonuç, icrai işlemin zorunlu olarak uygulanması değil re'sen icranın temel şartlarını taşıması durumunda uygulanma imkanına sahip olduğudur.

İcra ile re'sen icra, birbirine yakın kavramlar olsalar da aynı anlama gelmemektedirler. Doktrinin önerdiği şekilde Hauriou'nun tanımındaki icrai karar kavramının aynı zamanda re'sen icrayı içerdiği kabul edilirse, bir kararın oluşturulması uygulamada sonuç doğurması için yeterli hale gelmektedir. Dolayısıyla, kararın alınmasıyla bir anlamda uygulama da gerçekleşmiş olmaktadır. Halbuki uygulama kendiliğinden oluşmamakta, bir takım icra faaliyetleri ile yerine getirilmektedir. Bu bakımdan, icra, idarenin tek taraflı iradesiyle hukuk alanında sonuçlar meydana getirmesidir. Re'sen icra ise her ne kadar kaynağını ve dayanağını hukuk alanında bulsa da maddi alana ilişkin bir kavramdır. Re'sen icra, işlemin dış dünyaya yansımaları, uygulanması, somutlaşması, gerçeğe dönüşmesi ve yürütülmesidir. Kısacası icra idari işlemin tamamlanmış ve tekemmül etmiş olması ile ilgili iken, re'sen icra işlemin uygulanma aşamasına ilişkindir⁷⁰. Ancak, bu uygulama aşamasını ve re'sen icrayı geniş anlamda düşünmek gerekir. İdari kararın hukuki sonuçlarının maddi alana aktarılmış olması durumunda, re'sen icra gerçekleşmiş olmaktadır.

İdari işlem, yürürlük kazanmadan ve ilgililer hakkında uygulanmadan önce icrai niteliğini kazanmıştır⁷¹. Duran, idari kararlardan bahsederken, işlemin hukuki yönden etkisinin ani ve genel, uygulama konusunda ise muahhar (gecikmeli) olduğunu ileri sürmektedir⁷². Bu husus re'sen icranın sonradanlığı ile ilgilidir. Burada ani ve genel

⁶⁸ CE, Ass, 2 Juillet 1982, *Huglo et autres*, Rec, p. 258, *AJDA*, conc. Biancarelli. (Nakleden-Delvolvé, a.g.e., s. 24, 27); Delvolvé bu durumu ifade etmek için “*dolayısıyla kavram doktrinden doğup yargıya geçti*” demektedir. Delvolvé, a.g.e., s. 25.

⁶⁹ René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15^e Ed., Paris: Montchrestien, 2001, s. 527.

⁷⁰ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 675.

⁷¹ Akçılılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, a.g.e., s. 368

⁷² Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 413.

olarak hukuki sonuç doğuran “icrailik”, muahhar olan ise re'sen icradır. Bazı işlemlerin etkileri aniden gerçekleştiğinden maddi aleme taşınmaları için ayrıca bir ameliyeye gerek bulunmayabilmektedir. Bazı işlemler içinse fiili etkinin gerçekleşmesi için başka muameleler yapılmalıdır⁷³. Re'sen icra da, bu ek muamelelerin kendisi olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁴. Keza re'sen icra için işlemin icrai hale gelmiş olması da bazen yetersiz olmakta, re'sen icra eylemine ihtiyaç olması da gerekmektedir. Belli bir zaman dilimi geçtikten sonra süresi dolacak olan bir ruhsat işlemi için idarenin uygulama işlemi tesis etmesi gerekmemektedir.

Özel hukukta icrailik kavramına yer olmadığı gibi re'sen icrailik kavramından da söz edilemez. Taraflardan biri, işlemin uygulanması konusunda hak sahibi olduğunu ileri sürüyorsa hakim kararıyla uygulanmasını sağlayabilmektedir. Ancak, böyle bir karar mevcut olmadan kendiliğinden hareket edip işlemi uygulamaya kalkışırca ceza hukuku bağlamında cezai sorumluluğu söz konusu olabilir⁷⁵. Bu bakımdan, özel hukukta alacaklı kişi alacağının tahsili için icra mahkemelerine başvurmak durumundadır. İdareye de, kararın icrası konusunda yetki verilmemişse veya idarenin özel hukuka tabi bir alacağı söz konusu ise bireylerle aynı yolu takip etmelidir. Sonuç olarak, icrailik gibi re'sen icra da kamu hukukuna ilişkin bir kavramdır. İdarenin tek tarafı olarak aldığı kararları uygulaması ve maddi aleme taşınması şeklinde ifade edilen re'sen icra, öncesinde alınmış icrai nitelikte bir kararın varlığını gerektirmektedir.

⁷³ Gülseven Şeker, “İdari İşlemin Uygulanması”, *www.e-akademi.org Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 122, (2012), s. 3.

⁷⁴ Yılmaz, a.g.e., s. 146.

⁷⁵ Örneğin birinin malına malikin rızası hilafına zor kullanarak el koyan kişi yağma suçunu işlemiş olur. Bkz. TCK madde 148 (1) “Bir başkasını... cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”. 150. maddeye göre “Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”.

2. Birel İdari İşlemlerin İcrası

Birel⁷⁶ idari işlem, idare tarafından bir şahsa veya eşyaya yönelik olarak alınan, tek taraflı ve kamu gücüyle donatılmış, somut, özel ve bir kez uygulanmakla tükenen işlem olarak tanımlanmaktadır⁷⁷. Memur atanması, inşaat ruhsatı verilmesi, öğrenciye kınama cezası verilmesi, memurun emekliye sevk edilmesi, kırmızı ışık ihlalinde bulunan araca idari para cezası verilmesi gibi işlemler muhatabı belli birel işlemlere örnek oluşturur. İdari işlemin re'sen icrasına konu olan işlemler de çoğunlukla birel nitelikteki idari işlemlerden oluşmaktadır. Birel işlemin icrası da alınan kararın fiilen uygulanması ve hukuki sonuçlarının maddi alemde gerçekleştirilmesidir. Belediye tarafından verilen yıkım kararına uygun olarak yapının yıkılması, yol yapımı kararının uygulanması için yol yapım işlerinin gerçekleştirilmesi, kamu alacağının tahsili için yapılan muameleler bu bağlamda birer re'sen icra tasarrufu olarak kabul edilmektedir.

Birel idari işlemin icrasından söz edebilmek için öncelikle icrai niteliğe sahip bir idari kararın bulunması gerekmektedir. Söz konusu icrai kararın uygulamaya taşınması, bireyin kendisi tarafından gönüllü olarak yapılabilir. Bazı durumlarda ise icra idare tarafından gerçekleştirilmektedir. İdare tarafından gerçekleştirilen icra tasarrufunun re'sen icranın tabi olduğu koşulları sağlaması gerekir. Bu koşullara ilişkin açıklamalara ikinci bölümde detaylı bir biçimde yer verilmektedir.

3. Düzenleyici İdari İşlemlerin İcrası

Daha önce ifade edildiği üzere icrailik hukuk alemine, re'sen icra ise maddi aleme ilişkin bir kavramdır. Düzenleyici idari işlemler, kural olarak, maddi alemde doğrudan sonuç doğurmazlar. Bu işlemlerin maddi aleme yansımaları, birel işlemler aracılığıyla gerçekleşir. Birel işlemler, icrai hale gelip re'sen icra edilebilirken düzenleyici işlemler,

⁷⁶ Düzenleyici işlemler dışında kalan idari işlemler (genel karar ayrı kalmak üzere), doktrin tarafından genelde bireysel idari işlem ya da birel idari işlem şeklinde adlandırılmaktadır. Birel idari işlemler, hem şahısları, hem cansız varlıkları kapsadıklarından “birel” kavramının kullanımının daha uygun olduğu düşünülmektedir. Bkz. Özyay, a.g.e., s. 434.

⁷⁷ Özyay, a.g.e., s. 434; Delvolvé, a.g.e., s. 11; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku*, 2. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 422; Yıldırım, “İdari İşlemler”, a.g.m., s. 408.

birer kural işlem olduklarından “icrai” niteliğe sahip olabilmekte, ancak kural olarak doğrudan re'sen icraya konu olmamaktadır⁷⁸.

“Düzenleyici işlem” ile “icrailik” kavramları, değişiklik taşıdıkları dünya açısından birbirine benzemektedirler. Düzenleyici işlemler, kural olarak, bireyleri ve şeyleri doğrudan etkilemezler ve yalnızca hukuk alanında ve muhtemel statülerde değişiklikler oluştururlar. Çünkü düzenleyici işlemin alanı subjektif nitelikteki somut durumlar değil, nesnel ve soyut durumlardır. Düzenleyici işlemler hukuki sonuçlarını doğrudan maddi yaşam üzerinde göstermezler ve kişilerin bireysel durumlarında doğrudan değişiklik meydana getirmezler. Dolayısıyla hukuk alanında değişiklik yapmak bakımından düzenleyici işlem ile “icrailik” örtüşmektedir.

Niteliği itibariyle, yasama fonksiyonuna benzer bir faaliyetin yürütüldüğü bir alan olarak düzenleyici idari işlemler, genel, soyut, objektif, norm koyucu işlemlerdir⁷⁹.

⁷⁸ Düzenleyici işlemler norm niteliğinde olduklarından kural olarak re'sen icra edilememektedir. Ancak istisnaen düzenleyici işlemlerin bireysel ve somut durumlara ilişkin hükümler barındırdıklarına ve doğrudan icraya konu olduklarına rastlanabilmektedir. Bunlara örnek olarak 08.05.2003 tarihinde çevre ve orman bakanlarının birleşmesini düzenleyen 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun örnek olarak verilebilir. Kanunun Geçici 2. maddesinde çeşitli kadrolarda yer alan personelin görevlerinin Kanunun yayımlanması tarihinde sona ereceği düzenlenmektedir. Hükmün devamında bu personelin en geç bir yıl içerisinde durumlarına uygun kadrolara atanacağı, atama yapılmıyaya kadar eski kadrolarındaki özlük haklarının sürdürüleceği belirtilmektedir.

Bunun dışında 20 Temmuz 2016 tarihinde 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile olağanüstü hal ilan edilmiş ve bu ilandan sonraki tarihlerde çıkarılan bazı kanun hükmünde kararnamelemlerle (672, 675, 677, 679, 683, 686, 688, 689, 692, 695, 697, 701 sayılı KHK'ler) devlet kadrolarında yer alan bir çok personel meslekten ihraç edilmiş, bazı kurumlar kapatılmıştır. Bazı KHK'lerle ise meslekten ihraç edilenler görevlerine iade edilmekte ve kapatılan kurumların tekrar açılmasına izin verilmiştir (bkz. 686, 688, 689, 692, 695, 697, 701 sayılı KHK'ler). Bu KHK'lerin bazıları hakkında iptal davası açılmış ancak Anayasa Mahkemesi iptal davalarını esasa girmeden reddetmiştir (AYM Kararı, T. 12.10.2016, E. 2016/167, K.2016/160, RG.04.11.2016-29878). Bu kararnamelerle düzenlenen somut ve birel işlemleri de düzenleyici işlemlerin doğrudan re'sen icraya konu olmaması kuralından istisna tutmak gerekir. Bu tür düzenlemelerin istisnai olduğu kabul edilmekle beraber bahsi geçen KHK'lerin bir çok yönden (başta olağanüstü hal ile ilgili olmadıkları) hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Kerem Altıparmak, Dinçer Demirkent, Murat Sevinç, “Atipik KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk: Artık Yasaları İdare mi İptal Edecek?”, *Olağanüstü Hal Uygulamaları Bilgi Notu 1*, (2018), (<http://www.ihop.org.tr> - 1 Temmuz 2018), s. 3 vd.; Metin Günday, “Ohal, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, (2017), s. 34 vd.

⁷⁹ “Düzenleme yetkisi, idarenin üstlendiği görevleri yerine getirebilmesi için, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla genel ve soyut düzenlemeler yapabilme, genel ve soyut nitelikte normlar koyabilme yetkisidir”. Günday, a.g.e., s. 223; Gözler, a.g.e., s. 666, 1153; Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, 4ème Ed., Paris: Montchrestien, 2006, a.g.e., s. 119; Fatma Didem Sevgili Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, Ankara: *AÜHFD*, C. 63, S. 2, (2014), s. 398; Karahanoğulları, “düzenleyici işlem” yerine “uygulayıcı kurallar” demeyi daha uygun görmektedir. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 161; Danıştay da bir kararında düzenleyici işlemlerin kural koyma yönünü ön plana çıkarmaktadır: “Öğretide de kabul edildiği üzere, sözlük anlamı ile ‘düzenli hale koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek’ olarak tanımlanan ‘düzenleme’, kamu hukukunda ‘kural koymak’ ile eş anlamlıdır... Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük yönetmelik genelge gibi düzenleyici işlemler yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığıının

Düzenleyici işlemler de idari işlemin, irade açıklaması ve kamu gücü özelliklerini bünyelerinde barındırırlar. Ancak, bu işlemlerin bireylerin hukuki alemine etkileri doğrudan değil dolaylıdır. Zira, kural olarak düzenleyici işlemler belli kişi veya nesnelere hedeflemezler. Bu işlemlerin etkileri doğrudan maddi yaşam üzerinde tezahür etmez. Bu etki, daha çok maddi yaşamın (kurgusal) hukuki yapısı üzerinde meydana gelmektedir. Kişiler üzerinde doğrudan doğruya etki ve sonuç doğurmadıklarından ötürü düzenleyici idari işlemlerin, idari işlem sayılmaması gerektiği de ileri sürülmektedir⁸⁰. Alman İdare hukukunda da idari işlemde bahsedilirken düzenleyici işlemler, bu kapsamın dışında tutulmaktadır⁸¹. Bunun bir nedeni de bahsi geçen hukuk düzeninde idari işlemin, somut ve bireysel işlemlerden ibaret kabul edilmesidir⁸². Bu yüzden bireye, statüye veya eşyaya yönelmeyen işlemler idari işlem kategorisine sokulmamaktadır. Fransız ve Türk hukukunda ise idari işlemin tanımı yapılırken “somut ve bireysel” olma şartı aranmamakta, tek taraflı olma ve kamu gücü kullanma unsurları üzerinde durulmaktadır. Kuşkusuz, böyle bir durumda düzenleyici işlemlerin idari işlemin kapsamı dışına çıkarılması düşünülemez.

Özay, düzenleyici işlemleri bir ışın demetine benzetmektedir⁸³. Işın demetinin kapsamına girenler, ona tabi olup etkilenirken, kapsamına girmeyenler ona tabi olmazlar ve etkilenmezler⁸⁴. Bu bakış açısı, idare hukukunun *statüter* niteliği ile de uyum göstermektedir. Çünkü yukarıda da vurgulandığı üzere düzenleyici idari işlemler bireysel somut durumları değil genel ve soyut durumları konu alıp, bunlar üzerinde etki doğururlar. Bu yüzden de etkilerini doğrudan bireyler üzerinde değil onların tabi olduğu veya olabileceği genel statüler üzerinde gösterirler. İdare Hukukunun yarattığı ve alanlarını düzenlediği statüler de düzenleyici nitelikteki işlemlerle belirlenmektedir.

kabul edilebilmesi için söz konusu işlemin sürekli, soyut nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi başka bir anlatımla belirtilen nitelikte kurallar koymuş olması gerekir”. Danıştay, 5. Dairesinin Kararı, Tarih 13.02.2008, E. 2007/7930, K. 2008/772 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 4 Temmuz 2018).

⁸⁰ “İdari işlemi maddi anlamda “özel bir durumu ilgilendiren”, “somut ve kişisel” işlem olarak gören yaklaşım genel düzenleyici işlemleri idari işlem olarak kabul etmez.” Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. 29.

⁸¹ Dilşat Yılmaz, “Alman İdari Usul Hukuku’nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 2, (2011), s. 254.

⁸² “İdari işlem, muhatabı itibarıyla bireysel, konusu itibarıyla somuttur”. Christian Autexier, *Introduction au droit public allemand*, Paris: PUF, 1997, s. 240 (Nakleden-Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 663).

⁸³ Özay, a.g.e., s. 434; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 155 vd.

⁸⁴ Bu ışın demeti “belli kişilere değil, belli bir alana yönelmiştir ve bu alan içerisinde bulunan kişileri aydınlatmış gibi bu alana girecek olan kişileri de geçici yada sürekli olarak aydınlatır”. Özay, a.g.e., s. 434.

Kısacası, statülerin tabi olduğu hukuk prensip olarak soyut kurallardır. Bu kurallar da bazen düzenleyici işlemlerin kendisi olabilirken, bazen de düzenleyici işlemlere kaynaklık eden yasa niteliğindeki kurallardır.

Düzenleyici işlemler, birel işlemler gibi icrai niteliği haizdir. İdari Yargılama Usul Kanununun 7. maddesinde düzenleyici işlemlerin icrai yönü de hesaba katılarak haklarında dava açılabilirliği ifade edilmektedir. Zira, bu işlem türü bireysel işlemler gibi “yürütülmesi gereken işlem”in özelliklerini taşımaktadır. Bu yüzden, düzenleyici işlemlere karşı tek başına dava açılabilirliği gibi düzenleyici işlemin uygulanması durumunda, uygulama işlemi ile beraber düzenleyici işleme karşı da dava açılabilirliği⁸⁵. Nitekim, bu husus 2577 sayılı Kanunun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında da düzenlenmiştir.

Sonuç olarak düzenleyici işlemlerin genel olarak soyut kurallardan oluştuğu ve birel işlemlerle icra edildikleri görülmektedir. Dolayısıyla, düzenleyici işlemin kendisi soyut hukuki kuraldır. Uygulama işlemi ile birel işleme dönüşmektedir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse birel işlem, düzenleyici işlemin somut olaya uygulanmasıdır. Düzenleyici işlemin kendisi, icrailik kavramı ile ilgili iken re'sen icra kavramı daha çok düzenleyici işleme dayanılarak yapılan uygulama işlemi ile ilgilidir. Uygulama işleminin yukarıda belirtildiği şekilde “*idari davaya konu olabilecek, kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliği taşıması*”⁸⁶ gerekir. Ayrıca, uygulama işleminin doğrudan düzenleyici işlemin hükümleri doğrultusunda kurulmuş somut bir işlem

⁸⁵ DİDDK Kararı, T. 31.10.2013, E. 2012/523, K. 2013, 3371: “Düzenleyici işleme karşı açılacak dava süresini yeniden başlatacak olan uygulama işleminin idari davaya konu edilebilecek bir idari işlem olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Düzenleyici nitelikteki idari işlemin, özel hukuk alanında kişilerin hukuki durumlarını etkilemesi de bu düzenleyici işlemin uygulanmasıdır ve uygulama idari davaya konu edilmese de bu uygulamaya dayanak alınan düzenleyici işlem, uygulamadan itibaren 60 gün içinde idari davaya konu edilebilir.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 15 Nisan 2018); DİDDK, T. 14.10.2010. E. 2008/2039, K. 2010/1400 (Nakleden- Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *İdari Yargı Mevzuatı*, 7. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2014. s. 381); Danıştay bir başka kararında bir sirkülerde yer alan kuralın hukuk alemine değişiklik getirdiğini ileri sürerek dava konusu edilebileceğini belirtmiştir: “Dava konusu Sirkülerde yer alan düzenleme, üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda Kanunda yer alan düzenlemenin yeniden yorumlanmasıyla, davacının menfaatini doğrudan etkiler nitelikte uygulamalar içermesi nedeniyle yürütülmesi zorunlu idari işlem kapsamında görüldüğünden, davaya konu edilmesi mümkün olup, dava konusu işlemler arasında maddi ve hukuki yönden bağıllık bulunması nedeniyle de tek dilekçeyle dava açılabilirliğinden, davalı İdarenin usule ilişkin iddialarında yasaya uyarlık görülmemiştir.” Danıştay 4. Dairesinin Kararı, T. 23.5.2011, E. 2009/248, K. 2011/4403 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 16 Nisan 2018)

⁸⁶ DİDDK, T. 14.10.2010. E. 2008/2039, K. 2010/1400 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 16 Nisan 2018).

niteliğini taşıması gerekmektedir⁸⁷. Bu açıdan, uygulama işlemi, soyut evrenin somutlaşmış yani re'sen icraya konu alanını oluşturmaktadır.

Düzenleyici işlem ile icrailik kavramları soyut hukuk alemine ait olmak yönünden örtüşmektedirler. Nasıl ki, icrai bir işlem doğrudan maddi alemde bir sonuç doğurmuyorsa düzenleyici işlemde aynı şekilde sonuçlarını doğrudan fizik dünyada göstermez. İcrai işlemin somut aleme taşınması için re'sen icra aşamasına geçilmesi gerekirken, düzenleyici işlemin somut aleme taşınması için kural olarak, öncelikle bir birel işlemin tesis edilmesi gerekmektedir.

4. Genel Kararların İcrası

İdare hukukunda uygulama alanı bulan bir takım işlemler, ne bütünüyle düzenleyici idari işlem, ne de bütünüyle birel idari işlem kategorisine dahil edilebilmektedir. Zira, bu işlemler, her iki işlem türünün bazı özelliklerini bünyelerinde barındırmaktadır. Bu özel durumlarından ötürü Türk hukukunda bu tür işlemlere “genel karar”⁸⁸, “genel etkili geçici karar”⁸⁹, “ara işlem”⁹⁰, “yapılmakla tükenen işlem”⁹¹, “geçici düzenleme”⁹², “genel idari karar”⁹³ şeklinde isimler verilmektedir. Kavramsal nitelendirme bakımından Fransız hukukunda da birden çok kullanım bulunmaktadır. Chapus, bu kararlara “ara işlem” (*actes intermédiaires*) ya da “özel durumlara ilişkin işlem” (*actes particuliers*) dendiğini ama kendisinin “somut olaylara ilişkin karar” (*décisions d'espèce*)⁹⁴ kavramını kullanmayı tercih ettiğini belirtirken, De Laubadere, Venezia ve Gaudemet, Fransız idari yargısı tarafından da benimsenen düzenleyici

⁸⁷ Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2016, s. 324.

⁸⁸ Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. 48. Bizim hukukumuzda üstünde net bir biçimde uzlaşılan bir tanımlı olmamakla beraber Alman İdari Usul Yasasının 35. maddesinde “genel karar”ın somut bir tanımlı bulunmaktadır. Buna göre “genel karar, ortak özellikleri tanımlanmış ya da tanımlanabilir bir grup insana yöneltilen ya da bir şeyin kamusal niteliği ile ya da o şeyin kamuca kullanılması ile ilgili bir idari işlemdir”. VwVfG madde 35'ten aktaran Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. 48-49.

⁸⁹ Özay, a.g.e., 432

⁹⁰ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 669.

⁹¹ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 30.

⁹² Duran bu tabiri kullanmakla beraber genel kararları düzenleyici işlem olarak kabul etmektedir. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 206.

⁹³ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 157.

⁹⁴ Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 527.

olmayan işlemler (*actes non réglementaires*)⁹⁵ tabirini kullanmaktadır. Keza bu işlemleri ne düzenleyici ne bireysel işlem (*actes ni réglementaires, ni individuels*) şeklinde isimlendirenler de mevcuttur⁹⁶. Bunun dışında genel karar için; genel olduğu halde düzenleyici olmayan işlemler⁹⁷, somut bir duruma ilişkin norm koyan işlemler⁹⁸, hem bireysel hem düzenleyici işlemin özelliklerini taşıyan işlemler⁹⁹, genele yönelik olmakla beraber süreli (geçerliliği belli bir süreye bağlı olan) işlemler¹⁰⁰, var olan düzenleyici işlemi değiştirmedeği halde bireysel idari işlemin alanının dışına taşan işlemler¹⁰¹, belli bir süre ile belli bir toplumsal ve doğal olguya göre hizmet düzenini değiştiren işlemler¹⁰², genel etkili ancak geçici nitelikteki kararlar¹⁰³ gibi ifadeler de kullanılmaktadır.

Genel kararlar, belirli ya da belirlenebilir birden fazla kişiye yönelmesi bakımından bireysel işlemle benzerlik gösterir¹⁰⁴. Ancak, işlemin yöneldiği kişi veya kişiler ismen zikredilmediği için düzenleyici işlemlerle de benzerlik gösterir. Örneğin, açılan bir yarışmaya mimarların katılmasını yasaklayan kararlar, genel ve kişilik dışı olmaları itibarıyla¹⁰⁵ düzenleyici işleme benzemektedir¹⁰⁶. Bu tür bir kararda mimarlar, ismen belli değildir. Ama karar veya norm, yarışmaya katılmak isteyen herkese uygulanmaktadır. Yine, belli bir bölgenin sit alanı ilan edilmesi veya kamulaştırılacak taşınmaz belli olmadığı halde kamu yararı kararı verilmesi gibi işlemler birer genel karar kabul edilmektedir¹⁰⁷. Bu yönüyle, kamu yararı kararı verilmesi işlemi bir bireysel

⁹⁵ André De Laubadere, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, C. I, Paris: LGDJ, 1999, s. 628 (Nakleden- Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 669)

⁹⁶ Frier, Petit, a.g.e., s. 80.

⁹⁷ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 354.

⁹⁸ Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 527.

⁹⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 670.

¹⁰⁰ Özay, a.g.e., s. 432.

¹⁰¹ "...des décisions qui, sans être de portée générale car elles appliquent à des cas donnés une réglementation préexistante qu'elles ne modifient pas, produisent cependant des effets qui dépassent les situations individuelles." Frier, Petit, a.g.e., s. 80.

¹⁰² Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 157.

¹⁰³ Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 3. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2013, s. 381.

¹⁰⁴ Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. 49.

¹⁰⁵ Delvolvé, a.g.e., s. 119.

¹⁰⁶ Conseil d'Etat, 10 Mayıs 1968, Syndicat des Architectes de la Seine, Rec., s. 269 (Nakleden-Delvolvé, a.g.e., s. 120).

¹⁰⁷ Conseil d'Etat, 10 Mayıs 1968, Commune de Brovès, Rec., s. 297 (Nakleden-Delvolvé, a.g.e., s. 120); Frier, Petit, a.g.e., s. 80.

işlem değildir, çünkü doğrudan kimseyi hedef almamaktadır; düzenleyici işlem de değildir, zira bu kararla bir kural/norm konulmamaktadır¹⁰⁸.

Düzenleyici işlem, yöneldiği kitle üzerindeki etkisi yönünden her zaman ve her yerde uygulanabilirken, genel kararlar sadece belirli bir süre için ve sadece yönelmiş olduğu grup hakkında uygulanabilmektedir¹⁰⁹. Örneğin “kar kalınlığının belli bir sınırı aşması durumunda okulların iki gün tatil edileceğine yönelik” kural bir düzenleyici işlem niteliğindedir, “Ankara’da bu limitin aşılması durumunda iki günlüğüne tatil kararı verilmesi” bir genel karar olarak kabul edilmektedir¹¹⁰. Burada idarenin kararı, belirli bir gruba (Ankara’daki okullar) belirli bir süre için (iki gün) yönelmektedir. Bu yönüyle düzenleyici işlem, belli bir statüdeki gelmiş gelecek herkese yönelik iken, genel karar, sadece karar alındığı an itibarıyla o statüye dahil olan kişiler için geçerlidir. Düzenleyici işlemlerle belli konular, uzun süreler için belli bir kurala bağlanırken (örneğin eğitim ve öğretim faaliyetinin hafta içinde yapılması); genel karar, söz konusu kurala istisna getirerek (eğitim öğretim faaliyetinin iki günlüğüne tatil edilmesi), kuralı kısa süreliğine askıya almaktadır. Ancak, bu askıya alma işlemi, düzenleyici işlemin değiştirildiği veya kaldırıldığı anlamına gelmemektedir¹¹¹.

Genel karar da birel işlem gibi tek yanlılık, dışsal hukuki etki ve bir kere uygulanmakla tükenmek gibi özelliklere sahiptir¹¹². Bu kararlar tek yanlıdır, muhatabın muvafakatine ihtiyaç duymadan etkilerini doğurur; bir kere uygulanmakla tükenir, süreklilik göstermez, sadece somut durumun düzenlenmesi amacını taşır. Örneğin, güvenlik nedeniyle bir gece boyunca kırsal alanda düğün yapılmasının yasaklanması bir kez uygulanmakla tükenen bir işlemdir. Genel kararın bir diğer özelliği ise beklenmedik olayların vukuu halinde, bir tedbir olarak bu işleme başvurulmasıdır. Kar yağışı nedeniyle okulların bir veya birkaç gün tatil edilmesi kararının verilmesinde, tesis edilen işlem, bir tedbir olarak ortaya çıkmaktadır.

Genel kararların yargısal denetiminde de yeknesaklık olduğunu ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Karahanoğulları ve Özay, genel kararların denetiminde

¹⁰⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, a.g.e., s. 670; Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 528.

¹⁰⁹ Özay, a.g.e., s. 433.

¹¹⁰ Söz konusu örnek Karahanoğulları’ndan alınmıştır, ancak yazar genel karar olarak nitelediğimiz durumu birel idari işlem olarak kabul etmektedir. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 156.

¹¹¹ Frier ve Petit, a.g.e., s. 80.

¹¹² Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. 49; Sancakdar, a.g.e., 382.

birel işlemlerin rejiminin benimsenmesi gerektiği önerisinde bulunmaktadır¹¹³. Uygulamada ise yargı organları, bu işlemleri, bazen düzenleyici işlem, bazen de birel işlem olarak kabul ederek, bu türlerin hukuki rejimine tabi tutmaktadır. Fransız hukukunda Conseil d'Etat, bazı genel karar niteliğindeki işlemleri, birel işlemlerle benzer görmüş ve bunları birel işlemlerin hukuki rejimine tabi tutmuştur. Örneğin bakanlık kararıyla bazı yayınların küçüklere satılmasının yasaklanmasına ilişkin *Société française des revus*¹¹⁴ kararı bu yöndedir¹¹⁵. Buna karşın aynı Mahkeme, genel karar mahiyetinde olmakla beraber, bir kamu hizmetinin düzenlenmesine veya bir kamu hizmetinin ortadan kaldırılmasına yönelik kararları, düzenleyici işleme benzeterek bunların hukuki rejimine tabi tutmaktadır¹¹⁶. Gözübüyük ve Tan, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununa dayalı olarak verilen belli bir bölgeyi “turizm merkezi” olarak ilan etme kararını genel karar olarak ele almaktadır¹¹⁷. Danıştay Altıncı Dairesi de bu kararı düzenleyici işlem niteliğinde görmemiş ancak aynı konuda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu “... turizm merkezi ilanına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının (karar ile belirlenen bölgeye yönelik olarak yerel nitelikte) düzenleyici işlem olduğu(nun) tartışmasız”¹¹⁸ olduğunu dile getirerek, işlemi, düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimine tabi tutmuştur. Somut olaydaki turizm bölgesi ilan etme kararı, muhataplarına tebliğ edilmediği için birel işlem olarak görülmemektedir. Düzenleyici işlemden farklı olarak genel karar, genel bir norm değil, bir özel norm koymaktadır¹¹⁹. Burada konulan özel norm ise belli bir coğrafi alana ilişkindir. Bunun dışında, bir genel karar örneği olarak verilen imar planları¹²⁰ da, Danıştay¹²¹ ve Uyuşmazlık Mahkemesi¹²² tarafından

¹¹³ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 157; Özay, a.g.e., s. 434.

¹¹⁴ Conseil d'Etat, 19 Ocak 1990, *Société française des revus*, AJ, 1990, s. 990 (Nakleden-Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 531).

¹¹⁵ Kararın düzenleyici işlem niteliğinin baskın olduğunu belirtmekte yarar görünmektedir.

¹¹⁶ Sırasıyla, Conseil d'Etat, 13 Haziran 1969, *Commune de Clefcy*, AJ 1969, s. 308 ve Conseil d'Etat, 5 Temmuz 1989, *Mme Saubot*, D 1991, s. 159 (Nakleden-Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 531)

¹¹⁷ Gözübüyük ve Tan, Sermaye Piyasası Kanununun 22. maddesine dayalı olarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan özel nitelikli kararları genel karar örneği olarak ele almaktadır. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 355.

¹¹⁸ Danıştay İDDGK Kararı, T. 11.11.2004, E. 2004/741, K.2004/1854, Danıştay Dergisi Sayı 109, s. 55 vd (Nakleden- Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., .s. 355) .

¹¹⁹ Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. 49; Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Teksir, 1970-72, s. 10-11.

¹²⁰ Özay karma işlem niteliği taşısalar da imar planlarının düzenleyici işlem olarak nitelendirilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Özay, a.g.e., s. 429; Tekinsoy da imar planlarının soyut ve genel olduğunu ancak belli bir nesneyi hukuken hedef aldığını belirtmektedir. Bu özellikler genel kararın özellikleri ile de benzerlik taşımaktadır. Ayhan Tekinsoy, “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planının İptalinin Bu

düzenleyici işlem olarak değerlendirilmekte ve bu türün hukuki rejimine tabi tutulmaktadır.

Genel kararlar, konuları itibariyle somut, muhatapları itibariyle soyut işlemlerdir¹²³. Örneğin, afet bölgesi ilanında, ilana konu alan somuttur ama işlemin muhatapları ismen belli olmadığından, bu işlem, aynı zamanda soyuttur. 2265 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri kanununun 3. maddesine göre, Genelkurmay Başkanlığınca veya kanundaki şartların gerçekleşmesi durumunda Cumhurbaşkanınca¹²⁴, “güvenlik bölgeleri” kurulabilir veya kaldırılabilir. Karar ile bölge içerisinde yer alan taşınmazlar, kamulaştırmaya konu olabilmekte, bölgenin çevresinde yangın ve patlama tehlikesi taşıyan malların imali, depolanması ve satış yerlerinin açılması yasaklanabilmektedir. Danıştay bu tür kararların yayımlanmasının zorunlu olmadığını belirtmektedir¹²⁵. Bu durumda, bu işlemler, düzenleyici işlem olarak görülmemektedir. Ancak, bu kararlar, muhataplarına tebliğ edilmediklerinden birel işlem olarak da görülmemektedir.

Erkut’a göre, genel kararlarda, iradenin açıklanması ile işlemin tükenmesi aynı anda gerçekleştiğinden bitmiş, tükenmiş bir işlemin iptal davasına konu olması düşünülemeyeceği gibi böyle bir davada elde edilebilecek bir hukuki sonuç da bulunmamaktadır¹²⁶. Erkut, görüşünü ifade ederken örnek temelli hareket etmekte ve trafik ışıklarını yapılmakla tükenen işlem sayarak, iptal davası açılmayacağını belirtmektedir. Bu görüş, trafik ışıkları gibi uygulanmakla etkisi tükenen işlemler

Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, (2008), s. 52.

¹²¹ Danıştay İDDK Kararı, T.15.12.2005, E. 2005/2477, K. 2005/2822 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Nisan 2018); Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 09.07.2003, E. 2003/1712, K. 2003/4221 (<http://www.kararara.com> - 18 Nisan 2018); Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 21.03.1988, E. 1987/1369, K. 1988/416 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Nisan 2018).

¹²² “...mülkiyet hakkına getirildiği söylenen kısıtlamanın, taşınmazın malikleri yönünden zarar doğurucu sonuçlarının olabileceğinde kuşku yoktur. Ancak bu sonuç ya da sonuçlar, *genel ve düzenleyici nitelikte bir idari işlem olan imar planında* taşınmaza yönelik belirlemenin bu planda öngörülen kamulaştırma programlarının zamanında yapılmamasından...” Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.11.2013, E. 2013/1288, K. 2013/1563, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 8 Mayıs 2018).

¹²³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 670.

¹²⁴ 7 Temmuz 2018 tarihinde çıkarılan 700 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kanunlarda yer alan “Bakanlar Kurulu” ve “Başbakanlık” ifadeleri Cumhurbaşkanı şeklinde değiştirilmiştir.

¹²⁵ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 22.12.1997, E. 1994/90, K. 1997/6041 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> 16 Nisan 2018)

¹²⁶ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 30.

bakımından geçerli olsa da uygulanmakla etkisi tükenmeyen sit alanı, afet gölgesi, güvenlik bölgesi veya riskli alan ilan gibi işlemler bakımından geçerli olmayabilir. Zira bu tür işlemlere karşı iptal davası açmak mümkündür¹²⁷.

Genel karara konu işlemin, birel işlem şeklinde de ortaya çıkması mümkündür. Trafiğin tayini ile görevli memurun bir araç grubuna dur işareti vermesi durumunda genel karar; bunun yerine tek bir araca geç işareti vermesi işleminde ise birel işlem, söz konusudur. Bu durumda, tesis edilen işlem genel karar değil, bir birel işlem şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna ilaveten, genel kararın icrası, başka birel işlemlerin yapılmasına da imkan verebilmektedir. Örneğin, taşınmazının bulunduğu alanda afet bölgesi veya güvenlik bölgesi ilan edilmesi dolayısıyla taşınmazına ulaşamayan kişinin, zararının karşılanmasına karar verilmesi, bir birel işlemdir¹²⁸. Genel kararın aksine bu tür işlemlerin niteliği daha somuttur.

Genel kararlar, düzenleyici işlemler gibi çoğunlukla ilan yoluyla yürürlüğe girer¹²⁹. Bu ilan ile karar, icrai hale gelir. Uygulanması ise geçerli olduğu süre boyunca gerçekleşir¹³⁰. Genel karar niteliğindeki işlemin uygulanması için ayrıca uygulama ameliyelerine de ihtiyaç duyulabilir. Örneğin bir yerin sit alanı veya güvenlik bölgesi olarak ilan edilmesi durumunda bölgenin veya alanın güvenliğinin sağlanması için etrafının bir engelle çevrelenmesi gerekebilir. Yine bir yolun trafiğe kapatılması kararının uygulanması, yolun girişine bariyer konması ile sağlanabilir. Bu tür tasarrufları da, karar kapsamında başvuru re'sen icra ameliyesi kapsamında değerlendirmek mümkündür.

Genel kararın hem düzenleyici işlemin hem birel işlemin özelliklerini taşıması, işlemin, uygulama bakımından klasik bir biçimde birel veya düzenleyici işlemin alanına doğrudan dahil edilmesini zorlaştırmaktadır. Bu yüzden kararın icrası da hem

¹²⁷ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 22.12.1997, E. 1994/90, K. 1997/6041 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 16 Nisan 2018); Danıştay 14. Dairesinin Kararı, T. 12.04.2017, E. 2017/589, K. 2017/2258 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 16 Nisan 2018); Danıştay 14. Dairesinin Kararı, T. 14.10.2015, E. 2014/285, K. 2015/yok. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 16 Nisan 2018).

¹²⁸ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 10.09.2013, E. 2013/549, K. 2013/4734 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> 16 Nisan 2018).

¹²⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 672.

¹³⁰ Danıştay'ın 2008 yılında verdiği kararında, idari işlemin geçerli olduğu zaman aralığı, idari kararın icrası olarak değerlendirilmiştir. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 25.01.2008, E. 2006/237, K. 2008/172: "Görüldüğü üzere, ayların saldırmaları ve bu hayvanların avlanmasının idarece yasaklanmış olması nedeniyle, davacının tüfeğiyle vuramaması sonucu zararın oluşmasında herhangi bir idari eylem bulunmamakta; zarar idari işlem olan av yasağı kararından ve bu kararın icrasından doğmaktadır." (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 11 Ağustos 2018).

düzenleyici işlemin, hem birel işlemin icrası ile benzerlik gösterebilir. Yukarıda bahsedildiği üzere düzenleyici işlemin re'sen icra edilmesi değil, icrai olması söz konusudur. Genel kararlar da aynı şekilde icrai niteliğe sahiptir. Sadece icrai niteliğe sahip bir genel kararın, re'sen icrası da prensip olarak mümkün olmamalıdır. Bu tür işlemler, nasıl ki yargı tarafından düzenleyici işlem olarak görülüyorsa (örn. turizm merkezi ilan etme kararı) uygulama bakımından da düzenleyici işlem olarak değerlendirilebilir.

Buna karşın, genel karar icrai niteliğe sahip bir işlem olmaktan da ibaret değildir. Bu kararlar birel işlem gibi somut hukuki duruma ilişkin olduğundan maddi aleme de yansır. Bu da onun, re'sen icra edilebileceği anlamına gelir. Genel karar, düzenleyici işleme göre birey üzerindeki etkisini göreceli olarak daha kısa zamanda gösterir. Bu açıdan genel kararda birey ile kurulan bağ daha kuvvetlidir. İstisnalar ayrık tutulmak kaydıyla, normun kısa bir zamanda uygulanışı ve muhatapların ismen belli olmasalar da mesafe olarak işleme yakın olması, bu bağı kuvvetlendirmektedir. Örneğin trafik ışıklarının öngördüğü talimatların, göreceli olarak kısa bir zaman diliminde ve mesafe olarak tesis edilen işleme yakın bulunanlar için uygulama imkanı bulması daha olasıdır. Somut durumun bu somutluğu da genel kararın uygulamasını, birel işleme daha yakın kılmaktadır. Ayrıca, genel karar kapsamında yapılan bazı ameliyeler, birel işlemin re'sen icrası ile benzerlik gösterebilir. Örneğin bir binanın yıkılmasından önce etrafının kapatılması ile riskli alan ilan edilen bölgenin etrafının kapatılması uygulamaları, benzer yöndedir. Ancak biri birel işlemin, diğeri genel kararın uygulamasıdır.

Genel karar ile idari makam, belli bir hukuki sonuca yönelik olarak sayıları belli ya da belirlenebilir kişileri, “somut bir durumda”, belli bir davranışa yöneltmek ister¹³¹. Bu somut davranış da bireyin karara uygun davranmasıdır. Ancak, bireyin bu davranışa aykırı hareket etmesi ya da direniş göstermesi de mümkündür. Bu tür ihlaller sonucu tesis edilen işlemlerse birel işlem niteliğindedir. Örneğin yıkılmakta olan bir binaya girilmesinin yasaklanması durumunda idarenin girmeye çalışan kişilere yaptırım uygulaması, birel işlem şeklinde gerçekleşmektedir. Keza, sokağa çıkma yasağına uymayan kişiye Kabahatler Kanunu gereğince idari para cezası verilmesi de yine birel işlemdir. Bunun dışında 6831 sayılı Orman Kanununun 74. maddesine göre, orman

¹³¹ Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. 50.

idaresinin göstereceği lüzum üzerine mahallerinin en büyük mülkiye amirleri, yangın gibi fevkalade hallerde ormanlara girmeyi men ve oralardaki her türlü işlerin tatilini emredebilirler. Bu emirler de soyut ve bir kez uygulanmakla tükenen işlemler olduklarından genel karar örneği olarak ele alınabilir. Bu tedbirlere riayet etmeyenlere, 6831 sayılı Kanununun 107. maddesine göre mahallin en büyük mülkî amiri tarafından Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre idarî para cezası verilir. Dolayısıyla, söz konusu genel kararın uygulanmasına riayet etmeyenler hakkında yaptırıma gidilerek, bir anlamda, hem kararın icrası sağlanmakta hem de uygulama kapsamında yeni işlemler tesis edilmiş olmaktadır. Bu açıdan genel kararın uygulanması bir yandan da yaptırım tehdidiyle desteklenmiş olmaktadır. Dolayısıyla genel kararların icrasının çoğunlukla kararın uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirlerin alınmasından oluştuğu ve uygulamaya aykırı davranılması durumunda yaptırım tehdidi altında gerçekleştiği söylenebilir.

5. İdari İşlemin İcrası Kapsamında Yeni İşlemler Tesis Edilmesi

İdari işlemin re'sen icrası için başvurulmuş ameliyelerin yerine getirilmesi, başlıca idari eylemlerle gerçekleşse de, işlemin icrası sırasında yeri geldikçe yeni işlemler de tesis edilebilmektedir. Başka bir deyişle idare, işlemini, eylemler aracılığıyla uygulayabileceği gibi başka icrai işlemlerle veya icrai olmayan ancak icraya yönelik muamelelerle de uygulayabilmektedir¹³². İdare, kamu hizmetinin gereklerini yerine getirirken bir engelle karşılaştığında veya belli bir idari prosedürün izlenmesi amacıyla yeni işlemler tesis edebilir. Örneğin Kamulaştırma Kanununun 12. maddesine göre, kamulaştırılan taşınmaz maldan artan kısmı yararlanmaya elverişli değilse, malikin yazılı talebi üzerine, taşınmazın kalan kısmı da kamulaştırılmaktadır¹³³. Bu işlemi, re'sen icra kapsamında tesis edilen yeni bir işlem olarak görmek mümkündür. İdari işlemin icrası kapsamında tesis edilen işlemlerden bazılarının, hem idari kararın icrası, hem idari işlem şeklinde meydana gelmesi de mümkündür. Ancak idari işlemin

¹³² Ayanoğlu, a.g.e., s. 107.

¹³³ Kısmen yola isabet eden taşınmazın bu bölümü dışında kalan kısmının imar planı uyarınca kamulaştırılmasının mümkün olmadığı, ancak 2942/12 maddeye göre arta kalan kısmın kullanılmaya elverişli olmaması halinde ve malik tarafından kamulaştırılması için yazılı işlemde bulunulması halinde kamulaştırılabileceği hakkında Danıştay, 6. Dairesinin Kararı, T. 12.04.1994, E. 1993/4365, K. 1994/1307, (<http://www.kararara.com> - 3 Temmuz 2018).

uygulanması kapsamında yeni bir işlem den bahsedebilmek için önceden alınmış bir idari kararın bulunması gerekmektedir. Örneğin, bir önceki başlıkta verilen güvenlik bölgesi ilanı bir idari karar iken; bu işlemin uygulanması kapsamında bireylerin bölgeye girişlerine izin verilmemesi, icra kapsamında tesis edilen yeni bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır.

İdarenin, belli bir kişinin konutuna yönelik arama kararının uygulanması sırasında bazı eşyalara el koyması mümkündür. Bu el koyma işlemi de re'sen icra sırasında gerçekleşen bir idari işlem olarak ortaya çıkmaktadır. El koyma işlemi ile ilgili olarak Danıştay'ın bir kararına konu olan olayda arama sırasında davacının bazı eşyalarına el konulmuş ve idare, tutulan kayıtların tahrip olması nedeniyle, bu eşyaları, sahibine iade edememiştir. Danıştay, “*olayda 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasına dayanarak kolluk hizmetlerini yürüten idarece, davacının eşyalarına el konulduğu, bu el koyma tasarrufunun idari mevzuat çerçevesinde hukuk alanında değişiklik doğur an irade açıklamasını yansıtmaması nedeniyle idari eylem değil, idari işlem olduğu ...*”¹³⁴ tespitini yaparak, yapılan tasarrufun, idari işlem mahiyetinde olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. El koyma işlemi, kendisinden önce tesis edilen arama kararının uygulanması kapsamında yapılmıştır. Dolayısıyla idari kararın uygulanması sırasında yeni bir işlem tesis edilmiş olmaktadır¹³⁵.

İdari kararın uygulanması sırasında idari işlem tesisine, vergi hukukuna ilişkin tasarruflar da örnek olarak verilebilir. Birer vergileme işlemi olarak kabul edilen tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil işlemleri sırasında idare, bir çok idari işlem tesis edebilmektedir¹³⁶. Bu işlemlerden ilkinin oluşturan tarh işlemi, vergi borcunun hesaplanması işlemidir. Tarh işleminin en önemli özelliği ise bir idari işlem niteliğinde

¹³⁴ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 29.01.1997, E. 1996/122, K. 1997/113 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 8 Nisan 2018).

¹³⁵ Mülga 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3. maddesine göre Sıkıyönetim Komutanı, “a) Konutları ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaları, işyerleri ile özel ve tüzel kişilikleri haiz (Özerk müesseseler dahil) müesseseler ve bunlara ait müstemilat ve her türlü kapalı ve açık yerleri mektup, telgraf ve sair mersuleleri ve kişilerin üzerlerini herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak ve bunlardan sübut vasıtaları olan yahut zor alıma tabi bulunan eşyayı zapt etmek” şeklindeki tedbirlerin alınmasına karar verebilir. Dolayısıyla sıkıyönetim durumunda arama kararı bir idari karar olarak ortaya çıkmaktadır.

¹³⁶ Vergilendirme sürecinde tesis edilen işlemlere örnek olarak, tarh, tahsil, düzeltme, şikayet başvurusunun reddi, ihtiyati tahakkuk, haciz, ihtiyati haciz şeklindeki işlemler verilmektedir. Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 9. b., Bursa: Ekin Kitabevi, 2018, s. 178.

olmasıdır¹³⁷. Tarh işlemi, mükellefin beyanına göre yapılabildiği gibi vergi idaresi tarafından da yapılabilmektedir. Vergi idaresi tarafından yapılan tarhiyatlardan biri de “re'sen vergi tarhi”dir¹³⁸. Re'sen vergi tarhi, vergi borucunun vergi idaresi tarafından doğrudan tarh edilmesidir¹³⁹. Tarh işleminin tamamlanmasıyla beraber idari işlem, tesis edilmiş olmaktadır¹⁴⁰. Son aşama olan tahsil aşaması, vergi borcunun kanuna uygun surette ödenmesini ifade etmektedir. Bu aşamaya gelindiğinde mükellefin, vergi borcunu kendiliğinden ödemesi beklenir. Buna karşın, süresinde ödenmeyen vergiler vergi idaresi tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre cebren tahsil edilir. Dolayısıyla vergi borcunun doğmasından ödenmesi aşamasına kadar bir dizi idari işlem yapılmaktadır¹⁴¹. Bunlardan tahsil işleminin kendisi bir idari işlem olsa da, tahsil için girişilen ameliyeler, birer re'sen icra tasarrufu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sonuç ise başlangıçta yapılan tarh işleminin bir uzantısı olarak görülebilir. Dolayısıyla bir idari karar (tarh) ve kararın hukuki sonuçlarının maddi aleme aktarılması (tahsil) söz konusudur. Tahsil işlemi, hem re'sen icra sırasında tesis edilen bir işlem, hem re'sen icra tasarrufunun kendisi olarak ortaya çıkmaktadır. Keza, ödeme emrinin tebliğinden sonra ve tahsil işleminin gerçekleştirilmesi için yapılan haciz ve malların paraya çevrilmesi süreçleri¹⁴² de birer re'sen icra tasarrufu olarak görülebilir.

Dolayısıyla idarenin, hakkında uygulama faaliyetine giriştiği işlem, bir idari işlem olduğu gibi; bu işlemin, uygulanması sırasında yeri geldikçe tesis ettiği diğer işlemler

¹³⁷ Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s. 179; Osman Pehlivan, *Vergi Hukuku, Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Trabzon: Derya Kitabevi, 2010, s. 64; Ayrıca Vergi Usul Kanununun 20. maddesinde de tarh işleminden bir idari muamele olarak söz edilmektedir: “Verginin tarhi, vergi alacağıın kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tesbit eden idari muameledir”.

¹³⁸ Vergi Usul Kanununda, beyana dayalı tarh dışında, ikmalen (madde 29), re'sen (madde 30) ve idarece tarh (mükerrer madde 30) olmak üzere üç farklı tarh yöntemine yer verilmiştir.

¹³⁹ VUK'un 30. maddesine göre “re'sen vergi tarhi, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır.”; Pehlivan, a.g.e., s. 65.

¹⁴⁰ Tarh edilen vergi miktarı vergi mükellefine tebliğ edildikten sonra tahakkuk aşamasına gelinir. Tahakkuk aşaması kanunda (VUK madde 22) verginin ödenmesi gereken safhaya gelmesi olarak tanımlanmaktadır. Tahakkuk, vergi alacağıın vergi idaresi bakımından bir işlem veya olguya bağlı olarak tahsil edilebilir duruma geldiği aşama olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s. 204.

¹⁴¹ Bu işlemlerden borçluya ödeme emri gönderilmesi işlemi bir idari işlem olarak nitelenmektedir. Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s. 210; Soner Yakar, *Türk Vergi Hukukunda Tarh İşleminin Yargısal Denetimi*, (Doktora Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 3.

¹⁴² İdare ayrıca alacağını güvence altına almak için teminat isteme, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk gibi işlemlere de yönelebilmektedir. Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s. 210-211.

de birer idari işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Bu işlemlerin her biri, birer müstakil işlem oldukları ve icrai niteliğe sahip oldukları için kendilerine karşı iptal davası açılabilir.

C. Re'sen İcra Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi

İdarenin, re'sen icra kapsamında işlem tesis etmesi mümkün olsa da re'sen icra faaliyeti, çoğunlukla eylemler vasıtasıyla yerine getirilmektedir. Re'sen icradaki eylem, salt bir eylemden ibaret değildir. Salt idari “eylem” ile re'sen icra kapsamındaki “eylem”, birer “eylem” olarak kavramsal açıdan benzerlik gösterse de tabii oldukları hukuki rejim farklıdır. “Cebri icra” kavramı da re'sen icranın uygulanış şekli olmak bakımından re'sen icra ile örtüşmektedir. Ancak, re'sen icra da cebri icradan ibaret değildir. Bu yüzden, her iki kavramın re'sen icra ile benzerlik ve farklı yönlerinin ortaya konması için çalışmanın devamında önce idari eylem (1) daha sonra da hukukun diğer alanlarında da kullanılan cebri icra (2) kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir.

1. İdari Eylem

İdari eylemler, idarenin faaliyetlerini yürütürken başvurduğu fiil, tutum ve davranışlar olarak tanımlanmaktadır¹⁴³. İdari eylem, unsurları itibariyle idari işleme benzemektedir. Yine organik açıdan idareden çıkan bir davranış söz konusudur ve bu davranış yine kamu gücünü barındırır. Ancak, aşağıda göreceğimiz üzere irade unsuru konusunda idari eylem ile idari işlem arasında farklılık bulunmaktadır.

İdarenin faaliyetlerini yerine getirirken başvurduğu iki tür eylem söz konusudur. Birincisi bir idari işlemin icrası, uygulanması, yürütülmesi için yapılan idari eylemdir. Re'sen icra da genel olarak bu tür eylemlerle yerine getirilmektedir¹⁴⁴. Diğer eylem türü ise herhangi bir idari ya da hukuki işleme dayanmayan, idarenin görevini yerine

¹⁴³ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 381; Selami Demirkol, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, Ankara: *Sayıştay Dergisi*, S. 40, (Ocak-Mart 2001), s. 12.

¹⁴⁴ Yılmaz, a.g.e., s. 146.

getirirken doğrudan doğruya başvurduğu fiillerdir¹⁴⁵. Bu tür eylemler kökenlerini bir işlemde almazlar. Bunlar özerk fiiller olarak kabul edilebilir.

Hukuken bir idari işleme dayanan ve dolayısıyla re'sen icra uygulamalarına karşılık gelen eylemler hakkında tam yargı davası açılabilceği gibi dayanakları olan idari işlem hakkında iptal davası da açılabilir. Ancak, salt idari eylemler bakımından bu kapsamlı imkandan söz edilemez¹⁴⁶. Salt idari eylemler, meydana gelmiş ve maddi neticelerini doğurmuştur. Bu yüzden, idari eylemin iptali diye bir şey yoktur. Çünkü idari eylem yapılmakla hukuki sonucunu doğurmuş, etkisini tüketmiştir ve sona ermiş bir davranış veya fiilin iptalinden söz edilemez¹⁴⁷. Keza, idari eylemin yürütülmesinin durdurulması da söz konusu olamaz. Çünkü, sadece idari işlemler hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Ama koşulları varsa, idari eylemler hakkında tam yargı davası açılması mümkündür¹⁴⁸. Örneğin bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireyin malına zarar verilmesi durumunda, zararın karşılanması için idareye karşı idari yargıda tazminat davası açılabilir.

İdari eylemler, kişilerin hukuki durumlarında değil fiziki durumlarında değişiklik yapmaya yönelmiştir¹⁴⁹. Dolayısıyla, bunlar daha çok fiziki ve maddi dünyada görülen iş, hareket, ameliye ve davranışlardır¹⁵⁰. Söz gelimi idarenin yol yaparken kullandığı aracın bir özel hukuk kişinin arazisine sürüklenmesi ve muhtemel zararlar vermesi,

¹⁴⁵ Danıştay İBK Kararı, T. 14.04.1973, E. 1972/2, K. 1973/10: “İdari eylem, idarenin idare etme fonksiyonu sırasındaki bir hareketi, bir olayı, bir tutumu anlatır. İdari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari eylem de salt maddi bir tasarruftur. Öncesinde, temelinde bir idari işlem olmayan bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyet söz konusudur. İdareye ait bir barajın taşması, kolluk görevinin ifası ve yangın söndürme çalışmaları idare ajanının bir başkasının şahsına veya malına zarar vermeleri halinde olduğu gibi.” (Nakleden-Taner Ayanoglu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, İstanbul: Legal Yayınevi, 2004, s. 42).

¹⁴⁶ İptal davası, “...münhasıran idari kararlar aleyhine açılabilir; hiçbir suretle doğrudan doğruya idari fiil ve ameliyelere karşı ikame olunamaz.” Ragıp Sarıca, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, İstanbul: *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 10, S. 3-4, (1945), s. 486.

¹⁴⁷ Demirkol, a.g.m., s. 11.

¹⁴⁸ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 14.03.1991, E. 1990/939, K. 1991/939, DD, S. 82-83, s. 999: “Davalı idarece gerçekleştirilen yol çalışmaları sırasında uğranıldığı öne sürülen zararın nedeni, davacı tarafından, maddi fiil ve hareket niteliğindeki yol çalışmaları sonucu meydana geldiği iddia edilen ... idari eyleme ilişkin olduğu açık bulunan davada dava açma süresinin İYUK'un 13. maddesinde göre araştırılıp hesaplanması gerekir”. (Nakleden-Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargı Mevzuatı*, a.g.e., s. 270); Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 11.05.2011, E. 2011/2237, K. 2011/2623, DD, S. 128, s. 211-213: “İdarenin eylemi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada...” (Nakleden-Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargı Mevzuatı*, a.g.e., s. 280);

¹⁴⁹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 381.

¹⁵⁰ İdari eylemler Danıştay tarafından “temelinde bir idari karar ve işlem olmayan ancak fizik alanında görülen, iş, hareket, ameliye ve çalışmalar” olarak tanımlanmaktadır. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 28.11.1996, E. 1995/6770, K. 1996/7965, DD. 94, s. 537-539 (<http://www.kazanci.com> - 10 Mayıs 2018).

idarenin sorumluluğuna yol açabilecek salt bir “eylem” türüdür¹⁵¹. Buradaki eylemin bir idari kararla doğrudan bir bağı yoktur¹⁵². Ancak, salt idari eylemler, etkileri itibariyle re'sen icra kapsamında başvuru ile aynı özelliğe sahiptir. Her iki eylem türü de sonuçlarını dış dünyada doğurur.

Bunun dışında idarenin görevlerini yerine getirirken başvurduğu hareket ve davranışları, idari eylem oluşturduğu gibi harekete geçmesi veya eylemde bulunması gerektiği durumlarda hareketsiz kalması da idari eylem niteliğindedir¹⁵³. Örneğin, idarenin gece aydınlatma lambalarını yakmaması¹⁵⁴, yola gerekli uyarı levhalarını yerleştirmemesi¹⁵⁵, trafiğe elverişli olmayan karayolunun onarılmaması¹⁵⁶, kamu personelinin maaş farkı ve yevmiyelerinin ödenmemesi¹⁵⁷, idarenin denetim görevlerini yerine getirmemesi¹⁵⁸ gibi hareketsiz kalma ve olumsuz davranış şekilleri de birer idari eylem sayılmaktadır. Bunların her biri maddi alemde sonuç doğuran eylemlerdir.

İdari Yargılama Usul Kanununda “salt idari eylem” ve bir idari işlemin icrası için başvuru ile eylem için farklı hukuki rejimler öngörülmüştür. Salt idari eylemlerin tabii olduğu hukuki rejim, İdari Yargılama Usul Kanununun 13. maddesinde “doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” başlığı altında düzenlenmiş ve eylemin doğurduğu zararın öğrenilme zamanına göre nasıl bir yol izlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁹. Buna

¹⁵¹ Uyuşmazlık Mahkemesi de yol yapımı sırasında idareye ait aracın bahçe duvarını yıkması ve ağaçlara zarar vermesi olayında, idarenin zarar verici fiilini idari işlemten bağımsız bir idari eylem olarak kabul etmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 13.07.1990, E. 1990/18, K. 1990/18, RG. 08.10.1990 – 20659 (<http://www.kazanci.com> - 10 Mayıs 2018).

¹⁵² Ancak şunu belirtmekte yarar var ki bir idari işlemin uygulanması sırasında ama ondan bağımsız olarak bazı eylemler meydana gelebilir. Bu tür eylemlerle uygulanmakta olan işlem arasında bir illiyet bağı olmadığı için bu eylemler birer salt idari eylem olarak değerlendirilmelidir. Yayla, a.g.e., s. 353-354

¹⁵³ Ayanoglu, a.g.e., s. 80; “Bir hakkın ihlaline ve zararın husulüne sebebiyet veren fiil müsbet olabileceği gibi menfi de olabilir”. Sarıca, *İdari Kaza*, a.g.e., s. 380.

¹⁵⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 02.02.2015, E. 2015/2, K. 2015/44, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 10 Mayıs 2018); Günday, a.g.e., s. 371.

¹⁵⁵ Danıştay 15. Dairesinin Kararı, T. 15.03.2016, E. 2015/6255, K. 2016/1770, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 10 Mayıs 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 29.09.1956, E. 1956/103, K. 1956/117 (Nakleden-Ayanoglu, a.g.e., s. 82).

¹⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 24.09.1955, E. 1955/90, K. 1955/100 (Nakleden-Ayanoglu, a.g.e., s. 90).

¹⁵⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 30.09.1954, E. 54/76, K. 54/89 (Nakleden-Ayanoglu, a.g.e., s. 90).

¹⁵⁸ “Davacının kiracı olarak oturmakta olduğu binanın ruhsat alınmaksızın kaçak olarak yapıldığı, gerek yapının inşa aşamasında, gerek daha sonraki aşamalarda, yapıya ilişkin bir tespit ve denetim yapılmadığı, yasaların vermiş olduğu denetim ve gözetim görevlerini yerine getirmeyen davalı belediyenin %100 kusurlu olduğu hakkında” Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 15.01.2008, E. 2007/5045, K. 2008/20 (<http://www.kararara.com> - 10 Mayıs 2018)

¹⁵⁹ Kanunda geçen “eylem” kavramı idarenin idari işleminden bağımsız, salt fiili davranış ve hareketlere karşılık gelmektedir. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” başlıklı 13. maddesi: “İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan

göre önce idareye başvurulup zararın giderilmesi talep edilir. Talebin yerine getirilmemesi veya cevapsız bırakılması durumunda idareye karşı dava açılabilir.

Bir idari işlemin uygulanması kapsamında başvuru edilen eylemlerden doğan hukuki uyumsuzlukların tabii olduğu yargısal prosedür ise Kanunun 12. maddesinde düzenlenmiştir¹⁶⁰. İdari işlemin icrası kapsamında başvuru edilen eylemin, uygulaması niteliğinde olduğu idari işlemin hukuki rejimine tabii olduğu kabul edilmektedir. Bu işlemlere karşı iptal ve tam yargı davası açılabilirken, salt idari eylemlere karşı yalnızca tam yargı davası açılabilir. İdari kararların uygulanması için başvuru edilen eylemlerde, eylem aşaması önemini korumakla beraber esas olan işlemin kaynağını aldığı idari işlemdir. Bu yüzden “*bir işlemin icrası sonucunda meydana gelen eylem, önceden var olan bir prosedürün belirli bir aşamasından ibarettir ve asıl olan idari işlemdir*”¹⁶¹ denilmiştir. Dolayısıyla, esas göz önüne alınan husus, işlemin ortaya koyduğu eylem değil, eylemin kaynaklandığı işlemdir. Bu tür işlemlerde, işlem ile eylem arasında doğrudan illiyet bağı vardır¹⁶². İdarenin kendi kararlarını re’sen icra ederken başvurduğu eylem türü de, bir idari işlemin icrası için başvuru edilen eylemdir. Bu tür tasarruflarda işlemin hukuka aykırılığı eylemin hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

Bununla beraber salt idari eylem ile idari işlemin icrası niteliğindeki eylemi ayırt etmek her zaman kolay olmayabilir. Yargı kararlarında, ilk bakışta idari eylem olarak nitelendirilebilecek bir fiilin, idari işlem kabul edilerek buna göre karar verildiği görülebilmektedir. Örneğin, aşağıda yer verilen Danıştay kararında emlak vergisini ödemek amacıyla belediyeye giden bir vatandaşın belediyeye girişine izin verilmemesine ilişkin muamele, bir idari işlem olarak nitelendirilmiştir:

önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir”.

¹⁶⁰ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “İptal ve tam yargı davaları” başlıklı 12. maddesi: “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay’a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır”.

¹⁶¹ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 12.

¹⁶² Ayanoğlu, a.g.e., s. 149

“Davacının kimlik tespitinin yapılamaması veya güvenlik veya benzeri bir sebeple belediye/kamu binasına alınmaması, bir başka ifadeyle davacının belediye binasına girmesine izin verilmemesi yolunda tesis edilen işlemin, bir idari işlem olduğu görülmektedir. Bu işlemin, idari makam ve mercilerin, idari faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak... tek taraflı irade beyanı ile hukuk düzeninde etki ve sonuçlarını doğuran, iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu hususunda bir duraksama bulunmamaktadır.”¹⁶³

Bir başka kararında Danıştay, bir aracın gümrükte bekletilmesini, bir idari eylemin değil, bir idari kararın sonucunda yapılan fiil olarak nitelendirmektedir¹⁶⁴. Dolayısıyla idari işlemin uygulaması niteliğinde kabul edilen bu fiilleri, re'sen icra kapsamında değerlendirmek gerekir.

Salt idari eylem ile idari işlemin icrası sonucunda gerçekleşen eylem arasında, iradenin açıklanma zamanı ve hukuki sonucun gerçekleşme zamanı bakımından fark vardır. İdari işlemin icrası şeklindeki eylemde idare, önce irade beyanında bulunarak işlemi tesis etmekte daha sonraki bir zamanda bu işlemi, idari eylemlerle maddi aleme aktarmaktadır. İdarenin sorumluluğuna yol açan salt idari eylemlerde ise, ya idarenin fiili ile beklenmeyen bir hukuki sonuç gerçekleşmektedir, ya da iradenin açıklanması ile eylem aynı zamanda gerçekleşmektedir. Ayrıca salt idari eylemde, meydana gelen sonuç, çoğunlukla idarenin gerçekleşmesini beklediği bir hukuki sonuç değildir. Hatta bu tür fiiller idarenin sorumluluğuna yol açtığı için idare, çoğunlukla bu tür eylemlerden uzak durmaya ya da bunların gerçekleşmesini önlemeye çalışır¹⁶⁵. Nitekim idare, bayındırlık eserinin yapımını gerçekleştirirken bir özel hukuk kişinin taşınmazına zarar vererek, bu zararı karşılamayı amaçlamaz.

Bunun dışında, idari işlemde irade, öncelikle hukuk aleminde değişiklik yapmaya yönelmiş olduğu halde, idari eylemde irade, sadece maddi aleminde değişiklik yapmaya yönelmiştir¹⁶⁶. Esasında bu fark hukuki işlem ile eylem arasındaki farka karşılık gelmektedir. Hukuki işlemler, hukuki sonuca yönelik irade beyanı içerirken, maddi

¹⁶³ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 20.10.2010, E. 2007/4203, K. 2010/8279 (<http://www.kazanci.com> - 3 Mayıs 2018).

¹⁶⁴ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 14.03.1984, E. 1982/2652, K. 1985/561 8279 (<http://www.kazanci.com> - 3 Mayıs 2018).

¹⁶⁵ Bu durum idari eylemlerden dolayı hukuki sonuç ortaya çıkmaz şeklinde bir çıkarımda bulunulmasına engeldir. Zira idari eylemlerden hukuki sonuçlar doğabilir ama bu hukuki sonuçlar birer öngörü ya da irade ürünü değildir. Bkz. Ayanoğlu, a.g.e., s. 83

¹⁶⁶ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 11.

eylemler iradi faaliyetin dışında bir hareketi, bir olayı ve bir tutumu anlatır¹⁶⁷. Ayrıca, devam eden bir hukuki süreç varsa bu durum bir idari işlemin varlığına delalet eder. Nitekim, devam eden bir işlem hakkında yürütmenin durdurulması talep edilebilir. İdari eylemlerde hukuki sonuç gerçekleşmiş ve süreç tamamlanmış olduğundan bunlar hakkında yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması yersiz hale gelmektedir. Yıkılmış bir duvarın, yıkılmasının durdurulması diye bir şeyden söz etmek hukuken anlamsızdır. Ancak, yıkım kararı verilmiş ama henüz yıkım işlemi gerçekleşmemiş bir duvara ilişkin kararın, yürütülmesinin durdurulması imkanı vardır. İşte bu yıkım işlemi, re'sen icra yetkisi kapsamında uygulanmaktadır. Bu tür eylemler ile hukuk alanında doğan sonuç, maddi aleme aktarılmaktadır. Sonuç olarak, idarenin re'sen icraya konu olan eylemi, davranışı ve uygulaması dayanağını bir idari işlemde almaktadır. Re'sen icra da salt bir idari eylem olarak değil, bir idari işlemin uzantısı olarak ortaya çıkabilmektedir.

2. Cebri İcra

İcra kavramı, yürütme, yerine getirme, infaz ve uygulama anlamına gelmektedir¹⁶⁸. Kavram, ayrıca borçlunun, “alacaklıya karşı ödemekle mükellef bulunduğu bir şeyi, adli bir teşekkül vasıtasıyla te'mîn etme” şeklinde de tanımlanmaktadır¹⁶⁹. Dolayısıyla, icra etmek derken, uygulama muameleleri veya borçlu tarafından alacaklıya yapılması gereken ödeme kastedilmektedir¹⁷⁰. İcra kavramının önüne gelen “re'sen” terimi ise uygulayıcı olarak idareyi, idarenin kendi inisiyatifi ile hareket etmesini işaret etmektedir. Genel olarak cebri icra kavramı ise uygulama, yürütme, infaz faaliyetinin devlet tarafından kuvvet veya zor kullanılarak yerine getirilmesi anlamında kullanılmaktadır¹⁷¹. Re'sen icra faaliyeti, idare tarafından, kamu gücünün kullanımıyla yerine getirildiğinden bu kavramla örtüşmektedir. Cebri

¹⁶⁷ Ayanoglu, a.g.e., s. 45

¹⁶⁸ Pars Tuğlacı, *Okyanus – 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük*, C.II, İstanbul: Pars Yayınevi, 1971, s. 1154; Ayrıca bkz. <http://www.tdk.gov.tr/index> - 10 Mayıs 2018.

¹⁶⁹ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 20. b., Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003, s. 408.

¹⁷⁰ Bununla beraber önceki başlıklar altında ele aldığımız *icrailik* kavramı ile icra kavramı aynı şey değildir. İcra ile uygulanabilme potansiyeli anlamını taşıırken icra doğrudan uygulama ile ilgilidir. Bkz. *Supra* s. 13.

¹⁷¹ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku*, 24. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 29.

icra, devlet organları eliyle yerine getirildiğinden kamusal niteliği ağır basan bir faaliyet olarak nitelenmektedir¹⁷².

Cebri icra hukukunda, bireye karşı fiziken zor kullanılmasa bile cebirin varlığı kabul edilmektedir. Zira, icra hukukunda, borcun temini için girişilen faaliyetler fiziki zorlama içermese de cebri icra faaliyeti olarak adlandırılmaktadır. Nitekim, 6183 sayılı Kanunun “*Cebren tahsil ve şekilleri*” başlıklı 54. maddesinde, ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağının tahsil dairesince *cebren* tahsil edileceği ve cebren tahsilin borçlunun gösterdiği teminatın paraya çevrilmesi, amme borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi veya şartların uygunluğu durumunda borçlunun iflasının istenmesi şeklinde yerine getirileceği belirtilmiştir. Kanun hükmünde görüldüğü üzere fiziki zorlama olmasa bile alacağın karşılanması için girişilen faaliyetler cebri icra kapsamında değerlendirilmektedir.

İcra kavramı, yalnızca idare hukukunda değil aynı zamanda icra iflas hukuku ve vergi hukukunda da kullanılmaktadır. Vergi hukukundaki icra uygulaması ile idare hukukundaki icra uygulaması, bazı yönlerden örtüşse de bütünüyle aynı anlama gelmemektedir. İcra iflas hukuku ise bütünüyle farklı bir hukuki sorun etrafında konuyu tartışmakta ve bu hukuki sorunun çözümü için bütünüyle farklı bir hukuki rejim ihdas etmektedir. Dolayısıyla önümüzde üç ayrı alanda kullanılan ortak bir kavram bulunmaktadır. Bu kavramın, hem kamu hukukunda hem özel hukukta farklı görünüşleri söz konusudur.

Öncelikle özel hukukta borçlunun, borç ilişkisinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, alacaklının, kendisinin harekete geçerek alacağını tahsil etme yetkisi yoktur¹⁷³. Çalışmanın başında değinildiği üzere, buna ihkak-ı hak yasağı denilmektedir. Böyle bir durumda alacaklı, icra organları vasıtasıyla borçlunun malları üzerinde, gerekli şartlara uyarak zor kullanılmasını sağlayabilir¹⁷⁴. İşte, alacağın tahsili için alacaklının takip ettiği bu yola cebri icra hukuku veya icra iflas hukuku

¹⁷² Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2004, s. 9.

¹⁷³ Üstündağ, a.g.e., s. 9; Roma döneminde alacaklının, borçlu üzerinde bir çok hakkı bulunduğu ileri sürülmektedir. Buna göre alacaklının borçluyu, gerekirse borç başka biri tarafından ödeninceye kadar iki ay boyunca hapsedme imkanı bulunmaktadır. Borcun ödenmemesi halinde alacaklı borçlunun yaşamına son verebilmekte ya da köle olarak satabilmektedir. Günümüzde ise bireyin borcundan dolayı hürriyetinden yoksun kılınması hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bkz. François Vinckel, *Droit de l'exécution forcée*, Paris: Gualino lextenso Ed., 2008, s. 19-20.

¹⁷⁴ Ömer Ulukapı, *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul: Mimoza Yayınları, 4. b., 2010, s. 5

denmektedir¹⁷⁵. Diğer yandan cebri icra, maddi hukuktan kaynaklanan taleplerin, devlet kuvveti yardımıyla fiilen gerçekleştirilmesine hizmet eden bir faaliyet olarak tanımlanmakta ve buna *takip hukuku* da denmektedir¹⁷⁶. İcra iflas hukuku, bireyler arasında özel hukuk ilişkisinden doğan hakların yerine getirilmesini sağlar¹⁷⁷. Dolayısıyla, bu prosedürün başlayabilmesi için öncelikle alacaklı ve borçlu şeklinde iki tarafın varlığı gerekir. Daha sonra da alacaklının başvurusuyla icra prosedürü başlatılmaktadır.

İcra hukukunun amacı, zor kullanmak değil alacaklıya bir hukuki koruma sağlamaktır¹⁷⁸. Cebri icrada, öncelikle bir hakkın varlığına yönelik tespit yapılır. Bu tespit için alacaklının buna yönelik beyanı yeterli görülmektedir¹⁷⁹. Bu yüzden, hukuk sistemimizde mahkeme ilamı olmadan da cebri icraya gidilebilmektedir¹⁸⁰. Daha sonra borçluya tebliğde bulunularak hakkın ifası emredilir; bu aşamada hak, hakkın muhatabı yani borçlu tarafından ifa edilmezse, bir sonraki aşamada yetkili icra mercilerince, gerekirse cebre başvurularak, alacağın temini sağlanır¹⁸¹. Cebri icra görevi icra ve iflas daireleri tarafından yürütülmektedir.

Cebri icra organlarının yürüttükleri faaliyetin, kazai bir muhakeme olduğu ve geniş anlamda yargılama mercilerine dahil oldukları ifade edilmektedir¹⁸². Bu açıdan, icra daireleri tarafından yerine getirilen faaliyet, yargısal fonksiyona dahil kabul edilmekte, bu şekilde borcun giderilmesi de yargısal icraya örnek teşkil etmektedir.

İcra ve iflas hukukunun bireyler arasındaki borç ilişkisi için öngördüğü takip yolu, kamu hukukundan doğan alacaklar için uygulanmamaktadır. Kamu, bireylerin kendisine olan borcunu tahsil etmek için genel icra yollarını kullanmamaktadır. İdare örgütü, kamu hukukundaki alacaklarını, icra ve iflas dairelerine başvurmaksızın kendi teşkilatı vasıtasıyla ve haciz, satış gibi icra yollarına başvurarak kendisi tahsil etmektedir¹⁸³.

¹⁷⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz'a göre, "*icra iflas hukukunun diğer adı cebri icra hukukudur*". Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s. 29

¹⁷⁶ Pekcantez, Atalay, Özekes, a.g.e., s. 30.

¹⁷⁷ Ulukapı, a.g.e., s. 5

¹⁷⁸ Yıldırım, Deren Yıldırım, a.g.e., s. 1.

¹⁷⁹ İlamsız icrada alacaklı mahkeme kararı olmaksızın doğrudan icra dairelerine başvuruda bulunarak icra takibi başlatabilir. Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s. 35.

¹⁸⁰ a.g.e., s. 2.

¹⁸¹ Pekcantez, Atalay, Özekes, a.g.e., s. 29.

¹⁸² Pekcantez, Atalay, Özekes, a.g.e., s. 29; Yıldırım, Deren Yıldırım, a.g.e., s. 4.

¹⁸³ Bu özel prosedür idarenin kamu hukukundan doğan alacakları için geçerlidir. İdare özel hukuktan doğan alacakları için bireyler gibi olağan cebri icra yolunu kullanmalı ve icra-iflas daireleri aracılığı ile

Bunun için özel olarak düzenlenmiş bir kanun vardır ve bu kanun 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'dur. Kanunun kamu alacağının tahsili için öngördüğü usul ile icra iflas hukukunda öngördüğü usul arasında benzerlik bulunmaktadır. Kanunun 55. maddesine göre borçluya bir ödeme emri tebliğ edilir ve borçludan on beş gün içinde borcunu ödemesi ya da mal bildiriminde bulunması talep edilir. Borçlunun ödeme yapmaması halinde ise kanunun öngördüğü prosedür izlenir. Bu prosedürler re'sen icra uygulamalarının aşamalarından oluşmaktadır.

Kamu alacağı denildiği zaman, başlıca vergi alacakları akla gelse de kamu alacakları, vergilerden ibaret değildir. 6183 sayılı Kanunun birinci ve ikinci maddelerinde amme alacaklarının neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre “devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile bunların takip masrafları” kamu alacağı niteliğindedir. Maddede, sözleşme, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacaklar kamu alacağı kapsamına alınmamıştır¹⁸⁴. İdareye atfedilen bir haksız fiilin varlığı durumunda, idarenin fiili, idari ve kamusal olmaktan çıktığı gibi alacağı da, idari ve kamusal olmaktan çıkmaktadır. Bireylerin idareye karşı haksız fiilde bulunması durumunda da idare, birey gibi alacağını adli yollara başvurarak temin etmektedir.

Kamu alacakları için icra yolunda, özel hukuktaki usulden farklı bir takip yolu benimsenmiştir. Bununla beraber, kamu alacakları yukarıdaki maddede sayıldığı üzere çok çeşitlidir ve tabii oldukları hukuk aynı olsa da tabii oldukları prosedürler

alacağını tahsil etmelidir. Kısacası idarenin özel hukuktan doğan alacaklarını re'sen tahsil etme yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Günday, a.g.e., s. 244; Ayrıca bkz. Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 28.6.2010, E. 2008/6908, K. 2010/583: “Kendisine yersiz ve fazladan ödeme yapılan ilgilinin ölümü halinde idare, yapmış olduğu ödemeleri ancak adli yargı yerinde genel hükümlere göre ilgilinin mirası reddetmemiş olan yasal mirasçılarına karşı yönelteceği icra takibi veya dava ile aramak durumunda olup; ölmüş bulunan ilgiliden dolayı dul veya yetim aylığı alan kişilerin aylıklarından, 5434 sayılı Kanun'un 121. maddesi hükmüne dayanarak re'sen cebri icra yetkisi kullanmak suretiyle kesinti yapma olanağı bulunmamaktadır.” (<http://www.kazanci.com> - 3 Şubat 2017).

¹⁸⁴ Hükümde yer alan sözleşmeden kastın özel hukuk sözleşmesi olduğu ve idari sözleşmelerden doğan alacakların kamu alacağı olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Recep Kaplan, “Hukuksal Açıdan Kamu Alacağı Kavramı”, Ankara: *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 4, S. 15, (2013), s. 211; Onar, a.g.e., s. 1650.

değişebilmektedir. Örneğin vergi alacağında beyan usulü egemenken¹⁸⁵, trafik cezalarında tebliğ gerekmektedir. Lakin, temel nokta, bunların kamu alacağı olduğu ve kamu hukukuna tabi olduklarıdır. Yine, bu tür alacakların takip ve tahsili için mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır. İdare bizatihi kendisi, 6183 sayılı Kanundan aldığı yetkiyle alacağını tahsil yoluna gidebilmektedir. İşte idarenin kendi alacağını kendisinin tahsil etmesine vergi hukukunda yine icra hukuku denmektedir. Bunun dışında Kanunun 3. maddesinde “*Takip giderleri terimi, cebri icradan mütevellit muameleler sırasında yapılan zor kullanma, ilan, haciz, nakil ve muhafaza giderleri gibi her türlü giderleri ifade eder*” denilerek, hem amme alacaklarının tahsiline takip hukuku denilmiş olmakta, hem de cebri icra kavramı kamu alacağının tahsili anlamında kullanılmış olmaktadır.

Sonuç olarak icra hukuku, aynı zamanda kamu alacaklarının idare tarafından tahsiline karşılık gelmektedir. Re’sen icra ise bundan daha geniş bir anlama sahiptir. Re’sen icra, idarenin yalnızca kendi alacağını tahsil edebilme yetkisi anlamına gelmemekte, bunun yanı sıra genel olarak idarenin kendi kararlarını kendisinin uygulayabilmesi anlamına da gelmektedir. Bu yüzden, idarenin alacağını tahsil için uyguladığı prosedür re’sen icra kapsamında olduğu gibi, hukuka aykırı olarak inşa edilen yapının yıkılması, kaldırılma park etmiş aracın kaldırılması veya bir disiplin cezasının uygulanması için yapılan tasarruflar da re’sen icra kapsamındadır. Kısacası re’sen icra hukuku, kamu icra hukuku ve vergi icra hukukunu da uygulama ve kavramsal açıdan kapsamaktadır¹⁸⁶. Bu bakımdan, idarenin alacağını temin etmek için başvurduğu uygulama ameliyeleri de, idari işlemin uygulanması da re’sen icranın kapsamına girmektedir. Dolayısıyla re’sen icra kavramı, diğer alanlardaki icra kavramına nazaran çok daha geniş kapsamlıdır.

¹⁸⁵ Adil Nas, “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi”, Ankara: *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 4, (2012), s. 1308; Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s. 164.

¹⁸⁶ Günday da “*İdareye kamu alacaklarını tahsil etme yetkisi dışında, çeşitli yasalar ile yapmış olduğu işlemlerini re’sen icra etme yetkisi tanınmıştır*” diyerek re’sen icra yetkisinin tahsil yetkisini de kapsadığını kabul etmektedir. Bkz. Günday, a.g.e., s. 248.

D. İdari İşlemin İcrasında İdarenin Takdir Yetkisi

İdarenin, idari faaliyetlerin yürütülmesi sırasında sahip olduğu karar alabilme yetkisindeki esneklik, hareket kabiliyetini etkileyebilmektedir. Bu esneklik, takdir yetkisi şeklinde biçim almaktadır. Aşağıda önce bu yetkinin kapsamı (1) sonra da re'sen icra hukuku bakımından önemi (2) ele alınmaktadır.

1. Takdir Yetkisinin Kapsamı

İdarenin faaliyetlerini yürütürken hukuk düzeni tarafından çizilen sınırlara uyması gerekir. İdarenin hareket kabiliyetini ise kural olarak, pozitif hukuk kuralları belirlemektedir. İdarenin hangi tür faaliyetlerde bulunabileceği, hangi işlemleri ve tasarrufları yapabileceği, kısacası görev ve yetkileri mevzuatla ortaya konmaktadır. Bu açıdan, idarenin yetkisi, genel anlamda bağlı bir yetkidir. Ancak, idarenin bütün faaliyetlerinin ve bu faaliyetler sırasında yapabileceği bütün tasarrufların önceden pozitif hukuk kurallarıyla tayin edilmesi mümkün değildir¹⁸⁷. Farazi olarak böyle bir girişimde bulunulsa ve idarenin bütün faaliyetleri ile somut olaylarda karşılaşabileceği bütün sorunlar için bir hareket tarzı benimsenmeye çalışılsa muhtemelen ortaya büyük bir mevzuat yığını çıkacaktır. Üstelik, bu yığının ihtiyaca cevap verebileceği de şüphelidir. Dolayısıyla, idarenin kamu hizmetlerini yeknesak bir biçimde yerine getirmesi, kamu yararına uygun hareket etmesi için yürüttüğü faaliyetler sırasında kendisine belli bir hareket serbestisinin tanınması gerekmektedir. Söz gelimi seçeneklerin çok olduğu bir yerde, idarenin, doğru seçeneği yine hukuka uygun olmak kaydıyla somut duruma göre belirlemesine izin verilmelidir. Bu yüzden de kendisine bir hareket serbestisinin tanınması gerekir¹⁸⁸. Keza, kamu hizmetlerinin değişen koşullara uydurulması ilkesinin dahi, idareye karar alırken belli bir serbestinin tanınması gereğini ortaya koymakta olduğu ileri sürülmektedir¹⁸⁹. İdarenin, belli bir konuda karar alırken, hukuka uygun olan birden fazla seçenek arasından seçim yapma imkanına, idarenin

¹⁸⁷ Onar, a.g.e., 419; Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", İstanbul: *İÜHFİM*, C. XXX, S. 1-2, (1964), s. 201.

¹⁸⁸ Onar, a.g.e., 419.

¹⁸⁹ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, 3. b., İstanbul: Der yayınları, 2008, s. 83; Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, (1997), s. 193.

takdir yetkisi denilmektedir¹⁹⁰. Takdir yetkisi, idarenin hukuk sınırları içinde bir karar alırken zaman, mekan ve halin icaplarını göz önüne alarak hareket etmesine ve buna uygun karar almasına imkan sunmaktadır¹⁹¹. Bu yüzden Venezia, takdir yetkisini idarenin özerk hareket etme alanı olarak nitelermektedir¹⁹².

Takdir yetkisi, idarenin hukuka aykırı kararlar alma imkanı anlamına gelmediği için idarenin, bu yetkiye sahip olması, hukuk devletinin bir istisnasını oluşturmamaktadır¹⁹³. İdare, takdir yetkisini kullanırken yine hukukun belirlediği sınırlar içinde kalmalıdır¹⁹⁴. Hukukun belirlediği bu sınırlar içinde, idareye bir seçim hakkı tanınmışsa burada takdir yetkisinin varlığından bahsedilir. Takdir yetkisi, keyfi yönetim veya keyfi karar alma yetkisi de değildir. Nitekim Di Qual, takdir yetkisine ilişkin tanımında, kavramdan, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde “özgür değerlendirme kabiliyeti” olarak söz etmektedir¹⁹⁵.

İdarenin takdir yetkisine sahip olduğu bazen kanunun lafzından anlaşılabilir. Örneğin, kanun hükmünün sonunda “... yapabilir”, “...edebilir”, “...karar verebilir” şeklinde kullanımlar varsa bu ifadeler, takdir yetkisinin varlığına yönelik güçlü bir karine teşkil etmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinde “Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarını olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir” denilmek suretiyle idareye takdir yetkisi verildiği belirtilmektedir¹⁹⁶. Bununla beraber Danıştay, “...-bilir” gibi ifadelerle biten hükümlerin, idareye işlem tesis etmek konusunda yetki verdiğini kabul etse de idarenin bu yetkiyi kullanırken keyfi davranamayacağını ve yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğunu belirtmektedir¹⁹⁷. Bunun dışında, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini içeren talepleri,

¹⁹⁰ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 943

¹⁹¹ Onar, a.g.e., s. 432.

¹⁹² Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discretionnaire*, Paris: LGDJ, 1959, s. 106.

¹⁹³ Onar, a.g.e., s. 432; Pekiner’e göre “*Takdir yetkisi, kanuniyet kaynaklarının idareciye faaliyetlerinde verdikleri ve bırakabildikleri hürriyet sınırının sahasıdır*”. Pekiner bu görüşü kanunla her teknik unsurun belirlenmesinin zorluğu ve kanunlarda boşluk olma ihtimali bağlamında ileri sürmektedir. Yazara göre takdir yetkisi idareye tanınmış bir tür hürriyet alanıdır. Visalettin Pekiner, “İdarenin Takdir Yetkisi”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3. (1961), s. 1.

¹⁹⁴ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 519

¹⁹⁵ Lino Di Qual, *La compétence liée*, Paris: LGDJ, 1964, s. 32.

¹⁹⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 948.

¹⁹⁷ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 24.03.1987, E. 1987/219, K. 1987/461: “19.12.1962 tarihli “Petrol Ofisi Memur ve Hizmetliler Talimatnamesi”nin 101.maddesinde “Memur ve hizmetliler işbu yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde umumi hükümlere tabi olurlar” hükmü yer almış, aynı

idarenin yetkisi kapsamında ise ve bireyler hakkın tayini için gerekli şartları sağlıyorsa idare, bu talebi reddetme yetkisine sahip değildir. Örneğin bireyin ruhsat talebi, ruhsatın verilmesi için gerekli şartları taşıyorsa bu talep idarenin keyfi kararına göre reddedilememektedir¹⁹⁸. Bu yüzden, mevzuatta idarenin "... yapabilir", "...edebilir" şeklindeki kullanımlarla görevlendirilmesinde dahi idarenin karar alıp almamak şeklinde bir takdir yetkisi ile donatıldığı sonucu çıkarılamayacağı da ileri sürülmektedir¹⁹⁹. Buna göre, karar alınması için mevzuatın öngördüğü koşullar ortaya çıkmışsa idarenin, hukuka uygun olarak işlem tesis etmesi gerekmektedir²⁰⁰.

Takdir yetkisinin kullanımının, idarenin yerine getirdiği hizmetle bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yürütülen hizmetin gerektirmesi halinde takdir yetkisinin kullanılması mümkündür. Ancak bu yorum, takdir yetkisi ile bağlı yetki arasındaki ayrımı yapmayı zorlaştırmaktadır. Bu iki kavram tanımlanırken birinin varlığı, diğesinin yokluğu üzerine kurulduğundan aradaki ayrımın fark edilir olması gerekir²⁰¹. Çünkü idarenin belli bir işlemi yapıp yapmama konusunda serbestliği yoksa, idarenin birden çok karar arasında seçim yapma olasılığı bulunmuyorsa, hukuk kuralları belli şartlar bir araya geldiğinde idarenin nasıl davranacağını açık bir biçimde belirlemişse, orada takdir yetkisinin değil *bağlı yetkinin* varlığından söz edilir²⁰². Ayrıca, bir işlemin başlangıcı konusundaki inisiyatifin idarenin takdirine bırakılması ama başlanan işlemin devamı ve tamamlanması konusunda idarenin bağlı yetki kurallarına tabi olması da mümkündür. Örneğin Danıştay idarenin boş kadroya alım yapmak konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu ancak boş kadro ilanı yaptıktan

yönetmeliğin 25.maddesinde ise nakil başlığı altında "Memur ve Hizmetliler Lüzum görülen ahvalde, buldukları vazife veya mahalden, tayinlerindeki usule göre, ofise, teşkilatındaki diğes bir vazifeye veya mahalle nakledilebilirler. Ancak, yapılan nakilde memur veya hizmetlilerin derece ve ünvanına halez gelmez" hükmü getirilmiştir. Bu hüküm kurumlara memurların görev ve görev yerlerini kazanılmış hak aylıklarında bir değışiklik yapmadan değıştirme yetkisi vermekte ise de idareler hukuk esasları içinde tanınan bu yetkinin kullanılması keyfi ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlıdır". (http://www.kararara.com - 10 Mayıs 2018); Benzer yönde bkz. Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 13.04.1988, E. 1987/2439, K. 1988/1281 (http://emsal.danistay.uyap.gov.tr - 10 Mayıs 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 21.04.2006, E. 2005/680, K. 2006/1380 (http://emsal.danistay.uyap.gov.tr - 10 Mayıs 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, 15.04.2003, E. 2000/1711, K. 2003/1421 (http://emsal.danistay.uyap.gov.tr - 10 Mayıs 2018).

¹⁹⁸ Onar, a.g.e., s. 433.

¹⁹⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 500.

²⁰⁰ a.yer.

²⁰¹ Jean Marie Woehrling, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in *La Compétence*, Acte de Colloque organisé les 12 et 13 Juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, science économiques et gestion de Nancy, Paris: LexisNexis, 2008, s. 127.

²⁰² Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 84-85.

sonra atama yapmanın zorunlu ve dolayısıyla bağı bir yetki olduğunu belirtmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, ilan yapıldıktan sonra idare, “... artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup yarışma ve yetenek sınavlarını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır”²⁰³.

Bağı yetkiye örnek olarak idari yaptırımlar da verilebilir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 68. maddesinde “Adres değişikliğini bildirme yükümlülüğünü süresi içinde yerine getirmeyenlere 50 Türk lirası, gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara 1000 Türk lirası idarî para cezası, yurt içinde mülkî idare amirlerince, yurt dışında ise dış temsilciliklerce veril”eçeği belirtilmektedir. Bu durumda söz konusu kuralı ihlal edenlere ceza verip vermemek konusunda idarenin takdir yetkisi değil bağı yetkisi vardır. İhlal halinde idare yaptırımını uygulamak zorundadır.

Anayasanın 125. maddesi, idarenin kararlarının hukuka uygunluğunun denetlenebileceğini, bu denetimin yerindelik denetimine²⁰⁴ dönüşmeyeceğini ve yargının, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde karar veremeyeceğini hüküm altına almaktadır. Ancak bu kural İdarenin takdir yetkisi kullanarak tesis ettiği işlemlerin denetlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. İdari yargıda takdir yetkisine ilişkin denetim yapılırken, idarenin, bu yetkiyi kullanması sırasında “kamu yararı ve hizmet gerekleri” ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir²⁰⁵. Ayrıca idare, örneğin eşitlik

²⁰³ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 13.03.2003, E. 2001/5253, K. 2003/796: “Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece boş olan kadroya atamak veya atamamak konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. Başka bir ifade ile boş olan kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağı yetki içine girer... İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasından ilgilinin tutum ve davranışlarına göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek Anayasa ve yasa ile belirlenen özelliklerin bir yana bırakılarak atama işlemini yetkili makamın subjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki bunun sınırını belirleme olanağı yoktur.” (Nakleden-Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 4 b., Ankara: Turhan kitabevi, 2014, s. 514-515)

²⁰⁴ Yayla yerindelik ile takdir yetkisinin keşşebileceğini ancak bütünüyle aynı anlamı taşımadığını ve bu yüzden aynı alana ait kavramlar olarak görülemeyeceklerini ileri sürmektedir. Bkz. Yayla, a.g.m., s 207; Danıştay yerindelik ile ilgili şöyle bir karar vermiştir: “İdare işlemlerine karşı yerindelik denetiminin söz konusu olabilmesi için, bir işlemin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun oluşması gerekir. Oysa burada yakınılan avukatın işlediği öne sürülen eylemlerin, suç olup olmadığı ve yakınılan bu eylemlerle ilişkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin emarelerin saptanması, idarece nesnel olarak değerlendirilebilecek niteliktedir”. Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 24.09. 1987, E. 1986/683, K. 1987/371 8279 (<http://www.kazanci.com> - 3 Mayıs 2018).

²⁰⁵ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 13.04.1988, E. 1987/2439, K. 1988/1281 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 10 Mayıs 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 21.04.2006, E. 2005/680, K. 2006/1380 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 10 Mayıs 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, 15.04.2003, E. 2000/1711, K. 2003/1421 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 10 Mayıs 2018).

ilkesine aykırı bir işlemi de takdir yetkisini öne sürerek tesis edemez²⁰⁶. Dolayısıyla idareye takdir yetkisi tanınmışsa da bu yetkinin sınırları bulunmaktadır.

2. İdari Kararların İcrasında Takdir Yetkisi

Takdir yetkisi, idarenin önündeki hukuka uygun seçenekler arasından uygun gördüğünü seçme yetkisi olarak kabul edilebileceğine göre bu seçme yetkisinin, idari işlemin uygulanması konusunda da geçerli olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Buradaki temel hususlardan biri, kanunun re'sen icraya izin verdiği ya da bunu mümkün kıldığı hallerde idarenin re'sen icra yollarını kullanmaktan feragat edip edemeyeceğidir. Bir diğeri ise, idarenin kamu alacağını tahsili için kamusal icra yolları öngörülmüşken özel hukukta öngörülen icra ve takip yollarını tercih edip edemeyeceğidir.

Hauriou, bu hususlar bakımından görüşünü net olarak ortaya koymakta ve idarenin belli bir konuda karar almak şeklinde zorunluluğu olduğu gibi kararın gereklerini yerine getirmek bakımından da zorunluluğu olduğunu ifade etmektedir²⁰⁷. Bu açıdan, hukuk alanında meydana gelen bir idari kararın, maddi aleme aktarılması konusunda idarenin seçim hakkına sahip olmayacağını ileri sürmektedir²⁰⁸. İdarenin aldığı kararlar konusunda serbest hareket etme ve seçim yapma yetkileri olamayacağı belirtilmektedir²⁰⁹. Bu bakımdan, genel anlamda, idarenin yetki ve ayrıcalıkları, kendisi için yalnızca birer görev değil, aynı zamanda birer yükümlülük oluşturmaktadır²¹⁰. Hauriou, icra konusunda idarenin seçim hakkı olmadığına ilişkin görüşünü 30 Mayıs 1913 tarihli *Préfet de l'Eure* kararı ile ilgili açıklamalarında da tekrar etmektedir: “İdare doğrudan harekete geçme yetkisine sadece sahip değildir. Aynı zamanda bu yetkiyi kullanmak zorundadır”²¹¹. Benzer şekilde, Conseil d'Etat'nın *Association Syndicale du Canal de Gap* kararında da, idarenin, tek taraflı karar alma yetkisinden

²⁰⁶ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 09.11.2015, E. 2015/3916, K. 2015/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 12 Ekim 2017); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 14.06.1995, E. 1994/8773, K. 1995/2208 (Nakleden-Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011, s. 81)

²⁰⁷ Hauriou, a.g.e., s. 363; Benzer yönde bkz. Michel D. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Atina: Collection de l'institut français d'Athènes, 1954, s. 195.

²⁰⁸ Hauriou, a.g.e., s. 364.

²⁰⁹ Chinot, a.g.e., s. 22.

²¹⁰ Roger-Gérard Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, Paris: LGDJ, 1969, s. 63.

²¹¹ CE, 30 Mayıs 1913, *Préfet de l'Eure*, R. p. 583, S. 15 (Nakleden-Hauriou, a.g.e., s. 363).

vazgeçemeyeceği belirtilmiştir²¹². Milhat da idarenin sahip olduğu bir yetkiyi kullanmaktan imtina edemeyeceğini dile getirmektedir²¹³. Türk hukuk doktrininde Duran da bu düşünceye uygun olarak, “*idare, var olan yerde, re'sen icra yetkisinden vazgeçip, özel hukuk yollarına başvuramaz*”²¹⁴ demektedir.

Onar ise konu hakkındaki görüşünü iki örnekle açıklamaktadır. İlkine göre, idarenin aldığı bir karar hakkında, iptal davası açılmış ise bireylere karşı haksız duruma düşmemek ve tazminat ödemek zorunda kalmamak amacıyla, dava sonuçlanana kadar kararını uygulamayabileceğini ileri sürmektedir²¹⁵. Bu tür durumların önceden belirlenip sayılması mümkün olmasa da idarenin, acilen harekete geçme ihtiyaç ve zorunluluğu bulunmamakta ise ve işlemin uygulanma zamanı bakımından takdir yetkisi var ise idare, kararını uygulanmasını beklemeye alabilir. Ancak, bunun tespiti her zaman kolay olmayabilir. İdarenin hareketsiz kalması, hareket kabiliyetinin olmamasından, hizmetin zamansal olarak yetiştirilememesinden kaynaklanabileceği gibi, gerçekten ileride tazminat ödemeye mahkum olmamak için uygulama işleminden imtina etmesinden de kaynaklanabilir. İdarenin iradesini dış aleme yansıtıp yansıtılmamaktaki niyeti, bu şekilde psikolojik bir unsur haline dönüşürse bunun nitelendirilmesi imkansız olabileceği için açık bir şekilde mevzuata - ve tabii hukuka - aykırı olmadığı sürece takdir yetkisi içinde değerlendirilebilir²¹⁶. İdarenin kararını uygulamasını emreden açık bir kanun hükmünün varlığı durumunda harekete geçmemesi ise idarenin kusuru ve ihmali kapsamında görülerek idarenin sorumluluğuna yol açabilir.

Onar ikinci olarak, idarenin idari sözleşme yoluyla gördürebileceği bir bayındırlık işini, özel hukuk sözleşmesi akdederek yapabileceğini, bu tasarrufları için kamusal araçlar yerine özel hukuk yollarını tercih edebileceğini belirtmektedir²¹⁷. Burada idarenin, idari sözleşme yerine özel hukuk sözleşmesini tercih etmesi, re'sen icra

²¹² CE, 7 Şubat 1964, *Association Syndicale du Canal de Gap* (Nakleden-Cedric Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 91).

²¹³ Cedric Milhat, “Entre contraintes et interdits : l’administration et l’exécution de ses actes”, *Revue internationale interdisciplinaire*, S. 57, (2009), s. 102. (droitcultures.revues.org/1261-23.08.2017).

²¹⁴ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 418.

²¹⁵ Onar, a.g.e., s. 1464.

²¹⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 977; Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 1048.

²¹⁷ Onar, a.g.e., s. 1465.

yetkisini kullanmaktan vazgeçmesi şeklinde yorumlanmaktadır²¹⁸. Özel hukuk sözleşmesini yapan idare, bu sözleşmenin uygulanmasından doğan anlaşmazlıklar için kamu hukuku yollarını değil yukarıda bahsi geçen özel hukuk yollarını takip etmek durumunda kalmaktadır. Bu halde idarenin, medeni kanun hükümleri çerçevesinde özel hukuk sözleşmesi akdedip re'sen icra yetkisini kullanmaktan feragat edebileceği ifade edilmektedir²¹⁹.

Kamu alacakları bakımından ise durum farklıdır. Bu alacaklar açısından, idarenin kamu hukuku yollarını benimsemesinin mecburi olmadığı ileri sürülmektedir. Yargıtay 2005 yılında bu hususta verdiği bir kararında idarenin hareket yöntemine dair, takdir yetkisi olduğu yönünde yorum yapılabilecek bir sonuca ulaşmıştır. Karar şu şekildedir:

“Dava tarihinde yürürlükte bulunan yer altı suyunun satışı, taşınması, tüketilmesi ve denetlenmesi esaslarını belirleyen yönetmelikte tahsilatın 6183 sayılı yasaya göre yapılacağı düzenlenmişse de davacının bu hukuki yolu tercih etmeyip alacağını genel hükümlere göre dava konusu yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla mahkemece işin esasına girilerek incelenmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir”²²⁰.

Yargıtay'ın bu kararı tartışmaya açıktır. Zira amme alacaklarının tahsilini düzenleyen 6183 sayılı Kanun 1. maddesinde açık bir biçimde kamu alacaklarının tahsilinde bu Kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Bu hüküm karşısında idarenin kamu alacağının takip ve tahsilinde özel hukuk yollarını kullanabileceğini belirtmek isabetli görünmemektedir.

İdarenin amme alacakları hakkındaki yetkisi bu şekilde ifade edilmekle beraber, kanunun kendisine yüklediği görevleri bireyler gibi özel hukukun sunduğu imkan veya haklarla yerine getirmeye çalışması Yargıtay tarafından her zaman olumlu karşılanmamıştır. Başka bir örnekte belediye idaresi, bir fabrikanın yaydığı duman ve gazların civardaki evlere ve bu evlerin bahçelerindeki ekinlere zarar verdiğini ileri sürmüş ve Medeni Kanunun komşuluk hükümlerine dayanarak fabrikanın faaliyetlerine son verilmesi ve uğranılan zararların tazmin edilmesi için adli yargıda dava açmıştır. Yargıtay bu davaya ilişkin kararında Belediye Kanununun belediyeye, kamu sağlığının

²¹⁸ a.yer.

²¹⁹ a.yer.

²²⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 01.03.2005, E. 2005/1504, K. 2005/2016 (<http://emsal.yargitay.gov.tr> - 27 Ekim 2017).

korunmasına yönelik hükümlere aykırı hareket eden kurumlara yaptırım uygulanması için yetki verdiğini belirtmiş ve Belediyenin, kanunun kendisine verdiği yetkiyi kullanmak yerine özel hukukun bireylere tanıdığı haklara dayanarak dava açamayacağını ifade etmiştir²²¹. Olayda, idare, kamu sağlığını korumak üzere kolluk faaliyetine ilişkin yetkilerini kullanmak yerine adli yargıda dava açmak yoluna gitmiştir. Bu tercih, idarenin kamu hukukundan doğan yetkilerini bir anlamda kullanmaktan imtina etmesi olarak anlaşılabilir gibi hizmetin kötü işlenmesi olarak değerlendirilerek idarenin sorumluluğuna da yol açabilir.

Yargıtay'ın kararından çıkan sonuca göre idarenin birey gibi değil kamu yararı için hareket ederek kamu adına işlem yapması gerekir. İdarenin kamu hukukundan doğan yetkilerini kullanmaktan vazgeçip özel hukuk yollarına başvurmaması gerekir. Bununla beraber, re'sen icra yetkisinin idareye tanınmış bir ayrıcalık olduğu akılda tutulur ve kelimenin anlamına sadık kalınırsa bu ayrıcalığın kullanılıp kullanılmamasında idarenin serbest olması da bir seçenek olarak ortaya konabilir²²². Ancak bu çıkarım, idarenin hareket tarzının mevzuatla belirlenmediği veya mevzuatla belirlenmekle beraber açık bir biçimde takdir yetkisinin tanındığı durumlarda geçerli olabilir. Neticede, idari işlemlerin uygulanmasına ilişkin olarak, idarenin takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmek mümkün görünmemektedir. Nitekim, ulaşabildiğimiz yargı kararlarında da idarenin işleminin re'sen icrası bakımından takdir yetkisine sahip olduğu sonucunu çıkarmak güç görünmektedir.

²²¹ Yine Yargıtay, davacının fabrikaya yaptırım uygulayabileceğini, fabrikanın da bu yaptırım kararına karşı idari yargıda ve nihayet Danıştay'da hak arayabileceğini kararında belirtmiştir. (Nakleden-Onar, a.g.e., s. 1466).

²²² Onar, a.g.e., 1467.

II. RE'SEN İCRA YETKİSİNİN TEMELLERİ

Fransa'da 16-24 Ağustos 1790 tarihlerinde kabul edilen Kanunun, idareye önemli bir ayrıcalık verdiği kabul edilmektedir²²³. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra idarenin mahkemelere çağrılması ve sorgulanması yasaklanmaktadır. İdare hukukunun doğum belgesi olarak kabul edilebilecek söz konusu düzenleme ile idare, önce farklı bir hukuki rejime tabi tutulmuş daha sonra da bu farklı hukuki rejim beraberinde başka ayrıcalıklar getirmiştir.

Özel hukukta bireylere tanınmayan kendi kararını doğrudan icra yetkisi de idareye verilen bir ayrıcalık görünümündedir. Bu ayrıcalık da esasen kamu gücü ayrıcalıklarına (A) dayanmaktadır. Bunun yanında hukuka uygunluk karinesi (B) ile kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesinin de (C) idareye tanınan re'sen icra yetkisinin dayanağını oluşturduğu ifade edilmelidir. Aşağıda bu kavramların re'sen icra yetkisine ne şekilde temel teşkil ettikleri ele alınmaktadır.

A. Kamu Gücü Ayrıcalıkları

Kamu gücü veya kamu gücü ayrıcalıkları, idare hukukunda, idarenin sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıkları ifade etmek için kullanılmaktadır. İdarenin bireylerle kurduğu tek yanlı ilişkide üstün olması, hatta bu ilişkiyi bireyin karşıt iradesine rağmen kurabilmesi, idarenin sahip olduğu kamu gücü ile açıklanmaktadır²²⁴. İdare, kamu gücü ayrıcalıklarına geniş anlamda, yürüttüğü kamu hizmetlerini yerine getirmek için başvurmaktadır.

Kamu gücü, idarenin sahip olduğu ayrıcalıklı ve istisnai yetkilerden oluşmaktadır²²⁵. Bu ayrıcalıklardan biri olan re'sen icra yetkisinin kamu gücü kavramı ile ilişkisinin ortaya konması önem arz etmektedir. Ancak, bundan önce kamu gücü ayrıcalıklarının temeli incelemeye alınıp (1), kamu gücü ayrıcalıklarının kapsamının

²²³ Söz konusu Kanun, “Adli ve İdari Makamların Ayrılığı Prensibi”ni ortaya koymakta ve idare hukukunun doğum belgesi olarak nitelenmektedir. Bkz. Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris: PUF, , 2002, s. 28-29; Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 2.

²²⁴ Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2004, s. 33.

²²⁵ a.g.e., s. 51.

ortaya konması gerekmektedir (2). Bunlar ortaya konduktan sonra kamu gücü ayrıcalıkları ile re'sen icra yetkisi arasındaki ilişki ele alınmaktadır (3).

1. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Temeli

Kamu gücü ayrıcalıklarının dayanağını, devletin sahip olduğu egemenlik yetkisinde bulduğu ve köken olarak bu kavrama dayandığı ileri sürülmektedir²²⁶. Bu yönüyle kamu gücü ayrıcalıkları, devletin egemenlik yetkisinin bir yansımasıdır.

Bodin, “Devletin Altı Kitabı” isimli eserinde devleti, egemenlik kavramıyla açıklamakta ve egemenliği “*bir devlet tarafından yetkilendirilen*”²²⁷ mutlak ve daimi güç” olarak tanımlarken, egemeni de, “*güce her zaman sahip olan*” olarak nitelemektedir²²⁸. Başka bir deyişle, ancak egemen olan kamu gücünü kullanabilir veya kamu gücü egemen olana aittir²²⁹. Bu durumda, kamu gücünün kullanımını, aynı zamanda egemenlik yetkisinin kullanımı olarak görmek mümkündür. Ancak, idare hukuku bakımından kamu gücü siyasi erkin yetkilerini değil, idarenin yetkilerini ifade etmek için kullanılmaktadır.

Egemenlik yetkisi, Roma döneminde *imperium* kavramıyla ifade edilmiştir²³⁰. Erkut da kamu gücü işlemlerini, Roma döneminde uygulanan “emretme kudreti” ile açıklamaya çalışmakta ve kamu gücünün, kaynağını bu yetkiden aldığını ileri sürmektedir²³¹. Kanımızca kamu gücü ilkesi, emretme kudretinden çok daha geniş kapsamlıdır. Hatta emretme kudretinin kamu gücünün unsurlarından biri olduğunu

²²⁶ Jacques Krynen, “Aux origines historiques de l'idée de puissance publique”, in *La Puissance Publique*, Actes de colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l'université Pierre Mendès France de Grenoble II, LexisNexis, Paris, (2012), s. 38; Rousset, a.g.e., s. 46.

²²⁷ Alatlı'nın doğrudan aktardığı bu cümledeki “yetkilendirilen” kavramını, “kullanılan” şeklinde anlamak daha isabetli görünmektedir. Jean Bodin, *Devletin Altı Kitabı*, çev. M. J. Tooley, Oxford, Basic Blackwell, 1955, s. 1-3, 6-7, 25, 27-29, 190-197. (Nakleden-Alev Alatlı, *Batıya Yön Veren Metinler II*, İstanbul: Melisa Matbaacılık, 2010, s. 845-846).

²²⁸ a. yer.

²²⁹ Krynen, a.g.m., s. 38; Ayaydın da 1982 Anayasasına göre “egemenlik” kavramı ile “kamu kudreti” kavramı arasında ayırım yapmanın pek mümkün olmadığını; milletin sahip olduğu egemenliği ancak devlet eliyle kullanabildiğini belirtmektedir. Bkz. Cem Ayaydın, *82 Anayasasına Göre Devletin Faaliyet Alanı*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1988, s.2. (Nakleden- Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 17).

²³⁰ Egemenlik yani *souveraineté* kavramı, kökenini “en üstün iktidar” anlamına gelen *superanus* sözcüğünden almaktadır. Bkz. Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 19. b., Ankara: Bilgi Yayınevi, 2007, s. 60.

²³¹ Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 41.

söylemek daha doğru görünmektedir. Emretme yetkisi, re'sen icra ile de yakından ilişkilidir. İdarenin bireye tek taraflı olarak yüklediği yükümlülükler de birer emir içermektedir. Valilik tarafından istisnai hallerde sokağa çıkma yasağı kararı verilmesi veya savaş zamanında bireylerin ellerindeki silahları idareye teslim etme zorunluluğu getirilmesi örneklerinde idare tarafından verilmiş bir emir vardır²³². Dolayısıyla, emretme gücü kamu gücünün kendisi değil, kamu gücünün kullanılma şekillerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır.

Bodin'dan esinlenen Krynen de, egemenlik kavramının tarihsel kökenini Roma dönemine dayandırmakta ve egemenliği, bu kavrama karşılık gelen dört kurumla açıklamaktadır. Bunlardan birincisi *maiestas* (majeste, haşmetmeab), Tanrı hükümranlığının yeryüzündeki yansımasıdır²³³. Burada egemenlik, tek bir yöneticinin kişiliğinde ortaya çıkmaktadır. İkincisi *imperium*²³⁴, kraliyet yetkilerinin kullanılma şeklini ifade etmektedir. Imperium yetkisi, özellikle “sivil ve askeri açıdan en yüksek emir verme” şeklindeki yetkileri kapsamaktadır²³⁵. Hatta bu yetki, kural ihlalinde bulunan vatandaşın doğrudan cezalandırılmasına imkan vermektedir²³⁶. Günümüz re'sen icra yetkisi bu yetkinin somutlaşmış bir türevi olabilir. Son olarak, üçüncüsü *iurisdictio*, hukukun ne olduğunu söyleme yani yargılama yetkisi iken, dördüncüsü *plenitudo potestas*, mutlak iktidar anlamına gelmektedir²³⁷.

Kamu gücünü, devlet erklerinin her biri ayrı ayrı kullanmaktadır. Yasama organı, egemenlik yetkisini kullanarak bireylerin rızasını aramadan onlara tek taraflı

²³² Valiliğe İl İdaresi Kanununun 9. maddesi ile verilen “genel emir” yetkisi de bu kapsamda değerlendirilebilir.

²³³ Krynen, a.g.m., s. 39.

²³⁴ *Imperium* kelimesi günümüzdeki imparatorluk ve emperyalizm gibi kavramların da kökenini oluşturduğundan kamu gücü işlemlerinin emperyal bir yönü olduğundan söz edilmiştir. “Nitekim yürütme organının adli ve bazen idari yargıcın kontrolünden uzaklaştırılan işlemleri, sadece bu yönleriyle dahi idari işlemin emperyalist boyutunu sergilemektedir.” Rousset, a.g.e., s. 27.

²³⁵ Antoine, emir verme yetkisi anlamına gelen *Imperium*’un hem askeri, hem sivil, hem yargısal yetkiler içerdiğini belirtmektedir. Aurélien Antoine, *Prérogatives de puissance publique en droit de la concurrence*, Paris: LGDJ, 2009, s. 12; Rousset’e göre kamu gücü ilkesi, *imperium* yetkisinin “insanileştirilmiş” halidir. Rousset, a.g.e., s. 25.

²³⁶ Krynen, a.g.e., s. 39; “*Imperium* yetkisinin içerdiği en önemli unsur zor kullanma yetkisidir. Emretme yetkisinin doğal sonucu olan zor kullanma hakkı çerçevesinde “buyruk” verme, “re'sen icra” ve “yaptırım uygulama” gibi zorlayıcı yöntemlerin kullanılması da yine *imperium* yetkisinin kapsamındadır”. Bkz. Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 45.

²³⁷ Bu son kavramın diğerlerine göre daha güçlü bir yetkiyi ifade ettiği belirtilmektedir. Zira mutlak iktidar yetkisinin, hem diğerlerini kapsamakta olduğu hem de kanuna aykırı emirler verme yetkisi içerdiği ileri sürülmektedir. Krynen, a.g.m., s. 40; “*Adalet bütünü ile hükmetmekten doğar*” deyişi de bu anlayışla uyumludur. Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 46.

yükümlülükler yükleyebilmektedir²³⁸. Yürütme organı bu kurallara uygun bireysel ve somut durumlar oluşturarak egemenlik yetkisini kullanmaktadır²³⁹. Yargı organının kural ihlalini cezaya bağlaması da, bu egemenlik yetkisinin kullanımına işaret etmektedir²⁴⁰.

Kamu gücü aynı zamanda bir zor kullanma yetkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Devletin güç kullanma yetkisi de egemenlik yetkisinin bir uzantısı olarak görülmektedir. Buna göre, kuvvet kullanma yetkisi, yalnızca devlete aittir²⁴¹. Genel kural, kuvvet kullanımının gerekmesi durumunda bunu egemenlik yetkisini elinde

²³⁸ Vedel, Delvolé, a.g.e., s. 65; Bigot'ya göre "Kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bu tek taraflı yetkiler olmazsa idare, idare olmaz". Bigot, a.g.e., s. 19; Chales Luois de Secondat Montesquieu, *Kanunların Ruhü Üzerine I*, çev. Fehmi Baldaş, 2. b., İstanbul: Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, s. 234; Mehmet Emin Akgül, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, C. 68, S. 4, (2010), s. 84.

²³⁹ Buradaki açıklama, kuvvetlerin temel düzeydeki işlevleri dikkate alınarak yapılan teorik bir açıklamadır. Hukuk sistemimizde yürütme organı sadece bir "görev" organı olarak görülmemektedir. Anayasamızda yürütme organına "yetki" olma gücünü veren hükümler mevcuttur. Örneğin Anayasanın 8. maddesi yürütme yetkisi ve görevi başlığını taşımaktadır. 121 ve 122. maddelerinde olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilmektedir (16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla kabul edilen 6771 sayılı kanunla bu hükümler yürürlükten kaldırılmış yerini olağanüstü halde çıkarılan ve kanun hükmünde olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi almıştır (madde 119)). 73. maddesinde Bakanlar Kuruluna (değişiklikle Cumhurbaşkanına), vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirim oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapma yetkisi verilmektedir. Bkz. Turan Yıldırım, "Türkiye'nin İdari Teşkilatı", içinde *İdare Hukuku*, 6. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 13-14.

6771 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişikliklerle yürütme organının "yetki" olma niteliği ayrıca güçlendirilmiştir. Anayasanın 104. maddesinde yapılan değişiklikle daha önce kanunla düzenlenebilen bazı alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapma imkanı getirilmekte ayrıca Anayasanın 106. maddesinde yapılan değişiklikle bakanların görev, yetki ve teşkilatına ilişkin düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılması öngörülmektedir. Bkz. Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İstanbul: *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 2, (2017); Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, (2017).

²⁴⁰ 2010 yılı itibari ile hukuk sistemimize dahil olan bireysel başvuru hakkı uygulaması, egemenlik yetkisinin bir görünümü olarak kamu gücünün yargı tarafından kullanılmasının yanında bu kullanımın hak ihlaline de yol açabileceğini kabul etmektedir. Anayasanın 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkı "kamu gücünün kullanılması sonucu oluşan hak ihlallerine" ilişkin iddiaların bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi tarafından görülmesini düzenlemekte ve ayrıntılı düzenleme için kanunu işaret etmektedir. Bu hususu düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, genel olarak idarenin yol açtığı ihlalleri düzenledikten sonra 50. maddede bu ihlallerin bir mahkeme kararı ile meydana gelebileceğini kabul etmekte ve buna yönelik düzenleme yapmaktadır; Ayrıca bkz. 6216 sayılı Kanun madde 50/2 "Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir."

²⁴¹ Buna devletin "meşru şiddet tekelı" de denmektedir. Bkz. Abdurrahman Saygılı, "Modern Devletin Çıplak Sureti", Ankara: *AÜHFD*, S. 59 (1), (2010), s. 75; "Asli olarak güç kullanma tekelini elinde tutan tek kurum devlettir". Levent Gönenç, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyet Problemi", Ankara: *AÜHFD*, C. 50, S. 1, (2001), s. 132; Zor kullanma yetkisinin devlete ait olduğu Anayasa Mahkemesinin bir kararında da dile getirilmiştir. Bkz. AYM Kararı, T. 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50, .G.:30.06.1993-21623 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 21 Nisan 2018)

bulunduranın kullanmasıdır. Egemenlik yetkisini elinde bulunduran devlet olduğuna göre kuvvet kullanma yetkisini kullanacak olan da devlettir²⁴². Max Weber, devletin tanımında amaçlar kadar araçların da önemli olduğunu belirtmiş ve fiziksel güç ile şiddet kullanımının bu tanımda yer alması gerektiğini vurgulamıştır²⁴³. Kapani de, “maddi kuvvet ve zor kullanma gücü”nü siyasi iktidarın en önemli unsuru olarak görmektedir²⁴⁴. Siyasi iktidar, güç kullanma tekeli elinde bulundurur²⁴⁵. Onar ise “*icra kuvveti esas itibariyle bir hükümet ve anayasa kuvvetidir*” demek suretiyle kuvvet kullanacak kurum olarak hükümeti göstermektedir²⁴⁶. Buradaki icra kuvveti ile devlet erklerinden yürütme organı kastedilse de, idari işlemin idare tarafından yürütülmesine imkan tanıyan kamu gücü anlamında da kullanılabilir. Keza, idarenin hareket vasıtası olan kamu gücü de, devletin tekelinde olan zor kullanma gücünü ifade etmektedir²⁴⁷.

Güç kullanma yetkisi, öncelikle bir hukuki düzenin ortaya konmasıyla belirmektedir²⁴⁸. Yürütme organı, bu hukuk düzeni içerisinde kamu gücünü kullanarak idari faaliyetin ve kamu hizmetinin gereklerini yerine getirmektedir²⁴⁹. İdarenin tek taraflı kararlar alarak bunları uygulama yetkisi de bir kamu gücü ayrıcalığıdır ve temelini aynı kökten almaktadır²⁵⁰. Bu gücün kullanımı, keyfi olmamalı ve hukuk düzenin getirdiği kurallara uygun olmalıdır²⁵¹. Berthélemy, “yasal olmayan her şey keyfidir” diyerek kamu gücünün kullanımının kanuna dayanması gerektiğini belirtmektedir²⁵². Kamu gücünün bir yansıması olan re'sen icra yetkisi de egemenlik ve güç kullanma yetkisinin bir uzantısıdır. Devlet bunu siyasi erkle değil, daha çok ve daha sık bir biçimde teknik yönü ağır basan idare organı vasıtasıyla gerçekleştirmektedir.

²⁴² “Devlet hakimiyet demektir ve kamu kudreti de bu hakimiyeti sağlayan ve gerektiğinde zorla kabul ettiren güç ve yetke bileşenidir”. Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 34-35; Bu egemenlik ögesini “iktidar unsuru”, “devletin kudreti unsuru”, “kamu gücü unsuru” olarak niteleyenler olduğu gibi doğrudan “egemenlik unsuru” olarak niteleyenler de bulunmaktadır. Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 6. b., Bursa: Ekin Yayınevi, 2015, s. 78.

²⁴³ “Şiddet kullanımı devlete özgü bir araçtır”. Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, çev. Taha Parla, İstanbul: İletişim Yayınları, 1987, s. 132 (Nakleden-Saygılı, a.g.m., s. 76)

²⁴⁴ Kapani, a.g.e., s. 52.

²⁴⁵ a.yer.

²⁴⁶ Onar, a.g.e., s. 52.

²⁴⁷ Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de Droit Administratif*, 6. Ed., Paris: Sirey, 2015, s. 372 (Nakleden-Uçar, a.g.m., s. 341).

²⁴⁸ Jacques Chevallier, “Le droit administratif, droit de privilège?”, *Pouvoirs* n°46 - Droit administratif. Bilan critique - septembre 1988, (<http://www.revue-pouvoirs.fr> - Ağustos 2017) s. 60.

²⁴⁹ Chevallier, a.g.m., s. 60.

²⁵⁰ a.yer.

²⁵¹ a.yer.

²⁵² Rousset, a.g.e., s. 95

Devletin kuvvet veya zor kullanma yetkisine başvurduğu alanların başında kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen kolluk faaliyeti gelmektedir²⁵³. Kolluk faaliyeti sırasında tesis edilen işlemlerin uygulanması için idare, kamu gücünü kullanmakta ve bu şekilde işlemini dış dünyaya taşıyarak somutlaştırmaktadır. Re'sen icra yetkisi ise kolluk yetkisine göre daha geniş bir yetkiyi ifade etmektedir. Zira idare, sadece kolluk faaliyeti kapsamında değil, genel olarak bütün kamu hizmetlerini yerine getirmek için re'sen icra yetkisine başvurmaktadır. Ayrıca idarenin, idari işlemin uygulanması için somut duruma göre ve re'sen icranın şartları sağlanmak koşuluyla cebre başvurması gerekebileceği gibi işlemin cebir kullanmaksızın da uygulanması mümkündür. Bu anlamda kolluğun başvurduğu zor kullanma yetkisi, re'sen icranın kuvvet veya cebir içeren uygulanma şeklini ifade etmektedir. Bu yüzden kolluk faaliyeti ile re'sen icra yetkisini özdeş kavramlar olarak görmemek gerekir²⁵⁴. Kolluk faaliyeti genel olarak belli bir duruma ilişkin yasak koyma, yaptırım ve denetim yetkilerini içerirken re'sen icra yetkisi uygulamaya ilişkindir. Bu uygulama unsuru ise sadece kolluk faaliyeti için değil bütün kamu hizmetleri için geçerlidir.

İdare, kolluk faaliyeti dışında kamu alacağının tahsili için de zor kullanma yetkisine başvurma imkanına sahiptir. 6183 sayılı Kanunun 3 ve 80. maddesi idareye kamu alacağının tahsili için gerektiğinde zor kullanma yetkisi vermektedir. İdarenin kamu alacağını tahsil için başvurduğu zor kullanma yetkisi, yine re'sen icra kapsamındadır. İdare bu işlemleri yerine getirirken yalnızca devletin başvurabileceği ve kökenini egemenlik yetkisinden alan kamu gücünden yararlanmaktadır.

Son olarak, ihtiyaç doğduğunda kolluk faaliyeti, bir re'sen icra aracına dönüşebilmektedir²⁵⁵. Bu şekilde zor kullanma yetkisi hukukilik kazanmış, hukuk düzeni içinde eritilmiş olmakta ve çerçevesi hukukla çizilen bir güç kullanma tekeli ortaya konmuş olmaktadır²⁵⁶. Örneğin Kültür ve Turizm Bakanlığı kolluk yetkisi çerçevesinde bir filmin gösterime girmesini yasaklayabilir²⁵⁷. Ama henüz bir re'sen icra

²⁵³ Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 16. maddesi polisin zor kullanma yetkisini düzenlemektedir.

²⁵⁴ "...kolluk, bir re'sen icra faaliyeti değildir". Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 316.

²⁵⁵ a.yer.

²⁵⁶ "... idarenin elindeki hukuki etkiyi fiili etkiye dönüştürebilecek re'sen icra araçları ve direnişleri kırabilecek kolluk aygıtı bulunmaktadır. Merkezileşmiş şiddet tekelinin hukuk ile kavranması sayesinde bir düzen, hukuk düzeni oluşabilir". Bkz. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 148.

²⁵⁷ Elbette bu işlem keyfi olarak değil yasal şartlar gerçekleştiği zaman mümkündür. Nitekim Danıştay bir filmin yurda girmesine izin vermeyen bakanlık işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz.

faaliyeti gerçekleşmemiştir. Yasağa aykırı davranılması ve Bakanlığın personeli aracılığıyla kararın gereğinin uygulanması kapsamında, filmin piyasadaki örneklerinin toplanması durumunda, re'sen icra faaliyeti gerçekleşmiş ve kamu gücü somut olarak kullanılmış olmaktadır. Bu durumda, re'sen icra uygulaması kolluk yetkisi ile yerine getirilmiş olmaktadır. Bunların her birinde – hem yasak konulması, hem uygulanmasında – devletin egemenlik yetkisinin bir uzantısı olarak zor kullanma gücünü elinde bulundurması ve gerektiğinde bu güce başvurması söz konusudur. Konumuz bakımından re'sen icra yetkisi olarak ortaya çıkan kamu gücünün de, idarenin zor kullanma yetkisi ve ayrıcalığı olarak kaynağını aynı yerden aldığı düşünülmektedir.

2. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Kapsamı

Kamu gücü, idare hukukunda başlıca iki kavram grubuyla ifade edilmektedir²⁵⁸. Kamu gücünü anlatmak için kullanılan kavramlar farklı olsa da, temelde aynı hukuki rejim kastedilmektedir.

Bunlardan birincisi, adına “kamu gücü ayrıcalıkları” denilen, idareye tanınmış bir imtiyazlı yetkiler grubudur. Bilindiği üzere kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla idareye, özel hukuk kişilerine tanınmayan bazı ayrıcalıklar tanınmaktadır. Bu yüzden, kamu gücünden bahsederken tek bir yetkiden değil bir yetkiler yelpazesinden söz edilmektedir. Özel hukukta bu tür ayrıcalıklara yer yoktur. Çünkü bireylerin sahip olduğu irade, kurulacak hukuki ilişki bakımından bir eşitlik düzlemi üzerine kurulmuştur. Rousset de, kamu gücünü, yasaların uygulanması ile kamu yararının tatmininde, idarenin kullanımına sunulmuş bir “ayrıcalıklar demeti” olarak nitelendirmektedir²⁵⁹. Ancak, bu demetin sınırları ve sayıları belirli bir yapıdan oluştuğunu söylemek pek mümkün değildir. F. Moderne, “Fransız idare hukukunda kamu gücü ve ayrıcalıkları üzerine araştırma” başlığıyla yazdığı çalışmada kamu gücü ayrıcalıklarının sayılmasının zorluğuna vurgu yapmaktadır²⁶⁰. Buna karşın, idarenin

Danıştay 10. Daire Kararı, T. 09.04.1992, E. 1990/1711, K. 1992/1324 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Ağustos 2017).

²⁵⁸ Kamu gücü ilkesi, amme kuvveti, hakimiyet tasarrufları ve özel hukuku aşan hükümler şeklinde de ele alınmaktadır.

²⁵⁹ Kavramın orijinali “*Un ensemble de prérogatives*”dir. Bkz. Rousset, a.g.e., s. 67.

²⁶⁰ F. Moderne, *Recherche sur la puissance publique et ses prerogatives en droit administratif français*, Thèse dactylographiée, Université Bordeaux IV, 1960, s. 37 (Nakleden-Antoine, a.g.m., s. 12).

mallarının haczedilememesi²⁶¹, idarenin bazı faaliyetlerinin vergi muafiyetinden yararlanması²⁶², idarenin tek taraflı işlemler yapabilmesi²⁶³ hatta idareye ilişkin uyuşmazlıkların ayrı bir yargı kolu olan idari yargıda görülmesi birer ayrıcalık olarak sayılabilir²⁶⁴. Bu ayrıcalıkların yansıttığı üzere kamu gücü, aynı zamanda “devletin kendini ifade biçimidir”²⁶⁵. Devlet, bireylerden farkını bu güçle ortaya koymaktadır.

Diğer kavram grubuna ise, “özel hukuku aşan ayrıcalıklar” (*les prérogatives exorbitantes du droit commun*) adı verilmektedir²⁶⁶. Bu tür yetkiler, bir idari sözleşmede idarenin lehine olan ayrıcalıklı hükümler şeklinde geçiyorsa, bu sefer bunlara, “özel hukuku aşan hükümler” (*les clauses exorbitantes du droit commun*) denmektedir²⁶⁷. Yukarıda idari işlemin tanımı sırasında verilen, idarenin tek taraflı iradesiyle meydana

²⁶¹ AYM Kararı, T. 25.02. 2015, *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu*, N° 2013/711: “...mahkemelerce hükmedilen tazminatların tahsili amacıyla idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez. Bu kuralın amacı, idarelerin yerine getirmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli olan kaynaklarının korunmasıdır. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için zorunlu olan kamu hizmetlerinin kesintisiz bir biçimde yürütülmesi, idarelerin belli ayni ve nakdi varlıklara sahip olmalarına bağlıdır. İdarelerin, kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu malların haczedilmesi halinde bu hizmetlerin aksayacağı ya da hiç yerine getirilemeyeceği açıktır. İdarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi nedeniyle bireyler tazminat alacaklarını daha geç tahsil edebileceklerse de bu gecikme için kanuni faiz ödenmesiyle kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge kurmaya çalışılmıştır”. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 18 Haziran 2018).

²⁶² Danıştay 3. Dairesinin Kararı, T. 28.12.1994, E. 1994/1279, K. 1994/4647: “Döner sermayenin hasılatından hazineye ayrılan pay işletme geliri olarak nitelendirilemeyeceği gibi, dönem sonu karlarından ödenmiş sermaye eklenen tutar ile Katma Bütçeye gelir kaydolunmak üzere Genel Müdürlük Saymanlığına yatırılan tutarın, Genel Müdürlük gelirleri 3202 sayılı Kanunun 43.maddesi uyarınca vergiden muaf olduğundan, Kurumlar Vergisine tabi tutulmaması gerekir.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018).

²⁶³ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 26.11.2007, E. 2005/6693, K. 2007/5655: “İdari işlemler, idari makamların idare işlevleriyle ilgili ve kamu gücüne dayanarak kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen hukuki tasarruflardır” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018); Danıştay 15. Dairesinin Kararı, T. 15.09.2015, E. 2015/3624, K. 2015/yok: “Kesin ve yürütülmesi zorunlu olan ve idari davaya konu edilebilecek işlemler; idarelerin kamu gücüne dayanarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis ettikleri, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir ifadeyle ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerdir.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018); Benzer yönde bkz. Danıştay 15. Dairesinin Kararı, T. 13.03.2014, E. 2013/12396, K. 2014/1802 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018); Danıştay 2. Dairesinin Kararı, T. 9.11.2007, E. 2007/1282, K. 2007/4240 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018).

²⁶⁴ İdare sadece ayrıcalıklardan yararlanmamakta bunların yanında bazı yükümlülükler de tabi olmaktadır. Örneğin, idare, kamu parasını kullanırken ihale açmak ve eşitlik ilkesini gözetmek durumundadır. İdare ayrıca, işlemlerinde birey yararını veya belli bir idari kurumun yararını değil, kamu yararını dikkate almak zorundadır. Gözler, *İdare Hukuku*, C I, a.g.e., s. 90-91.

²⁶⁵ Brisson J-F ve Rouyere A, *Droit Administratif*, Paris: Montchrestien, 2004, s. 25 (Nakleden-Antoine, a.g.m., s. 5).

²⁶⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 87.

²⁶⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, 2. b., Bursa: Ekin Kitabevi, 2009, s. 29.

getirdiği işlemle üçüncü kişilerini statülerini etkilemesi başlı başına özel hukuku aşan bir ayrıcalık olarak görülmektedir²⁶⁸.

Kamu gücü, ister bir ayrıcalıklar demeti şeklinde ister özel hukuku aşan hüküm ve yetkiler biçiminde ortaya çıksın, her iki şekilde de idareyi ve uygulamalarını, özel hukuktan ayırıştırmakta ve bunların tabi olduğu yeni bir hukuki rejim ihdas etmektedir. Dolayısıyla, kamu gücünü ifade eden kavramlar, farklı şekilde ifade edilseler de aynı hukuki rejimi tarif etmek için kullanılmaktadırlar.

3. Kamu Gücü Ayrıcalıkları ve Re'sen İcra Yetkisi

İdari kararın, birey tarafından yerine getirilmemesi veya bireyin işlemin uygulanmasına direnmesi, kararın zorla yerine getirilmesini gerekli kılabilir. Bu zorla yürütme kabiliyeti idarenin kamu gücüne sahip olduğunu göstermektedir²⁶⁹. Sarıca, bu yüzden re'sen icra yetkisini Onar'dan mülhem bir biçimde, “*hakimin tavassutuna lüzum kalmaksızın bizzat icra edebilmesi iktidarı*” olarak tanımlamaktadır²⁷⁰. Ancak bu güç ve icra kabiliyeti, baskı amacıyla değil kamu yararı amacıyla kullanılabilir²⁷¹.

Yukarıda bahsi geçen “ayrıcalıklar demeti” deyişi, kamu gücünü daha somut bir biçimde yansıtmaktadır. Kuşkusuz bu ayrıcalıklardan konumuz itibarıyla en önemlisi idarenin kendi kararlarını kendisinin uygulamasına imkan tanıyan re'sen icra yetkisidir.

Re'sen icra yetkisi kökenini kamu gücü ilkesinde bulduğu gibi yine Roma hukukuna dayanmaktadır²⁷². Roma hukukunda *fiscus* (veya *Fisc*) olarak adlandırılan imparatorluk hazinesine, ayrı bir tüzel kişilik tanınmış ve *fiscus*'a karşı özel hukuk davası açılarak devlet memurlarının verdiği zararların tazmin edilebileceği kabul edilmiştir²⁷³. *Fiscus*, sahip olduğu ayrıcalıklarla ve bu ayrıcalıkların uygulanması

²⁶⁸ Bertrand Seiller, “L'exorbitance du droit des actes administratif unilatéraux”, in *L'exorbitance du droit administratif en questions*, Fabrice Melleray, Colloque des 11 et 12 décembre 2003 à Poitiers, Paris: LGDJ, 2004, s. 111.

²⁶⁹ Sarıca, *İdari Kaza*, a.g.e., s. 108.

²⁷⁰ a.yer.

²⁷¹ Charlotte Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union Européenne*, Paris: LGDJ, 2004, s. 4.

²⁷² Krynen, a.g.m., s. 41.

²⁷³ Onar, a.g.e., s. 129. Günay da, adına *hazine teorisi* denen bu uygulamanın Almanya'da ortaya çıkıp geliştiğini ama köklerinin Roma hukukuna dayandığını belirtmektedir. Günay, a.g.e., s. 38.

sırasında bireylere zarar verebilmektedir. Krynen, *Fiscus*'a ait ve genel hükümlere (*özel hukuk ya da common law*) aykırı 31 yetkinin olduğunu belirtmektedir²⁷⁴. Bu yetkilerden bazıları ise günümüz re'sen icra yetkileri ile örtüşmektedir. Bunlar arasında²⁷⁵:

- *Fisc*, kendisine olunan borcun tahsili için sözleşmeci karşı tarafın taşınmazı üzerinde ipotek kurma yetkisini haizdir.
- *Fisc*, koşulları oluştuğunda borçluyu borcun vadesinden önce borcunu ödemeye zorlama yetkisine sahiptir.
- *Fisc*, güç kullanarak fiziken zorlama yetkisine sahiptir.

şeklindeki yetkiler sayılabilir.

Fisc'in sahip olduğu yetkilerin günümüz re'sen icra yetkileri (ve elbette kamu gücü ayrıcalıkları) ile taşıdığı benzerlik dikkate değerdir. Nitekim, günümüzde de idare kamusal alacaklarını re'sen icra yetkisini kullanarak tahsil etmektedir. Konu ile ilgili bir kararında Danıştay, bu tür alacakların tahsilinin kamu gücü ile gerçekleşeceğini belirtmektedir²⁷⁶. Dolayısıyla re'sen icra yetkisi çok çeşitli kamu gücü ayrıcalıklarından birini oluşturmaktadır²⁷⁷. Kamu gücü, bazen de re'sen icra yetkisi ile kendisini görünür kılmaktadır. Örneğin, idarenin, kamu düzenini sağlamak amacıyla başvurduğu kolluk yetkisi kapsamında yıkılacak derecede tehlikeli yapıları yıkması, bireylerin güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alması durumunda bu güç, somut olarak görünür hale gelmektedir. Yine idarenin gerçekleştirdiği köprü, yol, tünel, baraj, elektrik santrali gibi büyük yatırım gerektiren projelerin somut aleme taşınmasında, re'sen icra yetkisinin payı büyüktür. Keza, bu projelerin uygulanması sırasında bireylerin mameleklerinde meydana gelen zararların karşılanması her ne kadar kamu külfetleri

²⁷⁴ Krynen, a.g.m., s. 41.

²⁷⁵ Örnekler Krynen, a.g.m., s. 41'den alınmıştır.

²⁷⁶ Danıştay 13. Dairesinin Kararı, T. 28.06.2005, E. 2005/1034, K. 2005/3309: "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ortak özellikleri, kamu giderlerini karşılamak üzere yasayla konulması, kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmalarıdır." (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 16 Mayıs 2017).

²⁷⁷ Danıştay yakın tarihli bir kararında tek taraflı işlem tesis etme yetkisini bir kamu gücü ayrıcalığı olarak değerlendirmektedir: "İdari işlemle, idari makamların kamu gücünü kullanarak kamu hukuku alanında yaptığı tek yanlı, kesin doğrudan uygulanabilir işlemlerdir. idari işlemin en belirgin özelliği ilgilinin isteğine bağlı olmaksızın idarenin tek yanlı iradesi ile ilgililerin hukuksal durumunu etkileyebilmesidir." Danıştay, Altıncı Dairesinin Kararı, T. 10.09.2015, E. 2015/7660, K. 2015/5138, Danıştay Dergisi, S. 140, (2015) s. 118; Fransız Conseil d'Etat'sı da benzer şekilde bir idarenin ihlal sonucu verdiği idari yaptırım cezasını kamu gücünün uygulanması olarak görmektedir. CE, 7 Aralık 2016, *SCP BARADUC, DUHAMEL, RAMEIX*, N° 386304 (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr> - 16 Mayıs 2017).

karşısında eşitlik ilkesine dayandırılrsa da, bu zararlar, esasında kamu gücünün yansımaları olan re'sen icra yetkisinin kullanımı sonucu meydana geldiğinden idareye atfedilebilmektedir. Dolayısıyla kamu gücü, bir anlamda idarenin sorumluluğunun nedenini de teşkil etmektedir. Zira, kamu gücüyle kullanılan yetkiler idareye sadece görev ve yetki vermemekte aynı zamanda idare için birer yükümlülük oluşturmaktadır²⁷⁸.

Sonuç olarak kamu gücünün hayata geçirilmesi bakımından re'sen icra yetkisi büyük önem taşımaktadır. Hatta bu yetkinin yokluğunda kamu gücü ilkesi işlevsiz ve etkisiz kalabilmektedir. Dolayısıyla re'sen icra yetkisi, kamu gücünün pratikteki görünümünden biri ve bu gücün uygulanma tekniği olarak ortaya çıkmaktadır.

B. Hukuka Uygunluk Karinesi

Hukuka uygunluk karinesi, idari işlemlerin temel özelliklerinden biridir. Karineye göre idari işlemler, alındıkları andan itibaren hukuka uygun kabul edilirler ve geçerliliklerine veya yürütülmelerine engel olabilecek bir yargı kararı araya girmedikçe hukuken varlıklarını sürdürmeye ve uygulanmaya devam ederler²⁷⁹. Bu yüzden hukuka uygunluk karinesi, aynı zamanda idarenin tek taraflı karar alabilme yetkisinin bir uzantısı olarak görülmektedir²⁸⁰. Özel hukuk ilişkilerinde bireyleri böyle ayrıcalıklı konuma getiren kurallar olmadığına göre hukuka uygunluk karinesi aynı zamanda bir kamu gücü ayrıcalığıdır. Zira, idari işlemin bir mahkeme kararıyla ortadan kaldırılincaya (veya hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilinceye) kadar hukuka uygun kabul edilmesi başlı başına bir ayrıcalık olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuka uygunluk karinesi Fransız hukukunda teknik açıdan “ön ayrıcalığı”²⁸¹ veya “öncelik ayrıcalığı” olarak çevrilebilecek *privilège du préalable*²⁸² kavramıyla

²⁷⁸ İdarenin yetkileri onu aynı zamanda sınırlamaktadır. Bu durum ne kadar çok yetki (*dérogations en plus*), o kadar az yetki (*dérogations en moins*) deyişle ifade edilmektedir. Jean Rivero, *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 1971, s. 35 (Nakleden-Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 87)

²⁷⁹ “Hukuk düzeni, idarenin işlem ve kararının hukuka uygun olduğunu kabul eder.” Özay, a.g.e., s. 12; “İdari işlemler hukuka uygun sayılırlar ve bir yargı kararına gerek olmaksızın muhatabı bağlarlar”. Yayla, a.g.e., s. 449; “Hukuk idarenin iradesiyle gerçekleştirme amacı güttüğü sonucun doğmuş bulunduğunu kabul eder.” Zehreddin Aslan, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. b., İstanbul: Alfa Yayınları, 2001, s. 19.

²⁸⁰ Xavier Dupré de Boulois, *Le pouvoir de décision unilatérale*, Etude de droit comparé interne, Paris: LGDJ, 2006, s. 8.

²⁸¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 678.

ifade edilmektedir. Kavram, idari işlemlerin hukuka uygun kabul edildikleri ve aksine hakim kararı olmadıkça uygulanmaya devam edildikleri anlamına gelmektedir²⁸³. Yasallık karinesi (*présomption de légalité*) de, yine idari işlemlerin kanuna dayandığı varsayımını temel almakta ve hukuka uygunluk karinesi ile aynı anlamda kullanılmaktadır²⁸⁴. İster hukuka uygunluk karinesi, ister yasallık karinesi olarak nitelendirilsin idari işlemlerin alınması ve uygulanmasının bir koruma kalkanından (hukuka uygunluk) yararlandığı düşüncesi vurgulanmaktadır²⁸⁵. Bu kalkanın bertaraf edilebilmesi için de idarenin işlemi, idari yargıcın önüne taşınmalı ve hakkında iptal ya da yürütmenin durdurulması kararı verilmelidir.

Danıştay, hukuka uygunluk karinesini yalnızca bir ayrıcalık olarak değil, bir idare hukuku ilkesi olarak kabul etmektedir²⁸⁶. Doktrin ise genel olarak ilke ve ayrıcalık tartışmasına girmemekte ve karinenin doğurduğu hukuki sonuca odaklanmaktadır²⁸⁷.

²⁸² CE, 30 Mayıs 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, III, p. 9., CE, 2 Temmuz 1982, *Huglo, Leb.*, s. 257; Hauriou, a.g.e., s. 393; Ayrıca bkz. Frier, Petit, a.g.e., s. 317; Guettier, a.g.e., s. 154.

²⁸³ Patrick Goffaux, *L'inexistence de privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution d'office*, Bruxelles: Bruylant, 2002, s. 1; “İdarenin muhatabının onamına ihtiyaç duymadan sonuç doğuran irade açıklaması olan idari işlemlerin hukuka uygun olduğu kabul edilir. Buna hukuka uygunluk karinesi denilmektedir. Hukuka uygunluk karinesi, karşı tarafın iradesine ihtiyaç duymadan hukuki sonuç doğurabilmenin bir sonucudur.” Bkz. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 147; “Gerek hukuki neticenin gerek maddi ve fiili neticelerin bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın elde edilebilmesi imkanı *privilège du préalable* ile idareye bahşedilmiştir”. Özyörük, a.g.e., s. 214-215.

²⁸⁴ Anayasa Mahkemesi de bir kararında “yasallık karinesi”ni “hukuka uygunluk karinesi” ile aynı anlamda kullanmıştır: “Öte yandan, idarî işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idarî işlemlerin yerindeligi ve hukuka uygun olduğu varsayılır”. AYM Kararı, T. 21.09.1995, E. 1995/27, K. 1995/47 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 17 Mart 2018): Yasaya uygunluk karinesi sayesinde idari işlem hukuk düzenine girdiği andan itibaren hukuka uygun kabul edilir ve başkaca bir ön denetime tabi değildir. Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 1171; “İdari işlemin icrai nitelikte olması, aksi ispat edilinceye kadar işlemin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir. Bu bakımdan idari işlemler “kanunilik karinesi”nden yararlanırlar”. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, a.g.e., s. 367; “İdari işlemlerin yasal olduğu varsayılır”. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 368.

²⁸⁵ Danıştay da bir kararında yasallık karinesi ile hukuka uygunluk karinesini aynı anlamda kullanmıştır: “...İdari işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idari işlemlerin yerindeligi ve hukuka uygun olduğu varsayılır.” Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 19.12.2008, E. 2008/4826, 2008/8384, (Nakleden-Atay, a.g.e., s. 448)

²⁸⁶ “Bundan başka idare hukukunun diğer önemli bir ilkesi de idari işlemlerdeki doğruluk karinesidir. Bu ilke idarenin tek taraflı kararlarına vatandaşın uyma zorunluluğunu doğurur.” Danıştay İBKG Kararı, T. 22.12.1973, E.1968/8, K. 1973/14 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018); Danıştay 9. Dairesinin Kararı, T. 07.03.1972, E. 1972/179, K. 1972/494 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018).

²⁸⁷ “Hukuka uygunluk karinesi, karşı tarafın iradesine ihtiyaç duymadan hukuki sonuç doğurabilmenin bir sonucudur”. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 147; “İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlandıklarından, idare, zorla icra etme yetkisine sahip olduğu hallerde, araya bir yargı kararı girmeksizin işlemini icra edebilir”. Günday, a.g.e., s. 125; “İdari işlemler, ... iptal edilinceye ... veya idare tarafından geri alınıncaya kadar ... hukuka uygun kabul edilirler”. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, a.g.e., s. 367; “İdare tarafından tek yanlı olarak alınan idari işlemlerin hukuka uygun oldukları varsayılır”. Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s. 677.

Danıştay, ayrıca bazı kararlarında hukuka uygunluk karinesi yerine “doğruluk karinesi”²⁸⁸ veya “yasallık karinesi”²⁸⁹ kavramlarını kullansa da kararlarının çoğunluğunda “hukuka uygunluk karinesi”²⁹⁰ ni tercih etmektedir. Anayasa mahkemesi de benzer şekilde bazı kararlarında “yasallık karinesi”²⁹¹ demiş olsa da, daha çok hukuka uygunluk karinesi terimini kullanmaktadır²⁹².

Hukuka uygunluk karinesi idari işlemlerin hukuka uygunluk korumasından yararlanmasını ve bu temelde uygulanmasını esas almaktadır²⁹³. Re’sen icra da idarenin araya bir mahkeme kararı girmeksizin aldığı kararları kendiliğinden uygulayabileceği

²⁸⁸ Danıştay 9. Dairesinin Kararı, T. 07.03.1972, E. 1972/179, K. 1972/494: “İdare hukukunun bir ilkesi olan idari işlemlerde doğruluk karinesi, idari işlemlerin de düzeltildiği tarihe kadar doğurduğu sonuçların hukukten geçerli ve muteber sayılmasını gerektirmektedir”. (Nakleden-Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 150); Danıştay’ın kullandığı kavram tartışmaya açıktır. Zira doğruluk, yanlışlık, iyilik ve kötülük gibi kavramlar hukuki olmaktan ziyade etik ifadelerdir. Bunun yerine kavramı özgün adıyla yani hukuku uygunluk karinesi olarak kullanmak daha uygun görünmektedir; Danıştay’ın “doğruluk karinesi” terimini kullandığı diğer kararları için bkz. Danıştay VDDK Kararı, 18.11.1994, E. 1994/72, 1994/40 (<http://www.kararara.com> - 21 Mayıs 2018); Danıştay VDDK Kararı, T. 26.12.2012, E. 2010/707, K. 2012/618 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018); Danıştay Büyük Genel Kurul Kararı, T. 22.12.1973, E. 1969/8, K. 1973/14 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018); Danıştay 3. Dairesinin Kararı, T. 28.05.1981, E. 1981/83, K. 1981/100 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018).

²⁸⁹ “İdari işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği idari işlemlerin yerindeliliği ve hukuka uygun olduğu varsayılır”. Danıştay, 8. Dairesinin Kararı, T. 19/12/2008, E.2008/4826, K. 2008/8384 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 14.11.1970, E. 1969/4876, K. 1970/5142: “...icrai bir karara karşı mevzuata ve hukuka aykırı olduğu nedeniyle Danıştay’a açılmış olan bir iptal davası, o kararın icrai niteliğini değiştirmez... Yani idari işlemlerin tümünün mevzuata ve hukuka uygunluğu yolunda bir karine vardır ve iptal davası açılmış ve yürütmenin durdurulmasının istenmiş olması bu karineyi ortadan kaldırmaz.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018).

²⁹⁰ Danıştay 7. Dairesinin Kararı, T. 19.02.2001, E. 2000/1506, K. 2001/501 (<http://www.kararara.com> - 11 Mart 2018); Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 21.12.1293, E. 1992/3429, K. 1993/4314 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 11 Mart 2018); Danıştay 2. Dairesinin Kararı, T. 06.10.2010, E.2010/672, K.2010/3699, Danıştay Dergisi, S. 126, (2011), s.110 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 15.12.2015, E. 2015/2596, K. 2015/yok, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018); Danıştay 7. Dairesinin Kararı, T. 16.11.2005, E. 2002/4300, K. 2005/2763 (<http://www.vergi.tc/yargi-karar> - 21 Mayıs 2018).

²⁹¹ AYM Kararı, T. 21.09.1995, E.1995/27, K. 1995/47: “Öte yandan, idarî işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idarî işlemlerin yerindeliliği ve hukuka uygun olduğu varsayılır.” (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 6 Haziran 2017); AYM Kararı, T. 21.09.1995, E.1995/46, K. 1995/49 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 21 Mayıs 2018).

²⁹² AYM Kararı, T. 19.03. 2015, E. 2014/146, K. 2015/31: “İdarî işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve aleyhlerine dava açılması idarî işlemlerin yürütmesini durdurmaz.” (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 6 Haziran 2017); Benzer yönde bkz. AYM Kararı, T. 16.03. 2016, E. 2016/19, K. 2016/17 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 6 Haziran 2017); AYM Kararı, T. 13.05.1998, E.1996/51, K. 1998/17 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 21 Mayıs 2018); AYM Kararı, T. 27.05.1999, E.1998/58, K. 1999/19 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 21 Mayıs 2018).

²⁹³ Bununla beraber hukuka uygunluk karinesinin işlevinin fazla abartıldığı, aslında tek taraflı karar verme yetkisinden ibaret olduğu ileri sürülmüştür. Bénéoit’dan ayrıntılı kaynak göstermeden Nakleden-Milhat, *L’acte administratif*, a.g.e., s. 94.

kabulüne dayanmaktadır²⁹⁴. Dolayısıyla, hukuka uygunluk karinesinin varlığı, re'sen icranın uygulama alanı bulmasını sağlamaktadır. Hukuka uygunluk karinesi sayesinde ki idare, herhangi bir engelle (iptal veya yürütmenin durdurulması kararı haricinde) karşılaşmadan kararlarını re'sen icra edebilmektedir. Hukuka uygunluk karinesi, bu açıdan re'sen icranın büründüğü zırh olarak görülebilir.

Hukuka uygunluk karinesi ile re'sen icra yetkisi bazı yönlerden ayrılmaktadır. Öncelikle, hukuka uygunluk karinesi işlemin hukuken doğduğu andan, uygulandığı ve sonuçlarını doğurduğu ana kadar geçerlidir. Yani hukuka uygunluk karinesi, re'sen icradan farklı olarak hem işlemin icrailik aşamasını, hem re'sen uygulama aşamasını kapsamaktadır²⁹⁵. Bu koruma, henüz hukuk aleminde iken ve dış dünyaya taşınmamış iken başlamıştır. Buna karşın re'sen icra, işlemin doğma aşamasında değil uygulanma aşamasında devreye girmektedir. Bong, hukuka uygunluk karinesi ile re'sen icra yetkisi arasındaki ilişkiyi şu şekilde açıklamaktadır: “*idarenin, doğrudan doğruya ve tek başına, üçüncü kişilerin iradesine ihtiyaç duymaksızın ve bunlar üzerinde çeşitli hukuki sonuçlar doğurabilecek nitelikte işlemler yapma ayrıcalığı (hukuka uygunluk karinesi); idareye bu işlemlerini kendiliğinden ve kendine özgü güçleri harekete geçirmek suretiyle yerine getirme ayrıcalığını da (re'sen icra yetkisi) sağlamaktadır*”²⁹⁶. Bong'un, ilk tanımda idari işlemin tek taraflılık ve icrailik özelliklerini hukuk uygunluk karinesini tarif etmek için kullandığı görülmektedir. Kanımızca hukuka uygunluk karinesi, sadece tek taraflılık ve icrailik özelliklerini taşımamakta aynı zamanda işlemin uygulama evresini kapsamaktadır.

İkinci olarak, re'sen icra bir yetki iken, hukuka uygunluk karinesi bir ilke ve ayrıcalık olarak ortaya çıkmaktadır. İleride göreceğimiz üzere, re'sen icra için bu yetkiyi öngören bir kanun olmalıdır. Çünkü idare hukukunda yetkisiz olma durumu asıl,

²⁹⁴ Gözübüyük ve Tan'a göre “*Hukuka uygunluk karinesi, işlemin kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olduğunu ifade eden bir kavram olarak bir “hukuki fiksiyonu” ifade etmektedir.* Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 424. Fiksiyon, “gerçekte olup olmadığı bilinmediği halde varmış gibi düşünülen şey” şeklinde tanımlanmaktadır. Tuğlacı, a.g.e., s. 801. Karakaş da fiksiyonu bir varsayım olarak nitelermektedir. Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara: AÜHFD, C. 62, S. 3, (2013), s. 752. Bu açıdan hukuki fiksiyon, hukuki bir varsayım olarak görülmektedir. Hukuka uygunluk karinesi de idare tarafından alınan kararın hukuka uygun olduğu varsayımına dayanmaktadır.

²⁹⁵ André De Laubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome I Droit administratif, 15^e Ed., Paris: LGDJ, 1999, s. 769.

²⁹⁶ Nguyen Van Bong, “*Décision Exécutoire et Décision Faisant Grief en droit administratif français*”, (Doktora Tezi), Paris, 1960, s. 32-34.

yetkili olma durumu ise istisnadır²⁹⁷. Bir yetkinin varlığından söz edebilmek için bu yetkinin mevzuatta yer alması gerekmektedir. Buna karşın hukuka uygunluk karinesi için bu tür bir şart öngörülmemiştir. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması için bu durumun, ayrıca mevzuatta belirtilmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bununla beraber, hukuka uygunluk karinesi, içtihadi bir ilke olduğundan kanunla ilkeye aykırı düzenlemeler getirilebileceği ifade edilmektedir²⁹⁸.

Hukuka uygunluk karinesi ile re'sen icra arasındaki üçüncü fark, re'sen icra yetkisinin kural olarak birel nitelikteki idari işlemler için geçerli olması iken, hukuka uygunluk karinesinin, hem birel hem düzenleyici işlemler için geçerli olmasıdır²⁹⁹. Yukarıda, idari işlemlerin icrailik özelliğinin düzenleyici işlemler için geçerli olduğu belirtilmişti. Hukuka uygunluk karinesi icrailik aşamasını da kapsadığından aynı şekilde düzenleyici işlemler için de geçerlidir. Erkut da, idarenin kamu gücü ile hareket ederek tesis ettiği işlemlerin idare hukukunun genel bir ilkesi olan hukuka uygunluk karinesinden yararlandığını ve icrai nitelikteki her işlemin de re'sen icra yetkisinden ve bu yetkinin beraberinde getirdiği ayrıcalıklardan yararlanacağını belirtmektedir³⁰⁰. İcrai nitelikteki her işlemin, re'sen icra ayrıcalığına sahip olduğu söylenemese de icrai her işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanabileceği söylenebilir. Söz gelimi belediyenin çıkardığı yönetmelik ve bu yönetmeliğe dayalı olarak tesis edilen işlem de icrai kabul edilerek hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Buna karşın, düzenleyici işlemin kural olarak, doğrudan re'sen icrasından söz edilememekte birel işleme dönüşüp uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Hukuka uygunluk karinesinin panzehiri ise tesis edilen idari işlem hakkında, idari yargı mercileri tarafından verilebilecek olan iptal veya yürütmenin durdurulması

²⁹⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 747.

²⁹⁸ Hukuka uygunluk karinesinin karşıtı hukuka aykırılık karinesi olur. Dolayısıyla yasal düzenleme yapılan işlemin hukuka aykırılığını esas alır. İşlem alındığı andan itibaren hukuka aykırı kabul edilir ve uygulanamaz. Ancak bu varsayım hukuk mantığına uygun düşmemektedir. Hukuka uygun olarak kurulmuş ve yetkilendirilmiş bir idarenin hukuka aykırı kararlar alacağı varsayılmaz. Ancak yetki gaspı, fonksiyon gaspı veya ağır ve bariz yetki tecavüzüyle malul işlemlerde baştan bir hukuka aykırılık söz konusudur. Çünkü bu tür işlemlerde ağır bir hukuka aykırılık ve yetkisizlik hali bulunmaktadır. Bununla beraber hukuk sistemimizde vergi işlemlerine karşı dava açılması işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmaktadır (2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu, madde 27/4). Dolayısıyla bu tür işlemler için hukuka uygunluk karinesi daha sınırlı bir geçerlilik hali barındırmaktadır. Yine Alman idare hukukunda bir idari işlem hakkında idari dava açılmasının idari işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurduğu belirtilmektedir. Bkz. Frier, Petit, a.g.e., s. 317.

²⁹⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 678.

³⁰⁰ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 120.

kararlarıdır³⁰¹. Bu iki karardan biri verilmediği sürece hukuka uygunluk koruması karine ve ayrıcalık olarak varlığını sürdürmektedir³⁰². İptal veya yürütmenin durdurulması kararları, işlemin re'sen icrasına da engel olmaktadır. İptal kararında re'sen icranın dayanağı olan işlem ortadan kalktığı için idare uygulama ameliyelerine son vermek zorunda kalmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesi durumunda ise re'sen icra askıya alınmaktadır. Açılan dava sonucu iptal kararı verilmezse, bu askıya alma hali son bulur ve idare, işlemin gerektirdiği uygulamalara devam edebilir.

C. Kamu Hizmetlerinin Devamlılığı İlkesi

Kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi, kamusal ihtiyaçların düzenli ve kesintisiz bir biçimde yerine getirilmesini gerektirmektedir³⁰³. Danıştay kararında geçtiği şekliyle “*kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesi asıldır*”³⁰⁴. Kamu hizmetlerinin düzenli ve kesintisiz yerine getirilmeleri, bu hizmetlerin anlık olarak devam ettiği, her an yerine getirilen faaliyetler olduğu anlamına gelmemektedir. Bu açıdan, kavramı anlatan özellikler olarak devamlılık veya süreklilik³⁰⁵, bazı hizmetlerde “kesintisizliği” bazı hizmetlerde ise “işleyişte düzenliliği” ifade etmektedir³⁰⁶. Örneğin, belediyeler tarafından hanelere su sağlanması, sağlık ve güvenlik hizmeti, itfaiyecilik faaliyeti her an ulaşılabilir, kesintisiz hizmetler olmak zorundayken, eğitim faaliyeti kesintili ancak işleyişte düzenli olarak yerine getirilmektedir. Bununla beraber, bu tür kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında yapılan kesintiler mevzuatla öngörülmuş kesintilerdir³⁰⁷.

Kamu hizmeti ölçütünü, idari yargının görev alanını tayin etmek için temel ölçüt olarak kabul eden idare hukuku anlayışı da devleti, bir kamu hizmetleri örgütü olarak

³⁰¹ Uçar, a.g.m., s. 350.

³⁰² “Başka bir deyişle bu tür idari işlemler iptal edilinceye kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak yürürlükte kalır.” AYM Kararı, T. 27.05.1999, E. 1998/58, K. 1999/19 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 06 Haziran 2017)

³⁰³ Gilles J. Guglielmi, Geneviève Koubi, *Droit du service public*, Paris: Montchrestien, 2007, s. 571 - 572.

³⁰⁴ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 18.11.1998, E. 1996/920, K. 1998/1846 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Ağustos 2017).

³⁰⁵ Karahanoğulları, “süreklilik” kavramını tercih etmektedir. Bkz. Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 2. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 190

³⁰⁶ Jean Marie Pontier, *Les services publics*, Paris: Hachette, 1996, s. 76 (Nakleden-Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. 191).

³⁰⁷ 222 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununun 42. maddesi: “İlköğretim kurumlarının açılma, kapanma ve öğretime ara verme zamanları Milli Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”.

görmektedir³⁰⁸. Nasıl ki devletin devamlılığı esassa kamu hizmetlerinin de devamlılığı esastır. Kamu hizmetleri devam ettiği sürece devletin varlığı da devam etmektedir³⁰⁹.

Devamlılık ilkesinin temellerini, Anayasada da bulmak mümkündür. Örneğin kamu hizmeti görevlileri ilgili hükümlerden biri olan 128. madde “kamu hizmetlerinin gerektirdiği... sürekli görevler..” den söz ederken kamu hizmetlerinin sürekliliğini de vurgulamış olmaktadır³¹⁰. Bundan başka, Anayasanın 106. maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, kırk beş gün içinde Cumhurbaşkanı seçimi yapılır. Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır”³¹¹ hükmünün temelinde, kamu hizmetlerinin devamlılığı düşüncesi bulunmaktadır. Yine 116. maddesindeki “Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının göreve başlamasına kadar devam eder” hükmünün gerisinde de kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesinin yattığı belirtilmektedir³¹².

Kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi, Fransız Anayasa Konseyi tarafından “anayasal bir ilke” (*un principe constitutionnel*) olarak kabul edilmektedir³¹³. Conseil

³⁰⁸ Onar, a.g.e., s. 21.

³⁰⁹ Nitekim savaş sırasında düşman ülkenin kamu hizmetlerini felce uğratarak devamlılığını engellemek büyük bir zafer kabul edilmektedir. Onar, a.g.e., s. 21.

³¹⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. 231.

³¹¹ Anayasa hukukuna ilişkin çalışmalarda görevi sona eren ama yeni hükümet kuruluncaya kadar görevine devam eden ve günlük işler dışında önemli ve uzun süreye yayılabilecek sonuçlar barındıran kararların, adına “işgüder hükümet” denilen bir hükümet tarafından alınmaması gerektiği belirtilmektedir. Aslında bu hükümetin görevi var olan süreç ve durumu devam ettirmektir. Yani kamu hizmetlerinin devamlılığını sağlamaktır. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000, s. 573; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 7. b., İstanbul: Beta Yayınları, 2005, s. 347; Mehmet Turhan, “Parlamentar Rejimde Başkanın Statüsü ve Bakanların Sorumluluğu”, içinde *Anayasa ve Uyum Yasaları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003, s. 397; Mustafa Okşar, *1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2012, s. 303.

³¹² Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. 231.

³¹³ Anayasa Konseyi kararında 1958 Anayasasının da kabul ettiği 1946 Anayasasının başlangıç kısmına gönderme yaparak grev hakkının bir anayasal ilke olduğunu vurgulamakta ve bu hakka ilişkin düzenlemelerin yine anayasal bir ilke olan kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesine aykırı olamayacağını belirtmektedir. Başka bir deyişle Konsey kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanması amacıyla grev hakkına sınırlama getirilebileceğini kabul etmiştir: Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, (<http://www.conseil-constitutionnel.fr> - 22 Mayıs 2018). Ayrıca bkz. Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 608; Jean Rivero, Jean Waline, *Droit Administratif*, 19eme Edition, Paris: Dalloz, 2002, s. 460.

d'Etat kararlarında ise ilke, hukukun genel ilkelerinden biri olarak yer almaktadır³¹⁴. Bu vesileyle, ilkenin önemi vurgulanmış ve hukuki niteliği güçlendirilmiş olmaktadır. Benzer şekilde Danıştay da bu ilkeyi, hukukun genel bir ilkesi olarak kabul etmektedir: “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”³¹⁵.

İdareye tanınan re'sen icra yetkisinin gerisinde de kamusal ihtiyacı gideren hizmetlerin, sürekli bir biçimde görülmesi yer almaktadır. İdare, kamu hizmetlerini sürekli olarak ve kesinti olmaksızın yerine getirebilmek için re'sen icra yetkisine ihtiyaç duymaktadır. Dupie, kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi ile re'sen icra arasındaki ilişkiyi açıklarken “İdarenin tek yanlı icrai işlem yapma yetkisinin ve re'sen icra yetkisinin gerisindeki ihtiyacın hizmetlerin sürekliliği” olduğunu vurgulamaktadır³¹⁶. Dolayısıyla re'sen icra, bir anlamda dayanağını kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesinden almaktadır. Re'sen icra yetkisi, kamu hizmetlerinde süreklilik veya devamlılığın sağlanabilmesi için idareye tanınması zorunlu bir yetkidir. Bu yetkinin yokluğunda kamu hizmetleri akamete uğramaktadır. Örneğin trafiğin düzgün akışını sağlamak idarenin görevleri arasındadır. Bunu geniş anlamda bir kamu hizmeti olarak bireylere sunmaktadır. Durum böyleyken trafiğin akışına engel olacak şekilde düzgün park edilmemiş bir aracın idare tarafından kaldırılması gerekebilir. Trafiğin yeniden akışının sağlanabilmesi için idareye bu imkanı tanımak gerekir³¹⁷. Araç, re'sen icra yetkisi kullanılarak kaldırılmak suretiyle, kamu hizmetlerinin devamlılığı sağlanmış olmaktadır. Benzer şekilde, idareye bildirilmeden yapılan gösteri ve yürüyüşler de benzer şekilde trafiğin durmasına ve acil hastaların hastaneye ulaştırılarak sağlık

³¹⁴ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*. Conseil d'Etat kararlarında bu ilkenin önemi vurgulanmakta ve kamu hizmetlerinin aksamasına yol açabilecek grev gibi uygulamaların devamlılık ilkesi ile çelişki içerisinde olduğu ifade edilmektedir. CE, *Winkel*, 1909. (Nakleden-Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. 192); CE, 13 Haziran 1980, Mme Bonjean, s. 274 (Nakleden-Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 100, 608)

³¹⁵ Danıştay 8. Dairesi Kararı, T. 22.11.1997, E. 1996/3669 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018).

³¹⁶ Agnes Dupie, “Le principe de contiuinite des services publics”, *Sur les services publics*, Paris, Economica, 1982, s. 41 (Nakleden- Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. 193).

³¹⁷ Bu konuda Saint Just Kararının hükümet komiseri Romieu açıklayıcı bir örnek vermektedir: “Ev yanarken, itfaiyecilerin gelmesi için mahkemeden izin almaya gerek yoktur”. Böyle bir durumda idarenin doğrudan harekete geçebilmesi gerekmektedir. Jean Romieu, *Conclusions sur TC*, 2 décembre 1902, Sté immobilière de Saint-Just, (<http://www.lexinter.net> - 30 Mart 2017), s. 5..

hizmetinden yararlanmasına engel olabilmektedir. İdare tarafından re'sen icra yetkisi kullanılarak bu tür hizmetlerin aksamasının önüne geçilebilmektedir³¹⁸.

Keza re'sen icra uygulaması niteliği taşıyan istimval işlemi her ne kadar olağanüstü hallerde uygulanabiliyor olsa da açıklamasını yine kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesinde bulmaktadır³¹⁹.

Sonuç olarak, idarenin birçok alanda yerine getirdiği kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanabilmesi için re'sen icra yetkisinin idareye tanınması kaçınılmaz bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamlı yetkinin çerçevesinin çizilmesi ve hangi durumlarda uygulanabileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu husus üzerinde çalışmanın ikinci bölümünde durulmaktadır.

³¹⁸ Bununla beraber toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahalede bildirim yapılmamış olması AİHM tarafından idarenin müdahalesi için yeterli bir sebep olarak görülmemektedir. Mahkemeye göre idareye bildirilmemiş olsa bile barışçıl nitelikteki toplantı ve gösteri yürüyüşlerine hoşgörü gösterilmelidir. İzin veya bildirim sistemlerinin özgürlüğün kullanımına yönelik gizli bir engel olarak kullanılmaması gerekmektedir. AİHM 2. Dairesinin Kararı, 29 Kasım 2017, *Balçık and Others v. Turkey*, N° 25/02, p. 49(<https://hudoc.echr.coe.int/tur - 3 Haziran 2018>); AİHM Kararı, *Nurettin Aldemir and Others v. Turkey*, 18 Aralık 2007, N° 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02, 32138/02, p. 43 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur - 3 Haziran 2018>); Bu açıdan gürültü veya trafiğin aksatılması sebepleri özgürlüğe müdahale için yeterli kabul edilmemekte, toplanma veya gösterinin günlük yaşamı ve trafiği belirli bir düzeyde aksatması doğal görülmektedir. AİHM 2. Dairesinin Kararı, 14 Ekim 2014, *Yılmaz Yıldız and Others v. Turkey* N° 4524/06, p. 45. (<https://hudoc.echr.coe.int/tur - 3 Haziran 2018>); İdarenin bildirim yapılmadan düzenlenen yürüyüşe müdahale edebilmesi için göstericilerin şiddet içeren bir eylem yapıyor olması gerekmektedir. AİHM 2. Dairesinin Kararı, 5 Aralık 2006, *Oya Ataman v. Türkiye*, N° 74552/01, p. 38 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur - 3 Haziran 2018>); Ayrıca bkz. Tolga Şirin, “Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Sorunlar”, Ankara: *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, (2013), s. 294; Berke Özenç, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekan Yasakları”, İstanbul: *İÜHFİM*, C. LXXIII, S. 2, (2015), s. 105).

³¹⁹ André Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier, 1959, s. 83.

İKİNCİ BÖLÜM

RE'SEN İCRA YETKİSİNİN NİTELİĞİ VE UYGULAMASI

“İdare, züccaciye dükkanındaki file benzer”³²⁰. Züccaciye sahibi hem dükkanını kötü niyetli kişilere karşı korumalı hem de zararsız müşterilere yönelik hizmet yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Hatta, bazen dükkanın kurallarına uymayan kişileri dışarı çıkarabilmelidir. Bunu sağlamak için güçlü ve caydırıcı bir araca ihtiyaç vardır: fil. Ancak, filin devasa cüssesi, kırılmaya müsait eşyalarla dolu dükkanda, aynı zamanda bir tehdittir. Dükkan sahibinin fili sürekli olarak gözetim ve denetim altında tutması gerekmektedir.

İdare, işlemlerini yerine getirirken veya aldığı kararları uygularken örnekteki fil gibi ele alınabilir. İdarenin bir güce sahip olduğu hatta bu gücü hiç kullanmasa bile bireyler üzerinde bir tehdit oluşturduğu açıktır. Bu gücün, hukuka uygun olarak kullanılması, hukuk vasıtasıyla gözetim ve denetim altında tutulması gerekmektedir. Re'sen icra yetkisi de idareye, yargıdan onay almaksızın işlemlerini fiilen hayata geçirme imkanı verirken idarenin hukuk kuralları içerisinde kalarak hareket edeceğini varsaydığından yetkinin kullanılma şekli ve tabi olduğu kuralların incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmanın bu kısmında re'sen icra yetkisinin temel noktaları üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle re'sen icra yetkisinin niteliği üzerine yapılan tartışmalara yer verilmekte (I) daha sonra da re'sen icraya başvurulabilmesi için gerekli koşullar ele alınmaktadır (II).

³²⁰ Ayaydın'a ait İdare Hukuku'na Giriş kitabının önsözü bu cümleyle başlamaktadır. Fikir ve ilk paragraftaki açıklamalar aynı eserden alınmıştır. Cem Ayaydın, *İdare Hukuku'na Giriş (I) Ders Notları*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2008, s. 7.

I. YETKİNİN NİTELİĞİ ÜZERİNE TARTIŞMALAR

Kamu hizmetlerinin devamı ve idari faaliyetin aksamaması için idarenin kendi işlemlerini uygulama yetkisinin olması gerektiği kabul edilmekte ise de, bu yetkinin niteliği konusunda doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bu konuda iki görüş vardır. Bir görüşe göre, re'sen icra olağan bir yetkidir (A) ve bu yetkinin kullanımı için kanunla ayrıca yetkilendirmeye gerek yoktur. Diğer görüşe göre ise, re'sen icra yetkisi olağanüstü ve istisnai bir yetki olup (B) kanuni dayanak gerektirir. Aşağıda bu görüşler, ayrıntıları ile ele alınmaktadır.

A. Re'sen İcra Yetkisinin Olağan Bir Yetki Olduğuna Dair Görüş

Re'sen icra yetkisinin olağan bir yetki olduğu görüşünde olan yazarlar, bu yetkinin varlığını ileri sürebilmek için açık bir kanun hükmünün gerekmediğini ileri sürmektedirler. Onlara göre, kamu yararını gerçekleştirmek üzere harekete geçen idare bu yetkiye sahip olmalıdır. Bu düşünceyi savunanlara göre bir işlemin uygulanmasının en etkili yolu güç kullanılmasıdır. Zira güç, idarenin ve hukukun etkinliğini sağlamanın en iyi yoludur³²¹. Bu yüzden idare, kamu yararının gerektirdiği durumlarda ve buna yönelik ihtiyacın doğması üzerine bu gücü kullanabilmelidir³²².

Aslan, “Her icrai karar idarece re'sen ve fiilen icra olunabilme imkanını kendi içinde potansiyel olarak taşır”³²³ demek suretiyle re'sen icra yetkisinin olağan olduğu görüşünü savunmaktadır. Yine Erkut da benzer bir biçimde “İcrai nitelikteki her işlem idarenin sahip olduğu re'sen icra yetkisinin getirdiği ayrıcalıklardan yararlanır”³²⁴ demektedir. Re'sen icranın, idarenin olağan yetkilerinden olduğunu savunanlara göre, herhangi bir kuvvet kullanımı gerekmeden uygulanacak bir işlem söz konusu ise idarenin, bu işlemi yapabilmek için ayrıca kanun ile yetkilendirilmesine veya bu işlemi yerine getirmek için mahkemeden izin almasına gerek yoktur. Yani idare, tesis ettiği işlemi kural olarak uygulama yetkisine de sahiptir.

³²¹ Rousset, a.g.e., s. 96.

³²² Conseil d'Etat 1936 yılında verdiği *Jamart* kararında “kamu hizmetini yürüten idari amirlerin kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi için yasal yetkilendirme olmasa dahi gerekli tedbirleri alabileceklerini” ileri sürmüştür. CE, 7 Şubat 1936, *Jamart*. (Nakleden-Rousset, a.g.e., s.97).

³²³ Zehreddin Aslan, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. b., İstanbul: Alfa Yayınları, 2001, s. 20.

³²⁴ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., 120.

Danıştay da yetkinin olağan niteliği konusunda bu doktrinle hem fikir görünmektedir: “Yürütme ve idare, idare hukukunda kabul edildiği üzere, kamu gücüne sahiptir. Kendisine kanunlarla verilmiş görevleri yerine getirirken, kamu gücüne dayanır, kararlar alır; aldığı kararları tek başına ilgililerin iznini almaya mecbur olmadan yürütür”³²⁵.

Re’sen icra yetkisinin olağan bir yetki olduğunu düşünen yazarlar, bu görüşlerini açıklarken idarenin cebir kullanıp kullanmaması temeline dayanan aşağıdaki ayrımlardan yararlanmaktadır. Bu yüzden, önce yazarların esas aldıkları temel yaklaşım olan cebri re’sen icra – cebri olmayan re’sen icra ayrımı incelenmekte (1) daha sonra yazarlara göre cebir kullanılması gerekmeyen uygulamalar ele alınmaktadır (2).

1. Cebri Re’sen İcra - Cebri Olmayan Re’sen İcra Ayrımı

Re’sen icranın ayrımları konusunda, doktrinde derinlemesine bir araştırma yapıldığını ileri sürmek zordur. Genelde, re’sen icra başlığı altındaki açıklamalar kısa görüşlerden ibaret olmaktadır. Bununla beraber, bu kısa açıklamalarda dahi re’sen icra yetkisinin olağan bir yetki olduğunu ileri sürenlere göre re’sen icra, cebri re’sen icra (*exécution forcée*) ve cebri olmayan re’sen icra (*exécution d’office*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³²⁶.

Fransız hukukçularından Sirat, Rivero-Waline ve Benoit’nın, cebri re’sen icra ile cebri olmayan re’sen icra ayrımını benimseyen yazarlardan oldukları belirtilebilir³²⁷. Hatta Benoit ayrım sayısını üçe çıkarıp re’sen icra yetkisini, “bihakkın re’sen icra” (*exécution de plein droit*), cebri olmayan re’sen icra ve cebri re’sen icra olmak üzere üç

³²⁵ Danıştay 3. Dairesinin Kararı, T. 22.11.1978, E. 1978/1158, K. 1978/1213, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21.08.2017); Danıştay öteden beri bu şekilde karar vermektedir: “İdarenin amme hukuku sahasına dahil fonksiyonlarını ifa sadedinde, aksine kanuni bir metin bulunmadıkça bir mahkemeye başvurmaksızın re’sen hareket etmek ve bizatihi icrai kararlar almak yetkisine malikiyeti asıl olan bir kaidedir. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 1946/50 ve 6. Dairesinin 1947/53 sayılı kararları, *Kararlar Dergisi*, Sayı 34, sayfa 23-28 ve sayı 35, sayfa 108-109. (Nakleden-Onar, a.g.e., s. 1462).

³²⁶ Bu ayrımı yapanların normalde ayrımın doğurduğu hukuki sonuç ve rejimi de tayin etmesi gerekir. Ancak çalışmada yer verilen eserlerde yalnızca ayrımlar yapılmakta ayrıca ayrıntılı bir hukuki rejim tayinine gidilmemektedir.

³²⁷ Charles Sirat, “L’*exécution d’office*, l’*exécution forcée*, deux procédures distinctes de l’*exécution administrative*”, Paris: *Semaine Juridique – Juriclasqueur périodique*, I, 1440, 1958, s. 1 vd; Jean Rivero, Jean Waline, *Droit Administratif*, 19eme Edition, Paris: Dalloz, 2002, s. 102-103; F. Paul Benoit, *L’*exécution des actes de collectivités locales**, Chapitre 4, Paris: Folio 4532, 2012, s. 241-252.

başlık altına ele almaktadır. Yazara göre, bihakkın re'sen icra, bireyin idarenin verdiği karara uyması suretiyle işlemin yerine getirilmesidir³²⁸. Burada yine tek taraflı işlemler söz konusudur. Ancak işlemlerin yerine getirilmesi, bir ayrıcalık veya ekstra yetki olarak nitelendirilmemektedir. Bunun dışında, cebri re'sen icra ile cebri olmayan re'sen icranın tanımı konusunda diğer yazarlarla hemfikir olduğu belirtilebilir.

Bahsi geçen yazarlara göre olağan re'sen icra, bireyin idari kararın gereklerini yerine getirmemesi durumunda, idarenin, birey yerine geçerek işlem tesis etmesi halinde söz konusu olmaktadır. Re'sen icrada cebir, işlemin bir parçası değildir ancak idari uygulamanın hizmetine sunulmuştur³²⁹. Yerine getirilecek işlemin, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve yalnızca onun tarafından yerine getirilebilecek bir işlem olmaması durumunda idare, bireyin yerine geçerek (*à la place du particulier*) işlemi re'sen icra etmektedir³³⁰. Trafikğin akışına engel olan bir aracın varlığı durumunda, idare tarafından bireyin yerine geçilerek aracın alandan uzaklaştırılması örneğinde cebri olmayan re'sen icra yetkisinin kullanıldığını belirten yazarlar³³¹, kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemin ne tür işlemler olduğu, şartları ve özelliklerinin neler olduğu konusunda herhangi bir açıklama yapmamaktadırlar.

Rivero ve Waline'e göre cebri re'sen icrada, bütünüyle kişisel (*strictement personel*), kişiye sıkı sıkıya bağlı bir işlem söz konusudur ve birey işlemi uygulamadığı gibi uygulanmasına da engel olmaktadır³³². Bu durumda idare, hem işlemi uygulamak hem de işlemin muhatabının yol açtığı engeli bertaraf etmek amacıyla güç kullanabilir. Bu durumda cebri re'sen icra söz konusudur. Örneğin kamu güvenliğini tehdit eden bir bina varsa, işlemin muhatabından binanın ortadan kaldırılarak tehlikenin bertaraf edilmesi istenir. Birey işlemin gereğini yapmazsa idare onun yerine geçerek binayı yıkar ve kamu düzenini sağlar. Bu konuda yazarlar arasında çatişma vardır. Benoit bu örneği cebri olmayan re'sen icra başlığı altında verirken, Rivero ve Waline, cebri re'sen icra başlığı altında vermektedir³³³. Yazarlar, örnekleri sayma yoluyla vermekte ve bu

³²⁸ Benoit, a.g.e., s. 242; Yazar burada "gönüllü icra"yı kastetmektedir. Dolayısıyla gönüllü icrayı da bir re'sen icra türü olarak kabul etmektedir. Ancak çalışmamızda gönüllü icra bir re'sen icra türü olarak ele alınmamaktadır.

³²⁹ Rivero, Waline, a.g.e., s. 103.

³³⁰ Benoit böyle bir yetki için yasal dayanak olması gerektiğini belirtmektedir. Benoit, a.g.e., s. 248.

³³¹ Rivero, Waline, a.g.e., s. 103

³³² a.g.e., s. 103

³³³ Benoit, a.g.e., s. 248. Rivero, Waline, a.g.e., s. 103.

yöndeki tespitlerinin nedenini ortaya koymamaktadırlar³³⁴. Benoit ayrıca, cebri re'sen icranın olduğu yerde, bireyin filinin adli soruşturmaya uğrayacak şekilde suç teşkil edebileceğini ileri sürmektedir³³⁵.

Sirat, konuya farklı bir açıdan yaklaşmakta ve cebri uygulamanın bir yaptırım olarak görülemeyeceğini ama bir son çare (*ultima ratio*) olabileceğini, esas olanın cebri olmayan re'sen icra olduğunu belirtmektedir³³⁶. Sirat, iki kavram arasındaki farkı anlatırken, cebri olmayan re'sen icrada, idare tarafından işlemin uygulanması için bireyin yerine geçildiğinden (*au lieu et place de l'individu*), cebri icrada ise, bireyin temel hak ve özgürlüğüne müdahale edecek biçimde cebir kullanıldığından söz etmektedir³³⁷. Ancak, her ne kadar idare tarafından re'sen icraya, muhatabın, kararın gereğini yerine getirmemesi üzerine başvurulabilmekteyse de³³⁸ ayırım için, yerine geçme ile cebir kullanımının birer ölçüt olarak benimsenmesi doğru gözükmemektedir³³⁹. Sirat, bu şekilde karşılaştırılabilir kavramlar kullanmadığından, teorisini temellendirmek konusunda sıkıntı yaşamaktadır. Bu açıdan, yazarın ortaya koyduğu ayırımın tatmin edici ve anlaşılır olmadığı ve yeterince temellendirilemediği görülmektedir. Yazara göre idare, ne zaman re'sen icraya yönelse, işlemlerin birey tarafından uygulanmaması üzerine, uygulanmasını sağlamak için harekete geçmektedir³⁴⁰. Buna karşın, kanımızca hem cebri olmayan re'sen icrada hem cebri re'sen icrada, idarenin işlemin gereğini yapmayan muhatabın yerine geçerek uygulama

³³⁴ Yazarların bu yöndeki tercihlerinin nedeninin cebirin niteliği konusunda ortak görüş olmamasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Bu da kanımızca cebri re'sen icra ile cebri olmayan re'sen icra arasındaki sınırın kesin olarak belirlenememesinden kaynaklanmaktadır.

³³⁵ Benoit, a.g.e., s. 249.

³³⁶ Sirat bazı yerlerde de esas olanın adli yargıçtan işlemin uygulanması için izin almak olduğunu ancak re'sen icraya durumun gerektirmesi (*par necessité*) durumunda başvurulabileceğini ileri sürerek daha fazla kafa karışıklığına yol açmaktadır. Sirat, a.g.m., s. 2.

³³⁷ Sirat, a.g.m., s. 7.

³³⁸ Sirat'a göre, ilgilinin, kararın gereğini yerine getirmemesi durumunda idare, onun yerine geçerek işlemin icrasını gerçekleştirir. Çalışmamızda bunun için yerine geçmek ifadesi değil, kararın gereğinin yerine getirilmemesi üzerine idarenin re'sen icraya başvurusu ifadesi kullanılmaktadır. Sirat, a.g.m., s. 7; Ayrıca bkz. Ludivine Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Paris: Dalloz, 2012, s. 344.

³³⁹ Zira yerine geçme ve cebir kavramları karşılaştırılabilir kavramlar olarak ortaya çıkmamaktadır. Sirat, re'sen icrayı "cebri re'sen icra ve cebri olmayan re'sen icra" veya "bireyin yerine geçilmek suretiyle gerçekleştirilen re'sen icra ve bireyin yerine geçilmeden gerçekleştirilen re'sen icra" şeklinde ayırsaydı bu durumda kavramların karşılaştırılması daha kolay ve anlaşılır olabilirdi.

³⁴⁰ Sirat ayrıca görüşlerine dayanak olarak yıkılma tehlikesi olan binaların kanun gereği ve kamu hizmeti biçiminde idare tarafından yıktırılmasını konu alan 1957 tarihli *Mimouni* kararını vermektedir. Bahsi geçen kararda idarenin faaliyeti bayındırlık hizmeti kapsamında verilmekteyken Sirat bu kararı cebri re'sen icra örneği olarak kullanmaya çalışmaktadır. Halbuki önümüzde genel bir yetkinin uygulaması değil spesifik bir kanun gereği uygulama işlemi mevcuttur. Esasında Sirat, ileri sürdüğü tezi yeterince açık bir biçimde ortaya koymadığı görülmektedir. Sirat, a.g.m., 7.

muamelelerini gerçekleştirmesi söz konusudur. Bu yüzden de yazarların üzerinde durduğu yerine geçme unsurunun hukuken belirleyici bir yönü olmadığı düşünülmektedir. Esas fark, birinde cebirin varlığı diğerinde fiziken cebirin kullanılmamasıdır. Ancak yazar, getirdiği ayrımın nasıl sonuçlar doğurduğuna ilişkin yeterli açıklamada bulunmamaktadır. Kanımızca, cebri-cebri olmayan re'sen icra şeklinde iki re'sen icradan değil, tek bir re'sen icradan söz etmek gerekir. Cebir unsurunu ise re'sen icranın gerçekleştirilmesi sırasında başvuru yöntemlerinden biri ve re'sen icranın gerçekleşme şekli olarak görmek daha uygun görünmektedir. Ayrıca cebir unsurunu bir ayırım ölçütü olarak değil re'sen icranın yargısal denetiminde idarenin sorumluluğuna yol açabilecek bir unsur olarak ele almak daha doğru görünmektedir. Örneğin re'sen icranın gerçekleştirilmesi sırasında idarenin gereğinden fazla cebir kullanması sorumluluğuna yol açabilecektir. Bunun da ölçütünü cebir kullanıp kullanmamak konusunda idareye yetki veren yasalarda aramak ve değerlendirmesini yargıya bırakmak gerekmektedir. Re'sen icra sırasında hangi oranda cebre başvurulabileceğini kanun belirlemeli ve somut duruma göre bu oranın aşılıp aşılmadığına yargı organı karar vermelidir.

Gözler ve Dursun'un da re'sen icrayı olağan bir yetki olarak gördüğü ve benzer değerlendirmeler yaptıkları görülmektedir³⁴¹. Yazarlar, cebri re'sen icra ile cebri olmayan re'sen icra ayrımını gerekli bulmaktadır. Bir idari kararın uygulanması için muhatabın kişiliği veya malvarlığı üzerinde cebir kullanılması gerekmiyorsa, cebri olmayan re'sen icranın söz konusu olduğu dile getirilmektedir³⁴². Cebri olmayan re'sen icrada, iki tür işlem söz konusudur: İcrası tamamen idareye bağlı işlemler ve sadece hak yaratıcı nitelikteki işlemler³⁴³. Dursun, hak yaratıcı nitelikteki işlem kavramını yanlış bulduğundan ikinci başlık olarak hukuki durum oluşturan işlemlerin icrasından söz etmektedir³⁴⁴. Gözler, birincisine örnek olarak memur hakkında verilen disiplin cezasını, ikincisine örnek olarak da idare tarafından verilen izin veya ruhsat işlemlerini vermektedir³⁴⁵. Yazara göre, bu iki durumda idare, kanundan ayrıca yetki almaksızın re'sen icra ayrıcalığına sahiptir. Buna karşın, cebri re'sen icrada güç kullanımı söz

³⁴¹ Hasan Dursun, "İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası", Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, (2007), s. 247 vd.; Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1071 vd.

³⁴² Gözler, *İdare Hukuku*, C I, a.g.e., s. 1073; Dursun, a.g.m., s. 254.

³⁴³ Bu konu bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı anlatılacaktır.

³⁴⁴ Dursun, a.g.m., s. 254.

³⁴⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, C I, a.g.e., s. 1073.

konusudur. İdarenin güç kullanması gerektiği durumlarda kanuni dayanağa ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir.

Giritli, Bilgen, Akgüner'de de re'sen icra yetkisinin genel bir yetki olduğu ve kanuni dayanağa ihtiyaç duymadığı ileri sürülmektedir³⁴⁶. Hatta idarenin kendiliğinden hareket etme yetkisinin kural olduğu, bu kuralın ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, idarenin re'sen icra yetkisine sahip olması değil olmaması bir istisnai durum olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber, aynı eserde cebri olmayan re'sen icra için kanun gerekmediği ancak cebir uygulanacaksa idarenin kanundan yetki alması gerektiğinden söz edilmektedir³⁴⁷.

Sarıca'ya göre de idare re'sen hareket edebilir ama cebren hareket edemez³⁴⁸. Sarıca'nın genel yetki görüşüne yakın olduğunu belirtmek gerekir. Yazar, her ne kadar yetkinin bazı sınırlara tabi olduğunu belirtse de esasında yetkinin kullanımı için özel sınırlardan bahsetmemekte ya da bu sınırları geniş olarak ele almaktadır. Örneğin “İdareye karar alma yetkisi kanun, tüzük ve yönetmelik çerçevesinde verilmişse idare bu işlemi uygulayabilir” demektedir³⁴⁹. İdarenin bütün yetkilerini kanundan aldığı düşünüldüğünde uygulama yetkisine de doğrudan sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun bir nedeni de Hauriou'nun “yürütülmesi kendi içinde saklı işlem” şeklinde hukukumuzda yansıyan “icrai karar” teorisinin, karar alma yetkisinin uygulama yetkisini içerdiği şeklinde anlaşılmasıdır. Buna göre idare, karar alma yetkisine sahipse, kararını icra yetkisine de sahiptir. Yazar da bu görüşe uygun bir biçimde, idari işlem tesis etme yetkisi ile işlemi uygulama yetkisini birbirinden ayırmamaktadır³⁵⁰.

Cebri re'sen icrada ise, idari kararların uygulanması için ilgili kişinin kendisi veya malvarlığı üzerinde cebir veya kuvvet kullanımı söz konusudur. Okuldan uzaklaştırılan bir öğrencinin güvenlik personeli vasıtasıyla okul alanının dışına çıkarılması, yanlış

³⁴⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 1004.

³⁴⁷ a.yer.

³⁴⁸ Sarıca, *İdari Kaza*, a.g.e., s. 112.

³⁴⁹ a.g.e., s. 118.

³⁵⁰ Ancak sonraki başlıklar altında göreceğimiz üzere idare hukukunda yetkilerin istisnai nitelikte oluşu, onların bu şekilde var sayılmasına engel teşkil etmektedir.

park edilen aracın çekilmesi³⁵¹, yasaklanmış olduğu halde yapılan gösteri ve yürüyüşün engellenmesi kuvvet kullanılan idari işlemlere örnek olarak verilmektedir³⁵².

Cebri re'sen icra ile ilgili olarak yazarlar, idarenin genel bir cebri re'sen icra yetkisine sahip olmadığını, bu yetkinin varlığı için kanuni dayanağa ihtiyaç olduğunu ileri sürmektedirler³⁵³. Buna göre, cebir kullanımını temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşır ve idare, ancak yasa koyucu tarafından açıkça yetkilendirilmişse cebre başvurabilir. Kuşkusuz bu yetkinin ileride değineceğimiz Anayasal şartları da taşıması gerekir. Konunun ele alınış biçiminden cebri olmayan re'sen icranın yasal yetki gerektirmediği sonucu çıkmaktadır. Yazarlar re'sen icra uygulamaları sırasında cebir kullanılsa bile temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmesi ihtimalini ele almamaktadır. İdarenin cebir kullanılsa bile bir hakkı ihlal etmesi mümkündür. İleride görüleceği üzere bir hakkın sınırlandırılmasına yol açabilecek işlemler cebir içermese bile Anayasanın 13. maddesi gereği kanunla düzenlenmek zorundadır.

Conseil d'Etat kararlarında re'sen icra yetkisinin daha ziyade istisnai bir yetki olarak kabul edildiği görülmektedir³⁵⁴. Buna karşın Danıştay, re'sen icrayı idarenin sahip olduğu olağan bir yetki olarak görmekte ve idarenin aldığı kararları re'sen icra edebileceği sonucuna ulaşmaktadır³⁵⁵. Yüksek mahkeme re'sen icra işlemlerinin yerine getirilmesi için herhangi bir esas ve şekil şartından da bahsetmemektedir. Bununla beraber Danıştay'ın bahsi geçen yazarların görüşleri ile uyumlu olacak şekilde cebri re'sen icra ile cebri olmayan re'sen icra arasında ayırım yaptığı görülmektedir³⁵⁶:

“İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının doğal bir sonucu olarak, idarenin tesis ettiği işlemleri re'sen icra etme yetkisi kural olarak bulunmaktadır. İdare, tesis ettiği işlemleri, herhangi bir yargı merciine başvurup karar almaya ihtiyaç

³⁵¹ Rivero ve Walline aynı örneği cebri olmayan re'sen icra için kullanmaktadır. Rivero, Waline, a.g.e., s. 103.

³⁵² Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1073.

³⁵³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1074; Dursun, a.g.e., s. 255.

³⁵⁴ CE, 12 Mart 1909, *Commune de Triconville*, Rec. 275, concl.Chardenet; CE, 17 Mart 1911, *Abbé Bouchon*, Rec. III, concl. Blum (Nakleden-André de Laubadère, a.g.e., s. 285); Conseil d'Etat cebri re'sen icra ile cebri olmayan re'sen icra ayırımına, Sirat'ın iddiasının aksine, kararlarında yer vermemiştir. TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, *GAJA*, N° 10, s. 61-66; Rousset, a.g.e., s. 91.

³⁵⁵ Danıştay 3. Dairesinin Kararı, T. 22.11.1978, E. 1978/1158, K. 1978/1213, (<http://kararara.com> - 21.08.2017); Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 28.06.2010, E. 2008/6908, K. 2010/5831, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21.08.2017).

³⁵⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner'de Danıştay'ın zaman zaman icrai karar alma yetkisi ile bu kararını güce başvurarak uygulama yetkisini birbirine karıştırdığı ikisini de idarenin genel yetkisi olarak kabul ettiğini ileri sürülmektedir. Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 1004.

duymadan, salt sahip olduğu kamu kudretini kullanarak yerine getirmeye yetkilidir. Ancak bazı idari işlemlerin re'sen icra edilebilmesi için idarenin, işlemin muhatabı olan kişinin fiziki veya mal varlığı üzerinde cebri tedbirlere başvurması, kuvvet kullanması gerekebilir. İşte bu tür sonuçlar doğuran idari işlemleri uygulayabilmek için kural olarak idarenin re'sen cebri icra yetkisi bulunmamaktadır. Zira idarenin cebir kullanması Anayasa tarafından güvence altına alınan kişi hürriyetine ve mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelir. Böyle bir müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayacak yegane şart ise idareyi bu yönde açıkça yetkilendiren bir yasanın varlığı halidir³⁵⁷.

Nihoul konu ile ilgili yaptığı çalışmasında cebri re'sen icra ile cebri olmayan re'sen icra arasındaki ayrımı kabul etmemektedir³⁵⁸. Yazara göre, ne doktrin ne yargıda bu iki kavram farklı anlamda kullanılmaktadır. Nihoul'a göre Sirat'ın yaptığı bu ayrım kötü bir şekilde anlatılmakta ve "şüpheli bir değer taşımaktadır"³⁵⁹. Diğer yandan farklı hukuki kavramlar için farklı bir hukuki rejim ortaya koyamayan bütün ayrımlara şüpheyle yaklaşılması gerektiği ileri sürülmüştür³⁶⁰.

Ayrım konusunda net görüş birliği olmadığı, ayrımın özellikleri, hukuki rejimi ve kapsamı yeterince açık bir biçimde ortaya konmadığı için bu ayrımın benimsenmesi tereddüt uyandırmaktadır. Buna ilaveten yazarların - daha önce bahsi geçtiği üzere - aynı örneği, hem cebri olmayan re'sen icra için, hem cebri re'sen icra için kullanabildikleri görülmektedir. Bu açıdan, aralarında bir görüş veya söz birliği olduğunu söylemek zordur. Keza, bu ayrımın önemli bir noktası da cebrin niteliğinin ortaya konmasıdır. Hangi noktada cebir temel hak ve özgürlükleri tehdit etmektedir? Cebri olmayan re'sen icra, nerede bitmekte ve cebri re'sen icra hangi aşamada

³⁵⁷ Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 28.06.2010, E. 2008/6908, K. 2010/5831, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21.08.2017). Danıştay aynı kararında temel hak ve özgürlüklere vurgu yaparak işlemin re'sen icrasının mümkün olmadığını, işlemin icrasının adli yollarla mümkün olduğunu belirtmektedir: "5434 sayılı Kanun'un 121. maddesi ile, idareye, yersiz ve fazladan ödediği meblağları ilgisinden herhangi bir yargı kararı olmaksızın re'sen istihkaklarından kesmek suretiyle geri alma yetkisi tanınmış olmakla birlikte, idareye tanınmış olan bu cebri icra yetkisi, yapılmış bulunan yersiz ödemenin geri alınmasının ancak yersiz ödeme yapılan kişinin istihkakına yönelik olabileceği noktasında sınırlanmaktadır. Anılan düzenlemede yersiz ve fazladan ödeme yapılan ilgilinin ölümü halinde Sandık alacağıının ne şekilde tahsil edileceği hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde, idare yapmış olduğu ödemeleri ancak adli yargı yerinde genel hükümlere göre ilgilinin yasal mirasçılara karşı yönelteceği icra takibi veya dava ile aramak durumunda olup; ölmüş bulunan ilgiliden dolayı dul veya yetim aylığı alan kişilerin aylıklarından, 5434 sayılı Kanun'un 121. maddesi hükmüne dayanarak re'sen cebri icra yetkisi kullanmak suretiyle kesinti yapma olanağı bulunmamaktadır". Danıştay'a göre aksine kanun hükmü bulunmadıkça idare kendi işlemlerini re'sen icra edebilir. Bkz. Onar, a.g.e., s. 1462.

³⁵⁸ Marc Nihoul, *Les privileges de préalable et de l'execution d'office*, (Doktora Tezi), Namur: Notre-Dame de la Paix Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2000, s. 498.

³⁵⁹ Nihoul, ayrımı ayrıca afaki ve hayali (*illusoire*) olarak nitelemektedir. Nihoul, a.g.e., s. 498.

³⁶⁰ Rousset, a.g.e., s. 91.

başlamaktadır? İdarenin bireylerin hukuki durumunu etkileyen kararları tek başına ve tek taraflı alıyor olması da bir kuvvet kullanımı anlamına gelmekte midir? Yoksa sadece fiziki müdahaleler mi kuvvet kullanımı anlamına gelmektedir? Öyleyse bireyin vücut bütünlüğüne yönelmeyen ama mal varlığına yönelen müdahaleler cebir kullanımı olarak kabul edilebilir mi? Fiziki güç kullanmadan yapılan müdahaleler, örneğin disiplin cezası almış öğrenciye yalnızca giriş kapısının kapatılması, cebir içerir mi?

Bu ve buna benzer sorulara verilen cevapların söz konusu ayrımı anlamlı kılabileceği düşünülmektedir. Ancak ayırım, sadece teorik kalacak ve hukuki rejime yansımayacaksa bu durumda hukuki bir fayda sağlanmayacaktır. Bununla beraber, ayırımın hukuki sonuç bakımından fark yaratmayacak olsa da, yukarıda yapıldığı şekilde tasnife tabi tutulmasının konunun anlaşılması açısından pratik bir faydası olduğu düşünülmektedir. Çalışmamızın ileriki bölümlerinde yapılan ayrımlar da aynı nedenle faydalı görünmektedir.

2. Cebir Kullanılmasını Gerektirmeyen İşlemler

Re'sen icrayı olağan bir yetki olarak gören görüşe göre, idarenin hukuksal alanına dahil işlemler ile yürütülmesi sadece idareye bırakılan işlemler ve hak yaratıcı nitelikte olan işlemler cebir gerektirmezler. Bu yüzden de bu tür işlemler için kanunda açıkça bunların uygulanabileceğine dair hükümlerin bulunmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir.

Schwartzenberg, bu tür işlemlerle ilgili olarak “mantiken” idarenin cebri re'sen icraya başvurmasını gerektirmeyen işlemler anlamına gelecek şekilde, “cebri re'sen icranın mantıki sınırları” başlığını kullanmaktadır³⁶¹. Cebir kullanılmasını gerektirmeyen uygulamalar kapsamında idarenin hukuksal alanına dahil işlemler ile yürütülmesi idareye bırakılan işlemler (a), hukuki durum oluşturan veya ilgisine yarar sağlayan işlemler (b) ve idareye ait uygulama işlemi gerektirmeyen diğer tasarruflar (c) sayılmaktadır.

³⁶¹ “*Les limites logiques de l'exécution forcée*”, Schwartzenberg, a.g.e., s.114 vd.

a. İdarenin Hukuksal Alanına Dahil İşlemler ile Yürütülmesi İdareye Bırakılan İşlemler

Re'sen icranın olağan bir yetki olduğunu düşünen yazarlar, yürütülmesi sadece veya büyük bir kısmı itibariyle idareye bırakılan işlemler ile yalnızca idarenin hukuki alanına dahil işlemlerin uygulanması için yasayla ayrıca bir yetkilendirme gerekmediği düşüncesini ileri sürmektedirler³⁶². İdarenin hukuksal alanına giren işlem olarak, memurluk statüsüne ilişkin işlemler örnek olarak verilmektedir. Bu tür işlemler için kanunla açıkça yetkilendirilmeye gerek yoktur. Üstü kapalı belirtilme de yeterlidir³⁶³. Dursun ve Gözler'e göre idare, memurlar hakkında verilmiş olan disiplin cezasını yine kendisi cebre başvurmaksızın uygulayabilir³⁶⁴. Dolayısıyla, işlemin yerine getirilmesinde cebir gerekmediği için kanunda ayrıca uygulamaya ilişkin yetkilendirme gerekmemektedir.

Buna karşın, idare edilenlerin hukuksal alanına ilişkin bir işlem söz konusu ise bu işlemin yürütülebilmesi için açık kanuni dayanağa ihtiyaç vardır. Fransız hukukunda icrası idareye bağlı işlemlerin, re'sen icrası tartışma konusu yapılmamakta daha doğru bir deyişle, icrası tamamen idareye bağlı kararlar re'sen icra kapsamında ele alınmamaktadır³⁶⁵. İdarenin alanına dahil olup re'sen icra kapsamında değerlendirilmeyen işlemler icrai nitelikte olmayan işlemlerdir. Buna karşın yukarıda verilen disiplin cezası niteliğindeki işlemler cebir gerektirmeseler bile re'sen icra kapsamında değerlendirilmektedir.

Yürütülmesi idareye bırakılan işlemlerde cebir kullanılması gerekmediği için idare, işlemin gereğini kendisi yerine getirebilmektedir. Örneğin “Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararın Uygulanmasına İlişkin Tebliğ’in (Tebliğ No: 2002/1, 30.7.2002 tarih ve 24831 sayılı RG) teşvik belgesinin iptali başlıklı 50. maddesinde “Müşteşarlıkça veya görevlendirilen kurum ve kuruluşlarca yatırım yeri tespit edilemeyen veya süre uzatımı alamayan teşvik belgeleri Resmi Gazete’de ilan edilmek

³⁶² Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1073; Dursun, a.g.e., s. 254; Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 205 (Nakleden- Yılmaz, a.g.e., s. 152); Schwartzenberg, a.g.e., s. 114.

³⁶³ Yazar burada muhtemelen saklı yetki kavramını kastetmektedir. Ancak idarenin hukuksal alanına dahil işlemlerin tam olarak neler olduğu belirlenemediğinden ifadeler muğlak kalmaktadır. Yılmaz, a.g.e., s. 163.

³⁶⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1073; Dursun, a.g.e., s. 254.

³⁶⁵ Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris: Sirey-Dalloz, 1965 (Nakleden-Yılmaz, a.g.e., s. 167).

suretiyle iptal edilmiş sayılır” denmektedir³⁶⁶. Bu teşvik belgesinin iptali işlemleri de aynı şekilde cebir gerektirmediğinden idare, kendisi işlemi icra edebilir. Kanımızca yazarın cebri olmayan re'sen icra kapsamında verdiği bu örnekte bir re'sen icra tasarrufundan ziyade bir işlemin kendiliğinden sonuç doğurması söz konusudur. Bu tür durumlarda, her ne kadar idarenin fiili bir ameliye ortaya koyması gerekmiyorsa da iptale karar verme işlemleri veya idare tarafından verilen uyarma ve kınama disiplin cezaları da cebri olmayan re'sen icra kapsamında verilmektedir.

Sonuç olarak, işlem, bireyin hukuksal alanına dahilse veya işlemin yerine getirilmesi için cebir kullanılması gerekiyorsa re'sen icra yetkisinin kanuni dayanak gerektirdiği ileri sürülmektedir³⁶⁷. Dolayısıyla burada cebir, re'sen icra yetkisinin kanuni olmasının bir şartı olarak ortaya konmaktadır. Kanun, cebre izin vermişse idare cebre başvurabilir. Ancak, ileride göreceğimiz üzere bir işlemin re'sen icraya konu olmasının birinci şartı işlemin icrai niteliğe sahip olmasıdır. Yine yazarlar, memur hakkında uygulanan disiplin cezalarını, idarenin hukuki alanına dahil işlemler olarak görmektedirler³⁶⁸. Halbuki, kendisi hakkındaki işlemin iptali için yargısal yola başvuran bir memurun hakkında tesis edilen disiplin cezası ne ölçüde idarenin iç işlemi olarak görülebilir? Böyle bir durumda memur, işlemi yapan idareye göre işlemin muhatabı olan bireye dönüştüğüne göre, bireylerin hukuksal alanına ilişkin bir işlemin tesis edilmiş olduğu düşüncesi daha isabetli görünmektedir.

İdarenin hukuksal alanına dahil işlemler, cebri olmayan re'sen icra yetkisinin geçerli olduğu bir alan olarak kabul edilmektedir. Ancak, ister cebri olmayan re'sen icraya konu işlem olsun, ister cebri re'sen icraya konu işlem olsun, her iki durumda da önümüzde bir “icrai” işlem bulunmaktadır. Bu tür işlemlerin icrai niteliği bir kenara bırakılacak olursa doğrudan re'sen icra gerektirmeyen ve hatta icrai nitelik barındırmayan idarenin iç işlemleri niteliğindeki işlemlerin, “idarenin hukuksal alanına dahil işlemler” ifadesini daha iyi karşıladığı söylenebilir. Çünkü, icrai nitelik taşımayan işlemler idarenin alanında sonuç doğurmaktadır. Bu açıdan idari işleme dayanak teşkil eden hazırlık işlemleri (tutanaklar, raporlar vs.), idarenin iç düzenini tayin eden sirküler, direktif gibi işlemler ile hizmet içi tedbir niteliğini taşıyan işlemler icrai niteliği haiz

³⁶⁶ Dursun, a.g.m., s. 254.

³⁶⁷ Yılmaz, a.g.e., s. 153.

³⁶⁸ Dursun, a.g.m., s. 254; Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, a.g.e., s. 1073.

olmayan işlemlerdir³⁶⁹. Kuşkusuz, bu işlemler de birtakım uygulama ameliyeleri ile yerine getirilir. Ancak, icrai niteliği haiz olmadıkları için bu tür işlemlerin re'sen icrası söz konusu olmamaktadır. Bu durumda, bu tür işlemlerin uygulanması için cebre başvurulması da söz konusu olmamaktadır. Ayrıca işlemlerin uygulanması için kanuni dayanak da asli bir unsur değildir. Örneğin idarenin iç düzen işlemi olarak kabul edilen, bir idari birimin içinde personelin ne şekilde yerleşeceğine dair işlemlerin yerine getirilmesi için ne kanuni bir dayanağa ihtiyaç vardır ne de cebir kullanılması gerekmektedir. Buna karşın, re'sen icradan bahsedebilmek için icrai bir karara ihtiyaç vardır. Bu tür işlemler icrai niteliğe sahip olmadığına göre re'sen icraları da söz konusu değildir. Dolayısıyla, bu tür işlemler çalışma alanımızın yani re'sen icra hukukunun dışında kalmaktadır.

b. Hukuki Durum Oluşturan veya İlgilisine Yarar Sağlayan İşlemlerin Re'sen İcrası

Schwartzenberg ve Rousset, idari işlemleri, uygulanma şekilleri bakımından yükümlülük doğuran işlemler (*actes impératifs*) ile izin veren işlemler (*actes permissifs*) şeklinde iki başlık altında ele almaktadırlar³⁷⁰. Kolluk faaliyeti kapsamında tesis edilen işlemler çoğunlukla emir, yükümlülük ve yasak içerdikleri için cebir gerektiren işlemlerdir. Örneğin, güvenliği sağlamaya yönelik denetimler, zararlı gıdaların piyasadan toplanması veya tehlikeli binaların yıkılması gibi işlemler, yükümlülük içermekte ve cebir gerektirebilmektedir. Bu tür işlemler için kanuni dayanak gerekmektedir. Buna karşın bireylere tanınan izin, ruhsat veya teşvik belgesi verilmesi benzeri işlemler cebir kullanılmasını gerektirmemektedir³⁷¹. Bu tür işlemler hukuki durum oluşturan işlemler veya hak yaratıcı nitelikteki idari işlemler şeklinde de ele alınmaktadır³⁷². Hak yaratıcı nitelikteki işlemlerin uygulanması için cebir kullanılması gerekmemektedir. İdareye düşen tek iş, bu tür izinlerin kullanılmasına engel

³⁶⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, a.g.e., s. 368-375.

³⁷⁰ Schwartzenberg, a.g.e., s. 115 ve 132; Rousset, a.g.e., s. 92.

³⁷¹ Sirat, a.g.m., s. 8.

³⁷² “Hak yaratan kararlar” başlığını Gözler, “hukuki durum oluşturan işlemler” başlığını Dursun kullanmaktadır. Dursun, Onar’dan alıntı yaparak idari işlemler kişilere özne hak sağlamaz, hukuki durum doğururlar demektedir. “Gerçekten de idari kararların oluşturduğu durumlar belirli bir kişiyi veya kişileri ilgilendirse bile o kişi veya kişiler için özne bir hak, bir başka deyişle çoğunlukla özel hukukta görülen müktesep hakka benzeyen bir durum oluşturmaz”. Dursun, a.g.m., s. 255; Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1073; Onar, a.g.e., s. 388.

olmamaktır³⁷³. Ayrıca izin verici nitelikteki bir işlemin muhatabı tarafından uygulanmaması bir hukuka aykırılık barındırmamaktadır³⁷⁴. İmar mevzuatı gereği bireylere verilen inşaat izinleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Kişi izni olsa da bu izni kullanmak zorunda değildir³⁷⁵. Bu husus Roma hukukunda “hiç kimse hakkını kullanmaya zorlanamaz” (*Iure suo uti nemo cogitur*) deyişle ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu tür işlemlerde cebre başvurmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu yüzden bahsi geçen işlemler cebri olmayan re'sen icra kapsamında değerlendirilmektedir.

Hukuki durum oluşturan işlemlerde birey, kendisine tanınan hakkı kullanmak zorunda değildir. Hak ve izin, birey açısından zorunluluk doğurmadığından, idare bu hakkın kullanımı için bireyi cebir kullanmak suretiyle işlemin uygulanmasına zorlayamaz³⁷⁶. Örneğin, kendisine yapı inşaatı ruhsatı verilen bireyi inşaat yapmaya zorlayamaz. Dolayısıyla, re'sen icra yetkisi kullanılarak, bireyin işlemin gereğini yerine getirmesi sağlanamaz. Burada, izin sahibi aktif süje olarak görülürse onun dışındaki üçüncü kişiler pasif süje olarak kabul edilebilir. Sarıca'ya göre aktif süjenin hakkına uyma yükümlülüğü bu pasif süjeler bakımından geçerlidir³⁷⁷. Dolayısıyla bu kişiler aktif süjeye engel olurlarsa idare, aktif süjenin hakkını kullanması için harekete geçebilir.

Bununla birlikte, sona ermeleri halinde idare bu hakların kullanılmasına engel olmak için cebir kullanmak durumunda kalabilir³⁷⁸. Bu durumda, izin veren işlemler alanından, yasaklayan, yükümlülük yükleyen veya hakkı ortadan kaldıran işlemler alanına geçilmiş olunmaktadır. İdarenin çoğunlukla verdiği izinlerde izin koşullarına uyulmaması durumunda iznin iptali ya da geri alınması yoluna gittiği görülmektedir³⁷⁹. Örneğin belediyenin bir lokanta veya kahvehaneye verdiği yol üstüne masa çıkarma iznini, geri alması veya kaldırması/ilga etmesi durumunda ilgili yolun üstünü kullanmaya devam ederse, idare, kullanımın son bulması için re'sen icraya

³⁷³ Örneğin yapı izni. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 426.

³⁷⁴ Rousset, a.g.e., s. 92.

³⁷⁵ Bu izinlerin süreye bağlı olduğunu hatırlatmak gerekir. Kanunun öngördüğü süre içerisinde yapıya başlanmazsa verilen ruhsat geçersiz olmaktadır. Yapıya tekrar başlanabilmesi içinse yeniden ruhsat alınması gerekmektedir. Bkz. 3194 sayılı İmar Kanunu Madde 29: “Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir”.

³⁷⁶ Sarıca, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 106.

³⁷⁷ a.g.e., s. 107.

³⁷⁸ Yayla, a.g.e., s. 189.

³⁷⁹ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 427.

başvurabilmektedir³⁸⁰. Bu durumda, re'sen icra yetkisi kapsamında cebir de kullanabilmektedir.

c. İdareye Ait Uygulama İşlemi Gerektirmeyen Durumlar

Doktrin tarafından yapılan ayrımlar dışında ayrıca aşağıdaki üç ayrı halde de idari işlemlerin uygulanması için cebir kullanımı gerekmediği ifade edilmektedir.

Öncelikle, bazen yasalar bir işlemin uygulanmış sayılmasını belli koşulların ortaya çıkmasına bağlayabilir. Bu tür işlemlerde idarenin herhangi bir davranışta bulunması gerekmediği gibi işlem kendiliğinden icra olunmaktadır. Bu tür durumlarda, idari kararın etkisi veya geçerliliği kendiliğinden sona erebilmektedir³⁸¹. İdarenin tek yapacağı muamele bir durum tespitinden ibarettir. Örneğin İmar Kanununun 29. maddesine göre “Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır.” Dolayısıyla, yapı inşaatına iznin başlangıç tarihinden itibaren iki yıl içinde başlanmaz veya beş yıl içinde inşaat tamamlanmazsa izin hükümsüz ve uygulanamaz hale gelmektedir³⁸². Bu tür bir işlem için idarenin cebir kullanması da gerekmemektedir³⁸³. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 63. maddesine göre bir başka göreve naklen atanmış bulunan bir memur süresi içerisinde yeni görevine başlamaz ise çekilmiş yani istifa etmiş sayılmaktadır. Danıştay da 1975 yılında verdiği bir kararda asistan kadrosunda çalışan üniversite personelinin, atamalarının yenilenmemesi halinde ilişkilerinin kendiliğinden kesilmiş sayılacağına karar

³⁸⁰ Ancak ilga edilen iznin kullanımına devam etme fiilinin yine kanun tarafından yaptırıma tabi tutulmuş olmaması gerekir. İlerde göreceğimiz üzere kanun, bireyin hukuka aykırı fiilini yaptırıma tabi tutmuşsa idare re'sen icraya başvuramaz.

³⁸¹ Hasan Nuri Yaşar, *Genel Esaslar İdare Hukuku*, 2 b., İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 314.

³⁸² Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 440.

³⁸³ Yine Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinde yayın hizmeti sunan sağlayıcıların lisans ve yayın izni almaları gerektiği belirtilmiş ve uygun koşulları kaybedenlerin lisans ve izinlerinin iptal edileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 19. maddesine göre “Mevzuatta öngörülen yükümlüklere uymadıkları sonradan tespit edilen veya uygunluklarını sonradan kaybeden ve Üst Kurulca verilen süre içerisinde durumlarını uygun hale getirmeyen kuruluşlara verilen Uydu Yayın Lisansı ve İzni iptal edilir.” İptal kararıyla izin işlemi sona erdiği için idarenin ayrıca bir uygulama işlemine girişmesine gerek kalmamaktadır.

vermiştir³⁸⁴. Bu durumda kişinin ilişinin kesilmiş sayılması için cebri re'sen icraya başvurmaya gerek bulunmamaktadır.

İkinci olarak, sadece hukuki sonuç doğuran ve fiziki olarak uygulanması gerekmeyen işlemlerin de cehren icra edilmesi gerekmemektedir³⁸⁵. Çünkü, idari kararın alınması ile maddi alemde sonuç doğurması aynı anda gerçekleşmektedir. Bu tür durumlarda, hukuki sonucun doğması, idari işlemin yerine getirilmiş sayılması için yeterli görülmektedir. Örneğin ğrenci hakkında verilen uyarı cezasının uygulanması için fiziki bir ameliye gerekmez. Keza bir marka hakkının idare tarafından kayıt altına alınması veya memurun kıdeminin artırılması için bir uygulama işlemi çoğunlukla gerekmemektedir³⁸⁶. Bu tür işlemlerde, değişikliğin hukuk aleminde doğması yeterlidir. Ayrıca bir uygulama işlemi yapılmamaktadır. Kısacası işlemin uygulanması için fiziki bir ameliyede bulunulması gerekmediği gibi cebir kullanılmasına da ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte, bu tür işlemler için cebir kullanılmasa bile işlemin etkisinin maddi aleme aktarılması için bazı tasarrufların yapılması gerekebilmektedir. Örneğin söz konusu işlemlerin gereğinin yerine getirilmesi için kayıt altına alınması bir re'sen icra tasarrufu olarak değerlendirilebilir.

Son olarak, idari işlemlerin büyük çoğunluğunda bireyler kendilerine yöneltilen yükümlülük veya yasaklara karşı direnmez ve işlemlerin gereğini yerine getirerek uyum gsterirler³⁸⁷. Dolayısıyla, idari kararların çoğunluğu muhatapları tarafından gönüllü olarak uygulanır³⁸⁸. Buna gönüllü icra (*excution volontaire*) da denmektedir³⁸⁹. İdare belli bir yolu trafiğe kapattığında, araçların güzergahını değiştirdiğinde, idarenin kestiği para cezalarında bireyler çoğunlukla işlemin uygulanmasına yönelik pozitif bir tavır benimsemektedirler. Bireyler, muhtemelen yaptırım korkusuyla bu tür işlemlere karşı uyum gösterirler. Ancak, sonuç olarak işlemin uygulanması için idarenin fiziki bir

³⁸⁴ Danıştay 3. Dairesinin Kararı, T. 19.11.1975, E. 1975/495, K. 1975/559 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Mayıs 2018).

³⁸⁵ Schwartzberg, a.g.e., s. 116.

³⁸⁶ Enrique Sayagu Laso, *Trait de droit administratif*, (Tr. Simone Aicardi), Paris: Travaux et recherches de l'institut de droit compar de l'universit de Paris, 1964, s. 496.

³⁸⁷ Schwartzberg, a.g.e., s. 116.

³⁸⁸ Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Tome II, coll. Anthologie du droit, Paris: LGDJ, 2014, s. 759.

³⁸⁹ İdari işlemlerin maddi alemdeki sonuçları çoğunlukla bireyin gönüllü icrasıyla meydana gelmektedir. Bireyin idari karara uygun davranması hukuken beklenen sonuç olduğu için bir hukuki soruna yol amamaktadır. Re'sen icra bireyin işlemin gereğini yerine getirmemesi, uygulamasına karşı çıkması durumunda devreye girmektedir. Gözler, *İdare Hukuku*, C I, a.g.e., s. 1070; Schwartzberg, a.g.e., s. 116.

ameliyeye girişmesi gerekmemektedir. Buna ek olarak, cebir kullanması da gerekmemektedir. Dolayısıyla bireyin idari kararın uygulanmasına engel olmadığı durumları da cebir gerektirmeyen haller arasında saymak mümkündür. Bununla beraber, gönüllü icra tarafımızca re'sen icra kapsamında değerlendirilmemektedir. Burada verilen açıklama, icra için cebir kullanılmasına gerek olmayan hallere ilişkin olarak verilmektedir.

B. Re'sen İcra Yetkisinin İstisnai Bir Yetki Olduğuna Dair Görüş

Fransa'da kuvvetler ayrılığı, ilk başta katı bir biçimde anlaşılmış ve üç erkin birbirlerinin alanına hiçbir şekilde müdahale edemeyeceği bir hukuk düzeni oluşturulmak istenmiştir³⁹⁰. Bu düşünce idare hukukuna idarenin faaliyetlerinin denetlenemeyeceği şeklinde yansımıştır³⁹¹. Bu da re'sen icra yetkisinin olağan niteliğini güçlendirmiştir. Nitekim, 19. yüzyılda idarenin genel bir icra yetkisinin varlığı kabul edilmiştir³⁹². Bununla beraber temel hak ve özgürlüklerin iki yüzyıl boyunca gelişmesi, idarenin re'sen icra yetkisini git gide sınırlamıştır. 1902 yılında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği *Saint Just* kararıyla bu sınırlar görünür hale gelmiş ve somut olarak belirlenmiştir. Buna göre re'sen icra yetkisi olağan değil istisnai bir yetki veya ayrıcalıktır ve kaynağını kanundan almalıdır.

Hükümet komiseri Romieu'nun *Saint Just* kararı için hazırladığı raporda, “*idari karar alındığı tarihten itibaren birey üzerinde bir güç ve baskı oluşturmaya başlar*”³⁹³ denilmektedir. Bu andan itibaren idarenin her fiili, güç ve zorun yansımadır. Fiziken bu gücün kullanılıp kullanılmaması, cebri bir icranın olmadığı anlamına gelmez. *Saint Just* kararına konu olayda, kolluk personelinin olay yerinde varlığı bile bir kuvvet

³⁹⁰ Bu düşüncenin bir yansıması olarak sadece bir idare hakimi idareyi denetleyebilir. Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 28; Jean Paul Valette, *Le pouvoir exécutif depuis la révolution française*, Paris: L'Harmattan, 2014, s. 21 ve 29; Hélène Gineste, *La notion d'exécution des actes administratifs unilatéraux*, (Doktora Tezi), Toulouse: Toulouse Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, 1987, s. 126; Fransa'da kuvvetler ayrılığının katı bir biçimde anlaşılmasının sonucu olarak 1791 Anayasası döneminde idarenin düzenleme yetkisinin varlığı kabul edilmemiştir. Burak Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 21-24

³⁹¹ Serrigny'e göre “*eğer idari kararlar kendiliğinden icra edilme yetkisini barındırmıyorsa bu durumda mahkemeler her şey, idare ise hiçbir şey olur*”. (Nakleden-Anne-Laure Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Paris: Dalloz, 2013, s. 515).

³⁹² Bununla beraber bu yetki kamu alacakları için yine istisnai bir yetkiydi. Girard, a.g.e., s. 512.

³⁹³ Romieu, a.g.e., s. 5.

kullanımının bulunduğu şeklinde yorumlanmıştır³⁹⁴. Buna uygun bir şekilde, re'sen icrayı istisnai bir yetki olarak gören anlayış, cebrin varlığı veya yokluğu tartışmasına girmemektedir. Bu açıdan, cebrin, kullanılmasa bile her zaman var olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bu da ikili ayırım yerine tek bir re'sen icra yetkisinin olduğu yönünde bir yaklaşım oluşmasını sağlamıştır.

İdarenin, kamu yararını gerçekleştirmek üzere kamu hizmeti faaliyetlerini yerine getirebilmesi için re'sen icra yetkisinin kendisine tanınması gerektiği, idarenin de bu yetkiye ihtiyaç duyduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁹⁵. Bununla beraber, Fransız hukuk doktrininin büyük çoğunluğu³⁹⁶, Türk hukuk doktrininin de önemli bir kısmı³⁹⁷ re'sen icra yetkisinin genel ve olağan bir yetki olmadığı, istisnai ve sınırları olan bir yetki olduğu görüşündedir³⁹⁸.

Re'sen icra yetkisinin istisnai yönü, sadece doktrin tarafından değil Fransız yargısı tarafından da kabul edilmektedir. Çalışmanın devamında önce doktrin görüşlerine yer verilmekte (1) daha sonra yargısal icranın önceliği konusu ele alınmakta (2), onu müteakip Uyuşmazlık Mahkemesinin *Société Immobilière de Saint Just* kararı ayrıntılı olarak incelenmekte (3) ve nihayet son olarak Türk yargısının konuya yaklaşımı karar örnekleriyle beraber değerlendirmeye alınmaktadır (4).

1. Doktrinin Yaklaşımı

Re'sen icrayı istisnai bir yetki olarak gören yaklaşımın ileri sürdüğü görüşler, Uyuşmazlık Mahkemesinin *Société Immobilière de Saint Just* kararında varılan sonuçla büyük oranda örtüşmektedir. Karara dayanak teşkil eden raporda belirlenen şartların tutarlılığı, bu görüşü savunan yazarların incelemelerine de yansımış ve bu görüşler arasında yeknesaklığın oluşmasına imkan sağlamıştır.

³⁹⁴ Nihoul, a.g.e., s. 433.

³⁹⁵ Onar, a.g.e., s. 1460.

³⁹⁶ Nelly Ferreira, "La notion d'exécution d'office", Paris: *AJDA*, (1999), s. 41; Chinot, a.g.e., s. 48; Goffaux, a.g.e., s. 346; Chinot, a.g.e., s. 35 ve 67; Girard, a.g.e., s. 542; Schwartzenberg, a.g.e., s. 122.

³⁹⁷ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 415; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 313; Günday, a.g.e., s. 243; Şeker, a.g.m., s. 11.

³⁹⁸ Ek olarak Belçika hukukunda da bu hususun tartışıldığı ve tespit edilebildiği kadarıyla iki ayrı tez çalışmasında benzer sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Hatta Patrick Goffaux'nun çalışması doğrudan "İdarenin ayrıcalıklarının ve cebrî re'sen icra yetkisinin yokluğu" başlığını taşımaktadır. Bkz. Patrick Goffaux, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution d'office*, Bruxelles: Bruylant, 2002. Ayrıca bkz. Marc Nihoul, *Les privilèges de préalable et de l'exécution d'office*, (Doktora Tezi), Namur: Notre-Dame de la Paix Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2000; Sirat, a.g.m., s. 2.

Bu kısımda Türkiye'de (a) ve Fransa'da (b) re'sen icrayı istisnai bir yetki olarak gören yazarların, görüşlerini gerekçelendirme ve temellendirme şekillerine yer verilmektedir.

a. Türkiye

İdari işlemler, yetkili organlar tarafından tesis edildikleri andan itibaren hukuken geçerli hale gelir. Bunların ilgililere bildirilmesi, üçüncü kişilere karşı ileri sürülmelerinin önünü açar. Bu kararların maddi aleme geçirilmesi ise birtakım uygulama işlemleriyle mümkün olur. Yetkiyi istisnai olarak gören anlayışa göre re'sen icrayı oluşturan ameliyeler birtakım şartlara tabidir³⁹⁹.

Re'sen icra yetkisinin kullanılması, çoğunlukla temel hak ve özgürlükler bakımından bir tehdit oluşturur. Bireyin bu haklarına riayet edilmesi için idarenin, yetkisini kanundan alması gerektiği kabul edilmektedir. Günday'a göre idari icra, bireylerin ve toplulukların hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olduğundan, hukuk devleti ilkesi ve onun bir gereği olan kanuni idare ilkesi uyarınca, yasal bir dayanağa gereksinim gösterir⁴⁰⁰. Bu yüzden, re'sen icra yetkisinin istisnai olduğu, gücünü ancak kanundan alabileceği kabul edilmektedir. Re'sen icra yetkisinin, kanuna dayanması gereğinin nedenlerinden birinin de Anayasanın 6. maddesinde dile getirilen, hiçbir organ veya makamın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaması olduğu belirtilmektedir⁴⁰¹. Tan da, bu doğrultuda re'sen icra yetkisinin genel bir yetki olmadığını, Anayasanın benimsediği yasal yönetim ve hukuk devleti ilkelerinin gereği olarak, idarenin kendiliğinden yürütme yetkisinin olabilmesi için yasal bir dayanağa gereksinim olduğunu ifade etmektedir⁴⁰².

Duran da, yetkinin olağan olduğu görüşüne karşı çıkmakta, cebri ve cebri olmayan re'sen icra ayırımına girmeye gerek görmeden “*ortada ilgiliyi mahkum eden bir*

³⁹⁹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 415; “Re'sen icra yetkisi, idareye tanınmış olağan bir yetki olmayıp istisnai bir yetkidir”. Şeker, a.g.m., s. 11.

⁴⁰⁰ Günday, a.g.e., s. 243; Şeker, a.g.m., s. 11.

⁴⁰¹ Kanuni idare ilkesi ve buna bağlı olarak “bir kamu kudreti kullanabilmek için mutlaka bunun anayasaya dayandırılıyor olması gerekir” şeklindeki anayasal ilke idari makamların re'sen icra yetkisini kullanabilmeleri için açıkça yetkilendirilmiş olmalarını zorunlu kılmaktadır. Atay, a.g.e., s. 446.

⁴⁰² Tan, a.g.e., s. 269.

*yargı kararı olmadıkça, idari kararın re'sen icrası, esas itibariyle mümkün değildir*⁴⁰³ demektir. Karahanoğulları da benzer bir şekilde, re'sen icranın genel bir yetki olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekte ve *“re'sen icra, icrai karar alma yetkisinin kendiliğinden sonucu değildir”*⁴⁰⁴ demektir. Dolayısıyla, Hauriou'nun tezinin aksine her icrai kararın re'sen icra edilebileceğini düşünmek mümkün görünmemektedir⁴⁰⁵. Yine Ulusoy, idarenin belli bir faaliyeti yürütmek için yetkilendirilmiş veya görevlendirilmiş olmasını, o alanda hukuken icrai işlemler “tesis edebilmesi” için yeterli görmekte beraber, işlemin “uygulanması” için açık yasal iznin olması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁰⁶.

Daha önce ifade edildiği üzere, cebri re'sen icra-cebri olmayan re'sen icra ayrımını benimseyen yazarlar disiplin hukukundaki bazı uygulamaları cebri olmayan re'sen icra örneği olarak kullanmaktadır. İdarenin disiplin cezasını uygulamak için cebir kullanması gerekmiyorsa ayrıca bir kanunla yetkilendirmeye gerek olmadığı görüşü dile getirilmekteydi. Karahanoğulları, aynı örneği, idarenin olağan bir re'sen icra yetkisinin olmadığına örnek olarak kullanmaktadır. Buna göre okuldan uzaklaştırma disiplin cezası almış bir öğrencinin, cezanın etkisini uygulanamaz kılmak için girişimde bulunması halinde - örneğin okula gelip gitmeye devam etmesi durumunda - idarenin bu girişimi bertaraf etmek için fiziki müdahalede bulunamayacağı dile getirilmektedir⁴⁰⁷. İdarenin verdiği karara uymamakta direnen öğrenciye ayrı bir disiplin cezası verilebileceği ifade edilmektedir. Yazara göre, kanunlardan açıkça yetki almadıkça, idarenin re'sen icra yetkisi bulunmamaktadır⁴⁰⁸.

Kanuna dayanması gereği, re'sen icra yetkisinin kamu düzeninden olması sonucunu da içinde barındırmaktadır. Bu yüzden her durumda idarenin yetkili olup olmadığı göz önüne alınmaktadır. Kanun dışında bir düzenleyici işlem, kanunun yerine geçip yetki veremeyeceği gibi, idari işleme uymakla yükümlü bireyin rıza göstermesi

⁴⁰³ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 417.

⁴⁰⁴ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 313.

⁴⁰⁵ Hauriou, a.g.e., s. 393; Bong'dan alıntı yapan Erkut ise *“icrai nitelikteki her işlem re'sen icra yetkisinin getirdiği ayrıcalıklardan yararlanır”* demektir. Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 120.

⁴⁰⁶ Yazara göre, idarenin hukuk alanında ortaya çıkarmış olduğu değişikliği maddi aleme aktarması için yani re'sen icra edebilmesi için açık yasal yetki gerekmektedir. Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013, s. 234

⁴⁰⁷ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 315.

⁴⁰⁸ a.g.e., s. 314.

durumunda da idarenin yetkili hale gelmeyeceği belirtilmektedir⁴⁰⁹. Kısaca bireyin rızası olsa dahi idare re'sen icra yetkisi elde edememektedir.

Türkiye de re'sen icranın istisnai bir yetki olduğundan hareket eden anlayış, görüşlerini yukarıda verilen nedenlere dayandırmaktadır. Bu yaklaşımın, büyük oranda Fransız hukukundan etkilendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yüzden konunun devamında Fransız doktrininin konuya dair açıklamalarının ele alınması gerekli görülmektedir.

b. Fransa

Re'sen icra yetkisinin, istisnai bir yetki olduğu görüşünü savunan Fransız hukukçular, re'sen icranın kanuna dayanması bakımından cebir şartını aramamaktadırlar⁴¹⁰. Re'sen icra yetkisi, başlı başına bir zor kullanma yöntemi olarak kabul edilmektedir⁴¹¹. Bu yüzden, cebri re'sen icra ile cebri olmayan re'sen icra ayrımını yapmak yersiz bulunmaktadır. Diğer yandan, karar alma yetkisinin idareye doğrudan uygulama yetkisi verdiği görüşü kabul edilmemekte, sadece karar alma yetkisinin değil ayrıca bu kararı uygulama yetkisinin de kanuna dayanması gerektiği belirtilmektedir⁴¹².

Chinot'ya göre, re'sen icra yetkisi söz konusu olduğunda idare, bir ayrıcalıkla değil, yasal yetkilerle hareket eder. Benzer şekilde Goffaux, idarenin ayrıcalıklarını kümülatif olarak reddetmekte ve “*yetki olan yerde ayrıcalığa yer yoktur*” demektedir⁴¹³. Bu yüzden, re'sen icrayı bir ayrıcalık değil yetki olarak görmekte ve re'sen icra için de yetkinin kanuniliği prensibini savunmaktadır⁴¹⁴. İdarenin, icrai ve tek taraflı kararlar alabilme yetkisinin sonucu olarak, bireyleri yükümlülük altına sokabilmesi mümkünse de idare, kanunun açıkça yetki verdiği durumlar dışında bu kararları uygulayamaz⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ a.g.e., s. 321.

⁴¹⁰ Maurer benzer şekilde Alman hukukunda da re'sen icra için yasal yetki şartının arandığını dile getirmektedir. Ancak yazara göre merkezi idare kanunla veya kanunun verdiği yetki ile idare tarafından re'sen icra ile yetkilendirilebilirken; mahalli idareler, kamu kurumları ve bağımsız idari otoriteler gibi kurumlar yalnızca kanunla açıkça yetkilendirilmişlerse idari işlemin uygulanmasına yönelik muameleler gerçekleştirebilirler. Hartmut Maurer, *Droit administratif Allemand*, çev. Michel Fromont, Paris: LGDJ, 1994, s. 443.

⁴¹¹ Ferreira, a.g.m., s. 41.

⁴¹² Francis Paul Benoit, *Le droit administratif français*, Paris: Dalloz, 1968, s. 556; Chinot, a.g.e., s. 48.

⁴¹³ Goffaux, a.g.e., s. 346.

⁴¹⁴ a.yer.

⁴¹⁵ İdare karar alma yetkisinin sonucu olarak kendi lehine hak yaratabilir ama aldığı karara uygulama gücü veremez. Chinot, a.g.e., s. 35 ve 67.

Bu görüş uyarınca idare, önceden yasa koyucu tarafından yetkilendirilmiş olmadıkça, uygulamayı mümkün kılan bir aciliyet halinin yokluğunda, hakim kararı olmaksızın, kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla doğrudan harekete geçemez⁴¹⁶.

Özel hukukta, bireyden sakınılan kendi hakkını ifa imkanı, idareye re'sen icra yetkisinin verilmesiyle tanınmış olmaktadır. İki taraf arasındaki uyuşmazlıkta taraflardan birine uyuşmazlığın çözümü konusunda yetki verilirse, bu durumda “kimse kendi davasında yargıç olamaz ilkesi” ihlal edilmiş olur⁴¹⁷. Bu yüzden idareye genel ve olağan bir re'sen icra yetkisinin verilmesinin, idareyi kendi davasında yargıç yapmak olduğu ileri sürülmüştür⁴¹⁸. Dolayısıyla, yasa koyucunun re'sen icra yetkisi tanıdığı her durumda idareyi kendi davasında taraf olarak yetkilendirdiği iddia edilmektedir⁴¹⁹. Bu yüzden de, idarenin re'sen icra yetkisine sahip olduğu durumlar sınırlı olmalıdır. Bu sınırı, en iyi kanun belirleyeceği için re'sen icra yetkisi kanuna dayanmalıdır. Schwartzberg bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “*Yasanın sustuğu yerde idari faaliyet durur*”⁴²⁰.

Laferrière de, idarenin kanundan doğmayan bir yetkiyi kullanabileceği düşüncesini reddetmektedir. Yazara göre, idari makamlar kaynağını yasadan almayan yetkiler kullanamayacakları gibi yasa koyucunun ihmalen kendilerine tanımadığı yetkileri de kullanamazlar⁴²¹. Dolayısıyla idare, yasadaki boşluğu yorumlayarak buradan kendisine yetki türetemez. Ancak Conseil d'Etat, 1919 yılında verdiği *Labonne* kararında bu görüşe aykırı bir sonuca ulaşmıştır: “Yasaların uygulanması bazen başka bir yasanın ihmali gerektirebilir. Ayrıca bir yasanın, belli bir konuda sessiz kalması, idarenin kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli tedbirleri almasına engel teşkil

⁴¹⁶ Goffaux, a.g.e., s. 346.

⁴¹⁷ İlke her ne kadar kendi davasını çözmeyi ve karara bağlamayı yasaklasa da re'sen icra yetkisi idareyi böyle bir konuma getirdiğinden, genel bir hukuk ilkesinin istisnasına dönüşmüş olmaktadır.

⁴¹⁸ Girard, a.g.e., s. 542; Schwartzberg, a.g.e., s. 122.

⁴¹⁹ Re'sen icra hukukunda idare yalnızca birey yerine geçip işlemin uygulanmasını sağlamamakta aynı zamanda hakim yerine geçtikten sonra kendi kararını verip kendisi uygulamaktadır. Sirat, a.g.m., s. 8; Hauriou, a.g.e., 362.

⁴²⁰ Schwartzberg, a.g.e., s. 134; Bizim hukukumuzda idarenin faaliyeti yalnızca kanunla belirlenmemektedir. Bu husus ilerleyen kısımlarda tekrar ele alınmaktadır.

⁴²¹ Edouard Lafferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, 2eme Edition, Paris-Nancy: Berger-Levrault, 1896, s. 44. Burada ihmalen tanınmayan yetkilerden kasıt, idarenin söz konusu yetkileri kullanabilmesi ve hayata geçirmesi için ihtiyaç duyduğu ancak yasa koyucunun çeşitli nedenlerle vermeyi ihmal ettiği yetkilerdir. Ayrıca Anayasada yürütmenin doğrudan yetki olarak kabul edildiği durumlar saklıdır.

etmemektedir”⁴²². Duguit, bu kararda varılan sonuca aykırı bir fikir ileri sürmekte ve yasa koyucunun ayrıca uygulama yetkisi tanımadığı hallerde, idarenin inisiyatif kullanarak kararını uygulamasını bir fonksiyon gaspı olarak değerlendirmektedir⁴²³. Bu bağlamda, idarenin kendisinin yasa metninden yetki türetmeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüşse göre yetkinin, kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Yasa, idareye yetki tanımış olsa bile idare bu yetkiyi yasanın öngördüğü şartlar içerisinde kullanmalıdır⁴²⁴. İdare, yasanın kapsamını genişletme ve yasanın öngörmediği yaptırımları uygulama yetkisine sahip değildir. Ayrıca, idarenin bireylerin kişiliğine ve mallarına, açık yasa hükmü olmadan dokunma yetkisi olmadığından re’sen icra yetkisinin kanuna dayanması gerektiği belirtilmektedir⁴²⁵.

Temel hak ve özgürlükler rejimi ve kuvvetler ayrılığı ilkesi, kanunun idareye ve uygulamalarına egemen olmasını gerektirir. Kanunun içeriğine dair bir tereddüt söz konusu değilse, neyi yasaklayıp neye izin verdiği açık bir biçimde anlaşılıyor ama idarenin uygulama yetkisinden söz edilmiyorsa idare, kendiliğinden uygulama yetkisinin olduğu sonucunu çıkaramaz⁴²⁶. Bu yüzden, kanunun idarenin karar verme yetkisini düzenlemekle birlikte uygulama yetkisini düzenlememiş olduğu durumlarda, idarenin yapabileceği tek şeyin yasa koyucunun yasadaki boşluğu gidermesini sağlamak olduğu ifade edilmektedir⁴²⁷. Burada yer verilen düşünceler, katı bir biçimde re’sen icra yetkisinin kanuni olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, re’sen icranın yasaya dayanması temel bir şart ise de, bu şartın bir takım istisnaları söz konusudur. Bu husus ileriki kısımlarda daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

2. Yargısal İcranın Önceliği

Uygar ülkelerde, gücün kullanımı belli kurallara tabi tutulmuş ve belli makamlara bu konuda yetki verilmiştir. Hukukun temel amaçlarından biri, adaleti sağlamaksa bir diğeri de güç kullanımını kanunen açık ve sınırları belirlenmiş prosedürlere

⁴²² CE, 8 Ağustos 1919, *Labonne, GAJA*, N° 35, Rec. 737, s. 213-216 (Nakleden-Rousset, a.g.e., s. 97).

⁴²³ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 3, 2eme edition, Paris: Boccard, 1923, s. 711.

⁴²⁴ Girard, a.g.e., s. 553.

⁴²⁵ A. Lacoste, *De l’exécution forcée par voie administrative, Relativement à l’application de la Loi du 1^{er} Juillet 1901*, Paris: Imprimerie Bonvalot-Jouve, 1907, s. 104.

⁴²⁶ a.g.e., s. 28.

⁴²⁷ a.g.e., s. 29.

bağlamaktır⁴²⁸. Bu gücün kullanımı bakımından, yargısal icranın önceliği kuralı ileri sürülmekte ve olağan durumda ne idarenin, ne de bireyin, işlem ve kararlarını uygulamak için harekete geçemeyeceği belirtilmektedir⁴²⁹.

İdareye genel bir re'sen icra yetkisinin tanınması durumunda, mülkiyet hakkının ve diğer temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak görülen yargısal makamlar, herhangi bir yasal kural veya şarta tabi olmaksızın kuvvet kullanabilecek olan yürütme organının işlemlerine karşı, eli kolu bağlı hale gelmektedir⁴³⁰. Yargısal makamların da idari makamların da ortak bir amacı olduğu ve bu amacın güvenlik olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan, yargısal makamlar hukuki güvenliği, idari makamlar fiziki güvenliği sağlamaktadır⁴³¹. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ve kişilerin hukuki güvenliğinin en önemli teminatı, etkin bir yargılama işlevi olarak görülürken bireylerin dış tehlikelere karşı korunmasının teminatı yürütme kuvveti olarak görülmektedir⁴³².

Yasa tarafından açıkça yetkilendirilmedikçe, idarenin işlemin uygulanması için harekete geçemeyeceği vurgulanmakta ve bu durumlarda temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi için hakime başvurulması gerektiği ifade edilmektedir⁴³³. Milhat da, duruma göre hem adli yargıcın, hem idari yargıcın, bazen dolaylı, bazen de doğrudan idari işlemin icrasına katıldığını ileri sürmektedir⁴³⁴. Schwartzberg ise farklı bir görüş

⁴²⁸Chinot, a.g.e., s. 7.

⁴²⁹ Pierre Darest, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, Paris: Augustin Challamel, 1914, s. 83-84.

⁴³⁰ Lacoste, a.g.e., s. 123.

⁴³¹ Chinot, a.g.e., s. 64.

⁴³² Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 11. Yine Erkut “*Esasında hiçbir zaman itiraf edilmese dahi kamu kudretini elinde bulunduranlar etkin bir yargılama işlevinden rahatsızdırlar ve yargının sınırlandırılmasından gizliiden gizliye veya açıkça memnuniyet duyarlar*” demektedir. Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 13; Anayasamızın benimsediği “yasal yönetim” ve “hukuk devleti” ilkelerinin gereği olarak idarenin kararını kendiliğinden yürütme yetkisinin olabilmesi için yasal dayanağa gerek vardır. Çünkü, kendiliğinden yürütme çoğu kez temel hak ve hürriyetlere bir müdahale niteliği taşır. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 427.

⁴³³ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, Ankara: TODAIE Yayınları, 1968/1970, s. 206; İdarenin kararının uygulanması için hakime başvurmaya dayanan uygulamanın kökeni eski rejim dönemine kadar uzanmaktadır. Fransa henüz idari rejim sistemine geçilmeden önce adli idare sisteminin geçerli olduğu dönemde idarenin aldığı kararlar ancak icradan önce hakimden önce kabul edip onaylaması ile bir hukuk kuralı haline dönüşüyor ve üçüncü kişiler hakkında etki ve sonuç doğurabiliyordu. Onar, a.g.e., s. 55.

⁴³⁴ Milhat ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına uygun olmasından dolayı açık yetkinin yokluğunda uygulamanın yargıç kararıyla gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Cedric Milhat, *Recherche sur l'exécution des actes administratifs par voie de justice*, (Doktora Tezi), Bordeaux: Montesquieu IV Üniversitesi, 2003, s. 101. Türkiye'deki idari yargı hakimi Fransa'dakinin aksine idareye bir işlemin uygulanması için talimat veremez. Bu durumda Fransa'daki idari yargı hakiminin işlemin uygulanmasına etkisi doğrudan olmaktadır.

ileri sürmekte ve idarenin, hiçbir zaman yargıdan harekete geçmek için izin isteyemeyeceğini ancak, ondan ihlali cezalandırmasını talep edebileceğini belirtmektedir⁴³⁵.

Milhat'a göre, idari işlemin gereğinin uygulanması konusunda inisiyatifin bu şekilde hakime bırakılması, sorumluluğun da paylaşılmasına yol açtığından, tereddüt durumunda ve yasadan yetki almadığı durumlarda idarenin işlemlerinin hayata geçirilmesini kolaylaştırmaktadır⁴³⁶. Hauriou da, idarenin doğrudan yasadan yetki almadığı durumlarda yargı yoluna başvurması gerektiğini belirtmektedir⁴³⁷. Onar da buna yakın bir görüş ileri sürmekte ve "eğer idarenin elinde kendine mahsus ve amme kudreti vassafını haiz yani ferdi kuvvetlerin üstünde bir kudret bulunmasaydı hakkının veya hukuk kaidesinin icaplarını ancak hakimin kararıyle... icra ettirebilirdi"⁴³⁸ demektedir.

Société Immobilière de Saint Just kararı için hazırladığı raporda hükümet komiseri Romieu, Fransız hukukunu esas alarak şu açıklamada bulunmaktadır: İdare, kamu gücü işlemlerini zor kullanarak yerine getiremez⁴³⁹. Bunun için önce yargıya başvurup ihlalin tespitini ve gerekli yaptırımın tayin edilmesini sağlamalı, sonra da uygulama işlemleri için onay almalıdır⁴⁴⁰. Dolayısıyla, yasa koyucu farklı bir şekilde yapılmasını önceden belirlememişse, idari kararların olağan ve normal uygulama şekli cezai yaptırım şeklinde olmalıdır⁴⁴¹. Bu da yargısal icra olarak görülmektedir.

Ayrıca Fransa'da ceza yargıcı yasa gereği (Ceza Kanunu R.610-5) kolluk tarafından verilen emirlere aykırı davranışı cezalandırabilmektedir. Bu uygulamanın benzeri bizim hukukumuzda da uygulanmıştır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre "Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir." Bu hüküm eskiden yürürlükte olan 765 sayılı Ceza Kanununun 526. maddesine tekabül etmektedir: "Her kim, salahiyettar merciden kanun ve usul dairesinde verilmiş bir emre itaatsizlik eder veyahut ammenin istirahat ve selameti veya madelat mülahazası namına merciinden kanun dairesinde itihaz edilmiş bir tedbire riayet etmezse bir aya kadar hafif hapse ve elli liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur". Dolayısıyla eskiden bu cezaya bir ceza hakimi tarafından karar veriliyordu. Kabahatler kanunundaki hükümle beraber bu cezaya Fransa'daki uygulamanın aksine idare doğrudan karar verebilmekte ve uygulamaktadır. Ancak itiraz mercii adli yargıdır.

⁴³⁵ Schwartzberg, a.g.e., s. 126.

⁴³⁶ Milhat, *l'exécution des actes administratifs par voie de justice*, a.g.e., s. 4.

⁴³⁷ Hauriou, a.g.e., s. 363.

⁴³⁸ Onar, a.g.e., s. 1458.

⁴³⁹ Romieu, a.g.m., s. 2.

⁴⁴⁰ Romieu'nun bu düşüncesinin temelinde yine katı kuvvetler ayrılığı anlayışı yatmaktadır. Romieu, a.g.e., s. 2; Ayrıca bkz. Milhat, *l'exécution des actes administratifs par voie de justice*, a.g.e., s. VIII.

⁴⁴¹ Romieu, a.g.m., s. 2.

Türk hukukunda da bazı idari işlemlerin uygulanabilmesi için hakim kararı gerekmektedir. Bunun en tipik uygulaması da kamulaştırma işlemidir. Kamulaştırma işlemi, bireyin mülkiyet hakkını tehdit ettiği için kanunla düzenlenmiş ve işlem hakkında karar verme yetkisi adli yargıya verilmiştir. Bu bakımdan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesi idareye aldığı kamulaştırma kararını re'sen icra yetkisi vermemektedir. Hükme göre kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde idare, taşınmaz malın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesine müracaat ederek taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitini ve taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesini istemelidir. Dolayısıyla kamulaştırma kararının uygulanması yani re'sen icrası idarenin değil, adli yargının kararı ile mümkün hale gelmektedir⁴⁴². İdare, bir anlamda icra yetkisini mahkeme kararıyla elde etmiş olmaktadır. Danıştay'ca re'sen icra yetkisinin genel ve olağan bir yetki olarak kabul edildiği hukukumuzda, kamulaştırma işleminin adli yargının kararı ile uygulanabilir hale gelmesi aynı zamanda yetkinin genelliğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan re'sen icra, olağan bir yetki olmakta, kamulaştırma işleminin mahkeme kararıyla uygulanabilmesi de, bu yetkinin istisnası şeklinde ortaya çıkmaktadır. Karahanoğulları da, kamulaştırma konusunda idarenin re'sen icra yetkisi bulunmadığını ifade etmektedir⁴⁴³.

Sonuç olarak, Fransız hukukunda re'sen icra için yargıya başvurulmasının öngörüldüğü durumlarda idarenin kararını doğrudan icra edemeyeceği ifade edilmektedir. Buna göre, idare kendisine icra yetkisi tanınmamışsa, işlemin uygulanması için yargıya başvurmalıdır. Türk hukukunda ise idarenin kararının gereğini yerine getirmek için yargıya başvurusu istisnai bir durum olarak kabul edilmekte ve bu durumun - kamulaştırma örneğinde görüldüğü üzere - kanunla düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, idarenin kararının uygulanması için yargıya başvurusu bir istisna olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁴² Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1071.

⁴⁴³ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 314.

3. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin *Société Immobilière de Saint Just* Kararı⁴⁴⁴ ve Analizi

Fransa'da Re'sen icra yetkisinin istisnai bir yetki olarak kabul edilişi, 1902 yılında verilen *Société Immobilière de Saint Just* kararına ve karar için hükümet komiseri Romieu tarafından hazırlanmış rapora dayanmaktadır. Aşağıda önce karara konu olayın gelişimi ve kararın içeriğine (a) daha sonra da kararın değerlendirilmesine (b) yer verilmektedir.

a. Karara Konu Olayın Gelişimi ve Mahkemenin Kararı

Fransa'da III. Cumhuriyet döneminin başlarında, Kurucu Meclisin kabul ettiği 24 Mayıs 1872 tarihli yasa ile idareci-hakim sisteminin⁴⁴⁵ bırakılarak yetkili adalet sistemine⁴⁴⁶ geçilmesi ile beraber, Conseil d'Etat'nın hızlı bir biçimde içtihatlarını ortaya koymaya başladığı görülmektedir. Örneğin kamu hizmeti ölçütü, idarenin sorumluluğu, idari yargının görev alanı gibi idare hukukunun kapsamını belirlemeye yarayan temel kavramların tartışıldığı ünlü *Blanco*⁴⁴⁷ kararı, devredilmiş adalet sisteminin kabulünden çok kısa bir süre sonra 1873 yılında verilmiştir. Bizi re'sen icra yetkisinin kapsamının belirlenmesine götüren aşamanın başlangıcı da, Conseil d'Etat'nın yetkili adalet sistemi ile faaliyet göstermesine kadar götürülebilir.

Société Immobilière de Saint Just kararı verilmeden önce de idare, aldığı kararları uygulamak için re'sen icra yetkisini kullanıyordu. Ancak, bu karardan önce, idarenin kendi işlemlerini uygularken hangi kurallara tabi olduğu, bu yetkinin yönetme erkinin doğal bir parçası mı, yoksa sınırlı ve istisnai bir yetki mi olduğu tartışması

⁴⁴⁴ TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, N° 00543, Rec. Lebon, (<https://www.legifrance.gouv.fr> - 17 Kasım 2017)

⁴⁴⁵ René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15^e Ed., Paris: Montchrestien, 2001, s. 748; Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 53; Bu sisteme göre, uyuşmazlık veya şikayet önce sorumlu bakanlığa götürülür. Bakanlığın verdiği karar üzerine itiraz yoluyla Conseil d'Etat'ya gidilir ve uyuşmazlık hakkında son kararı Conseil d'Etat verir. Söz konusu uygulama esasında hukukun temel ilkelerinden biri olan "kimse kendi davasında hakim olamaz" ilkesine aykırılık oluşturmuyordu. Ancak o günün koşullarında idari işlemi uygulayan idare ile yargılayan idare arasında farklılık olabileceği düşünülüyordu. Conseil d'Etat'nın, *Cadot* kararıyla bu uygulamaya son verilmiştir. Bkz. CE, 13 Aralık 1889, *Cadot*, *GAJA*, N° 5, s. 36-38.

⁴⁴⁶ Yetkili adalet sistemi yargı organının başka bir organın onayına ihtiyaç duymadan bağımsız bir biçimde karar vermesidir. Onur Karahanoğulları, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 34, 45; Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 18.

⁴⁴⁷ TC, 8 Şubat 1873, *Blanco*, *GAJA*, N° 1, s. 1.

yapılmıyordu. XX. yüzyılın hemen başlarında verilmiş bu kararlar, idarenin re'sen icra yetkisine sınırlama getirilerek, bu yetki bir takım şartlara tabi tutulmaktadır.

Saint Just kararı, idarenin sahip olduğu kamu gücünün bir yansıması olan re'sen icra yetkisini hangi şartlar altında uygulamaya koyabileceği konusunda önem taşımaktadır. Kararın verilmesine kadar meydana gelen olaylar ise şu şekilde gelişmektedir: 1 Temmuz 1901 tarihli dernekler hakkında Kanun, dini cemaatlerin artışı engelleyemeyi ve hali hazırda faaliyet yürüten cemaatlerden bazılarının kapatılmasını öngörmektedir. Yasa, bu amaçla faaliyet göstermesine “izin verilenler” ile “izin verilmeyenler” şeklinde cemaatleri ikiye ayırmaktadır⁴⁴⁸. Bu kapsamda, faaliyet göstermesine izin verilen cemaatlerin, varlığını devam ettirmelerine de izin verilmekte, buna karşın, yasak kapsamına alınan cemaatler, bütünüyle ortadan kaldırılmak istenmektedir. Düzenlemeyle ayrıca, faaliyet göstermesine izin verilen cemaatlerin hareket alanı sınırlandırılarak, yeni kurumlar (okul, kreş, huzur evi vs.) açmaları engellenmek istenmektedir. Bu yüzden, yasanın izniyle kurulanların sayısını azaltmak ya da artmalarını önlemek amacıyla yeni kanun, Conseil d'Etat'nın da katılımıyla, cemaatlerin yeni “kurumlar” açmalarının şartlarını belirleyecek bir yönetmelik çıkarılmasını da öngörmektedir⁴⁴⁹. Sonrasında, Bakanlar Kurulunun çıkaracağı bir yönetmeliğin de faaliyetlerine son verilecek cemaatlerin ve izinsiz açılan kurumların kapatılmasını düzenlenmesi gerekmektedir.

Ancak, bu hükümlerin uygulanması birçok sorunu beraberinde getirmiş ve ortaya bazı uygulama zorlukları çıkmıştır⁴⁵⁰. Bu zorluklar idarenin re'sen icra yetkisinin niteliğinin tartışılmasına yol açmıştır.

Kanunun kabulünden sonra Bakanlar Kurulu, 25 Temmuz 1902 tarihinde, 1901 tarihli yasanın 13. maddesinin öngördüğü uygulama yönetmeliğini çıkarır. Bu arada, Lyon şehrinin Farge sokağında bulunan 22 kapı numaralı binada faaliyet gösteren bir

⁴⁴⁸ Chinot, a.g.e., s. 72

⁴⁴⁹ Dolayısıyla kanun izinsiz faaliyet yürüten cemaatleri ortadan kaldırmayı, izinli faaliyet yürütenlerin de yeni kurumlar açmasını engellemeyi amaçlamaktadır. 1 Temmuz 1901 tarihli Kanun madde 13 “...Conseil d'Etat tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle dini cemaatlerin yeni kurum açmaları yasaklanacaktır. Dini cemaatlerin faaliyetlerine son verilmesine veya faaliyet gösterdikleri kurumların kapatılmasına Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan bir yönetmelikle karar verilecektir.” Bu madde Octave Dupond'un çalışmasından alınmıştır. Bkz. Octave Dupond, *Conditions de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative*, 5. b., Paris: Marcel Giard, 1925, s. 13. Metnin güncel hali orijinalliğini büyük ölçüde korumaktadır, yalnızca ikinci cümledeki kapatma yetkisi Bakanlar Kurulundan alınmış ve yargı organına yani Conseil d'Etat'ya bırakılmıştır. (<https://www.legifrance.gouv.fr/> - 13 Aralık 2016).

⁴⁵⁰ Chinot, a.g.e., s. 72

kurumun, yönetmelik hükmüne aykırı faaliyet yürüttüğü tespit edilmiştir⁴⁵¹. Bina Saint Charles Rahibeleri (*Les Soeurs de Saint Charles*) isminde, “izin verilen” bir cemaat tarafından kira akdi ile kullanılmaktadır. Binanın asıl sahibi ise karara ismini veren şirket, *Société Immobilière de Saint Just*’tür. İddiaya göre cemaat önceki yasalara uygun olarak kurulmuştur ama cemaatin işlettiği söz konusu kurum, yeni yasanın getirdiği yasağa tabi kurumlardandır. Burada cemaatin varlığına son verilmemekte sadece belli bir binadaki faaliyetine son verilmektedir. Bunun için kapatma kararının uygulanması ve bahsi geçen kurumun kapısına mühür vurulması gerekmektedir.

Rhône Bölgesi Valiliği tarafından, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten bir gün sonra, 26 Temmuz 1902’de, binanın derhal boşaltılması ve kapı ve pencerelerine mühür vurulması için talimat verilmiştir⁴⁵². Aynı gün, emniyet müdürlüğüne bağlı birimler tarafından kararın gereğinin yerine getirilmesi amacıyla, rahibeler yapıdan çıkarıldıktan sonra kapılar mühürlenmiştir. Bunun üzerine, binanın mülkiyetini elinde bulunduran *Société Immobilière de Saint Just*, Lyon mahkemesinde mühürlerin kaldırılması amacıyla Rhône Bölgesi Valiliğine dava açmıştır. Rhône Valiliği ise Lyon yerel mahkemesinin konu itibariyle görevsiz olduğu itirazında bulunmuş ancak istinaf mahkemesi Lyon yerel mahkemesini görevli bularak itirazın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine dava, Uyuşmazlık Mahkemesi’ne intikal etmiştir. Talep aynıdır: Bina üzerine konulan mührün kaldırılması⁴⁵³. Ama hukuki mesele, daha karmaşık bir niteliğe sahiptir.

Temel sorun, “kurum” kavramından ne anlaşılacağı ve idarenin doğrudan hareket ederek işlemin uygulanmasını sağlayıp sağlayamayacağıdır. Cemaat mensuplarının katkılarıyla bir okul veya “hayır evi” olarak işletilen söz konusu bina, yasanın öngördüğü anlamda “yasak kurum” kapsamına girmekte midir?⁴⁵⁴ Bu hususta görüşüne başvurulmuş Conseil d’Etat, konu hakkında görüşünü “olumlu” olarak belirterek kurumun yasanın getirdiği yasak kapsamına girdiğini şu şekilde vurgulamaktadır: “*Bir*

⁴⁵¹ Jean Romieu, “Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Sté immobilière de Saint-Just”, (<http://www.lexinter.net> - 30 Mart 2017), s. 1.

⁴⁵² Romieu, a.g.m., s. 1

⁴⁵³ a.yer.

⁴⁵⁴ Chinot, a.g.e., s. 72; Dupond, a.g.e., s. 13.

*kurumun niteliği onun kurucusuna göre değil yürütülen faaliyete göre değerlendirilir*⁴⁵⁵.

Muğlaklığın temel nedeni, yasanın uygulanmasına karşı çıkılması durumunda idareye bunu önleyecek araçların verilmemiş ya da bu hususun öngörülmemiş olmasıdır. İşlemi uygulamak konusunda yetkili olduğunu düşünen idare ise, bu hususların kendisine bırakıldığına kanaat getirerek ve zor kullanarak binayı boşalttıktan sonra kapısını mühürlemiştir. Muğlaklığın giderilmesi amacıyla 1901 tarihli Kanunun 8. maddesi ile idarenin kararına aykırı davranılması yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bu şekilde belirsizliğe yol açan neden bertaraf edilmiş olmaktadır. Ancak geriye yürümezlik ilkesi gereği, yeni düzenleme önceki yasaya bağlı olarak gerçekleştirilen işlemleri kapsamamaktadır. Dolayısıyla, artık kanuna aykırı davranışlar için yaptırım ve re'sen icra yetkisi öngörülmekte ancak geçmişteki uyuşmazlığa yeni hükümler uygulanamamaktadır. Chinot'nun deyişiyle, *“sorun gelecek için çözüme kavuşturulmuş ama geçmiş için varlığını sürdürmeye devam etmektedir”*⁴⁵⁶.

Bu geçmişte kalmış ve çözüme kavuşturulmamış dava, *Société Immobilière de Saint Just* davasıdır. Valilik tarafından yapılan icra faaliyeti, yasa ve yönetmelik kapsamında idarenin başvurabileceği bir yol mudur yoksa bu doğrudan harekete geçme durumu, bir fiili yol mu teşkil etmektedir? Bu sorunun cevabı hem re'sen icra yetkisinin mahiyetini hem de uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı kolunu ortaya çıkarmak bakımından önemlidir. Bu, aynı zamanda idari kararların uygulanmasının belli bir hukuki çerçeveye kavuşturulması anlamına da gelmektedir. Bu kapsamda hükümet komiseri Romieu'nun raporunda yer verdiği öneriler uyuşmazlığın gidişatına yön vermiştir⁴⁵⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesi, önce davanın kabul edilebilirliğini tartışmış ve kabulüne karar vermiştir. Daha sonra da uyuşmazlığı çözecek yargı yolunu belirleyerek, “idari işlem niteliği açık olan mühür vurma işlemi”den⁴⁵⁸ doğan uyuşmazlığın, adli yargıda çözüme kavuşturulamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, bu sonuca ulaşırken, idari

⁴⁵⁵ Conseil d'Etat sonra bu görüşünü *Le Conte* kararında tekrar etmektedir.. Bkz. CE, 20 Haziran 1903, *Le Conte*, Dalloz, 1903-III-65 (Nakleden- Chinot, a.g.e., s. 73)

⁴⁵⁶ Chinot, a.g.e., s. 73

⁴⁵⁷ Romieu'nun kararı gölgede bırakan yorumundan dolayı doktrin, genelde kararın içeriğine değinmeye gerek görmeden düşüncelerini hükümet komiserinin raporu üzerinden ifade etmektedir. Girard, a.g.e., s. 534.

⁴⁵⁸ *GAJA*, N° 10, a.g.e., s. 61.

işlemlerin uygulanması sonucu ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkları çözme yetkisinin adli yargıya ait olamayacağını, idari kararların hukuka uygunluğunun sadece idari yargı tarafından denetlenebileceğini ve Lyon istinaf mahkemesinin adli yargıyı görevli sayarak, “adli ve idari mercilerin ayrılığı”⁴⁵⁹ prensibini ihlal ettiğini belirtmektedir⁴⁶⁰. Mahkeme ayrıca, Rhône Valiliğinin yaptığı işlemin, yetkisi dahilinde bir işlem olduğunu kabul ederek yetkisizlik ve fiili yol iddialarını kabul etmemiştir. Sonuç olarak, dava konusu işlemin idari niteliğe sahip olduğuna kanaat getirerek uyuşmazlığın, idari yargıda görülmesine karar vermiştir.

Saint Just kararıyla varılan sonucun, Fransız hukukunda büyük oranda benimsendiği ve kararda belirlenen ilkelere bağlı kaldığı görülmektedir. Re’sen icra kurallarında kısmi bir değişiklik yaşanmışsa da bu kurallara temel oluşturan düşüncenin aynı kaldığı belirtilmelidir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında bu değişiklikler ayrıca ele alınmaktadır.

b. Kararın Analizi

Mahkemenin vardığı sonuçta, büyük oranda davanın raportörlüğünü yapan hükümet komiseri Romieu’nun değerlendirmeleri etkili olmuştur. Bu yüzden karar analizinin bu değerlendirmelerle beraber ele alınması gerekmektedir.

Yukarıda yer verilen kararda mahkemenin bazı temel sorulara cevap arayacak şekilde ilerlediği görülmektedir. Mahkeme öncelikle mühür vurma işleminin idari bir tedbir mi, yoksa adli yargıyı yetkili kılan bir binaya el koyma (*dépossession*) işlemi mi olduğunu tartışmaktadır⁴⁶¹. Bu konuda Mahkeme, mühür vurma işleminin idari bir tedbir olduğunu belirtmekte ve adli yargıyı yetkili kılacak bir binaya el koyma işleminin söz konusu olmadığını dile getirmektedir.

⁴⁵⁹ Fransız’da 16-24 Ağustos 1790 tarihli kanunla adli ve idari mercilerin ayrılığı prensibi kabul edilmiştir. Bu prensibe göre adli makamların idareye dahil memurları yargılaması yasaklanmaktadır. Adli ve idari makamların birbirinden ayrılmasının sonucu olarak idari-yargısal makamlar oluşturulmuştur. İdari yargı makamları oluştuğuna göre idari fonksiyona dahil uyuşmazlıkların yargılanması yalnızca idari yargıda gerçekleştirilebilmektedir. Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 748; Söz konusu ilke 1791 Fransız Anayasası’nın 3. maddesinde şu şekilde yer almıştır: “Mahkemeler ... idari işlere müdahale edemez, görevlerinden dolayı idarecileri celbedemezler.” Yayla, a.g.e., s. 105.

⁴⁶⁰ TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, *GAJA*, N° 10, s. 61

⁴⁶¹ *GAJA*, N° 10, a.g.e., s. 61.

Mahkeme, ikinci olarak işlemin muhatabının kararın gereğini yerine getirmemesi durumunda, idarenin re'sen icraya başvurup başvuramayacağını tartışmaktadır⁴⁶². Raporda, “İdarenin işlemlerini güç kullanarak uygulayamayacağı”⁴⁶³ temel bir ilke olarak ileri sürülmekte ise de, kanunun uygulanması için bireyin direnişinin hukuka uygun olarak kırılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁶⁴.

Long ve diğerleri, kararın içeriğine ilişkin değerlendirmelerinde, “re'sen icra (*exécution d'office*) olarak da anılan cebri re'sen icra (*exécution forcée*)” vurgusunu yaparak doktrinin diğer bir kısmı tarafından yapılan cebri re'sen icra-cebri olmayan re'sen icra ayrımını reddetmektedir⁴⁶⁵. Romieu'nun re'sen icra için yaptığı tanım da yazarlar tarafından olduğu şekilde alıntılanmaktadır: Re'sen icra, “*kanuna uygun davranışın sağlanması amacıyla, başka bir tedbirin yokluğunda başvuru ampirik ve kanuni bir yöntem*”⁴⁶⁶dir. Re'sen icra, bireyin idari işlemin gereklerini yerine getirmesi başka şekilde sağlanmadığı durumlarda başvuru bir yöntem olduğundan, ikincil nitelikte bir yoldur⁴⁶⁷. Esas olan idarenin zor kullanmaması ve bireyin idari işleme uygun hareket etmesidir. Sonuç olarak re'sen icra yetkisi, başvuru istisnai olan ve yargının belirlediği sıkı şartların gerçekleşmesi durumunda hukuka uygunluğu kabul edilen bir yetki olarak görülmektedir.

Conseil d'Etat da *Saint Just* kararının değerlendirmesini yaparken yetkinin kanuni dayanağa ihtiyaç duyduğunu belirtmekte ve hükümet komiserinin ileri sürdüğü şartları aynı şekilde aktarmaktadır⁴⁶⁸. Buna karşın, Long ve diğerleri tarafından bu şartlar farklı bir tasnifle verilmektedir⁴⁶⁹. Buna göre öncelikle iki durumda idare, re'sen icra yetkisine doğrudan sahiptir. Bu iki şart seçimliktir, birinin gerçekleşmesi yeterlidir:

1) *Yasa ile açıkça yetkilendirilmişse*: Örneğin, askeri ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılan istisnallerde yetki doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bunun dışında yol güvenliği, çevrenin korunması gibi alanlarda da idarenin doğrudan icra

⁴⁶² a.yer.

⁴⁶³ a.yer.

⁴⁶⁴ Romieu, a.g.m., s. 1.

⁴⁶⁵ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *GAJA*, 17. Ed., Paris: Dalloz, 2009, s. 62.

⁴⁶⁶ “*Un moyen empirique justifié légalement, à défaut d'autre procédé, par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi*” Romieu, a.g.m., s. 3.

⁴⁶⁷ a.yer.

⁴⁶⁸ <http://www.conseil-etat.fr> - 11 Şubat 2018.

⁴⁶⁹ Long ve diğerleri, a.g.e., s. 62 vd.

yetkisi bulunmaktadır. Keza idare, kolluk faaliyetini yerine getirirken, yasa kapsamında olmak üzere işlemi re'sen icra etme olanağına sahiptir⁴⁷⁰.

2) *Aciliyet durumu varsa*: Romieu konu ile ilgili her eserde geçen “*Ev yanarken, itfaiyecilerin gelmesi için mahkemeden izin almaya gerek yoktur*” cümlesini aciliyet durumunda idarenin re'sen icra yetkisine sahip olduğunu ifade etmek için kullanmaktadır⁴⁷¹. Aciliyet halinde ve kamu yararının gerektirmesi durumunda, idarenin temel görevi, gerektiğinde güç kullanarak hemen harekete geçmektir. Dolayısıyla acil ve istisnai bir hal söz konusu ise idare, yasadaki açıkça yetki almasa dahi işlemin uygulanması için doğrudan harekete geçebilmektedir.

Bu iki durum söz konusu değilse, idarenin işlemlerini re'sen icra edebilmesi için aşağıda verilen şartlar (kümülatif olarak) aranmaktadır:

1) Öncelikle, *herhangi bir yasal yaptırım öngörülmemiş olmalıdır*. Bu ihtimalde yasa karar alma yetkisi vermiş, ama karara aykırı davranılması durumu için yaptırım öngörmemiştir. Bu unsur, re'sen icranın hukuka uygun olmasının temel şartlarından biri olarak aranmaktadır. Conseil d'Etat'nın *Abbé Bouchon*⁴⁷² kararında da “*başka bir hukuki tedbirin öngörülmüş olduğu durumların dışında kanuna uyulmasını sağlama ihtiyacı, idari icranın hukukiliğinin temel şartıdır*” denmektedir. Yasal bir yaptırım öngörülmüşse idare, re'sen icraya başvurmak yerine yaptırımı uygulamalıdır. Bu sonuç, “*cezai yaptırım varsa re'sen icra yetkisi yoktur*”⁴⁷³ şeklinde ifade edilmektedir. Bu yüzden de, cemaatleri ortadan kaldırma amacındaki 1 Temmuz 1901 tarihli yasa, yasanın uygulanmasına engel olabilecek bireyler için bir yaptırım öngörmemiş olduğundan idarenin re'sen icraya başvurması hukuka uygun görülmüştür⁴⁷⁴. Sonuç olarak “*herhangi bir cezai yaptırımın öngörülmemiş olduğu durumlarda, kanun hükmünün öngördüğü sonucun gerçekleşmesi amacıyla işlemin re'sen icrası için güç*

⁴⁷⁰ Fransız Anayasa Konseyi de bir kararında, kamu düzenine ilişkin konularda yasa koyucunun uygulama işlemlerine ilişkin olarak hüküm koyması gerektiğini ve bu kapsamda idare tarafından alınan kararların re'sen icra edilebileceklerini dile getirmiştir. CC, 13 Ağustos 1993, N° 93-125, cons. 7. (<http://www.conseil-constitutionnel.fr> - 18 Mart 2018); Bailleul, a.g.m., s. 390.

⁴⁷¹ Romieu, a.g.m., s. 2.

⁴⁷² CE, 17 Mart 1911, *Abbé Bouchon*, Rec. III, concl. Blum (Nakleden-André de Laubadère, a.g.e., s. 285)

⁴⁷³ Romieu, a.g.m., s. 5.

⁴⁷⁴ *GAJA*, N° 10, a.g.e., s. 64.

kullanılabilmektedir”⁴⁷⁵. Burada yasa hükmünün icrası gereği ile idari işlemin uygulanması gereği örtüşmektedir.

Cezai yaptırım şartı, Fransız yargısı tarafından sonraki tarihlerde verilen kararlarla yumuşatılmış ve kanunla öngörölmüş bir hukuki tedbirin, re'sen icraya engel olabileceği kabul edilmiştir⁴⁷⁶.

2) *Re'sen icra edilecek işlemin kaynağını bir yasadan alması gerekir.* Hükümet komiserinin yaptığı nitellemenin çelişkili olduğunun düşünölmemesi amacıyla bu şart, uygulama yetkisinin açıkça kanunda yer alması değil, karar alma yetkisinin açıkça kanunda yer alması şeklinde anlaşılmalıdır.

3) *Re'sen icraya ihtiyaç olmalıdır.* İlgilinin idari işlemin gereğini yerine getirmemesi, uygulanmasına karşı koyması veya engellemeye çalışması gerekmektedir. Muhatabın işlemin uygulanmasına direnmesi re'sen icraya başvurulması için bir neden oluşturmaktadır.

4) *İdari kararın re'sen icrası için başvuru alan ameliyeler, kanun tarafından öngörölmüş işlemin uygulanmasını sağlayacak düzeyde olmalıdır.* Kısacası, kanunun öngördüğü sonucun gerçekleşmesine hizmet edecek şekilde re'sen icraya başvurulmalıdır. İdare kanunun uygulanmasını gerekçe göstererek, bu imkanı yetkilerinin dışına çıkmak için kullanmamalıdır.

Kararı veren Uyuşmazlık Mahkemesi olsa da re'sen icra hukukunun temel ilkelerini ve rejimini Romieu belirlemiştir. Bu ilkelerin en önemli yönü re'sen icra hukukuna sistematizasyon getirmesi ve keyfiliği ortadan kaldırarak kurallara bağlamasıdır⁴⁷⁷. Re'sen icranın şartları ve kanunu olarak nitelenen bu kurallar ufak değişikliklerle halen geçerliliğini korumaktadır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu şartlar, hükümet komiserinin sistematığı de dahil edilerek daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmaktadır.

⁴⁷⁵ a.yer.

⁴⁷⁶ Bu kararlara ilerleyen kısımlarda ayrıntılı olarak yer verilmektedir.

⁴⁷⁷ Girard, a.g.e., s. 553-554.

4. Türk Yargısının Konuya Yaklaşımı⁴⁷⁸

Türk yargısı tarafından idari işlemin uygulanmasına ilişkin olarak *Saint Just* kararına benzer detaylı bir karar verilmemiş olsa da re'sen icra yetkisinin niteliğinin tartışıldığı bazı karar örneklerinin bulunduğu ifade edilmelidir. Ancak bu kararlardan yola çıkarak Fransa'daki gibi bir re'sen icra tarihçesinin oluştuğunu belirtmeye imkan bulunmamaktadır. Aşağıda verdiğimiz yargı kararlarında re'sen icrayı konu alan çeşitli olaylar hakkında Danıştay (a), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (b) ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nden (c) oluşan yüksek yargı makamlarının kararlarına yer verilmektedir. Kararların çeşidi ve bu kararlarda benimsenen tavır benzer olsa da bu kararlardan Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararına benzer genel ve ortak bir ilke veya ilkeler grubu çıkarmak mümkün görünmemektedir. Türk yargısının re'sen icraya yaklaşımının, Fransız uygulamasından, aşağıda verilen açıklamalar dahilinde bazı yönlerden ayrıldığı görülmektedir.

a. Danıştay Kararları

Danıştay'ın idarenin re'sen icra yetkisi ile ilgili vermiş olduğu kararlarda, bu yetkinin niteliği konusunda, Fransız uygulamasından farklı değerlendirmelere yer verdiği görülmektedir. Danıştay'ın, idarenin re'sen icra yetkisini, genel ve olağan bir yetki olarak kabul ettiği söylenebilir: “Yürütme ve idare, idare hukukunda kabul edildiği üzere, kamu gücüne sahiptir. Kendisine kanunlarla verilmiş görevleri yerine getirirken, kamu gücüne dayanır, kararlar alır; aldığı kararları tek başına ilgililerin iznini almaya mecbur olmadan yürütür”⁴⁷⁹. Danıştay'ın bu kararı, idari işlemin muhatabın onayı olmadan yürütülebileceğini ve uygulanabileceğini belirtmekle beraber, esasen idari işlemin tek taraflı olduğunu ve kamu gücü ile donatıldığını vurgulamaktadır. Dolayısıyla, bu kararda daha çok idari işlemin özellikleri üzerinde durulduğu

⁴⁷⁸ Conseil d'Etat'nın kararları Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına uygun biçimde şekillenmiştir. Conseil d'Etat kararlarına başlıkların altında örnek biçiminde değinildiğinden bu başlık altında Türk idari yargısının bahsi geçen tartışma noktalarına yaklaşımı ele alınmaktadır.

⁴⁷⁹ Danıştay 3. Dairesinin Kararı, T. 22.11.1978, E. 1978/1158, K. 1978/1213, (<http://kararara.com> - 21 Ağustos 2017); Danıştay'ın re'sen icra yetkisini genel bir yetki olarak görmesine dair ayrıca bkz. Danıştay İDDGK Kararı, T. 05.06.1992, E. 1992/170, K. 1992/144 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Ağustos 2017); Danıştay'a göre aksine kanun hükmü bulunmadıkça idare kendi işlemlerini re'sen icra edebilir. Onar, a.g.e., s. 1462.

görülmektedir. Bununla birlikte, idarenin kararlarını doğrudan uygulayabileceğini ileri sürdüğünden dikkate alınması gerektiği de düşünülmektedir.

Danıştay, re'sen icranın niteliği konusunda 2010 yılında kapsamlı bir karar vermiştir. Olayda davacının ölen eşine hatalı olarak yüksek gösterge uygulanmak suretiyle 11 yıl boyunca fazla emekli aylığı ödenmiştir⁴⁸⁰. İdare de, fazladan yaptığı ödemeyi tahsil etmek amacıyla, eşe ödenen emekli aylığından dörtte bir oranında kesilmek üzere, borcun tahsiline karar vermiştir. Danıştay, yapılan işlemi hukuka aykırı görerek iptal ederken şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının doğal bir sonucu olarak, *idarenin tesis ettiği işlemleri re'sen icra etme yetkisi kural olarak bulunmaktadır.* İdare, tesis ettiği işlemleri, herhangi bir yargı merciine başvurup karar almaya ihtiyaç duymadan, salt sahip olduğu kamu kudretini kullanarak yerine getirmeye yetkilidir. Ancak bazı idari işlemlerin re'sen icra edilebilmesi için idarenin, işlemin muhatabı olan kişinin fiziki veya mal varlığı üzerinde cebri tedbirlere başvurması, kuvvet kullanması gerekebilir. İşte bu tür sonuçlar doğuran idari işlemleri uygulayabilmek için kural olarak *idarenin re'sen cebri icra yetkisi bulunmamaktadır. Zira idarenin cebir kullanması Anayasa tarafından güvence altına alınan kişi hürriyetine ve mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelir.* Böyle bir müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayacak yegane şart ise idareyi bu yönde açıkça yetkilendiren bir *yasanın varlığı* halidir.”⁴⁸¹

Danıştay kararında verilen re'sen icranın niteliğine ilişkin değerlendirmenin Fransız hukukunda yapılan değerlendirmeyle örtüşmediği görülmektedir. Yüksek mahkeme, re'sen icra yetkisinin kural olarak olağan bir yetki olduğunu ve idarenin aldığı kararları doğrudan uygulayabileceğini belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, kararın içeriğinden anlaşıldığı üzere cebri re'sen icra-cebri olmayan re'sen icra ayrımı yapmakta ve cebri olmayan re'sen icrayı, idarenin olağan yetkilerinden biri olarak görmektedir. Buna karşın, cebri re'sen icra konusunda, idarenin yetkisinin olağan olmadığını, kuvvet kullanımının temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığını ve buna yalnızca kanunla izin verilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Danıştay'a göre istisnai olan ve

⁴⁸⁰ Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan kanun geriye doğru beş yıllık tutarın tahsiline izin vermektedir. 5434 sayılı Kanun madde 121: “Herhangi bir nedenle Sandık tarafından ilgililere istihkaklarından fazla veya yersiz olarak yapılan ödemelerin, bu hatalı işlemlerin düzeltildiği tarihten geriye doğru hesap edilecek beş yıllık tutarları tahsil edilir”.

⁴⁸¹ Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 28.06.2010, E. 2008/6908, K. 2010/5831, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21.08.2017).

kanuni yetki gerektiren, cebri re'sen icradır. Söz konusu kararda ayrıca, alacağın tahsili için girişilen re'sen icra uygulaması fiziki bir zorlama söz konusu olmasa da cebri re'sen icra kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁸².

Danıştay'ın yaklaşımının, Fransız hukukundaki uygulamayla karşılaştırıldığında hem re'sen icra yetkisini olağan bir yetki olarak görme bakımından, hem de re'sen icrayı, cebri re'sen icra ve cebri olmayan re'sen icra şeklinde ikiye ayırma bakımından farklılık gösterdiği dikkat çekmektedir. Yukarıda incelendiği üzere, Fransız hukukunda bu ayırma gidilmemekte ve cebir re'sen icranın bir gerçekleşme şekli olarak görülmektedir. Bu açıdan, cebir içersin veya içermesin tek bir re'sen icra olduğu kabul edilmektedir. Alacağın tahsili için girişilen faaliyet de, bu tek olan re'sen icra kapsamında değerlendirilmektedir. Danıştay, ayrıca cebri olmayan re'sen icranın hangi işlemleri kapsadığını belirtmemekte ve yukarıda doktrin tarafından verilen idarenin hukuksal alanına dahil işlem ile ilgisine yarar sağlayan veya uygulama işlemi gerektirmeyen işlemler şeklindeki ayrımlara gitmemektedir.

Buna karşın Danıştay'ın kararında temel hak ve özgürlüklere vurgu yapmasını ve cebri re'sen icra için kanuni yetkilendirme şartını öne sürmesini olumlu bir değerlendirme olarak kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu değerlendirmenin sadece cebri re'sen icra için değil, cebri olmayan re'sen icrayı da kapsayacak şekilde yapılması gerektiği düşünülmektedir. Zira, ayırmadan bağımsız bir biçimde, genel olarak re'sen icra yetkisi (cebri veya cebri olmayan), temel hak ve özgürlüklere müdahale imkanı vermektedir. Örneğin cebri olmayan re'sen icrayı olağan olarak kabul eden görüş⁴⁸³, aylıktan kesme cezasının cebir gerektirmediğini ve idarenin doğrudan bu işlemi uygulayabileceğini belirterek, yapılan işlemi, cebri olmayan re'sen kapsamında

⁴⁸² Kararın devamı: “5434 sayılı Kanun'un 121. maddesi ile, idareye, yersiz ve fazladan ödediği meblağları ilgisinden herhangi bir yargı kararı olmaksızın re'sen istihkaklarından kesmek suretiyle geri alma yetkisi tanınmış olmakla birlikte, idareye tanınmış olan bu *cebri icra yetkisi*, yapılmış bulunan yersiz ödemenin geri alınmasının ancak yersiz ödeme yapılan kişinin istihkakına yönelik olabileceği noktasında sınırlanmaktadır... Anılan düzenlemede yersiz ve fazladan ödeme yapılan ilgilinin ölümü halinde Sandık alacağının ne şekilde tahsil edileceği hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde, idare yapmış olduğu ödemeleri ancak adli yargı yerinde genel hükümlere göre ilgilinin yasal mirasçılara karşı yönelteceği icra takibi veya dava ile aramak durumunda olup; ölmüş bulunan ilgiliden dolayı dul veya yetim aylığı alan kişilerin aylıklarından, 5434 sayılı Kanun'un 121. maddesi hükmüne dayanarak re'sen cebri icra yetkisi kullanmak suretiyle kesinti yapma olanağı bulunmamaktadır”. Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 28.06.2010, E. 2008/6908, K. 2010/5831, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Ağustos 2017); Kanımızca kuvvet kullanımı zorunlu olmadığı halde alacağın tahsili için girişilen faaliyetin cebri re'sen icra olarak değerlendirilmesinin nedeni, alacağın tahsilini sağlayan icra dairelerinin yürüttüğü faaliyetin hukukumuzda “cebri icra” olarak nitelendirilmesidir.

⁴⁸³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1073; Dursun, a.g.m., s. 252.

değerlendirmektedir. Ancak, bu işlemde her ne kadar cebir yoksa da, bireyin özlük haklarına ve mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusudur. Dolayısıyla bu konuda kanuni yetkinin aranılması gerekmektedir⁴⁸⁴. Kanımızca, idarenin aylıktan kesme cezasını doğrudan uygulayabilmesinin nedeni bu işlemin, cebir gerektirmemesi değil kanunda bu işlemin gerçekleştirilebileceğine ilişkin açık hüküm bulunmasıdır. Her ne kadar, kararda, cebri re'sen icra kapsamında olan işlemler sayılmamış olsa da Danıştay'ın, aylıktan kesme cezasını mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde görerek, cebri re'sen icra kapsamında değerlendirmesi ihtimal dahilindedir⁴⁸⁵.

Yüksek Mahkeme, başka bir kararında, idari işlemin tanımını yaparken, re'sen icra için herhangi bir şart koymadan, idari işlemi, yine doğrudan uygulanabilir işlem olarak nitelendirmektedir: “İdari işlemler, idari makam ve mercilerin idari faaliyet alanıyla ilgili, idare hukuku çerçevesinde tesis ettikleri, tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte hukuki tasarruflardır”⁴⁸⁶. İdari işlemin doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul edilişi Danıştay'ın yukarıda yer verilen “kural olarak idarenin re'sen icra yetkisine sahip oluşu”

⁴⁸⁴ Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, aylıktan kesme cezasının uygulanması için idareye ayrıca yetki vermektedir. Bkz. 657 sayılı DMK'nın “Uygulama” başlıklı 132. maddesi: “Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır... Aylıktan kesme cezası, cezanın veriliş tarihini takip eden aybaşında uygulanır”.

⁴⁸⁵ Ancak Danıştay kararlarında aylıktan kesme cezasının cebri re'sen icra kapsamında olup olmadığı tartışılmamakta buna karşın verilen cezanın hukuka uygun olup olmadığı ve cezanın verilebilmesi için kanunda aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği sorunu üzerine durulmaktadır. Bkz. Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 20.10.2006, E. 2003/4620, K. 2006/4153: “Tüm bu hükümlerin değerlendirilmesinden, Disiplin Kurullarının aylıktan kesme cezası vermeye yetkisinin olmadığı, bu cezanın ancak disiplin amirlerince verilebileceği, bu konuda disiplin kuruluna da yetki verildiği hususunda açık hüküm bulunmadığı sonucuna ulaşılmış olup, dava konusu olayda da davacı hakkında verilen aylıktan kesme cezasının Merkez Disiplin Kurulunca görüşülüp karara bağlandığı görüldüğünden yetkisiz disiplin kurulunca verilen cezada hukuka uyarlık, bu husus göz ardı edilerek verilen mahkeme kararında da hukuki isabet görülmemiştir”. (<http://www.kararara.com> - 5 Haziran 2018); Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 20.3.2003, E. 2003/497, K. 2003/672 “Sonuç olarak, davacının eylemine uygun aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasında isabetsizlik bulunmamakla birlikte kınama cezasının verilmesi gerektiği sonucunu doğuracak şekilde işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararı hukuken isabetli bulunmadığından...” (<http://www.kararara.com> - 5 Haziran 2018); Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 13.10.2015, E. 2012/1685, K. 2015/5158: “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının fiilinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C maddesinde yer alan hangi disiplin suçu kapsamında olduğu ve bu madde uyarınca cezalandırılması gerektiğine yönelik olarak bir belirlemede bulunulması gerekirken...” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 5 Haziran 2018); Fransız hukukunda Conseil d'Etat'nın da benzer bir yaklaşım sergilediği görülmektedir: CE, 18 Aralık 2017, N° 396217, Rec. Lebon (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/> - 6 Temmuz 2018); CE, 21 Eylül 2015, N° 375504, Rec. Lebon (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/> - 6 Temmuz 2018); 4 Aralık 2013, N° 357620, Rec. Lebon (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/> - 6 Temmuz 2018).

⁴⁸⁶ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 2007/4437 K. 2010/1839, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 10 Mayıs 2018)

yönündeki düşünceyle de örtüşmektedir. Ancak, daha önce belirtildiği üzere bu nitelendirme Fransız hukukunda yapılan nitelendirmeye örtüşmemektedir.

Danıştay'ın aşağıdaki kararında ise idarenin bir alacağı söz konusudur. Ancak bu sefer alacak, fazla ödmeden değil idarenin ilgili tarafından zarara uğratılmasından kaynaklanmaktadır. İdare bu alacağını, yargı organına başvurmadan re'sen icra yetkisini kullanarak tahsil etmek amacındadır. Danıştay, idarenin zarardan doğan alacağını tahsil etme bakımından re'sen icra yetkisi olmadığı tespitini yaptıktan sonra, bu alanda “yargısal icranın” geçerli olduğuna vurgu yaparak, adli yargıyı işaret etmektedir: Mahkeme ayrıca, yargı kararı olmaksızın idarenin uğratıldığı zararın, ilgilinin maaşından kesilerek tahsilini hukuka aykırı bulmuştur:

“... Memurun idareye karşı sorumluluğu idare tarafından uğranılan zararın tazmini için memur aleyhine adli yargıda açılan dava sonucunda saptanabilir. *İdare kendi aleyhine memurlar tarafından ika edilen zararlarda memura karşı re'sen icra yetkisini kullanarak aylığından kesinti yapabilme olanağına sahip değildir.* Açıklanan nedenlerle davacı hakkında bir yargı kararı bulunmaksızın aylığından kesinti yapılmasına ilişkin işlemde yasalara uygunluk bulunmadığından söz konusu işlemin iptaline...” karar verilmiştir⁴⁸⁷.

Kararda açıkça ifade edilmemişse de, yargı kararı olmadan idarenin oluşan zarardan dolayı davacının maaşından kesinti yapması temel bir hakkın ihlali anlamına gelmektedir⁴⁸⁸.

Sonuç olarak, Danıştay'ın re'sen icra yetkisinin niteliği konusundaki yaklaşımının Fransız hukukundakinden farklı olduğu göze çarpmaktadır. Danıştay doktrinin bir kısmı tarafından yapılan cebri re'sen icra-cebri olmayan re'sen icra şeklindeki ayrımı benimsemekte, ancak bu ayrımı benimserken de onlardan farklı bir yaklaşım sergilemektedir⁴⁸⁹. Nitekim, yukarıda verildiği üzere benzer bir yaklaşım farklılığı

⁴⁸⁷ Danıştay 5. Dairesinin kararı, T. 08.05.1979, E. 1975/9257, K. 1979/1132; “İdare hukuku prensiplerine göre davacının maaşından kesinti yapılabilmesi için ya kesinleşen bir yargı kararı bulunması veya kanunlarda açık hüküm bulunması veyahut idarece davacıya sehven kanuna aykırı bir ödeme yapılmış olması gerekir” Danıştay 5. Dairesinin kararı, T. 26.11.1975, E. 1972/645, K. 1975/7739, (Nakleden-Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 320 ve 321)

⁴⁸⁸ Devlet Memurları Kanununun 12. maddesinde de idarenin zarara uğratılmasından dolayı oluşan zararın ödetirilmesinde genel hükümlerin uygulanacağı düzenlenmektedir.

⁴⁸⁹ Danıştay'ın E. 2008/609 sayılı kararından, Danıştay'ın aslında ‘cebri re'sen icra-cebri olmayan re'sen icra ayrımına gitmediği, sadece re'sen icra sırasında cebir kullanılması ve re'sen icranın temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği barındırması durumunda re'sen icra yetkisinin kanuna dayanması

ayrımı benimseyen yazarlar arasında da görülmektedir. Bu sonucun, ayırım konusunda kesin bir hukuki rejimin ortaya konmamasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Danıştay'ın verilen kararlarından çıkan sonuçlara göre, idare, açık bir kanun hükmü olmadıkça haksız fiilden doğan alacağını re'sen icra yetkisine dayanarak doğrudan tahsil edemez⁴⁹⁰. Yine idare, temel bir hak ve özgürlüğün varlığı durumunda re'sen icra yetkisini kullanamaz. Bu tür durumlarda işlemin uygulanması için idarenin kanunla yetkilendirilmesi gerekmektedir. İdarenin kararın icrası için cebre başvurması gerektiği durumlarda, temel bir hak ve özgürlüğe müdahale söz konusu olduğundan, idare yine doğrudan icraya yönelemez. Bu bakımdan, kanuni yetkilendirme şartı idarenin re'sen icra sırasında cebir kullanması durumu için de gereklidir.

b. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları⁴⁹¹

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin aşağıda verilen kararlarında, re'sen icra yetkisinin niteliğinin tartışılmadığı ve yukarıda yer verilen ayrımlara gidilmediği görülmektedir. Buna karşın Mahkemenin, alacağın tahsili konusunda verdiği kararlarında, Danıştay ile benzer sonuçlara ulaştığı dikkat çekmektedir. Yüksek Mahkeme, özellikle idarenin sebepsiz zenginleşmeden doğan alacağı bakımından re'sen icra yetkisine sahip olmadığını, açık bir kanuni hükmün yokluğunda aylıktan kesinti yapılamayacağını belirtmektedir. Bu konuda Anayasanın 126. maddesinde düzenlenen özlük haklarının kanunla düzenlenmesi prensibini temel almakta ve bu haktan yapılacak kesintilerin de yasal dayanağa sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre kesintinin yapılabilmesi için açık kanuni hükmün yokluğunda, kesinti yapılmasına imkan veren bir mahkeme kararı olmalıdır:

“Ancak bir kamu görevlisine yanlış tahakkuk sonucu fazla ödeme yapılması halinde söz konusu paranın idari dava açma süresi geçtikten sonra o kamu görevlisinden istenemeyeceğini söylemek hukuken ve mantiken mümkün değildir. Sebepsiz

gerektiğini belirttiği’ şeklinde ikinci bir sonuç da çıkarılması mümkündür. Ancak bu ihtimalde dahi Danıştay'ın re'sen icrayı olağan bir yetki olarak kabul ettiği ilk cümlesi geçerliliğini korumaktadır. Danıştay yine re'sen icrayı istisnai bir yetki olarak kabul eden Fransız hukukundan farklı şekilde nitelemiş olmaktadır.

⁴⁹⁰ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1964, s. 149-150.

⁴⁹¹ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Anayasanın 157. maddesi yürürlükten kaldırılarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin varlığına son verilmiştir.

zenginleşme müessesesi bunu gerektirmektedir. Bu sebeple idare, *davacıya hataen ödediği fazla tazminat miktarını Borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanarak adliye mahkemelerinde açacağı dava ile isteyebilir*”⁴⁹².

Aşağıdaki kararda ise fazladan yapılan bir ödeme söz konusudur. Mahkeme, idarenin alacağını kendiliğinden re'sen icra yetkisini kullanarak tahsil edemeyeceği yönünde karar vermiştir. Her ne kadar 6183 sayılı Kanun kamu alacaklarına uygulanabilirse de, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar bu kanunun kapsamı dışındadır. Bu tür alacaklar için idarenin adli icra ve yargı yolunu takip etmesi gerekir:

“İdarenin, akitten, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacakları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunun uygulanamayacağı aynı kanunun 1. maddesinde açık olarak belirtilmiş bulunmaktadır. Yanlışlıkla davacıya ikinci defa harcırah tahakkuk ettirildiğine göre, borç sebepsiz zenginleşmeye dayanmaktadır. O halde, bu tür bir borcun doğrudan doğruya ilgilinin aylığından kesilmesi yasal olarak mümkün değildir. *Başka bir anlatımla açık bir yasa hükmü bulunmadığı veya kesin mahkeme kararı olmadığı hallerde memur aylığından kesinti yapılması olanaksızdır...* Devlet Memurunun haksız fiili ile idareyi zarara uğratması halinde devlet alacağının hükmen tahsili esasının benimsendiği hukuk düzenimizde, devlet memurunun ya da daha geniş bir terimle kamu görevlilerinin idare aleyhine sebepsiz zenginleşme sağladıkları durumlarda farklı düşünmenin; *idarenin, alacağını kendiliğinden ve aylıktan kesinti yapmak suretiyle geri alabilmesini kabul etmenin imkânı bulunmamaktadır.*”⁴⁹³

Her iki karara konu oluşturan olaylarda da idarenin doğrudan harekete geçmesi bir temel hakka müdahale niteliğinde görüldüğünden, idarenin re'sen tahsil yoluna gidemeyeceği yönünde karar verilmiştir. Buna ilişkin yetkinin, kanunda açıkça yer alması gerekir. İdarenin haksız fiilden doğan alacağını, doğrudan tahsil etmesine imkan veren bir kanun hükmü olmadığından, kararda belirtildiği üzere adli yargı mercilerine başvurulması gerekmektedir. Ancak Danıştay'ın aksine, Askeri Yüksek İdare

⁴⁹² AYİM 1. Daire Kararı, T. 15.05.1996, E. 1995/799, K. 1996/473 (<https://kararara.com> - 05.09.2017).

⁴⁹³ AYİM 2. Daire Kararı, T. 30.01.1990, E. 1989/563, K. 1990/31 (<https://kararara.com> - 05.09.2017) Benzer yönde bkz. “Kamu görevlilerinin aylık ve diğer özlük haklarından kanunlarda özel hüküm bulunan haller ile kesinleşmiş yargı kararı bulunan hallerde kesinti yapılabilir.” AYİM Kararı, T. 17.12.1997, E. 1995/1085, K. 1997/1017 (Nakleden-Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 431).

Mahkemesinin, kararlarında cebri ve cebri olmayan re'sen icra ayırımına gitmediği görülmektedir.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında alacağın tahsili için Sayıştay ilamını da yetersiz görmüş ve alacağın tahsili için yine adli yargıyı işaret etmiştir:

“Davacının Sayıştay ilamına dayanılarak aylık ve özlük haklarına el atılması ve kesinti yapılması yasal düzenlemelere aykırı bulunmaktadır..

Yasal ya da kesinleşmiş yargı kararı gibi bir baz ve dayanak bulunmaksızın, idarenin kamu görevlisinin aylık ve özlük haklarından kendiliğinden (velev ki bir Sayıştay kararı olsa dahi) Devlet alacağına mahsuben kesinti yapması hukuki sayılamaz. Bu yönden olsa olsa kamu otorite ve gücüne dayanılarak yapılan usulsüz bir tahsilat olur...

Devlet alacağını iade ettikten sonra, haksız iktisap ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak fazla ödemede bulunduğu şahsa adliye mahkemesinde rücu edebilir”⁴⁹⁴.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, alacağın tahsili gibi konularda Danıştay ile benzer yönde kararlar verdiği görülmektedir. Ancak, idarenin re'sen icra yetkisini de konu alan bu kararlarda, mahkemenin kapsamlı bir re'sen icra hukuku ortaya koyduğunu ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Buna karşın, Mahkemenin idarenin özlük hakkına müdahalesini, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliğinde görerek re'sen icra kapsamının dışında tuttuğu ve bunun için ayrıca kanuni yetkilendirme aradığı, böyle bir yetkinin yokluğunda ise adli yargıyı işaret ettiği dikkat çekmektedir.

c. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Uyuşmazlık mahkemesi de Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne benzer şekilde, aşağıda verilen iki kararında, idarenin alacağını tahsil için genel bir re'sen icra yetkisinin olmadığı görüşünü dile getirmiştir:

“İcra ve İflas Kanunu'na göre ilamlı icra yoluna başvurulabilmesi için de öncelikle açılacak bir alacak davası sonunda adli yargı yerince verilecek bir mahkeme ilamının

⁴⁹⁴ AYİM Kararı, T. 09.05.1989 E. 1989/ 55, K.1989/47 (Nakleden- Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s.. 425-431).

bulunması gerektiği, *bir mahkeme ilamı bulunmadan idarenin söz konusu alacağı re'sen tahsil yoluna gidemeyeceği*, buna göre personele yapılan yersiz ödemeler nedeniyle ortaya çıkan *kamu zararının tahsili/tazmini hususunda idarenin re'sen icra yetkisinin bulunmadığı*, dolayısıyla ilgili personele yersiz ödeme nedeniyle ortaya çıkan kamu zararını miktar olarak belirleyen ve söz konusu zarara tekabül eden alacağın ödenmesi gerektiğini ortaya koyan idari yazının, idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁹⁵.

Benzer şekilde:

“... Belirtilen Kanun ve Yönetmelik maddelerine göre; 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde tanımlanan kamu zararının tahsil ve takibinde 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesi ile anılan maddeye dayanılarak yürürlüğe konulan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te yer alan hükümlerin uygulanması gerektiği, bu hükümlere göre kamu zararının tahsili için öncelikle sorumlu personelin rızaen ve sulh yoluyla ödeme yapması gereğinin kendisine tebliğ edileceği, kamu zararı nedeniyle ortaya çıkan alacağı personelin rızaen ödememesi durumunda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre takip yapılacağı, *İcra ve İflas Kanunu'na göre takip başlatılmadan idarenin söz konusu alacağın tahsilini personelin aylığından re'sen kesinti yapmak suretiyle sağlayamayacağı*, ortaya çıkan kamu zararının tahsili/tazmini hususunda idarenin re'sen icra yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır⁴⁹⁶.

Uyuşmazlık mahkemesi de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne benzer şekilde cebri ve cebri olmayan re'sen icra ayırımı yapmamakta ve re'sen icra yetkisinin kullanımı için ilke ve şartlar ortaya koymamaktadır. Mahkemenin, temel hak ve özgürlükler rejimine uzanan işlemlerin varlığı halinde, re'sen icra için kanuni dayanak aradığı söylenebilir. Ancak burada verilen kararlar, re'sen icra yetkisini, çoğunlukla yersiz yapılan ödemelerde alacağın tahsili bakımından ele almaktadır. Oysa, idarenin re'sen icra yetkisinin kolluk, idari yaptırımlar, kamu hizmetleri, idari işlemler bakımından ele alınması ve bu konular bakımından idarenin bir re'sen yetkisine sahip olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Ancak yargı kararlarında, bu tür ayrıntılı ve bütünsel

⁴⁹⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 13.10.2014, E. 2013/1607, K. 2014/887 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr-21.08.2017>)

⁴⁹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 02.03.2015, E. 2015/90, K. 2015/109 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr-06.09.2017>) Benzer yönde bkz. T. 26.01.2015, E. 2014 / 1099 K. 2015/5, ve T. 04.05.2015, E. 2015/288 K.2015/305 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr-21.08.2017>)

tarzda bir re'sen icra değerlendirmesine rastlanmamıştır. Unsurları itibariyle re'sen icra yetkisiyle ilişkili olan kararlara ise, ileride re'sen icra şartlarının ele alındığı başlık altında yer verilmektedir.



II. RE'SEN İCRAYA BAŞVURULABİLMESİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

Re'sen icranın başlıca etkisi, hukuk aleminde doğmuş işlemin maddi aleme taşınmasıdır⁴⁹⁷. Dolayısıyla re'sen icra işlemleri dış alemde somut bir etki barındırır. Bu somutluk, fiili ameliyeler ile sağlanabildiği gibi fiili ameliyenin olmadığı ama maddi bir sonucun bulunduğu durumlar için de geçerlidir. Milhat'ın deyimiyle re'sen icra, idari kararın etkilerinin somutlaştırılmasıdır⁴⁹⁸. Bu somutlaştırma işlemi, kuşkusuz bazı şart ve kurallara tabidir. Bu şartların ortaya konması aynı zamanda bu bölümün başında geçen züccaciye dükkanındaki filin hareket alanının hukuk kuralları ile belirlenmesi anlamına da gelmektedir.

Re'sen icra kuralları, hem mahkeme kararlarında hem doktrinde ufak değişikliklerle tekrar sistematize edilmiştir. Ele alınmış şekli değişse de ilkelerin özü ve bunların düzenlenişine hakim fikrin aynı kaldığı belirtilebilir. Konunun ileriki kısımlarının bütünsel olarak anlaşılması açısından aşağıda bu ilkeler öncelikle toplu olarak (A) ve sonrasında ayrı ayrı incelenmektedir (B). Ancak Türk anayasal sisteminin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için öngördüğü şartların idari icra için de geçerli olduğundan hareketle, re'sen icra yetkisi için belirlenmiş olan kurallar Anayasada yer alan şartlarla beraber ele alınmaktadır. Bölümün son başlığı altında ise idarenin re'sen icraya başvuramayacağı durumlar olarak, re'sen icra yetkisinin sınırları ele alınmaktadır (C).

A. Genel Olarak

Saint Just kararının hükümet komiseri, re'sen icra için belirlediği ilkelerin kendiliğinden ortaya çıkmadığını belirtmekte ve raporunda Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerine hitaben, “*bu kurallar son otuz senedir mahkemenizin üzerinde hüküm verdiği uyuşmazlıklardan çıkarılmış ve muhtemelen gelecek kararlarınıza da dayanak oluşturacak ilkelerdir*”⁴⁹⁹ diyerek re'sen icra şartlarını, aralarında öncelik-sonralık sırası gütmeyen ve ihtiyari-kümülatif ayrımı yapmadan aşağıdaki şekilde vermiştir:

⁴⁹⁷ Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 101.

⁴⁹⁸ Milhat, *l'exécution des actes administratifs par voie de justice*, a.g.e., s. 66.

⁴⁹⁹ a.g.e., s. 3.

1. İdari işlemin uygulanmasına dayanak olabilecek açık bir kanun hükmü olmalıdır.
2. İdari işlemin muhatabı, işlemin gereğini yerine getirmemiş, icrasına direnmiş veya engel olmaya çalışmış olmalıdır.
3. Yasa koyucu işlemin muhatap tarafından uygulanmaması veya başka bir ifadeyle yasanın ihlali durumuna herhangi bir yaptırım öngörmemiş olmalıdır.
4. Re'sen icra kapsamında alınacak tedbirler, sadece yasanın öngördüğü muamelelerin gerçekleştirilmesini sağlayacak şekilde ve düzeyde alınmalıdır.

Buna karşın, yukarıda karar analizinde verildiği üzere doktrinin çoğunluğu re'sen icra şartlarını iki grupta ele almaktadır⁵⁰⁰. İlk grup seçimlik şartlardan oluşmaktadır. Buna göre, idarenin kararını re'sen uygulayabilmesi için ya kanunda buna yönelik açık hüküm bulunmalıdır, ya da kanun hükmü yoksa bir aciliyet durumu söz konusu olmalıdır. Diğer şartlar, genellikle toplu olarak ele alındığından konunun ele alınış biçiminden şartların kümülatif şekilde arandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre, tek taraflı işlem tesis etme yetkisi kanunda yer almalı, muhatabın işlemin uygulanmasına direnişi söz konusu olmalı, yasa muhtemel ihlal karşısında cezai bir yaptırım öngörmemiş olmalı ve nihayet uygulama işlemi, idari kararın uygulanması için gereken tedbirlerin ötesine geçmemelidir.

Bunun dışında doktrin bu kuralların sistematığı için başka formüller de önermiştir. Örneğin, Chinot'ya göre re'sen icra şartları iki düşüncenin üzerine bina edilmiştir: Biri, kanunilik düşüncesi, diğeri gereklilik düşüncesidir⁵⁰¹. Birincisi için re'sen icra yetkisinin yasada yer alması gerektiğini dile getirmektedir. Karara aykırı davranılması ve bu aykırı davranış için yaptırımın öngörülmemiş olması halinde idarenin re'sen icraya başvurabilmesi ile re'sen icra sırasında ölçülülük ilkesinin gözetilmesi durumunun, *gereklilik* düşüncesine denk geldiğini belirtmektedir. Krynen'in ifadesiyle "*gerekliliğin başladığı yerde yasa durur*"⁵⁰². Rousset de bu ayrıma katılmakta ve yasallık-gereklilik ayrımı yapıldıktan sonra neyin "gerekli" olduğunun belirtilmesi de gerekir, demektedir⁵⁰³. Zira, yazara göre gereklilik, bu durumda yasallığın ya da hukuka uygun

⁵⁰⁰ Bkz. *Supra* s. 100.

⁵⁰¹ Chinot, a.g.e., s. 75 vd.

⁵⁰² "*la loi cesse là où commence la nécessité*". Krynen, a.g.m., s. 42.

⁵⁰³ Rousset, a.g.e., s. 98.

olmanın bir şartı olarak ortaya çıkmaktadır. Rousset ayrıca Chinot'dan farklı olarak yasallık ilkesinin, gereklilik ilkesini de kapsadığını düşünmektedir. Kanun hükmünün varlığı durumunda idare, işlemini re'sen icra edebilmektedir. Ancak kanunda buna ilişkin bir yetki söz konusu değilse kaçınılmaz bir gereklilik söz konusu olmalıdır⁵⁰⁴. Hükümet komiserinin raporunda yer alan “gereklilik ortadan kalktığında re'sen icra meşru olmaktan çıkar”⁵⁰⁵ ifadesi bu görüşü desteklemektedir.

Buna karşın Milhat, şartlar arasında aslilik ve talilik ayırımına gitmekte ve asli şartlar olarak kanun ve aciliyet halini ön plana çıkarmakta, kalan şartları ise tali, ikincil veya tamamlayıcı şartlar olarak ele almaktadır⁵⁰⁶. İlk ikisinin yokluğunda ne yapılmalı sorusunun cevabı olarak, muhatabın direnişi ve yasanın yaptırım öngörmemesi durumunu re'sen icraya yeterli şart olarak vermektedir.

Her ne kadar doktrinde ve yargı kararlarında re'sen icra şartları yeniden formüle edilmiş olsalar da ilkelerin özüne ilişkin düşüncenin aynı kaldığı görülmektedir. Buna göre, re'sen icra olağan ve genel değil, istisnai ve sınırlı bir yetkidir. Hatta bazı yazarlar, hükümet komiserinin ilkelerini, “re'sen icra yasağı”⁵⁰⁷ başlığı altında da değerlendirmektedirler. Bu görüşe göre re'sen icraya yasayla izin verilmemişse başvurmak yasaktır. Bu yüzden, içeriğinin yasa ile açıkça belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Bununla beraber sistematik açıdan hakim anlayışın yukarıda karar analizinde verilen tasnifi benimsediğini belirtmek gerekir. Aşağıda re'sen icra şartları ayrı ayrı incelenirken Milhat'ın tasnifine yakın bir ayırım benimsenmektedir. Romieu'nun ilkeleri temel bir yapı üzerinden ortaya çıkmaktadır. Bu da re'sen icranın kanuniliğidir. Dolayısıyla, re'sen icranın temel şartı, kanuna dayanmasıdır. Diğer şartlar ise re'sen icranın, kanunda yer alması şartının istisnaları olarak ele alınmaktadır. Zira, aciliyet hali ve ilgilinin direnişi ile yaptırımın öngörülmemiş olması halleri, kanuni uygulama yetkisinin olmadığı durumlarda devreye girmektedir.

⁵⁰⁴ a.g.e., 99.

⁵⁰⁵ Roumieu, a.g.m., s. 4.

⁵⁰⁶ Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 183 ve 189.

⁵⁰⁷ a.g.e., s. 181 vd.

B. Re'sen İcranın Şartları

İdarenin re'sen icra yetkisini kullanmasının temel hak ve özgürlüklere müdahale imkanı barındırmasından hareketle, Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlama şartlarının re'sen icra için de geçerli olduğu belirtilmelidir⁵⁰⁸. Bu yüzden söz konusu hükümde yer alan sınırlar, aynı zamanda re'sen icranın şartları olarak ele alınmaktadır. Bununla beraber, bir idari işlemin re'sen icrasından bahsedilebilmesi için her şeyden önce icrai bir işlemin söz konusu olması gerekmektedir(1)⁵⁰⁹. Re'sen icranın dördüncü ilkesi olarak ileri sürülen “re'sen icra kapsamında alınan tedbirlerin idari işlemi gerçekleştirme amacından öteye geçmemesi kuralı”, ölçülülük ilkesinden farklı olmadığından bu ilke de Anayasal şartlar başlığı altında sistematığe dahil edilmektedir (2). Bu şartlar kümülatif olup beraber gerçekleşmelidir.

1. İcrai Bir Kararın Varlığı

İcrailik kavramının tanımı ve re'sen icra yetkisi ile ilişkisi, birinci bölümde, “İdari İşlemlerin İcrası” başlığı altında detaylı bir biçimde incelenmişti. Bu nedenle burada, tekrara düşmemek amacıyla tanım ve hukuki niteliğe ilişkin özelliklerden ziyade, bir re'sen icra şartı olarak icrai kararın varlığı şartına kısaca temas edilecektir.

İdarenin re'sen icra yetkisinin birinci ve esaslı şartı icrai bir karara dayanmasıdır⁵¹⁰. Bu şartın sağlanmasıyla idarenin kendiliğinden harekete geçme kabiliyeti meşru ve hukuki bir nitelik kazanır. Bir işlem, icrai değilse re'sen icra edilemez. Keza, icrai bir karar mevcut değilse re'sen icra faaliyeti, hukuka aykırı olur. Re'sen icra faaliyeti kapsamında tesis edilen işlemler veya uygulama muameleleri icrai bir karara dayanmak zorundadırlar. Bu yüzden, esas olan icrai bir kararın varlığıdır ve re'sen icra kapsamında yapılan tasarruflar icrai kararın tamamlayıcı aşamalarını teşkil etmektedir⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Anayasa mahkemesi bu tür sınırlamaların kanunla yapılması gerektiğini belirtirken aynı zamanda re'sen icranın kanuna dayanması gerektiğini de söylemiş olmaktadır: “Anayasa’da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bir sınırlama imkânı getirildiği hâllerde ilgili Kanun’da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla belirtilmesi gerekmektedir”. AYM Kararı, T. 08.12.2015, E. 2014/87, K. 2015/112 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>-10 Eylül 2017)

⁵⁰⁹ Re'sen icra için icrai bir kararın varlığı gerek bir şart olmakla beraber yeter şart değildir. Benoit Plessix, *Droit administratif général*, Paris: LexisNexis SA, 2016, s. 583

⁵¹⁰ Onar, a.g.e., s. 1459; Ayanoglu, a.g.e., s. 115.

⁵¹¹ Onar, a.g.e., s. 1459.

Re'sen icranın icrai bir karara dayanması, salt idari eylem ile bir icrai işlem kapsamında tesis edilen eylem arasındaki farkı da belirginleştirir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, re'sen icra ameliyeleri icrai bir karar kapsamında gerçekleştirilen tasarruflardan oluşur. Örneğin, idarenin yol yapımı sırasında kullandığı araçların yaptığı sarsıntı sonucu bireyin özel mülkiyetindeki duvarın zarar görmesi veya belediyenin katı atık toplama görevini yerine getirmemesi birer salt idari eylem olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, bir kamu alacağının tahsili için başvuru alan ameliyeler, yıkım işleminin gerçekleştirilmesi, katı atıkların toplama alanının değiştirilmesi gibi kararlar, kaynağında bir idari işlemin bulunduğu icrai kararlardır. Bu tür kararlara istinaden yapılan eylemler de re'sen icra eylemleridir. İşte, re'sen icraya konu eylemler salt idari eylemler değil, bir idari kararın uzantısı ve onun uygulaması niteliğindeki idari eylemlerdir.

2. Anayasal Şartlar

Anayasanın 13. maddesine göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Bu şartlar re'sen icraya uyarlanacak olursa re'sen icra tasarrufları:

- Kanuna dayanmalıdır.
- Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
- Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır.
- Temel hak ve hürriyetlerine özüne dokunmamalıdır.
- Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır.
- Laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.
- Ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.

Re'sen icra uygulamaları, temel hak ve özgürlükleri ihlal edebileceğine göre idareye işlemlerini uygulama yetkisi verilirken bu şartların da dikkate alınması

gerekmektedir. Aşağıda, Anayasal şartlar sırasıyla, re'sen icra yetkisinin bir kanuna dayanması gereği (a), yetkinin kullanımının Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması (b), yetkinin kullanımına dayanak olabilecek sebeplerin varlığı (c) kullanılan yetkinin hakkın özüne dokunmaması (d), yetkinin kullanımının demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması (e), yetkinin laik cumhuriyetin gereklerine uygun olması (f) ve son olarak ölçülülük ilkesi (g) şeklinde incelemeye alınmaktadır.

a. Yetkinin Kanuni Dayanak Gerektirmesi

İdare hukukunda yetkisizlik asıl, yetkili olma durumu istisnaidir. Bu yüzden idarenin bir konuda yetkili olduğu iddia ediliyorsa bunu düzenleyen mevzuatın ortaya konması gerekmektedir. Re'sen icra yetkisi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması anlamına geldiğinden bu yetkinin dayanağını kanundan alması gerekmektedir⁵¹². Carré de Malberg, İdarenin faaliyetini ve idari fonksiyonu, (genel anlamda) *kanunları uygulama faaliyeti* olarak tanımlamaktadır⁵¹³. Buna göre, kuvvetler ayrılığı prensibinden yürütme ve idareye düşen pay yasama kuvveti tarafından oluşturulan kanunların uygulanmasıdır⁵¹⁴. Burada kanundan kasıt şekli açıdan kanundur⁵¹⁵. Parlamento tarafından kabul edilmiş ve devlet başkanı tarafından yayımlanmış kural koyucu işlemler kastedilmektedir⁵¹⁶.

Re'sen icra yetkisinin kapsamını belirleyen kuralların da kanuna dayanması gerekmektedir. Bu yüzden, idarenin düzenleyici işlemi ile re'sen icra yetkisi yaratılamaz. Çünkü kanuni dayanak olmaksızın idarenin tüzük⁵¹⁷, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması söz konusu olamaz⁵¹⁸. Re'sen icra yetkisi, temel hak ve özgürlükler alanını ilgilendirdiğinden bu alana,

⁵¹² Güran, “her yeni salahiyet..., hürriyetin tahdidinden başka bir şey değildir” demektedir. Dolayısıyla her yetki gibi her sınırlama da kanuna dayanmalıdır. Sait Güran, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 404; “Kendiliğinden yürütme çoğu kez temel hak ve özgürlüklere bir karışma niteliği taşır”. Tan, a.g.e., s. 269.

⁵¹³ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, C I, Paris: Sirey, 1920, s. 477.

⁵¹⁴ Buradaki açıklama devlet fonksiyonlarının temel işlevleri göz önüne alınarak yapılan teorik bir açıklamadır. Hukukumuzda idarenin görevi yalnızca kanunla verilen yetkilerden oluşmamaktadır. Anayasa tarafından idareye kanuna dayanmaksızın işlem tesis etme ve uygulama imkanı tanıyan hükümler mevcuttur. Bkz. *Supra* s. 54.

⁵¹⁵ Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, 11^e Ed., Paris: Dalloz, 1957, s. 59

⁵¹⁶ Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 184.

⁵¹⁷ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla tüzük işlemi yürürlükten kaldırılmaktadır.

⁵¹⁸ Ferhat Uslu, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 85.

yönetmelikle değil ancak yasa ile sınırlama getirilebilir. Temel hak ve özgürlüklerin alanı, bir anlamda kanunun münhasır alanı olarak kabul edilmektedir⁵¹⁹.

Fransız hukukunda da 1958 Anayasasının 34. maddesinin kamusal özgürlüklere ilişkin kuralların ve temel ilkelerin belirlenmesini kanuna havale etmesi ve bu hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin sadece kanunla yapılabileceğini belirtmesi, re'sen icra yetkisinin de ancak kanunla düzenlenebileceği şeklinde yorumlanmaktadır⁵²⁰. Fransız hukukunda re'sen icranın kanuni dayanağa ihtiyaç duymasında *Saint Just* kararının da etkisi bulunduğunu belirtmek gerekir.

Re'sen icranın kanuni dayanak gerektirmesi, kanuni idare ilkesinin de bir gereği olduğundan öncelikle genel olarak idarenin kanuniliği konusu ele alınmakta ((1)), daha sonra re'sen icraya kanunun izin vermesi hali incelenmekte ((2)) ve son olarak re'sen icranın kanuni dayanak gerektirmesi şartının istisnaları ((3)) üzerinde durulmaktadır.

(1) Genel Olarak İdarenin Kanuniliği İlkesi

Kanuni idare ilkesi, idarenin yetkilerini kanundan alması anlamına gelmektedir⁵²¹. Buna göre idare, kural olarak yasayla kendisine verilen görev ve yetkileri kullanmalıdır. Ancak, hem Anayasamızda bu ilkenin istisnaları öngörülmüştür, hem de 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandum ile bu istisnalar artırılmıştır. Anayasada yapılan değişikliklerle, kanuni idare ilkesi ortadan kaldırılmamakla beraber, alanının daraltıldığı görülmektedir.

Kanuni idare ilkesi önemini korumaya devam ettiğinden aşağıda öncelikle idarenin dayanağını kanundan alması ((a)) ve kanuna saygı ilkesi ele alınmakta ((b)) daha sonra da değişiklikle getirilen düzenlemenin kanunilik ilkesi ile re'sen icranın kanuniliği şartı üzerindeki etkisi incelenmektedir ((c)).

⁵¹⁹ Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında yürütme ve idarenin, yasamaya bırakılmış bir alanda düzenleme yapamayacağını dile getirmiştir: AYM Kararı, 10.12.1962, E. 1962/198 K.1962/111: “Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir... Yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.” (Nakleden-Yayla, a.g.e., s. 144).

⁵²⁰ Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 184.

⁵²¹ İdare de yargı organı gibi türev bir egemenlik yetkisi kullanmaktadır. İdare, kural olarak kanunu uygulamak için kanun tarafından belirlenmiş şekilde hareket etmektedir. Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 117.

(a) İdarenin Dayanağını Kanundan Alması

İdarenin dayanağını kanundan alması gereğini ifade eden temel hüküm Anayasamızın 123. maddesidir⁵²². Hükme göre “idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir”. Bu ise – yeni düzenlemeyle Anayasaya getirilen değişiklikler saklı kalmak kaydıyla – idarenin görev ve yetkilerinin kanuna dayanması gerektiği anlamına gelmektedir⁵²³. Re’sen icra bir yetki olarak kabul edildiğine göre aksi yönde Anayasal hüküm bulunmadığı sürece kanuna dayanmalıdır⁵²⁴.

Bu hüküm, aynı zamanda idarenin yetkisinin kural olarak ikincil nitelikte olduğu anlamına gelmektedir⁵²⁵. Asıl yetki kanuna, yani yasama organına aittir. Buna karşın Yürütme ve dolayısıyla idare, prensip olarak hem varlığını hem de faaliyetlerinin dayanağını kanundan almalıdır⁵²⁶. Bu yüzden yasama ve yürütme organlarının kural koyma yetkisi karşılaştırıldığında, yasamanın yetkisinin *yapıcı* buna karşın yürütme veya idarenin yetkisinin *tamamlayıcı* nitelikte olduğu ifade edilmiştir⁵²⁷. Kural olarak, yasama organı tarafından düzenlenmemiş bir konuda idarenin işlem tesis edemeyeceği

⁵²² Bu başlık altındaki açıklamalar Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrası kapsamında yapılmaktadır. Anayasanın 104 ve 106. maddelerinde yapılan değişiklikler çalışmanın devamında ayrıca incelenmektedir.

⁵²³ Yetkilerin kanuniliği hakkında Danıştay 14. Dairesinin Kararı, T. 03.10.2012, E. 2011/16621, K. 2012/6548: “İdari işlemlerin kanuni dayanağının olması "Kanuni idare" ilkesinin sonucudur. Bu sebeple, idarenin kanuni dayanağı bulunmayan bir yetkiyi kullanması olanaklı değildir. Öte yandan, dayanılan kanun maddesinin idari işlemde belirtilmesi de yukarıda belirtilen ilke açısından bir gereklilik olduğu gibi, idarenin yargısal denetimi yapılırken *kanuna uygun hareket edip etmediğinin*, ilgili kanun maddesinde yer alan usul ve esaslara uyulup uyulmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr-23.06.2017>); Danıştay ayrıca 2001 yılında verdiği bir kararında, Bakanlığın çıkardığı yönetmelikte geçen “yetkili bir makam tarafından verilmiş bir iş hekimliği sertifikasına sahip olmak” hükmündeki “yetkili bir makam” ibaresinin açık olmadığını bu yüzden “işyeri hekimliği sertifikası verecek yetkili makamı açıkça ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlemeyen dava konusu yönetmelik hükmünde ve yetkili makamın belirlenmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine yetkili makamı belirlemeyen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır” demek suretiyle kanuni dayanaktan yoksun işlemi iptal etmiştir. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 8.10.2001, E. 2001/1467, K. 2001/3841 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr-21 Mayıs 2018>);

⁵²⁴ Weil, idarenin bütün yetkilerinin kanuna dayanması gerektiğini belirtmektedir. Prosper Weil, *Le droit administratif*, Que sais je, 15^e Ed., Paris: PUF, 1992, s. 79.

⁵²⁵ Anayasanın 6771 sayılı Kanunla değişen 104. maddesi de bu durumu teyit etmektedir. Buna göre “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir”.

⁵²⁶ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 27.03.2007, E. 2005/5657, K. 2007/1700: “... Devlet Memurları Kanununun mazeret izinlerini düzenleyen ... maddesinde ve hastalık izinlerini düzenleyen ... maddesinde getirilen izinler ve hastalıklar sırasında çalışanların özlük haklarına dokunulamayacağı yolundaki emredici hüküm karşısında Genelge ile Yasayla yapılan düzenlemeden farklı bir düzenlemeye gidilmesinde normlar hiyerarşisine uyarlık bulunmadığı görülmektedir.” (Nakleden-Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 55).

⁵²⁷ Güran, a.g.e., s. 407.

ve faaliyette bulunamayacağı ifade edilmektedir⁵²⁸. Ancak Anayasada yakın zamanda yapılan değişikliklerle idarenin kanuna dayanması ilkesi esnetilmektedir⁵²⁹. Anayasanın 104, 106, 108, 118, 119 ve 123. maddelerinde yapılan değişiklikler, Cumhurbaşkanına kanuna dayanmadan düzenleme yapma imkanı vermektedir. Bu hükümlerin kanunilik ilkesine etkileri çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıca ele alınmaktadır. Burada sadece idarenin kanuna dayanması gerektiği hallere ilişkin değerlendirmelere yer verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de 16 Nisan 2017 referandumuyla kabul edilen değişikliklerin yürürlüğe girmesinden önce verdiği kararlarında Anayasada öngörülen ayrıksı haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisinin bulunmadığını dile getirmektedir⁵³⁰.

Kanuni idare ilkesi, idare organı tarafından yapılan yönetmeliklerin⁵³¹ kanuna uygun olmasını da gerektirmektedir⁵³². Kanunla düzenlenmesi gereken yaptırımın yönetmelikle düzenlenmesi hukuka aykırı olacaktır. Aşağıda verilen kararda Danıştay yönetmelik ile yapılan düzenlemeyi kanunilik prensibine aykırı görerek iptal etmiştir:

“İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar “idari yaptırım” olarak tanımlandığından dava konusu kurallarla davalı kurum tarafından gerek görüldüğü hallerde yazılı uyarı yapılmaksızın doğrudan satış belgesinin askıya

⁵²⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 136-137; Güher Ulu, *İdari İşlemin Yetki unsuru*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, s. 177.

⁵²⁹ Anayasada 16 Nisan 2017 tarihinde kabul edilen değişikliklerden önce hukuk sistemimizde kanuna dayanmanın iki istisnası bulunmaktaydı. Bunlardan ilki Anayasanın 121. maddesinde geçen Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleridir. Bu kararnamelerin kanuna dayanma zorunluluğu yoktu. İkinci olarak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin Kuruluş ve Çalışma esaslarının düzenlendiği Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de kanuna dayanma zorunluluğu yoktu. Bunlar idarenin asli düzenleme yetkisine sahip olduğu ve kanundan yetki almadan düzenleyebileceği alanlardı. Yeni düzenlemeyle bu hükümler yürürlükten kaldırılmaktadır. Günday, a.g.e., s. 43-44; Zabunoğlu, a.g.e., s. 91-92; Emre Akbulut, *Kanuni İdare İlkesi*, (Doktora Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 347 vd.

⁵³⁰ AYM Kararı, T. 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, RG. 29.12.2007 – 26471, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 11 Haziran 2018). Ayrıca bkz. AYM Kararı, T. 08.10.1998, E. 1997/53, K. 1998/62 (Nakleden-Yıldırım, “Türkiye'nin İdari Teşkilatı”, a.g.m., s. 13-14).

⁵³¹ Anayasanın 124. maddesinde yapılan değişikliklerle yönetmeliklerin, kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla da çıkarılabileceğine yer verilmektedir. Dolayısıyla yönetmeliğin kaynağı kanun olabileceği gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de olabilir.

⁵³² Danıştay 15. Dairesinin Kararı, T. 20.11.2015, E. 2015/4937, K. 2015/7914: “Kanuni idare ilkesi ve normlar hiyerarşisi gereğince, bir genelgenin Kanun, Yönetmelik gibi daha üst hukuk normlarına uygun olarak düzenlenmesi gerektiği, daha üst hukuk normlarına aykırı olmamak şartıyla daha ayrıntılı ve yönlendirici hükümler getirebileceği açıktır.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>-23.06.2017).

alınması veya iptaline karar verilebilmesi de bu anlamda birer idari yaptırım teşkil etmektedir. Suç ve cezalar, Anayasaya uygun olarak yasayla konulabileceğinden... cezai niteliği olan idari yaptırımın da dayanağının yasayla düzenlenmesi gerekli bulunmaktadır.

Yukarıda yer alan yasa hükümleri uyarınca Tütün, Tütün Mamülleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu'na, yasanın gösterdiği çerçevede tütün ve tütün piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisi verilmesine karşın... Kurum'a idari yaptırım uygulama konusunda bir yetki verilmediği görülmekte olup, idarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceğinden Yönetmeliğin 15. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesi uyarınca satış belgesinin askıya alınması veya iptal edilmesi yolundaki idari yaptırım uygulanmasına ilişkin dava konusu düzenleme 4733 sayılı Kanuna aykırı bulunmaktadır⁵³³.

Kararda değinildiği üzere kanunda yer almadığı halde yönetmelik ile konulan hükümle satış belgesinin askıya alınması veya iptal edilmesine yönelik bir yaptırım söz konudur. Bahsi geçen işlemler için düzenlemenin yönetmelikle değil, kanunla yapılması gerekmektedir. Bu durumda, idarenin kendisini, kendi düzenleyici işlemi ile yetkilendirmesi kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali anlamına geldiğinden fonksiyon gaspı oluşturmaktadır.

Salt idari eylemler bir kenara bırakılırsa idari eylemlerin büyük çoğunluğu, bir idari işlemin uygulanması sonucu ortaya çıkmak zorunda olduğundan, kanunilik ilkesi gereğince bu eylemler - ki bunlar re'sen icra teşkil eden eylemlerdir -, dolaylı olarak kanunilik ilkesine bağlı olmaktadır⁵³⁴. İdarenin kuruluş ve görevlerinin yasa ile düzenlenmesi gereğini ortaya koyan Anayasanın 123. maddesi, idarenin uygulama yetkisinin de kanuna dayanmasını gerektirmektedir⁵³⁵. Dolayısıyla, re'sen icra yetkisinden söz edebilmek için de aynı şekilde, kural olarak, açık kanuni hükmün varlığı gerekmektedir.

Diğer taraftan, kanunlar bazen idarenin uygulama yetkisinden değil de, görevlerinden ve karar alma yetkisinden söz ederler. Bu durumda, bir görüşe göre icrai

⁵³³ Danıştay 13. Dairenin Kararı, T. 25.12.2006, E. 2005/9375, K. 2006/4919 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> -18 Ağustos 2017)

⁵³⁴ Ayanoğlu, a.g.e., s. 96. Yargıtay da bir İçtihadı Birleştirme Kararında, “*idarenin eylemi kanuni dayanağı varsa idari eylemdir değilse haksız fiildir*” demek suretiyle kanunilik ilkesine vurgu yapmaktadır. Bkz, YİBK, T. 11.2.1959, E. 1958/17, K. 1959/15 (Nakleden-Arcak, Doğrusöz, *Kamulaştırmaz El Koyma*, s. 84-87).

⁵³⁵ Akbulut, a.g.e., s. 293.

işlemin kanuni olması, dolaylı olarak re'sen icranın kanuni olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁵³⁶. Bu durumda saklı yetki veya mündemiç yetkinin varlığından söz edilmektedir. Saklı yetkide kanunun kullandığı kavramlar, amaca uygun bir biçimde yorumlanarak kanunda açıkça yazılmamış olan yetkilerin var olduğu kabul edilmektedir⁵³⁷. Örneğin, kanunda açıkça yazılmamış olsa bile idare sürücülerden yolun sağından gidilmesini isteyebilmekte veya bir hız limiti belirleyebilmektedir⁵³⁸. Ancak, saklı yetkinin ne şekilde ve kim tarafından yorumlanacağı önemli bir sorundur. Zira idarenin yetkisini genişletici bir yorum tarzı bireylerin temel haklarının kısıtlanması sonucunu doğurabilir⁵³⁹. Bir hukuk devletinde ise bireylerin temel hak ve özgürlükleri ancak kanunla sınırlanabilir. Nitekim Akıllıoğlu, yasaların dar yorumlanmasının idarenin işleyişini engelleyeceğini belirtmekle beraber, temel hak ve özgürlükler konusunda saklı yetki kavramına gidilemeyeceğini, bu konuda yasalarda açık hüküm bulunması gerektiğini dile getirmektedir⁵⁴⁰. Dolayısıyla, bu tür yetkiyi genişletici yorumlar hukuka aykırı uygulamaların ortaya çıkmasına yol açabilir. Re'sen icra yetkisinin kullanılması da bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale anlamına geldiğinden, uygulama yetkisinin kural olarak, kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir.

(b) Kanuna Saygı İlkesi

Kanuna saygı ilkesi, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenebileceği alanlarda kanuna aykırı hareket edememesini ifade etmektedir⁵⁴¹. 1982 Anayasasının 8. maddesinde yer verilen “Yürütme yetkisi ve görevi,... Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmü, idarenin, Anayasa ve kanunun çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmesini gerektirmektedir. Anayasanın 104. maddesinin yeni halinde de, kanunla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması durumunda kanunun uygulanacağı, ayrıca, kanunların

⁵³⁶ Akbulut, a.g.e., s. 294.

⁵³⁷ Tekin Akıllıoğlu, “Saklı Yetki Kavramı”, Ankara: *TODAİE Dergisi*, C. XI, S. 3, (1978), s. 74; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, a.g.e., s. 394; Ulu, a.g.e., s. 185.

⁵³⁸ Ulu, a.g.e., s. 185.

⁵³⁹ a.yer.

⁵⁴⁰ Tekin, “Saklı Yetki”, a.g.e., s. 73.

⁵⁴¹ Günday, a.g.e., s. 43.

uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla cumhurbaşkanı tarafından yönetmelik çıkarabileceği belirtilmektedir.

Dolayısıyla, idarenin kanuna aykırı işlem tesis etmemesi gerekir. Danıştay da kanuna aykırı veya kanun tarafından çizilen sınırı aşan kararları iptal etmektedir. Örneğin, bir kararında, vize işlemi için kanunen aranan şartların dışında taleplerle yapılan işlemi iptal etmiştir⁵⁴².

Kanuna saygı ilkesi, idarenin yetkilerini kullanırken kanunun öngördüğü alanın dışına çıkmasını yasaklar. Örneğin, kolluk faaliyetleri yerine getirilirken kanunun öngördüğü tedbirlerden daha fazlası alınmamalıdır. Keza, idari yaptırımlarda kanunun öngörmediği bir yaptırımın uygulanması veya yaptırım uygulanacak statüde bulunmayan kişiye yaptırım uygulanması kanuna aykırı olacaktır. Danıştay'ın 1999 yılında verdiği karara⁵⁴³ konu olayda bir öğretim üyesi yöneticilik görevi yapmamasına rağmen, Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanları ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 7. maddesi uyarınca “yönetim görevinden ayırma cezası” ile cezalandırılmıştır. Danıştay, “yönetim görevinden ayırma cezasının niteliği gereği yöneticilik görevinde bulunanlara verilebilecek bir ceza olduğu, Su Ürünleri Fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yapan davacıya üzerinde herhangi bir idarecilik görevi bulunmaması nedeniyle” verilen cezanın hukuka aykırı olduğuna karar vererek İdare Mahkemesinin kararını onamıştır.

İdarenin kanuna aykırı hareket etmesi, kanunda öngörülen yaptırımın yerine başka bir yaptırım uygulaması durumunda da meydana gelebilir. Örnek olayda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında eczane açma izni alan ilgili ayrıca davalı belediyeden işyeri açma izni alması gerekirken, bunu yapmadan doğrudan çalışmaya başlamıştır. Belediye izin harcı yatırılmadığından, eczanenin kapatılmasına karar vererek cezayı uygulamıştır. Danıştay ise yanlış yaptırım uygulandığını belirterek şu kararı vermiştir:

⁵⁴² Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 28.11.1995, E. 1994/1121, K. 1995/6175: “Hükmü yazılı olan yönetmelik maddelerinde, turist rehberliği vizesinin yapılması için aranan koşullar arasında Rehberler Derneğine üye olmak ve aidat ödemek gibi bir koşul yer almadığından, her yıl vize yaptırmak mecburiyetinde olan turist rehberlerine yukarıda açıklanan gerekçe ile de olsa vize yapılırken aranacak koşullar arasında sayılmayan meslek teşekküllerine üye olma zorunluluğunun dava konusu idari tasarrufla yerine getirilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” (Nakleden-Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 54).

⁵⁴³ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 11.02.1999, E. 1999/940, K. 1999/416, DD, S. 101, s. 603-604 (Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 932).

“Bu durumda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından eczane açmak üzere izin aldığı halde belediyeye işyeri açma izin harcı yatırmadan çalışmaya başladığı belirlenen eczacıdan 1580 sayılı Belediye Yasasının 113. maddesi uyarınca cezalı harç alınması gerekmekte ise de işyeri açma izin harcı yatırılmadığı öne sürülerek işyerinin kapatılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”⁵⁴⁴.

Danıştay'ın 1989 yılında verdiği karara konu olayda ise Kambiyo Müdürlüğü tarafından Türk Parasını Koruma Kanunu (TPKK) Hakkında 30 sayılı Bakanlar Kurulu kararı uyarınca ilgilinin banka hesaplarına blokaj uygulanmıştır. O dönem yürürlükte bulunan mevzuata göre ilgilinin tüm kazançlarına değil sadece Türkiye'de elde ettiği kazançlara blokaj uygulaması yapılabilmektedir. İlgili, hesaplarının bulunduğu banka şubelerindeki mevduatın yurt dışından getirilen dövizlerin bozdurulması suretiyle açıldığını bildiren yazıları ibraz etmiş, bunun üzerine idare blokajı kaldırmıştır. Ancak, hesapların bloke edildiği yaklaşık sekiz aylık süre boyunca, ilgili, mevduatın getireceği faizden yoksun kalmıştır. Bunun üzerinde Danıştay:

“Bu haliyle, ilgili banka şubelerinin kayıtlarının incelenmesi halinde yurt dışından getirilen dövizlerin bozdurulması suretiyle açtırıldıkları açıkça anlaşılabilir olan davacılara ait banka hesapları hakkında, davacıardan birinin Türk vatandaşı olduğunu da dikkate almadan, TPKK Hakkında 30 sayılı karara aykırı biçimde, gerekli ve yeterli inceleme yapmadan blokaj işlemi uygulanan davalı idarenin, olayda hizmet kusuru açık bulunmaktadır. Dolayısıyla mevzuata aykırı biçimde 24.10.1984-5.6.1985 tarihleri arasında uygulanan blokaj işlemi nedeniyle davacıların uğradıkları zararların, hizmeti kusurlu işleten davalı idarece tazmini gerekmektedir”⁵⁴⁵.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere re'sen icra uygulamaları sırasında kanuna saygı ilkesinin ihlali, çoğunlukla idari işlemin kanuna aykırı bir biçimde yerine getirilmesinden doğmaktadır. Sonuç olarak re'sen icra yetkisi bakımından kanuna saygı ilkesinin gerçekleşmesi için idarenin kanuna uygun uygulama ameliyelerine yönelmesi gerekmektedir. Aksi sonuç, idari işlemin iptali ve idarenin sorumluluğuna yol açabilmektedir.

⁵⁴⁴ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 22.12.1987, E. 987/239, K. 987/644, Belediyeler ve Gelirleriyle İlgili Danıştay Kararları 1978-1995, *İçişleri Bakanlığı Yayını*, Ankara, 1997, s. 374 (Nakleden- Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, 5. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s. 503).

⁵⁴⁵ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 25.01.1989, E. 1988/1011, K. 1989/111, (<http://www.kararara.com> - 26 Mayıs 2018).

(c) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin İdarenin ve Re'sen İcranın Kanuniliği Bakımından Değerlendirilmesi

21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında değişiklik yapılmasına dair kanunla, hukuk sistemimizdeki normlar hiyerarşisine yeni bir düzenleyici işlem⁵⁴⁶ olan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”⁵⁴⁷ dahil olmaktadır. Bu kararnameler, idarenin yetkisinin kural olarak ikincil nitelikte olma özelliğine büyük bir değişiklik getirmektedir. Ayrıca, bu düzenlemenin re'sen icranın kanuni dayanak gerektirmesi şartı bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle söz konusu düzenlemenin idarenin kanuniliği ilkesi üzerindeki etkisi (i) ardından re'sen icranın kanuniliği üzerindeki etkisi (ii) ele alınmaktadır.

i. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin İdarenin Kanuniliği İlkesi Üzerindeki Etkisi

Daha önce de vurgulandığı üzere, idarenin yetkisi kural olarak ikincil niteliktedir. Ancak, yeni düzenlemenin idarenin düzenleme yetkisinin ikincil ve türev olma özelliğini değiştirdiği görülmektedir. Düzenlemeden önce idarenin asli düzenleme yetkisine sahip olduğu iki alan bulunmaktaydı⁵⁴⁸. Bunlardan ilki Anayasanın 121 ve 122. maddelerinde geçen Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnameleriydi. Bu kararnamelerin kanuna dayanma zorunluluğu yoktu. Yeni dönemde, Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnamelerinin yerini Olağanüstü Hal Sırasında Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (madde 119) almaktadır⁵⁴⁹. İkinci olarak, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin Kuruluş ve Çalışma esaslarının

⁵⁴⁶ Bu açıklama düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için yapılmaktadır. Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve üst düzey kamu yöneticilerinin atanmaları ve görevden alınmalarına ilişkin kararnameler birel işlem niteliğinde değerlendirilmektedir. Bkz. Turan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, İstanbul: *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 2, (2017), s. 26.

⁵⁴⁷ Anayasadaki yeni düzenlemeyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (md 104) ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmekte (md 123), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (md 108) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilat ve görevleri düzenlenebilmekte (md 118), bakanlıklar kurulabilmekte (md 106), sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler alanında düzenleme yapılabilmektedir. (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6771.html> - 15 Şubat 2018)

⁵⁴⁸ Günday, a.g.e., s. 43-44; Zabunoğlu, a.g.e., s. 91-92; Akbulut, a.g.e., s. 347 vd.

⁵⁴⁹ Yeni düzenlemeyle Olağan Dönem Kanun Hükümünde Kararnameleri ile Anayasanın 115. maddesinde yer alan Tüzük işlemi yürürlükten kaldırılmaktadır.

düzenlendiği Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin de kanuna dayanma zorunluluğu bulunmamaktaydı. Yeni düzenlemeyle, Anayasanın 107. maddesi yürürlükten kaldırıldığından bu uygulamaya da son verilmektedir. Her ne kadar mülga 107. maddede yer verilmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 6771 sayılı kanunla yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında isim benzerliği bulunsa da ikisi arasında hukuki rejim bakımından büyük farklılıklar bulunmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında şu şekilde düzenlenmektedir:

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir”.

Düzenlemede de görüldüğü üzere, asli düzenleme yetkisi yasama organına ait olmaya devam etmektedir. Zira, hem temel hak ve özgürlükler konusunda düzenleme yapma yetkisi yasama organına ait olmaya devam etmekte, hem de kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında ihtilaf çıkması durumunda kanun hükmünün uygulanmasına öncelik tanınmaktadır. Buna ilaveten, kanun ile bir konu açıkça düzenlenmişse aynı konuda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması yasaklanmaktadır⁵⁵⁰. Yine, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi belli bir konuda düzenleme

⁵⁵⁰ 15 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Devlet Denetleme Kurulu (DDK) Hakkında 5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer alan bazı hükümlerin, Anayasanın 104. ve 135. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir. Kararnamede, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında yapılacak denetlemeler ile ilgili düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Kararnamenin 4. maddesinde DDK tarafından kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında yapılacak denetimin içeriğine yer verilmektedir. 6. maddesinde ise Kurul’a, söz konusu kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında yer alan yönetici ve görevliler hakkında uzaklaştırma tedbiri uygulamak yetkisinin verildiği görülmektedir. Buna karşın, Anayasanın 135. maddesinde göre, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenmelidir. Aynı maddenin 6. fıkrasında da bu kuruluşların, görevlerine mahkeme kararıyla son verilebileceği düzenlenmektedir. Ayrıca, kamu

yapmış olsa bile yasama organının, aynı konu ile ilgili kanuni düzenleme yapması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelmektedir.

Düzenlemenin, temel haklar ile ilgili olarak getirdiği esas değişiklik ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Anayasanın üçüncü bölümünde yer alan “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” (41 ila 65 maddeler) ile ilgili düzenleme yapılabilmesidir. Anayasanın ikinci kısmının birinci (genel hükümler), ikinci (kişi hakları ve ödevleri) ve üçüncü (siyasal haklar ve ödevler) bölümlerinde yer alan hak ve hürriyetler konusunda ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamaz. Cumhurbaşkanının “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” alanında düzenleme yapabilmesi, bir asli düzenleme yetkisi örneği olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü bu tür konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi için kanunla ayrıca yetkilendirme gerekmemektedir. Ancak, yukarıda yer verilen hükümlerle Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisi tanınırken bu alandaki yetkisi de sınırlanmıştır. Zira değişikikte “Anayasada *münhasıran* kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılama”yacağı belirtilmiştir. Anayasanın hiçbir hükmünde “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konu” ibaresi bulunmamasının, düzenlemenin anlaşılmasını zorlaştırdığı belirtilmektedir⁵⁵¹. Buna karşın, bahsi geçen üçüncü bölümdeki hükümlerin, düzenleme için açıkça kanuna gönderme yaptığı yerlerde, hükmün gerektirdiği düzenlemenin kanunla yapılması

kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak kabul edilen Türkiye Barolar Birliği ve baroların denetimlerine ilişkin hükümlere 1136 sayılı Avukatlık Kanununda yer verilmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 4. maddesinde de bu denetimin, Adalet Bakanlığı tarafından (adalet müfettişlerince) yapılacağı, 77. maddesinde ise baroların, organlarının görevden uzaklaştırılması ve görevlerine son verilmesinin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, hem baroların nasıl denetleneceği kanunla düzenlenmelidir, hem de hali hazırda bunu düzenleyen bir kanun mevcuttur. Sonuç olarak, 5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin yukarıda yer verilen hükümleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının denetlenmesine ilişkin kurallar düzenlenerek, Anayasada düzenlenmesi kanun tarafından öngörülmüş konulara müdahale edildiği görülmektedir.; Ayrıca bkz. Ersan Şen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Baro Denetlenebilir mi?”, (<http://www.hukukihaber.net/> - 26 Temmuz 2018).

⁵⁵¹ Bununla beraber Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresini kullanmıştır: “... Bu nedenle, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.” AYM Kararı, T. 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, R.G. Tarih: 15.04.2015, S. 29327 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 15 Şubat 2018). Karar metninden anlaşıldığı kadarıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları kanunun münhasır alanı olarak görmektedir.; Buna karşın Gözler, Anayasa'da münhasır kanun alanı olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. b., Bursa: Ekin Kitabevi, 2018, s. 883-885.

gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁵².

Öte yandan, anayasada Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler'in düzenlenmiş olduğu 41 ila 65. maddelerin çoğunda düzenleme yetkisi kanuna verilmektedir. Örneğin, Anayasanın 42. maddesinin ikinci fıkrasında öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edileceği ve düzenleneceği, 44. maddede toprak mülkiyetine ilişkin konularda kanunla düzenleme yapılacağı, 47. maddede devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi kılınması şeklindeki konuların kanunla düzenleneceği, 49. maddede çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılacağı belirtilmiştir. Yine re'sen icra hukuku bakımından önem taşıyan kamulaştırma konusunun düzenlenmiş olduğu 46. maddede özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların kamulaştırılmasının "kanunla gösterilen esas ve usullere göre" yapılacağı belirtilmiştir.

Bu durumda bahsi geçen hükümlerde yer alan konularda – bu konular sosyal ve ekonomik haklarla ilgili olsa bile – Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması Anayasanın 104. maddesindeki değişikliğe aykırı olacaktır.

Ancak bu bölümde yer alıp kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlar da bulunmaktadır. "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. madde ile "konut hakkı" başlıklı 57. madde bu hususa örnek olarak verilebilir. Bu maddelerde, kanunla düzenleme şartı yer almadığından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabilir. Ancak, bu tür konularda düzenleme yapılırken dahi yapılan düzenlemenin kanun alanına etki etmemesi gerekir. Örneğin konut hakkına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasanın 35. maddesinde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkını etkilememesi gerekir. Diğer yandan, bahsi geçen maddelerde hali hazırda bir kanunla düzenleme yapılmış olması, konu hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasına engel teşkil edecektir.

Anayasa değişikliği ile idarenin kanuniliği ilkesinin düzenlenmiş olduğu 123. maddenin birinci fıkrasına dokunulmamıştır. Hükme göre "idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir". Dolayısıyla, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmeye devam edileceği ileri sürülebilir. Ancak, Anayasal değişiklikle

⁵⁵² Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İstanbul: *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 2, (2017), s. 26; Artuk Arıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, (2017), s. 39.

Cumhurbaşkanına, idarenin örgütlenmesi ile ilgili konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapma yetkisi de verilmektedir. Anayasanın 106. maddesine eklenen yeni hükme göre “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir”. İdarenin kanuniliği ilkesi ile 106. maddedeki düzenlemeyi bağdaştırmak güç görünmektedir⁵⁵³. Yeni hüküm, hem merkezi idare, hem merkezi idarenin taşra teşkilatının örgütlenişi ile görev ve yetkilerinin belirlenmesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yetki vererek bir ikilik yaratmaktadır. Bu ikiliğin nedeninin, bakanlıkların siyasal sistemin unsurları olmaktan çıkarılıp idari birimler haline getirilmesi olduğu ileri sürülmektedir⁵⁵⁴. İleri sürülen bir diğer görüş ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa değişikliğinde sayılan birimlerin ve bakanlıkların düzenlenmesinde başvurulabilecek tek enstrüman haline geldiğidir⁵⁵⁵. Teşkilatlanmaya ilişkin olarak ayrıca, Anayasanın 108. maddesinde Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin, 118. maddesinde Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine yer verilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanuna eş bir düzenleme olmadığından⁵⁵⁶ kanuna engel bir yapı arz etmemektedir. Kararname ile bir konu düzenlenmiş olsa bile yasa koyucu, aynı konuda ve onu bertaraf edecek şekilde yasal düzenlemeler ortaya koyabilir. Ayrıca bu düzenlemeyi, yeni 104. maddenin 17. fıkrası ile karşılaştırdığımızda ortaya çıkan sonuç, hangi alanda olursa olsun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir kanunu değiştirmenin veya kaldırmanın mümkün olmadığıdır⁵⁵⁷.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlar değiştirilemeyeceğine göre bakanlıkların görev ve yetkilerini, Devlet Denetleme Kurulunu işleyişini üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerini, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin

⁵⁵³ Ardiçoğlu, a.g.m., s. 37.

⁵⁵⁴ a.g.m., s. 37.

⁵⁵⁵ Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, a.g.m., s. 16.

⁵⁵⁶ Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, a.g.m., s. 23; Ülgen’e göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri “kanun hükmünde olmamakla birlikte asli yetkinin kullanımı olmaları açısından kanunla eşdeğer işlem niteliğinde kabul edilebilir”. Yazarın, “kanunla eşdeğer düzeyde” ifadesini, yetkinin - kanunda olduğu gibi - doğrudan anayasadan kaynaklandığını belirtmek için kullandığı görülmektedir. Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, İstanbul: GÜHFD, S.1, (2018), s. 6-7.

⁵⁵⁷ a.g.m., s. 27.

teşkilatı ve görevlerini düzenleyen kanunların akıbeti ne olacaktır? Bu hükümleri 6771 sayılı Kanunun Geçici 21. maddesi ile beraber değerlendirmek gerekmektedir. Geçici 21. maddenin B) bendine göre “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir”. Bu geçiş hükmü sayesinde mevcut kanunların varlığının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir⁵⁵⁸. Bu durumda, Geçici 21. madde gereğince Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihten itibaren, bakanlıkların kuruluş kanunları ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Teşkilatı ve Görevleri ile Devlet Denetleme Kurulunun kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen kanunlar, altı ay içerisinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılmasıyla yürürlükten kalkacaktır⁵⁵⁹. Bu durumda, merkezi idare ile onun taşra teşkilatının örgütlenmesi ve görevleri hakkında idarenin kanuniliği ilkesinin geçerliliğini sürdürmesi mümkün olmayacaktır.

Anayasa değişikliklerinin, yürürlükte bulunan kanuni ve anayasal hükümlerle birlikte değerlendirilmesinden, Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağı, yine kanunla düzenlenmiş bulunan konularda (Geçici 21. maddeye göre Cumhurbaşkanının göreve başlamasından itibaren altı aylık sürenin dolmasından sonra) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda dahi kanunla düzenleme yapılabileceği, kısacası, kısmen paylaşım açılmış olsa bile asli düzenleme yetkisinin halen yasama organına ait olacağı sonucu çıkartılabilir⁵⁶⁰. Bununla beraber, idarenin kanuniliği ilkesinin eski kuvvetli yapısını koruduğu sonucunu çıkartmak da mümkün görünmemektedir. Örneğin, sosyal ve ekonomik hakları konu alan Anayasa maddelerindeki kanuni düzenleme şartı, ileride bir Anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılacak olursa bu hususlarda da Cumhurbaşkanlığı

⁵⁵⁸ a. yer.

⁵⁵⁹ Nitekim, 703 sayılı KHK ile Bakanlıkların ve merkez teşkilatında yer alan idarelerin görev ve yetkilerini düzenleyen kanun ve kanun hükmünde kararnameler yürürlükten kaldırılmış ve 10 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanmış olan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile hem cumhurbaşkanlığı, hem de bakanlıkların görev ve teşkilatı hakkında düzenleme yapılmıştır. (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf> - 15 Temmuz 2018). Ayrıca 15 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Devlet Denetleme Kurumunun kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler getirilmekte, 6 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Teşkilatı ve Görevlerine ilişkin hükümler düzenlenmektedir. Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/> (15 Temmuz 2018).

⁵⁶⁰ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 38.

kararnamesi çıkarılabilecektir.

Diğer yandan idarenin kanuniliği prensibini düzenleyen Anayasanın 123. maddesi ile Bakanlıkların görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğini belirten Anayasanın 106. maddesi farklı hukuki rejimler ortaya koymaktadır. 106. madde özel, 123. madde ise genel bir normdur. Yorum kuralları gereği özel norm ile genel normun çatışması durumunda, çatışma özel norm lehine çözümlenir⁵⁶¹. Bu ilkeyi mevcut Anayasa maddelerine uyguladığımızda 106. maddedeki düzenlemenin 123. madde ile çatışması durumunda, 106. madde uygulama alanı bulacaktır. Bu ise idarenin kanuniliği ilkesinin bir idari düzenleme⁵⁶² lehine zayıflatılması anlamına gelmektedir. Bu yüzden, teşkilatlanmaya ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesine *münhasır* bir alan ortaya konulduğu belirtilmektedir⁵⁶³. Ancak bu görüş, yeni Anayasal hüküm gereği merkezi idare ile taşra örgütü hakkında geçerli olabilir. Buna karşın, üniversiteler ve yerel yönetimler gibi özerk yapıya ve kendi kamu tüzel kişiliklerine⁵⁶⁴ sahip kuruluşların görev ve yetkileri hakkında, kanunilik ilkesinin geçerliliğini devam ettirmesi gerekmektedir. Zira, bu kuruluşlar, merkezi idarenin tüzel kişiliği içerisinde yer almamaktadır. Ayrıca,

⁵⁶¹ Tekin Akılhoğlu, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Ankara: *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 3, (1984), s. 36

⁵⁶² Ulusoy Cumhurbaşkanlığı kararnamesini bir idari düzenleme (idari işlem) mahiyetinde görmektedir. Bkz. Ali Ulusoy, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor”, www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017), s. 6; Benzer yönde değerlendirme için bkz. Giray Tamer, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu”, <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf> - 26 Mayıs 2018, s. 5-6. (ss. 1-9); Yıldırım ise Anayasanın değişik maddelerinde farklı hukuki niteliklerde düzenlendiği için ayrıca bir idari işlem tasnifine gitmektedir. Gerçekten de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bazı maddelerde birel-düzenleyici işlem, bazı maddelerde yürütme işlemi olarak düzenlenmiştir. Örneğin üst düzey kamu görevlilerinin atanması ve görevden alınmasına ilişkin işlemler birel işlem niteliğindedir. Buna karşın Bakanlar Kurulunun düzenleyici işlem yapma yetkisi cumhurbaşkanına devredildiğine göre, Bakanlar Kurulu Kararı olarak tesis edilen düzenleyici işlemlerin işlevini yerine getiren Cumhurbaşkanlığı kararnameleri düzenleyici işlem niteliğindedir. Son olarak bakanlıkların kurulması ve kaldırılmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütme işlemi olarak nitelenmektedir. Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, a.g.m., s. 14, 16.

⁵⁶³ Ardiçoğlu, a.g.m., s. 39; Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, a.g.m., s. 16.

⁵⁶⁴ Bununla beraber Anayasanın 123. maddesine eklenen üçüncü fıkrada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabileceği de akılda tutulmalıdır. Nitekim, 2 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararname ile çeşitli kamu tüzel kişilerinin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen kanun hükümleri kaldırılmaktadır. 15 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 4 sayılı Kararname ile ise bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurumlar hakkında düzenleme yapılmakta ve 703 sayılı KHK ile kuruluş hükümleri yürürlükten kaldırılan kamu tüzel kişileri 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tekrar düzenlenmektedir. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen kamu tüzel kişileri arasında Adli Tıp Kurumu, Karayolları Genel Müdürlüğü, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Sosyal Güvenlik Kurumu, Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Türk Standartları Enstitüsü, Türk İş Kurumu vs sayılabilir.

üniversitelerin kuruluşu ile yerel yönetimlerin kuruluş esasları ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi kuralına Anayasada yer verilmektedir. Dolayısıyla kanunilik ilkesi geçerliliğini korumakta ancak kapsamı daraltılmış olmaktadır. Bu açıklamalardan hareketle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin idarenin kanuniliği ilkesini zayıflattığı hatta merkezi idare ve onun taşra örgütü bakımından bu ilkenin ortadan kalkma ihtimalini ortaya çıkardığı belirtilmelidir.

ii. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Re'sen İcranın Kanuniliği Şartı Üzerindeki Etkisi

Yürürlükteki Anayasal ve yasal hükümler uyarınca re'sen icra, idarenin görevlerini icrası sırasında ihtiyaç duyduğu bir yetki olması dolayısıyla kanunla ayrıca düzenlenmelidir. Ancak, yeni düzenlemeyle cumhurbaşkanına daha önce sadece kanunla düzenlenebilen bazı alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapma imkanı verilmektedir. Bu yüzden, yeni düzenlemenin, re'sen icranın kanuniliği şartı bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yeni düzenleme, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler alanı ile bakanlıkların kuruluşu ile görev ve yetkileri konusunda, normlar hiyerarşisinde yasa ile aynı düzeyde olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabilmesinin önünü açmaktadır. Değişiklikle kanun ile düzenleme şartı bahsi geçen konular bakımından kaldırılmaktadır. Her ne kadar bu konularda mevcut bir kanuni düzenlemenin varlığı⁵⁶⁵ – ve sosyal ve ekonomik haklara ilişkin Anayasa maddelerinin kanuni düzenlemeyi öngörmesi – Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmasını engelliyorsa da bu engelin mevcut kanunların yürürlükten kaldırılmasıyla – veya Anayasa maddelerindeki kanuni düzenleme şartının ortadan kaldırılmasıyla – bertaraf edilmesi mümkündür. Dolayısıyla, eskiden kanunla düzenlenebilen bu alanların ileride Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi muhtemel ve mümkün hale gelmektedir. Nitekim yukarıda yer verildiği üzere, yakın zamanda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yeni bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri kurularak, görev ve yetkileri hakkında düzenlemeler getirilmiştir.

⁵⁶⁵ 6771 sayılı Kanunun Geçici 21. maddesine göre Cumhurbaşkanının göreve başlamasından itibaren aylık süre içerisinde Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir.

Ancak yeni düzenlemeyi, Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sebepleri ve bu sınırlamanın şekli ile beraber ele aldığımızda ortaya farklı bir sonuç çıkmaktadır. Anayasanın değişikliğe uğramış 104. maddesinin 17. fıkrası, Anayasada özel olarak düzenlenmesi öngörölmüş pozitif statü haklarına (sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler) ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmasına izin vermektedir⁵⁶⁶. Buna karşın, Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının (Anayasanın hangi kısım ve bölümünde düzenlenmiş olmasına bakılmaksızın), ancak kanunla yapılabileceği belirtilmiştir. Bu yüzden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörölen konularda, yeni hükümler konabileceği, ancak, bu hükümlerin bir hakkın sınırlandırılması biçiminde ortaya çıkamayacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Kısacası, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile bakanlıkların kuruluşu ve görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler yapılabilmekte ancak, bu düzenlemelerle temel hak ve özgürlüklere kısıtlama ve sınırlama getirilememektedir. Zira, Anayasanın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından yetkili organ olarak yürütme organını değil, yasama organını işaret etmektedir.

Örnek vermek gerekirse, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 254. maddesi “kamu düzeni ve genel ahlakın” korunması konusunda İçişleri Bakanlığına yetki vermektedir. Bakanlık, bu görev ve yetkileri kullanırken kolluk faaliyeti kapsamında bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyen bir dizi karar alabilmektedir. Bu tür tedbirler temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açıyorsa, Anayasanın 13. maddesi gereği kanunla düzenlenmek durumundadır. Bu yüzden bu tür kısıtlayıcı hükümlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi hukuka aykırı olacaktır.

İdarenin re'sen icra yetkisini kullanması da temel hak ve özgürlükler alanını etkilediğinden ve kolluk faaliyetine ilişkin tedbirlerin alınması, re'sen icra yetkisinin kullanımı ile gerçekleşeceğinden, kanunla ayrıca yetkilendirme şartı aranmaya devam edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu tür tedbirler Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun konusu olmaya devam edecektir⁵⁶⁸. Sonuç olarak, ancak bir hakkın kısıtlanmasına yol açmayan hükümler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile

⁵⁶⁶ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 41.

⁵⁶⁷ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 41; Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, a.g.m., s. 26.

⁵⁶⁸ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 42.

düzenlenebilmektedir. Yine aynı şekilde re'sen icra tedbirinin bir hakka müdahale niteliği taşıması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün görülmektedir. Ancak prensip olarak re'sen icranın temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına geldiği kabul edilmekte ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile idarenin re'sen icra yetkisinin düzenlenemeyeceği düşünülmektedir.

(2) Kanunun Re'sen İcrayı Düzenlemesi

Rousset, “re'sen icra, kanunun ruhuna uygun olmalıdır” demektedir⁵⁶⁹. Re'sen icra yetkisini konu alan işlem ve eylemler kanunda yer almalı ve kanuna uygun olmalıdır. Bunun için de idareye karar alma yetkisi veren kanunun, alınan kararı icra etme yetkisi de vermesi gerekmektedir. Kanun ayrıca, re'sen icra yetkisini düzenlerken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yol açabilecek halleri ve buna ilişkin şartları ortaya koymalıdır. İdari işlemin uygulanması konusunda idareye yetki veren kanunun uygulamaya ilişkin ilkeleri koyması, yalnızca teknik konuları idareye bırakması gerekmektedir.

Kanun re'sen icra yetkisini ayrıntılı bir biçimde düzenleyebileceği gibi, genel çerçevesini çizip ayrıntıların düzenleyici işlemlerle belirlenmesini de öngörebilir⁵⁷⁰. Ancak kanun, kuralı koymalı, teknik ayrıntıları idareye bırakmalıdır. Bu kapsamda, idare kanuna dayanmak koşulu ile temel hak ve hürriyetler alanında sınırlandırıcı eylem ve işlemler yapabilir⁵⁷¹. Ancak, kanunda hakkın sınırlandırılmasına yol açabilecek hallerin ve buna ilişkin şartların ortaya konmuş olması gereklidir. Anayasa Mahkemesi, kanunla verilen yetkinin ne şekilde düzenlenmesi gerektiğini 2011 yılında vermiş olduğu kararında şu şekilde açıklamaktadır:

“ ... yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevesinin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir... Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı,

⁵⁶⁹ “Elle doit être conforme à l'esprit de la loi” Rousset, a.g.e., s. 98.

⁵⁷⁰ Dupond, a.g.e., s. 12.

⁵⁷¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 569.

tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir... Yasa kuralının, ... temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi... gerekir”⁵⁷².

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadına karşılık Danıştay, idarenin kamu yararının gerektirdiği hallerde genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir: “kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindedir. Bu nedenle idarenin toplum ve hizmet yararına bir alanı düzenlemesi için mutlak surette bu hususta idareye yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir”⁵⁷³. Sarıca “*tanzim, icra salahiyetinin tabii ve zaruri bir neticesidir*” derken aynı görüşü savunmaktadır⁵⁷⁴. Yayla da bu görüşü savunmakta ve idarenin görevleri gereği, özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanları düzenleyen bir kanun bulunmasa bile idarenin düzenleme yetkisine sahip olması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁷⁵. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla, hukuk sistemimize giren Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de kanuna dayanmadan idarenin düzenleyici işlem yapabilmesi mümkün hale gelmiştir⁵⁷⁶. Ancak bu sonuç, idarenin düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme yapabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yayla, düzenleme yetkisinin kaçınılmaz olduğunu ileri sürmekte ise de konu temel hak ve özgürlüklere geldiğinde, idarenin bu alana düzenleyici işlemle sınırlama getiremeyeceğini belirtmektedir⁵⁷⁷. Danıştay da yakın tarihli bir kararında, benzer bir

⁵⁷² AYM Kararı, 10.03.2011, E. 2009/90, K. 2011/47, RG. 14.05.2011 – 27934, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 28 Mayıs 2018); Benzer yönde bkz. AYM Kararı, T. 27.11.1997, E. 1997/37, K. 1997/69: “Anayasaya göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz.” (Nakleden-Yayla, a.g.e., s. 144).

⁵⁷³ Danıştay İDDK Kararı, T. 28.04.1972, E. 1968/709, K. 1972/364 (Nakleden- Akıllıoğlu, “Saklı Yetki”, a.g.e., s. 75; Gözler, *İdare hukuku*, C. I, 1161; Yayla, a.g.e., s. 144); Duran bu kararda varılan sonucu şiddetle eleştirmekte ve bu içtihadın yerleşmesi ve kesinleşmesinin idarede kanuniliğin ve hatta Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Devleti niteliğinin sonu olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 392; Ayrıca bkz. Danıştay DDK Kararı, T. 05.04.1974, E. 1972/358, K. 1977/160 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 8 Haziran 2018); Danıştay DDK Kararı, T. 25.03.1977, E. 1976/92, K. 1977/160 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 8 Haziran 2018); Gözler, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin eşyanın tabiatından kaynaklandığını ancak hukuk sistemimizde olağan dönemde idarenin kanuna dayanmadan düzenleyici işlem yapamayacağını belirtmektedir. Gözler, *İdare hukuku*, C. I, 1171.

⁵⁷⁴ Ragıp Sarıca, *Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Salahiyeti*, İstanbul, 1943, s. 29 (Nakleden-Yayla, a.g.e., s. 145).

⁵⁷⁵ Yayla, a.g.e., s. 145.

⁵⁷⁶ Yeni düzenlemeyle Anayasanın 104, 106, 108, 118, 119 ve 123. maddelerinde idareye kanuna dayanmadan düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmektedir. Bkz. *Supra* s. 126 vd.

⁵⁷⁷ Yayla, a.g.e., s. 145.

değerlendirmede bulunmaktadır: “... yönetmelik yoluyla düzenleme yapılmasını öngören bir yasa kuralı olmasa da, idarenin, dayanağı yasa da bulunmak ve genel esasları yasa da gösterilmek kaydıyla ve üst hukuk kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, görev alanını ilgilendiren her konuyu yönetmelikle düzenleyebileceği de kabul edilmelidir. Bu kuralın ayırık durumu ise temel hak ve özgürlüklere ait, bu hak ve özgürlüklerin kullanılması ve sınırlanmasına ilişkin bulunan, yalnızca yasa konusu olabilecek alanlardır”⁵⁷⁸.

Re'sen icrayı konu alan düzenlemenin de idarenin düzenleyici işlemiyle değil kanunla yapılması gerekir. Kanunda işlemin yapıcısı, uygulayıcısı ve uygulamaya ilişkin temel ilkelerin yer alması buna karşın teknik hususların idareye bırakılması gerekir. Ayrıca re'sen icra yetkisini düzenleyen kanunun, yasama yetkisinin devri niteliğinde hükümler içermemesi gerekmektedir. Bunun için belli bir alanı düzenleyen yasa da o alana ilişkin temel ilkeler yer almalıdır⁵⁷⁹. Bu açıdan re'sen icraya konu teşkil eden hakkın kullanımı ve sınırlanma durumuna ilişkin kuralların açık bir biçimde yer alması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 1997 yılında verdiği kararına konu olayda, getirilen yasa kuralı, Emekli Sandığı'nın taşınmaz mallarının satışı yetkisini düzenlemektedir. Ancak hüküm, satışa ilişkin kuralları belirleme yetkisini idareye bırakmaktadır: “Sandığın doğrudan hizmetleriyle ilgili olmayan gayrimenkulleri, Sandık Yönetim Kurulunun kararı, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecek usul ve esaslara göre satılabilir”. Anayasa Mahkemesi bu kuralı, yasama yetkisinin devri niteliğinde görerek şu değerlendirmeye iptal etmiştir:

“Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa’ya uygun olabilmesi için, yasa da temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir.

... Yasa'nın 1. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci tümcesindeki kuralla, bir kamu kuruluşu olan Emekli Sandığı'nın hizmetleriyle ilgisi bulunmayan taşınmazların

⁵⁷⁸ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 18.1.2011, E. 2009/3329, K. 2011/52, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 8 Haziran 2018)

⁵⁷⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 122.

satışıyla ilgili tüm yetkiler Bakanlar Kurulu'na bırakılmış ve Bakanlar Kurulu'na kural koyma olanağı verilmiştir⁵⁸⁰.

İhale hukukuna ilişkin olarak, ihalenin ne şekilde yürütüleceği hususunun ve komisyonların görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen olayda özelleştirme ihalelerinde ihale yöntemlerinin belirlenmesi konusunda idareye yetki verilmektedir. Anayasa Mahkemesi düzenlemeyi yasama yetkisinin devri niteliğinde görerek iptal etmiştir:

“Yasada yalnız (ihale) yöntem türlerinin belirlenmesi değil, durum ve konuma göre hangilerinin uygulanacağını açıkça saptanması gerekir. ... ‘Değer Tesbit Yöntemleri’ ile ‘ihale usullerine ilişkin belirsizliğin giderilmemesi ve değer tesbit komisyonları ile ihale komisyonlarının oluşumu, görev ve yetkilerinin yasama organınca düzenlenmemesi yasama yetkisinin devri niteliğinde olup Anayasanın 7. maddesine aykırıdır⁵⁸¹.

Re'sen icra yetkisinin önemi, özellikle kolluk faaliyetinin yürütüldüğü alanlarda ortaya çıkmaktadır⁵⁸². Söz gelimi imar düzeninin korunması amacıyla belediyelere verilen yıkım ve düzeltme yetkileri, genel ve özel kolluğun mühürleme ve denetleme yetkileri ile polisin durdurma ve gerektiğinde fiziki güç kullanma yetkileri kanunla tanınan re'sen icra yetkisinin birer örneğidir⁵⁸³. Kolluk faaliyetine ilişkin düzenlemeler temel hak ve özgürlükler alanını doğrudan etkilediğinden kanunla düzenlenmektedir. Ancak idare, kolluk alanının dışında da işlemler tesis etmekte ve uygulamaya yönelmektedir. Bu yüzden, bu tür bir alan sınırlaması olmadan re'sen icranın temel hak ve özgürlükler alanına müdahale niteliği taşıdığı durumlarda yetkinin kanuna dayanması gerekmektedir.

Mevzuatımızda idareye re'sen icra yetkisi veren bir çok kanun mevcuttur⁵⁸⁴.
Örneğin Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılara ilişkin hükmü

⁵⁸⁰ AYM Kararı, T. 20.05.1997, E. 1997/36, K. 1997/52 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 28 Mayıs 2018).

⁵⁸¹ AYM Kararı, T. 08.08.1997, E. 1997/35, K. 1997/45 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 28 Mayıs 2018); Ayrıca bkz. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 126.

⁵⁸² Günday, a.g.e., s. 248.

⁵⁸³ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 315.

⁵⁸⁴ Bunlardan biri de 2577 sayılı kanunda yer almaktadır. Bilindiği üzere 2577 sayılı kanunun 27. maddesine göre vergi alacağına ilişkin işlemlere karşı iptal davası açılması, tahakkuk eden alacağın tahsil işlemlerini durdurur. Buna karşın ödeme emrine karşı dava açılması doğrudan ödeme emrine ilişkin işlemleri durdurmaz. Böyle bir durumda borçlunun ödeme emrine karşı dava açması ve dava açılmasına rağmen yürütmenin durdurulması kararı verilmemesi hallerinde idare, borçlunun mal bildiriminde

düzenleyen İmar Kanununun 32. maddesi, idareye, kanuna aykırı inşaatların mühürlenerek durdurulması yetkisi vermektedir:

“Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) (3) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.”

Yine aynı Kanunun 39. maddesi, yıkılmaya yüz tutmuş veya yıkılacak derecede tehlikeli yapıların sahibi tarafından onarılması veya yıktırılmasını aksi halde idarenin birey yerine yıkım veya tamirat işlemini yapmasını öngörmektedir. Yapının durumu bireyler için tehlike arz ediyorsa idare, mahkeme kararı gerekmeksizin yapının boşaltılmasını sağlayabilir⁵⁸⁵.

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun da idareye açık bir karar alma ve bu kararı, re'sen uygulama yetkisi vermektedir: “Taşınmaz mallara tecavüz veya müdahale edilmesi halinde; taşınmaz mal merkez ilçe sınırları içinde ise il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı, diğer ilçelerde ise kaymakamlar tarafından bu tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilir ve taşınmaz mal yerinde zilyedine teslim edilir”.

İdarenin kanundan aldığı re'sen icra yetkisine örnek olarak 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18. maddesi de vermek mümkündür. Hüküm yetkili idarelere, zor kullanma yetkisi de vermektedir:

“Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş bulunsun, hiçbir

gösterdiği mallarını haczetmek ve satmak suretiyle alacağını tahsil yoluna gidebilmektedir. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 438.

⁵⁸⁵ 3194 sayılı İmar Kanunu Madde 39: “Bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapılır...”

Tebliğati müteakip süresi içinde yapı sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlike ortadan kaldırılmazsa bu işler belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı % 20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir.

Alakalının fakruhali tevsik olunursa masraf belediye veya valilikçe bütçesinden karşılanır. Tehlike durumu o yapı ve civarının boşaltılmasını icabettiriyorsa mahkeme kararına lüzum kalmaksızın zabita marifetiyle derhal tahliye ettirilir.”

karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır”.

Polisin, re'sen icra yetkisine sahip olduğu hatta bu kapsamda cebir kullanabileceği de Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 16. maddesinde belirtilmiştir. Bu kapsamda, görevini yapan polis memuru bu görevi ifa ederken bir direnişle karşılaşrsa bu direnişi kırmak amacıyla zor kullanabilir. Hükümde yer verilen şartlar gerçekleştiğinde polisin bedenî kuvvet, maddî güç ve silah kullanılabileceği açıkça yer almaktadır. Keza aynı Kanunun 9. maddesine göre, “Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir.” 11. maddede de toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen ve genel ahlak ve edebe aykırı fiilleri polisin, şikayet olmasa bile, engelleme, bu tür davranışları durdurma ve ceza tanzim etme yetkisi olduğu belirtilmektedir⁵⁸⁶.

Re'sen icra yetkisine kanunda yer verilmiş olması gerekirken yer verilmemiş olması durumunda aşağıda yer verilen istisnalar ayrık kalmak kaydıyla idarenin re'sen icra yetkisinin olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Yine yasama organının bir idari işlemin icrasını başka bir organın onayına tabi tutması veya belli bir idarenin belli bir konuda karar alıp uygulama yetkisini kaldırması durumunda da idare re'sen icraya başvuramaz. Kanunun bir işlemin icrasını başka bir organın onayına tabi tutmasına örnek olarak yukarıda bahsi geçen kamulaştırma işleminden söz edilebilir. Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu taşınmazın idare adına tecilini Asliye hukuk mahkemesinin kararına bağlamaktadır. Bu ise yasa koyucunun mülkiyet hakkına verdiği özel önemden kaynaklanmaktadır.

⁵⁸⁶ Yine 13. maddede polise idari mahiyette bir çok uygulama yetkisi verilmiştir

“...

C) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri,

D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,

E) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri,

F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar”.

Esasında idareye re'sen icra yetkisi veren bir kanun mevcut olmamasına rağmen idarenin aldığı kararı icraya kalkışması fiili yola vücut verebilmektedir⁵⁸⁷. Bunun yanında idarenin bir konuda yetkisi olmadığı halde re'sen icraya yönelmesi, yasaklandığı halde kararını uygulamaya kalkışması yine idarenin eyleminin bir haksız fiil olarak değerlendirilmesine yol açabilir.

Re'sen icranın kanunla düzenlenmesine, Fransız hukukundan örnek vermek gerekirse Kamu Sağlığı Kanununun (Code de la santé publique) L3213-1⁵⁸⁸ no'lu maddesine göre idare, “kamu düzeni ve kişi güvenliğini tehdit eden zihinsel engelli bireylerin valilik kararıyla müşahede altına alınması”nda yetkilidir. Yine Fransız İmar ve İskan Kanununun (Code de la construction et de l’habitation) L511-1 ve devamı olan maddelerinde⁵⁸⁹ idare, yıkılmaya yüz tutmuş bina ve yapıların yıkılmasına karar verme ve bunun gereği yapılırken doğabilecek tehlikelerin bertaraf edilmesi için gerekli tedbirlerin alınması konusunda yetkilendirilmektedir.

Son olarak kanun, re'sen icra edilecek işlemin uygulanması için başka bir idare tarafından, ilgilinin eyleminin hukuka aykırı olduğu yönünde tespit edilmesini gerekli kılabilmektedir. Örneğin 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 9. maddesi “Bu madde hükümlerine aykırı olarak elektronik haberleşme tesisi kuran, işleten veya elektronik haberleşme hizmeti verenlerin tesisleri Kurumun talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılarak faaliyetlerine son verilir” şeklindedir. Hükme göre kanuna aykırı bir biçimde elektronik haberleşme tesisi kurulması ve işletilmesi durumunda bunun tespiti, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yapılacak, bu tür yerlerin kapatılarak faaliyetlerine son verilmesi ise mülki amirlerce yerine getirilecektir. Danıştay’ın 2008 yılında verdiği kararında da mülki amirlerin bu konuda işlem tesis edebilmesi için mevzuatta aykırılığın Kurumca saptanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹⁰. Bu durumda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun kanuna aykırı

⁵⁸⁷ Lacoste, a.g.e., s. 110.

⁵⁸⁸<https://www.legifrance.gouv.fr> - 12 Mart 2018)

⁵⁸⁹<https://www.legifrance.gouv.fr> - 12 Mart 2018)

⁵⁹⁰ Danıştay 13. Dairesinin Kararı, T. 21.10.2008, E. 2007/6405, K. 2008/6854: “Bu bağlamda, davacı da; izinsiz ve ruhsatsız olarak telekomünikasyon tesisi kurarak faaliyet gösterdiğini iddia ettiği işyeri hakkında, 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesini doğrudan mülki amirden istemiştir. Ancak, 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi, mülki amirlere doğrudan işyerinin kapatılarak faaliyetine son verilebilmesi hususunda işlem tesis etme yetkisi vermemektedir. Bu madde uyarınca, davacı başvurusuyla ilgili olarak mülki amirlerince işlem tesis edilebilmesi için, öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'na başvurulması ve söz konusu mevzuata aykırılığın Kurum'ca saptanması,

şekilde haberleşme tesisi kuran yerleri kapatarak faaliyetine son vermesi yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda yetki mülki amirlere aittir.

Bu örneklerde görüldüğü üzere, bahsi geçen kanunlar özellikle kamu düzeninin söz konusu olduğu durumlarda idareye açık bir şekilde re'sen icra yetkisi vermektedir. Bunun, hem kamu düzeninin, hem de kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanması bakımından bir hukuki gereklilik olarak ortaya çıktığı görülmektedir.

(3) Kanuni Dayanak Şartının İstisnaları

İdarenin re'sen icraya başvurması için gerekli tek şart, kanunda bu konuda bir yetkinin öngörülmüş olması değildir. Bazen kanunlar, idareye karar almak konusunda yetki vermiş ancak, uygulama konusunda yetki vermemiş olabilir. İdarenin kanuna uygun olarak aldığı kararın, ilgili tarafından yerine getirilmemesi durumunda, kanun hükmünün işlevsiz kalmaması için idarenin, re'sen icraya başvurabileceği kabul edilmektedir. Ancak, re'sen icraya başvurabilmek için kanunda, ilgilinin aykırı davranışı için ayrı bir hukuki tedbir öngörülmemiş olmalıdır⁵⁹¹. Yine, aciliyet halinde, kanunilik şartının gerçekleşmiş olması aranmadan idarenin re'sen icraya başvurabileceği kabul edilmektedir.

Re'sen icranın kanuni dayanak gerektirmesi haricindeki koşullar ilk şartın birer istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden de çalışmanın bu kısmında ilgilinin direnişi ve bu direnişe kanunda tedbir öngörülmemiş olması hali (a) ile acil durumlar (b) birer istisnai şart olarak ayrı ayrı ele alınmaktadır. Bu durumlar alternatif olup, idarenin re'sen icraya yönelmesi için birinin gerçekleşmesi yeterli görülmektedir.

(a) İlgilinin Karara Aykırı Davranması ve Kanunda Tedbir Öngörülmemiş Olması

Kanunun belli bir işlemin tesisi konusunda idareye yetki vermesi, ancak uygulamaya ilişkin hüküm içermemesi durumunda ilgilinin kararın gereğine aykırı davranması (i) ve bu kararın uygulanmamasına karşı uygulanacak bir hukuki tedbir

Kurum'un talebi üzerine de mülki amirlerince ilgili işyerinin kapatılarak faaliyetine son vermesi gerekmektedir". (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Mayıs 2018).

⁵⁹¹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 417.

öngörülmemiş olması (ii) durumlarında idare, kararın icrasını sağlamak için uygulama ameliyelerine başvurabilir. Bunun için her iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir.

i. İlgilinin Kararın Gereğine Aykırı Davranması

Kanunda uygulama yetkisinin düzenlenmediği durumlarda, idarenin re'sen icraya yönelmesi için gerekli birinci şart, muhatabın idari kararın uygulanmasına direnmesi veya kararın gereğini yerine getirmemesidir. Kamu hizmetlerinin devamı için işlemin uygulanması, kanunun öngördüğü sonucun gerçekleşmesi, yani işlemin icrasının sağlanması gerekir.

İdarenin kararı, hukuka uygun olsa bile bireyler, bazen idarenin kararını yürütmesine engel olabilmektedirler. Bazen de bireyler, kendilerine idare tarafından tek taraflı bir işlemle yükümlülük yüklendiğinde – ki Hauriou buna “idarenin kendi hakkını kendisinin yaratması”⁵⁹² demektedir – kararın gereğini yerine getirmemekte diretebilmektedirler. Örneğin yapının tahliye edilmesi kararına uyulmaması⁵⁹³, inşaatın imar planında belirlenen sınırın dışına taşırılması⁵⁹⁴, idarenin alacağından birey tarafından ödenmemesi⁵⁹⁵ durumlarında idarenin kararına direniş olduğu kabul edilmektedir.

Bireyin, idarenin verdiği kararın gereğini yerine getirmemesi durumunda idare, re'sen icra yetkisini kullanarak kararın uygulanmasını kendisi temin edebilmektedir⁵⁹⁶. Muhatabın, idare tarafından alınan karara uymaması, direnmesi, üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi veya bu yükümlülükleri ihmal etmesi durumlarında idarenin harekete geçerek işlemin uygulanmasını sağlayabileceği kabul edilmektedir. Buna göre, direniş yoksa re'sen icra hukuka aykırı olur⁵⁹⁷. Örneğin Fransa'da, 9 Aralık 1905 ve 2 Ocak 1907 tarihli Kanunlar kamu kuruluşlarının dini kurumlara veya din görevlilerine yardım etmesini yasaklamaktadır. Yasağın gereklerinin yerine getirilmesi

⁵⁹² Haurio, *Précis de droit administratif*, a.g.e., s. 372.

⁵⁹³ TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, GAJA, N° 10, s. 61-66.

⁵⁹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.03.2013, E. 2012/500, K. 2013/330, (<https://www.kararara.com> - 28 Mayıs 2018)

⁵⁹⁵ Danıştay 3. Dairesinin Kararı, T. 28.06.1989, E. 1988/2043, K. 1989/1804, (<http://www.kararara.com> - 28 Mayıs 2018)

⁵⁹⁶ TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, GAJA, N° 10, s. 63.

⁵⁹⁷ Rousset, a.g.e., s. 99.

içinse yetkiyi valiliklere vermektedir. Conseil d'Etat'nın *Commune de Triconville*⁵⁹⁸ kararına konu olayda, Commune de Triconville Belediyesine ait taşınmazda bir papaz ikamet etmektedir. Taşınmazın boşaltılmasına karar verme yetkisi, belediyeye ait olduğundan Valilik tarafından belediyeden, kanunun gereğini uygulayarak papazın lojmandan çıkarılması istenmiş ancak belediye meclisi papazın lojmanda ikametinin devamına karar vermiştir. Valilik de kanunun gereğini yerine getirmek üzere ve kanuna uygun olarak re'sen icra yetkisine başvurmuştur⁵⁹⁹. Belediye, yasaya uygun karar almış olsaydı, merkezi idarenin taşra temsilcisinin böyle bir girişimde bulunması gerekmecekti. Yukarıda, re'sen icranın kanunilik ve gereklilik şeklinde iki görüş üzerine bina edildiği belirtilmişti⁶⁰⁰. Somut olayda, yapının tahliye edilmemesinden dolayı re'sen icra yetkisine başvurulması, gereklilik düşüncesinin bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır.

Saint Just kararında da direniş unsuru bir re'sen icra nedeni olarak kabul edilmiştir. Rhône Valiliği, Bakanlar Kurulunda cemaat kurumlarının kapatılmasına ilişkin karar çıktıktan sonra, *Saint Just* kararına konu olan kurumun kapatılması emrini vermiştir. Kolluk kuvvetleri, Rhône valiliğinden karar çıktığı gün işlemi uygulayıp kurumun kapısına mühür vurmuştur. Yapının tahliyesine ilişkin karar yeni verilmiş ve cemaate binanın boşaltılması için süre verilmemiş olduğundan hükümet komiserinin direnme vardı görüşü eleştirilmiştir⁶⁰¹. Olay, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne taşınmadan önce Lyon mahkemesi direniş olmadığı, aksine binanın karara uygun bir şekilde boşaltılmakta olduğu gerekçesiyle re'sen icrayı bir fiili yol olarak nitelemişti. Gerçekten de Bakanlar Kurulu, bu tür kurumlarla ilgili kararı 25 Temmuzda vermiş, Valilik 26 Temmuzda kurumun kapatılması emrini vermiş ve karar aynı gün icra edilmiştir⁶⁰². Bununla beraber, direnişin mevcut olduğu iddiası kabul görmüş ve Uyuşmazlık Mahkemesi idarenin re'sen icraya başvurabileceğine karar vermiştir.

Re'sen icrayı cebri ve cebri olmayan şeklinde ikiye ayıran görüş, direnme ve cebir başlamadan önceki aşamayı cebri olmayan re'sen icra kapsamında ele almaktadır⁶⁰³. Söz

⁵⁹⁸ CE, 12 Mart 1909, *Commune de Triconville*, Rec. 275, concl.Chardenet; CE, 17 Mart 1911, *Abbé Bouchon*, Rec. III, concl. Blum (Nakleden-André de Laubadère, a.g.e., s. 285).

⁵⁹⁹ Chinot, a.g.e., s. 84.

⁶⁰⁰ a.g.e., s. 75 vd.

⁶⁰¹ a.g.e., s. 84

⁶⁰² CE, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, GAJA, a.g.e., s. 61.

⁶⁰³ Ayaydın, a.g.e., s. 473.

gelimi, ruhsatsız olarak inşa edilmiş bir yapı hakkında verilmiş olan yıkım kararının ilgililer tarafından yerine getirilmemesi durumunda, işlemin idare tarafından re'sen icrası mümkün hale gelmektedir. Buna karşın, ilgililerin ruhsatsız yapıdan çıkmayı reddetmesi halinde yıkım kararını uygulayacak olan idare, re'sen icraya direnenleri yapıdan zorla çıkarmak zorunda kalacaktır. Bu ihtimalde yapının boşaltılması emri, cebren icra edilmiş olmaktadır. Re'sen icrayı olağan bir yetki olarak kabul eden görüşe göre, yıkım kararının idare tarafından doğrudan icrası cebri olmayan re'sen icra, idarenin yıkım kararının icrası sırasında cebir kullanması ise cebri re'sen icradır⁶⁰⁴. Bu görüşe göre, direnme başladığı anda cebri olmayan re'sen icra sona ermekte, cebri re'sen icra başlamaktadır⁶⁰⁵. Ancak daha önce belirtildiği gibi Fransız hukukunda bu ayırım kabul edilmemekte ve cebir re'sen icranın bir türü değil gerçekleşme şekillerinden biri olarak kabul edilmektedir.

Herhangi bir hukuki süjeden gelen baskı unsuru, bazı yazarlar tarafından meşru müdafaa ve direnme hakkı bakımından da tartışılmıştır⁶⁰⁶. Fransız hukukunda buna izin veren tarihsel belgeler mevcuttur. Örneğin, Fransa'da kabul edilen 3 Eylül 1791 tarihli Temel Haklar Bildirgesi'nin 2. maddesi, bireyin baskıya karşı direnme hakkını düzenlemektedir: “Bütün politik kurumların temel amacı bireyin temel ve sürekli haklarını korumaktır. Bu haklar; özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmektir”⁶⁰⁷. Bu kuralın benzerine 24 Haziran 1793 tarihli Temel Haklar Bildirgesi'nin 11. maddesinde de yer verilmektedir: “Bireye karşı, yasanın izin verdiği durumlar dışında kullanılan fiziki güç, keyfi ve tiranlıktır. Kendisine karşı hukuka aykırı fiziksel güç kullanılan her birey yine güç kullanarak bu baskıyı bertaraf etme hakkına sahiptir”⁶⁰⁸. Görüldüğü üzere, bu anayasal metinler kendi istisnalarını içlerinde barındırmaktadır. Nitekim, 11. maddede “*yasanın izin verdiği durumlar dışında*” ifadesi kullanılarak, re'sen icraya kanunun öngördüğü sınırlar kapsamında izin verildiği görülmektedir. Bu durumda, idarenin re'sen icrayı bir güç ve baskı aracı olarak kullanması 11. madde ile engellenmiş olmaktadır. İdare tarafından fiziki gücün

⁶⁰⁴ Ayaydın'a göre “cebren icra halleri, kişinin vücut bütünlüğüyle ilgili kararlarda söz konusu olmaktadır”. Dolayısıyla, Ayaydın'a göre kişinin vücut bütünlüğüne fiziken müdahale edilmesi durumlarında cebri re'sen icra vardır. Ayaydın, a.g.e., s. 473.

⁶⁰⁵ Chinot, a.g.e., s. 55

⁶⁰⁶ Chinot, a.g.e., s. 100-101; Dupond, a.g.e., s. 8.

⁶⁰⁷ <http://www.cosmovisions.com> - 23 Eylül 2017.

⁶⁰⁸ <http://www.conseil-constitutionnel.fr> - 23 Eylül 2017.

kullanılması, ancak kanunun izin verdiği durumlarda mümkündür.

Türk hukukunda, idarenin karar alma yetkisinin tanınıp uygulama yetkisinden söz edilmediği durumlar mevcuttur. Örneğin 2547 sayılı Kanun 54. maddesinde, disiplin cezaları ile bu cezalara karar verme yetkisine sahip idari makamlar düzenlemişse de karara aykırı davranılması durumunda nasıl bir tedbir alınacağı belirtilmemiştir. İlgilinin karara aykırı davranışı ve kanunun ayrıca bir tedbir öngörmemiş olması durumunda idarenin kararını uygulaması gerekmektedir. Ancak bunun için, ilgilinin hem karara uymaması, hem de kanunun karara uyulmaması durumu için ayrıca bir tedbir (örn. idari yaptırım) öngörmemiş olması gerekmektedir. Karahanoğulları, yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma disiplin cezası almış bir öğrencinin, yükseköğretim kurumuna gelip gitmeye devam etmesi durumunda idarenin, öğrencinin yükseköğretim kurumundan uzaklaştırılması için fiziki müdahalede bulunamayacağını ancak koşulları varsa ayrıca bir disiplin cezası verebileceğini belirtmektedir⁶⁰⁹. Ancak 2547 sayılı Kanunda bunun için ayrıca bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda idare, öğrencinin yükseköğretim kurumuna girişini engellemek için gerekli tedbirlere başvurabilir. Benzer şekilde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 137. maddesi gereği, hakkında görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanarak görevi ile ilişkisi fiilen kesilen⁶¹⁰ memurun görevine gelmeye devam etmesi durumunda ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmemiş olması durumunda, idare memurun göreve gelmesini engellemek için re'sen icraya başvurabilir.

Mevzuatımızda ilgilinin, kararın gereğini yerine getirmemesi halinde idarenin re'sen icraya başvurmaya imkan tanıyan hükümler de bulunmaktadır. Örneğin İmar Kanununun 39. maddesi, yıkılacak derecede tehlikeli yapıdaki tehlikenin giderilmesi veya yapının yıkılması için yapı sahibine tebliğ yapılmasını öngörmektedir. Hükme göre yapıdaki tehlikenin yapı sahibi tarafından tamir veya yıkım yoluyla ortadan kaldırılmaması durumunda bu işler idarece yerine getirilecektir. Danıştay da yapılan tebliğe rağmen tehlikenin giderilmemesi üzerine:

“Mülkiyeti belediyeye ait ... parsel sayılı taşınmaz mal üzerindeki davacıların paydaşı buldukları Kiremit ve Tuğla Fabrikası tesislerinin duvarlarının bir kısmı

⁶⁰⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. 315.

⁶¹⁰ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 24.02.1988, E. 1987/790, K. 1988/562: “657 sayılı Yasanın 137. ve sonraki maddeleri uyarınca görevden uzaklaştırılan bir memurun memuriyetle ilgisi hukuken devam etmekle birlikte görevle ilişkisi fiilen kesilmektedir”. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 27 Mayıs 2018).

pişirilmemiş kiremit artıkları ile doldurulduğundan yıkılacak halde, tuğladan örülmüş olan duvarların ise yerlerinden kaydığı, dengesini kaybettiği, duvar mihverinden 25 cm. şakuli olarak eğildiği, binanın çatı makası ve kaplama tahtasının çürüdüğü, çatı üzerindeki kıvrılmış olan ve bağlantısız bulunan parçaların can güvenliğini tehdit ettiği, binanın taşıma mukavemetinin %90'ını kaybettiği, bir hafta içinde yıkılmadığı takdirde her an çökebileceği hususunun üç kişilik fen heyetince düzenlenen raporla saptandığı, bu raporun davacıların 14.12.1981 gününde tebliğ edilerek tehlikesinin giderilmesi için 22.12.1981 gününe kadar süre verildiği, verilen süre içinde tehlike giderilmediğinden belediye encümeninin kararıyla belediyece yıktırılmasına karar veril(mesinin)⁶¹¹ hukuka aykırı olmadığına kanaat getirmiştir.

İdari makamların kamu hizmetini hukuka uygun bir biçimde sunması gerekir. Bu hizmetin yerine getirilmesi sırasında idarenin zor kullanması gerekebilir de, re'sen icraya her zaman bir son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulmalıdır. Re'sen icra ayrıca, bireylerin kamu hizmetlerine ulaşmasını kolaylaştırmak amacıyla kullanılmalıdır⁶¹². Örneğin, yanlış yere park edilmiş olan aracın çekilme nedeni bireylerin yol ve trafik hizmetlerinden daha düzgün bir biçimde yararlanmasını sağlamaktır. Sonuç olarak, bireyin, idari işlemin uygulanmasına direnmesi, re'sen icra ameliyelerini hukuka uygun kılmaktadır. Burada direniş, bir re'sen icra şartı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu direnişin, cebir kullanılarak veya kullanılmadan bertaraf edilmesi, re'sen icra hukuku bakımından önem taşımamaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere Fransız yargısı tarafından cebri veya cebri olmayan re'sen icra ayrımı yapılmamaktadır. Başvurulan tedbirin cebir içerip içermediğine bakılmaksızın uygulanan re'sen icradır.

ii. Kanun Hükmünün Ayrı Bir Hukuki Tedbir Öngörmemiş Olması

Kesin karar gücü içermeleri nedeniyle, idari kararların icrası hukuki şartları taşıması koşuluyla her zaman mümkündür. Bu şartlardan biri de kanun hükmünün bir yaptırım veya tedbir öngörmemiş olmasıdır⁶¹³. Kamu hizmetlerinin devamı için idari

⁶¹¹ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 28.03.1984, E. 1981/3169, K. 1984/1586, (<http://www.kararara.com> - 28 Mayıs 2018); Benzer yönde bkz. Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 03.06.2004, E. 2003/475, K. 2004/3479, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Mayıs 2018).

⁶¹² Hauriou, *Précis de droit administratif*, a.g.e., s. 3

⁶¹³ Örneğin “cumhuriyetin ilk yıllarında şapka giyme zorunluluğu getiren ve Latin alfabesinin kullanılmasını emreden kanunlarda cezai yaptırım öngörülmemiş olduğundan, bu kanunlara aykırı davranışları idarenin engellemesi hukuken doğru ve yerinde idi”. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 418.

kararın uygulanması gerekmektedir. Bu arada idari yaptırım, re'sen icranın usullerinden biri değil, re'sen icranın uygulandığı alanlardan biri olarak görülmektedir⁶¹⁴. İdare, bazen yaptırımın kendisinin uygulanması için, bazen de idari kararın gereğini yerine getirmek için re'sen icraya başvurabilmektedir⁶¹⁵. Ancak yaptırım, bir icra türü olmaktan çok idari karara aykırı davranıştan dolayı başvuru bir cezalandırma yöntemi olarak kabul edilmektedir⁶¹⁶. Bu açıdan, yaptırım veya yaptırım tehdidi bireyin, idari karara aykırı davranışına karşı caydırıcı etkiye sahip bir araç olarak görülmektedir.

Kanunda idarenin karar alma yetkisine yer verilmiş, ancak uygulama yetkisine yer verilmemişse; buna ilaveten, bireyin karara uygun davranmaması durumu için yaptırım veya ayrı bir hukuki tedbir öngörülmemişse; idarenin, kararın uygulanması için harekete geçebileceği ifade edilmektedir⁶¹⁷. İdarenin kararına riayet edilmemesi durumu için yaptırım öngörülmüşse, yasada öngörülen yaptırım uygulanmalıdır. Örneğin, 5119 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, hayvanlara kötü muamelede bulunanlara, bir daha hayvan beslemesine izin verilmeyecek şekilde idari makam tarafından “hayvan bulundurma yasağı” uygulanmasını öngörmektedir. Bu durumda, idare hayvanlara kötü muamele eden kişiye karşı, re'sen icraya başvurmak yerine öngörülen idari yaptırımı uygulamak durumundadır. Hauriou da, Conseil d'Etat ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları üzerine yazdığı notları konu alan eserinde, *Société Immobilière de Saint Just* kararı hakkında görüşlerini dile getirirken, idarenin re'sen icraya başvurusunun gerekmemesini sağlamanın en iyi yolunun, ihlallere karşı yaptırımların öngörülmesi olduğunu dile getirmektedir⁶¹⁸. Özellikle yükümlülük doğurucu idari kararlarda kamu gücü ile birey karşı karşıya gelmektedir. Bu açıdan, yükümlülük ile yaptırım birer

⁶¹⁴ Şeker, İdari yaptırım, cezai yaptırım ve amme alacaklarının tahsili usulünü bir arada ve idari işlemin uygulanması usullerinden biri olarak vermektedir. Şeker, a.g.m., s. 19. Çalışmamızda ise usul kavramının hukukta kısaca hukuki prosedürler anlamına geldiğinden yola çıkılarak, bunlar idari işlemin icra usulü olarak görülmekten ziyade re'sen icranın uygulandığı alanlar olarak görülmekte ve çalışmada da bu şekilde yer almaktadır.

⁶¹⁵ Örneğin hakkında okuldan uzaklaştırma kararı verilen öğrencinin kararın gereklerini yerine getirmemesi durumunda idare kendisi söz konusu öğrenciyi okul alanının dışına çıkarabilir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 1071.

⁶¹⁶ Bununla beraber idari yaptırımların bir re'sen icra yöntemi olduğunu düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Jacques Mourgeon, *La répression administrative*, Paris: LGDJ, 1967, s. 215; Annie Beziz-Ayache, Delphine Boesel, *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, 2^e Ed., Paris: Lamy, 2012, s. 16.

⁶¹⁷ a. yer.

⁶¹⁸ Maurice Hauriou, *Notes d'arrets sur decisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits*, Paris: Sirey, La mémoire de droit, 2000, s. 108.

ayrılmaz ikili olarak ortaya çıkmaktadır⁶¹⁹. Yaptırımı öngörülmemiş bir yükümlülüğün birey nezdinde caydırıcı etki doğurması oldukça zordur.

Saint Just kararına konu olan 1901 tarihli Kanun, cemaatlerin sona erdirilmesi için hüküm ve tedbir öngörmüş, ancak cemaatlerin kendilerine ait kurumların kapatılmasına direnme ihtimalini atlamış ve bunun için yaptırım öngörmemiştir⁶²⁰. Her ne kadar daha sonra bunun için yeni düzenleme yapılmış olsa da, yeni kanunun geçmişe yürütülememesi nedeniyle sorun ortadan kalkmamıştır. Hükümet komiseri, bu hususu da raporunda belirtmiş, kurum kapısına mühür vurulması işleminin, yani bahse konu re'sen icra ameliyesinin hukuka uygun olduğunu vurgulamak üzere, bir “*cezai yaptırım*”ın yokluğunda idarenin kararını doğrudan uygulayabilmesi gerektiğini savunmuştur. Buna göre, “*cezai yaptırım varsa, re'sen icra yoktur*”⁶²¹. Cezai bir yaptırımın varlığı durumunda, idarenin, işlemi doğrudan uygulamasının hukuki temelden yoksun bir fiil yol olacağı ileri sürülmüştür⁶²². Yaptırım öngörülmemiş olduğu halde idarenin re'sen icraya yönelmesi, hukuka aykırı sonuçlar doğurup, zarara yol açarak idarenin sorumluluğuna sebebiyet verebilir⁶²³.

Saint Just kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, hükümet komiserinin görüşüne uygun olarak “*cezai bir yaptırım*”ın yokluğu halinde idarenin kararını uygulayabileceğine karar vermiştir⁶²⁴. Mahkeme 1949 yılında verdiği *Dumont* kararında bu şartı yinelemektedir⁶²⁵: “Cezai bir yaptırımın yokluğunda, 11 Kasım 1945 tarihli Ordonansın öngördüğü sonucun gerçekleşmesi amacıyla idarenin istimal işlemini yerine getirmesi gerekmektedir”⁶²⁶. Ancak, kural bu şekilde kalmamış ve yaptırımın niteliği farklı zamanlarda verilen çeşitli kararlarda değişime uğramıştır. Hatta re'sen icra şartları arasında en çok evrimleşen şartın bu olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, o dönemde yetkili makamlar tarafından

⁶¹⁹ “*L’obligation et la coercition sont indissolublement liées*”. Romieu, a.g.m., s. 3.

⁶²⁰ Hauriou, *Notes d’arrets*, a.g.e., s. 108.

⁶²¹ Romieu, a.g.m., s. 5.

⁶²² “*İdari icrayı cezai yaptırımın üstünde tutmak, cezai yaptırım öngörülmemişken re'sen icraya girişmek anarşi ve keyfi yönetim anlamına geleceği gibi kamu hukukunun genel ilkelerinin yok sayılması anlamına da gelecektir*”. Bkz. Romieu, a.g.m., s. 5; Cezai bir yaptırımın varlığı durumunda idarenin re'sen icraya başvurusunun fiili yol oluşturup oluşturmadığı fiili yolun 2013 yılından sonra değişen yeni hukuki rejimi bakımından üçüncü bölümde ayrıca değerlendirilmektedir. Bkz. *Infra* s. 242.

⁶²³ Chinot, a.g.e., s. 74.

⁶²⁴ TC, *Société Immobilière de Saint Just*, GAJA, a.g.e., s. 64.

⁶²⁵ Ancak aşağıda görüleceği üzere Conseil d’Etat cezai yaptırım konusunda ısrarcı olmayacak başka tür hukuki yaptırım veya tedbirleri de işlemin icrasına engel için yeterli görecektir.

⁶²⁶ TC, 12 Mayıs 1949, *Dumont*, Rec. 596 – v. No: 48.3, GAJA, a.g.e., s. 64 ve 294.

verilen emre aykırı hareket etme fiilinin, Fransız Ceza Kanununun 471. maddesi ile cezai yaptırıma tabi tutulmakta olduğudur. Dolayısıyla bu yaptırımın *Saint Just* kararına konu olaydaki ihlale uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuş ve neticede Adalet Bakanlığı tarafından, bu tür ihlallerin özel kanunlarında yaptırıma tabi tutulmaları gerektiği yönünde karar alınmıştır. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi de bu hükmü uygulamak yerine re'sen icranın hukuka uygun olduğu yönünde karar vermiştir. Yani yasadaki genel yaptırım hükmünün re'sen icraya engel olamayacağına karar verilmiştir⁶²⁷. Neticede, her cezanın toplumun farklı bir hukuki menfaatini koruduğu göz önüne alınarak, işlemin uygulanmasına muhalefet edenlerin fiillerinin, genel bir yaptırım ile değil özel bir kanun ve özel bir yaptırım ile müeyyideye bağlanması gerektiği düşünülmüştür. Hukukumuzda Kabahatler Kanununun 32. maddesi genel bir yaptırım hükmü olarak kabul edilmektedir⁶²⁸. Bu durumda, idari karara dayanak olan kanunda özel bir yaptırımın öngörülmemesi halinde, bu hükmün re'sen icraya başvurulmasına engel olamayacağı söylenebilir⁶²⁹.

Bu bakımdan, cezai bir yaptırımın varlığı, idarenin re'sen icrasına engel kabul edilmiştir. Ancak, bu yaptırım şartı zamanla değişime uğramıştır. *Société Immobilière de Saint Just* kararında “cezai yaptırım” (*sanction pénale*) olarak aranan şart, yedi yıl sonraki Conseil d'Etat kararında (*Commune de Triconville-1909*), “hukuki yaptırım” olarak tahvil edilmiş, Abbé Bouchon (1911) kararına gelindiğinde ise re'sen icranın hukuka aykırı olması için herhangi bir hukuki tedbirin varlığı yeterli görülmüş ve nihayet 1925 yılına gelindiğinde *Anduran* kararıyla hukuki tedbir, “idari yaptırıma” dönüşmüştür⁶³⁰. Değişimin seyri aşağıda verilen kararlarda şu şekilde takip edilebilir:

i. Conseil d'Etat'nın *Commune de Triconville* kararında Triconville belediye meclisi, belediyeye ait lojmanlardan birini bir papaza tahsis etmektedir. Dini müesseselerin ve bu müesseselerde çalışanların ayrıcalıkları 1905 ve 1907 yıllarında

⁶²⁷ Chinot, a.g.e., s. 88

⁶²⁸ Şeker, a.g.m., s. 12.

⁶²⁹ Duran aksi yönde görüş bildirmektedir: “... kanunların (şapka giyme mecburiyeti koyan ve Türk Harflerinin kullanılmasını emreden kanunlar) taşıdığı emir ve yasaklar karşılığında verilecek cezalar Türk Ceza Kanununun 526ıncı maddesine (şimdiki Kabahatler Kanununun 32. maddesi) eklenmekle, bu konudaki re'sen icra yetkisi hukuken kullanılamaz hale gelmiş bulunmaktadır. Öte yandan kanunlarda ceza müeyyidesinden başka uygulamayı sağlayacak özel bir yol gösterilmiş olması hallerinde de idari kararın doğrudan doğruya yerine getirilemeyeceği içtihat edilmektedir”. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 418

⁶³⁰ Sirat, a.g.m., s. 7.

çıkarılan yasalarla kaldırıldığından, papazın, belediyeye ait konuttan çıkması gerekmektedir⁶³¹. Valilik de bu amaçla belediyeden, papazevinin boşaltılmasına karar verilmesi için Belediye Meclisinin toplanmasını talep eder. Belediye Meclisinin toplanarak papazın aynı yerde ikamet etmesinin devamına karar vermesi üzerine Valilik, meclisin kararını değiştirmesi için toplanmasını tekrar talep eder. Tekrar toplanan Belediye Meclisi oybirliğiyle kararında dıretir. Verdiği kararla Belediye, açık bir şekilde kanunların uygulanmasına direnmektedir. Valiliğin bu sorunu vesayet yetkisi ile aşması mümkün olmayınca, doğrudan icra yetkisine başvurması gerekmiştir. Sonuç olarak, Valiliğin emrindeki görevliler papazı evden çıkararak evin kapısına mühür vurmuştur. Bunun üzerine, Commune de Triconville Belediye Başkanı tarafından Conseil d'Etat'da dava açılmıştır. Conseil d'Etat ise re'sen icra işlemlerini hükümsüz kılmayı reddederek, hukuka aykırı belediye meclisi kararlarını hatırlatmış ve “hukuki yaptırım”ın (*sanction judiciaire civile*) yokluğunda idarenin kendi kararlarını doğrudan uygulayabileceğini belirtmiştir⁶³². Dolayısıyla valiliğin aldığı kararın ve bunun re'sen icrasının hukuka uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

ii. *Commune de Triconville* kararında bahsi geçen hukuki yaptırım unsuru, *Abbé Bouchon* kararında yumuşatılarak hukuki tedbire dönüşmektedir⁶³³. Olay, yine bir papazın belediyeye ait lojmandan çıkarılmasıdır. Valiliğin tebliğ ettiği kararda, Bay Bouchon'un papazevini kendisine ait eşyaları da alarak 15 gün içerisinde boşaltması, aksi halde, re'sen icra prosedürünün işletileceği bildirilmektedir. Bay Bouchon tarafından karara karşı idari yargıda dava açılması üzerine, evin boşaltılması başka hukuki yollarla (örn. bu talebin papazevinin yönetiminin tabi olduğu idareye bildirilmesi) mümkünken, re'sen icraya başvurulması hukuka aykırı görülmüş ve valiliğin evin tahliye edilmesine yönelik kararı iptal edilmiştir⁶³⁴. Conseil d'Etat kararında, “Prensip olarak idarenin re'sen icra yetkisi, kararın yerine getirilmesinin başka bir “*hukuki tedbirle*” (*procédé juridique*) mümkün olmaması ve sadece yasanın uygulanmasının sağlanması için geçerlidir”⁶³⁵ diyerek re'sen icranın alanı biraz daha

⁶³¹ Chinot, a.g.e., s. 90-91.

⁶³² CE, 12 Mart 1909, *Commune de Triconville*, Rec. 275, concl.Chardenet; CE, 17 Mart 1911, *Abbé Bouchon*, Rec. III, concl. Blum (Nakleden-André de Laubadère, a.g.e., s. 285); Dupond, a.g.e., s. 19-20.

⁶³³ Schwartzberg, a.g.e., s. 124.

⁶³⁴ Dupond, a.g.e., s. 50.

⁶³⁵ CE, 17 Mart 1911, *Abbé Bouchon*, Rec. 341, *GAJA*, a.g.e., s. 64; Benzer yönde CE, 17 Mart 1911, *Abbé Hardel* (Nakleden-Dupond, a.g.e., s. 50).

daraltmaktadır.

iii. Yaptırım şartının niteliğinin üçüncü değişimine, Conseil d'Etat'nın *Anduran* kararıyla tanık olunmaktadır. 12 Haziran 1920 tarihinde Lot-et-Garonne departmanının tahıl deposunun denetmeni, Anduran'ın değirmeninin kapatılması emrini içeren Valilik imzalı bir telgraf alır⁶³⁶. Anduran, ekmek yapılan unun belli bir harmanlama oranına sahip olmasını öngören kuralı ihlal etmiştir. Denetmen, kararın gereğini yerine getirmek üzere değirmenin ana motorlarına ve dış kapısına mühür vurur⁶³⁷. Anduran, işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek, zararının tazmin edilmesi talebiyle idari yargıda dava açar. Olayda, Anduran'ın ihlalini yaptırıma tabi tutan kurallar mevcut olmasına rağmen idare, re'sen icraya başvurarak değirmeni kapatmıştır. Yaptırım varken idarenin re'sen icraya yönelmesi ise hukuka aykırıdır. Konu hakkında hükümet komiseri Josse'un raporuna uygun olarak karar alan Conseil d'Etat, idarenin kanun çerçevesinde hareket etmesi gerektiğini, yasal yaptırımlar mevcutken re'sen icraya başvuramayacağını, bu yüzden idarenin hukuka aykırı hareket ettiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin, kararın gerekçesini ortaya koyarken re'sen icraya engel olarak gördüğü hukuki tedbir, cezai yaptırım değil, kanunun öngörmüş olduğu "idari yaptırım"dır (*sanction administrative*). Mahkemeye göre, idare, kanunun gereğini uygulayarak Anduran'a, hukuka aykırı fiilleri yüzünden buğday verilmesini askıya almalı veya değirmencinin elinde bulunan zahireye el koymalıydı⁶³⁸. Dolayısıyla, mahkeme bir "idari yaptırım"ın varlığını re'sen icraya engel olarak görmüştür⁶³⁹.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Conseil d'Etat kararlarında bahsi geçen cezai yaptırım, hukuki yaptırım, hukuki tedbir ve idari yaptırım kavramları arasındaki hukuki nitelik ve rejim farkı⁶⁴⁰ bir tarafa bırakılırsa, esas dikkat çeken hususun yüksek yargının benimsediği yöntemin "re'sen icra ile ikame edilebilecek bir hukuki yolun öngörülmesi

⁶³⁶ Chinot, a.g.e., s. 90-91.

⁶³⁷ Lacoste, mühür vurma uygulamalarının esasında birer yaptırım olduğunu belirtmektedir. Lacoste, a.g.e., s. 47, 99 ve 114.

⁶³⁸ CE, 23 Ocak 1925, *Anduran*, *GAJA*, a.g.e., s. 65.

⁶³⁹ Rousset, a.g.e., s. 99.

⁶⁴⁰ Zanolini, disiplin cezası örneğinde idari yaptırımların uygulanmasının idari bir subjektif hakkı teşkil ettiğini ve konu aldığını buna karşın, cezai yaptırımların uygulanmasının yargısal idarenin olduğu kadar devletin vazifesi ve işleyişini teşkil ettiğini dolayısıyla daha geniş bir kamu yararını temsil ettiğini belirtmektedir. Bkz. Guido Zanolini, *İdari Müeyyideler*, Çev. Yılmaz Günel, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1964, s. 80.

olması” olduğu belirtilmelidir⁶⁴¹. Dolayısıyla yasa, re'sen icra yerine geçebilecek bir tedbir veya prosedür öngörmüşse idare, önce yasanın gereğini uygulamak durumundadır. Bu yöntemin günümüz hukuk anlayışı ile daha uyumlu olduğu düşünülmektedir. Aksi durumda, idarenin kendisi hukuka aykırı hareket etmiş olur ki, bir hukuk devletinde, esas olan işlemin uygulanması değil hukuka uygunluğun sağlanmasıdır.

Re'sen icra yetkisinin kullanılmasına veya idarenin kararının yerine getirilmesine engel oluşturan kişiler için Türk hukukunda da bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Özellikle Kabahatler Kanununda, işlenebilecek çeşitli fiiller için yaptırım doğrudan ilgili hükümde öngörülmüştür. Bu fiillerin işlenmesi neticesinde idarenin yaptırımı uygulaması gerektiği, bu yüzden re'sen icraya başvuramayacağı dile getirilebilir. Örneğin Kabahatler Kanununun kumarı yasaklayan 34. maddesine göre “Kumar oynayan kişiye, Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir”. 38. maddede, yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışa arz eden kişilere belediye zabıta görevlileri tarafından para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. 39. maddede, kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında tütün mamulü tüketen bireylere para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir. Nihayet 42. maddede, meydanlara veya parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara bez, kâğıt ve benzeri afiş ve ilân asan kişilere yine para cezası verileceği belirlenmiştir. Bu ihtimallerde, özel yaptırım öngörülmüş olduğu için, idare kanunun öngörmüş olduğu yaptırımı ihmal ederek doğrudan re'sen icra uygulamalarına yönelemez. Son olarak, kanunda idarenin re'sen icraya başvurması için hüküm varsa idarenin yaptırım uygulamaya yönelmesi de hukuka aykırı olacaktır. Danıştay'ın 1999 yılında verdiği karara konu olayda davacı, görev yapmakta iken tahsis edilen lojmana yerleşmiş ancak tahsisli oturma süresi sonunda lojmanı boşaltmamıştır. İdare de

⁶⁴¹ 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Yasa'ya göre Türkiye'ye giren yolcunun üzerinden beyanına aykırı olarak çıkan eşya muafiyet tanınan bir eşya ise yurda girişine izin verilmektedir. Ancak yolcu hukuka aykırı beyanından ötürü idari para cezası yaptırımına tabi tutulur. Bu örnekte kanun kendi yaptırımını öngördüğü için idare bir re'sen icra fiiline başvuramaz. Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Erzincan: *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. I, (1999), s. 155; Ayrıca bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 418.

lojmanın boşaltılmaması üzerine, kira bedelini % 100 fazlasıyla tahsil etmek yoluna gitmek istemiştir. Danıştay “Yasanın 8. maddesinde, konutların 7. maddede belirtilen süreler sonunda boşaltılmaması durumunda kolluk kuvveti kullanarak zorla boşalttırılacağı açıkça belirtilmiş olup, maddede başkaca bir yaptırım öngörülmemiştir. İdarenin, yukarıda anılan yasal yöntemleri uygulayarak konutun boşaltılmasını sağlaması gerektiğinden, tahliyeyi sağlamak için fazla kira bedeli alınmasını öngören... işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır”⁶⁴² diyerek idarenin yaptırıma değil resen icraya başvurması gerektiğini belirtmiştir.

Dolayısıyla, yaptırımın varlığı re'sen icraya engel teşkil etmekte iken, yasada re'sen icra yerine geçebilecek bir tedbirin öngörülmemiş olması idarenin kararını doğrudan uygulamasına imkan vermektedir⁶⁴³. Dolayısıyla yaptırımın öngörülmemiş olması halinin, idarenin re'sen icra yetkisini genişletici etkiye sahip olduğu ifade edilmelidir.

(b) Acil Durumlar

İstisnai bir durum olan aciliyet halinde, idarenin yetkileri temel hak ve özgürlüklere müdahale edecek ölçüde genişlemektedir. Normal zamanlarda hukuka aykırı kabul edilecek işlemler, aciliyet durumlarında hukuka uygun hale gelmektedir. Bu durum Roma hukukunda “zaruret kanun tanımaz” (*Necessitas non habet legem*) deyişiyle ifade edilmiştir. Mecellenin 21. maddesinde de benzer şekilde zaruretlerin memnu şeyleri mubah kılacağı belirtilmiştir⁶⁴⁴. Bu yüzden, aciliyet halinin normal prosedürü tersyüz etme yeteneğine sahip olduğunu belirtmek gerekir⁶⁴⁵. İdarenin arızı işbirlikçileri örneğinde idarenin personeli olmamasına rağmen bireyler yangına müdahale edebilmekte veya yaşam tehlikesi geçiren birinin kurtarılması faaliyetine

⁶⁴² Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 22.06.1999, E. 1998/2541, K. 1999/4182, (<http://www.kararara.com> - 12 Haziran 2018)

⁶⁴³ İlgilinin karara uymaması hali için yaptırım öngörülümüşse idare yaptırıma başvurmak zorundadır. Ancak her ne kadar hükümet komiseri re'sen icra şartları arasında yer vermemiş olsa da, yaptırıma rağmen ilgilinin karara aykırı davranışı devam ediyorsa – ve kanun ilgilinin hukuka aykırı davranışının devamı için ayrıca bir yaptırım öngörülmemişse – idarenin re'sen icraya başvurmasının kabul edilmesi gerekir. Yaptırımın uygulanmış olmasının ilgilinin hukuka aykırı davranışının devamı için sebep oluşturması isabetli bir sonuç olmayacaktır.

⁶⁴⁴ Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul: KTB yayınları, 2008, s. 62.

⁶⁴⁵ Sirat, a.g.m., s. 8

katılabilmektedirler. Acil durumlar, yetkisiz kişiyi yetkili kılmakta, görevi sona eren makamın sadece cari işleri değil görevin gerektirdiği tedbirleri almasına imkan sağlamaktadır⁶⁴⁶. Bu yüzden, “aciliyet hali gayri meşru işlemi meşru hale getirir” denmiştir⁶⁴⁷. Yine aynı nedenle, bir istisna teşkil eden aciliyet hali aynı zamanda istisnai yetkilerin de kaynağıdır⁶⁴⁸. Olağan zamanda olağan yetkiler, acil durumlarda aciliyet halinin gerektirdiği yetkiler geçerli hale gelmektedir.

Aciliyet hali yangın, sel felaketi gibi aciliyet barındıran durumlardan kaynaklanabildiği gibi yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden de doğabilmektedir⁶⁴⁹. Yolun ortasına park eden aracın kaldırılmasında böyle bir durum söz konusudur. Bunun dışında özellikle yangın, yıkılmaya yüz tutmuş binalar, şiddet içeren gösteri yürüyüşleri aciliyet halini barındıran durumlar olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁰. Yine boş arazilerin kullanıma sunulması, kolluk kuvvetinin acil durumlarda bireylerin taşınır eşyalarına el koyabilmesi ve sair tedbirler, aciliyet durumlarında idarenin başvurabileceği yöntemlere örnek olarak gösterilmektedir⁶⁵¹. İstisnai hallerde ve ihtiyaç duyulması durumunda idarenin tablo, resim plakası, fotoğraf, gazete, ayakkabı hatta istiridyelere el koyduğu görülmüştür⁶⁵². Kuduz köpeklerin bireylere zarar vermesini engellemek amacıyla toplatılarak ıslah merkezlerine aktarılmasına rastlanmıştır⁶⁵³. Türkiye'de de 2005 yılında yaşanan kuş gribi vakasında, bireylerin kümes hayvanlarına el konmuş ve verilere göre 2,5 milyon üzerindeki kanatlı hayvan, hastalığın yayılmasının engellenmesi amacıyla itlaf edilmiştir⁶⁵⁴.

Conseil d'Etat, *Heyriès* kararında acil durumlarda hukuka aykırı olsa bile kamu

⁶⁴⁶ Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 1098.

⁶⁴⁷ Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 185.

⁶⁴⁸ Pierre-Laurent Frier, *L'urgence*, Paris: LGDJ, 1987, s. 60.

⁶⁴⁹ Nihoul, a.g.e., s. 498.

⁶⁵⁰ Frier, a.g.e., s. 376

⁶⁵¹ Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 184.

⁶⁵² Frier, a.g.e., s. 370.

⁶⁵³ Dupond, a.g.e., s. 26

⁶⁵⁴ <http://www.kusgribi.gov.tr> - 21 Ekim 2017); Buradaki aciliyet hali kanun tarafından öngörülmesi ve alınabilecek tedbirler kanunda düzenlenmiştir. Bkz. 5996 sayılı 11.06.20010 tarihli Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun “Bulaşıcı hayvan hastalıklarının kontrolü ve yükümlülükler” başlıklı 4. maddesinin b bendi: “Bakanlık, ihbarı mecburî bir hastalığın ortaya çıkması veya ortaya çıkma şüphesinin varlığı hâlinde, koruma ve gözetim bölgelerinin oluşturulması, hastalığın araştırılması ve hastalığın yayılmasının önlenmesi için gerekli kontrol, numune alma, teşhis ve diğer incelemeleri yapmaya, aşılama, hayvanların izole edilmesi veya itlaf ve imha edilmesi, hayvanların veya insanların hareketlerinin kısıtlanması veya yasaklanması amacıyla kordon konulması, suni tohumlama ve ıslah çalışmalarının durdurulması, hastalığın yayılmasına sebep olabilecek hayvansal ürün, yem, alet, ekipman ve bunun gibi bulaşık materyalin imhası da dâhil her türlü tedbiri almaya yetkilidir”.

hizmetlerinin devamı için gerekli tedbirlerin alınabileceğini kabul etmiştir⁶⁵⁵. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi engellendiğinde ya da kamu düzenini bozmaya yönelik bir girişim söz konusu olduğunda idare, hakim kararını beklemeksizin re'sen icraya başvurabilmektedir⁶⁵⁶. Bu açıdan, aciliyet halinin, normal zamanlarda geçerli olan yetkileri esas ve şekil bakımından değişikliğe uğrattığı belirtilmektedir⁶⁵⁷.

Bunun dışında, belli bir konuda tedbir alınması hususunda yasa ile yetki tanınmamış veya yaptırım öngörülmüş olsa dahi aciliyet durumunda idarenin re'sen icraya başvurulabileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁸. Dolayısıyla, aciliyet halinin varlığı durumunda re'sen icra şartlarının gerçekleşmesi beklenmeden, idare, gerekli tedbirleri almak üzere harekete geçebilmektedir. Nitekim, Conseil d'Etat tarafından verilen birçok kararda, aciliyet hali, idarenin re'sen harekete geçmesi için hukuka uygun bir neden olarak görülmüştür. Örneğin *Entreprise de publicité générale J. A. Liote* kararında, karayolunu kullanan sürücüler için tehlike teşkil eden yanlış ve kötü biçimde yerleştirilmiş reklam panolarının kaldırılması aciliyet kapsamında değerlendirilmiştir⁶⁵⁹. *SARL Anciens Etbts. Ousteau* kararına konu olayda, toprak kayması yaşanmış ve idare tarafından bu konuda gerekli tedbirlerin alınması, aciliyet durumuna uygun olarak değerlendirilmiştir⁶⁶⁰. Aciliyet durumunu somut olaya göre değerlendiren Conseil d'Etat, idarenin sunduğu aciliyet hali gerekçesini doğrudan kabul etmemektedir. Örneğin, yabancıların sınır dışı edilmesi işlemlerinde, sınır dışı edilen kişinin ülkeden çıkmayı reddetmesine yönelik beyanı (idare tarafından bir aciliyet hali olarak ileri sürümüşse de) Conseil d'Etat tarafından bir aciliyet sebebi olarak değerlendirilmemiştir⁶⁶¹. Ayrıca, *Préfet de Vaucluse* kararında, idare tarafından ilan olunan ve saat 23:00 ile 06:00 arasında ebeveyni veya refakatçisi olmadan yalnız başına dolaşan 12 yaşından küçük bireylerin kolluk kuvvetleri aracılığıyla, gerekirse zor kullanılarak evlerine teslim edileceğine yönelik karar, aciliyet kapsamında

⁶⁵⁵ CE, 28 Haziran 1918, *Heyriès*, Rec. 651, S. 1922.3.49, note Hauriou (*GAJA*, a.g.e., s. 186-193).

⁶⁵⁶ Frier, a.g.e., s. 379.

⁶⁵⁷ a.g.e., s.382.

⁶⁵⁸ Charles-Edouard Minet, *Droit de la police administratif*, Paris: Vuibert, 2007, s. 190.

⁶⁵⁹ CE, 20 Mart 1968, *Entreprise de publicité générale J. A. Liote* (Nakleden-Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 187.)

⁶⁶⁰ CE, 6 Nisan 1998, *SARL Anciens Etbts. Ousteau* (Nakleden-Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s. 187).

⁶⁶¹ CE, 27 Ocak 1978, *Association des Marocains en France*, RDP, 1979, s. 573 (Nakleden-Frier, a.g.e., s. 372).

değerlendirilmemiştir⁶⁶². Daha önce de bahsi geçen *Anduran* kararında, yaptırım öngörülmüş olması ve aciliyet hali bulunmadığı gerekçesiyle idarenin re'sen icraya yönelmesi hukuka aykırı görülmüştür⁶⁶³.

Fransız hukukunda, acil durumlarda idareye re'sen icra yetkisi tanıyan birçok hüküm mevcuttur. Örneğin Orman Kanununun (Code forestier) L322-3 ve L322-4⁶⁶⁴ maddelerine göre bir orman yangınının vuku bulması durumunda idare, özel mülkiyetteki taşınmazları kendiliğinden boşaltabilmektedir. Çevre Kanunu L216-1 (Code de l'environnement) maddesine göre, suyun ve sulak alanların korunması için gerekli tedbirleri alabilmektedir. Aynı kanunun L571-17⁶⁶⁵ maddesine göre, idare, gürültünün azaltılması için kendiliğinden harekete geçebilmektedir. Maddelerin içeriğinden anlaşılacağı üzere bu hükümler olmasa dahi kamu güvenliğini sağlamakla yükümlü idare, acil ve istisnai durumlarda gerekli tedbirleri almak üzere harekete geçebilmektedir. Elbette aciliyet durumunun önceden öngörülmesi pek mümkün olmamakta, somut olaya göre nitelendirilmektedir. Türk hukukunda da benzer yönde hükümler mevcuttur. 2872 sayılı Çevre Kanununun 15. maddesi, çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike yaratan faaliyetlerin süre verilmeksizin durdurulması konusunda idareye yetki vermektedir. Orman Kanununun 70. maddesi, yangının söndürülmesi amacıyla Orman Genel Müdürlüğü'nün diğer idarelerin araçlarından ücretsiz olarak yararlanmasına imkan tanımaktadır. 74. maddeye göre mülki amir, yangın söndürülmüş ama sirayet ihtimali tamamen sona erdirilmemişse belli bir zaman için ormana girilmesini veya ormandaki her türlü işin tatil edilmesini emredebilmektedir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 14. maddesi, gece saat 24(00:00)'ten itibaren gürültü yapılmasını yasaklamakta ve gürültü yapanların men edilmesi konusunda polise yetki vermektedir.

Re'sen icranın önemli bir yönünün de kanuni düzenleme gerektirmesi olduğu belirtilmişti. Bu yüzden idare, düzenleyici işlemle re'sen icra yetkisi yaratamaz ve yasadaki boşluğu kendi düzenleyici işlemi ile doldurup bundan bir re'sen icra yetkisi

⁶⁶² CE, 29 Temmuz 1997, *Préfet de Vaucluse*, RFDA, 1998, note de PL Frier. (Nakleden-Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s.187).

⁶⁶³ Chinot, a.g.e., s. 92.

⁶⁶⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr> - 11 Mart 2018.

⁶⁶⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr> - 11 Mart 2018.

türetemez. Ancak istisnai ve zorunlu durumlarda ⁶⁶⁶ doğrudan re'sen icraya başvurulabileceği için, idarenin düzenleyici işlemle ileride gerçekleşmesi muhtemel acil durumda hangi tedbirleri alabileceğini düzenleyebileceği ifade edilmektedir⁶⁶⁷. Buna göre, durumun aciliyetinin gerektirmesi durumunda, hastanın hastaneye ulaştırılması için özel kişinin aracına el konulabileceğini önceden yönetmelikle düzenleyebilir. Örneğin aciliyet hali için özel bir hükmün öngörülmemiş olduğu 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kanununa dayanılarak çıkarılan Nükleer Güvenlik Denetimleri ve Yaptırımları Yönetmeliğinin 19-22. maddelerinde aciliyet halinde alınması gereken tedbirlere yer verilmektedir.

Türk hukukunda da aciliyet halinin varlığı durumunda, idarenin doğrudan harekete geçebileceği kabul edilmektedir. Örneğin Anayasanın 33. maddesi milli güvenliğin, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde* idarenin, kanun çerçevesinde bir derneği faaliyetten men etmesine izin vermektedir ⁶⁶⁸. Keza olağan zamanlarda kolluk personelinin, bireylerin ev ve işyerlerine girmesi, mülkiyet hakkının ihlali anlamına geldiğinden, hukuka aykırı ve haksız fiil olarak kabul edilirken, aciliyet halinin varlığı bu fiili, hukuka uygun hale getirmektedir. Nitekim Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 20. maddesi zabıta personelinin, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi durumlarında konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girmesine izin vermektedir. Ancak, idarenin bu tür bir faaliyet yürütürken bireylere zarar vermesi durumunda meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir.

Kamu güvenliği için tehdit oluşturan binaların idare tarafından yıktırılması da aciliyet halinin varlığından kaynaklanmaktadır. Ağır hasarlı konutların yıkılması gereğinin yasa ile öngörülmüş olduğunu belirtmek gerekir. Danıştay 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında “Konutu ağır hasarlı olarak tespit edilen ve bu tespit işlemine karşı itiraz etmeyerek, hak sahipliği için talep ve taahhütname veren ve hak sahibi kabul edilen davacının ağır hasarlı konutunun, 7269 sayılı Yasa'nın 13.

⁶⁶⁶ CE, 4 Haziran 1947, *Entreprise Chemin, GAJA*, a.g.e., s. 63.

⁶⁶⁷ Milhat, *L'acte administratif*, a.g.e., s.184.

⁶⁶⁸ Hüküm de geçen men etme işlemi idarenin, bu kararını icra etmesine de imkan verebilir.

maddesi⁶⁶⁹ uyarınca yıkılması”nı hukuka aykırı görmemiştir⁶⁷⁰.

Aciliyet halinde, idarenin hukuka aykırı tasarrufunun hukuka uygun kabul edilmesinin nedeni, istisnai durumlarda idarenin müdahalesinin bir gereklilik olarak ortaya çıkmasıdır. Örneğin, sel baskını durumunda, can ve mal güvenliğinin sağlanması için bireylerin sel baskını yaşanan alanın dışına çıkarılması zaruri olduğu gibi idarenin bir yükümlülüğüdür. Buna karşın, idare acil durumları yetkilerinin dışına çıkmak ya da kamu yararına aykırı hareket etmek için kullanmamalıdır⁶⁷¹. Bir önceki örneğe dönülecek olursa, sel tehlikesi kalkmış olmasına rağmen, bilinmeyen bir gelecekte tekrar sel yaşanması ihtimali öne sürülerek bireylerin konutlarına dönmesine engel olunmamalıdır.

Yukarıdaki açıklamalarda ve örneklerde görüldüğü üzere aciliyet halinin, idarenin diğer yetkilerinde olduğu gibi re'sen icra yetkisini de genişletici etkisi bulunmaktadır. Son olarak, re'sen icrası normalde haksız fiil teşkil edebilecek davranışlar acil ve istisnai hallerde hukuka uygun ve idari hale gelmektedir. Bu yüzden bu tür durumlarda yapılan tasarruflar idari yargının görev alanına girmektedir. Buna karşın olağan zamanlarda, bireysel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki uygulamalar fiili yol olarak nitelendirilebilmekte ve bunlara ilişkin uyuşmazlıklar adli yargıda görülmektedir.

b. Yetkinin Kullanımının Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olması

Anayasanın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerektiğini öngörmektedir. Anayasanın sözünden anlaşılması gerekenin Anayasanın metni ve maddelerin içeriği olduğu

⁶⁶⁹ Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun Madde 13: “Arazinin tehlikeli durumu ve binaların gördüğü hasar bakımından yıktırılması ve boşaltılması gerekenler hakkında, o il ve ilçenin en büyük mülkiye amirine ayrı bir rapor verilir. Bu makamlarca böyle binalar derhal boşalttırılır...”

Süresinde itiraz olunmayan, yahut itiraz olunup da idare kurullarınca yıkılması onaylanan binaları mal sahibi yıkmadığı takdirde bu binalara el konularak yıkma parası yıkıntıdan elde edilecek malzeme bedelinden ödenmek üzere, mahallin en büyük mülkiye amirinin emri ile yıktırılır” .

⁶⁷⁰ Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T.15.05.2007. E. 2006/1985 E.N , K. 2007/5198: “Görüüleceği üzere, binaların gördüğü ağır hasarlar nedeniyle deprem tarihinden sonra ağır hasarlı olarak tespit edilen konutların yıkımı için mahalline bildirilen işlemin devamı niteliğinde olan dava konusu işlemde, kesinleşen ağır hasar tespitlerine bağlı ve bu tespitlerin doğal bir sonucu olarak ağır hasarlı binaların yıktırılmasının gerekliliği karşısında, hukuka ve mevzuata aykırı bir yön bulunmamaktadır”. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 12 Mayıs 2018)

⁶⁷¹ Milhat, *l'exécution des actes administratifs par voie de justice*, a.g.e., s. 64.

belirtilmektedir⁶⁷². Örneğin, Anayasanın 29. maddesinin beşinci fıkrası, süreli ve süresiz yayının önceden izin alma şartına bağlanmasını yasaklamaktadır. Yine Anayasanın 28. maddesi, basının hür olduğunu ve sansür edilemeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, kanun koyucunun yayın şartını izne bağlaması veya basın hürriyetini kısıtlayan düzenlemeler yapması Anayasanın sözüne aykırılık oluşturacaktır. Aynı şekilde idarenin re'sen icra uygulamaları ile basın hürriyetini engelleyecek ve sansür teşkil edecek tedbirlere başvurması, Anayasanın sözüne aykırı olacaktır. 33. maddenin beşinci fıkrasında hakim kararı olmadıkça derneklerin kapatılamayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, idarenin re'sen icra kapsamında dernek kapatma yoluna gitmesi Anayasanın sözüne aykırı olacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması yoluna gidilirken Anayasanın ruhuna uygun hareket edilmesi de gerekmektedir. Dolayısıyla re'sen icra faaliyetlerinin Anayasanın *ruhuna* aykırı olmaması gerekir. Ancak Anayasanın ruhundan ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu yüzden “Anayasanın ruhu” kavramının belirsiz bir kavram olduğu ileri sürülmüştür⁶⁷³. Bununla beraber anayasanın ruhu kavramından genel olarak hukuk devleti ilkesi ve bunun gerekleri, kuvvetler ayrılığı ilkesi, yönetimin keyfi olmaması, idarenin hukukla bağlı olması ve yine idarenin işlem ve eylemlerinde hukuka uygun davranması gereği vs. anlaşılabilir. Bu durumda re'sen icra yetkisinin kullanımının da aynı şekilde hukuk devleti ilkesi ve bu ilkenin uzantısı bir takım prensiplere uygun olması gerektiği söylenebilir.

c. Yetkinin Kullanımına Dayanak Olabilecek Sebeplerin Varlığı

Anayasanın 13. maddesine göre, “*temel hak ve hürriyetler..., yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ...sınırlanabilir*”. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabilmesi için Anayasal şartların gerçekleşmesi gerektiğinden idareye re'sen icra yetkisi verilirken temel hak ve özgürlüğün bulunduğu Anayasa maddesinde belirtilen sınırlama nedeninin de gerçekleşmesi gerekmektedir.

Anayasanın konut dokunulmazlığının düzenlenmiş olduğu 21.⁶⁷⁴, haberleşme

⁶⁷² Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 574.

⁶⁷³ a. yer.

⁶⁷⁴ AYM Kararı, T. 12.10.2005, E. 2003/38, K. 2005/63, RG. 06.05.2006 - 26160: “3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa'nın 5. ve 6. maddeleriyle Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde öngörülen özel hayatın

hürriyetinin düzenlenmiş olduğu 22., düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin düzenlenmiş olduğu 26.⁶⁷⁵, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkının düzenlenmiş olduğu 31., dernek kurma hakkının düzenlenmiş olduğu 33.⁶⁷⁶, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlenmiş olduğu 34.⁶⁷⁷ ve sendika kurma hakkının düzenlenmiş olduğu 51.⁶⁷⁸ maddelerinde sınırlama sebepleri arasında “kamu düzeni” yer almaktadır⁶⁷⁹. Dolayısıyla bu haklara ilişkin re'sen icra yetkisi kullanılırken kamu düzenini sağlamaya yönelik fiili veya hukuki sebeplerin gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Bunun dışında 35. maddede “kamu yararı” amacıyla mülkiyet hakkının

gizliliği ve konut dokunulmazlığıyla ilgili esaslarda birbirine koşut değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, maddelerde sayılan nedenlerden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmayacak ve bunlara el konulamayacak, kimsenin konutuna girilemeyecek(tir)... Yine Anayasanın Konut Dokunulmazlığı başlıklı 03.10.2001 tarih 4709 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile değişik 21. maddesine göre ‘kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik kamu düzeni... genel sağlık ve genel ahlakın korunması... sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz... 1412 sayılı Yasa'nın 97. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ikinci tümcesinde yer alan “Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet savcılar ve savcılarının muavini sıfatı ile emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilir.” kuralı ... Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir”. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 24 Nisan 2018)

⁶⁷⁵ 3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun”un kimi maddelerini değiştiren 15.5.2002 günlü, 4756 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen Basın ve yayın kuruluşlarına uygulanacak para cezalarının Anayasanın 26. maddesindeki sınırlama sebepleriyle uyumadığı hakkında AYM Kararı, T. 21.9.2004, E. 2002/100, K. 2004/109, RG. 04.08.2006 – 26249 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 24 Nisan 2018).

⁶⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, Dernekler Kanununun 27. maddesinde “dernek organlarındaki görevlerinden uzaklaştırılan üyeler veya diğer ilgili personelin yerine, kesin hükme kadar öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere, İçişleri Bakanı'nca görevlendirme yapılması” şeklindeki yapılan değişikliği Anayasanın 33. maddesindeki sınırlama sebeplerine aykırı görerek iptal etmiştir. AYM Kararı, T. 05.01.2006, E. 2005/8, K. 2006/2, RG. 25.07.2006 – 26239. Aynı yönde bkz. AYM Kararı, T. 13.07.2004, E. 2004/52, K. 2004/94, RG. 18.07.2004 – 25526 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 24 Nisan 2018).

⁶⁷⁷ Danıştay, kamu düzeni ve güveninin sağlanması gerekçe gösterilerek toplanma hakkı kapsamında tertip edilen konserin düzenlenemeyeceği sonucunu doğuracak şekilde işlem tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 20.01.2003, E. 2000/5570, K. 2003/108 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 9 Temmuz 2018).

⁶⁷⁸ AYM Kararı, T. 30.9.2015, E. 2015/62, K. 2015/84, RG. 20.10.2015-29508: “Bununla beraber, sendikalaşma olgusunun, kurumların çalışma düzenini olumsuz etkileme potansiyeline sahip olduğu da açıktır... Bunun yanında, katı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektiren kimi mesleklerde çalışma düzeninin bozulması, kamu düzeninin de telafisi mümkün olmayacak şekilde bozulmasına neden olabileceğinden bu gibi durumlarda, kamusal yarara üstünlük tanınarak ilgili mesleklerle sınırlı olarak sendikalaşmanın yasaklanması söz konusu olabilir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare, Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 24 Nisan 2018).

⁶⁷⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 571.

sınırlanabileceği belirtilmiştir⁶⁸⁰. 23. maddede düzenlenmiş yerleşme ve seyahat hürriyetinin ise “suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak” amacıyla kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla idarenin re'sen icraya başvurabilmesi için bu hükümlerde geçen sebeplerin gerçekleşmesi gerekmektedir.

d. Kullanılan Yetkinin Hakkın Özüne Dokunmaması

İdari işlemin uygulanması kapsamında başvuru re'sen icra fiillerinin, Anayasaya uygun olarak temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmaması gerekir. 1961 Anayasası döneminde hukuk sistemimize dahil olan bu şart şu şekilde tanımlanmaktadır: “Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir”⁶⁸¹. Re'sen icra uygulamalarının, aynı şekilde temel hak ve hürriyetin kullanılmasını anlamsız kılacak şekilde olmaması gerekir⁶⁸². Örneğin, belli bir yerleşim merkezine trenle yapılacak yolculukların yasaklanması hakkın özüne dokunmamakta, ancak aynı yere erişimin bütün vasıtalarla yasaklanması hakkın özüne dokunmaktadır. Anayasa Mahkemesi de hakkın özüne ilişkin şu tanımlamayı yapmıştır:

“Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasada öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulmayacak ‘öz’, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelik

⁶⁸⁰ AYM Kararı, T. 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, R. 26.07.2014 - 29072: “Bununla birlikte kanunla getirilen bu sınırlamanın, kamu yararı amacı taşıması dışında, kamunun yararı ile bireylerin temel hakları arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaması... gerekir. Dava konusu kuralla, “*riskli olmayan yapılar*” hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılarla ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Ancak anılan kurallar, yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerin hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması... kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır”. (http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr 24 Nisan 2018)

⁶⁸¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 117.

⁶⁸² Sağlam, yasaya yasaklanmış bir alanın idareye evleviyetle yasak olacağını belirtmektedir. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982, s.143.

taşınamaması gerekir⁶⁸³.

Hakkın özü kavramı, kriterleri ile beraber ortaya konmadığından doktrin tarafından, sınırları belirsiz, soyut ve muğlak olarak nitelendirilmiş⁶⁸⁴, objektif olarak bir hakkın özünün ortaya konamayacağı ileri sürülmüş, hatta hakkın özü kavramının idarenin aleyhine olduğu belirtilmiştir. Söz gelimi, idare telefon dinlemesi yapması gerektiğinde, bu fiil, haberleşme hürriyetinin özüne dokunmuş olacağından kamu düzenini sağlamakla görevli idarenin bunu yapamayacağı ileri sürülmüştür⁶⁸⁵. Güran, öze dokunmada tayin edici unsurun sınırlamanın derece, biçim ve kapsamı değil sınırlamayı gerçekten haklı kılan kamusal sebep ve amaçların varlığı veya yokluğu olduğunu söylemektedir⁶⁸⁶. Yazar diğer yandan, idarenin faaliyetleri ile hakkın özüne dokunulamayacağı görüşünü doğru bulmamakta, özellikle idarenin yürüttüğü kolluk faaliyetinin yer ve zaman itibarıyla çok çeşitli karar ve tedbirlerin alınmasını gerektirmesi gerçeği karşısında – her ne kadar temel kurallar kanunla çizilmişse de – hakkın, idarenin tasarruflarıyla kullanılamaz hale getirilmesinin kaçınılmaz olduğunu dile getirmektedir⁶⁸⁷.

Bununla beraber “öz” sınırlamasının objektif hakları genel olarak mı, yoksa subjektif hakları özel olarak mı koruduğu tartışması yapılmış ve öz güvencesinin hem objektif temel hak normunu, hem de subjektif temel hakkın özünü koruduğu ifade edilmiştir⁶⁸⁸. Sağlam, Anayasamızda yer alan ek güvencelerin (yargıç kararının gerekmesi, sansür yasağı, önceden izne bağlama yasağı - buna tabii hakim ilkesi de eklenebilir) öz güvencesini somutlaştırdığını ileri sürmektedir⁶⁸⁹. Yasağa ilişkin olarak, temel hak ve hürriyetin özüne dokunulmasına ancak anayasal hüküm bulunması durumunda izin verilebileceği söylenebilir. Dolayısıyla temel hakkın özüne yasa koyucunun kanunla veya idarenin, işlem ve eylemleriyle müdahale etmesi kabul edilmemektedir.

⁶⁸³ AYM Kararı, T. 08.10.2015, E. 2014/140, K. 2015/85 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 18 Eylül 2017). Benzer yönde bkz. AYM Kararı, T. 04.01.1963, E. 1962/208, K. 1963/1: “Bir temel hak ve hürriyetin kullanılmasını “açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici etkisini ortadan kaldıran nitelikteki” düzenlemeler hakkın özüne dokunucu niteliktedir.” (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 28 Mayıs 2018).

⁶⁸⁴ Uslu, a.g.e., s. 82.

⁶⁸⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 575.

⁶⁸⁶ Güran, a.g.e., s. 424.

⁶⁸⁷ a.g.e., s. 404.

⁶⁸⁸ Sağlam, a.g.e., s. 155.

⁶⁸⁹ a.g.e., s. 156 vd.

Danıştay'ın 2008 yılında verdiği bir karara konu olan olayda 2004 yılında Marmaris'te yapılması planlanan Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği, Marmaris Kaymakamlığı tarafından, kamu düzeninin bozulması, suç işlenmesinin yüksek olasılıklı olması ve turizmin etkilenmesi ihtimali gerekçeleriyle yasaklanmıştır. Danıştay bu olayda araç ile amaç arasındaki orantısızlığın hakkın özüne dokunacağı yönünde karar vermiştir:

“...her ne kadar, "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Netekim Festival" adlı etkinlikle ilgili olarak bir takım siyasi parti ve sivil toplum örgütlerinin karşıt görüşlerinin basın-yayın organlarında yer alması nedeniyle söz konusu etkinliğin gerçekleşmesi halinde iki karşıt grubun karşılaşmasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle dava konusu işlem tesis edilmiş ise de; söz konusu etkinliğin düzenlenmesi halinde suç isleneceğine dair açık, somut ve yakın tehlike bulunduğu ortaya konulamamıştır... Dolayısıyla, açık, somut ve yakın tehlikeden bahsedilemeyen dava konusu olaydaki durum, ancak bir erteleme sebebi teşkil edebileceğinden; ayrıca erteleme müessesesinin işletilmesi halinde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın yasal amaca ulaşılabilirdiğinden, etkinliğin yasaklanması yoluna başvurulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”⁶⁹⁰.

Kararda da görüldüğü üzere öze dokunma yasağı sadece kanuni düzenlemeler bakımından değil, idari işlemler ve re'sen icra yetkisi bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla idare, idari işlem tesis ederken veya tesis ettiği işlemi uygularken temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunacak tasarruflarda bulunmamalıdır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin öze dokunma yasağına ilişkin değerlendirmesi re'sen icra bakımından ele alınacak olursa, re'sen icra tasarrufunun temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıncı nitelik taşımaması gerekmektedir. Danıştay'ın 2013 yılında verdiği karara⁶⁹¹ konu olayda, akıl ve ruh sağlığının yerinde olmadığından şüphelenilen ve bir kamu kurumunda öğretmen olan davacıdan, bir sağlık kuruluşuna başvurarak gerekli tetkikleri yaptırması ve alınan raporu okul idaresine teslim etmesi istenmiştir. Davacının, bu talebi reddetmesi üzerine, bu kez İlçe Kaymakamlığı tarafından görev yaptığı okul müdürlüğüne, davacının kolluk kuvvetleri marifetiyle hastaneye sevkini sağlanarak rapor alınması yönünde talimat

⁶⁹⁰ Danıştay 10. Daire Kararı, T. 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 8 Ağustos 2018).

⁶⁹¹ Danıştay 2. Dairesinin Kararı, T. 13.11.2013, E. 2011/9468, K. 2013/8021 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 8 Ağustos 2018).

verilmiştir. Danıştay, kararında öze dokunma yasağını hatırlattıktan sonra, verilen talimatın kişi özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu, davacının iradesi dışında bir yere kolluk kuvveti marifetiyle gitmeye mecbur bırakılarak kişisel özgürlüğünden alıkonulmasına yol açacak şekilde talimat verilmesinin hukuka aykırı olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur. İlçe Kaymakamlığının söz konusu hukuka aykırı talimatının uygulanması, yani re'sen icra edilmesi, kişi özgürlüğünün ihlal edilmesi anlamına geldiğinden, bu tür bir işlemin uygulanması re'sen icra tasarrufu ile hakkın özüne dokunulması şeklinde değerlendirilmeye uygun görünmektedir⁶⁹².

e. Yetkinin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Olmaması

Anayasanın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklere aykırı olamayacağını öngörmektedir. “Demokratik toplum düzeni” kavramının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden hukuk sistemimize dahil edildiği belirtilmektedir⁶⁹³. Nitekim, Sözleşmenin (Fransızca versiyonu) 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde geçen “*des mesures nécessaires dans une société démocratique*” ifadesi⁶⁹⁴, “demokratik toplum düzeninin gereklere” ifadesini karşılamaktadır⁶⁹⁵. Bu hükümler sırasıyla özel hayatın gizliliği, düşünce, din ve inanç özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğüne ilişkindir.

“Demokratik toplum düzeninin gereklere” kavramı ile hangi tür demokrasinin kastedildiği hukukumuzda tartışma konusu olmuş, Anayasa Mahkemesi 1986 tarihli kararında⁶⁹⁶, bununla, “Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğini” belirtmiştir. Ancak, daha sonra bu

⁶⁹² Danıştay kararında, ayrıca yapılan işlemin yasal dayanaktan yoksun olduğu ifade edilmiştir. İdarenin yasal dayanaksız yoksun bir tasarrufu ile bireysel hak ve özgürlüklere müdahalesi fiili yol olarak kabul edilmektedir (Bkz. 3. bölüm). Bu açıdan, idarenin bu tür bir müdahalesinin fiili yol olarak değerlendirilmesi de ihtimal dahilindedir.

⁶⁹³ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 134; Anayasa Mahkemesi kararında da bu husus vurgulanmıştır: AYM Kararı, T. 11.05.1999, E. 1998/59, K. 1999/14, RG. 09.03.2000 – 23988 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 26 Mart 2018).

⁶⁹⁴ İfade, İngilizce metinde “... restrictions (ya da limitations)... necessary in a democratic society” şeklinde yer almaktadır. (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf - 9 Temmuz 2018).

⁶⁹⁵ “Convention européenne des droits de l’homme”, (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf - 26 Mart 2018).

⁶⁹⁶ AYM Kararı, T. 06.10.1986, E. 1985/21, K. 1986/23 (Nakleden-Reyhan Sunay, “Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere ve 1982 Anayasası”, Konya: *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, (2000), s. 628; Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması – Sınırlamanın Sınırları”, İstanbul: *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S, 12, (2007), s. 55).

konudaki içtihadını değiştirerek, “Klasik demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir”⁶⁹⁷ demek suretiyle bu sefer batılı anlamda klasik demokrasi anlayışını işaret etmiştir⁶⁹⁸. Anayasa mahkemesi bu içtihadını daha sonraki kararlarında da devam ettirmiştir⁶⁹⁹.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında, demokratik toplum düzeninin gerekleri tek tek sayılmamış olmakla beraber demokratik toplumun, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin en geniş şekilde güvence altına alındığı bir düzeni gerektirdiği belirtilmektedir⁷⁰⁰. Bunun dışında “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*”nden olma ibaresi ile “bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik olması” da ifade edilmektedir⁷⁰¹.

Anayasa Mahkemesi, ayrıca, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile Anayasanın 13. maddesinde yer alan öze dokunma yasağı ve ölçülülük ilkesi arasında sıkı bir bağ görmektedir. Mahkeme temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmasını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmakta ve bu tür sınırlamaları, sınırlamanın amacıyla orantılı bulmamaktadır⁷⁰². Mahkemeye göre:

“Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir. ...

Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, “*temel hak ve hürriyetlerin özü*”, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük ilkesi*”

⁶⁹⁷ AYM Kararı, T. 26. 11.1986, E. 1985/8, K. 1986/27 (Nakleden-Sunay, a.g.m., s. 628; Gören, a.g.m., s. 55).

⁶⁹⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 575.

⁶⁹⁹ AYM Kararı, 21.06.1991, E. 1990/19, K. 1991/15, RG. 24.09.1992 - 21355; AYM Kararı, T. 21.01.1998, E. 1997/79, K. 1998/3, RG. 15.12.1998 - 23554; AYM Kararı, T. 23.12.2015, E. 2014/195, K. 2015/116, RG. 29.01.2016 - 29608; AYM Kararı, T. 26.07.2017, E. 2017/110, K. 2017/133, RG. 28.09.2017 – 30194 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 26 Mart 2018).

⁷⁰⁰ AYM Kararı, T. 15.03.2017, E. 2016/165, K. 2017/76 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 26 Mart 2018); Eren, demokratik toplum düzeninin temel nitelikleri olarak üç özellik sıralamaktadır: 1. Düşünce özgürlüğü, 2. Çoğulculuk, 3. Hoşgörü ve açık fikirlilik. Bkz. Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 175-182.

⁷⁰¹ AYM Kararı, T. 12.07.2017, E. 2017/27, K. 2017/117, RG. 22.09.2017 – 30188 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 26 Mart 2018.

⁷⁰² Turan Yıldırım, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında “Sınırlamanın Sınırı””, Ankara: *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1, (1991), s. 474; Aynı çalışmadan örnek karar: AYM Kararı, T. 21.06.1989, E. 1988/34, K. 1989/26.

kavramları, bir bütünün parçaları olup, “*demokratik bir hukuk devleti*”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır”⁷⁰³.

Temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gerektiği gibi, re'sen icra uygulamaları da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır. Dolayısıyla kanunla getirilecek olan düzenleme, idarenin icra faaliyetiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı uygulamalarda bulunmasına imkan vermemelidir. Konu hakkında Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir iptal davasında, 6306 sayılı Kanunun 7. fıkrasında yapılan değişiklikle “riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar uygulama bütünlüğü bakımından” bakanlıkça uygun görülme kaydıyla, riskli olmasalar bile 6306 sayılı Kanunun kapsamına alınmaktadır. Dolayısıyla bazı yapılar riskli olmasalar bile idarenin kararıyla riskli yapılarla aynı hukuki kapsamda değerlendirilebilecek ve gerekli görülürse bunlarla, aynı uygulamaya (re'sen icraya) konu olabileceklerdir. Örneğin, bu tür yapılar da riskli yapılar gibi yıkılabileceklerdir. Nitekim Mahkeme, anılan maddelerin içeriğinde imar kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırması gibi mülkiyet hakkını sınırlandıran düzenlemeler bulunduğu tespitini yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi ayrıca “Mülkiyet hakkına demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olmadıkça devletin müdahale etmemesi gerekir” vurgusunu yaptıktan sonra söz konusu düzenlemeyi Anayasanın 13. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir⁷⁰⁴. Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesinden çıkarılabilecek sonuca göre idarenin re'sen icra faaliyetine konu olabilecek bir uygulamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olma ihtimali söz konusu hükümlerin iptaline yol açmaktadır. Mahkemenin iptal ettiği hüküm, ileride idarenin mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde işlem tesis ederek uygulamasına imkan tanıyan bir düzenlemedir. Hükmün iptaliyle, bir anlamda idarenin işlem ve eylemleriyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı tasarruflarda bulunmasının önüne geçilmiş olmaktadır.

⁷⁰³ AYM Kararı, T. 12.07.2017, E. 2017/27, K. 2017/117, RG. 22.09.2017 – 30188; AYM Kararı, T. 15.11.2017, E. 2016/133, K. 2017/155, RG. 11.01.2018 – 30298; AYM Kararı, T. 13.12.2017, E. 2016/7, K. 2017/176, RG. 08.02.2018 – 303326; AYM Kararı, T. 28.12.2017, E. 2016/179, K. 2017/155, RG. 11.01.2018 – 30298 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 26 Mart 2018); Turhan, Mahkemenin bu yorumunu olumlu görmektedir. Mehmet Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, Ankara: *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, (1991), s. 418.

⁷⁰⁴ AYM Kararı, T. 15.11.2017, E. 2016/133, K. 2017/155, RG. 11.01.2018 – 30298, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 26 Mart 2018).

Danıştay 1. Dairesi de bir kanun tasarısı hakkındaki görüşünü dile getirdiği kararında⁷⁰⁵, 13. maddedeki “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını hatırlattıktan sonra, demokratik hukuk devletinde, hangi amaçla olursa olsun, sınırlamaların belli bir özgürlüğün kullanılmasını bütünüyle ortadan kaldıracak düzeyde olamayacağını ve amaçla sınırlama arasında adil bir orantının mutlaka bulunması gerektiğini, bir sınırlama ölçütü olan kamu yararı kavramı, her ne kadar, soyut bir kavram ise de, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlama, cezalandırma sonucunu doğuruyor ve devlete olan güveni sarsıyorsa o sınırlamanın kamu yararına olduğundan söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu durumda, idarenin kamu yararı ile dahi olsa mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak nitelikteki işlem ve eylemleri, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 1990 yılında verdiği bir başka kararında, yasa koyucunun “düzenleme ortaklık payı” (İmar Kanunu madde 18) yoluyla mülkiyet hakkına müdahalesini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı görmemiştir⁷⁰⁶. Ancak A. Necdet Sezer, karşı oy gerekçesinde bu türden bir hakkı kullanılamaz duruma getiren veya kullanımını zorlaştıran hükümlerin, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğunu ve kamu yararının varlığının tartışmasız kabul edildiği durumlarda bile mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın 13. maddenin 2. fıkrasına göre demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağını dile getirmiştir⁷⁰⁷. Karşı oy yazısında dile getirilen görüşün kabulü halinde idarenin,

⁷⁰⁵ Danıştay 1. Dairesinin Kararı, T. 27.09.1989, E. 1989/130, K. 1989/112, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 30 Mayıs 2018)

⁷⁰⁶ AYM Kararı, T. 26.01.1990, E. 1990/7, K. 1990/11 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 30 Mayıs 2018)

⁷⁰⁷ Sezer ayrıca, “Hiç bir demokratik toplumda, bir hizmet nedeniyle kişilerin arazi veya arsasında meydana getirildiği varsayılan değer artışı karşılığında onun mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması(nın) kabul edileme(yeceğini)” dile getirmektedir. Bkz. AYM Kararı, T. 26.01.1990, E. 1990/7, K. 1990/11 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 30 Mayıs 2018); Anayasa Mahkemesinin önüne soyut norm denetimi ile gelen başka bir davada karşı oy yazıları, idarenin kararının ve bu kararın uygulamasının demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olabilecek nitelikte olabileceği yolunda yorum yapılmasına imkan vermektedir. Karara konu olayda 354 sayılı Kanununun 1. maddesiyle 24.4.1930 tarihli, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 153. maddesine eklenen “*Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir*” şeklindeki fıkranın Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi getirilen kuralın “*anne adayının kendi isteği ile doğum yöntemini belirlemesi*”ni sınırladığını kabul etmişse de söz konusu kuralın Anayasa aykırılığı iddiasını reddetmiştir. Buna karşın üyeler Zühtü Arslan ve Engin Yıldırım karşı oy yazılarında “devletin doğum yöntemine kişisel tercihi devre dışı bırakacak şekilde müdahalesi kişinin özerkliğine, vücut bütünlüğüne ve özel hayatına bir müdahaledir. Bu müdahalenin Anayasanın 13. maddesi kapsamında demokratik toplum düzeni için acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmayan, ölçüsüz bir sınırlama olduğu açıktır”

bireylerin mülkiyet haklarına bu tür uygulamalarla müdahalesi demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacaktır.

İdarenin re'sen icra sırasında demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı davranması ve bu suretle bireylerin temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına da konu olmakta ve idare bu ihlallerden dolayı tazminat ödemeye mahkum olabilmektedir. AİHM, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak, bireylerin kolluk kuvvetleri tarafından kötü muameleye uğramasını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı görmektedir⁷⁰⁸. Sözleşmenin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine ilişkin 11. maddesi kapsamında, kolluk kuvvetlerinin müdahalesi sırasında ölçsüz kuvvete başvurması demokratik toplumda gerekli tedbirlerin ötesinde görülmektedir. Bu bakımdan, bildirim yapılmamış olsa bile kamu erklerinin barışçıl gösterilere karşı hoşgörülü olması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁰⁹. Mahkeme ayrıca, bir müdahalenin “kanunla öngörülmedikçe” Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. paragrafı uyarınca bir ya da daha fazla meşru hedefi yerine getirmedikçe ve bu hedeflere ulaşılması “demokratik bir toplum açısından gerekli” olmadıkça; yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal edeceğini hatırlatmaktadır⁷¹⁰. Mahkemeye göre, barışçıl toplantılara müdahale edilmesi demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gibi demokratik toplumun varlığı bakımından bir tehdit de teşkil edebilmektedir:

“Toplantı özgürlüğü ile bu özgürlük kapsamında düşüncelerini ifade etme hakkı, demokratik bir toplumun temel değerlerini oluşturmaktadır... Şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini reddetme durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler – yetkililere göre kullanılan ifadeler ve bakış açıları şaşırtıcı ve kabul edilemez görünebilir; ayrıca söz konusu gereklilikler yasadışı da olabilir – demokrasiye zarar vermekte ve hatta sık sık demokrasinin varlığını tehlikeye atmaktadır. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, kurulu düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirler; toplantı özgürlüğü uygulanırken diğer yasal araçlarla da kendini ifade

demek suretiyle Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AYM Kararı, T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105, RG. 17.12.2014 - 29208 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 30 Mart 2018).

⁷⁰⁸ AİHM 3. Dairesinin Kararı, 29 Kasım 2007, *Balçık ve diğeri/Türkiye*, N° 25/02, s.4, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

⁷⁰⁹ AİHM 2. Bölüm Kararı, 18 Aralık 2007, *Nurettin Aldemir ve Diğeri/ Türkiye*, N° 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 ve 32138/02, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 2 Haziran 2018).

⁷¹⁰ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 27 Kasım 2012, *Disk ve Kesk/Türkiye*, N° 38676/08, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 2 Haziran 2018).

edebilme imkânı sunmalıdır”⁷¹¹.

Mahkeme aynı kararında 2911 sayılı Kanunun 28. maddesinin 1. fıkrasının yer verdiği müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmaktadır.

Danıştay'ın 2015 yılında verdiği karara konu olayda ise Eğitim ve Araştırma Hastanesinde imza yöntemiyle mesai takibi tapılmakta iken parmak izi tarama yöntemi ile mesai takibi yapılması yöntemine geçilmiştir. Danıştay, uygulamanın hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Başlıklı” 8. maddesi ile Anayasanın “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesine, hem de Anayasanın 13. maddesindeki demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur:

“Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı ifade etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hak mutlak ve sınırsız olmayıp, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri gereğince belirli koşullarda, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere yasayla sınırlanabilir...”

Bu çerçevede, idarelerce gelişen teknolojinin, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması nedeniyle, kamu kesiminde kullanılmaya başlanması doğal olmakla birlikte, teknoloji kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması uygulamasının yukarıda belirtilen hükümlere uygun olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır”⁷¹².

Kararda parmak izi alma uygulamasına bir idari karar kapsamında başvurulmaktadır. Mahkeme idari işlemin yukarıda yer verilen düzenlemelere aykırı olduğunu tespit ederek iptaline karar vermektedir. Bunun nedeni, hukuka aykırı re'sen icra tasarrufunun idari işlemin hukuki rejimine tabi olmasıdır. Bu açıdan hem işlem, hem de işlemin uygulanması hukuka aykırıdır. Ancak iptaline karar verilen işlemdir. İşlemin hukuki geçerliliğine son verilmesiyle uygulama da sona ermektedir.

⁷¹¹ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 18 Haziran 2003, *Gün ve Diğerleri v. Türkiye*, N° 8029/07, p. 70 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 2 Haziran 2018).

⁷¹² Danıştay İDDK Kararı, T. 09.12.2015, E. 2014/2242, K. 2015/4991 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 30 Mayıs 2018).

Dolayısıyla, demokratik toplum düzeninin gereklerinin temel hak ve özgürlükler için oluşturduğu sınır idarenin re'sen icra yetkisi bakımından da geçerlidir. Yasa koyucunun kanuni düzenleme yaparken demokratik toplum düzenini gözetmesi gerektiği gibi idare de idari işlemin tesisi ve uygulanması sırasında aynı gerekleri gözetmelidir. Aksi durum, işlemin iptaline ve idarenin sorumluluğuna yol açabilir.

f. Yetkinin Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmaması

Anayasanın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların laik cumhuriyetin gereklerine aykırı kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir. Laiklik ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesi, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasal düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefî inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dinin veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngörmektedir”⁷¹³.

Laik cumhuriyetin gerekleri kavramından devletin resmi bir dininin olmaması, devletin bütün dinler karşısında tarafsız olması⁷¹⁴, hukuk kurallarının din kuralları göz

⁷¹³ AYM Kararı, T. 06.06.2008, E.2008/16, K.2008/116 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 10 Temmuz 2018); Laiklik ilkesi için ayrıca bkz. AYM Kararı, T. 21.10.1971, E. 1970/53, K. 1971/76: “a) Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme, b) Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma, c) Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama, ç) Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir”. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 31 Mart 2018); AYM Kararı, T. 07.03.1989, E. 1989/1, K. 1989/ 12 (Nakleden- Eren, a.g.e., s. 130); Ayrıca bkz. Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 02.03.1976, E. 1975/1993, K. 1976/672 (Nakleden-Özay, a.g.e., s. 90); Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 45.

⁷¹⁴ Anayasa Mahkemesi 1989 yılında verdiği kararında yükseköğretim kurumlarında öğrencilerin dinsel inanç nedeniyle başlarını örtbilmelerine izin veren yasa düzenlemesini, belirli bir inanca diğerleri

önüne alınarak belirlenmemesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹⁵. Anayasanın 2. maddesinde, cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verilen laiklik ilkesi, bir sınırlama sebebi olarak yer almaktayken 13. maddede yer alan “laik cumhuriyetin gerekleri” ifadesi, Anayasada sınırlamanın sınırı şeklinde yer almaktadır⁷¹⁶. Bu kavramın, özel bir sınırlama sebebi olarak 13. maddede yer almasının, Anayasa koyucunun laikliğe verdiği özel önemden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁷¹⁷.

“Laik cumhuriyetlerin gerekleri” ifadesi, Anayasaya 2001 yılındaki değişiklikle eklenmiştir. Eren, hem “demokratik toplum düzeni” hem “laik cumhuriyet” kavramları, “gerekler” kelimesine bağlandığı için temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan bir sınırlamanın, her iki ilkeye de aykırı olmaması gerektiğini ileri sürmektedir⁷¹⁸. Arslan da Anayasa Mahkemesi’nin 1986 yılında verdiği kararında geçen “... getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir” şeklindeki ibareyi Mahkeme’nin demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı ile laik cumhuriyetin gerekleri kavramını yan yana kullandığı şeklinde değerlendirmektedir⁷¹⁹. Anayasa Mahkemesi’nin de 2001 yılındaki değişiklikten önce verdiği bir kararında bu ilkeleri beraber ele aldığı görülmektedir:

“...siyasî parti organı, mercii, kurulu, yardımcı kol organı veya bir parti üyesinin her türlü faaliyet ve propaganda çalışmalarında Devletin temel düzenini, bütünü veya bir

karşısında ayrıcalık tanınmış olacağı gerekçesiyle de eşitlik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı bulmuştur. Bkz. AYM Kararı, T. 07.03.1989, E. 1989/1, K. 1989/ 12 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 2 Nisan 2018); Vural’a göre mahkeme bu kararında eşitlik ilkesini biçimsel bir düzeyde yorumlamıştır. Hasan Sayim Vural, *Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence*, Doktora Tezi: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 359, 408; Benzer yönde bkz. AYM Kararı, T. 24.11.1999, E.1999/27, K.1999/42: “Devletin farklı inançlardaki kişilere aynı yakınlıkta ya da uzaklıkta olması bunlar arasında hiç bir ayırım yapmaması laiklik ilkesinin gereğidir.” (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 10 Temmuz 2018).

⁷¹⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 576

⁷¹⁶ Can, laik cumhuriyet ilkesinin, sınırlamanın sınırı niteliğinde olmamasına rağmen madde metnine alınmasının maddenin koruyucu etkisini zayıflatabileceğini dile getirmektedir. Osman Can, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Ankara: *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 19, (2002), s. 520.

⁷¹⁷ Zühtü Arslan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara: *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 19, (2002), s. 152; Laiklik kavramı ayrıca Anayasanın başlangıç bölümünde, 14. (Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması), 68. (Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma), 81. (Milletvekili andı), 103. (Cumhurbaşkanı andı), 136. (Diyanet İşleri Başkanlığı), 174. (İnkılap kanunlarının korunması) maddeleri ile geçici 2. maddesinde yer almaktadır.

⁷¹⁸ Abdurrahman Eren, “2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları”, *Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3, (2002), s. 40. Eren ayrıca, laik cumhuriyetin gereklerinin demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Eren, a.g.e., s. 135.

⁷¹⁹ Arslan, a.g.m., s. 154.

bölümü ile dinî inanç ve kurallara dayandırmaya kalkışmaları, din duygularını ve dince kutsal sayılan şeyleri siyasal amaçla sömürmeleri, özellikle siyasî partilerin tüzük ve programlarında insan hak ve özgürlüğüne dayalı demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne aykırılıklar bulunması ve faaliyetlerinde bu ilke ve hükümleri çiğnemeleri Anayasa'ya ters düşer⁷²⁰.

Ancak bu ifadeler, Mahkeme kararında “demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gerekleri” şeklinde değil “demokratik ve laik cumhuriyet ilkeleri” şeklinde yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi ayrıca, söz konusu ilkeleri bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasını engellemek amacıyla, yani sınırlamanın sınırı olarak değil Anayasada yer alan laik devlet ilkesinin korunması ve hakların sınırlanması bakımından uygulamaktadır⁷²¹. Bu bakımdan, kararda laiklik ile demokrasi arasındaki ilişki vurgulanmaya çalışılmakta ise de kişi hakları lehine bir değerlendirme yapıldığını ileri sürmek zordur. Bunun dışında Anayasanın 13. maddesinde yer alan “demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gerekleri” şeklindeki ibare, her iki ilke için benzer bir vurguyu barındırmaktaysa da bu ilkelerin, ayrı ayrı değerlendirilmelerine de bir engel bulunmadığı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, kanunların Anayasaya aykırılık iddiası değerlendirilirken 13. maddedeki sınırlama sebepleri sayılarak, “laik cumhuriyetin gerekleri”ne yer verilse de⁷²², bu sınırlandırma sebebini doğrudan uyguladığı ve özellikle bu unsur bakımından hükmün sonucunu etkileyen kararlar tespit edilememiştir. Doktrinde de, Anayasanın 2. maddesindeki laiklik ilkesi ile 10. maddesindeki eşitlik ilkeleri varken, ayrıca 13. maddeye laik cumhuriyetin gerekleri şartı konmasının gerekli olmadığı ileri sürülmektedir⁷²³. Nitekim Mahkeme, bir

⁷²⁰ AYM Kararı, T. 23.05. 1978, E. 1978/28, K. 1978/36 (Nakleden-Eren, a.g.e., s. 127-128). Benzer yönde bkz. AYM Kararı, T. 07.03.1989, E. 1989/1, K. 1989/12: “Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur” (Nakleden-Eren, a.g.e., s. 132)

⁷²¹ Eren buna laiklik kavramının bir “güvence ilkesi” olarak uygulanması demektedir. Eren, a.g.e., s. 110.

⁷²² AYM Kararı, T. 08.10.2002, E. 2002/38, K. 2002/89, RG. 26.12.2002 - 24975; AYM Kararı, T. 03.10.2013, E. 2013/60 K. 2013/104 RG. 28.12.2013 - 28865; AYM Kararı, T. 11.04.2012, E. 2011/18, K. 2012/53 RG. 13.10.2012 - 28440; AYM Kararı, T. 28.02.2018, E. 2016/141, K. 2018/27, RG. 29.03.2018 - 30375; AYM Kararı, T. 08.10.2015, E. 2014/140, K. 2015/85, RG. 24.11.2015 - 29542, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 2 Nisan 2018).

⁷²³ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 420. Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 576, Erdoğan ise laik cumhuriyetin gereklerine dayanılarak kişi hakları lehine bir mahkeme kararını bulmanın olanaksız olabileceğini dile getirmektedir. Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişti mi?”, Açık Toplum E- Dergi, www.liberal-dt.org.tr - 5.12.2001 (Nakleden- Fendoğlu, a.g.e., s. 420).

kanunun anayasaya uygunluğunu denetlerken laik cumhuriyetlerin gereklerinden çok laiklik ilkesini kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi 1989 yılında verdiği kararında, 2547 sayılı Kanunun ek 16. maddesindeki “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir” şeklindeki hükmü aynı gerekçeyle iptal etmiştir⁷²⁴. Buna karşın Mahkeme, 25 Ekim 1990 tarihli ve 3670 sayılı Kanunla 2547 sayılı Kanunun ek 17. maddesindeki “yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir” şeklindeki hükmü Anayasaya aykırı bulmamış ancak kararın gerekçesinde “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının” kılık kıyafet serbestisi dışında olduğunu belirtmiştir⁷²⁵.

Laik cumhuriyetin gerekleri, temel hak ve özgürlükler için sınır oluşturdukları gibi idarenin re'sen icra yetkisi bakımından da sınır oluşturmaktadır. Bu durumda, re'sen icra yetkisinin de laik cumhuriyetlerin gereklerine uygun kullanılması, bu yetkinin belli bir dinin görüşü doğrultusunda kullanılmaması ve dinlere ve bu dinlerin mensuplarına eşit mesafede olacak şekilde kullanılması gerekir⁷²⁶. Örneğin, Anayasanın 24. maddesi “din kültürü ve ahlak öğretimi”ni ilk ve orta öğretim kurumlarında zorunlu tutarken “din eğitim ve öğretimi” kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlı kılmaktadır. Bu durumda, kişilerin kendi istekleri veya kanuni temsilcilerinin talebi olmadıkça, belli bir dini inancın benimsetilmesi veya ibadet şeklinin öğretilmesi hukuka aykırı olacaktır⁷²⁷. Danıştay 2007 yılında verdiği kararında, Türkiye'de okutulan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi ders kitaplarında belirli bir din anlayışının esas alındığını, öğrencilere namaz kılınmasının öğretildiğini, öğrencilerden Kur'an'dan sure ezberlemelerinin istendiğini, Türkiye'de hakim olan dinsel çeşitliliğin, bu derslerde dikkate alınmadığını belirtmiş, dolayısıyla bunun, “din kültürü ve ahlak bilgisi” dersi niteliğinde değil din eğitimi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir⁷²⁸. Danıştay sonuç olarak, kişilerin veya küçüklerin kanuni temsilcilerinin talebi olmadan öğrencilere bu şekilde ve içerikte din eğitimi verilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla somut durumda öğrencilere belli bir dinin yorumunun öğretilmesi

⁷²⁴ AYM Kararı, T. 07.03.1989, E. 1989/1, K. 1989/12 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 2 Nisan 2018).

⁷²⁵ AYM Kararı, T. 09.04.1991, E. 1990/36, K. 1991/8 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 2 Nisan 2018).

⁷²⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 576.

⁷²⁷ a.g.e., s. 323.

⁷²⁸ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 28.12.2007, E. 2006/4107, K. 2007/7481 (<http://www.kararara.com> - 1 Nisan 2018).

ve bunun din eğitimi şeklinde uygulanması, re'sen icra yetkisinin belli bir dini inancın gereklerine göre kullanılması anlamına gelmektedir. Bu durum, laiklik ilkesi ve laik cumhuriyetin gerekleri ile örtüşmemektedir.

g. Ölçülülük İlkesi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, hukukun genel bir ilkesi olarak ölçülülük ilkesine uygun olmak zorunda olduğu gibi, re'sen icra kapsamında başvuru uygulamaların da ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Aşağıda önce, ilke genel olarak kısaca ele alınmakta ((1)) daha sonra da re'sen icra işlemlerine uygulanış şekli ((2)) incelenmektedir.

(1) İlkenin Kapsamı

Anayasanın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamalar “ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”⁷²⁹. Ölçülülük ilkesinin temelinde, hukuki ilişkilerin dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi düşüncesi bulunmaktadır. İlkeyle, aşırıya kaçabilecek fiillerin önüne geçilmekte, hem birey hem idare hukuka uygun davranış geliştirmeye davet edilmektedir. Ölçülülük ilkesine uygunluk denetiminde, fiilin hayata geçirilme anı göz önüne alınmakta ve bu anda hukukun dışına çıkılıp çıkılmadığı belirlenmektedir. İlke, bu açıdan bir öngörü unsurunu içinde barındırmaktadır. Birey veya idare, hareketinin olağan ölçünün dışına taşımaya çalışmayacağını öngörerek, hukuki davranış geliştirmektedir.

Bu ilke, Fransız hukukunda daha çok orantılılık prensibi (*principe de*

⁷²⁹ “İdarelerin üstün kamu gücüne dayanarak re'sen tesis ettikleri ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin, hukuk devletinin gereği olması nedeniyle, bu hakkın kullanılmasına getirilecek sınırlamaların ‘ölçülü’ olması gerekmektedir.” AYM Kararı, T. 06.06.2013, E. 2011/145, K. 2013/70 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 7 Eylül 2017)

proportionnalité) olarak ifadesini bulmaktadır⁷³⁰. Özellikle, kolluk yetkisi kapsamında tesis edilen re'sen icra fiillerinin, sıkı bir ölçülülük kontrolüne tabi tutulması gerektiği belirtilmektedir⁷³¹. Çünkü, kolluk faaliyeti sırasında temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunma ihtimali son derece yüksektir. Sağlam, ölçülülük ilkesinin, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından üç unsurla ifade edildiğini belirtmektedir⁷³². Bunlar; *elverişlilik, gereklilik ve oranlılık*'tir⁷³³. Bu açıdan, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların, ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için öncelikle, başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmalı, sonra başvuru araç sınırlama amacını gerçekleştirme açısından *gerekli* ve zorunlu olmalı ve nihayet araç ile amaç arasında *orantı* olmalı, diğer bir deyişle araç ile amaç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır⁷³⁴. Ölçülülük ilkesinin son unsuru olarak orantılılık veya oranlılık ilkesi⁷³⁵, dar anlamda ölçülülük ilkesi şeklinde de nitelendirilmektedir⁷³⁶.

Conseil d'Etat'nın, ölçülülük ilkesi hakkındaki ilk kararını 19 Mayıs 1933'te idarenin kolluk faaliyetine ilişkin *Benjamin*⁷³⁷ kararıyla verdiği ifade edilmektedir. Karara konu olayda, René Benjamin tarafından Nevers şehrinde bir konferans verilmesi öngörülmektedir. Ancak, şehirde, siyasi görüşleri Benjamin'inkilerle zıt gruplar,

⁷³⁰ Frédéric Doueb, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, (Thèse pour le doctorat) Paris: Université de Paris (II), 1992, s. 268; Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 1074.

⁷³¹ Bu kapsamda uygulanan kolluk eylemi sadece gerekli ise meşru kabul edilmektedir. Frier ve Petit, a.g.e., s. 255

⁷³² Sağlam, a.g.e., s. 113.

⁷³³ Fransız hukukunda da *nécessité* (gereklilik), *adaptation* (uyum) ve *proportionnalité* (orantılılık) kavramları kullanılmaktadır. Bkz. Vedel, Delvolve, a.g.e., s. 1082; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 575 ve 581; Unsurların Anayasa Mahkemesi kararlarında da kullanıldığı görülmektedir: AYM Kararı, T. 05.05.2016, E. 2016/16, K. 2016/37, R.G. 31.05.2016-29728, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 31 Mayıs 2018).

⁷³⁴ Sağlam, a.g.e., s. 114.

⁷³⁵ Orantılılık unsuru bakımından Uluslararası Çalışma Örgütü'ne ulaşan şu olay dikkate değerdir: "Uluslararası bir örgüte bağlı bir işyerinde gece bekçisi olarak çalışmakta olan bir memur, işyerinde uyuyakalması nedeniyle görevine son verilmesi işlemine karşı Uluslararası Çalışma Örgütü'ne başvurmuş, ancak bu başvurusu, "gece bekçiliği görevini yürüten bir kişinin, görevi sırasında uyuması bu görevin gerekleri bakımından kabul edilemeyecek bir davranış olduğundan görevine son verilebilir" gerekçesi ile reddedilmiştir. Bunun üzerine memur aynı örgüte bağlı İdare Mahkemesi'ne başvurmuş ve Mahkeme 14 Mayıs 1973 tarihinde "Gece bekçiliği görevini yürüten memurun görevi başında uyuması her ne kadar görevin gerekleri bakımından kabul edilemez bir davranış ise de bu davranış nedeniyle göreve son verme işlemi, doğurduğu sonuçları itibarıyla son derece ağır ve her türlü objektif ölçüden uzaktır" gerekçesiyle örgütün bu kararını iptal etmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi, aynı gün Dünya Sağlık Örgütü ve UNESCO'da çalışmakta olan iki memurun açmış oldukları davalarda da aynı şekilde ölçülülük prensibini uygulamış ve "*yapılan hatanın ağırlığı ile uygulanan yaptırımın ağırlığı arasında açık bir orantısızlığın varlığı*"nı bu prensibin ihlali açısından önemli bir denetim ölçütü olarak kabul etmiştir. Aynen alıntı için bkz. Celal Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku*, İstanbul: Kavram Yayınları, 1996, s. 104.

⁷³⁶ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002, s. 36.

⁷³⁷ CE, 19 Mayıs 1933, *Benjamin*, GAJA, N° 46, s. 280-286.

konferansın düzenlenmesine karşı çıkmış ve Belediye Başkanından, konferansın yapılmasına izin verilmemesi talep edilmiştir. Belediye Başkanı da konferansın yapılmasını, kamu düzenini bozacağı gerekçesiyle yasaklamıştır. Bunun üzerine René Benjamin, Conseil d'Etat'da dava açmıştır. Conseil d'Etat, verdiği kararında, belediye başkanının kamu düzenini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almakla yetkili ve yükümlü olduğuna, bunu sağlamak için de toplantıyı yasaklayabileceğine, ancak, somut olayda kamu düzeninin bir konferansla bozulma ihtimalinin düşük olduğuna, belediye başkanının konferansı yasaklamadan da başka tedbirler alarak, kamu düzenini koruyabileceğine, bu yüzden yasaklama kararının ölçülü olmadığına karar vermiştir⁷³⁸. Benjamin kararında mahkemenin dar anlamda ölçülülük ilkesini (orantılılık) uyguladığı görülmektedir. Belediyenin aldığı tedbirlerle hedeflediği amaç arasında açık bir orantısızlık bulunduğu tespiti yapılmıştır.

Danıştay'ın ise ölçülülük ilkesi ile ilgili kararlarını altmışlı yıllarda vermeye başladığı dikkat çekmektedir⁷³⁹. Mahkemenin, ölçülülük ilkesini konu alan kararlarının, kamulaştırma⁷⁴⁰, idari yaptırımlar⁷⁴¹, disiplin cezaları⁷⁴² ve kolluk faaliyetine⁷⁴³ ilişkin

⁷³⁸ CE, 19 Mayıs 1933, *Benjamin, GAJA*, N° 46, s. 280 vd.; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 5781.

⁷³⁹ Saygın ise ilk kararın 1970 tarihinde verildiğini ileri sürmektedir. Kararda elektrik abonelerinden alınan depozito miktarının nesnel ölçütler dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği ve karara konu meblağın “çok yüksek ve ölçüsüz” olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bkz. Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 24.12.1970, E. 1970/2401, K.1970/3088 (Nakleden-Engin Saygın, “Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2., 2017, s. 80); Sağlam ise ölçülülük ilkesi için daha eski bir karar örneği vermektedir. Kararda belediyenin çıkardığı idari ceza tarifesinin “hukuk ve adalet esaslarına” uyması vurgusu yapılmaktadır. Bkz. Danıştay DDK Kararı, T. 15.10.1965, E. 1961/641, K. 1965/781, *DKD*, S. 97-98-99 (1966), s. 121 (Nakleden-Sağlam, a.g.e., s. 125).

⁷⁴⁰ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 27.06.2013, E. 2012/3972, K. 2013/4556, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018); Ayrıca Anayasa Mahkemesinin önüne somut norm denetimi ile gelen bir davaya konu olayda kamulaştırma bedeli, yargı yerince belirlendikten sonra idare tarafından malike ödenmiş ancak kamulaştırma yapıldığı tarih ile ödemenin yapıldığı tarih arasında geçen zamanda kamulaştırma bedeline faiz yürütülmediği için malik zarara uğramıştır. Anayasa Mahkemesi, “Gerçek karşılığının altında bir bedel ödenerek bir taşınmazın idareye geçmesi de Anayasa'nın 46. maddesi hükmüne açıkça aykırılığın yanında mülkiyet hakkına Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesini aşan ve mülkünden yoksun bırakılan kişiye ulaşılmak istenen kamu yararıyla kıyaslandığında ölçüsüzce ağır bir yük yükleyen ve makul olmayan müdahale niteliğindedir” değerlendirmesinde bulunarak iptal kararı vermiştir. AYM Kararı, T. 10.04.2003. E. 2002/112, K. 2003/33 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 30 Ekim 2017)

⁷⁴¹ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 28.04.2016, E. 2011/3811, K. 2016/4474: “... Kanuni düzenlemeler gereğince belediyelerin asli sunucusu olduğu hizmetlerde, hizmetin asli sunucusu olmaktan kaynaklanan düzenleme yapma, denetleme, ceza verme görev ve yetkilerinin bulunduğu açık olmakla birlikte bu yetkinin nasıl kullanılacağı, yani hangi eyleme hangi müeyyidenin uygulanacağı mevzuatta belirtilmesi gerekliliği de hukukî güvenlik ilkesinin bir sonucudur. Bununla birlikte, belirlenecek cezaların da ölçülülük ilkesine uygun olarak saptanması gerekmekte olup, uyuşmazlıkta olduğu gibi gündelik yaşamında işlediği bir suç nedeniyle davacının ticari araç sahibi olmasını engelleyecek bir yaptırımın ölçülü kabul edilmesine imkan yoktur”. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 30 Ekim 2017).

olduğu göze çarpmaktadır. Danıştay da ölçülülük ilkesini, yukarıda yer verildiği şekilde üç unsura ayırarak (elverişlilik, gereklilik, orantılılık) uygulamaktadır. Mahkeme, kararlarından birinde idare tarafından uygulanan “devlet memurluğundan çıkarma” disiplin cezasını ölçsüz olarak kabul ederken şu değerlendirmede bulunmaktadır:

“Kanun koyucu hukuk devletinde kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmeti sunan kamu görevlileri için disiplin düzenlemeleri içeren kurallar öngörebilir ve bu kurallara uyulmasını temin etmek amacıyla çeşitli disiplin yaptırımları benimseyebilir. Ancak disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. “Elverişlilik ilkesi”, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “zorunluluk ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir”⁷⁴⁴.

Danıştay'ın başka bir kararında davacının müdürü itmesi sonrası “devlet memurluğundan çıkarma” disiplin cezası verilmesi ölçülülük ilkesine aykırı görülmüştür. Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 23.02.2017, E. 2016/8855 K. 2017/461, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018); Danıştay 15. Dairesinin Kararı, T. 12.10.2016, E. 2016/6791, K. 2016/yok, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018);

⁷⁴² “...adı geçen fiili ile üst disiplin kurulunca takdir edilen ceza arasında bir nisbetsizlik bulunmaması sebebiyle...” Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 13.12.1974, E. 1974/1120, K. 1974/2538, D.D., S. 18-19 (1975), s. 604 (Nakleden-Sağlam, a.g.e., s. 126).

⁷⁴³ Danıştay İDDK Kararı, T. 01.04.2013, E. 2009/1637, K. 2013/116: “Radyo ve televizyon yayınlarının kapsamının genişliği dikkate alındığında yayın yasağına ilişkin işlemlerde yasaklamanın hangi tür yayınları kapsadığının ve sınırlarının açıkça belirtilmesi ve buna bağlı olarak da radyo ve televizyon kuruluşlarının yasağın kapsamını öngörebilmelerinin sağlanması zorunludur. Oysa dava konusu işlemde durdurulan yayınların hangi tür yayınlar olduğu hususu açıkça ortaya konulmamakta, işlem, yasağın kapsamı ve sınırları konusunda bir belirsizlik içermektedir.

Bu itibarla, Anayasa ve yasaya göre yürütme organına istisnai olarak kullanılmak üzere tanınan “yayınların yasaklanması” konusundaki yetkinin sınırlarının aşıldığı, böylece halkın bir olay hakkında bilgi edinme hakkının tüm yollarının kapatıldığı ve “ölçülülük” ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır”. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018)

⁷⁴⁴ Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 15.02.2017, E. 2016/8859, K. 2017/321, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018); “Anayasanın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik”, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk”, ayrıca amaç ve aracın ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “orantılılık” ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 15.09.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018); Benzer yönde bkz. Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 23.02.2017, E. 2016/8855, K. 2017/461, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31

İdarenin ölçülülük ilkesini ihlal etmesi, yasanın öngördüğü kurala aykırı davranışla meydana geldiğinden, aynı zamanda yukarıda yer verilen “kanuna saygı ilkesi”ne de aykırılık oluşturmaktadır⁷⁴⁵. İdarenin maddi alemde sonuç doğuran ve her biri bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan idari işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olabilmeleri için, 13. maddede düzenlenmiş ölçülülük ilkesine uygun olmaları gerekir. Bu bakımdan, birer idari tasarruf oldukları konusunda kuşku duyulmayan re'sen icra uygulamalarında da ölçülülük ilkesinin gözetilmesi zorunludur⁷⁴⁶. Yukarıda verilen kararlarda yer verilen değerlendirmeler, bu açıdan, idarenin re'sen icra yetkisi için de geçerlidir. Re'sen icra kapsamında başvuru uygulama eylemleri, ulaşılmak istenen amaca katkıda bulunacak nitelikte elverişli olmalı, yine amaca ulaşmak için kaçınılmaz biçimde gerekli olmalı ve nihayet uygulama ameliyeleri ile işlemin uygulanmasıyla elde edilecek sonuç arasında uygun ve ölçülü bir oran bulunmalıdır.

(2) İlkenin Re'sen İcraya Uygulanması

Resen icranın temel şartlarından biri de ölçülülük ilkesidir. Buna göre, bir idari “*kararın uygulanması için alınan önlemlerin, kanunun öngördüğü sonucun gerçekleşmesi amacı ile sınırlı olması gerekir*”⁷⁴⁷. Diğer bir deyişle, re'sen icra kapsamında alınan tedbirler, kanunun öngördüğü işlemin gerçekleştirilmesi amacının dışında yükümlülükler içermemeli, gerekli uygulama işlemine yenisini eklememelidir.

Bir idari işlemin uygulanması için alınan önlemlerin yasa ile belirlenmiş amacı gerçekleştirmek ile sınırlı olması, yukarıda Rousset ve Chino'nun bahsettiği gereklilik düşüncesine uygun düşmektedir. Bu yaklaşım, ölçülülük ilkesini üçe ayıran düşünce ile de uyumlu görünmektedir. Buna göre idarenin re'sen icra uygulamaları sırasında gerekenden fazla güce veya tedbire başvurması hukuka aykırı olacaktır⁷⁴⁸. *Saint Just* kararında da, ilkenin amaçlarından birinin “*idarenin, kararlarının uygulanmasını temin etmek amacıyla dahi olsa yetkilerinin dışına çıkmasını*” önlemek olduğu belirtilmiştir.

Mayıs 2018); Danıştay 12. Dairesinin Kararı, T. 09.09.2015, E. 2015/2837, K. 2015/4660 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018).

⁷⁴⁵ Yılmaz, a.g.e., s. 166.

⁷⁴⁶ a.yer, s. 165.

⁷⁴⁷ Romieu, a.g.m., s. 7

⁷⁴⁸ André Decocq, Jean Montreuil, Jacques Buisson, *Le droit de la police*, 2^e Ed., Paris: Litec, 1998, s. 477.

Onar da bu görüşe şu şekilde katkıda bulunmaktadır: “*Re’sen hareket suretiyle ittihaz edilecek tedbirlerin, zaruri hudutları aşmaması ve bilhassa sert gayri insani suç teşkil edecek tedbirlerin kullanılmaması lazımdır*”⁷⁴⁹.

Yukarıda *Benjamin* kararında geçtiği üzere ölçülülük ilkesi, en çok kolluk faaliyeti kapsamında, kamu düzenini sağlamak amacıyla başvurulmuş uygulamalarda karşımıza çıkmaktadır. Kamu düzenini sağlamak amacıyla güç kullanılma ihtimali, hatta bazen gereği, daha fazla olduğundan idarenin davranışlarının ölçü dışına çıkması ihtimali artmaktadır. *Action française*⁷⁵⁰ davasında, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararına konu olan olayda, 7 şubat 1934 tarihinde valilik kararıyla, kamu düzeni sebep gösterilerek *Action française* gazetesinin Paris ve La Seine illerinde toplatılmasına karar verilmiştir. Davacı gazete şirketi, idarenin yetkisi dışına çıkarak haksız fiilde bulunduğu iddiasıyla adli yargıda dava açmış, valiliğin itirazı üzerine olay Uyuşmazlık Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Mahkeme, davacıyı haklı bulmuş ve ölçülülük ilkesinin aşıldığına kanaat getirmiştir: “*Kamu düzeninin sağlanması ve devam ettirilmesi için kaçınılmaz derecede gerekli olan davranışın ötesine geçilmemelidir*”. Örneğin, bir gösteri yürüyüşü sırasında kamu düzeninin sağlanması için uyarıda bulunmak veya yürüyüş güzergâhını değiştirmek⁷⁵¹ yeterli olacaksa, yürüyüşün bütünüyle yasaklanması (*Benjamin* kararı) veya gösteri ve yürüyüşün dağıtılması için kuvvete başvurulması ve bu suretle kamu düzeninin sağlanmaya çalışılması ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Ya da bahse konu kararda geçtiği üzere, bir gazetenin kısmi olarak toplatılması yeterli ise gazeteye bütünüyle el konması ve toplatılması yasaya aykırılık oluşturacaktır⁷⁵².

Ölçülülük ilkesi, hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edilse de mevzuatımızda bu ilkenin gözetilmesi gerektiğini hükme bağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun “Zor ve silah kullanma” başlıklı 16. maddesine göre, “Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir”. Bununla beraber polisin

⁷⁴⁹ Onar, a.g.e., s. 1461 vd.

⁷⁵⁰ TC, 8 Nisan 1935, *Action française*, Rec. 1226, *GAJA*, N° 41, s. 292-298.

⁷⁵¹ Günday, a.g.e., s. 315; Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde idarenin güzergah belirleme yetkisinin sınırsız kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Özenç, a.g.m., s. 88 vd.

⁷⁵² Rousset, a.g.e., s. 99; Ölçülülük ilkesinin aşılması re’sen icra eylemlerini hukuka aykırı birer haksız fiil haline getirir. Şeker, a.g.m., s. 31; *Action française* kararında belirlenen fiili yol şartları, 2013 yılında verilen Bergoend kararıyla değişmektedir. Bkz. *Infra* s. 227 vd.

kullandığı zor yetersiz kalırsa “direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç” kullanabilir. Hatta, “kanunî şartları gerçekleştiğinde polis, silah kullanılabilir” denmektedir. Ancak her halükarda polis, “bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde” güç kullanma yetkisine sahiptir.

Durumun gerektirdiğinden daha fazla güç kullanılması ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır⁷⁵³. Hatta, görevini ifa ederken polise saldırı olması durumunda, polis yine “saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde” güç kullanma yetkisine sahiptir.

Re'sen icra yetkisine başvurulmak suretiyle ölçülülük ilkesinin ihlaline, toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında idarenin orantısız müdahalesi örnek verilebilir. Konu hakkında, hem Danıştay’ın hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ölçüsüz güç kullanılması değerlendirmesini içeren kararları bulunmaktadır⁷⁵⁴. AİHM’nin *Aytaş v. Türkiye* kararına⁷⁵⁵ konu olayda başvurucular, yüksek öğretime ilişkin bir yasa tasarını protesto etmek maksadıyla düzenlenen bir gösteriye katılmışlardır. Polis, eylemcileri slogan atmadan, pankart veya flama taşımadan basın açıklaması yapabilecekleri hususunda uyarılmıştır. Eylemcilerin, uyarıyı dikkate almadan gösteriye devam etmeleri üzerine, polis göstericilerden gösteriye son vermelerini ve dağılmalarını talep etmiştir. Uyarıların dikkate alınmaması üzerine polis, göstericileri dağıtmak için güç ve biber gazı kullanmış ve eylemcilerin bir çoğunu göz altına almıştır. AİHM, AİHS’nin 11. maddesi ile güvence altına alınan toplantı özgürlüğünün kolluk kuvvetleri tarafından dikkate alınmadığı ve gösteriye müdahale sırasında kullanılan gücün orantısız olduğu sonucuna ulaşmıştır⁷⁵⁶. Mahkeme ayrıca, yakalanmış bir eylemciye göz yaşartıcı gaz

⁷⁵³ Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvuru üzerine verdiği kararda ruh ve sinir hastalıkları hastanesine götürülen şizofreni hastasına kolluk kuvvetleri tarafından orantısız güç kullanılmasından dolayı meydana gelen zarardan idareyi sorumlu tutmuştur. AYM Kararı, 19.04.2017, *Esma Çelebi Başvurusu*, 2014/17951, (<http://www.resmigazete.gov.tr> - 2 Haziran 2018).

⁷⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi orantılılık ilkesine ilişkin olarak, meşru amaca ulaşmada özgürlüğü en az düzeyde kısıtlayacak yöntemin seçilmesi gerektiği yönünde değerlendirmede bulunmaktadır. AİHM 2. Bölüm Kararı, 7 Aralık 2010, *Poyraz/Türkiye Davası*, N° 15966/66, p. 63 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 11 Temmuz 2018); Ayrıca bkz. Özenç, a.g.m., s. 114.

⁷⁵⁵ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 8 Aralık 2009, *Aytaş vd. Türkiye*, N° 6758/05 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

⁷⁵⁶ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 8 Aralık 2009, *Aytaş vd. Türkiye*, N° 6758/05, s. 6 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

sıkılmasını⁷⁵⁷, göstericiye sert darbelerle vurulmasını⁷⁵⁸, eylemcinin saçının çekilmesini⁷⁵⁹ ve eylemcilerin yaralanmasına sebebiyet verilmesini⁷⁶⁰ orantısız güç kullanımı olarak değerlendirerek, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır. AİHM ayrıca, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda öngörülen bildirim şartının yerine getirilmemiş olmasının tek başına toplanma özgürlüğüne müdahaleyi ve gösteri yürüyüşünün dağıtılmasını haklı kılmadığına kanaat getirmektedir. Mahkeme bu açıdan, göstericilerin şiddete başvurmadıkları durumlarda, kamu idarelerinin, AİHS'nin 11. maddesine uygun olarak, barışçıl gösterilere hoşgörü göstermesi gerektiği görüşündedir⁷⁶¹. Son olarak, *Karatepe ve diğerleri-Türkiye* davasında Mahkeme, polisin gösteriye müdahale sırasında kaba kuvvet uygulamak suretiyle orantısız güç kullanmasını 11. maddenin ihlali olarak görmektedir⁷⁶².

Danıştay da, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale sırasında ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerektiğini ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapılan bu müdahalede, amaç ile araç arasında orantı bulunması gerektiğini belirtmektedir: "Toplantı düzenleme özgürlüğünün sınırlanmasında, "amaç"; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç islenmesinin önlenmesi; "araç" ise, toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıdır. Toplantının düzenlenmesi halinde, amacın gerçekleştirilmesi (örneğin, kamu düzeninin sağlanması veya suç islenmesinin önlenmesi) imkânsız hale gelecek ise, erteleme veya yasaklamanın zorunluluğundan bahsedilebilecektir. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin varlığından söz edebilmek için, zorunluluk yeterli olmamakta; yukarıda aktarıldığı gibi, amaç ile araç arasında makul bir oranın bulunması da gerekmektedir"⁷⁶³. Mahkeme ayrıca cezaevinde çıkan isyan sonucunda mahkumlara

⁷⁵⁷ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 9 Kasım 2010, *Timtik-Türkiye*, N° 12503/06, s. 5 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018); AİHM İkinci Dairesinin Kararı, 10 Nisan 2012, *Ali Güneş-Türkiye*, N° 9829/07, p. 46 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

⁷⁵⁸ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 20 Ekim 2009, *Kop-Türkiye*, N° 12728/05, s. 5 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

⁷⁵⁹ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 18 Eylül 2008, *Dur-Türkiye*, N° 34027/03, p. 40 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

⁷⁶⁰ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 24 Temmuz 2012, *İbrahim Ergün v. Türkiye*, N°238/06, p. 52, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

⁷⁶¹ AİHM 2. Dairesinin Kararı, 29 Kasım 2007, *Balçık ve diğerleri/Türkiye*, N° 25/02, s.7. (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 1 Haziran 2018).

⁷⁶² AİHM 2. Dairesinin Kararı, 7 Nisan 2009, *Karatepe ve diğerleri -Türkiye*, N° 33112/04, 36110/04, 40190/04, 41469/04 ve 41471/04, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 2 Haziran 2018).

⁷⁶³ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 25 Eylül 2017); Danıştay 1. Dairesi de ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak

karşı yapılan müdahalenin cezaevinde huzur ve sükunun sağlanması için gerekli olsa da, belirtilen amaçla bağdaşmayacak şekilde aşırı güç kullanılmasının gereksiz ve ölçsüz olduğu sonucuna ulaşarak oluşan zarardan idareyi sorumlu tutmuştur⁷⁶⁴.

Dolayısıyla, bir idari kararın re'sen icrası sırasında “amaçlara uygun araçların seçilmesi” gerekmektedir⁷⁶⁵. Ancak amaçlara uygun araçlar seçilirken, idari makamın, meşru hedefe ulaşmada mümkün olan en hafif şiddetteki önleme başvurusu şarttır⁷⁶⁶. İdarenin ölçsüz müdahalesi, re'sen icranın hukuka aykırılığına neden olmakta ve sorumluluğuna yol açmaktadır.

C. Re'sen İcra Yetkisinin Sınırları

Re'sen icra şartlarının gerçekleşmemesi halinde idarenin işlemini uygulamaya yönelmesi hukuka aykırı olacaktır. Çalışmanın bu kısmında re'sen icra şartlarının dışında idarenin kararını uygulamasına engel olan, onun sınırını oluşturan diğer hallere değinilmektedir. Bu sınırlar Anayasal hükümlerden, yasalardan ve re'sen icraya konu idari işlemin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu haller, sırasıyla, re'sen icranın yasaklanmış olması (1), re'sen icra için mahkeme kararının gerekmesi (2) ve idarenin özel hukuk alanına ilişkin uygulamalarıdır (3).

1. Re'sen İcra'nın Yasaklanmış Olması

İdareye belli bir konuda karar alma yetkisi veren kanunlar çoğunlukla re'sen icraya yasak alanları belirlemek yerine, idari uygulamaya tabi konuları belirlemektedir.

bir kanun tasarısı hakkındaki mütalaasında “Toplantı ve gösteri yürüyüşleri kanununun 4. madde(s) (d) bendinde sözü edilen görüşmelerde, öngörülen yasaklara uyması, kamu düzenini bozma, güvenlik gereklerini ihlal etme gibi durumların ortaya çıkması veya ihtimalinin belirmesi hallerinde mahallin en büyük mülki idare amirinin, durumun gerektirdiği önlemleri alabileceği, ancak bu önlemlerin söz konusu sohbet toplantılarının yapılmasına imkan vermeyecek boyutlarda olmaması gerektiği” şeklinde değerlendirmede bulunmaktadır. Danıştay 1. Dairesi, T. 14/06/1990, E. 1990/61, K.1990/95 (<http://www.kararara.com> - 2 Haziran 2018).

⁷⁶⁴ Danıştay İDDGK Kararı, T. 02.12.2013, E. 2010/2741, K. 2013/4312 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 2 Haziran 2018).

⁷⁶⁵ Rousset, a.g.e., s. 98.

⁷⁶⁶ AİHM 2. Bölüm Kararı, 7 Aralık 2010, *Poyraz/Türkiye Davası*, N° 15966/66, p. 63 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur> - 11 Temmuz 2018); Ayrıca bkz. Özenç, a.g.m., s. 114. Ayrıca bkz. Yücel Oğurlu, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, Erzurum: *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı:1-2, (2000), s. 148.

Bu durum, gerek idare hukukunun mantığına gerekse yetkilerin istisnailiği kuralına uygun düşmektedir. Zira, bireyler bakımından özgürlük esas kısıtlama istisnai iken, idare bakımından kısıtlama esas yetkiler istisnaidir⁷⁶⁷.

İdarenin re'sen icra yetkisini kullanması aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi anlamına gelmektedir⁷⁶⁸. Bu yüzden, temel hak ve özgürlükler için anayasa koyucu tarafından oluşturulan sınır, re'sen icra yetkisi için de geçerlidir. Bu sınırın re'sen icra yetkisi ile aşılması için Anayasada öngörülmüş koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak bir temel hak ve özgürlüğe dokunulması yasaklanmışsa, idarenin re'sen icra yetkisini kullanarak bu yasağa aykırı davranması hukuka aykırı olacaktır.

Anayasanın 17. maddesine göre “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz⁷⁶⁹. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararında ebeveynlerinin rızası olmadan çocuğa aşı yapılmasının hukuka uygun olmadığına kanaat getirmiştir:

“Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi noktasında da kamu makamları ve başvuru arasında görüş birliği bulunmamakla birlikte, esasen uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli

⁷⁶⁷ AYM Kararı, T. 26.11.1986, E. 1985/8, K. 1986/27, AYMKDG, S. 22, s. 366; Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku*, a.g.e., s. 117; Bunun doğal bir sonucu olarak yetkiler dar hürriyetler ise geniş yorumlanır. Gözler, *Yorum İlkeleri*, a.g.e., s. 88.

⁷⁶⁸ De Boulois, a.g.e., s. 64.

⁷⁶⁹ AYM Kararı, T. 15.10.2015, *Ahmet Acartürk Başvurusu*, N° 2013/2084, p. 70: “Somut olayda başvuru ve eşinin 12/4/2004 tarihinde IVF-ET ve embriyo transferi işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzaladıkları, bu belgede IVF-ET işleminin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonlarından bahsedildiği ayrıca kadın açısından yapılacak işlemler ve gelişebilecek risklerin belirtildiği görülmüştür. Ancak anılan belgede başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonu hakkında hiçbir bilgilendirme veya açıklama bulunmamaktadır. Hastalara uygulanacak her bir işlem ve tedavi yönünden hastanın aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğünün hekim ya da hastanede olduğuna kuşku bulunmayıp başvuru ve eşinin, Mikro TESE operasyonunun tıbbi sonuçları, sağlığı için taşıdığı riskler ve doğuracağı olası istenmeyen durumlar hakkında aydınlatıldığına dair rızasını içeren bir belgenin adı geçen Mahkeme dosyasına sunulmadığı anlaşılmıştır. Bunun yanı sıra Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 27/4/2010 tarihli ve E.2007/344, 2010/120 sayılı kararı incelendiğinde başvuru ve eşinin anılan operasyon hakkında bilgilendirilmediği iddiası hakkında hiçbir değerlendirme ve gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Anılan karar onayan Yargıtay ilamında da bahsedilen iddiaya yönelik bir değerlendirme yer almamaktadır. Dolayısıyla başvuru ve eşinin operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilemez.” (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/> - 11 Temmuz 2018).

geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden söz konusu düzenlemenin, somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması olanaklı değildir. Aksinin kabulü halinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir”⁷⁷⁰.

Anayasanın 21. maddesine göre “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz”⁷⁷¹. 30. maddeye göre “Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz”. 42. maddede ise “Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez” hükmüne yer verilmiştir. 66. maddeye göre “Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz”. Son olarak, 70. madde uyarınca kamu hizmetlerine girmede, “görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”. Hükümlerin yazılış biçiminden, bir kısmının herkesi muhatap aldığı, bir kısmının ise doğrudan idareyi muhatap aldığı görülebilir. Örneğin kamu hizmetlerine girmede ayrımcılık yapılamayacağı kuralı sadece idareye veya onun açıkça yetkilendirdiği kişilere yönelik olabilir. Bu hükümler, bu konularda açık yasaklar koymanın yanında ayrıca birer re'sen icra yasağı da öngörmüş olmaktadır.

Kanunlarımızda da re'sen icra yasağı anlamına gelebilecek hükümler

⁷⁷⁰ AYM Kararı, T. 11.11.2015, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, N° 2013/1789, p. 68. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> - 11 Temmuz 2018).

⁷⁷¹ AYM Kararı, T. 11.10.1965, E. 1965/18, K. 1965/53, RG. 29.3.1966 - 12263: “...kişi dokunulmazlığının ve hürriyetinin usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamayacağı, kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı, konut dokunulmazlığının ihlâl edilemeyeceği, tutuklanamayacağı birer Anayasa kuralıdır. Anayasa ile münhasıran hâkime verilen bu yetkilerin hâkim olmayan memurlar ve idare meclisleri tarafından kullanılmasına açıkça cevaz veren bir kanunun Anayasa'ya uygunluğu elbette kabul edilemez”. (<https://www.kararara.com> - 2 Haziran 2018).

bulunmaktadır. Örneğin, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanununun 36. maddesi kuduzla yakalanan hayvanların öldürülmesi ve imha edilmesi konusunda idareye yetki vermektedir. Buna göre, hayvanların öldürülmesine sahipleri muvafakat etmezlerse masrafları kendilerine ait olmak üzere müşahede altında tutulabilirler. Hükümden de anlaşılacağı üzere, sahipleri muvafakat etmezse idare kuduz hayvanları imha edemeyecektir. Yani kanun, idarenin doğrudan re'sen icra yetkisine başvurmasını yasaklamış ve bu yetkinin kullanımını ilgilinin rızasına bağlamıştır.

2. Re'sen İcra İçin Mahkeme Kararının Gerekmesi

İdarenin, bir kararın yürütülmesi için kanunla açıkça yetkilendirilmediği durumlarda (acil durum ve istisnai haller haricinde) re'sen icraya başvurabilmek için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili konuların hassasiyeti, anayasa koyucuyu hakim kararının gerekli olduğu durumları açıkça düzenlemeye sevk etmiştir. Zira, idarenin gücü temel hak ve özgürlükler rejiminin eşğine kadar geçerlidir⁷⁷². Bu bakımdan Anayasada bir çok hükmün idarenin harekete geçebilmesi için mahkeme veya hakim kararının varlığını şart koştuğu görülmektedir. Kamulaştırma işleminin uygulanması için mahkeme kararının gerektiğinden daha önce söz edilmişti. Bu kısımda idarenin re'sen icraya başvurması için Anayasanın, bir mahkeme kararının varlığını gerekli gördüğü diğer durumlar ele alınmaktadır.

Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesine göre, “Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş *hâkim kararı olmadıkça*;... kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz”. Kolluk tarafından yapılan arama ise önleme ve adli arama olarak ikiye ayrılmakta, bunlardan önleme aramasının idari niteliğe sahip olduğu belirtilmektedir⁷⁷³. Önleme araması, kamu düzenini tehlikeye sokan kişi veya eşyaları tespit etmek, genel emniyet ve asayişini sağlamak amacıyla yapılan bir idari kolluk

⁷⁷² Schwartzenberg, a.g.e., s. 62.

⁷⁷³ “Önleme araması idari bir işlem olsa da kural olarak hakim kararıyla yapılmalıdır”. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin Kararı, T. 12.09.2013, E. 2013/9-841, (K. 2014/513 <https://www.kararara.com> - 26 Nisan 2018); Ergin Kılıç, *Türk Hukukunda Adli ve İdari Aramalar*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2004, s. 124.

faaliyeti olarak nitelenmektedir⁷⁷⁴. Bununla beraber her ne kadar önleme araması idari niteliğe sahip olsa da, öncelikle hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca olan hallerde de mülki amirin yazılı izniyle yapılabilmektedir⁷⁷⁵. Anayasa Mahkemesi de hakim kararı şartının sadece adli aramalar için değil, ayrıca idari nitelikteki önleme aramaları için de geçerli olduğunu teyit etmektedir: “*Anayasa'nın 20. maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hakim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez*”⁷⁷⁶. Bu durumda, önleme aramasının yapılması gerektiği hallerde, mahkeme kararı olmadan idarenin re'sen icraya yönelmesi hukuka aykırı olmaktadır.

Anayasanın 21. maddesine göre, “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş *hâkim kararı olmadıkça*; ...kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz”⁷⁷⁷. Dolayısıyla, idare, asli görevlerinden olan kamu düzenini sağlamak için olsa bile, doğrudan konut dokunulmazlığına müdahale edemez, mahkeme kararı olmadıkça bireylerin konutuna giremez.

⁷⁷⁴ İdari kolluk kural olarak, önleyici niteliktedir. Kamu düzeninin bozulmasından ve suç işlenmesinden önce harekete geçer. Rivero, Waline, a.g.e., s. 438. Önleyici niteliğin eleştirisi için bkz. Gözler, İdare Hukuku, C. II, a.g.e., s. 279.

⁷⁷⁵ Adli ve İdari Aramaları Yönetmeliği Madde 20 -“Yönetmeliğin 8 inci maddesi, 9 uncu maddesinin birinci fıkrası ve 25 inci maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, önleme aramalarında işlemin yapılacağı kanunda belirtilen umumî ve umuma açık yerlerde makul sebeplerin oluştuğunu ve millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacının ortaya çıktığını ve tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlenmeler, kolluk tarafından önceden tespit edilir ve aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte o yer mülkî amirine, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak iletilir. Yetkili merci, kolluğun talebini uygun bulursa, hâkimden arama kararı talep eder; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı arama emri verir”.

⁷⁷⁶ AYM Kararı, T. 22.02.2006, E. 2003/29, K. 2006/24 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 26 Nisan 2018).

⁷⁷⁷ AYM Kararı, T. 11.10.1965, E. 1965/18, K. 1965/53, RG. 29.3.1966 - 12263: “...kişi dokunulmazlığının ve hürriyetinin usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamayacağı, kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı, konut dokunulmazlığının ihlâl edilemeyeceği, tutuklanamayacağı birer Anayasa kuralıdır. Anayasa ile münhasıran hâkime verilen bu yetkilerin hâkim olmayan memurlar ve idare meclisleri tarafından kullanılmasına açıkça cevaz veren bir kanunun Anayasa'ya uygunluğu elbette kabul edilemez”.

(<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 2 Haziran 2018).

Anayasanın 23. maddesi ise, vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetine idarenin müdahale edebilmesi için hakim kararının varlığını gerekli görmektedir⁷⁷⁸. Keza 33. maddeye göre, bir derneğin kapatılması veya faaliyetten alıkonulması için yine mahkeme kararı gereklidir⁷⁷⁹. Basın hürriyetinin düzenlenmiş olduğu 28. maddede “Türkiye’de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir” dendiikten sonra, kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayını yasaklamakta ve bunların hâkim kararıyla toplanabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, hükümde geçen şartlara aykırı yapılmış yayınlar yasaklanmış olsa bile idarenin, doğrudan bu yayınların toplanması için hareket geçmesi hukuka aykırı olacaktır. İdarenin harekete geçmesi için mahkeme kararı gerekmektedir.

Benzer bir düzenlemenin yer aldığı 29. maddede süreli veya süresiz yayının önceden izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamayacağı öngörülmüştür. Hükme göre, süreli yayın çıkarabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. “Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, *yayının durdurulması için mahkemeye başvurur*”. Dolayısıyla idarenin kendisi, bir yayının aykırılığını tespit edip bu yayının durdurulması kararını veremez. Bu bakımdan, mevzuatımızda özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin hususlarda idarenin prensip olarak re'sen uygulama yasağına tabi olduğunu belirtmek mümkün görünmektedir.

⁷⁷⁸ “Anayasanın 23. maddesinde, hakim kararı olmadan vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin kısıtlanamayacağına ilişkin ... 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesine dayanarak pasaport verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanlığı işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında” Danıştay İDDGK Kararı, T. 31.01.2013, E. 2008/921, K. 2013/314 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 2 Haziran 2018); Ayrıca bkz. Bilgisayar kayıtlarındaki hata nedeniyle askerliğini yapmış gözükmeyen davacının seyahat hürriyetinin engellenmesi hakkında Danıştay 10. Dairesinin Karar, T. 24.2.1998, E. 1996/5023, K.1998/807, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 2 Haziran 2018).

⁷⁷⁹ “Hukukumuzda şirketler dışındaki sendika, dernek gibi özel hukuk tüzel kişiliklerinin oluşumu izin koşuluna bağlanmamıştır... Anayasal ve ilgili yasal düzenlemelerde genel olarak idarenin anılan tüzel kişiliklerin kuruluş ve faaliyetlerine müdahale etmemesi esası benimsenmiştir. Dolayısıyla anılan tüzel kişiliklerin kuruluş ve faaliyetlerine idarenin genel kolluk yetkisini kullanmak suretiyle müdahalesi mümkün değildir. Söz konusu özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyetlerinin durdurulmasına, kapatılmasına ancak yetkili adliye mahkemesince karar verilebilir...”

Sendikalaşma girişimleri üzerine oluşan kuruluşların faaliyetlerini yasaya aykırı bulan idarenin görevi mahkemeye başvurmakla sınırlı olup; Valilerin sendika tüzüğüyle ibraz edilen diğer kuruluş belgelerini herhangi bir gerekçe göstererek kabul etmeme, işleme koymama, kuruculara iade etme veya faaliyetlerini engelleme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır” Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 07.11.1994, E. 1994/3626, K. 1994/5486 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 30 Mayıs 2018).

Söz konusu anayasal hükümler çoğunlukla adli durumlar için hakim kararının gereğini ortaya koyuyor gibi görünseler de, madde metinlerinde “kamu düzeni”, “genel sağlık” ve “genel ahlak”ın korunması gibi idare tarafından yürütülen kolluk faaliyetinin öğelerine yer vermek suretiyle aynı yasakları idare için de öngörmüş olmaktadır. Dolayısıyla, idari nitelikte bir faaliyetin yürütülmesi için bile hakim kararı olmadan idare özel hayata müdahale edemez, bireylerin konutuna giremez veya süreli yayını yasaklayıp toplayamaz. Bu bakımdan, adli kolluk için aranan mahkeme kararı şartının idari kolluk için de evleviyetle geçerli olduğunu belirtmek gerekir⁷⁸⁰. Anayasa koyucu yukarıda yer verilen hükümlerde temel hak ve özgürlükleri, idarenin müdahalesine kapatmış ve bunlara müdahaleyi idari faaliyetin yerine getirilmesi için olsa dahi hakim kararı şartına bağlamıştır. Böylelikle, idareye yönelik bir re'sen icra yasağı ortaya konmuştur. Yine bahsi geçen hükümlerde yer alan hakların sınırlandırılması için sınırlamanın kanunla yapılması ve Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlama sebeplerine uyulması gerekmektedir. Bu bakımdan, bu hakların sınırlandırılmasında mahkeme kararının aranması şartının aşılabilmesi için madde metninde bu şartın istisnasının düzenlenmesine izin verilmiş olmalıdır⁷⁸¹.

3. İdarenin Özel Hukuk Alanına İlişkin Uygulamaları

İdare, kamu hukukuna ilişkin karar ve işlemlerini yetkinin kullanımına ilişkin koşullar gerçekleşmişse uygulama yetkisine sahiptir. Re'sen icra yetkisi, idari nitelik barındıran işlemler için geçerlidir. Buna karşın idare, özel hukuk alanında da işlemler tesis etmekte, sözleşmeler yapmakta veya haksız fiillerde bulunabilmektedir. Ancak, idarenin özel hukuk alanına ilişkin işlemlerinde re'sen icra yetkisinden söz edilemez. İdare, bu tür işlemlerin yürütülmesi için yine hakime özellikle de adli yargıca başvurmak zorundadır. İdare, aynı şekilde özel hukuktan doğan alacaklarını re'sen tahsil

⁷⁸⁰ AYM Kararı, T. 11.10.1965, E. 1965/18, K. 1965/53, RG. 29.3.1966 – 12263: “Anayasa ile münhasıran hâkime verilen bu yetkilerin hâkim olmayan memurlar ve idare meclisleri tarafından kullanılmasına açıkça cevaz veren bir kanunun Anayasa'ya uygunluğu elbette kabul edilemez”. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 2 Haziran 2018).

⁷⁸¹ Örnek olarak Dernek kurma hürriyetinin düzenleyen 33. maddede gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kanunla bir merciin derneği faaliyetten men edebileceği öngörülmüştür: “...Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur”.

etmek yetkisinden yoksundur⁷⁸². Özel hukuk alanında tesis edilen işlemin bir idari işlem niteliği taşıması, söz konusu işlemin re'sen icraya konu olmasına engel teşkil etmektedir.

İdarenin özel hukuk işlemleri adli yargıya tabi olduğu gibi, bu işlemlerin uygulanmasından doğan davalar da adli yargıda görülmektedir. Bir kamu kurumunun ya da idari makamın kamu hizmeti ve idari fonksiyona dahil olmayan, özel hukuk alanında sonuç doğuran işlem ve eylemleri olabilir. Kamu kurum ve idarelerinin idari fonksiyona dahil olmayan medeni ve ticari nitelikteki tasarrufları, haksız fiilleri, özel mallarının idaresi, özel hukuk kapsamında yapılan ekonomik ve ticari nitelikteki faaliyetleri bunlara örnek oluşturur⁷⁸³. Bunun dışında, kamu iktisadi teşebbüslerinin bireyler ile kurduğu hukuki ilişkilerden doğan işlemlerinin de özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu özel hukuk olduğunda bireyin iradesi ile idarenin iradesi eşit ve aynı kurallara tabi olduğundan, idarenin, tek taraflı işlemini karşı tarafa zorla benimsetmesi söz konusu olamamaktadır⁷⁸⁴. İdare tarafından bu tür bir işlem tesis edilemeyeceği gibi aynı zamanda uygulanamamaktadır.

İdarenin kamu ihale hukuku kapsamında yaptığı ihalelerde, sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılan tasarrufların özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁵. Dolayısıyla, ihale sözleşmelerinin uygulanması ile ilgili işlemlerde idarenin re'sen icra yetkisinden söz edilememektedir. Bu bakımdan, bir üniversitenin ihtiyaç duyduğu araç gereçleri, ihale yoluyla satın alması ya da ihtiyaç duymadığı bir ulaşım aracını elden çıkarması, borçlar hukuku yani özel hukuk kapsamında ele alınmalıdır. Bahsi geçen işlemlerden dolayı bir uyuşmazlık çıkarsa örneğin idare alacağını alamazsa, kamusal icra yollarını değil adli icra yollarını takip etmek zorundadır. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında idarenin kamu hukuku alanındaki işlem ve eylemleri için idari yargının, özel hukuk alanındaki işlem ve

⁷⁸² Onar, a.g.e., s. 1463.

⁷⁸³ a.g.e., s. 581

⁷⁸⁴ De Boulois, a.g.e., s. 59, 61.

⁷⁸⁵ Danıştay İDDGK Kararı, T.07.03.2013, E. 2002/725, K. 2003/88, *Danıştay Kararları Dergisi*, 2003, S. 2, s. 97: "Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve Danıştay'ın süregelen içtihatlarına göre 2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemler 2886 sayılı yasayla düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tabi olup, ihale kararının kesinleşmesinden sonra müteahhit ile idare arasında akdedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemler ise anılan yasa ile düzenlenmeyip özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabidir". (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 31 Mayıs 2018); Ayrıca bkz. Atay, a.g.e., s. 557.

eylemleri için de adli yargının görevli olduğunu vurgulamıştır⁷⁸⁶. Bunun dışında Uyuşmazlık Mahkemesi⁷⁸⁷ ve Danıştay⁷⁸⁸ kararlarında, abonman sözleşmelerinin ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların adli yargıya tabi olduğu ifade edilmektedir.

Dolayısıyla, re'sen icra yetkisinin idarenin özel hukuk işlemleri bakımından başvurabileceği bir yetki olmadığı belirtilmelidir. Bu tür işlemlerinde bireylerle aynı hukuki konumda olduğundan, idare bir kamu gücü ayrıcalığı olan re'sen icra yetkisine başvuramamaktadır.



⁷⁸⁶ AYM Kararı, T. 25.05.1976, E. 1976/1, K. 1976/28, *AYM Kararları Dergisi*, S. 14, s. 184; Ayrıca AYM Kararı, T. 22.12.1988, E. 1988/5, K. 1988/55, RG. 25.07.1989, S. 20232, s. 54 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018).

⁷⁸⁷ “Atık su bedelinin bir tarifeye göre alınması ve bir abonman sözleşmesine dayalı olması da idareyle kişi arasında özel hukuk alanında bir alacak borç ilişkisinin varlığının kabulünü gerektirmektedir... Bu hizmet karşılığının, maliyet kar esasına dayalı olarak tarifeyle saptanması ve bunun temelini abonman sözleşmesinin oluşturması bakımından ödemelerin yapılmaması halinde tahsilatın 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre değil özel hukuk kurallarına göre yapılacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla atık su bedeli, özel hukuk alanındaki alacak borç ilişkisini içeren abonman sözleşmesine dayalı ve idarece düzenlenen bir tarife uyarınca alınan bir bedel olduğundan konuyla ilgili uyuşmazlığın çözümü adli yargı yerinin görevine girmektedir”. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 17.06.1996, E. 1996/33, K. 1996/76, RG. 08.07.1996, S. 22690, s. 8.

⁷⁸⁸ “Davalı idarenin abonman sözleşmesi imzalandıktan sonra kişilerle ilişkileri söz konusu sözleşmeyle sınırlı olarak özel hukuk hükümlerine tabi bulunmaktadır” Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 08.05.1996, E. 1995/3984, K. 1996/2258. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 17 Ekim 2017)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RE'SEN İCRA YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

Temel hak ve özgürlüklere müdahale, ister bireylerden gelsin ister idareden gelsin, hukuki güvenliğin en önemli teminatı etkin bir yargılama işlevidir⁷⁸⁹. İdarenin hukuka uygun veya aykırı fiillerinden zarar gören bireylerin zararlarının giderilmesi ve idarenin hukuka uygun hareket etmesinin sağlanması için yargının bağımsız ve tarafsız hareket etmesi ne kadar önemli ise yaptığı denetimin etkili ve tatmin edici nitelikte olması da o kadar önemlidir.

Re'sen icra kapsamında başvuru edilen tedbirler, bireyi bir haktan mahrum bırakma veya hakkı ortadan kaldırma yönünde kullanılmamalıdır⁷⁹⁰. İdarenin her zaman hukuka uygun davranma istek ve eğiliminde olduğu ileri sürülemeyeceğine göre, idari işlem ve eylemlerinin hukuki denetime tabi tutulması gerekmektedir⁷⁹¹. Çalışmamızın bu bölümünde, re'sen icra tasarruflarının yargısal denetimi, idari nitelikteki işlemlerin icrasının yargısal denetimi (I) ve idari niteliğini yitiren işlemlerin icrasının denetimi (II) şeklinde iki başlık altında ele alınmaktadır. Bu kapsamda idari kararların yürütülmesi sırasında meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar ve doğabilecek zararlar ile bunların denetleneceği yargısal yollar ortaya konmaya çalışılmaktadır.

⁷⁸⁹ Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. 11.

⁷⁹⁰ Nihoul, a.g.e., s. 490

⁷⁹¹ Oğurlu, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı", a.g.m., s. 145.

I. İDARİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLERİN İCRASININ DENETİMİ

İdarenin, tesis ettiği işlem kapsamında başvurduğu re'sen icra tasarruflarının, idari niteliklerini yitirmemesi durumunda, bu tasarruflardan doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir. Bir hukuk devletinde idarenin esasen hukuka aykırı hareket etmesi beklenmemektedir. Ancak bazen hukuk kurallarının yanlış yorumlanmasından, bazen de başka nedenlerden ötürü idarenin hukuka aykırı hareket etmesi mümkündür⁷⁹². İdare, aldığı karara uygun olarak bir re'sen icra tasarrufunda bulunmuş ve bu tasarruftan dolayı bir zarar ortaya çıkmışsa, meydana getirdiği zararlardan idarenin mali sorumluluğu kapsamında sorumlu olabilmektedir⁷⁹³. Zira idari kararın uygulanması sırasında idarenin temel prensiplerinden birisinin de “*risk ve tehlikeleri göze alarak hareket etmesi*” (*aux risques et périls*)⁷⁹⁴ olduğu kabul edilmektedir.

İdare tarafından icra edilen işlemin hukuka uygun bir şekilde icra edilip edilmesinden bağımsız olarak, bu icra faaliyeti dolayısıyla bir zarar ortaya çıkmamışsa idarenin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır⁷⁹⁵. Buna karşın, bir zarar doğmuş ve zarar ile idarenin eylemi arasında bağ kurulabiliyorsa idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Re'sen icra hukuku bakımından bu zararlar, hukuka uygun işlemin uygulanmasından veya hukuka aykırı işlemin uygulanmasından doğabilmektedir. *Birinci ihtimalde* idarenin kararı hukuka uygun olsa bile işlemin uygulanması sırasında bazı zararlar meydana gelebilmektedir. *İkinci ihtimalde* hem karar, hem kararın

⁷⁹² Kaplan, a.g.e., s. 15.

⁷⁹³ GAJA, N° 10, a.g.e., s. 66

⁷⁹⁴ Bu tespit Conseil d'Etat'ın *Olivier et Zimmerman* davasında yapılmıştır: İdare Basses-Pyrenées civarında bayındırlık işleri yaparken Olivier ve Zimmerman ortaklığına ait araziye işgal eder. Ayrıca idarenin yapmakta olduğu işten dolayı bu topraklar üzerinde çukurlar açılır. Konu ile ilgili 1892 yılına dayanan kanunun öngördüğü şartları taşımadığından dolayı idarenin fiilinin fiili yol teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Valilik idare tarafından yapılan eylemlerin hukuka uygunluğunu sağlamak için yol yapılan alanın etrafındaki 100 metre karelik alanın işgal edilebileceğine dair karar verir. Davacılar bu işleme karşı idari yargıda dava açarlar ve Valiliğin kararı iptal edilir. Davacılar ayrıca zararlarının giderilmesi için adli yargıda da dava açarlar. Valilik yetkisizlik itirazında bulunur. Ancak talebi Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından reddedilir. Davacılar aynı zamanda ilgili bakanlıktan tazminat talep etmiş ancak talepleri reddedilmiştir. Bu vesileyle Conseil d'Etat'da dava açılmıştır. Davayı idari yönden ele alan Conseil d'Etat ise “idare risk ve tehlikeleri göze alarak hareket eder ve hareket serbestisi üçüncü kişilerin haklarını sınırlandırmak amacıyla kullanılamaz” der. (Chinot, a.g.e., s. 108) Bu karar ile *Saint Just* kararı ayrılmaz ikili gibidir. Her iki kararın raportörlüğünü de Romieu yapmıştır. Chinot, a.g.e., s. 106. CE, 27 Şubat 1903, *Olivier et Zimmerman*, GAJA, s. 66; Dupond, a.g.e., s. 10.

⁷⁹⁵ “İdarenin tazmin sorumluluğu için, bir zararın doğması ve zararın, idarenin işlem ya da eyleminden kaynaklanması gerekir”. Danıştay, 10. Dairesinin Kararı, T. 10.10.2007, E. 2005/359, K. 2007/4631, DD, S. 118, s. 330-331 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Nisan 2018).

uygulanması için yapılan tasarruflar hukuka aykırı bir şekilde gelişmekte ve zarar ortaya çıkmaktadır. Bu son durumda kararın hukuka aykırı olması, uygulama tasarruflarının de hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaktadır. Zira bir idari işlemin icrası kapsamında yapılan eylemler, idari işlemin hukuki rejimine tabidir⁷⁹⁶. Danıştay 8. Dairesi de bir kararında, uygulamada ortaya çıkan yanlışlıklar nedeniyle iptal kararı verilemeyeceğini, iptal kararı verilebilmesi için işlemin icrası niteliğindeki eylemlerin değil, davaya konu olan işlemin hukuka aykırı olması gerektiğini belirtmektedir⁷⁹⁷. Bahsi geçen iki durumda idarenin başvurduğu tedbirler hukuken idari niteliklerini korumaya devam ettiğinden, yargısal denetimleri idari yargı tarafından yerine getirilmektedir. Bu kapsamda bu bölümde önce hukuka uygun idari işlemlerin icrasının denetimi (A) ele alındıktan sonra hukuka aykırı işlemlerin icrasının denetimine (B) geçilmektedir. Bu işlemlerin ve icra ameliyelerinin denetiminde yürütmenin durdurulması kurumunun yeri de (C) bu bölümde incelenmektedir.

A. Hukuka Uygun İdari İşlemlerin İcrasının Denetimi

İdarenin hukuka uygun bir karar almış olduğu durumlarda bile bu kararların uygulanması sırasında bazı aksaklıklar meydana gelebilir. Kararın yerine getirilmesi sırasındaki aksaklıklar da icra tasarruflarının sonucuna etki ederek idarenin sorumluluğuna yol açabilir. Örneğin, bir üniversitede yapılacak sınavlar için belli tarihlerin öngörülmesi durumunda hukuka uygun şekilde icrası öngörülen bir işlem tesis edilmiş olmaktadır. Ancak, sınavların yapılması sırasında, idarenin tarihlere uymaması veya sınavları takvimde öngörülme-yen gün ve saatlerde yapması durumunda kararın

⁷⁹⁶ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 120; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 651.

⁷⁹⁷ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 04.02.1993, E. 1992/1927, K. 1993/686: “Dava dosyası ve eklerinin incelenmesinden; mahkemece yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırıldığı; bilirkişi raporu sonucuna göre davalı idare işleminin hukuka uygun olduğu ancak uygulamada işlemle belirlenen 0.800 lt/sn'lik kısmın değil suyun tamamının Uğurcuk köyüne verildiği, işlem hukuka uygun olmakla birlikte uygulamayla işlemin amacından ayrılarak sonuçta hukuka aykırı durumun ortaya çıktığı gerekçesiyle dava konusu işlemin İdare Mahkemesince iptal edildiği anlaşılmıştır. Dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna varan mahkemenin uygulamada işlemden farklı olarak suyun tamamının verildiği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmesinde hukuka uygunluk yoktur. Uygulamaya karşı ilgililer her zaman idareye başvurup işlem doğrultusunda eylemin gerçekleştirilmesini isteyebilirler. Dava Konusu işlem sünnet yurdu pınarının 0.800 lt/sn lik kısmının Uğurcuk mezrasına ayrılmasına ilişkin olduğuna göre bu işlemin tartışılması ve buna göre karar verilmesi gerekirken, uygulamada ortaya çıkan yanlışlıklar nedeniyle iptal kararı verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir”. (<http://www.kararara.com> - 12 Haziran 2018); Danıştay'ın vardığı sonucun temelinde idari işleme karşı hem iptal hem tam yargı davası açılabilmesi, idari eyleme karşı ise sadece tam yargı davası açılabilmesi bulunmaktadır. Somut olayda da eylemin hukuka aykırı olması, işlemin iptali için yeterli bir sebep olarak kabul edilmemiştir.

kötü icrası söz konusudur. İdarenin aldığı kararı, gereğine uygun yerine getirmemesi veya icra ameliyesini eksik bir şekilde yerine getirmesi sorumluluğuna yol açabilmektedir. Bu ameliyeler çoğunlukla idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğuna yol açmaktadır. Hizmetin yerine getirilmesi sırasındaki aksaklık veya kusur⁷⁹⁸ aynı zamanda re'sen icranın yerine getirilmesi sırasındaki aksaklık ve kusur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, re'sen icra ameliyesinin idari karara aykırı şekilde, gecikmeli olarak veya kötü bir biçimde yerine getirilmesi veya hiç yerine getirilmemesi, idarenin kusurlu davranışı olarak kabul edilebilmekte ve sorumluluğuna yol açabilmektedir⁷⁹⁹.

İdarenin bir işlemi uygulaması sırasında başvurduğu eylem, işlemle olan bağlantısını koparmıyorsa bu durum, eylemin idari niteliğini ortadan kaldırmamakta⁸⁰⁰ ve uyuşmazlık idari yargıda görülmeye devam etmektedir. Bu açıdan, işlemin kötü icra edilmesi veya hiç icra edilmemesi şeklinde ortaya çıkan eylemler, idari işlemin öngördüğü biçimde uygulanmasalar bile idari işlemle olan bağımlı ortadan kaldırmamaktadır⁸⁰¹. Uyuşmazlık Mahkemesi de karayolunun seyrüsefere hazır bulundurulmamasından dolayı meydana gelen zararlar üzerine açılan davada, “Devletçe hazırlanan projesi gereğince yapılan karayolunun trafiğe elverişli halde bulundurulmaması işi idari bir tasarruf bulunmasına ve bu kabul idari fiil ve tasarruflardan hakkı muhtel olanlar tarafından açılacak davaların” idari yargıda görülmesine karar vermiştir⁸⁰². Bu bakımdan Uyuşmazlık Mahkemesi, plan ve projeleri idari işlem olarak değerlendirmekte ve uygulamasını da bu işlemin uzantısı niteliğindeki idari eylem olarak kabul etmiştir: “Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ve benzeri kamu kuruluşlarının verdikleri kararlar sonunda, plan ve projelere uygun olmak üzere tesisler

⁷⁹⁸ Danıştay İDDGK Kararı, T. 3.11.2014, E. 2012/1657, K. 2014/3421 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Nisan 2018); Danıştay 13. Dairesinin Kararı, T. 02.12.2005, E. 2005/2625, K. 2005/5753 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Nisan 2018); Danıştay 7. Dairesinin Kararı, T. 16.10.2002, E. 2000/4056, K. 2002/3285 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Nisan 2018); Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 25.2.1998, E. 1996/4292, K. 1998/833 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Nisan 2018); Ayrıca bkz. Günay, a.g.e., s. 370-371, Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 744-745. Özyay, a.g.e., s. 837-840.

⁷⁹⁹ Duran’a göre hukuka uygun idari işlemlerin uygulanmasından doğan zarar, idarenin hizmet kusuru sebebiyle meydana gelmişse, işlemin iptaline imkan olmadığından doğrudan tam yargı davası açılmalıdır. Lütfi Duran, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası – Tam Yargı Davası”, İstanbul: *İÜHFİM*, C. 33, S. 3-4, (1967), s. 11-12.

⁸⁰⁰ Ayanoğlu, a.g.e., s. 161.

⁸⁰¹ a.yer.

⁸⁰² Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 24.09.1955, E. 55/90, K. 55/100 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 160).

yaptırması olmaları veya bu tesisleri kullanmaları veya bu tesislere bakma yükümlülüklerinin olduğu ve bu yükümlülüklerle aykırı davranma hallerinin de idari kararlara dayanan fiillerin hiç veya gereği gibi yapılmama(sı)”⁸⁰³ şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir.⁸⁰⁴

İdarenin, icra ile yükümlü olduğu halde kararını icra etmemesi veya aldığı kararın gereğini yerine getirmemesi de idarenin sorumluluğuna yol açabilir. Danıştay’ın kararına konu olan olayda⁸⁰⁵ ruhsatsız olması nedeniyle bir binanın yıkılmasına karar verilmiş, ancak bina yıkılmadığı gibi iskan edilmesine de göz yumulmuştur. Neticede, bina kendiliğinden yıkılmış ve idare, ölenlerin yakınlarına tazminat ödenmek zorunda kalmıştır. Olayda, re’sen icra yükümlülüğü yerine getirilmediğinden idare, meydana gelen zararı karşılamak zorunda kalmıştır. Danıştay’ın bir diğer kararına konu olan olayda, askerliğini yapan davacının bakaya durumu kaldırılmış ancak, bu durum bilgisayar kayıtlarına işlenmediğinden davacının yurt dışına çıkmasına havalimanında engel olunmuştur. Danıştay da kararın gereğini yerine getirmeyen idarenin, zararı karşılamasına hükmetmiştir:

“Davacının bakaya durumunun kaldırıldığı Askerlik Şubesinin 26.12.1988 tarihli yazısıyla davalı idareye bildirilmiş, tahdit durumu ortadan kalkmış ve davacı da askerliğini tamamlayarak 31.5.1993 tarihinde geçici terhis belgesini almış olduğu halde; yurt dışına çıkış tahdidi bilgisayar kayıtlarından düşülmeyen ... davacının 8-12 Eylül 1993 tarihleri arasında Kıbrıs’ta yapılacak olan Matematik Sempozyumuna katılmak

⁸⁰³ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 18.11.1991, E. 1991/38, K. 1991/39 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 13 Mayıs 2018).

⁸⁰⁴ Uygulamada yargı makamları tarafından; plan ve projelerin kötü ifasında, eylemin idari nitelikte kabul edildiği buna karşın plan ve projeye aykırı eylemlerin ise haksız fiil olarak değerlendirildiği görülmektedir. Ayanoğlu, a.g.e., s. 162; Ayrıca bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 18.11.1991, E. 1991/38, K. 1991/39 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 162); Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, T. 01/04/2014, E. 2014/3980, K. 2014/5543 (<http://emsal.yargitay.gov.tr> - 27 Temmuz 2018); Başka bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, plan ve projelerin uygulanması sırasında bireylere zarar verilebileceğini belirtmektedir. Bu işler sırasında meydana gelen zararları da, hukuka uygun işlemlerin icrası kapsamında değerlendirmek mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.11.2013, E. 2013/556, K. 2013/1536: “İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümünün, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu... yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır”. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Ekim 2017); Bununla beraber yukarıda yer verilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararında bahsi geçen tasarrufun salt bir idari eylem olarak görülmesi de mümkündür.

⁸⁰⁵ Danıştay 6. Dairesinin kararı, T. 25.10.1993, E. 1992/4565, K. 1993/4462, DD, S. 89, s. 368 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Ekim 2017).

üzere 30 kadar meslektaşıyla gittiği havaalanında, bilgisayar kayıtları nedeniyle yurt dışına çıkışı engellenmiştir... Bilgisayar kayıtlarını düzenli bir şekilde tutmak ve güncellemek yükümlülüğündeki idarenin bu hizmetini gereğine uygun olarak yürütmemesi, davacının anayasaya teminat altına alınan, seyahat ve yurt dışında çıkma hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur”⁸⁰⁶.

Re'sen icranın, alınan karara uygun veya gereği gibi yerine getirilmemesi de idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Keza, idari kararın öngördüğü işlemin gecikmeli olarak yerine getirilmesi, aynı şekilde işlemde değil uygulamadan doğan bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁰⁷. Bu kapsamda, “öğrenci olan davacının, girmiş olduğu dersin notunun sehven fişlere işlenmemesi nedeniyle bir yıl geç mezun olmasından dolayı uğradığı maddi ve manevi zararın” idare tarafından karşılanmasına karar verildiği görülmektedir”⁸⁰⁸.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi, inşaat ruhsatına aykırı yapılan yapının, aykırılığın ilgili tarafından giderilmemesi durumunda idare tarafından yıktırılabilceğini hüküm altına almaktadır. Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğunun inceleme

⁸⁰⁶ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 24.02.1998, E. 1998/5023, K. 1998/807 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Ekim 2017). Benzer yönde bkz. Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 15.04.2004, E. 2004/672, K. 2004/1829: “İstanbul 6. İdare Mahkemesi 30.11.1995 tarih ve E. 1995/763, K. 1995/1598 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, davacılar... 'nin yerli Askerlik Şubesi olan ... Askerlik Şubesinde düzenlenen 12.10.1993 tarihli belge ile ihtiyata alındığı, yurt dışına çıkmasında askerlik nedeniyle herhangi bir engelin bulunmadığının bu belgede belirtilmiş olmasına karşın, bu bilginin havalimanındaki bilgisayar kayıtlarına girmemiş olması, başka bir anlatımla hizmetin geç işlemesi nedeniyle kullanılmayan uçak bileti bedeli kadar zarara uğranıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle, tazminat isteminin kabulüne, idareye başvuru tarihi olan 7.10.1994 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte 9.580.000-liranın davalı idareden tahsiline karar vermiştir.”; Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 25.02.1998, E. 1996/3181, K. 1998/834: “İdare Mahkemesince dosya üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonrasında düzenlenen raporda, davacının 2918 sayılı Yasa ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinin ilgili hükümlerini dikkate almayarak dikkatsiz, tedbirsiz ve kural dışı davranışı nedeniyle davacının kazanın meydana gelişinde %100 (yüzdeyüz) kusurlu bulunduğu tespit edildiğinden, bilirkişi raporunun karara dayanak alınacak nitelikte görülerek davanın reddine karar verilmiş ise de, yukarıda bahsi geçen üç ayrı raporda da belirtildiği üzere davalı idarenin herhangi bir yatay ve dikey işaretleme yapmadığı, uyarıcı levha koymadığı ve uçurumun bulunduğu yere bariyer yaptırmadığı tartışmasızdır. Bu haliyle, gerekli işaretlemeyi ve bariyeri yaptırmayan davalı idarenin kamu hizmetini eksik yapması nedeniyle hizmet kusuru işlediği açıktır.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> -29 Nisan 2018);

⁸⁰⁷ “Kamu idarelerinin, görmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, yasalara, hukuka uygun hareket ederek ve yürütülen hizmetin özelliğine göre, makul sayılabilecek süre içinde yapmaları gerekir. Yürütmekle görevli olduğu hizmeti makul sayılabilecek süre içinde yapmayarak geciktiren idarenin hizmeti kusurlu işlediğinin kabulü zorunlu olup; ... kişilerin uğradığı zararın... idarece tazmini gerektiği açık bulunmaktadır”. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 01.05.1984, E. 1984/1041, K. 1984/910 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> -29 Nisan 2018).

⁸⁰⁸ Danıştay İDDK Kararı, T. 14.04.2005, E. 2004/2413, K. 2005/249 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Nisan 2018).

sonunda anlaşılması halinde, mühür belediye veya valilikçe kaldırılmakta ve inşaatın devamına izin verilmektedir. İdarenin yapı üzerindeki mührü kaldırarak, inşaatın devamına izin vermesi bir idari karardır. Bu durumda, aykırılık ilgili tarafından giderilmiş olmasına rağmen idarenin yapıyı yıkarak kendi kararına uygun hareket etmemesi, kanun hükmünün ihlali ve re'sen icranın hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaktadır⁸⁰⁹.

Yıkılacak derecede tehlikeli yapının yıkımı sırasında, gereken tedbirlerin alınmaması ve yıkılacak bina dışında yapılara zarar verilmesi durumunda da, idare oluşan zarardan sorumlu tutulabilmektedir. Bu durumda yine re'sen icra, idari karara uygun bir şekilde yerine getirilmemektedir. Nitekim Danıştay, davacının evine bitişik binanın yıkımı esnasında bitişik binaların askıya alınması ve taş duvarların köşe bağlantı taşlarının bozulmaması için yıkımın itinalı gerçekleştirilmesi gerekirken alınan önlemler alınmaksızın geliş güzel yıkım yapılması sonucu davacıya ait binanın sağ beden duvarının özelliğinin kalmadığı olayda, idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir⁸¹⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi de, belediye tarafından verilmiş olan yıkım

⁸⁰⁹ Bununla beraber, Danıştay bir kararında yürürlükte bulunan plan hükümlerine aykırı inşa edilen yapının yıkılmasından sonra planın yargı merciince iptal edilmesinin ilgilinin bir kazanılmış hak ileri sürmesine engel olduğunu ifade etmiştir. Ancak hukuka aykırı şekilde plan oluşturulması idarenin kusurundan kaynaklandığından yapı sahibine yıkıma konu taşınmaz bedelinin ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bkz. Danıştay 14. Dairesinin Kararı, T. 28.02.2013, E. 2011/14794, K. 2013/1444: “Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin ve AİHM kararlarının birlikte değerlendirilmesinden; sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulması bakımından, yürürlükte bulunan plan hükümlerine aykırı olarak inşa edilen yapıların, yapının inşa edildiği tarihte yürürlükte bulunan plana ve ruhsata uygun olarak inşa edilse dahi, bu planın hukuka ve mevzuata aykırı olduğu tespit edilerek yargı merciince iptal edilmesi durumunda kazanılmış hakkın bulunmaması nedeniyle yıkılması gerekmektedir. Ancak; yıkım işlemi tesis edilmeden önce, hukuka aykırı bir şekilde plan oluşturan ve bu plana göre ruhsat veren idarenin kusurlu davranışı nedeniyle, iyi niyetli kişilere yıkıma konu taşınmaz bedelinin ödenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, taşınmazın bedelinin davacıya ödenmeden ruhsatsız yapının yıkımı yolunda tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesince davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet görülmemiştir”. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 10 Ekim 2017); Danıştay'ın kazanılmış hakka ilişkin bu kararı 2008 yılında verilmiş olan İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararı ile uyumlu değildir. Danıştay söz konusu kararında, hukuka aykırı düzenleyici işlemin yürürlükte olduğu dönemde inşa edilen daha sonra düzenleyici işlemin iptali ile hukuka aykırı hale gelen yapının kazanılmış hak oluşturduğu yönünde karar vermiştir. Danıştay İDDK Kararı, T. 23.10.2008, E. 2005/1721, K. 2008/1837: “Olayda ... imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının 10.11.1998 tarihinde verilmesine ve davacıya 25.12.1998 tarihinde yapı kullanma izni düzenlemesine karşın davalı idarece yapı bittikten sonra 1.11.2000 günlü işlemle inşaat ruhsatının iptal edildiği ve yapı tatil tutanağının 25.1.2001 tarihinde düzenlenerek yapının mühürlendiği anlaşıldığından davacının kazanılmış hakkının bulunduğu kabulü zorunludur.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 24 Mart 2018)

⁸¹⁰ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 23.11.1983, E. 1980/659, K. 1983/6724, (<http://www.kararara.com> - 3 Mayıs 2018); Benzer yönde bkz. Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 29.06.2004, E. 2004/596, K. 2004/3110: “Davalı idarelerin yapım ve onarımını yaptıkları alt yapı çalışmaları sırasında Karayolları Genel Müdürlüğü denetiminde bulunan yolun parke ve tretuarlarına zarar verdiği gerekçesiyle doğan uyuşmazlıkta, davalıların kamu hizmetini yerine getirmek için yaptıkları alt yapı çalışmaları sırasında

kararının yerine getirilmesi sırasında fenni usule aykırı hareket edilmesinden dolayı inşaat malzemesinin zarar gördüğü olayda, “zararın, Belediye Encümenine verilmiş bir idari karardan doğduğu” ve davanın, “idari bir kararın sonucu olan bir idari eylemden dolayı” açıldığı değerlendirilmesini yaparak, idari işlemin hukuka aykırı şekilde icra edilmesini idari nitelikte kabul ederek uyuşmazlığın çözülmesi işini idari yargıya havale etmektedir⁸¹¹.

571 sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 29. maddesinde, özürlüler uzman yardımcılığına atananların en az üç yıl çalışmak ve her yıl olumlu sicil almak kaydıyla açılacak yeterlik sınavına girme hakkını kazanacakları, sınavda başarılı olanların ise "özürlüler uzmanı" unvanını alacağı kuralı yer almaktadır. Atama işlemi, idareye aynı zamanda gerekli kadroları hazırlama görevi de yüklemektedir. Dolayısıyla bir idari karar, başka tasarrufların da yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ancak Danıştay'ın önüne gelen davada⁸¹², davacı, üç yıllık aşamadan geçerek yeterlilik sınavından başarılı olmuş ve atanmaya hak kazanmış olmasına rağmen, idare kadro hazırlama işini geç bir tarihte yapmış ve neticede adayın ataması da geç yapılmıştır. Danıştay, uzman yardımcılığı sınavını açan kurumun uzmanlığa atanma safhasına kadar kadrolarını hazır bulundurması gerektiğini belirterek, geç yerine getirilen ameliyelerden dolayı idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Dolayısıyla idarenin, kararın gereğinin yerine getirilmesi konusunda üstüne düşeni zamanında yapmadığı görülmektedir. İdarenin bu şekilde aldığı kararın gereklerini yerine getirmemesi veya kararın gereğini yerine getirirken kusurlu davranması, re'sen icra uygulamasının da kusurlu olarak yerine getirilmesi sonucunu doğurmakta ve idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Son olarak, idari kararın icrası sırasında, kararın gerekleri öngörüldüğü biçimde yerine getirilse bile, yani idare hukuka uygun işlemi gerekli özeni göstererek yerine getirirse bile, bu icra faaliyetinden bir zarar meydana gelebilmektedir. Uygulamada bu zararların, idare tarafından, kusursuz sorumluluk kapsamında tazmin ettirilmesi yoluna

hizmetin kötü işleyişi nedeniyle davacının denetiminde bulunan karayoluna zarar verildiği anlaşıldığından” zararın idarece tazminine karar verilmiştir. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 3 Mayıs 2018).

⁸¹¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 24.12.1960, E. 1960/50, K. 1960/53, RG. 10.02.1961 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 161).

⁸¹² Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 08.07.2005, E. 2003/6682, K. 2005/3464 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 29 Nisan 2018).

gidildiği görülmektedir⁸¹³. Bu tür durumlarda da, yapılan uygulama hukuka uygun bir idari karara dayandığından ve işlemin idari niteliği devam ettiğinden uyuşmazlık idari yargıda görülmeye devam etmektedir⁸¹⁴. Diğer yandan, hukuka uygun işlemin iptali söz konusu olamayacağından, idarenin kusurlu veya kusursuz biçimde ortaya çıkan icra tasarrufundan doğan zarar tam yargı davasına konu olmakta ve uyuşmazlık idari yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktadır⁸¹⁵.

B. Hukuka Aykırı İdari İşlemlerin İcrasının Denetimi

Hukuka aykırı idari işlemlerin icrasında hem idarenin tesis ettiği işlem, hem de işlemin uygulaması niteliğindeki eylem hukuka aykırıdır. Ancak hukuka aykırı şekilde icra edilen işlemlerde, işlemin uygulanması kapsamındaki eylem değil, eyleme dayanak olan idari işlem iptal davasına konu edilebilir⁸¹⁶. Bu şekilde, hukuka aykırı işlemin icrasının denetimi, icraya dayanak teşkil eden işlem üzerinden gerçekleşmiş olmaktadır⁸¹⁷. Zira, bir işlemin icrası sonucunda oluşan eylem, daha önce var olan prosedürün belirli bir aşamasını oluşturmaktadır ve asıl olan idari işlemdir⁸¹⁸. Bu

⁸¹³ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 23.06.1997, E. 1996/3996, K. 1997/2544: “Bomba imhası riskli hizmetlerdir. Yani idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonuç doğabilecektir. Bu nedenle, bomba imhası nedeniyle meydana gelen ölüm olayından dolayı ilgililerin uğradığı zararın idare mahkemesi kararında belirtildiği gibi hizmet kusuru ilkesine göre değil, yukarıda aktarılan kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018); Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 22.12.1969, E. 1965/4416, K. 1969/1705: “Fertlerin kamu mükellefiyetleri karşısında eşit olması, baraj yapımının ise toplumun yararlandığı bir hizmet niteliği göstermesi karşısında, davacının toplum lehine katlandığı istisnai nitelikteki zararın hakkaniyet ve nasafet esaslarına göre karşılanması gerektiğine” karar verilmiştir. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018).

⁸¹⁴ Chinot, a.g.e., s. 110.

⁸¹⁵ Lütfi Duran, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası – Tam Yargı Davası”, İstanbul: *İÜHFİM*, C. 33, S. 3-4, (1967), s. 11-12.

⁸¹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi de bir işlem kapsamında başvuru eyleminin yargılama usulü bakımından idari işlemden bağımsız olamayacağına, bu yüzden işlemin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 01.10.1966, E. 1966/23, K. 1966/26 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 112); Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 120; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 651.

⁸¹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi de ruhsatsız bir binanın yıkımı üzerine açılan davada, “dükkanların yıkımının; Belediye Encümenince 6785 sayılı İmar Kanununun 20. maddesi uyarınca verilen idari bir işleme dayalı olduğu(nun) tartışması” olduğunu belirttikten sonra, “dava konusu zararın ise; idari nitelikteki yıkım kararının yerine getirilmesinden kaynaklanmasına ve idari işleme dayalı bulunmasına göre, davanın görüm ve çözümünün idari yargı yerine ait olduğun ortadadır. Nitekim 2577 sayılı Yasanın 12. maddesi; bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava açma süresi içinde idari yargı yerinde tam yargı davası açılabilirliğini belirterek özel bir görev hükmü de getirmiştir” değerlendirmesinde bulunmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 03.12.1984, E. 1984/27, K. 1984/21 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 113).

⁸¹⁸ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 12.

yüzden, idari işlemin uygulanması sonucu çıkan uyuşmazlık, “idari işlemde doğan dava” niteliğinde kabul edilmektedir⁸¹⁹. İdari işlem ile onun uygulanması niteliğindeki eylem arasında var olan hukuki bağ, eylemin hukuka aykırılığının işlem üzerinden anlatılmasını gerekli kılmaktadır. İşlemin hukuka aykırı olması, aynı zamanda icrasının da hukuka aykırı olması sonucunu doğurmakta ve idarenin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Buna ilaveten, hukuka aykırı işlemin icrasında işlem iptal davasına konu olurken, işlemin uygulanması sonucu meydana gelen zarar tam yargı davasına konu olabilmektedir. Ancak, ilgilinin zararına yol açan hukuka aykırı işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda, bu iki dava türü çoğunlukla beraber açılmaktadır. Dolayısıyla, hukuka aykırı kararın uygulanmasından dolayı ilgilinin zarar görmesi durumunda idarenin kusurlu sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁸²⁰.

İdare tarafından icra edilen işlem hukuka aykırı olsa bile, idare tarafından geri alınmayabilir ve işlemin uygulanmasına devam edilebilir. Dolayısıyla işlem hukuka aykırı olsa bile etki ve sonuçlarını doğurmakta ve hukuk alanında olduğu gibi maddi alanda da değişiklik meydana getirmektedir. Bu yüzden, karar aşamasında kalmamış ve uygulamaya yansımış olan hukuka aykırı işlemlerin de incelenmesi gerekir. Yıkılma tehlikesi olmadığı halde bir yapının yıkılmasına karar verilmesi ve yıkım kararının uygulanması, kanuna aykırı bir kararla ağaçların kesilmesi, bir tarlaya mayın dökülmesi kararı ve mayınlama örneklerinde idarenin hukuka aykırı işlemi ve işlemin idare tarafından icrası söz konusudur⁸²¹. Başka bir deyişle, zarar görene yönelik bir idari işlem ve onun uygulanması söz konusudur⁸²². Uygulamada re'sen icra edilen işlemin

⁸¹⁹ Kazım Yenice, Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara: Arisan Matbaası, 1983, s. 399 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 111).

⁸²⁰ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 11.02.1967, E. 1966/3792, K. 1967/159: “Kamu hizmetlerinin yürütmekle görevli idarenin hukuka bağlılığı dolayısıyla mevzuata uygun kararlar alması gerekir. İdarenin kanuna aykırı bir karar vermesi hizmetin de fena olduğunu gösterir. İptali mucip böyle bir kararın, uygulanması da hizmetin iyi tanzim edilmediğini ve doğru işlemediğini gösterir”. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018); İdarenin hukuka aykırı olarak tesis ettiği işlemin yol açtığı zarar hizmet kusuru kapsamında değerlendirilerek idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 16.10.1993, E. 1992/1449, K. 1993/3681: “Hukuk devleti ilkesi yarıncı faaliyetlerini hukuka uygun biçimde yürütmek zorunda olan idarenin, hukuka aykırı eylem yapması, işlem tesis etmesi, kural olarak hizmet kusurudur. Sadece yetkisizlik veya şekle aykırılık nedeniyle hukuka aykırı biçimde tesis edilen, idari yargı yerince iptal edilmiş bulunan işlem yerine yeniden işlem tesis edilmesinin mümkün olması halinde, hizmet kusurundan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez. Ancak hukuka aykırı işlem veya eylemiyle bir hakkın ihlaline neden olan idarenin, hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü, ortaya çıkan hak ihlalini gidermesi, doğan zararı tazmin etmesi hukuk devleti ilkesi gereğidir.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018)

⁸²¹ Ayanoğlu, a.g.e., s. 107-108.

⁸²² a.yer.

hukuka aykırı olması durumunda, yargı makamlarının re'sen icraya konu idari işlemi iptal ettiği, re'sen icradan dolayı meydana gelen zararın ise tazminine karar verdiği görülmektedir. Re'sen icradan dolayı, bir zarar meydana gelmiyorsa sadece işlemin iptal edilmesi yoluna gidilmektedir. Nitekim, aşağıda verilen karar örneklerinde görüldüğü üzere hukuka aykırı olduğu tespit edilen idari işlemler yargı makamları tarafından iptal edilmekte ve bu suretle işlemin uygulaması niteliğindeki hukuka aykırı re'sen icra uygulamalarına da son verilmektedir. Hukuka aykırı işlemlerin uygulanmasından zarar meydana gelmiş ve bu zararın tazmini talep edilmişse, ayrıca zarardan dolayı idarenin sorumluluğuna da karar verildiği görülmektedir⁸²³. Zira “bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarına uyulmaması, hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini gösterir ve tazmin sorumluluğu doğurur”⁸²⁴.

İdarenin, kendisine yapılan talebin reddi biçiminde ortaya çıkan olumsuz işlemleri de idari işlem sayılmaktadır⁸²⁵. Red işlemi, idarenin açık bir biçimde ret cevabı vermesiyle gerçekleşebileceği gibi ilgilinin talebinin, kanunun öngördüğü süre boyunca sessiz kalınarak cevaplandırılmaması şeklinde de gerçekleşebilir⁸²⁶. Red işleminin hukuka aykırı olması, bu işleme dayanılarak yapılan uygulama işlemlerini hukuka aykırı hale getirir. Örnek olayda yaş haddini doldurduğundan emekliye sevk edilmesini talep eden davacının talebi reddedilmiş ve davacı, idarece çalıştırılmaya devam edilmiştir. Danıştay da “Kamu görevlisini yaş haddini doldurduğu halde çalıştırmaya devam eden ve personelinin sosyal güvenlik haklarını korumakla yükümlü olan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, hizmet kusuru nedeniyle davacının uğradığı zararı tazmin sorumluluğunun bulunduğu”na karar vermiştir⁸²⁷.

⁸²³ “Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılırsa da, bu aykırılığın tazminat sorumluluğunu gerektirmesi için davacının objektif ölçülere göre doğmuş bir zararın bulunması gerekeceği, 2547 sayılı Yasanın 44. maddesine dayanılarak yapılan ilişik kesme işleminin kesinleşen mahkeme kararıyla iptal edilmiş olması durumunda, objektif ölçülere göre bir zararın doğduğundan söz edilemeyeceği hakkında” Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 28.06.1990, E. 1990/981, K. 1990/812 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018).

⁸²⁴ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 30.12.1997, E. 1996/1914, K. 1997/3377 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018).

⁸²⁵ Tekinsoy, a.g.e., s. 175.

⁸²⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. 698-699.

⁸²⁷ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 30.06. 1999, E. 1999/1230, K. 1999/2392 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2017).

İdari işlemlerin, kendilerinden önce var olan ve hukuk kurallarınca belirlenmiş bir sebebe dayanması gerekmektedir⁸²⁸. Sebep gerçekleşmeden idarenin karar alıp uygulaması hukuka aykırı olacaktır. Örneğin 5901 sayılı Kanunun 33. maddesine göre vatandaşlığı iptal edilenlerin mallarının tasfiyesine karar verilebilmektedir⁸²⁹. İlgili, malların tasfiyesini kendisi gerçekleştirmez ise bu işlem, Hazine tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durumda, vatandaşlığın iptali gerçekleşmeden bireyin mallarının tasfiyesine girişilmesi hukuka aykırı olacaktır. Keza, İmar Kanununun 39. maddesi yıkılmaya yüz tutmuş binaların idare tarafından yıkılmasına imkan vermektedir. Böyle bir durumda bina, yıkılacak derece tehlikeli bir yapı arz etmiyorsa idarenin binayı yıkması hukuka aykırı olacaktır. Nitekim, Danıştay 6. Dairesi bir kararında, “idarenin eylemi sonucu davacının paydaşı olduğu binanın yıktırılması nedeniyle doğan zararın tazmini amacıyla açılan davada dilekçenin 2577 sayılı idari yargılama usulü kanununun 13. maddesi uyarınca ilgili mercie tevdi gerektiği(ne), yıkma eğilimli olmadığı saptanan binanın idarece yıktırılmasında hizmet kusuru açık olduğundan doğan zararın payları oranında davacılara ödenmesi gerektiği”ne⁸³⁰ hükmederek, yıkılacak derecede tehlikeli olmayan binanın yıkılmasını hukuka aykırı görmüştür. İdari işlemin sebep ile konu öğeleri arasında doğrudan bağlantı bulunduğundan, sebep unsurunun hukuka aykırılığı konu unsurunun da hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaktadır. Danıştay, bir önceki olaya benzer şekilde aşağıda verilen karara konu olayda, yıkılacak derecede tehlikeli olmayan yapının yıkılmasını hukuka aykırı görerek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir:

“Dava konusu yapının yıktırılmasına dayanak olan rapor; mahalli mahkemede yaptırılan tespit sonucu düzenlenen rapor karşısında kapsamı açısından yetersiz görüldüğünden bu rapora itibar edilerek yapının yıkılacak derecede tehlikeli olmadığı sonucuna varılmıştır.

İdare Hukukunun genel esaslarına göre, idarece yasalara aykırı şekilde karar verilmesi ve bu kararın uygulanması bir hizmet kusurudur. Olayda da yukarıda mevzuata aykırı olduğu saptanan kararı almakla ve bu kararı uygulamakla davalı belediye kusurlu hareket etmiştir. O halde, bu hatalı idare kararının uygulanması sonucu meydana gelen zararın davalı belediye tarafından ödenmesi zorunludur”.

⁸²⁸ Günday, a.g.e., s. 152.

⁸²⁹ a.g.e., s. 153.

⁸³⁰ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 26.12.1988 E. 1987/1547 K. 1988/1688 (<http://www.kararara.com> - 30 Nisan 2018).

Danıştay'ın 2010 yılında verdiği bir başka karara konu olayda ise, ilgili hakkında hakaret içerikli olduğu iddia edilen bir köşe yazısı kurumun ilan panosuna asılmaktadır. Davacı kişilik haklarının zedelendiğini öne sürerek kurumu hakkında manevi tazminat davası açar. Mahkeme, öncelikle davacının uğradığını ileri sürdüğü zararın idari eylemden mi, yoksa idarenin işleminden mi kaynaklandığının belirlenmesi gerektiğini belirtmekte ve “davacı hakkında gazetede yayınlanan köşe yazısının, kurumun ilan panosuna asılması(nın) idari bir işlem” olduğu tespitini yaptıktan sonra, “söz konusu haberin ilan panosunda beş gün asılı tutulmasının idari bir eylem” olduğuna karar verir⁸³¹. Dolayısıyla hukuka aykırı bir kararın, hukuka aykırı bir şekilde icrası söz konusudur. Olayda, zararın oluştuğuna kanaat getiren Danıştay, açılan davayı süre yönünden reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığına, dava dosyasının yeniden karar verilmek üzere idare mahkemesine gönderilmesine karar verir.

İdarenin kamu yararı amacı dışında hareket etmesi, kamusal yetkinin kişisel ya da politik kaygılarla kullanılması veya işlemin üçüncü kişilerin yararına tesis edilmesi, idari işlemin amaç ögesini sakatlamaktadır⁸³². Bu sakatlık yalnızca işlemle kalmamakta işlem kapsamında başvuru uygulamaları da hukuka aykırı hale getirmektedir. Örneğin, tek bir hanenin tatmin edilmesi için evin önünden geçen sokağın trafiğe kapatılması⁸³³ durumunda, kamusal yetkiler kamunun değil üçüncü kişilerin yararına kullanılmış olmaktadır. Tehlikeli binaların yıktırılması konusunda İmar Kanunu ile idareye tanınan yetkinin altında yatan nedenin de kişilerin can ver mal güvenliğinin korunması olduğu ifade edilmektedir⁸³⁴. İdarenin bu yetkisini kamu yararı amacı dışında kullanması hukuka aykırılık sonucunu doğurur⁸³⁵.

Dolayısıyla, iptal davasının konusu olan idari işlemin kendisi olsa da işlem veya işlem kapsamında başvuru eylem zarara yol açarak idarenin tazminat ödemesine neden olabilmektedir. Bununla birlikte, işlem idari niteliğini koruduğu, işlem ile eylem arasındaki bağ devam ettiği ve eylem bir fiili yola dönüşmediği için idarenin tasarrufu iptal veya tam yargı davasına bürünerek idari yargının görev alanına girmeye devam

⁸³¹ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 09.03.2010, E. 2007/4437, K. 2010/1839 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 30 Nisan 2018).

⁸³² Yıldırım, “İdari İşlem”, a.g.m., s. 464.

⁸³³ CE, 11 Mayıs 1984, *Maire de Calacuccia*, RDP, 1986, s. 275 (Nakleden-Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 1049).

⁸³⁴ Kaplan, a.g.e., s. 237.

⁸³⁵ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 27.05.1987, E. 1987/451, K. 1987/590, (<http://www.kararara.com> - 28 Mayıs 2018).

eder. İşlemin tazmini gerektiren bir zarara yol açmaması halinde, mahkemece verilecek iptal kararı hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için yeterli olmaktadır.

C. İdari İşlemlerin İcrasının Denetiminde Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Yeri

Hukuka uygunluk karinesi uyarınca idarenin aldığı karar, geri alınmaya veya yargı yerlerince iptal edilinceye kadar geçerliliğini sürdürebilmekte ve uygulanmaya devam edilebilmektedir. Bu yüzden, hakkında hukuka aykırılık iddiası olsa bile bir idari işlemin, hukuki ve fiili neticelerini dava sonuçlanıncaya kadar doğurması mümkündür⁸³⁶. Yürütmenin durdurulması gibi bir kurumun yokluğunda, iptal davasının sonuçlanmasının zaman alması nedeniyle, ilgili sonuçta davayı kazansa bile amacına veya hakkına tam olarak ulaşamamaktadır. Örneğin, hakkında yıkım kararı alınan bir yapı fiilen yıkıldıktan sonra davacının, yıkım kararına karşı açmış olduğu iptal davası, lehine sonuçlansa bile muhtemelen bu sonuç ilgili bakımından tatmin edici olmamaktadır. Böyle bir durumda, davacının tazminata hak kazanmış olması, haksızlığı veya hukuka aykırılığı ortadan kaldırmış olmamaktadır⁸³⁷.

Davaların esastan karara bağlanmasının genellikle uzun sürmesi, bu arada ilgililerin hak ve menfaatlerinin korunamaması ve hukuka aykırı idari kararlardan doğabilecek zararların önlenmesi ihtiyacından dolayı idari yargıca, yürütmenin durdurulması koşullarının gerçekleşmesi durumunda idari davaya konu edilen işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verme yetkisi tanındığı belirtilmektedir⁸³⁸. Bu yüzden yürütmenin durdurulması kararlarının hem zorunluluktan hem de ihtiyaçtan doğduğu ifade edilebilir. Bu kapsamda aşağıda önce yürütmenin durdurulması kararının re'sen icra bakımından önemi ele alınmakta (1) daha sonra da re'sen icra edilen işlemlerin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin kararlar incelenmekte (2) ve son olarak yürütmenin durdurulması kararlarının etkinliği konusu ele alınmaktadır (3).

⁸³⁶ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu*, 3. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 632.

⁸³⁷ Kaplan, a.g.e., s. 377.

⁸³⁸ Kaplan, a.g.e., s. 377; Kalabalık, a.g.e., s. 322; Ayrıca bkz. İYUK Madde 27: “Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.”;

1. Yürütmenin Durdurulması Kararının Re'sen İcra Bakımından Önemi

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine en önemli araçlardan biri de yargısal denetimdir. Hukuk kurallarının üstün olduğu bir toplumda idarenin hukuka aykırı uygulamalarının yargı organları tarafından denetlenerek hukuka uygunluğun sağlanması ayrıca hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur⁸³⁹.

İdari Yargılama Usul Kanununun 27. maddesinin ilk fıkrasına göre, bir idari işleme karşı idari yargıda dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmamaktadır⁸⁴⁰. Bunun için bir karara ihtiyaç vardır. Yürütmenin durdurulması kararı da iptal kararı gibi yargısal bir karardır. Ancak yürütmenin durdurulması talebi iptal davasından bağımsız olarak yapılamamaktadır. Bu talep, iptal davası açılırken yapılabileceği gibi dava açıldıktan sonra yeni bir dilekçe ile de yapılabilmektedir⁸⁴¹.

Yürütmenin durdurulması kararının re'sen icraya konu işlemin uygulanmasına engel olduğu ve re'sen icra prosedürünü askıya aldığı açıktır. Ancak, yürütmeyi durdurma kararlarının idari işlemin icrailik niteliğini mi etkilediği, yoksa sadece işlemin uygulanmasına mı engel olduğu konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, yürütmeyi durdurma kararlarının dava konusu işlemi yapıldığı andan önceki duruma getirdiğini, dolayısıyla icrailik aşamasını etkilediğini ileri sürmüştür⁸⁴². Bu konuda, iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının nitelik ve hukuki etkilerinin ortaya konmasının sorunun çözümüne katkı sunabilir. Uler, iptal kararları ile yürütmenin durdurulması kararları arasında nitelik farkı olduğunu belirtse de hukuki etkilerinin aynı olduğunu dile getirmektedir: “İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararlarını, bir idari davada, davacının istemi üzerine, yargı yerinin bir idari işlem ya da yargı kararının uygulanmasını dava sonuna kadar ertelemesi olarak tanımlayabiliriz... İptal kararları,

⁸³⁹ Bahadır Kılınc, *Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Ankara: Adil Yayınevi, 1998, s. 17.

⁸⁴⁰ Yürütmenin durdurulması, Anayasanın 125. maddesi ile İYUK'un 27. maddesinde aynı şekilde düzenlenmiştir: “İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.” Özay'ın hükme ilişkin eleştirisi için bkz. Özay, a.g.e., s. 409; Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. 120; Maurice Tourdias, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Paris: LGDJ, 1957, s. 5; Tam yargı davalarında verilen kararlar zararın tazmini amacıyla açılmış davalar sonucu verildiğinden bu kapsamda değerlendirilmemektedir.

⁸⁴¹ Gözübüyük Tan, dava açıldıktan sonra yürütmenin durdurulmasının her zaman talep edilebileceğini belirtmektedir. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, a.g.e., s. 971.

⁸⁴² Bkz. Yılmaz, a.g.e., s. 110; Kalabalık, a.g.e., s. 327; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 6. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2015, s. 501.

uyuşmazlığı çözen, kesin hüküm olabilen, işlemi ortadan kaldıran kararlar iken; yürütmenin durdurulması kararları, işlemin uygulanmasını erteleyen koruyucu tedbir niteliğinde ara kararlarıdır. Ancak, iptal ve yürütmenin durdurulması kararları, özellikle etkileri bakımından tam bir benzerlik gösterirler”⁸⁴³. Uler’in görüşünden hareket edilecek olursa, yürütmenin durdurulması kararlarının işlemin icrailik yönünü etkilemediği ancak işlemin icrasına engel olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak Uler, iptal ve yürütmeyi durdurma kararlarının aynı etkiye sahip olduğunu belirttiğinden, bundan yürütmenin durdurulması kararlarının işlemin icrailiğine son verdiği sonucunun çıkarılması da ihtimal dahilindedir. Yürütmenin durdurulması kararının, nihai karar olmamasına rağmen iptal kararı ile aynı etkiyi doğurması ise çelişkili bir durum olarak görülebilir⁸⁴⁴. Nitekim Onar, yürütmenin durdurulması kararının iptal kararı ile aynı etkiyi doğuramayacağını dile getirmekte ve nihai olmayan bir kararın nihai bir kararın sonuçlarını doğurmasını kabul edilemez bulmaktadır⁸⁴⁵. Onar’ın görüşünün gerçekçi bir yaklaşım barındırdığı açık olsa da, Danıştay’ın farklı bir görüşü benimsediği belirtilmektedir⁸⁴⁶. Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 1966 yılında verdiği kararında,

“İptal kararı, idari tasarrufu ve ona bağlı işlemleri ittihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırarak o tasarrufun ittihazından önceki hukuki durumu ortaya koyar.

Bir iptal davasında verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması kararı da aynı niteliktedir. Yani ortada henüz bir iptal kararı bulunmadığı halde, iptali istenen tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bu tasarruf ve işlemlerin ittihaz ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar”⁸⁴⁷

demek suretiyle yürütmenin durdurulması kararlarının, işlemin sadece re’sen icrasını değil, icrailik yönünü de etkilediği değerlendirilmesinde bulunduğu ileri sürülmüştür⁸⁴⁸. Danıştay’ın daha sonraki yıllarda verdiği kararlarında da benzer bir yaklaşım benimsediği görülmektedir⁸⁴⁹. Buna karşın, Danıştay’ın 1966 yılındaki kararında

⁸⁴³ Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 4.

⁸⁴⁴ Tekinsoy, a.g.e., s. 153.

⁸⁴⁵ “Kanaatimizce, fer’i ve geçici mahiyette bir ihtiyati tedbirden ibaret olan icranın tehiri kararının, ancak aslı davanın nihai kararının yani iptal hükmünün doğurabileceği bu kadar ağır bir etkisi ve hükmü olacağını kabule imkan yoktur”. Onar, a.g.e., s. 1971.

⁸⁴⁶ Tekinsoy, a.g.e., s. 155.

⁸⁴⁷ Danıştay DDK Kararı, 04.02.1966, E. 1965/473, K. 1966/yok (Nakleden, Uler, a.g.e., s.7; Tekinsoy, a.g.e., s. 157).

⁸⁴⁸ Tekinsoy, a.g.e., s. 157.

⁸⁴⁹ Danıştay İDDGK Kararı, T. 07.04.2011, E. 2007/557, K. 2011/212: “...yürütmenin durdurulması kararlarının dava konusu idari işlemin uygulanmasını durduran başka bir deyimle onun icrailik niteliğini

kullandığı ifade ve vurgulardan yürütmenin durdurulmasının icrailik niteliğini değil, re'sen icrayı engellediği sonucunun çıkarılması da mümkündür. Mahkeme, iptal kararının etkisini açıklarken hukuki durumun işlemin “ittihazından” önceki hukuki duruma geldiği vurgusunu yapmaktadır. Buna karşın yürütmenin durdurulması kararının, iptal kararı ile aynı nitelikte etki barındırdığını belirtse de, buna ilişkin değerlendirmesinde farklı ifadeler kullanmaktadır. Buna göre yürütmenin durdurulması kararı, idari “işlemleri durdurur” ve “icrasından” önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar. Dolayısıyla iptal davasında işlemin ortadan kaldırılması söz konusu iken; yürütmenin durdurulmasında, işlemin icrasının engellenmesi söz konusudur. Nitekim Mahkeme, iptal kararı için “ortadan kaldırmak” ifadesini kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kullanırken; yürütmenin durdurulması için iptali istenen tasarrufun sonucu olan işlemleri durdurmadan söz etmektedir. Bu açıdan mahkemenin kullandığı “işlemin ittihaz ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünün sağlanması” ifadesinin, işlemin ortadan kaldırılması anlamında görülmediği sonucu çıkmaktadır. Ortadan kaldırılmadığına göre, işlem hukuken varlığını sürdürmektedir. Bu ise, işlemin icrai niteliğinin de sürdüğü, ancak yürütmenin durdurulması kararı verildiğinden dolayı işlemin hukuki sonuçlarının maddi aleme aktarılamayacağı şeklinde anlaşılmasına müsait görünmektedir.

Kanımızca da hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen işlem, hukuken varlığını devam ettirmekte, ancak hakkında yürütmenin durdurulması kararı verildiğinden re'sen icra edilememektedir. Yürütmenin durdurulması kararından dolayı uygulanamasa da, işlemin varlığına son verilmemiştir. Onar da yürütmenin durdurulması kararlarında, “icrai kararın ortaya koyduğu ve kapsadığı hukuki esasın ortadan kalkmadığını” sadece “icra ameliyelerinin” askıya alındığını belirtmektedir⁸⁵⁰.

askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlardır” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 12 Haziran 2018); Danıştay'ın içtihadı da, re'sen icra ile icrailik kavramlarını aynı anlamda kullanmak bakımından tartışmaya açıktır. Kararda kullanılan “uygulanmasını durdurmak” ifadesi re'sen icraya karşılık gelirken, Danıştay'ın bu ifadeyi “icrailik” ile eş anlamda kullandığı görülmektedir. Re'sen icra ile icrailik kavramlarının farklı hukuki durumları ifade ettiği birinci bölümde açıklanmıştır. Buna göre icrailik işlemin maddi alemde değil hukuk aleminde sonuç doğurmasıdır ve işlemin hukuken tamamlanmış olmasını ifade etmektedir. Kısacası icrailik, işlemin tesis edilmiş olması ve uygulanmaya hazır hale gelmiş olmasıdır. Buna karşın uygulama ve hukuk aleminde doğan sonuçların maddi aleme aktarılması, re'sen icranın konusudur.”; Benzer yönde bkz. Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 18.03.1997, E. 1997/230, K. 1997/605 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018).

⁸⁵⁰ “Yürütmenin durdurulması yani icrai kararın icrasının tehiri hakkındaki kararın hükmü idari kararı ortadan kaldırmış olmayacağı gibi onun sakatlığını, kanuna aykırılığını da göstermiş olmaz. Bu karar

Gözübüyük ve Tan da, benzer şekilde yürütmenin durdurulması kararı verilmesiyle idari yargıda dava konusu yapılan işlemin uygulanmasının dava sonuna kadar ertelendiğini belirtmektedir⁸⁵¹. Nitekim, dava sonunda iptal kararı verilmemesi durumunda, işlemin uygulanmasına devam edilebilmektedir. İptal talebinin reddi ile bir anlamda re'sen icranın önüne çekilen set ortadan kalkmış olmaktadır.

Yürütmenin durdurulması kurumu, idarenin elindeki tek taraflı icra ve zor kullanma yetkisini dengelemek ve frenlemek amacıyla uygulanmaktadır⁸⁵². Bu açıdan yürütmenin durdurulması, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine engel olma amacına hizmet etmektedir⁸⁵³. Hukuka aykırı idari işlemin yürütülmesi durduğu zaman idarenin re'sen icra faaliyeti sonucu doğması muhtemel ve telafisi imkansız zararların da ortaya çıkması önlenmiş olmaktadır⁸⁵⁴. Aslan'ın deyimiyile yürütmenin durdurulması sayesinde “*hukuk düzeninin yara almasına*” set çekilmiş olmaktadır⁸⁵⁵.

Bir idari işleme karşı iptal davasının açılması, işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmamaktadır. Davaya bakmakta olan mahkeme, kendiliğinden, yürütmenin durdurulmasına da karar verememektedir. Bu yüzden hem ilgilinin dava dilekçesinde yürütmenin durdurulmasını talep etmesi gerekmekte, hem de mahkemenin bu talebi uygun görerek idarenin aldığı kararın yürütülmesinin durdurulmasına karar vermesi gerekmektedir. Hauriou'ya göre bu kural, idari işlemlerin re'sen icra edilme ayrıcalığından yararlanması düşüncesine dayanmaktadır⁸⁵⁶. Bu ayrıcalığın sonucu olarak haklarında ayrıca ve aksi yönde bir karar bulunmadığı sürece uygulanmalarına devam edilmektedir.

Yürütmenin durdurulması istisnai bir durumdur⁸⁵⁷. İdari yargı yerlerinde dava açılması, aksi yasada öngörülmüş olmadıkça dava konusu idari işlemin yürütülmesini

sadece dava konusu olan icrai kararın icrasını sağlayan müteakip işlem ve eylemlerin dava sonuna kadar durdurulması demektir”. Onar, a.g.e., s. 1972.

⁸⁵¹ Gözübüyük, Tan, İdari Yargılama Hukuku, a.g.e., s. 971; Aynı yönde bkz. Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, a.g.e., s. 501.

⁸⁵² Zehreddin Aslan, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. b., İstanbul: Alfa Yayınları, 2001, s. 22.

⁸⁵³ a.yer.

⁸⁵⁴ Tourdias, a.g.e., s. 56.

⁸⁵⁵ Aslan, a.g.e., s. 25.

⁸⁵⁶ Tourdias, a.g.e., s. 7-8; M. Ayhan Tekinsoy, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2013, s. 9.

⁸⁵⁷ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. 234; Hasan Nuri Yaşar, “Fransız İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması”, İstanbul: *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 12, S. 1-3, (2011), s. 344.

durdurmamaktadır⁸⁵⁸. Esas olan, idari işlemin, uygulanma şartlarını sağlamak koşuluyla re'sen icrasına devam edilmesidir. Bu istisnai durum, ancak idari yargı hakiminin kararıyla oluşabilmektedir.

Re'sen icra yetkisi, idarenin kamusal faaliyetlerini yerine getirmesi için kendisine tanınması gereken bir yetkidir. Dolayısıyla idare, kendi işlemlerini uygulama yetkisine sahip olmalıdır. Aksi durumda idarenin faaliyetlerinin ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi aksayabilmektedir⁸⁵⁹. Nitekim, kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesinin, hem re'sen icra yetkisinin hem de yürütmeyi durdurma kurumunun dayanağı olduğu belirtilmiştir⁸⁶⁰. Ancak, re'sen icra ameliyelerinin yerine getirilmesi sırasında idarenin hukuka aykırı tasarruflarda bulunması ve telafisi imkansız zararlara yol açabilecek işlemler yapması ihtimal dahilindedir. İdari faaliyetin konusu olan kamu hizmetlerinin devamının sağlanması için idareye tanınmış olan re'sen icra yetkisine karşılık, re'sen icra sırasında gerçekleştirilecek ihlallere karşı da bireylere yürütmenin durdurulmasının talep edilmesi imkanı sağlanmıştır. Bu açıdan, yürütmenin durdurulması kararının hukuka aykırı müdahale ve uygulamalara karşı hukuk sisteminin öngördüğü bir panzehir işlevi gördüğü belirtilmektedir⁸⁶¹. Bu görüş, aynı zamanda bir re'sen icra yetkisinin varlığını da kabul etmektedir. Çünkü, ancak var olan bir re'sen icra prosedürü uygulaması hakkında yürütmenin durdurulması kararı etki edebilmektedir⁸⁶². Bununla beraber prosedür tamamlanmamış olmalıdır. Zira prosedür tamamlanmışsa yürütmenin durdurulması kararı işlevsiz kalmaktadır. Rivero'nun deyişiyle bina yıkılmışsa yürütmeyi durdurma kararının bir önemi yoktur.

⁸⁵⁸ Tan, a.g.e., s. 1079; Hukukumuzda, bu istisnanın istisnası ise vergi uyuşmazlıklarıdır. İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasına göre "Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur". Hükmün devamında bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır. Ek olarak İYUK'un 52. maddesine göre temyiz aşamasında tahsil işlemlerinin yürütülmesi kendiliğinden durmamaktadır. Bunun için yine yürütmenin durdurulmasının talep edilmesi gerekmektedir. Ayrıca bkz. İbrahim Organ, Neslihan Coşkun Karadağ, "Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması-II", Adana: *Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 21, S. 3, (2012), s. 74 vd.

⁸⁵⁹ Tan, a.g.e., s. 1079.

⁸⁶⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. 234.

⁸⁶¹ Georges Dellis, *Droit pénal et droit administratif*, Paris: LGDJ, 1997, s. 402.

⁸⁶² Metin Kıratlı, "Yürütmenin Durdurulması", *AÜSBF Dergisi*, C. 21, S. 4, 1966, s. 178.

2. Re'sen İcra Edilen İşlemlerin Yürütülmesinin Durdurulmasına İlişkin Kararlar

İdari işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için iki temel şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması gerekmektedir. Mahkeme, taleple bağlı değildir. Dolayısıyla, şartların sağlanmadığına kanaat getirirse yürütmenin durdurulması talebinin reddine de karar verebilmektedir⁸⁶³. İdari işlem, idarece geri alınmadığı, kaldırılmadığı, mahkemeye iptal edilmediği ya da yürütülmesi durdurulmadığı sürece bireyin, işlemin uygulanmasına uymak zorunda olduğu ifade edilmektedir⁸⁶⁴.

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için öncelikle icrai bir idari işleme ihtiyaç vardır⁸⁶⁵. İcrai niteliğe sahip olmayan işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilememektedir. Bu yüzden icrai niteliğe sahip düzenleyici ve birel işlemler, iptal davasına konu olup haklarında yürütmenin durdurulması kararı verilebilirken icrai nitelikte olmayan, nihai işlemin hazırlayıcısı niteliğinde olan işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilememektedir. Nitekim, İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 2006 yılında verdiği kararında; yapının 3194 Sayılı İmar Kanununun 39. maddesi uyarınca tehlike arz ettiğinin tespit edilmesi üzerine gerekli yıkım işleminin yapılabilmesi için Belediye Başkanlığı tarafından İstanbul 1 Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'na yazı başvurularak tescilli bina ile ilgili kararın bildirilmesinin istenilmesine yönelik işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada mahkeme tarafından, dava konusu başvurunun nihai işlemin hazırlayıcısı ve yol göstericisi olduğu, kesin ve nihai nitelikte olmadığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulması talebinin reddine karar verilmiştir⁸⁶⁶.

⁸⁶³ 3091 Sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanununun 13. maddesinde bu kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya yapılan başvurularda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği düzenlenmişti. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 2010 yılında verilen bir kararla iptal edilmiştir. AYM Kararı, T. 03.06.2010, E.2008/77, K.2010/77, R.G., 30.10.2010 – 277 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018).

⁸⁶⁴ Sarıca, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s.106; Tekinsoy bu yönde kesin zorunluluğun kabul edilemeyeceğini ve konusu suç teşkil eden emir, yok hükmündeki işlemler gibi işlemlerin varlığı halinde böyle bir zorunluluğun olmayacağını dile getirmektedir. Tekinsoy, a.g.e., s. 27.

⁸⁶⁵ Jean Marc Février, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, Paris: Harmattan, 2000, s. 43.

⁸⁶⁶ İstanbul 4. İdare Mahkemesinin Kararı, T. 13.07.2006, E. 2006/187, K. 2006/yok: “idari yargı yerlerinde ancak kişilerin hak ve menfaatlerini doğrudan etkileyen, kesin ve yürütülmesi zorunlu

Yürütmenin durdurulması kararı ile davanın esasına yönelik karar verilmiş olmamakta sadece dava sonuçlanıncaya kadar idari kararın icrasının önüne geçilmiş olmaktadır⁸⁶⁷. Birden fazla işlem için yürütmenin durdurulması talebinde bulunulmuş olması halinde mahkeme, işlemlerden biri için yürütmenin durdurulması istemini kabul edebilirken, bir diğeri için yürütmenin durdurulması istemini reddedebilmektedir. Bu işlemlerden, hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen işlemin icrası askıya alınmakta; buna karşın, hakkında yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilen işlemin veya işlemlerin ise idarece uygulanmasına devam edilebilmektedir. Örneğin, İstanbul 4. İdare Mahkemesi tarafından 2006 yılında verilmiş olan bir kararda, ek ücret ödemeleri açısından yürütmenin durdurulmasına, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası açısından ise yürütmenin durdurulması talebinin reddine karar verilmiştir:

“...disiplin cezası verilecek eylemler için uygulanacak yaptırım mevzuatta belirlenmiş olup aynı eylemden dolayı ayrıca gelir mahrumiyetine yol açacak şekilde ek ücretin iki yıl süreyle kesilmesine yönelik işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta olup 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 27/2. maddesi uyarınca açıkça hukuka aykırı bulunan ve uygulanması halinde davacının telafisi güç zararlara neden olabilecek nitelikte olduğundan, dava konusu ek ücret ödemelerinin kesilmesine ilişkin işlem yönünden yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne, dava konusu disiplin cezası yönünden ise Kanunda öngörülen şartlar gerçekleşmediğinden yürütmenin durdurulması isteminin reddine”⁸⁶⁸ karar verilmiştir.

Yürütmenin durdurulması kararının, birey haklarını koruyucu bir etkisi bulunmaktadır⁸⁶⁹. Özellikle, idari kararın uygulanmasının, bireyin temel haklarını etkileyen bir yönü olması durumunda, yürütmenin durdurulması kararının önemi artmaktadır. Danıştay'ın aşağıda verilen yakın tarihli kararına konu olayda davacı, son

işlemlerin iptali istemiyle dava açılabilenekte olup, yeni bir hukuki durum yaratmayan, açıklayıcı, ihtar edici, bilgi verici işlemler iptal davalarına konu edilememektedir. Olayda, belediye encümenince alınmış bir yıkım kararı bulunmamaktadır. Koruma kurulunca kültür varlığı olarak tescil edilen binanın yıkılabilmesi için kurulun izni şart olduğundan dava konusu edilen başvuru belediyece tesis edilecek olan nihai ve kesin işlem niteliğindeki yıkım işleminin ön ve hazırlayıcı kararı özelliğinde bulunmaktadır. Bu durumda dava konusu başvurunun idarenin nihai olarak tesis edeceği yıkım işleminin hazırlayıcısı ve yol göstericisi olduğu, kesin ve nihai nitelikte olmadığı, dolayısıyla dava konusu edilemeyeceği sonucuna varıldığından davanın incelenmeksizin reddine” karar verilmiştir. (<http://www.oral.av.tr> - 12 Ekim 2017).

⁸⁶⁷ Février, a.g.e., s. 18.

⁸⁶⁸ İstanbul 4. İdare Mahkemesinin Kararı, T. 06.01.2006, E 2005/1158, K. 2005/yok (<http://www.oral.av.tr> - 12 Ekim 2017).

⁸⁶⁹ Dellis, a.g.e., s. 402.

olarak genel sekreterlik görevini yürütürken mühendis kadrosuna atanarak özlük hakları azaltılmaktadır. Danıştay, davacının herhangi bir yetersizliğinin bulunmadığını veya devam eden herhangi bir soruşturma geçirmediği gibi disiplin cezası da olmadığını dikkate alarak, idarenin atama konusunda sahip olduğu takdir yetkisini, hizmet gereklerine uygun biçimde kullanmadığı kanaatine varmakta ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin şartların gerçekleşmiş olmasına rağmen buna yönelik karar verilmediğinden, ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermektedir:

“...dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu saptanmasına rağmen uygulamanın sürdürülmesi, tüm eylem ve işlemleri hukuka uygunluk karinesine dayanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir durum yaratacak, davacı yönünden telafisi güç zarara neden olacaktır. Zira işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmemesi halinde, hukuka aykırı bulunan işlemin etki alanına bağlı olarak ilgili açısından oluşacak zarar, işlemin uygulanmasına devam olunmasıyla artacak, yargılamanın sonunda verilecek iptal kararı ile önceki halin iadesi zorlaşacaktır”⁸⁷⁰.

Yürütmenin durdurulması kararı, teminat karşılığında verilmekte ise de, mahkeme teminat verilmeksizin yürütmenin durdurulmasına karar verebilmektedir⁸⁷¹. Yürütmenin durdurulması kararı ile davanın esasına ilişkin nihai karar verilmiş olmamakla beraber iptal davası ile fiilen benzer sonuçlar doğurmaktadır. Karar ile dava konusu işlemin icrası durmakta ve kararın alınmamış olduğu tarihte var olan fiili duruma dönülmektedir. Bu durum, dava sonuçlanıncaya kadar devam etmektedir. İdare de

⁸⁷⁰ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 09.11.2015, E. 2015/3916, K. 2015/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Temmuz 2018); Benzer yönde bkz. Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 09.09.2015, E. 2015/4481, K. 2015/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Temmuz 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 16.11.2015, E. 2015/6032, K. 2015/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Temmuz 2018); Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 10.11.2015, E. 2015/5319, K. K. 2015/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 21 Temmuz 2018).

⁸⁷¹ İYUK'un 27. maddesinin 6. fıkrası: “Yürütmenin durdurulması kararları teminat karşılığında verilir; ancak, durumun gerek-lerine göre teminat aranmayabilir. Taraflar arasında teminata ilişkin olarak çıkan anlaşmazlıklar, yürütmenin durdurulması hakkında karar veren daire, mahkeme veya hakim tarafından çözümlenir. İdareden ve adli yardımdan faydalanan kimselerden teminat alınmaz.”; İYUK'un 52. maddesi “1. Temyiz veya istinaf yoluna başvurulmuş olması, hakim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya istinaf başvurusunu incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir. 2. İptal davalarında teminat istenmeyebilir. 3. İdareden ve adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmaz.”; İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 2004 yılında verdiği bir kararında davacının alkollü araç kullandığından bahisle ehliyetinin 6 ay süreyle geçici olarak alınması ve para cezası verilmesi işleminin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, “açıkça hukuka aykırı olan ve uygulanması halinde davacının giderilmesi güç zararlarına neden olabilecek nitelikte bulunan dava konusu işlemlerin teminat alınmaksızın dava sonuna kadar durdurulmasına” karar verilmiştir. İstanbul 4. İdare Mahkemesinin Kararı, T. 15.12.2004, E. 2004/2062, K. 2004/yok (<http://www.oral.av.tr> - 12 Ekim 2017).

yürütmenin durdurulması kararına uygun olarak re'sen yürüttüğü işlemleri beklemeye almaktadır. Bu yüzden idare, yargı tarafından verilen iptal kararlarının uygulanmasına engel olacak veya onları işlevsiz kılacak bir eylemde bulunmaktan kaçınmak durumdadır. Böylelikle yürütmenin durdurulması kararının doğal sonucu olarak idarenin re'sen icra yetkisi de akamete uğramış olmaktadır. Aksi durumda, yani idarenin işlemi uygulamaya devam etmesi halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu durum idarenin yargı kararlarına uymaması anlamına geldiğinden, İYUK'un 28. maddesi kapsamında, idare aleyhine tazminat davası açılmasının yolunu açacaktır⁸⁷².

3. Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Etkililiği

Yürütmenin durdurulması kurumunun, yargılama hukukunda etkin bir işlev görüp görmediği ve bireye etkin bir hukuki koruma sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gerekmektedir⁸⁷³. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için aranan temel şartların yanında, bu kararların etkinliği sınırlayan başka durumların da olduğu görülmektedir. Kararın verilmesi için aranan şartlardan birinin “açık hukuka aykırılık” olması, şartların kümülatif olarak aranması, İYUK'ta 2012 yılında yapılan değişiklikle idarenin savunması alınması şartının getirilmesi ve yasa koyucu tarafından, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin ayrıca sınırlandırılması şeklindeki düzenlemeler, yürütmenin durdurulması kurumunun etkinliği üzerinde bir takım sonuçlar doğurmaktadır.

Öncelikle, İdarenin aldığı kararın açık bir biçimde hukuka aykırı olması durumunda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gerektiği dile getirilmekte⁸⁷⁴ ve ayrıca hakimın açık hukuka aykırılık tespiti yapmasının ihsası rey anlamına geldiğinden hareketle yargılama tekniğine uygun olmadığı belirtilmektedir⁸⁷⁵. Yürütmenin durdurulması kararı, işlemin hukuka aykırı olduğunu belirlediğine göre davayı

⁸⁷² İYUK'un 28. maddesi: “3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. 4. Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”

⁸⁷³ Hasan Nuri Yaşar, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Gerekçesi Olarak Anayasaya Aykırılık İddiası”, İstanbul: *İÜHFİM*, C. LXXII, S. 2, (2014), ss. 753.

⁸⁷⁴ Turan Yıldırım, “İdari Yargı”, *içinde* İdare Hukuku, 6. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 820.

⁸⁷⁵ Refik Tiryaki, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Bazı Sorunlar”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, (2002), s. 198.

uzatmanın hukuki ve mantıki bir açıklamasının bulunmadığı ifade edilmektedir⁸⁷⁶. İşlemin uygulanması kamu yararı bakımından zorunluluk taşıyorsa idarenin, mahkemeye başvurarak işlemin uygulanması için karar alınması önerisinde bulunmaktadır⁸⁷⁷.

İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 27. maddesinin 4. fıkrasında vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durduracağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla vergi uyuşmazlıklarında, bahsi geçen hususlarda dava açılması işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmaktadır⁸⁷⁸. Hukukumuzda, vergi uyuşmazlıklarında uygulanan bu kural, Alman idare hukukunda bütün idari işlemler için geçerli kabul edilmektedir. Alman idari yargısında, idari kararın dava edilmesi veya itiraza uğraması durumunda, idarenin aldığı kararın yürütülmesinin durması kendiliğinden gerçekleşmektedir⁸⁷⁹. Alman hukukundaki bu uygulamanın hukukumuzda aktarılmasının yürütmenin durdurulması kurumunu daha etkin kılacağı ifade edilmektedir⁸⁸⁰.

Yürütmenin durdurulması için ayrıca, açık hukuka aykırılık şartının aranması hukuka uygunluk karinesini de tersine çevirmektedir⁸⁸¹. Kaboğlu'na göre, yargı

⁸⁷⁶ Yıldırım, "İdari Yargı", a.g.m., s. 820.

⁸⁷⁷ "Demokratik hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi için, vergi uyuşmazlıklarındaki sistem, idari işlemler için düzenlenerek, iptal davası açılmasının dava konusu işlemin uygulanmasını durdurması sağlanmalıdır. İşlemin uygulanması, kamu yararı bakımından zorunluluk taşıyorsa, idare, mahkemeye başvurarak işlemin uygulanması kararı almalıdır". Yıldırım, "İdari Yargı", a.g.m., s. 821.

⁸⁷⁸ Vergi uyuşmazlıklarında iptal davası açılmasıyla yürütmenin kendiliğinden durmasının bir takım istisnaları bulunmaktadır: 1. İYUK'un 27. maddesine göre 26ncı maddenin 3üncü fıkrasına göre işlemde kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemde kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz. 2. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'a göre yapılan tahsilat işlemlerine, özellikle ödeme emrine, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk işlemlerine karşı açılan davalarda, salt davanın açılması yürütmeyi durdurmaz. Ayrıntılar ve diğer istisnalar için Bkz. İbrahim Organ, Neslihan Coşkun Karadağ, "Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması-II", Adana: Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 21, S. 3, (2012), s. 74 vd.

⁸⁷⁹ Yaşar, a.g.m., s. 751; Frier, Petit, a.g.e., s. 317.

⁸⁸⁰ Yıldırım, "İdari Yargı", a.g.m.,s. 821; Buna karşın Tan, dava açılmasıyla beraber işlemin yürütülmesinin kendiliğinden durmamasını, kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanması bakımından olumlu görmektedir. Bireylerin idari işlemlere karşı dava açmaları durumunda işlemlerin yürütülmesinin kendiliğinden durmasının idari faaliyetlerin yerine getirilmesini güçleştireceği ve idareyi çalışmaz duruma getireceğini ileri sürmektedir. Tan, a.g.e., s. 1079.

⁸⁸¹ İbrahim Özden Kaboğlu, "Yürütmenin Durdurulması", Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, (1976), s. 640; "... uygulama, idari işlemlerin hukuka uygunluğu karinesinin yanlışlığını göstermektedir". Yıldırım, "İdari Yargı", a.g.m.,s. 821; Çağlayan yürütmenin durdurulması verilmesinin hukuka aykırılık karinesi meydana getirdiğini ileri sürmektedir. Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, a.g.e., s. 504.

organlarının hukuka uygun olduğu düşünölen karar konusunda kuşkuya düşmesi ve sonuç olarak kararın hukuka ve mevzuata aykırı olduğunun tespit edilmesi hukuka uygunluk karinesinin bir anlamda çürütölmesi anlamına gelmektedir⁸⁸². Hakkında açık şekilde hukuka aykırılık tespiti yapılmış işlemin üzerindeki hukuka uygunluk karinesinin kaldırılmış olduğu ifade edilmektedir⁸⁸³. İdari yargı hakiminin, açık bir biçimde hukuka aykırı olduğuna kanaat getirdiği işlemin yürütölmesinin durdurulmasına kararı vermek yerine, işlemin iptaline yönelmesinin hukuk mantığına daha uygun olduğu ve hukuka aykırı bir idari işlemin, dava sonuçlanana kadar uygulanmaya devam edilmesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı dile getirilmektedir⁸⁸⁴. Bununla beraber, açık hukuka aykırılık şartının, tali şekil sakatlığı bakımından katı uygulanmaması gerektiği ileri sürülebilir. Danıştay “karar alma yeter sayısına uyulmamasını”⁸⁸⁵, “kurul toplanmadan elden imza yolu ile karar alınmasını”⁸⁸⁶ asli şekil sakatlığı olarak değerlendirerek işlemin iptaline karar vermektedir. Dolayısıyla, bu tür işlemlerde, açık hukuka aykırılığın yürütölmenin durdurulması kararı verilmesine yol açması olağan karşılanmaktadır. Buna karşın, kararın sonucunu etkilemeyen, “doçentlik sınavının kolokyum aşamasında jüri üyelerinin akademik giysilerini giymemiş olmaları”⁸⁸⁷, “karara tarih yazılmamış olması”⁸⁸⁸ gibi eksiklikler, işlemin iptaline yol açmadığından benzer şekilde yürütölmenin durdurulması kararı verilmesine de yol açmamalıdır. Uygulamada, yürütölmenin durdurulması kararının verilmesi için açık hukuka aykırılık şartının katı bir biçimde yorumlanmadığı ve kararın, ya işlemin hukuka aykırılığı hususunda belirtiler olması ya da işlemin muhatabı bakımından ağır sonuçlar doğurması durumunda verildiği ifade edilmektedir⁸⁸⁹.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması, bireyin hukuki güvenliliğinin ve hak arama özgürlüğünün sağlanması, etkin bir yargısal denetimle mümkündür⁸⁹⁰.

⁸⁸² Kaboğlu, a.g.m., s. 640.

⁸⁸³ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, a.g.e., s. 504.

⁸⁸⁴ Kasapoğlu Turhan, a.g.m., 24.

⁸⁸⁵ Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 09.05.1951, E. 1951/108, K. 1951/1136, *Danıştay Kararlar Dergisi*, S. 50-53, s. 538 (Nakleden- Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, a.g.e., s. 457).

⁸⁸⁶ Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 01.04.1970, E. 969/4127, K. 970/1162, *DD*, S. 1, s. 205 (Nakleden- Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, a.g.e., s. 458).

⁸⁸⁷ Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 05.11.1984, E. 1984/74, K. 1984/1345, *DD*, S. 58-59, s. 300 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 28 Temmuz 2018).

⁸⁸⁸ CE, 30 Haziran 1952, Societe Balenciaga, Rec., s. 340 (Nakleden-Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, a.g.e., s. 457).

⁸⁸⁹ Yıldırım, “İdari Yargı”, a.g.m.,s. 821.

⁸⁹⁰ Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s. 7.

Yürütmenin durdurulması kurumu da bu amaca hizmet etmenin yanında, ayrıca bireyi dava sonuçlanana kadar idari kararın olumsuz etkilerinden korumaya yaramaktadır⁸⁹¹. Ancak, mevcut hükümler karşısında bunu sağlamanın zorluğu ortadadır. Bu yüzden vergi davalarında uygulanan dava açılmakla idari işlemin yürütülmesinin durdurulması imkanının Alman hukukunda uygulandığı gibi bütün idari işlemlere uygulanması önerilmektedir⁸⁹². Yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için aranan şartlardan birinin gerçekleşmiş olmasının, söz konusu kararın verilmesi için yeterli görülmesi de yapılan öneriler arasındadır⁸⁹³. Bunun dışında, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için “açık hukuka aykırılık” şartı aranması ve mahkemece böyle bir tespit yapılması, teknik anlamda bir ihsası rey anlamına geldiğinden, kuralın mevcut halinin yargılama tekniği ile örtüşmediği düşünülmektedir⁸⁹⁴. Bu durumda, hukuka aykırı olduğu saptanan işlemin, konu olduğu davanın görülmeye devam edilmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu şartın, yeniden formüle edilerek “işlemin hukuka aykırılığı konusunda ciddi şüphelerin oluşması” şeklinde düzenlenmesi daha doğru görünmektedir.

İkinci olarak, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan temel şartların kümülatif olarak aranması kararın verilmesini güçleştirmenin yanında, birey açısından etkin bir hukuki korumanın sağlanmasını da zorlaştırabilmekte ve AIHM’de açılan davalarda ihlal kararı verilmesine yol açabilmektedir. Örneğin, *Jabari-Türkiye* davasında idare tarafından verilen sınır dışı etme kararında, AIHS’nin 13. maddesi bağlamında kapsamlı bir inceleme yapılmadığı ve yürütmenin durdurulması şeklinde bir koruma önlemi alınmadığı dile getirilmektedir⁸⁹⁵. Başvurucunun sınır dışı edilmesi

⁸⁹¹ AYM Kararı, T. 03.06.2010, E. 2008/77, K. 2010/77 (<https://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 10 Şubat 2018)

⁸⁹² Yıldırım, “İdari Yargı”, a.g.m.,s. 821.

⁸⁹³ Şen, a.g.m., s. 176; Şen’in yaptığı önerilerden biri de Avrupa Birliği Yargı Düzeni içerisinde yer alan mahkemelerce yürütmenin durdurulması istemleri karara bağlanırken aranan şartların hukuk sistemimizce de benimsenmesidir. Bu şartlar, işlemin hukuka aykırılığı konusunda ciddi şüphelerin varlığı, işin aciliyeti ve uygulanması halinde telafisi güç zarara neden olma ihtimalidir. Şen, a.g.m., s. 163.

⁸⁹⁴ Gözübüyük ve Tan, yürütmenin durdurulması şartlarının gerçekleştiği konusunda karar vermenin davasını esasını karara bağlamak anlamına geldiğini belirtmektedir. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargı*, a.g.e., s. 975.

⁸⁹⁵ AIHM 2. Dairesinin Kararı, 11 Temmuz 2000, *JABARI-Türkiye*, N° 40035/98, p. 50 (<https://hudoc.echr.coe.int/> - 21 Haziran 2018). Karara konu olayda evlilik dışı ilişki yaşadığı iddiasıyla ülkesinde işkence görme riski bulunan İran vatandaşı davacının, sınır dışı edilmesine ilişkin işleme karşı açtığı davada, idare mahkemesince, iç hukuktaki düzenlemede aranan şartları (işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve telafisi güç ve imkansız zararın gerçekleşmesi) taşımayan yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir. Ankara İdare Mahkemesi, davacının başvurusu üzerine, sınır dışı edilme kararını, daha zorlayıcı bir sorun olan başvurucunun korkuları bakımından değil, şekli bir yasallık bakımından

halinde, işkence ve kötü muameleye uğrayacağı iddiasının, kapsamlı bir incelemeyi gerekli kıldığını belirten Mahkemenin, başvuru bakımından telafisi güç ve imkansız zararın gerçekleşme ihtimalinin, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için yeterli olduğu kanaatinde olduğu görülmektedir⁸⁹⁶. Aksi durumda iptal davasının etkili bir iç hukuk yolu olmayacağına kanaat getirilmektedir⁸⁹⁷. AİHM ayrıca *Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye* davasında da, idari yargıda iptal davası açılmasının, idari işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurulmaması nedeniyle, iptal davasının etkili bir iç hukuk yolu olmadığına kanaat getirmektedir⁸⁹⁸. Sınır dışı etme ile ilgili söz konusu kararlarda iç hukuktaki düzenlemelere uygun karar verilmesi, idare tarafından başvuru uygulamanın, AİHM tarafından Sözleşmenin 13. maddesinin ihlali kapsamında değerlendirilmesine engel olmamıştır. Bu nedenle, yürütmenin durdurulmasının kanunla sınırlandırılması nedeniyle yapılacak başvurularda, başvuru açısından telafisi güç ve imkansız bir durumun varlığı, benzer yönde ihlal kararlarının verilebileceği yönünde yorum yapılmasına neden olmaktadır⁸⁹⁹. Diğer bir deyişle, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için 2577 sayılı Kanundaki şartlardan birinin gerçekleşmiş olması, AİHM'nin ihlal kararı vermesine yol açabilecektir.

Üçüncü olarak, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, şartları bakımından gerçekleşmesi zor bir ihtimal iken, 2012 yılında İYUK'ta yapılan değişiklikle, davalı idarenin savunmasının alınması şartının öngörülmesi ile daha da zor hale getirilmiştir. Söz konusu şartın, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetini sınırladığı açıktır⁹⁰⁰. Anayasa Mahkemesi, bu konuda 2006 yılında verdiği iki

değerlendirmiştir. AİHM, başvuranın Ankara İdare Mahkemesi önündeki davasında, ilgilinin bütün korkularına rağmen mahkemeye yürütmenin durdurulması kararı alınamadığı için, mahkemeye yapılan başvurunun etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. Mahmut Şen, “İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Evrensel Normlara Uyumu”, Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 114, (2014), s. 167.

⁸⁹⁶ JABARİ-Türkiye, p. 50.

⁸⁹⁷ JABARİ-Türkiye, p. 44.

⁸⁹⁸ Mahkemeye göre “Her hâlükârda, idare mahkemesinin ayrıca bir yürütmeyi durdurma kararı vermemesi halinde, sınır dışı etme kararlarının iptali için yapılan başvuruların işlemi durdurucu etkisi bulunmaması nedeniyle, Türkiye'deki sınır dışı etme davalarındaki yargı denetimi etkili bir hukuk yolu olarak görülemez”. AİHM 2. Dairesinin Kararı, 22 Eylül 2009, *Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye*, N° 30471/08, s. 15-16; İdari yargıda iç hukuka uygun olarak yürütmenin durdurulması kararı verilmemesini bile AİHS md.13'ün ihlali sayan AİHM'nin, yürütmenin durdurulmasının kanunla sınırlandırılmış olmasını da sözleşmeye aykırı bulacağı ileri sürülmektedir. Mine Kasapoğlu Turhan, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları” İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, (2012), s. 32.

⁸⁹⁹ Şen, a.g.m., s. 185.

⁹⁰⁰ Yıldırım, “İdari Yargı”, a.g.m., s. 822.

kararında, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu'nun kararlarına karşı açılacak idari davalarda, yürütmenin durdurulması kararını, kurumun savunmasının alınması şartına bağlayan 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 105 ve 128. maddelerindeki hükümlerini Anayasanın 2, 36 ve 125. maddelerine aykırı görerek iptal etmişse de⁹⁰¹ 2577 sayılı Kanundaki benzer yöndeki hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır⁹⁰². Bankacılık Kanunu ile ilgili kararda idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği istisna öngörülmeden düzenlenmiş olduğundan, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verdiği görülmektedir. Buna karşın, 2577 sayılı Kanunda istisna olarak uygulanmakla etkisi tükenen işlemler bakımından, idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi öngörülmüştür. Ancak, 2577 sayılı Kanunda kamu görevlilerinin atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici ve sürekli görevlendirilmelerine ilişkin işlemlerde idarenin savunması alınmadan yürütmeyi durdurma kararı verilmesi yolunun tamamen kapatıldığı da açıktır. Bu haliyle düzenlemenin eşitlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır⁹⁰³.

2577 sayılı Kanunun 27. maddesinin 2. fıkrasının devamında etkisi tükenen işlemler bakımından savunma alınmadan karar verilmesi imkanı verilmiş, ancak etkisi tükenen işlemlerin neler olduğu belirtilmemiştir⁹⁰⁴. Değişikliğin tasarı metninde⁹⁰⁵,

⁹⁰¹ Mahkeme, bu kararlarda itiraz konusu hükümlerle yürütmenin durdurulmasının tamamen engellenmesi söz konusu olmadığı halde, yürütmenin durdurulmasına karar verilmeden önce idarenin savunmasının beklenmesinin, hak arama özgürlüğünü zedeler nitelikte olduğuna hükmetmiştir. AYM Kararı, E.2006/20, K.2006/25, 22.02.2006, R.G.10.01.2007, 26399 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 18 Haziran 2018); AYM Kararı, E.2006/33, K.2006/36, 09.03.2006, R.G., 10.01.2007, 26399 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 18 Haziran 2018).

⁹⁰² AYM Kararı, T. 04.07.2013, E. 2012/100, K. 2013/84, R.G. 02.08.2013-28726: “Bu çerçevede dava konusu kurallar ele alındığında, kurallarda, uygulandığı anda telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan ‘uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemler’ yönünden, idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesine imkân tanındığı, böylece idarenin savunmasının alınması sebebiyle oluşabilecek gecikmeye izin verilmeyerek bu tür idari işlemler yönünden telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimalinin bertaraf edildiği görülmektedir”. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 18 Haziran 2018).

⁹⁰³ Müzeyyen Eroğlu Durkal, “İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, Ankara: *AÜHFD*, C. 65, S. 2, (2016), s. 308.

⁹⁰⁴ Bununla beraber Kanunda uygulanmakla etkisi tükenmeyecek bazı işlemler sayılmıştır: “Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerden sayılmaz”. Anayasa Mahkemesi bu hükmün hak arama hürriyetini sınırlamadığına ve Anayasanın 125. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM kararı, T. 25.11.2015, E. 2014/86, K. 2015/109, RG. 8.1.2016-29587 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 18 Haziran 2018).

uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlere yıkım ve sınır dışı etme kararları örnek verilse de, bir işlemin uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte olup olmadığını somut duruma göre yargı organları belirlemek durumundadır⁹⁰⁶. Danıştay'ın yakın tarihli bir kararında, sağlık hizmetinin Anayasal güvenceye sahip bir hizmet olduğu belirtilmekte ve Sosyal Güvenlik Kurumu ile vakıf üniversiteleri arasında imzalanan sağlık hizmet protokollerinin, idarece tek taraflı olarak feshedilmesi işleminin uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlem niteliğinde olduğu sonucuna varılarak davalı idarenin savunması alındıktan ya da yasal savunma süresi geçtikten sonra yeniden bir karar verilmeye kadar yürütmesinin durdurulmasına hükmedilmiştir⁹⁰⁷. İstanbul 7. İdare Mahkemesi de Validebağ Korusu'na cami inşaatı yapılması yönündeki işlemin iptali için açılan davada, söz konusu işlemi uygulanmakla etkisi tükenecek işlem olarak değerlendirerek idarenin savunması alınıncaya kadar yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁹⁰⁸.

Son olarak, Anayasanın 125. maddesi olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş hallerinde ve ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık sebeplerine dayanılarak yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanmasına imkan tanımaktadır⁹⁰⁹. Anayasanın 125. maddesinde “sınırlama” kavramı kullanıldığından, yasakoyucunun yürütmenin durdurulması imkanını bütünüyle ortadan kaldırması, Anayasaya aykırı olacaktır⁹¹⁰. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanması, birey açısından

⁹⁰⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf> - 18 Haziran 2018.

⁹⁰⁶ Eroğlu Durkal, a.g.m., s. 302.

⁹⁰⁷ Danıştay 15. Dairesinin Kararı, T. 18.03.2016, E. 2016/1583, K. 2016/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018); Danıştay ayrıca, Adli Kolluk Yönetmeliğinde değişiklik öngören bazı hükümlere karşı açılan iptal davasında söz konusu hükümlerin uygulanmasını, uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlem olarak kabul edip davalı idarenin savunmasını almadan, savunma alınıncaya ya da savunma süresi geçinceye kadar geçici olarak durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 22.10.2014, E. 2013/8217, K. 2014/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018); Ayrıca bkz. Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 27.12.2013, E. 2013/8108, K. 2013/yok, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 18 Haziran 2018)

⁹⁰⁸ İstanbul 7. İdare Mahkemesi Kararı, T. 21.10.2014, E. 2013/1518, K. 2014/yok (Nakleden-Eroğlu Durkal, a.g.m., s. 302).

⁹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi de bir kararında yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasını engelleyen hükümlerin yargısal denetimi zayıflatacağı yönünde karar vermiştir: “...yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi, idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır”. AYM Kararı, T. 03.06.2010, E. 2008/77, K. 2010/77, R.G. 30.10.2010 - 27744 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 19 Haziran 2018).

⁹¹⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre “Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir” AYM Kararı, T. 29.12.1999, E.1999/33, K.1999/51, RG. 29.06.2000-24094 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 19 Haziran 2018).

aynı zamanda hak arama özgürlüğünün sınırlanması anlamına geldiğinden bu tür bir sınırlamanın, Anayasanın 13. maddesindeki sınırlama şartlarını da sağlaması gerekmektedir⁹¹¹.

Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlandırıldığı kanunlara örnek olarak, 19.04.2012 tarihli ve 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanunun 9. maddesi⁹¹² ile 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 6. maddesi⁹¹³ gösterilebilir. Bu hükümlerde, yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin sadece sınırlandırılmadığı, aynı zamanda bütünüyle ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin *sınırlanmasında*, hakkın özüne dokunulamayacağı düzenlenmektedir. Bir temel hak ve özgürlüğün kullanılmasının kısmen veya tamamen *durdurulması* ise Anayasanın 15. maddesinde savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerle ilgili olarak düzenlenmiştir. Sınırlamada, söz konusu temel hak ve özgürlük sınırlansa da özüne dokunulmadan kullanılmaya devam edilebilmektedir; durdurmada ise temel hak ve özgürlüğün özüne dokunularak ondan belirli bir süre yararlanma imkanı ortadan kaldırılmış olmaktadır⁹¹⁴. Sınırlamanın söz konusu olduğu durumlarda, hakkın özüne dokunacak düzenlemeler yapılması Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Anayasa Mahkemesi de, “Bir temel hak ve hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici,

⁹¹¹ Anayasa Mahkemesi de “temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar(ın) hakkın özüne dokun(duğunu)” dile getirmektedir. AYM Kararı, T. 18.1.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, RG. 02.03.2018 - 30348 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018); AYM Kararı, T. 8.12.2015, E. 2014/87, K. 2015/112, RG. 28.01.2016 - 29607 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018); AYM Kararı, T. 10.04.2003, E.2002/112, K. 2003/33, RG. 04.11.2003 - 25279 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018); Yüksek Mahkeme ayrıca yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasını engellenmesini yetkinin sınırlanmasını aşan ve hakkın özünü zedeleyen bir durum olarak nitelendirerek ve bu durumun idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açtığını ifade etmektedir. AYM Kararı, T. 03.06.2010, E.2008/77, K.2010/77, RG. 30.10.2010 - 27744 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018); Benzer yönde bkz. AYM Kararı, T. 2.10.2014, E. 2014/149, K. 2014/151, RG. 1.1.2015 - 29223 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018).

⁹¹² 1. fıkra: “2/A alanları için orman sınırları dışına çıkartma ile orman sınırlandırması ve tespit, tefrik ve tescil işlemlerine karşı yapılan itirazlar ve açılan davalar bu Kanuna göre yapılacak işlemleri durdurmaz. Bu konuyla ilgili davalarda yürütmeyi durdurma ve tedbir kararı verilemez”.

⁹¹³ (9). fıkra “Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir. Bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez”.

⁹¹⁴ Kasapoğlu Turhan, a.g.m., s. 7.

etkisini ortadan kaldırıcı nitelikteki” düzenlemelerin hakkın özüne dokunduğunu dile getirmektedir⁹¹⁵. 6292 ve 6306 sayılı Kanunlardaki hükümler ise yürütmenin durdurulması kararının verilmesini sınırlayan değil, durduran düzenlemeler olarak ortaya çıkmaktadır. Bahsi geçen hükümlerle yürütmenin durdurulması imkanının ortadan kaldırılmasını, hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırmak mümkün görünmemektedir. Yürütmenin durdurulması imkanının birey açısından kullanılamaz hale getirilmesi ise, hak arama özgürlüğünü ihlal eder niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2014 yılında verdiği kararında 6306 sayılı Kanundaki hükmün, bireyin hak arama özgürlüğünü ihlali ettiği kanaatine ulaşarak iptaline karar vermektedir⁹¹⁶. 6292 sayılı Kanundaki hükmün ise halen yürürlükte olduğu görülmektedir.

Yasakoyucunun, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi imkanını kaldırdığı kanunlardan biri de, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun’dur. Kanunun 13. maddesinde, “*Bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez*” hükmü bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi 1996 yılında verdiği kararında idarenin görevlerini eksiksiz olarak yerine getirmesi, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle, bahsi geçen hükmün, Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁹¹⁷. Mahkemenin, kararında, kamu düzeninin korunması gereğini ön plana çıkardığı ve hak arama özgürlüğünü göz ardı ettiği dikkat çekmektedir. Ancak, aynı hüküm Anayasaya aykırılık iddiasıyla 14 yıl sonra tekrar önüne getirildiğinde Anayasa Mahkemesi bu defa, hak arama özgürlüğünün kısıtlandığına kanaat getirerek bahsi geçen hükmün iptaline karar vermiştir:

⁹¹⁵ AYM Kararı, T. 04.01.1963, E. 1962/208, K. 1963/1 (Nakleden-Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, a.g.e., s. 574).

⁹¹⁶ AYM Kararı, T. 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, RG. 26.07.2014 - 29072 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 21 Haziran 2018).

⁹¹⁷ AYM Kararı, T. 18.04.1996, E.1996/7, K.1996/11, RG. 18.08.1996 - 22731 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018); Anayasa Mahkemesi daha önce benzer şekilde 4753 sayılı Çiftçi Topraklandırma Kanunu’nun kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davalarında yürütmenin durdurulmasının yasaklanmasına ilişkin hükmü ile 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun’un “Bu kanuna göre açılan davalar, diğer davalara tercihan ve ivedilikle görülür. Yürütmeyi durdurma kararı verilemez” şeklindeki hükmü kamu yararını öne sürerek Anayasa’ya aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir. AYM Kararı, T. 13.03.1964, E.1963/162, K.1964/19, RG. 11.06.1964 - 11725 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018); AYM Kararı, T. 21.06.1979, E.1979/2, K.1979/31, RG. 14.1.1980 - 16869 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018).

“İtiraz konusu kural uyarınca, yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır ... itiraz konusu kural ... yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı ortadan kaldırmakta, 3091 sayılı Yasa’ya göre verilmiş kararlara karşı idari yargıda açılacak davalarda, kişileri bu araçtan yoksun bırakarak hak arama özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır”⁹¹⁸.

Sağlam, hakkın sınırlanmasını “*belli bir hakkın anayasaca öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan norm alanına yasa yoluyla (veya yasaya dayanılarak) dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahale*”⁹¹⁹ olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla, “sınırlama” kavramının “ortadan kaldırma”yı içerdiği sonucu çıkarılmamalıdır. Bu yüzden, yürütmenin durdurulması imkanının tamamen kullanılamaz hale getirilmesinin yukarıda verilen Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere Anayasa’nın 2, 13 ve 36. maddelerine aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.

⁹¹⁸ AYM Kararı, T. 03.06.2010, E.2008/77, K.2010/77, R.G., 30.10.2010 - 277 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Haziran 2018).

⁹¹⁹ Sağlam, a.g.e., s. 22-23.

II. İDARİ NİTELİĞİNİ YİTİREN İŞLEMLERİN İCRASININ (FİİLİ YOL NİTELİĞİNDEKİ UYGULAMALARIN) DENETİMİ

İdari kararın re'sen icrası niteliğindeki eylemin açık ve ağır bir şekilde bireysel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açması durumunda, icra fiili idari niteliğini yitirerek fiili yola dönüşmektedir. İdarenin eyleminin fiili yola dönüşmesi ise, bu eylemden doğan uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine yol açmaktadır⁹²⁰. Böyle bir durumda, idare kendi yetki alanının dışına çıkarak, bireyle aynı konuma geldiğinden özel hukuka tabi olmaktadır⁹²¹.

Fiili yol durumunun re'sen icranın nitelik değiştirmesi ile meydana gelebilmesi nedeniyle çalışmamızda irdelenmesi gerekmektedir. Bununla beraber, fiili yolun hukuki rejimi son yıllarda değişime uğradığından, re'sen icra ile fiili yol ilişkisinin bu değişim göz önüne alınarak yapılması daha uygun görünmektedir. Bu kapsamda çalışmanın devamında, önce Fransız hukukunda fiili yolun dönüşümü (A), daha sonra Türk hukukunda fiili yol uyuşmazlıkları (B) ve son olarak fiili yolun niteliğini etkileyen durumlar (C) ele alınmaktadır.

A. Fiili Yolun Dönüşümü

İdarenin işlevi, kamu hizmetlerinin hukuka uygun bir biçimde yürütülmesidir. İdarenin, kendisine tanınan yetkilerin dışına çıkarak bireylerin hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet haklarına müdahale etmesi durumunda fiil yolun meydana geldiği kabul edilmektedir. İdarenin, re'sen icra tasarrufları sırasında, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi de fiili yolun oluşmasına yol açabilmektedir.

Fransa'da fiili yol hukuku, son yıllarda bir dönüşümden geçmektedir. Aşağıda öncelikle, bu dönüşümde idari yargının rolü ele alınmakta (1) daha sonra Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin fiili yolu yeniden tanımlaması (2) konuları incelenmektedir.

⁹²⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 16.09.1993, E. 1992/8696, K. 1993/10609: “İdari eylem ve işlem hukuka aykırı olmakla birlikte özel hukuk açısından haksız eyleme dönüşmedikçe adli yargının görevinden söz edilemez”. (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 171); Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 3. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2010, s. 138.

⁹²¹ İdari kararın idari niteliğini yitirip herhangi bir kimse tarafından yapılabilecek bir haksız fiile dönüşmesi bozulma teorisi (*théorie de dénaturation*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Jean Claude Ricci, *Droit administratif*, 4. b., Paris: Hachette, 2004, s. 154; Gürsel Kaplan, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, (2007), s. 909.

1. Fiili Yolun Dönüşümünde İdari Yargının Rolü

Fransa'da fiili yol teorisinin, ilk olarak Conseil d'Etat tarafından *Rousseau*⁹²² kararında ileri sürüldüğü ve yargı yeri olarak adli yargının işaret edildiği ifade edilmektedir⁹²³. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme fiili yol konusunda nitelendirme yetkisini kendi uhdesinde tutmaktadır. Ancak, adli yargının zamanla nitelendirmeyi de kendisi yaparak fiili yol konusunda, tek yetkili yargı yolu olmaya başladığı belirtilmektedir⁹²⁴. Adli yargının geleneksel olarak temel hak ve özgürlüklerin, özellikle de mülkiyet hakkının koruyucusu olarak kabul edilmesinden dolayı, fiili yol uyuşmazlıklarını uzun süre adli yargı çözümü kavuşturmuştur⁹²⁵. Tarihsel olarak, fiili yolun içtihatla adli yargıya tabi olmasının nedenlerinden biri de, kurumun ortaya çıktığı dönemde idari yargının bağımsız olmaması (tutuk adalet sisteminin geçerli olduğu dönem) ve ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin, adli yargı tarafından daha iyi korunacağı düşüncesidir⁹²⁶. Bu doğrultuda, 1958 Fransız Anayasa'sının 66. maddesi de kişi özgürlüğü ve güvenliğinin koruyucusu olarak adli yargıyı göstermiş, adli yargıyı bu korumayı yasalar çerçevesinde sağlamakla görevlendirmiştir⁹²⁷. Ancak, son yirmi yıllık dönemde yapılan düzenlemelerle fiili yol olarak nitelendirilebilecek tasarruflar konusunda adli yargının görev alanı daralmakta, idari yargının görev alanı ise genişlemektedir.

Öncelikle, 30 Haziran 2000 tarihinde yürürlüğe giren ivedi yargılama usulleriyle, İdari Yargı Kodu'nun L.521-1 ve devamındaki maddelerinde “référé-liberté” kurumu oluşturulmakta ve idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesinden doğan uyuşmazlıklara, idari yargı hakimi tarafından bakılması imkanı getirilmektedir⁹²⁸. L.521-1 hükmüne göre, bir idari kararın iptali veya düzeltilmesi için idari yargıca gidilebilmekte, idari yargıç, kararın yürütülmesini durdurarak, işlemin iptali veya

⁹²² CE, 21 Eylül 1827, Rousseau, Rec. Lebon, s. 504 (Nakleden-Augustin, a.g.m., s. 3).

⁹²³ Augustin, a.g.m., s. 3.

⁹²⁴ a.g.m., s. 4.

⁹²⁵ Charles Debbasch, Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, 7ème Edition, Paris: Dalloz, 2001, s. 253; Antony Falgas, *La voie de fait administrative*, Recherche sur la justification d'une notion prétorienne, L'Harmattan, Paris, 2015, s. 139.

⁹²⁶ Adli yargının bu tür bir denetimi sağlamak için daha uygun hukuki araçlara sahip olduğu belirtilmiştir. Gülseven Şeker, *İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Uygulaması*, (Doktora Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2010), s. II; Kaplan, “Fiili yol”, a.g.m., s. 906-907.

⁹²⁷ Anayasa Konseyi de “doğası gereği adli yargı yerlerinin görevine giren alanlar” olduğunu kabul ederek bu genel ilkeyi “Anayasal prensip” düzeyine çıkarmıştır. Kaplan, “Fiili yol”, a.g.m., s. 907; Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 764.

⁹²⁸ Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 869; Frier ve Petit, a.g.e., s. 396; Augustin, a.g.m., s. 4-5.

düzeltilmesine karar verebilmektedir. L.521-2'ye göre, bir kamu tüzel kişisi veya kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilen özel hukuk kişinin temel bir hak veya özgürlüğü açık bir şekilde hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda, idari yargıç “temel hak ve özgürlüğün korunması amacıyla gerekli bütün tedbirlerin alınmasına” karar verebilmektedir. Buna, idareye talimat verme kararı da dahildir. Kural olarak idari yargıcın kararını kırk sekiz saat içerisinde vermesi gerekmektedir. İdari yargıcın verdiği karar on beş gün içerisinde Conseil d'Etat'da temyiz edilebilmektedir .

Yeni düzenleme ile idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki uygulamalarından doğan uyuşmazlıklara idari yargı hakimi tarafından bakılma imkanı getirilmesi, fiili yol teorisinin ortadan kalkacağı veya adli yargının bundan böyle fiili yol uyuşmazlıklarına bakamayacağı yolunda yorumların yapılmasına neden olmuştur⁹²⁹. Nitekim, 2013 yılının başında verilen *Commune de Chirongui*⁹³⁰ kararıyla yeni uygulama etkisini göstermiştir. Karara konu olayda, idare özel mülkiyetteki taşınmazı işgal etmekte ve taşınmaz üzerindeki fidanlara zarar vermektedir. Taşınmaz sahibi Bayan B..., taşınmazı üzerinde yürütülen faaliyetin durdurulması ve zararının karşılanması için İdari Yargı Kodu'nun L. 521-2 hükmüne dayanarak idari yargı hakimine başvurmuştur. İdari yargı hakiminin, idare tarafından yapılan işgalin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirerek, müdahalenin sonlandırılmasına ve davacıya tazminat ödenmesine karar vermesi üzerine *Commune de Chirongui*, uyuşmazlığı temyize taşımaktadır. Conseil d'Etat, bahsi geçen düzenlemeyle idari yargının fiili yol niteliğinde olsa bile temel hak ve özgürlüklere veya mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki uygulamalardan doğan uyuşmazlıklara bakabileceği yönünde değerlendirmede bulunarak, talebin reddine ve taşınmaz sahibine tazminat ödenmesine karar vermiştir. İdari Yargı Kodundaki düzenleme karşısında, Conseil d'Etat'nın kararının beklenen bir karar olduğu belirtilmektedir⁹³¹.

Commune de Chirongui kararına kadar fiili yolun tanımı, yargı kararlarında klasik bir biçimde yapılmaktaydı. Buna göre, idarenin bir temel hak veya özgürlüğü veya mülkiyet hakkını açık ve ağır şekilde hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda ilgili

⁹²⁹ Slama, a.g.m., s. 1.

⁹³⁰ CE, 23 Ocak 2013, *Commune de Chirongui*, N° 365262: <https://www.legifrance.gouv.fr/> - 12 Haziran 2018.

⁹³¹ Jeanne de Gliniasty, “De Mme B. à Monsieur B.: La voie de fait dans l’impasse”, Paris : Lextenso (Les petits affiches), S. 175, (2013), s. 12.

tasarruf, fiili yol kabul edilmekte ve uyuşmazlık adli yargı tarafından görülmekteydi⁹³². Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi référé liberté ile ilgili düzenlemenin yapıldığı zamandan kısa bir süre sonra verdiği *Boussadar*⁹³³ kararında fiili yolun eski tanımını yinelemiştir. Ancak yeni düzenleme, fiili yolun kapsamına girebilecek uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözüme kavuşturulmasına imkan sağladığından bir görev uyuşmazlığının oluşması kaçınılmaz olmuştur. Nitekim, aynı yıl Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği kararlar fiili yol konusunda adli ve idari yargının görev alanlarını ayırmaya ve netleştirmeye çalışmıştır. Söz konusu karara ilişkin ayrıntılar bir sonraki başlık altında ele alınmaktadır.

2. Uyuşmazlık Mahkemesinin Fiili Yolu Yeniden Tanımlaması

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 2013 yılında verdiği *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*⁹³⁴ kararıyla, *Commune de Chirongui* kararında varılan sonuçla örtüşebilecek nitelikte bir karara vararak, fiili yolu yeniden tanımlamıştır. Mahkemenin oluşturduğu yeni tanımda, hem temel hak ve özgürlüklerin hem mülkiyet hakkının ihlali bakımından fiili yolun kapsamı daraltılmaktadır⁹³⁵.

Bergoend kararından önce, idarenin haksız fiil niteliğindeki eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktaydı. Söz konusu karardan sonra, her haksız fiilden doğan uyuşmazlığın adli yargının görev alanına sokulması mümkün görünmemektedir. İdarenin, haksız fiilinden doğan uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girebilmesi için kararda belirlenen yeni şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Mahkeme, fiili yolun gerçekleşme şekli olarak görülen, “hukuka aykırı re'sen icradan doğan fiili yol ile idarenin herhangi bir yetkisi ile ilişkilendirilemeyen eylemlerinden doğan fiili yol” şeklindeki temellendirmeyi muhafaza etmekle beraber, fiili yolun uygulama alanını daraltmıştır. Karara konu olayda, özel bir mülke elektrik

⁹³² Falgas, a.g.e., s. 20; Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. 868 vd.; Onar, a.g.e., s. 1668; Buradan fiili yolun sadece temel hak ve özgürlüklere müdahale şeklinde algılanmadığını, idarenin yasadandan aldığı bir yetkisi olmaksızın harekete geçmesinin de fiili yol olarak nitelendirildiğini belirtmemiz gerekir. Sirat, a.g.m., s. 13.

⁹³³ TC, 23 Ekim 2000, *Boussadar*, N° 3227, Rec. Lebon, (<https://www.legifrance.gouv.fr/> - 17 Mayıs 2018).

⁹³⁴ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*, n° 3911, au Lebon ; *AJDA* 2013. 1245 (https://www.legifrance.gouv.fr - 13 Mayıs 2018).

⁹³⁵ Pierre Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, Paris: *RFDA*, (2013), s. 1041.

direği yerleştirildiğinden davanın adli yargıda görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu iddiaları kabul etmeyerek bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında verilen zararın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında ayrıca, fiili yola ilişkin yeni bir tanım ortaya konmaktadır. Buna göre bir uyuşmazlığın fiili yola vücut verebilmesi için; bir kararın veya icrasının idareye verilen görev ve yetkilerle örtüşmeyecek şekilde bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlaline (*porte atteinte à une liberté individuelle*) yol açması veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak (*extinction d'un droit de propriété*) nitelikte bir müdahale biçiminde gerçekleşmesi gerekmektedir⁹³⁶.

Karardan önce fiili yolun varlığından bahsedebilmek için idarenin eyleminin bir temel hak ve özgürlüğü ağır bir şekilde ihlal etmesi yeterliydi⁹³⁷. Oysa yeni durumda, fiili yolun gerçekleşmesi için birinci şart olarak, “temel hak ve özgürlükler”in ihlalinin yerini “bireysel hak ve özgürlükler”in ihlali almaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin alanının bireysel hak ve özgürlüklere göre daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Her ne kadar her bireysel hak ve özgürlük, aynı zamanda bir temel hak ve özgürlük ise de; her temel hak ve özgürlük, aynı zamanda bir bireysel hak ve özgürlük değildir⁹³⁸. Fransız Anayasasının “kimsenin haksız yere tutulamayacağını düzenleyen ve bireysel özgürlüklerin koruyucusu olarak adli yargıyı gösteren 66. maddesi” ile Anayasa Konseyi kararlarından⁹³⁹ hareketle, bireysel hak ve özgürlüklerden bireyin dış etkilere

⁹³⁶ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*, n° 3911, au Lebon ; *AJDA* 2013, s. 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr> - 13 Mayıs 2018); Kaplan, a.g.e., s. 89.

⁹³⁷ Daha önce temel hak ve özgürlüklerin ihlali nedeniyle oluşan fiil uyuşmazlıklarına şu örnekler verilebilir: Fransız Yargıtay'ının *Haas c/Valentin* (Ch.civ., 3 Ağustos 1874, *Haas c/Valentin*, D.P. 1875-I-997 (Nakleden-Debary, a.g.e., s. 35)) ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Dufeulle, Uzannaz, Joris, Michau, Lafrenney* (TC, 25 Mart 1889, *Dufeulle, Uzannaz, Joris, Michau, Lafrenney*, D.P. 1890-III-65) kararlarında idarenin kararını hukuka aykırı olarak re'sen icrası sonucu “kişi özgürlüğü”nün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. *Abbé Mignon* (TC, 22 Nisan 1910, *Abbé Mignon*, D.P. 1910-III-41) kararında dini kuralların dışında defnedilen kişi için belediye başkanının kararıyla kilise çanlarının çalınması “inanç özgürlüğünün ihlali”, *Epoux Pelé* kararında ilgilinin idareye ait bir yapıdan zorla çıkarılması fiili “konut dokunulmazlığının ihlali”, (TC, 25 Kasım 1963, *Ep. Pelé*, s. 795; *AJ* 1964, s. 24, chron. J Fourré et M Puybasset, *JCP* 1964, n° 13493, note J-M Auby) ve nihayet *Action Française* (TC, 8 Nisan 1935, *Action Française*, GAJA, No: 48, s. 293) kararında yer itibarıyla yetkisiz olduğu halde valilik kararıyla gazete nüshalarına el konması ve toplatılması işlemi “basın özgürlüğünün ihlali” şeklinde değerlendirilerek fiili yol ulaştırdıklarına karar verilmiştir.

⁹³⁸ Serge Slama, “Le tribunal des conflits déshabile la “folle du logis””, *Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, (2013), (<https://revdh.files.wordpress.com> - 14 Mayıs 2018), s. 9. ss. 1-12.

⁹³⁹ Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak bkz. CC, 26 Kasım 2010, N° 2010-71, Rec. Cons. Const., s. 343, cons. 16, *AJDA*, 2011, s. 174; CC, 5 Ekim 2012, N° 2012-279, QPC, Rec. Cons. Const., s. 514, *AJDA*, 2012, s. 1884; Evlilik hakkında ilişkin olarak bkz. CC, 17 Mayıs 2013, N° 2013-669 DC, cons. 23, D. 2013. 1643, chron. F. Dieu (Nakleden- Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, a.g.m., s. 1042).

karşı korunmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴⁰. Bu durumda, gazeteye el konması⁹⁴¹ fiili, basın özgürlüğünü ihlal etmesine rağmen, bireysel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşımadığından fiili yol olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Yine fotoğraf makinasına el konması⁹⁴², bireye ait siyasi unsurlar barındıran afişlere postanede el konması⁹⁴³, ölünün mezarının açılması⁹⁴⁴, memurun ikamet ettiği binanın mühürlenmesi ve binaya girişin yasaklanması⁹⁴⁵ gibi uygulamalar temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olmalarına rağmen, bireysel hak ve özgürlükleri ihlal etmediklerinden fiili yol olarak değerlendirilemeyecektir⁹⁴⁶. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi yakın zamandaki bir kararında, kişinin seyahat belgelerine el konmasını seyahat özgürlüğüne bir müdahale olarak görmüşse de, bu müdahale ile Anayasanın 66. maddesi kapsamında bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlal edilmediğini dile getirmiş ve idarenin eyleminin fiili yol oluşturmadığına karar vermiştir⁹⁴⁷. Kişi güvenliği ve özel yaşamın gizliliği gibi hakların ise, bireysel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmeye devam edilmesi beklenmektedir⁹⁴⁸. Bu bakımdan, fiili yolun kapsamından kamusal özgürlükler çıkarılarak, fiili yolun teorisi, bireysel özgürlüklerle sınırlanmaktadır⁹⁴⁹.

Bergoend kararına göre, fiili yolun oluşması için ikinci şart, idarenin hukuka aykırı müdahalesiyle bireyin mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir ihlalin gerçekleşmesidir. Daha önce, idarenin işlem veya eyleminin fiili yola dönüşmesi için mülkiyet hakkına ağır şekilde müdahale edilmesi yeterliydi⁹⁵⁰. Fiili yolun yeni

⁹⁴⁰ Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, a.g.m., s. 1042.

⁹⁴¹ TC, 8 Nisan 1935, *Action Française*, GAJA, No: 48, s. 293

⁹⁴² CE, 18 Kasım 1949, *Sieur Carlier*, JCP.II.5535 (Nakleden-Petit, a.g.e., s. 37).

⁹⁴³ TC, 10 Aralık 1956, *Randon, Flandin, Desgranges c/ Brunet et Cornevaux*, RPDA, 1957, no: 35.

⁹⁴⁴ TC, 25 Kasım 1963, *Comm.de Saint-Just-Chaleyssin*, s. 793, concl. J. Chardeau (Nakleden-Kerstin Glaab, *Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung*, Ein deutsch-französischer Vergleich Tome 1, (Thèse pour le doctorat), Paris: Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009, s. 178

⁹⁴⁵ TC, 27 Haziran 1966, *Guignon*, Rec. 830, JCP, 1967.II.15135, conc. Lindon. (GAJA, a.g.e., s. 297); Ayrıca bkz.; Falgas, a.g.e., s. 130.

⁹⁴⁶ Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, a.g.m., s. 1042.

⁹⁴⁷ TC, 12 Şubat 2018, N° C4110, (<https://www.legifrance.gouv.fr> - 14 Mayıs 2018).

⁹⁴⁸ Slama, a.g.m., s. 6.

⁹⁴⁹ Gliniasty, a.g.m., s. 12.

⁹⁵⁰ Mülkiyet hakkının özellikle vurgulanmasının nedeninin kamu hukukunun üç yüz yıllık tarihi gelişiminde batı dünyasında mülkiyet hakkına özel önem atfedilmesi ve kavramın çeşitli düşüncelerin şekillenmesinde başat rol oynaması olduğu ifade edilmektedir. Kaplan, “Fiili yol”, a.g.m., s. 889; Mülkiyet hakkı ayrıca 1789 tarihli insan hakları evrensel bildirgesinde korumaya alınan temel haklardan birini oluşturmaktadır: 1789 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 17: “Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olması nedeniyle, yasa ile belirlenen kamu ihtiyacı açıkça gerekmedikçe ve adil ve peşin bir

tanımında, mülkiyet hakkının ihlali yetmemekte, idarenin müdahalesinin bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir⁹⁵¹. Bu bakımdan, daha önce yargı tarafından fiili yol olarak değerlendirilen gazetelere el konması⁹⁵², özel mülkteki ağaçların kesilmesi⁹⁵³, murisin ölümünden sonra idarece şahsi evraklarına el konması⁹⁵⁴, özel hukuk kişinin mülkünün idare tarafından işgal edilerek üzerinde çalışmalar yapılması⁹⁵⁵, kişinin seyahat belgelerine havalimanında el konması⁹⁵⁶ gibi fiiller, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmadığından, artık fiili yol kapsamında değerlendirilmemektedir⁹⁵⁷. Mülkiyet hakkına son vermediği sürece, idare tarafından bireyin mülkiyet hakkına müdahale edilmesinden doğan uyuşmazlıklar ise, idari yargı tarafından çözüme kavuşturulacaktır⁹⁵⁸. *Bergoend* kararında da özel mülke elektrik direğinin yerleştirilmesi fiilinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaması nedeniyle fiili yola vücut vermediği sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkemenin bu kararla, fiili yolu, yıkım işlemi veya idare tarafından taşınmaz el konması gibi uygulamalara indirmediği ileri sürülmüştür⁹⁵⁹. Uyuşmazlık Mahkemesi, kısa zaman sonra verdiği başka bir kararında bu içtihadını tekrarlamıştır⁹⁶⁰. Adli yargının da Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihadına uygun bir tutum benimseyerek mülkiyet hakkını ortadan kaldırmayan müdahaleleri fiili yol olarak değerlendirmede görülmektedir⁹⁶¹. Kararla ayrıca, adli yargının verebileceği kararların men'i müdahale ve eski halin iadesi ile sınırlandırıldığı belirtilmektedir⁹⁶².

tazminat ödenmedikçe, kimse bu haktan yoksun bırakılamaz.” (<https://www.legifrance.gouv.fr> - 22 Ekim 2017).

⁹⁵¹ Nicolas Le Rudulier, “Voie de fait : réduction de la compétence du juge judiciaire”, Paris: *Dalloz (AJDI)*, S. 10, (2015), s. 704.

⁹⁵² TC, 8 Nisan 1935, *Action française*, Rec. 1226, *GAJA*, No: 41, s. 292-298.

⁹⁵³ CE, 26 Mart 1990, *Icart*, N° 71222 (Nakleden-Slama, a.g.m., s. 10); TC, 15 Şubat 2010, *Mme Taharu c. Haut commissaire de la République en Polynésie française*, N° 3722, Lebon, s. 575 (Nakleden-Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, a.g.m., s. 1044).

⁹⁵⁴ CE, 10 Ekim 1969, *Consorts Muselier*, Rec. 432; RA 1970.29 concl. Braibant (Nakleden-Şeker, a.g.e., s. 66).

⁹⁵⁵ TC, 22 Ocak 1955, *Rival c. Etat*, Lebon, s. 613 (Nakleden-Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, a.g.m., s. 1044).

⁹⁵⁶ TC, 9 Haziran 1986, *Eucat*, Rec. p.301; JCP 1987.II.29746, note B. Pacteau; *AJDA* 1986; TC, 19 Kasım 2001, Mlle Mohamed c/Ministre de l’Intérieur, Rec. Lebon, 2001, s. 255.

⁹⁵⁷ Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, a.g.m., s. 1042.

⁹⁵⁸ Gatién Hamel, “Voie de fait: compétence du juge administratif en l’absence de dépossession définitive”, *Dalloz Actualité*, (Ocak 2018), s. 1 (<https://www.dalloz-actualite.fr> - 18 Mayıs 2018).

⁹⁵⁹ Gliniasty, a.g.m., s. 13.

⁹⁶⁰ TC, 9 Aralık 2013, N° C3931, Rec. Lebon, (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/> - 18 Mayıs 2018)

⁹⁶¹ Civ. 3^e, 18 Ocak 2018, *FS-P+B*, N° 16-21.993 (Nakleden-Hamel, a.g.m., s. 1).

⁹⁶² Slama, a.g.m., s. 2; Gliniasty, a.g.m., s. 13

Fiili yolun sınırlarının daraltılmasıyla bir çok uyuşmazlık fiili yolun kapsamından ve adli yargının görev alanından çıkararak, idari yargının görev alanına girmektedir. Fiili yoldaki dönüşümün temel sonuçlarından biri, bireysel hak ve özgürlük oluşturmeyen temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesinden doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına dahil olması iken, bir diğeri, fiili yol uyuşmazlıkları bakımından Fransız hukukunda adli yargının yetkisinin anayasal güvenceye kavuşmuş olmasıdır⁹⁶³. Zira Uyuşmazlık Mahkemesi, bireysel hak ve özgürlüğü tayin ederken Anayasanın 66. maddesini temel almaktadır. Ancak adli yargının görev alanı Anayasal güvenceye bağlanırken, fiili yol bakımından bu alanın daraltılması, fiili yol teorisinin iinin boşaltıldığı şekilde yorumlara da neden olmuştur⁹⁶⁴.

Fiili yolun kapsamının *Bergoend* kararıyla daralmasında, daha önce oluşturulan “référé-liberté”nin etkili olduğu ileri sürülmektedir⁹⁶⁵. *Bergoend* kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi, *Commune de Chirongui* kararında varılan sonucu onaylayacak bir biçimde fiili yolun kapsamını daraltmakta ve bireysel hak ve özgürlük teşkil etmeyen temel hak ve özgürlüklere müdahalede idari yargının yetkisini onaylamış olmaktadır. Bu sonucun, idari yargı tarafından karara bağlanacak olan hukuka aykırı re'sen icra tasarruflarının artmasına yol açacağı düşünülmektedir. Bunun nedeni de fiili yolun kapsamının daralmasından dolayı fiili yola dönüşen re'sen icra uygulamasının sayısının azalacak olmasıdır. Bu açıdan, fiili yolun kapsamının daraltılması re'sen icra tasarrufunun fiili yola vücut vermesi ihtimalini de azaltmaktadır. Bunun anlamı, re'sen icranın hukuka uygun olması değil, re'sen icradan doğan uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak yargı kolunun uyuşmazlığın niteliğine göre değişecek olmasıdır. Ancak, fiili yolun yeni tanımını karşısında, re'sen icranın fiili yola vücut verme ve bunun sonucu olarak adli yargının uyuşmazlığı çözmekle görevli olma ihtimali azalmaktadır.

Bergoend kararından önce, re'sen icranın idarenin görev ve yetkileriyle bağdaşmayacak şekilde temel hak ve özgürlükleri veya mülkiyet hakkını ihlal ederek gerçekleşmesi, fiili yolun oluşması için yeterliyken bundan sonra re'sen icranın fiili yol oluşturması için idarenin, kararını icrası sırasında, bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlali veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir müdahalenin meydana

⁹⁶³ Augustin, a.g.m., s. 9.

⁹⁶⁴ Gliniasty, a.g.m., s. 14; Slama, a.g.e., s. 11.

⁹⁶⁵ Rudulier, a.g.m., s. 704.

gelmesi gerekmektedir. *Saint Just* kararıyla belirlenen re'sen icra şartları ise geçerliliğini korumaya devam etmektedir⁹⁶⁶. Bu açıdan, söz konusu kararla belirlenen şartların eksikliği durumunda re'sen icra yine hukuka aykırı olacaktır. Ancak, re'sen icra tasarrufunun hangi hak veya özgürlüğe müdahale niteliğinde olduğuna bakılarak yargısal denetimi yapacak makam belirlenecektir. Bu bakımdan référé liberté hakiminin vereceği kararlar önem taşımaktadır. Re'sen icra tasarrufu kapsamında ihlal edilen hakkın temel hak ve özgürlüklerin dışında bir bireysel hak ve özgürlük olması durumunda, référé liberté hakiminin ihlali fiili yol olarak değerlendirilerek görevsizlik kararı vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶⁷.

B. Türk Hukukunda Fiili Yol Oluşturan Uygulamalar

Fiili yol olarak nitelenecek eylemin, idarenin özel hukuka tabi işlemlerinden doğan bir eylem olmaması gerekmektedir. İdarenin bireylerle girdiği özel hukuk ilişkileri sonucu başvurduğu eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, ilişkinin hukuki mahiyeti gereği adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Bu gibi durumlarda, adli yargı idarenin sorumluluğuna hükmederken fiili yol teorisinden dolayı değil, özel hukuk ilişkisinden dolayı haksız fiil sorumluluğu, kusursuz sorumluluk veya sebepsiz zenginleşme gibi kurumlara dayanarak karar vermektedir⁹⁶⁸. Bu açıdan, fiili yolun konusunu teşkil eden eylemin idarenin özel hukuk ilişkisi kapsamında başvuru bir eylem değil, kamu gücünün kullanılması sonucu başvuru bir eylem olması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶⁹. Ancak, fiili yolda idarenin eylemi kamu gücüne dayanırken, hukuka aykırı bir haksız fiil biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Fiil yolun Türkiye uygulamasında, yargı kararlarında iki temel özelliğin ön plana çıktığı gözlenmektedir. Bunlardan biri fiili yolun yargı makamları tarafından bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi (1), diğeri fiili yol uyuşmazlıklarının daha ziyade kamulaştırmaz el atma eylemlerinden dolayı meydana gelmesidir⁹⁷⁰ (2). Bununla

⁹⁶⁶ Delvolvé, “Voie de fait: limitations et fondement”, a.g.m., s. 1041.

⁹⁶⁷ a.g.m., s. 1042.

⁹⁶⁸ Kaplan, “Fiili yol”, a.g.m., s. 894.

⁹⁶⁹ a.yer.

⁹⁷⁰ Meltem Kutlu, *Kamulaştırma Hukuku*, 2. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, s. 381; Avcı, a.g.m., s. 4; Şeker, a.g.e., s. 114 vd.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 5.5.2014, E. 2014 / 462, K. 2014/514; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı T. 19.12.2011, E. 2011/228 K. 2011/296 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 20 Ekim 2017).

beraber, yasa koyucunun kendisi de bir haksız fiil teşkil eden kamulaştırmaz el atma eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara özel bir önem atfettiği ve bu uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda, nasıl çözüleceğine yön vermeye çalıştığı görülmektedir. Bu yüzden, çalışmanın devamında idarenin haksız fiilinden doğan uyuşmazlıklar ile kamulaştırmaz el atma fiilinden doğan uyuşmazlıkların ayrı ayrı incelenmesinin daha uygun olduğu düşünülmüştür.

1. Genel Olarak İdarenin Haksız Fiillerinden Doğan Uyuşmazlıklar

Fiili yolun, hukukumuzda daha ziyade haksız fiil şeklinde algılandığı dikkat çekmektedir⁹⁷¹. Nitekim, fiili yolun esasını belirleyen 1959 tarihli Yargıtay kararında da fiili yol değil, “haksız fiil” kavramının tercih edildiği görülmektedir⁹⁷². Yargıtay, idarenin yetkisi dışına çıkarak verdiği zararı, haksız fiil kapsamında değerlendirerek karar vermektedir. Karara göre, idarenin kanuna dayanan bir yetkisi olmaksızın aldığı kararlar ve bu kararların uygulanması sonucu başvurduğu fiiller, haksız fiil teşkil etmektedir⁹⁷³. Bu açıdan teorinin Türk yargısı tarafından uygulanış şeklinin Türkiye’ye özgü olduğu ileri sürülmüş, adli yargı hakiminin, idare hukukunun spesifik bir alan olmasından dolayı ve konuya tam hakim olmamasından ötürü, teorinin sınırlı olarak uygulandığı dile getirilmiştir⁹⁷⁴.

İdarenin haksız fiilinin, bireyin sadece mülkiyet hakkına değil, diğer hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olması halinde de fiili yolun meydana geldiği kabul edilmektedir⁹⁷⁵. Fiili yol durumunda, idarenin hukuka aykırı eyleminden dolayı idarenin fiili ile icra etmesi gerektiği kamu hizmeti arasındaki bağ kopmakta ve idare şahsi

⁹⁷¹ İdarenin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, adli yargının görev alanına girmektedir. Bkz. Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Birinci Kitap: Usul, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1976, s. 166.

⁹⁷² Yargıtay İBKG Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/18 (<https://emsal.yargitay.gov.tr> - 20 Ekim 2017).

⁹⁷³ “İdarenin, taşınmaz mala, yasal bir yetki ve bir kamu hizmetine tahsis olmaksızın el atması kamulaştırmaz el atma niteliğinde değil fakat özel hukuka tabi bir haksız fiil niteliğindedir”. Ayanoğlu, a.g.e., s. 51 ve 54.

⁹⁷⁴ Şeker, a.g.e., s. 106-107.

⁹⁷⁵ Bununla beraber uygulamada kamulaştırmaz el atma fiillerinin de birer haksız fiil olarak kabul edildiğini belirtmek gerekmektedir. “kamulaştırmaz el atmada taşınmaza idarenin müdahalesi bir idari karara dayanmadığından yapılan müdahale bir idari eylem olmayıp haksız eylem niteliğindedir” Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 26.02.1990, E. 1990/5, K. 1990/4 (Nakleden-İştar B. Tarhanlı, “Uyuşmazlık Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma”, İstanbul: *İHİD*, Y.11, S.1-3, (1990), s. 46; Onar, a.g.e., s. 1669.

kusurundan dolayı haksız fiilde bulunmuş birey gibi adli yargı tarafından yargılanmaktadır⁹⁷⁶. Fiili yol halinde idarenin eylemi kamusal olmaktan çıkmakta ve bir haksız fiile dönüşmektedir⁹⁷⁷. Bu durum, idarenin ayrıcalıklarını ortadan kaldırmakta ve bir yaptırım olarak adli yargıya tabi kılınması sonucunu doğurmaktadır⁹⁷⁸. Sarıca'ya göre, "fiili yol halinde meydana gelen aykırılık o kadar açık, önemli ve vahimdir ki, idari fonksiyon ve kamu hizmeti ile arasındaki hukuki bağ kalkar ve fiili bir durum oluşur"⁹⁷⁹.

Her ne kadar hukukumuzda fiili yolun genel olarak idarenin bireylerin hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı bir biçimde müdahale etmesi sonucu gerçekleştiği kabul edilse de, yargı kararlarında bir idari işleme dayalı olmadan eylemlere başvurulması⁹⁸⁰, eylemin kamu hizmeti ile ilişkilendirilememesi⁹⁸¹, kamu hizmeti ile idarenin fiili arasındaki bağın kopması⁹⁸², idarenin yetki alanının dışına çıkması⁹⁸³ gibi kıstasların da haksız fiilin ve fiili yolun tespitinde kullanıldığı dikkat çekmektedir.

⁹⁷⁶ Onar, a.g.e., s. 1675; Şeker, a.g.e., s. 107.

⁹⁷⁷ Vedel, Delvolvé, a.g.e., s. 152.

⁹⁷⁸ İdari icranın bu şekilde idari niteliğini kaybederek alelade hukuka aykırı bir eyleme dönüşmesi Fransız hukukunda bozulma teorisi (*théorie de dénaturaiton*) olarak nitelendirilmiştir. Falgas, a.g.e., s. 20; Debbasch ve Ricci, a.g.e., s. 253; Thais Augustin, "La victoire du juge administratif : le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait", *Revue Général de Droit*, (2016), s. 3 (www.revuegeneraledudroit.eu - 20 Ekim 2017); Fiili yolun denetiminin adli yargıya bırakılmasının nedeni, adli yargının sahip olduğu yargılama teknikleri ve başvurabileceği yaptırımlar dolayısıyla kendisine duyulan güven ve buna karşın bireyi korumak konusunda yetersiz kalacağı düşünülen idari yargıya karşı duyulan güvensizlik olduğu ileri sürülmüştür. Kaplan ayrıca, idari yargının, idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesine karşı etkisiz ve çaresiz kalmasının, fiili yolun denetiminin adli yargı tarafından yapılmasına bir anlamda meşruiyet kazandırdığını belirtmektedir. Kaplan, a.g.e., s. 909.

⁹⁷⁹ Sarıca, *İdari Kaza*, a.g.e., s. 383.

⁹⁸⁰ "Tazmini istenen zararın, kamu görevlilerinin haksız fiil teşkil eden ve hiçbir idari işleme girişilmeden ya da davacıya bir işleme dayalı olmadan davacıya ait mermer ocağına girilerek izinsiz taş alınmak suretiyle meydana geldiği ve ocaktan taş alınması veya dinamit patlatılmasının plan ve projeye bağlı olmadığı dosyadaki belgelerden anlaşılmalı, mülkiyete ilişkin ve kamu görevlilerinin haksız fiil teşkil eden hareketlerinden doğan zarar, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde dava konusu edilmelidir." Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 17.01.1983, E. 1982/12, K. 1983/10 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 24 Haziran 2018); Ayrıca bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 20.02.1989, E. 1989/4, K. 1989/5 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 24 Haziran 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 02.02.1957, E. 1956/119, K. 1957/1 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 119).

⁹⁸¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararı, T. 17.03.2003, E. 2002/12690, K. 2003/3012: "Davalı belediyenin, işlem ve eylemlerinin, kural olarak kamusal nitelik taşıdığı açıktır. Bu nedenledir ki, işlem ve eylemlerinin, kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi asıldır. Hiç bir biçimde kamu hizmeti ile bağdaştırılamayacak, eylem ve işlemler, bu kabullerin dışındadır. Ki, çoğunlukla bunun örnekleri, "fiili yol" olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere; yargı kararlarının uygulanmaması, kamulaştırmaz veya yetkili makamların izni alınmaksızın el atma gibi hallerde; kamu hizmeti ile eylem veya işlem arasında bulunması gereken bağ kesilmektedir". (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 20 Ekim 2017).

⁹⁸² Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 07.04.2008, E. 2007/186, K. 2008/88: "Bu anlamda olmak üzere; yargı kararlarının uygulanmaması kamulaştırmaz veya yetkili makamların izni alınmaksızın el atma gibi

İdarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesi veya bir kararın icrası sırasında da haksız fiilde bulunması mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesi de bu tür işlemler sırasında idarenin, bireylerin haklarını ihlal edebileceğini dile getirmektedir. Yargı kararlarında, idarenin bireyin özel mülkünde hafriyat çalışmaları yapması⁹⁸⁴, idarenin ilgili plana uymadan yaptığı yol nedeniyle bireyin tarlasının sulanmasına engel olması⁹⁸⁵, idarenin plan ve projelere aykırı hareket etmesi⁹⁸⁶ gibi fiiller birer haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

Fiili yol konusunda adli yargıcın yetkilerinin geniş olduğu görülmektedir. Adli yargıç, fiili yolun mevcut olup olmadığını, içeriğini, esasını, sonuçlarını tespit edip gerekli tedbirlere karar verebileceği gibi haksız fiil teşkil eden eylemlerin durdurulmasına ve meydana gelen zararın idare tarafından tazmin edilmesine de karar verebilmektedir⁹⁸⁷. Fiili yol durumunda, adli yargı makamları idarenin sorumluluğuna hükmederken idari sorumluluğun ilkelerini değil, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğu, sebepsiz zenginleşme gibi sorumluluk ilkelerini uygulamaktadır⁹⁸⁸.

Hukukumuzda fiili yolun haksız fiil olarak görüldüğü ve kapsamlı bir fiili yol teorisi ve hukuki rejimi ortaya konulmadığı görülmektedir. Duran bu sonucu, Hauriou'nun "her idari kararın re'sen icra yetkisini barındırdığı" şeklindeki "icrai karar" teorisinin Türk hukuk doktrini tarafından aynen aktarılmasından esinlenen Danıştay'ın hiçbir kayıt ve şart koymaksızın idarenin genel ve olağan bir re'sen icra yetkisine sahip olduğu yanlıgısı içine düşmesine bağlamaktadır⁹⁸⁹. Ancak, üzerinden

hallerde; kamu hizmeti ile eylem veya işlem arasında bulunması gereken bağ kesilmektedir. Ayrık ve sınırlı sayıdaki bu örneklerde olduğu gibi, eylem veya işlemlerin, kamu hizmeti çerçevesinde tutulma olanağı kalmamakta ve çoğunlukla kasti nitelikteki bu eylemler ilgililerinin de kişisel sorumluluklarını gerektirmektedir. Somut olayda saptanan ve benimsenen olgular, kamu hizmetinin eksik veya yetersiz yapıldığını göstermektedir. Ancak, bu olgular yukarıda açıklandığı üzere, fiili yol boyutunda ve hizmet ile bağı keser düzeyde değildir." (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 24 Ekim 2017).

⁹⁸³ Danıştay 12. Dairesinin kararı, T. 02.10.1974, E. 1971/3506, K. 1974/2199 (Nakleden-Ayanoğlu, a.g.e., s. 131).

⁹⁸⁴ Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 23.03.1987, E. 1986/51, K. 1987/(<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 24 Haziran 2018); Benzer yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 23.03.1987, E. 1986/51, K. 1987/9 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 24 Haziran 2018).

⁹⁸⁵ Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 26.02.1990, E. 1990/5, K. 1990/4 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 24 Haziran 2018).

⁹⁸⁶ Yargıtay İBGK Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/18 (<https://emsal.yargitay.gov.tr> - 20 Ekim 2017)

⁹⁸⁷ Kaplan, "Fiili Yol", a.g.m., s. 910.

⁹⁸⁸ Kaplan, "Fiili Yol", a.g.m., s. 894.

⁹⁸⁹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, a.g.e., s. 420; Kaplan, "Fiili Yol", a.g.m., s. 906; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, a.g.e., s. 178.

kayda değer bir zamanın geçtiği bu görüşün Danıştay'ın yeni kararları doğrultusunda tekrar irdelenmesi gerekmektedir. İkinci bölümde görüldüğü üzere Danıştay, re'sen icra yetkisini olağan bir yetki olarak nitelese de, bu yetkiyi kayıtsız ve şartsız bir yetki olarak kabul etmemektedir. Özellikle, re'sen icra sırasında cebir kullanılmasını temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde görerek, bu durumda yetkinin kanuna dayanması gerektiğini belirtmektedir. Bununla beraber, Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıkları fiili yol olarak niteleme konusunda “çekingen”⁹⁹⁰ davrandığını ve bu durumun bazı yazarlarca olumlu karşılandığını ifade etmek mümkündür⁹⁹¹. Uyuşmazlığın fiili yoldan doğduğu şeklindeki değerlendirmeler, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında görülmekte, bu uyuşmazlıklar da çoğunlukla kamulaştırmatsız el atma eylemlerinden doğmaktadır. Çalışmanın devamında bu uyuşmazlıklar ele alınmaktadır.

2. Kamulaştırmatsız El Atma Fiilinden Doğan Uyuşmazlıklar

Fiili yolun hukukumuzda görülen ikinci özelliği, bu hukuka aykırılığın daha ziyade kamulaştırmatsız el atma şeklinde meydana gelmesidir⁹⁹². Kamulaştırmatsız el atma, hukuki ve fiili olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Hukuki el koyma, idarenin yasaların verdiği yetkiye dayanarak uygulama imar planları yoluyla bireyin mülkiyet hakkına müdahalesi ile gerçekleşirken, fiili el atma herhangi bir yasal dayanak olmaksızın bireyin mülkiyet hakkına müdahalesi şeklinde gerçekleşmektedir⁹⁹³. Fiili yol olarak nitelendirilen kamulaştırmatsız el atmanın fiili el atma şeklinde meydana geldiği kabul edilmektedir. Bu çalışmada fiili el atma üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda fiili kamulaştırmatsız el atma, idarenin usulüne uygun bir kamulaştırma kararı olmaksızın özel bir mülkiyette bulunan bir taşınmazı, kamu hizmetine tahsis ederek malikin mülkiyet hakkını kısmen ya da tamamen ortadan

⁹⁹⁰ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, a.g.e., s. 178.

⁹⁹¹ Kaplan, “Fiili Yol”, a.g.m., s. 890.

⁹⁹² Kutlu, a.g.e., s. 381; Mustafa Avcı, “Türk Hukukunda Kamulaştırmatsız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, *International Conference On Eurasian Economies*, (2014), s. 4. (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf> - 20 Ekim 2017); Şeker, a.g.e., s. 114 vd.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 5.5.2014, E. 2014 / 462, K. 2014/514; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı T. 19.12.2011, E. 2011/228 K. 2011/296 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 20 Ekim 2017).

⁹⁹³ Türker Yalçınduran, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, Ankara: *AÜHFD*, C. 2, S. 66, (2017), s. 493.

kaldırması şeklinde tanımlanabilir⁹⁹⁴. Örneğin, Asliye hukuk mahkemesi tarafından verilmiş – kamulaştırılmak istenen taşınmaza ilişkin – bir tescil kararı olmaksızın idarenin kamulaştırma işlemlerine girişmesi, fiili kamulaştırmatsız el atma olarak kabul edilmektedir⁹⁹⁵. Uyuşmazlık Mahkemesi de, Devlet Su İşleri Müdürlüğünce dere yatağının değiştirilmesi sonucu bireyin özel mülkiyetindeki taşınmazın su altında kalmasını, kamulaştırmatsız el atma şeklinde gerçekleşen bir haksız fiil olarak ele almaktadır⁹⁹⁶.

Kamulaştırmatsız el atmadan dolayı açılacak davaların kural olarak adli yargıda görülmesi gerekir⁹⁹⁷. Kamulaştırmatsız el atma konusundaki uyuşmazlıklarla ilgili esaslar, 1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla belirlenmiştir. Söz konusu kararında Mahkeme, taşınmazına kamulaştırmatsız olarak el atılan malikin, mülkiyet hakkının devam ettiğine, bu yüzden malikin dilerse idare aleyhine men'i müdahale davası açabileceğine, ancak kamulaştırmatsız olarak işgal edilen taşınmazın yola dönüştürülmüş olması sebebiyle men'i müdahale kararının yerine getirilmesinde güçlülükle karşılaşılacağından, yine malikin dilerse mülkiyet hakkını idareye devredebileceğine ve karşılığında taşınmazın bedelini dava yoluyla idareden isteyebileceğine ve son olarak mülkiyet hakkı devam ettiğinden dava açma hakkının zamanaşımına uğramayacağına hükmetmiştir⁹⁹⁸. Yargıtay'ın kararla getirdiği çözümün tazminat ve men'i müdahale davası açmak şeklinde iki seçenekten oluştuğu görülmektedir. Ayrıca, dava açma hakkının zamanaşımına uğramaması bakımından, öngörülen prosedürün, idari yargılama usulündekinden farklı olduğu göze çarpmaktadır.

⁹⁹⁴ Kutlu, a.g.e., s. 381; Günday, a.g.e., s. 277; Tarhanlı, a.g.m., s. 41; Şeker, a.g.e., s. 115; Gürsel Kaplan, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmatsız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, 2012, s. 127.

⁹⁹⁵ Şeker, a.g.e., s. 135.

⁹⁹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 24.12.2001, E. 2001/109, K. 2001/116 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 26 Haziran 2018).

⁹⁹⁷ “İstimlâksiz el atma halinde, amme teşekkülü İstimlak Kanununun uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir”. Yargıtay İBGK Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/15 (<https://emsal.yargitay.gov.tr> - 20 Ekim 2017).

⁹⁹⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, T. 16.05.1956, E. 1956/1, K. 1956/6: “Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen sahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmağa hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna 16.5.1956 tarihinde ilk toplantıda ittifakla karar verildi.” (<http://www.turkhukusitesi.com> - 20 Nisan 2018).

Yargıtay'ın çözümü tatmin edici bulunmadığından, yasa koyucu tarafından, 5 Ocak 1961 tarih ve 221 Sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile, kamulaştırmaz el atma nedeniyle doğan uyuşmazlıklar için yeni bir düzenleme getirilmiştir. Kanunun 1. maddesine göre, 6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği 9 Ekim 1956 tarihine kadar, Kamulaştırma Kanununun göz önünde tuttuğu amaçlara, kamulaştırılmaksızın fiilen tahsis edilmiş taşınmazlar kamulaştırılmış sayılmaktadır⁹⁹⁹. Kanun, 1956 yılından önceki uyuşmazlıklara çözüm getirdiği için bu tarihten sonraki uyuşmazlıklara, yine 1956 tarihli YİBK'nın uygulanmasına devam edilmiştir.

Yasakoyucu daha sonra 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38. maddesini değiştirerek dava açma süresini yirmi yıllık bir zamanaşımına bağlamış, ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında verdiği karar ile iptal edilince¹⁰⁰⁰, yürürlükte kamulaştırmaz el atma halini düzenleyen bir kanun kalmamıştır¹⁰⁰¹.

Yasakoyucu son olarak 18 Haziran 2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa, Geçici 6. maddeyi ekleyerek kamulaştırmaz el atma ile ilgili kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. “*Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti*” başlıklı Geçici 6. maddenin 1. fıkrasına göre,

“Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır”.

⁹⁹⁹ 221 sayılı Kanun Madde 1: “6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır”.

¹⁰⁰⁰ AYM Kararı, T. 10.04.2003, E.2002/112, K.2003/33, RG. 04.11. 2003 – 25279 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 21 Nisan 2018)

¹⁰⁰¹ Kaplan, “Kamulaştırmaz El Atma”, a.g.m., s. 139.

Düzenlemenin ilk halinde, kamulaştırmaz el atma nedeniyle sadece bedel talebi yapılabilirken, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılındaki iptal kararıyla¹⁰⁰² mülkiyet hakkının korunmasını da sağlayan tescil ve terkin gibi davaların açılmasına imkan doğmuştur. Böylelikle malikin istihkak ve men'i müdahale davası açmasına izin vermediği yönündeki eleştiriler¹⁰⁰³ bir ölçüde giderilmiştir¹⁰⁰⁴. Bahsi geçen taleplere ilişkin davalar, bir dava açma şartı olarak düzenlenen ve İYUK'un 13. maddesindeki "ön karar" müessesesi ile benzerlik gösteren¹⁰⁰⁵ uzlaşma yolu denendikten ve uzlaşma sağlanamadıktan sonra üç aylık bir süre içerisinde açılabilir (Geçici 6. madde fıkra 2 vd).

5999 sayılı kanunla (Geçici 6. madde) 9.10.1956 ve 4.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atmalar için geçerli olan düzenleme, daha sonra yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanunun Geçici 2. maddesi ile 1983 yılından 2026 yılına kadar yapılan ve yapılacak olan kamulaştırmaz el atmaları da aynı kapsama almaktaydı¹⁰⁰⁶. Ancak 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi, Anayasa Mahkemesinin 2012 yılında verdiği kararla hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş¹⁰⁰⁷ ve bunun sonucunda 1956 tarihli YİBK uygulamasına geri dönmek zorunda kalınmıştır¹⁰⁰⁸. 9.10.1956 ve 4.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atmalara 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun Geçici 6. maddesinin uygulanmasına

¹⁰⁰² Kararla sadece tazminat davası açılabilmesine ilişkin hüküm iptal edilmiştir. AYM Kararı, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169 (<http://www.turkhukuksitesi.com> - 20 Nisan 2018).

¹⁰⁰³ Söz konusu düzenleme Yelço tarafından hukuksuzluğun kanunu olarak nitelenmekte ve hukuk güvenliği, eşitlik, hak arama özgürlüğü gibi bir çok ilkeye aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Mehmet Fatih Yelço, "Hukuksuzluğun Yükselişi – Kamulaştırmaz Kamulaştırma – 6487 sayılı Torba Kanun Madde 21 ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi", İstanbul: *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 4, (2013), s. 572.

¹⁰⁰⁴ Mustafa Avcı, "Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme", *International Conferences on Eurasian Economies*, (2014), <http://www.avekon.org/papers/1144.pdf> (20 Nisan 2018), s. 5; Erhan Turhal, "Kamulaştırmaz Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler", Ankara: *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, (2016), s. 116.

¹⁰⁰⁵ Kaplan, "Kamulaştırmaz El Atma", a.g.m., s. 143.

¹⁰⁰⁶ İptal edilen hüküm: 13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 2nci maddesi: "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6ncı maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanır".

¹⁰⁰⁷ AYM Kararı, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169: "Kuralla, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 15 yıl boyunca 2026 yılına kadar idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmaz el atma yoluyla müdahalesine yol açılmaktadır. Böylece idareler kamulaştırma yapmak yerine, hukuka aykırı olarak el atmak suretiyle taşınmazları elde edebileceklerdir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi zedeleneceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez." (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - 20 Nisan 2018).

¹⁰⁰⁸ Yalçınduran, a.g.m., s. 509-510.

devam edilecektir¹⁰⁰⁹. Geçici 6. maddede getirilen sınırlamalar (uzlaşma yoluna başvuru zorunluluğu, taksitle ödeme, vekalet ücretinin maktu olarak belirlenmesi vs.) 4.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el atmalara uygulanamayacak¹⁰¹⁰ ve bu konularda 16.05.1956 tarihli YİBK’da varılan esaslar uygulanacaktır. Uyuşmazlık mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında, belediyenin ilgilinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın 1179.06 metrekarelik alanını kamulaştırma işlemi yapmaksızın yola dönüştürmesini mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiş ve “Kamulaştırma Kanunu’nda öngörülen usul ve yöntemlere uygun idari nitelikte uygulama işlemleri yapılmaksızın dava konusu taşınmazın bir kısmına fiilen el atılarak yol ve kaldırım çalışması yapılması karşısında idarenin bu eyleminin kamulaştırmaz el atma niteliğini taşıdığı açıktır” diyerek 1956 tarihli YİBK’da varılan esasları uygulamıştır¹⁰¹¹.

Hukuki el atmalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü idari yargının görev alanına girmektedirken, fiili el atmalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü adli yargının görev alanına girmektedir¹⁰¹². Yargıtay da hukuki el atma durumunda tasarrufun “idari işlem veya eylemden doğan zarar” olarak nitelemekte ve uyuşmazlığın çözüm yeri olarak idari yargıyı göstermektedir¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ Yargıtay 5.Hukuk Dairesinin Kararı, T. 03.03.2014, E. 2013/21253, K. 2014/5585: “5999 ve 6487 sayılı Yasalarda düzenlenen ve Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 6. madde, bir tasfiye yasasıdır. 09.10.1956-04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atılan taşınmazlarla ilgili olarak açılacak davalarda uygulanacak usul ve esaslara ilişkin hükümler içerdiğinden daha sonraki uyuşmazlıklara uygulanamayacaktır”. (<http://www.turkhukuksitesi.com> - 21 Nisan 2018)

¹⁰¹⁰ Yargıtay 5.Hukuk Dairesinin Kararı, T. 12.04.2017, E. 2017/18672, K. 2017/10548 (<http://www.turkhukuksitesi.com> - 21 Nisan 2018); Yargıtay 5.Hukuk Dairesinin Kararı, T. 03.03.2014, E. 2013/21253, K. 2014/5585; “Fiilen el atmanın mevcut ve el atmanın 09.10.1956-04.11.1983 tarihleri arasında olduğunun tespiti halinde uzlaşmanın, yukarıda sözü edilen Yasa uyarınca dava şartı olduğundan bahisle davanın reddi, el atmanın 04.11.1983 tarihinden sonra gerçekleştiğinin anlaşılması durumunda ise işin esası hakkında olumlu-olumsuz hüküm tesisi” gerekmektedir. (<https://emsal.yargitay.gov.tr> - 21 Nisan 2018)

¹⁰¹¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.11.2013, E. 2013/556, K. 2013/1536 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 23 Ekim 2017)

¹⁰¹² Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.03.2013, E. 2012/313, K. 2012/326, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 21 Nisan 2013).

¹⁰¹³ Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 30.09.2013, E. 2013/8649, K. 2013/12427 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- 21 Nisan 2018); Bununla birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2010 yılında verdiği kararında, bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el konup tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmazın hukukten kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmadığı, her ikisinin de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay HGK Kararı, T. 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651 (<http://emsal.yargitay.gov.tr> - 27 Temmuz 2018); Bu taşınmazlar için 2010 tarihli Yargıtay HGK kararı doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesi talep edilebilecek ve bu talepler Uyuşmazlık Mahkemesi kararları gereğince idari yargıda ileri sürülebilecektir. Yalçınduran, a.g.m., s. 507-508.

Kamulaştırmasız el atma fiillerinin re'sen icra bakımından önemi, idarenin idari işlemin gereğinin yerine getirilmesi sırasında hukuk dışına çıkmasıdır. Örneğin, idarenin, asfalt yol yapımı sırasında, herhangi bir kamulaştırma işlemine girişmeden bireyin taşınmazından yolu geçirmesi durumunda, kamulaştırmasız el atmanın meydana geldiği kabul edilmektedir¹⁰¹⁴. Yol yapım kararı hukuka uygun olsa bile idare, kararın gereğinin yerine getirilmesi sırasında, bireyin taşınmazına kamulaştırmasız el atarak hukuk dışına çıkmaktadır. Bu bakımdan, idare tarafından hukuka uygun olarak başlanan ve yerine getirilmekte olan icra faaliyeti, hukuka aykırı bir haksız fiile dönüşmektedir. Bu nedenle, kamulaştırmasız el atma eylemi re'sen icra sırasında gerçekleşen bir haksız fiil olarak ortaya çıkmakta ve idarenin özel hukuk sorumluluğuna yol açmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yakın zamanda verdiği bir kararda da ilgilinin bahçesinden su borusu hattı geçirilmesi bir kamulaştırmasız el atma fiili sayılmış ve “yapılan işlerin plan veya projeye aykırı olarak yapılması hali” idari karara aykırı bir haksız fiil olarak değerlendirilerek uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine karar verilmiştir¹⁰¹⁵.

C. Fiili Yolun Niteliğini Etkileyen Durumlar

Fiili yol, re'sen icra sırasında meydana gelen ağır hukuka aykırılıklardan kaynaklansa da, mevzuat veya olayın gerçekleşme şartlarına göre nitelik bakımından değişime uğrayabilmektedir. Fiili yolun niteliğine etki eden bu haller, ilgilinin idari işleme aykırı hareket etmesi veya işlemin uygulanmasına engel olması durumunda “kanunda ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmüş olması” hali (1) ile “acil durumlar”dır (2). Fransız hukukunda yargı içtihatlarıyla ortaya konmuş olan bu hallerin birincisinde, idarenin re'sen icraya başvurması fiili yol oluştururken, ikincisinde idarenin eylemi fiili yol olmaktan çıkmakta ve uyuşmazlık idari yargının görev alanına girmektedir. İdarenin

¹⁰¹⁴ Davalı İdarenin üzerinden asfalt dökülerek ve yol yapılmak suretiyle dava konusu taşınmaza kamulaştırmasız el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkında Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 26.10.2015, E. 2015/749, K. 2015/746 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 21 Temmuz 2018).

¹⁰¹⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 19.12.2011, E. 2011/188, K. 2011/278 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 15 Haziran 2018); Benzer yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 01.03.2010, E. 2009/62, K. 2010/37 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 15 Haziran 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 20.02.2017, E. 2016/622, K. 2017/27 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - 15 Haziran 2018).

eyleminin fiili yol teşkil etmesi durumunda ise, uyuşmazlık adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktadır.

1. Kanunda Ayrı bir Hukuki Tedbirin Öngörölmüş Olması

İdareye belli bir konuda karar alma yetkisi vermiş olan normun, bireyin karara aykırı davranışı için herhangi bir yaptırım öngörmemiş olduğu hallerde, idarenin re'sen icra yetkisine başvurması hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna karşın, bireyin karara aykırı davranışı için yaptırım öngörölmüş olması durumunda, idarenin re'sen icraya yönelmesi hukuki temelden yoksun bir fiili yol haline gelmektedir¹⁰¹⁶. Böyle bir durumda idare hem kamu yararını gerçekleştirmek üzere kendisine yetki veren kanuna aykırı hareket etmiş olmakta, hem de bireyin karara aykırı davranışından dolayı yaptırım uygulamak yerine, re'sen icraya başvurarak bireyin hak ve özgürlüğünü veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olmaktadır¹⁰¹⁷. Örneğin, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, *Flavigny*¹⁰¹⁸ kararında, 1938 tarihli Kanunda cezai yaptırım öngörölmüş olduğu halde idarenin re'sen icra uygulamalarına başvurmasını, fiili yol olarak değerlendirmiştir. Mevzuatta, re'sen icra yerine uygulanacak ayrı bir hukuki tedbirin öngöröldüğü hallerde, idarenin re'sen icraya başvurma yetkisi bulunmadığı belirtilebilir.

Buna karşın, kanun idareye işlem tesis etmesi konusunda yetki vermiş ancak yaptırım öngörmemiş ise idarenin re'sen icraya başvurabileceği ifade edilmektedir. Bu durumda, idarenin re'sen icraya yönelmesi fiili yol olarak değerlendirilmemektedir. Bu açıdan, her ne kadar kamulaştırmaz el atma fiilleri fiili yol olarak değerlendirilmekteyse de Uyuşmazlık Mahkemesi idareye bu konuda yetki veren 11 Ekim 1945 tarihli Ordonansa dayalı olarak yapılan kamulaştırmaz el atma eylemini yaptırım öngörölmemiş olması nedeniyle fiili yol olarak görmemiştir¹⁰¹⁹. Conseil d'Etat'nın *Commune de Triconville*¹⁰²⁰ kararında da benzer bir vurgu yapılmış ve kanunda re'sen icra yerine geçebilecek ayrı bir hukuki tedbirin öngörölmemiş olması

¹⁰¹⁶ Romieu, a.g.e., s. 5.

¹⁰¹⁷ Şeker, a.g.e., s. 84.

¹⁰¹⁸ TC, 27 Kasım 1952, *Flavigny*, Rec. 643, (*GAJA*, a.g.e., s. 294).

¹⁰¹⁹ TC, 12 Mayıs 1949, *Dumont*, Rec. 596, RDP, 1949.371, note Waline. (*GAJA*, a.g.e., s. 294)

¹⁰²⁰ CE, 12 Mart 1909, *Commune de Triconville*, Rec. 275, concl.Chardenet; 17.03.1911, Abbé Bouchon, Rec. III, concl. Blum (Nakleden-De Laubadère, a.g.e., s. 285).

halinde, idarenin başvurduğu uygulama ameliyelerinin fiili yol oluşturmayacağına karar verilmiştir.

Fiili yolun dönüşümünün ele alındığı bölümde de temas edildiği üzere, *Bergoend* kararıyla beraber idarenin tasarrufunun fiili yola vücut verebilmesi için, bir kararın veya icrasının idareye verilen görev ve yetkilerle örtüşmeyecek şekilde bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlaline yol açması veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak nitelikte bir müdahale biçiminde gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁰²¹. Fiili yolun yeni tanımında yaptırım şartının öngörülmesi olması bakımından yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, yaptırım öngörülmesi olduğu halde idarenin re'sen icra tasarrufunun fiili yola vücut vermesi için re'sen icranın bireyin bireysel hak ve özgürlüklerinden birini ihlal etmesi veya onu mülkiyetinden yoksun kılacak derecede ağır olması gerekmektedir. Örneğin *Flavigny*¹⁰²² kararında olduğu gibi yaptırım öngörülmesi olduğu halde bireyin konutuna el konmasının fiili yol olarak değerlendirilmeye devam edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu nedenle, yaptırımın varlığı durumunda idarenin yaptırım uygulamak yerine re'sen icraya girişmesi hukuki temelden yoksun bir müdahale olduğundan fiili yol olarak değerlendirilmektedir. Ancak fiili yolun meydana gelebilmesi için, yaptırımın varlığına rağmen girişilen re'sen icra faaliyeti sonucunda, ilgilinin bireysel hak veya özgürlüğünün ihlali veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir müdahalenin söz konusu olması gerekmektedir. Yaptırımın varlığına rağmen idarenin re'sen icraya başvurması, idarenin kanuna aykırı hareket etmesi anlamına geldiğinden kanuna saygı ilkesinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır.

2. Acil Durumlar

Acil durum kavramının yakın tehlikeyi, ani ve ağır tehdit halini ve giderilmesi güç zarar doğuracak halleri kapsadığı ifade edilebilir¹⁰²³. Aciliyet halinin varlığı durumunda, idarenin yetkileri nitelik değiştirmekte ve idare yetkili olmadığı alanlarda işlem tesis edebilmektedir. Acil durumun varlığı, idarenin yetkilerinin genişlemesine yol

¹⁰²¹ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anancy Léman*, n° 3911, au Lebon ; *AJDA* 2013, s. 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr> - 13 Mayıs 2018); Kaplan, a.g.e., s. 89.

¹⁰²² TC, 27 Kasım 1952, *Flavigny*, Rec. 643, (*GAJA*, a.g.e., s. 294).

¹⁰²³ Şeker, a.g.e., s. 34.

açmaktadır. Bu bakımdan, aciliyet halinin kendi hukukunu doğurduğu ileri sürülmüştür¹⁰²⁴. Normal zamanda yaptırıma tabi tutulması gereken uygulamalara, hukuk tarafından aciliyet gerekçesiyle müsamaha tanınmaktadır. Bu durum, Roma hukukunda “zaruret halinde caiz olmayana müsaade edilir” (*Propter necessitatem illicitum efficitur*) deyişiyle ifade edilmiştir.

Aciliyet hali, fiili yol üzerinde de benzer bir etkiye sahiptir. Fiili yolun idari eylemin niteliğini bozarak onu alelade bir haksız fiile dönüştürdüğüne daha önce değinilmişti. Aciliyet hali, bu bozulma teorisini bertaraf ederek idari eylemin idari niteliğini devam ettirmesini sağlamaktadır. Bu durumda, idarenin re'sen icra kapsamında başvurduğu eylemler bir bireysel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşıya bile fiili yol meydana gelmemektedir. Fiili yol hali, ortadan kalktığı için doğacak uyuşmazlığa da adli yargı bakmamaktadır¹⁰²⁵. Ancak bu sonuç, hakkı ihlal edilen kişinin hakkını talep edemeyeceği veya idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Yalnız, zararın giderilmesine karar verecek yargı yolu değişmektedir. Birey, zararının tazmin edilmesini sağlamak üzere idari yargıya başvurabilir. İdarenin eylemi, idari niteliğini korumaya devam ettiğinden, uyuşmazlık idari yargı yolunda çözüme kavuşturulur. Buna karşın aciliyet halinin yokluğu durumunda, eylem yine fiili yol oluşturmakta ve adli yargı görevli hale gelmektedir. İdare tarafından aciliyet halinin varlığına dayanılarak müdahale yapılması sonucunda, müdahalenin hukuka aykırılığı iddiasıyla dava açılması durumunda yargısal makam, somut olaydaki şartlara göre aciliyet halinin oluşup oluşmadığına karar verecektir¹⁰²⁶. Uyuşmazlık Mahkemesi 4 Temmuz 1991 tarihli *Associaton Maison des Jeunes et de la Culture Boris Vian* kararında, davacının kamu taşınmazından tahliyesinin fiili yol oluşturmadığını ancak acil bir durum söz konusu olmamasına rağmen tahliye sırasında davacıya ait mobilyaların tahrip edilmesinin fiili yol oluşturduğuna karar vermiştir¹⁰²⁷.

Yargıya taşınan uyuşmazlığın fiili yol olarak nitelendirilmesi, aciliyet halinin yokluğunu gerektirmektedir¹⁰²⁸. Yani, fiili yol varsa acil durumun bulunmaması

¹⁰²⁴ Marcus Lefébure, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, Paris: LGDJ, 1961, s. 170.

¹⁰²⁵ *GAJA*, a.g.e., N° 48, s. 295.

¹⁰²⁶ Şeker, a.g.e., s. 35.

¹⁰²⁷ TC, 4 Temmuz 1991, *Maison des Jeunes et de la Culture Boris Vian*, Rec. Lebon (<https://www.legifrance.gouv.fr/> - 26 Temmuz 2018).

¹⁰²⁸ Petit, a.g.e., s. 30.

gerekir¹⁰²⁹. Bir önceki başlık altında, ayrı bir hukuki tedbirin öngörölmüş olması durumunda idarenin re'sen icraya yönelmesinin fiili yol oluşturduğu belirtilmişti. Aciliyet halinde, ayrı bir hukuki tedbir öngörölmüş olsa bile idarenin müdahalesinin fiili yola vücut vermeyeceği kabul edilmektedir¹⁰³⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi, *Fauvel c/ Ville de Redon*¹⁰³¹ kararında durumun aciliyeti gereği bireye ait kamyonu el konmasının, *Préfet de Corse*¹⁰³² kararında bombalanan bir otelin güvenlik ve aciliyet gerekçesiyle mühürlenmesi tedbirinin fiili yol oluşturmadığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla, aciliyet hali idarenin re'sen icraya başvurusunu mümkün kılan, re'sen icra yetkisini genişleten bir etken olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰³³.

Bu bakımdan, aciliyet durumunun idarenin eyleminin fiili yol olarak nitelendirilmesini engellediği ifade edilmelidir. Bu durum, aciliyet halinde idarenin olağan zamandaki yetkilerinin kamu hizmetinin yerine getirilmesi için yetersiz kalmasından ileri gelmektedir¹⁰³⁴. Ancak, idarenin müdahalesinin aciliyet hali dolayısıyla fiili yola vücut vermemesi halinde, bireyin zararını talep edemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Doğan zarar bakımından, idari yargı uyuşmazlığı çözmekle görevli olmaktadır.

¹⁰²⁹ Chinot, a.g.e., s. 114.

¹⁰³⁰ Minet, a.g.e., s.190; Gaja, a.g.e., s. 63.

¹⁰³¹ TC, 17 Ocak 1955, *Fauvel c/ Ville de Redon*, *RPDA*, 1955, N° 125 (Nakleden-Debary, a.g.e., 45)

¹⁰³² TC, 21 Haziran 1993, *Préfet de Corse*, Rec. S.402; D.A. 1993, no:395; D.1994.37, note Muscatelliet, Pastora, RFDA, s.181.(Nakleden-Şeker, a.g.e., s. 35)

¹⁰³³ Şeker, a.g.e., s. 34.

¹⁰³⁴ a.yer.

SONUÇ

Re'sen icra, hukuk aleminde doğmuş bir idari işlemin hukuki sonuçlarının idare tarafından maddi aleme aktarılması olarak tanımlanmaktadır. Hukuki sonuçlarının maddi aleme aktarılabilmesi için, ilgili işlemin icrai hale gelmiş olması gerekmektedir. İcrai hale gelen işlemin, gereklerinin yerine getirilmesi ve uygulanması için idare, yeri geldikçe yeni işlemler tesis edebilmekteyse de re'sen icra tasarruflarının büyük çoğunluğu idari eylemlerden oluşmaktadır. Bu eylemler ise, salt eylemlerden değil, bir idari işlemin uygulanması kapsamında başvuru edilen eylemlerdir.

İdarenin hareket kabiliyeti olarak nitelenebilecek re'sen icra yetkisi, aynı zamanda bir kamusal güç olarak ortaya çıkmakta ve kökenini kamu gücü ayrıcalıklarında bulmaktadır. Bu açıdan re'sen icra yetkisi, kamu gücünün pratikteki görünümü ve dış dünyada somutlaşmış şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Yetkinin tarihsel kökeninin ise Roma dönemine dayandığı ve Hazinesinin (*Fisc*) güç kullanma ve fiziken zorlama yetkileri ile bazı yönlerden örtüştüğü ifade edilebilir.

Kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için, re'sen icra yetkisinin idareye tanınması gerekir. Re'sen icra yetkisinin yokluğunda kamu hizmetlerinin devamı sağlanamamakta ve kamu düzeninin bozulması tehlikesi ortaya çıkmaktadır. İdare, bu gücü kullanarak hem kamu düzeninin yeniden tesis edilmesini sağlamakta, hem de kamu hizmetlerinin gerektirdiği faaliyetlerin yerine getirilmesi mümkün hale getirmektedir. Ancak, idarenin re'sen icra yetkisini kullanması temel hak ve özgürlüklere bir müdahale içerdiğinden bu yetkinin kanunun öngördüğü şekilde kullanılması gerekmektedir.

Hukuka uygunluk karinesi gereği idarenin işlemleri, tesis edildikleri andan uygulandıkları ve hukuki sonuçlarını doğurdukları ana kadar hukuka uygun kabul edilir. Hukuka uygunluk karinesinin ayırt edici yönü, kontrolü ve denetimi geleceğe

bırakmasıdır. Dolayısıyla, bu karine yalnızca hakim kararıyla etkisiz hale getirilebilmektedir. İdari yargıç, hakkında iptal davası açılmış bir işlem hakkında iptal veya yürütmenin durdurulması kararı vererek bu koruma kalkanını kaldırma imkanına sahiptir. Doğal olarak, bu sonuç idarenin re'sen icra yetkisini de etkilemekte ve idari işlemin uygulanması dava sonuçlanıncaya kadar ertelenmiş olmaktadır.

Bununla birlikte, yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesinin açık hukuka aykırılık ve telafisi güç ve imkansız zararın doğması gibi zor şartlara tabi tutulması eleştirilmektedir. Bu konuda, yargı organınca bir kararın açık bir şekilde hukuka aykırılığı tespit edilmişse yürütmenin durdurulması kararı yerine, iptal kararı verilmesi veya yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin hakimın takdirine bırakılması gerektiği belirtilmektedir. Açık bir şekilde hukuka aykırı olduğu tespit edilen işleme dair davanın görülmeye devam edilmesinin hukuk devleti ilkesi ile örtüşmediği dile getirilmiştir. Keza, idarenin tesis ettiği işlem hakkında dava açılmasının Alman hukukunda olduğu gibi yürütmenin durdurulmasını doğrudan sağlaması da yapılan öneriler arasındadır. Ayrıca, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin kanunla sınırlandırıldığı ve temel şartlara ek olarak başka şartların da getirildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler de hak arama özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.

Çalışmada ele alınan temel meselelerden biri, idarenin genel ve olağan bir re'sen icra yetkisine sahip olup olmadığıdır. Fransız ve Türk doktrininde idarenin genel ve olağan re'sen icra yetkisine sahip olduğunu düşünen yazarlar olduğu gibi, bu görüşe karşı olup re'sen icra yetkisinin istisnai bir yetki olduğunu öne süren yazarlar da bulunmaktadır. Bazı yazarlar, re'sen icra yetkisini olağan bir yetki olarak görmekte ve bu yetkiyi kamu hukuku ile özel hukuk ayrımının temel unsurlarından biri olarak görmektedir. Buna karşın diğer bazı yazarlar ise, idarenin genel ve olağan bir re'sen icra ayrıcalığının hiçbir zaman olmadığını ileri sürmektedirler. Yetkinin olağan olduğunu düşünenler, görüşlerini cebri re'sen icra ve cebri olmayan re'sen icra şeklinde ayırım yaparak açıklama yoluna gitmektedirler. Buna göre, olağan ve genel nitelikteki re'sen icra, cebri olmayan re'sen icradır. İdarenin işlemini uygulamak için güce başvurması gerekmiyorsa idare, karar alma yetkisiyle donatılmış olmak koşuluyla, kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla re'sen icra yetkisine başvurabilir. Bu kapsamda, cebir gerektirmeyen uygulamalara örnek olarak hak yaratıcı nitelikteki idari işlemler, bireylerin gönüllü olarak yerine getirdiği kararlar ve sadece idarenin hukuksal alanına

dahil işlemler verilmektedir. Buna karşın re'sen icra yetkisinin olağan olduğunu savunan yazarlar, bu yetkinin sınırı olarak cebir kullanılması gereken durumları öne sürmekte ve idarenin güç kullanması gerektiği durumlar ile bireyin temel hak ve özgürlüğüne müdahale niteliği barındıran uygulamalarda, idarenin re'sen icraya kendiliğinden başvuramayacağını ve bunun için kanundan yetki alması gerektiğini belirtmektedir.

Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımının da ayrımı benimseyen doktrin görüşü ile uyumlu olduğu söylenebilir. Yüksek Mahkeme, re'sen icra yetkisinin kural olarak olağan bir yetki olduğunu ve idarenin, kamu hukukuna uygun olarak aldığı kararlarını, doğrudan uygulayabileceğini belirtmektedir. Buna karşın, cebri re'sen icra konusunda idarenin yetkisinin olağan olmadığını, kuvvet kullanımının temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığını ve buna yalnızca kanunla izin verilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Danıştay'a göre istisnai olan ve kanuni yetki gerektiren cebri re'sen icradır. Bu nedenle, Danıştay'ın re'sen icranın hukuki “niteliğine” ilişkin değerlendirmesinin, Fransız hukukunda yapılan değerlendirmeyle örtüşmediği ifade edilmelidir. Danıştay ayrıca, re'sen icrayı, cebri re'sen icra ve cebri olmayan re'sen icra şeklinde ayırmak konusunda da Fransız hukukundaki uygulamadan ayrılmaktadır. Ancak bu farklılığın niteleme ve ayırım konusunda yaşandığı, buna karşın somut vakıalara ilişkin değerlendirmelerin benzer olduğu söylenebilir. Örneğin, Danıştay kararlarında Fransız hukukunda benimsenen re'sen icra şartlarına aykırı bir uygulamaya rastlanamamaktadır. Aksine, Danıştay da Fransız hukukundaki uygulama ile benzer şekilde idareye re'sen icra yetkisi tanınmışken yaptırım uygulama yoluna başvurulmasını hukuka aykırı bulmaktadır. Keza, ölçülülük ilkesini konu alan kararlarında Danıştay'ın Fransız yargısıyla benzer değerlendirmelere yer verdiğini söylemek mümkündür.

Re'sen icra yetkisinin istisnai olduğunu düşünen yazarlar ise, cebri re'sen icra-cebri olmayan re'sen icra şeklindeki ayrımları reddetmekte ve idarenin kararını uygulaması için kanuni yetkinin şart olduğunu belirtmektedirler. Buna göre idarenin bütün yetkileri gibi re'sen icra yetkisi de istisnai bir yetkidir ve kanuna dayanmalıdır. Bu bakımdan, idareye genel bir re'sen icra ayrıcalığının verilmesinin hukuken yerinde olmayacağı ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda bazı yazarlarca, fiziki güç ve zor kullanma yetkisi ile bezenmiş bir tek taraflı karar verme ve bu kararları re'sen uygulama yetkisinin, uygar hukuk düşüncesiyle örtüşmediği dile getirilmiştir.

İdarenin genel bir re'sen icra yetkisinin varlığına ya da yokluğuna ilişkin görüşlerin yetkinin tabi olduğu kural ve ilkeleri ortaya koyması gerekmektedir. Re'sen icra yetkisinin olağan olduğunu düşünen ve bu düşüncelerini cebri re'sen icra-cebri olmayan re'sen icra bağlamında açıklamaya çalışan yazarların, ayırımın dayandığı hukuki sebepleri açık bir biçimde ortaya koymadığı görülmektedir. Keza, yazarların görüşlerini ifade ederken yaptıkları hukuki temellendirmede yeknesaklık sağladıklarını belirtmek mümkün değildir. Yapılan ayırım neticesinde varılan sonuç, çoğunlukla cebir içeren idari uygulamalarla cebir içermeyen idari uygulamaları sıralamaktan ibaret olmaktadır. Bu sıralamanın ayrıca yazardan yazara değiştiğini söylemek mümkündür.

Buna karşın yetkinin istisnai olduğunu düşünen yazarlar, yetkinin dayandığı ilkeleri ve tabi olduğu hukuki rejimi belirleyen Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1902 tarihli *Société Immobilière de Saint Just* kararına atıfla düşüncelerini açıklama yoluna gitmektedirler. Karara dayanak teşkil eden hükümet komiserinin raporuna göre, idare, kanunun açık yetki vermesi durumunda veya aciliyet hallerinde kararını doğrudan uygulayabilmektedir. Bu ihtimalde idarenin re'sen icra yetkisi kanunla düzenlenmemiş olabilir. Bireyin idari kararın gereğini yerine getirmemesi veya kararın uygulanmasına engel olması durumu için kanun ayrı bir hukuki tedbir öngörmemişse idare yine re'sen icraya başvurabilmektedir. Burada amaç kanun hükmünün işlevsiz bırakılmamasıdır. Ancak bu koşullar sağlanmış olsa bile kararın uygulanması için alınan önlemlerin, kanunun öngördüğü sonucun gerçekleşmesi ile sınırlı olması gerekmektedir. İdare, işlemin uygulanması için gereğinden fazla güç kullanmamalı ve hukukun genel bir ilkesi olan ölçülülük ilkesini gözetmelidir.

Re'sen icra yetkisinin kullanımı çoğunlukla bireylerin hukuksal alanında meydana gelmekte ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkilemektedir. Örneğin kamulaştırma yapılırken veya borç tahsili sırasında mülkiyet hakkına, yaptırım uygulanırken kişi özgürlüğüne, medya araçlarına el konması sırasında basın özgürlüğüne müdahale söz konusudur. Bu tür haklar Anayasamız tarafından koruma altına alınmış olduğundan re'sen icra yetkisinin hukuka aykırı bir biçimde kullanılması sırasında bu haklara da müdahale edilmiş olmaktadır. Bu yüzden temel hak ve özgürlüklerin korunması için Anayasa ile konulmuş şartlar, re'sen icranın da şartlarını oluşturmaktadır. İdare, bu haklara müdahale ederken söz konusu kuralları göz önüne alarak hareket etmek zorundadır. Söz gelimi alınan tedbirler ile temel hak ve

özgürlüklerin özüne dokunulmamalı, Anayasada yer alan sınırlama sebeplerine uyulmalı ve idarenin müdahalesi yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalmalıdır.

6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile hukuk yaşamımıza dahil olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, idarenin kanuniliği prensibinin alanını daralttığı görülmektedir. Yeni düzenlemeyle, Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile bakanlıkların kuruluşu, görev ve yetkileri hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmasının önu açılmıştır. Bu kararnameler, hali hazırda mevcut bir kanun varsa çıkarılmamakta veya daha önce Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş bir konu, yeniden yasa ile düzenlenecek olursa, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz kalmaktadır. Dolayısıyla, yasa koyucuya Cumhurbaşkanının çıkardığı düzenlemeyi bertaraf etme imkanı verilmiş olmaktadır. Bu açıdan, yasama organının, kural koyma konusundaki asli düzenleme yetkisi devam etmektedir. Yine de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin değişiklikten önce kanunun düzenleme alanına giren bir konuda düzenleme yapması mümkün hale gelmiştir. Ancak, idarenin re'sen icra yetkisini kullanması aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri sınırlanması anlamına geldiğinden, bu yetkiye ilişkin kuralların Anayasanın 13. maddesi gereği kanunla düzenlenmeye devam edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, idarenin re'sen icra kurallarını göz ardı ederek hukuka aykırı hareket etmesi de ihtimal dahilindedir. Yetkinin hukuka aykırı kullanımı sonucu, idarenin bizatihi idare tarafından denetlenmesini sağlayacak araçlar öngörölmüşse de, bireyler açısından en güvenceli denetim yolunun yargısal denetim yolu olduğu ifade edilmelidir. Hukuka aykırı re'sen icra tasarrufunun meydana getirdiği hukuka aykırılığın niteliğine göre idarenin idari yargı tarafından denetlenmesi mümkün olduğu gibi, adli yargı tarafından denetlenmesi de mümkündür. Diğer yandan idarenin aldığı karar hukuka uygun olsa bile, uygulama sırasında bir takım zararlar doğabilmektedir. İdarenin fiili sonucu meydana gelen ihlalin, eylem ile idari işlem arasındaki bağı ortadan kaldırmaması halinde uyuşmazlık idari yargıda görölmektedir. Keza, idari işlemin hukuka aykırı olması durumunda işlemin uzantısı niteliğindeki eylemler de hukuka aykırı bir nitelik kazanmakta ve uyuşmazlığı yine idari yargı çözüme kavuşturmaktadır. Buna karşın idarenin bütünüyle yetki alanının dışında hareket etmesi ve bireylerin hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet hakkına ağır ve açık olarak hukuka aykırı biçimde müdahale etmesi durumunda, adli yargı görevli hale gelmektedir. Zira bu tür bir

durumda, idarenin tasarrufunun idari niteliğini yitirerek bir haksız fiile dönüşmesi söz konusudur.

Dolayısıyla, idarenin re'sen icra yetkisinin ikincil ve istisnai nitelikte bir yetki şeklinde ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Ancak idarenin işlemlerini zorla uygulaması istisnai bir yetki olsa da, bu istisnaların geniş olduğu görülmektedir. İdarenin re'sen icra yetkisinin olmadığı sonucuna varılması, hem idareyi hem idare hukuku doktrinini icrailik, tek taraflılık ve hukuka uygunluk karinesinin akıbeti hakkında endişeye sürükleyebilirse de, re'sen icrayı genel bir yetki olarak görmeyen Fransız hukukunda bir aşırıdan fazla süredir buna ilişkin bir eksiklik yaşanmamış olması ve bahsi geçen kavramların değerlerini koruyucu olması endişeleri azaltabilecek niteliktedir. Bunların haricinde, re'sen icra yetkisinin çoğunlukla yasa koyucu tarafından öngörülerek idareye tanındığı görülmektedir. Ayrıca kanunda re'sen icra yetkisi öngörülmemiş olsa bile, karar alma yetkisine yer verilmiş olmak kaydıyla ilgilinin karara aykırı davranması veya uygulamaya direnmesi durumunda bu direniş için bir yaptırım öngörülmediği hallerde, idarenin re'sen icraya başvurabileceği kabul edilmektedir. Aynı şekilde acil durumlarda da, idarenin re'sen icraya yönelmesi için kanunilik şartı aranmamaktadır. Aciliyet halinin, idarenin re'sen hareket yetkisini genişletici etkisi bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi ihtiyacı karşısında re'sen icra yetkisinin idareye tanınması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak hukuken tanınsa bile kötüye kullanımların engellenmesi için yetkinin çerçevesinin çizilmesi ve kullanım şartlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmada yer verilen ilke, kural ve koşulların idari kararların uygulanma şartları bakımından hukuki bir çerçeve ortaya koyduğu düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- ADAL Erhan , *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınları, 1985.
- AKBULUT Emre, *Kanuni İdare İlkesi*, (Doktora Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- AKGÜL Mehmet Emin, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, C. 68, S. 4, (2010).
- AKILLIOĞLU Tekin, “Saklı Yetki Kavramı”, Ankara: *TODAİE Dergisi*, C. XI, S. 3, (1978).
- AKILLIOĞLU Tekin, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Ankara: *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 3, (1984), ss. 36-45.
- AKINCI Müslüm, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- AKYILMAZ Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000. (Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 3. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, *İdari Yargı Mevzuatı*, 7. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- ALATLI Alev, *Batıya Yön Veren Metinler II*, İstanbul: Melisa Matbaacılık, 2010.
- ALTIPARMAK Kerem, DEMİRKENT Dinçer, Murat Sevinç, “Atipik KHK’ler ve Daimi Hukuksuzluk: Artık Yasaları İdare mi İptal Edecek?”, *Olağanüstü Hal Uygulamaları Bilgi Notu 1*, (2018), (<http://www.ihop.org.tr> - 1 Temmuz 2018), ss. 1-9.
- ANTOINE Aurélien, *Prérogatives de puissance publique en droit de la concurrence*, Paris: LGDJ, 2009.
- ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, (2017), ss. 19-51.
- ASLAN Zehreddin, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. b., İstanbul: Alfa Yayınları, 2001.
- ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan kitabevi, 4 b., Ankara, 2014.
- AUBY Jean-Marie, *L’inexistence des actes administratifs*, Paris: Editions A.Pedone, Librairie de la cour d’appel et de l’ordre des avocats, 1951.
- AUBY J. M., BANDET P., BULET L., BUCH H., CARCELLE P., CATHERINE R., CHAPEL Y., CHARNIER H., CROZIER M., DRAGO R., DUPOND A. H., EISENMANN Ch., ESCOUBE P., GOURNAY B., GOYARD C., HAMON L., KESLER J. F., LANGROD G., LEGENDRE P., LESAGE M., LEVY D.,

- MAGNET J., MALGOIRE R., MAS G., MEHL L., MOND G., MOUGNIOT R., MOULIAS D., RIVERO J., SIMON E., THUILLIER G., *Traité de science administratif*, Paris: Mouton & Co. La Haye, 1966.
- AUGUSTIN Thais, “La victoire du juge administratif : le nouvel équilibre de l’emprise et de la voie de fait”, *Revue Général de Droit*, (2016), ss. 1-12.
- AVCI Mustafa, “Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, *International Conference On Eurasian Economies*, (2014), ss. 1-7. (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf> - 20 Ekim 2017)
- AYANOĞLU Taner, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, İstanbul: Legal Yayınevi, 2004.
- AYAYDIN Cem, *İdare Hukuku’na Giriş (I)*, Ders Notları, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2008.
- AYDIN Muhammed Ali, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- BAILLEUL David , “L’exécution des décisions administratives par le juge”, Paris: *AJDA*, (2008), ss. 386-392.
- BALTA Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş I*, Ankara: TODAIE Yayınları, 1968/1970.
- BENOIT Francis Paul, *Le droit administratif français*, Paris: Dalloz, 1968.
- BENOIT Francis Paul, *L’exécution des actes de collectivités locales*, Chapitre 4, Paris: Folio, 2012.
- BEZIZ-AYACHE Annie – BOESEL Delphine, *Droit de l’exécution de la sanction pénale*, 2^e Paris: Ed., Lamy, 2012.
- BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris: PUF, 2002.
- BONG Nguyen Van, “Décision Exécutoire et Décision Faisant Grief en droit administratif français”, (Doktora Tezi), Paris, 1960.
- BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, Paris: Dalloz-Sirey, 1926.
- BUTTGENBACH André, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier, 1959.
- CAN Osman, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Ankara: *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 19, (2002), ss. 503-532.
- CANDAN Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu*, 3. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- CHAPUS René, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15^e Ed., Paris: Montchrestien, 2001. (Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 13^e Edition, Paris: Monchrestien, 2008.

- CHEVALLIER Jacques, “Le droit administratif, droit de privilège?”, *Pouvoirs* n°46 - Droit administratif, Bilan critique - septembre (1988), ss. 57-70. (<http://www.revue-pouvoirs.fr> - 23.08.2017).
- CHINOT René, *Le privilège de l'exécution d'office de l'administration*, (Doktora Tezi), Paris: Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1945.
- CLOUZOT Ludivine, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Paris: Dalloz, 2012.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdare Hukuku*, 2. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, 6. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- DARESTE Pierre, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, Paris: Ed. Augustin Challamel, 1914.
- DE BOULOIS Xavier Dupré, *Le pouvoir de décision unilatérale*, Etude de droit comparé interne, LGDJ, Paris, 2006.
- DE BOULOIS Xavier Dupré, “Puissance publique, puissance privée”, in *La Puissance Publique*, Actes de colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l'université Pierre Mendès France de Grenoble II, Paris: LexisNexis, (2012), ss. 57-75.
- DE GLINIASTY Jeanne, “De Mme B. à Monsieur B.: La voie de fait dans l'impasse”, Paris : Lextenso (Les petits affiches), S. 175, (2013), ss. 6-18.
- DE MALBERG Carré, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, C I, Paris: Sirey, 1920.
- DE LAUBADERE André, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5ème Edition, Paris: L.G.D.J., 1970.
- DE LAUBADERE André, VENEZIA Jean Claude, GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, Tome I droit administratif, 15^e Ed., Paris: LGDJ, 1999.
- DEBARY Michel, *La voie de fait en droit administratif*, Paris: LGDJ, 1960.
- DEFOORT Benjamin, *La décision administrative*, Paris: LGDJ, 2015.
- DELLIS Georges, *Droit pénal et droit administratif*, Paris: LGDJ, 1997.
- DELVOLVE Pierre, *l'acte administratif*, Paris: Sirey, 1983.
- DELVOLVE Pierre, “Voie de fait: limitations et fondement”, Paris: *RFDA*, (2013), ss. 1041-1050.
- DEMİRKOL Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, Ankara: *Sayıştay Dergisi*, S. 40, (Ocak-Mart 2001), ss. 1-17.
- DENIZEAU Charlotte, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union Européenne*, Paris: LGDJ, 2004.
- DEVELLİOĞLU Ferit, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 20. b., Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003.

- DI QUAL Lino, *La compétence liée*, Paris: LGDJ, 1964.
- DOUEB Frédéric, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, (Thèse pour le doctorat) Paris: Université de Paris (II), 1992.
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 3, 2ème edition, Paris: Boccard, 1923.
- DUPOND Octave, *Conditions de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative*, 5. b., Paris: Marcel Giard, 1925.
- DURAN Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- DURAN Lütfi, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1964.
- DURAN Lütfi, "İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası – Tam Yargı Davası", İstanbul: *İÜHFM*, C. 33, S. 3-4, (1967), ss. 3-26.
- DURŞUN Hasan, "İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası", Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, (2007), ss. 247-276.
- EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome II, coll. Anthologie du droit, Paris: LGDJ, 2014.
- EREN Abdurrahman, "2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen "Laik Cumhuriyetin Gereklere" Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları", Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3, (2002), ss. 37-69.
- EREN Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, İstanbul: Beta Yayınları, 2004.
- ERKUT Celal, *Hukuka Uygunluk Bloku*, İstanbul: Kavram Yayınları, 1996.
- ERKUT Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Yayınları, 1990. (Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- ERKUT Celal, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2004. (Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- EROĞLU DURKAL Müzeyyen, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi", Ankara: *AÜHFD*, C. 65, S. 2, (2016), s. 279-313.
- ESİN Yüksel, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Birinci Kitap: Usul, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1976.
- FALGAS Antony, *La voie de fait administrative, Recherche sur la justification d'une notion prétorienne*, Paris: Harmattan, 2015.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- FERREIRA Nelly, "La notion d'exécution d'office", Paris: *AJDA*, 1999, ss. 41-48.
- FRIER Pierre-Laurent, *L'urgence*, Paris: LGDJ, 1987.

- FRIER Pierre Laurent ve PETIT Jacques, *Précis de droit administratif*, 4ème Ed., Paris: Montchrestien, 2006.
- GIRARD Anne-Laure, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Paris: Dalloz, 2013.
- GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, *İdare Hukuku*, 3. b., İstanbul: Der yayınları, 2008.
- GINESTE Hélène, *La notion d'exécution des actes administratifs unilatéraux*, (Thèse pour le doctorat), Toulouse: Université des sciences sociales de Toulouse, 1987.
- GLAAB Kerstin, *Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung, Ein deutsch-französischer Vergleich*, Tome 1, (Thèse pour le doctorat), Paris: Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009.
- GOFFAUX Patrick, *L'inexistence de privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution d'office*, Bruxelles: Bruylant, 2002.
- GÖKCAN Hasan Tahsin, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 3. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2010.
- GÖNENÇ Levent, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyet Problemi", Ankara: *AÜHFD*, C. 50, S. 1, (2001), ss. 131-152.
- GÖREN Zafer, "Temel Hakların Sınırlanması – Sınırlamanın Sınırları", İstanbul: *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S, 12, (2007), ss. 39-60.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, C. I ve II, 2. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2009.
- GÖZLER Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, 6. b., Bursa: Ekin Kitabevi, 2015.
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. b., Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 29. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, *İdare Hukuku*, C.I, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011. (Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C. I, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, 5. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2012. (Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- GUETTIER Christophe, *Droit administratif*, Paris: Montchrestien, 1998.
- GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Paris: Montchrestien, 2007.
- GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, 10. b., Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- GÜNDAY Metin, "Ohal, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum", Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, (2017), ss. 29-38.
- GÜRAN Sait, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

- HAMEL Gatien, “Voie de fait: compétence du juge administratif en l'absence de dépossession définitive”, Paris: *Dalloz Actualité*, ss. 1-1. (<https://www.dalloz-actualite.fr> - 18 Mayıs 2018).
- HAURIOU Maurice, *Notes d'arrets sur decisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits*, Paris: Sirey, La mémoire de droit, 2000. (Hauriou, *Notes d'arrets*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10. b., Paris: Sirey, 1921.
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11. b., Paris: Sirey, 1927. (Hauriou, *Précis de droit administratif*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- İNANÇ Mehmet, *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- KABOĞLU İbrahim Özden, “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, (1976), ss. 639-658.
- KAĞITÇIOĞLU Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, (2012), ss. 267-284.
- KALABALIK Halil, *İdari Yargılama Hukuku*, İstanbul: Değişim Yayınları, 2003.
- KALABALIK Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, (1997), ss. 192-232.
- KAPANİ Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 19. b., Ankara: Bilgi Yayınevi, 2007.
- KAPLAN Recep, “Hukuksal Açıdan Kamu Alacağı Kavramı”, Ankara: *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 4, S. 15, (2013), ss. 189-214.
- KAPLAN Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, (2007), ss. 887-918. (Kaplan, “Fiili Yol”, a.g.m., s. şeklinde kısaltılmıştır)
- KAPLAN Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları, 2016.
- KAPLAN Gürsel, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, 2012, s. 125-150 (Kaplan, “Kamulaştırmasız El Atma”, a.g.m., s. şeklinde kısaltılmıştır)
- KARAHANOGULLARI Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 2. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2012. (Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- KARAHANOGULLARI Onur, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 2. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2004. (Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır)
- KARAHANOGULLARI Onur, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

- KARAKAŞ Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara: AÜHFD, C. 62, S. 3, (2013), ss. 729-759.
- KASAPOĞLU TURHAN Mine, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları” İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, (2012), ss. 1-37.
- KAYA Cemil, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011.
- KAYA Cemil, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2005, ss. 253-284.
- KILIÇ Ergin, *Türk Hukukunda Adli ve İdari Aramalar*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2004.
- KILINÇ Bahadır, *Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Ankara: Adil Yayınevi, 1998.
- KIRATLI Metin, “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara: *AÜSBF Dergisi*, C. 21, S. 4, (1966), ss. 173-196.
- KRYNEN Jacques, “Aux origines historiques de l’idée de puissance publique”, in *La Puissance Publique*, Actes de colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l’Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l’université Pierre Mendès France de Grenoble II, Paris: LexisNexis, 2012, ss. 37-44.
- KUTLU Meltem, *Kamulaştırma Hukuku*, 2. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.
- KURU Baki, GÖRGÜN Şanal, *İcra ve İflas Hukuku Bilgisi*, 3. b., Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009.
- KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder , *İcra ve İflas Hukuku*, 24. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- LACOSTE A., *De l’exécution forcée par voie administrative, Relativement à l’application de la Loi du 1^{er} Juillet 1901*, Paris: Imprimerie Bonvalot-Jouve, 1907.
- LAFFERIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, 2^{ème} Edition, Paris-Nancy: Berger-Levrault, 1896.
- LASO Enrique Sayagué, *Traité de droit administratif*, Tr. Simone Aicardi, Paris: Travaux et recherches de l’institut de droit comparé de l’Université de Paris, 1964.
- LE RUDULIER Nicolas, “Voie de fait : réduction de la compétence du juge judiciaire”, Paris: *Dalloz (AJDI)*, S. 10, (2015), ss. 704-704.
- LEFEBURE Marcus, *Le pouvoir d’action unilatérale de l’administration en droit anglais et français*, Paris: LGDJ, 1961.
- LEWALLE Paul, *L’application des actes administratif unilatéraux dans le temps*, (Doktora Tezi), Liège: Liège Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975.

- LONG Marcel, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17. b., Paris: Dalloz, 2009.
- MAURER Hartmut, *Droit administratif Allemand*, çev. Michel Fromont, Paris: LGDJ, 1994.
- METİN Yüksel, *Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- MILHAT Cedric, “Entre contraintes et interdits : l’administration et l’exécution de ses actes”, *Revue internationale interdisciplinaire*, S. 57, (2009), ss. 93-118, (droitcultures.revues.org/1261-23.08.2017).
- MILHAT Cedric, *L’acte administratif entre processus et procédures*, Paris: Edition de Papyrus, 2007. (Milhat, *L’acte administratif*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- MILHAT Cedric, *Recherhce sur l’exécution des actes administratifs par voie de justice*, (Doktora Tezi), Bordeaux: Montesquieu IV Üniversitesi, 2003. (Milhat, *l’exécution des actes administratifs par voie de justice*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- MINET Charles-Edouard, *Droit de la police administratif*, Paris: Vuibert, , 2007.
- MONTESQUIEU Chales Luois de Secondat, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, çev. Fehmi Baldaş, 2. b., İstanbul: Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998.
- MORAND DEVILLER Jacqueline, *Droit administratif*, 13^e Ed., Paris: LGDJ, 2013.
- MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, Paris: LGDJ, 1967.
- NAS Adil, “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi”, Ankara: *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 4, (2012), ss. 1307-1336.
- NIHOUL Marc, *Les privileges de préalable et de l’exécution d’office*, (Doktora Tezi), Namur: Notre-Dame de la Paix Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2000.
- ODYAKMAZ Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt II, Sayı 1-2, (1998), ss. 141-169.
- OĞURLU Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Erzincan: *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. I, (1999), ss. 143- 194.
- OĞURLU Yücel, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, Erzurum: *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı:1-2, (2000), ss. 147-180.
- OKŞAR Mustafa, *1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2012.
- ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. I, II ve III, İstanbul: Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- ORGAN İbrahim, COŞKUN KARADAĞ Neslihan, “Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması-II”, Adana: *Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 21, S. 3, (2012), ss. 71-84.

- ÖZAY İl Han , *Günüşğında Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- ÖZENÇ Berke, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekan Yasakları”, İstanbul: *İÜHF*, C. LXXIII, S. 2, (2015), ss. 87-134.
- ÖZTÜRK Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- ÖZYÖRÜK Mükbil, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Teksir, 1970-72.
- PEHLİVAN Osman, *Vergi Hukuku, Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Trabzon: Derya Kitabevi, 2010.
- PEKCANTEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler*, 7. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- PEKİNER Visalettin, “İdarenin Takdir Yetkisi”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3. (1961), ss. 1-8.
- PLESSIX Benoit, *Droit administratif général*, Paris: LexisNexis SA, 2016.
- RICCI Jean Claude, *Droit administratif*, 4. b., Paris: Hachette, 2004.
- RIVERO Jean, WALINE Jean, *Droit Administratif*, 19ème Edition, Paris: Dalloz, 2002.
- ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, 11° Ed., Paris: Dalloz, 1957.
- ROMIEU Jean, “Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Sté immobilière de Saint-Just”, (<http://www.lexinter.net> - 30 Mart 2017), ss. 1-10.
- ROUSSET Michel, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris: Dalloz, 1960.
- SAĞLAM Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982.
- SANCAKDAR Oğuz, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 3. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2013.
- SARICA Ragıp, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Teksir, 1971-1972.
- SARICA Ragıp, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, İstanbul: *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 10, S. 3-4, (1945), ss. 486-514.
- SARICA Ragıp, *İdari Kaza Cilt 1 İdari Davalar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949. (Sarica, *İdari Kaza*, a.g.e., s. şeklinde kısaltılmıştır).
- SAYGILI Abdurrahman, “Modern Devletin Çıplak Sureti”, Ankara: *AÜHFD*, S. 59 (1), Ankara, (2010), ss. 61-97.
- SAYGIN Engin, “Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2., 2017, ss. 57-88.
- SCHWARZ Olivia, *La compatibilité entre la conception française et la conception européenne du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat*, (Yüksek

- Lisans Tezi), Lille: Lille Üniversitesi, Hukuki Siyasi ve Sosyal Bilimler Fakültesi, 2002.
- SCHWARTZENBERG Roger-Gérard, *L'autorité de chose décidée*, Paris: LGDJ, 1969.
- SEILLER Bertrand, "L'exorbitance du droit des actes administratif unilatéraux", in *L'exorbitance du droit administratif en questions*, Fabrice Melleray, Colloque des 11 et 12 décembre 2003 à Poitiers, Paris: LGDJ, (2004), ss. 481-497.
- SEVGİLİ GENÇAY Fatma Didem, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", Ankara: *AÜHFD*, C. 63, S. 2, (2014), ss. 397-417.
- SEZGİNER Murat , "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeler)", Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17, S. 1-2, (Ocak-Nisan 2013), ss. 1589-1621.
- SEZGİNER Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2000.
- ŞEN Mahmut, "İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Evrensel Normlara Uyumunu", Ankara: *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 114, (2014), ss. 155-188.
- SIRAT Charles, "L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative", *Semaine Juridique – Juriclassemur périodique*, I, 1440, Paris, (1958), ss. 1-12.
- ŞİMŞİRGİL Ahmet ve EKİNCİ Ekrem Buğra, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul: KTB yayınları, 2008.
- ŞİRİN Tolga, "Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Sorunlar", Ankara: *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, (2013), ss. 289-317.
- SLAMA Serge, "Le tribunal des conflits déshabille la "folle du logis"", *Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, (2013), ss. 1-12. (<https://revdh.files.wordpress.com> - 14 Mayıs 2018).
- STASSINOPOULOS Michel D., *Traité des actes administratifs*, Atina: Collection de l'institut français d'Athènes, 1954.
- SUNAY Reyhan, "Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere ve 1982 Anayasası", Konya: *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, (2000), ss. 615-632.
- ŞEKER Gülseven, *İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Uygulaması*, (Doktora Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- ŞEKER Gülseven, "İdari İşlemin Uygulanması", *www.e-akademi.org Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 122, (Nisan 2012), ss. 1-35.
- ŞENYÜZ Doğan, YÜCE Mehmet, GERÇEK Adnan, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 9. b., Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- TAMER Giray, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu", <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-aydegisikligi.pdf> - 26 Mayıs 2018, ss. 1-9.
- TAN Turgut, *İdare Hukuku*, 5. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

- TANÖR Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 7. b., İstanbul: Beta Yayınları, 2005.
- TARHANLI İftar B., “Uyuşmazlık Kararları Işığında Kamulaştırmazsız El Atma”, İstanbul: *İHİD*, Y.11, S.1-3, (1990), ss. 41-47.
- TEKİNSOY M. Ayhan, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Ankara: Savaş Kitabevi, 2013.
- TEKİNSOY Ayhan, “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planının İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, (2008), ss. 46-56.
- TİRYAKİ Refik, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Bazı Sorunlar”, Ankara: *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, (2002), ss. 189-210.
- TOURDIAS Maurice, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Paris: LGDJ, 1957.
- TUĞLACI Pars, *Okyanus – 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük*, C.II, İstanbul: Pars Yayınevi, 1971
- TURHAL Erhan, “Kamulaştırmazsız Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, Ankara: *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, (2016), s. 1107-1132.
- TURHAN Mehmet, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, Ankara: *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, (1991), ss. 401-420.
- TURHAN Mehmet, “Parlamentar Rejimde Başkanın Statüsü ve Bakanların Sorumluluğu”, içinde *Anayasa ve Uyum Yasaları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003, ss. 394-403.
- UÇAR İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 3, (2016), ss. 331-373.
- ULER Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- ULU Güher, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.
- ULUKAPI Ömer, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. b., İstanbul: Mimoza Yayınları, 2010.
- ULUSOY Ali, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor”, www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017), ss. 1-9.
- ULUSOY Ali, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.
- USLU Ferhat, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- ÜLGEN Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, İstanbul: *GÜHFD*, S.1, (2018), ss. 3-39.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2004.
- VALETTE Jean Paul, *Le pouvoir exécutif depuis la révolution française*, Paris: Harmattan, 2014.

- VEDEL George, DELVOLVE Pierre, *Droit Administratif*, 10 b., Paris: PUF, 1988.
- VENEZIA Jean-Claude, *Le pouvoir discretionnaire*, Paris: LGDJ, 1959.
- VINCKEL François, *Droit de l'exécution forcée*, Paris: Gualino lextenso Ed., 2008.
- WEIL Prosper, *Le droit administratif*, Que sais je, 15^e Ed., Paris: PUF, 1992.
- WOEHLING Jean Marie, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in *La Compétence*, Acte de Colloque organisé les 12 et 13 Juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, science économiques et gestion de Nancy, Paris: LexisNexis, (2008), ss. 127-144.
- YAKAR Soner, *Türk Vergi Hukukunda Tarh İşleminin Yargısal Denetimi*, (Doktora Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- YALÇINDURAN Türker, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, Ankara: *AÜHFİD*, C. 2, S. 66, (2017), ss. 491-515.
- YAŞAR Hasan Nuri, *Genel Esaslar İdare Hukuku*, 2 b., İstanbul: Der Yayınları, 2015.
- YAŞAR Hasan Nuri, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Gerekçesi Olarak Anayasaya Aykırılık İddiası”, İstanbul: *İÜHFİM*, C. LXXII, S. 2, (2014), ss. 751-758.
- YAŞAR Hasan Nuri, “Fransız İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması”, İstanbul: *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 12, S. 1-3, (2011), s. 343-360.
- YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- YAYLA Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, İstanbul: *İÜHFİM*, C. XXX, S. 1-2, (1964), ss. 201-211.
- YELÇO Mehmet Fatih, “Hukuksuzluğun Yükselişi – Kamulaştırmasız Kamulaştırma – 6487 sayılı Torba Kanun Madde 21 ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, İstanbul: *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 4, (2013), ss. 563-576.
- YILMAZ Dilşat, “Alman İdari Usul Hukuku’nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması”, Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 2, (2011), s. 254.
- YILMAZ Dilşat, *İdari İşlemin İcra İlişkisi*, Ankara: Astana Yayınları, 2014.
- YILDIRIM Mehmet Kamil, DEREN YILDIRIM Nevhis, *İcra Hukuku*, 5. b., İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
- YILDIRIM Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, İstanbul: *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 2, (2017), ss. 13-28.
- YILDIRIM Turan, “İdari İşlemler”, içinde *İdare Hukuku*, 6. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, ss. 363-478.
- YILDIRIM Turan, “İdari Yargı”, içinde *İdare Hukuku*, 6. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, ss. 693-923.

YILDIRIM Turan, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında “Sınırlamanın Sınırı”, Ankara: *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1, (1991), ss. 465-474.

YILDIRIM Turan, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, içinde *İdare Hukuku*, 6. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, ss. 1-187.

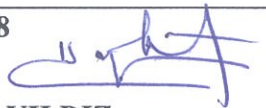
ZABUNOĞLU Yahya, *İdare Hukuku*, C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

ZANOBINI Guido, *İdare Hukuku*, Birinci Cilt Umumiyet İtibariyle İdari Nizam, çev. Atıf Akgüç ve Sahir Erman, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları N° 270, 1945.

ZANOBINI Guido, *İdari Müeyyideler*, çev. Yılmaz Günal, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1964.



ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Hayrettin		YILDIZ
Doğum Yeri ve Yılı	ERUH		1985
Bildiği Yabancı Diller ve Düzeyi	Fransızca, İngilizce		İtalyanca
	İyi		Orta
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lisans	2004	2008	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	2010	2012	Lyon 2 Lumière Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doktora	2013		Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Çalıştığı Kurum	Başlama - Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
Araştırma Görevlisi	2012		Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Katıldığı Proje ve Toplantılar	<ol style="list-style-type: none"> 1. IV. Hukukun Gençleri Sempozyumu: Edebiyat ve Hukuk, Ankara (2013). 2. Kamu Hukukçuları Platformu, Ankara (2013-2017). 3. Uluslararası Frankofoni Kongresi, Bursa, (2017). 		
Yayımlar	<p>Kitap:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Fransız Yerel Yönetim Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.</i> <p>Sempozyum:</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. <i>"İnce Memed, Göl İnsanları ve Yağmur Yüklü Bulutlarda Hukuk Devleti Teması", IV. Hukukun Gençleri Sempozyumu: Edebiyat ve Hukuk, Umud Vakfı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Kasım 2013, Ankara / Türkiye.</i> <p>Makale:</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. <i>"Fransız Yerel Yönetim Sistemi", Yalova: Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Yıl 2012, ss.311-322.</i> 4. <i>"Merkezi Ve Yerel Düzeyde Meclisin Yürütme Organını Denetim Yolları Üzerine Bir Karşılaştırma – Yerel Demokratik Model Sorunsalı", Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 103, Kasım-Aralık 2012, ss. 223 – 245.</i> 		

	<p>5. "Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu", Ankara: <i>Türkiye Barolar Birliği Dergisi</i>, Sayı: 111, Mart-Nisan 2014, ss. 279-296.</p> <p>6. "La démocratie locale en France: Les rapports entre les élus et les administrés", İstanbul: <i>Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Sayı 2, Yıl 2012, İstanbul, 2014, ss. 53-69.</p> <p>7. "Hukuk Devletin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletin Yeri", <i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2013, İzmir, 2014, ss. 211-230.</p> <p>8. "Soykırım Suçunun Yargılanması ve Bu Suç Bakımından Yargılama Makamlarının Meşruiyeti Sorunu", <i>Ceza Hukuku Dergisi (Seçkin Yayıncılık)</i>, Sayı 25, Ağustos 2014, İstanbul.</p> <p>9. "Doğal Hukuk Bahçesinde Stoacılık", <i>Hukuk ve Adalet - Eleştirel Hukuk Dergisi (Legal Yayıncılık)</i>, C. 6, S.15, İstanbul, 2014, ss. 55-80.</p> <p>10. "İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi", <i>Türkiye Barolar Birliği Dergisi</i>, Sayı: 116, Ocak-Şubat 2015, ss. 135-171</p> <p>11. "Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi", <i>Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Cilt XVII, S. 3-4, 2013 (Aralık 2014 baskısı), ss. 129-154.</p> <p>Karar Çevirisi:</p> <p>12. "30.11.1995 Tarihli C-55/94 Sayılı Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı (Gebhard Kararı)", İstanbul: <i>İstanbul Barosu Dergisi</i>, Cilt 88, Sayı 2014/5, İstanbul, 2014.</p>
İletişim (e-posta)	hyhayildiz@gmail.com
Tarih İmza Adı Soyadı	29/08/2018  Hayrettin YILDIZ

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

Yazar Adı Soyadı	Hayrettin YILDIZ
Tez Adı	İdarenin Re'sen İcra Yetkisi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	Kamu Hukuku
Tez Türü	Doktora
Tez Danışman(lar)ı	Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY
Çoğaltma (Fotokopi Çekim) izni	<input checked="" type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimin sadece içindekiler, özet, kaynakça ve içeriğinin % 10 bölümünün fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin vermiyorum
Yayımlama izni	<input type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin Veriyorum

Hazırlamış olduğum tezimin belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih : 29 08 / 2018

İmza :

