

ISSN 1300 - 0187

T.C. DANIŞTAY DERĐİSİ

YIL : 2022

SAYI : 154



Yılda İki Kez Yayınlanan Hakemli Dergidir.

ISSN 1300 – 0187

JOURNAL OF TURKISH COUNCIL OF STATE

YEAR : 2022

ISSUE : 154



//////
It is a refereed journal published twice a year.

T.C. DANIŞTAY DERGİSİ

T.C. Danıştay Başkanlığı Adına Sahibi

On Behalf of Presidency of the Council of State, Publisher

Zeki YİĞİT

Danıştay Başkanı

Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulu / Editorial Board of the Council of State

Başkan	: Hamit Ümit AKSOY	Danıştay Yedinci Daire Başkanı
Üye	: Hicabi ECE	Danıştay Birinci Daire Üyesi
Üye	: Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN	Danıştay Onüçüncü Daire Üyesi
Üye	: Ali ÜRKER	İdari Dava Daireleri Kurulu Üyesi
Üye	: Kemal AÇIKGÖZ	Danıştay Üyesi – Genel Sekreter

Editör / Editor

Sait MİCANOĞLU

Hakim - Genel Sekreter Yardımcısı

Editör Yardımcısı / Assistant Editor

Bekir KIZILIRMAK

Danıştay Tetkik Hakimi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager

Hülya KAPLAN

Yayın İşleri Müdürü

Yayın Yönetim Yeri / Place of Publication Management

T.C. Danıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü

Üniversiteler Mahallesi Dumlupınar Bulvarı No: 149

Eskişehir Yolu 10. Km. Çankaya / ANKARA

Telefon / Phone : 0 (312) 253 20 48/25 07 **Faks / Fax** : 0 (312) 293 24 33

E-posta / E- mail : yayin@danistay.gov.tr

Web sitesi / Website : www.danistay.gov.tr / dergi.danistay.gov.tr

Basım Yeri: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu / An-ce Matbaası

İÇİNDEKİLER

Sayfa

**Yasallık Bloku Yargılaması / Somut Vaka Yargılaması
İdari Yargı Düzleminde, Olan ve Olması Gereken Adalet
Arayışına Katkı Çabası**

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL, İstanbul Bilgi Üniversitesi
Öğretim Üyesi – Emekli Danıştay Üyesi-----7

HAKEMLİ MAKALELER

**Destekten Yoksun Kalma Tazminatına Esas Alınacak
Gelirin Tespitinde İzlenen Yöntemler ile Gözetilen İlkeler**

Erkan YILMAZ, Danıştay Kıdemli Tetkik Hakimi -----43

**659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Öngörülen İdari
Sulh Uygulamasının Başarısızlığı Üzerine Bir Değerlendirme**

Dr. Murat ŞAŞI, Danıştay Tetkik Hakimi -----87

**Danıştay Kararları Işığında Sağlık Kamu Hizmetinden
Kaynaklanan Tam Yargı Davaları**

Gözde DAĞLI, Danıştay Tetkik Hakimi-----123

**İdarenin Düzenleme Yetkisi ve Sınırı, Anayasa Mahkemesi
Tarafından Belirlenen Ölçütler ve Cumhurbaşkanlığı
Kararnameleri**

Sümevra ÖZGEN, Danıştay Tetkik Hakimi -----197

**Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları Bağlamında
İdarî Yaptırımlarda Zaman Bakımından Uygulama İlkesi**

Şahap KAYMAK, Danıştay Tetkik Hakimi -----253

**Devlet Memurlarının Naklen Atanma Usulünün Yargı Kararları
Işığında İncelenmesi**

Kutgün ELİKÜÇÜK, Danıştay Tetkik Hakimi -----291

CONTENTS

Page

Legality Block Judgement / Case Law

Efforts to Contribute to the Pursuit for Justice That Is and Should Be at the Administrative Jurisdiction Level

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL, Faculty Member, Istanbul

Bilgi University - Retired Council of State Member -----7

PEER-REVIEWED ARTICLES

The Methods and Principles Followed in Determination of Income to be Based on Compensation for Loss of Support

Erkan YILMAZ, Senior Rapporteur Judge of Council of State -----43

An Assessment on the Failure of the Implementation of Administrative Conciliation Provided for in the Decree Law No. 659

Dr. Murat ŞAŞI, Rapporteur Judge of Council of State -----87

Full Judgment Cases Arising From the Health Public Service in the Light of the Council of State Decisions

Gözde DAĞLI, Rapporteur Judge of Council of State -----123

The Authority to Regulate and Limit of Administration, the Criterias Determined by the Constitutional Court, Presidential Decrees

Sümeýra ÖZGEN, Rapporteur Judge of Council of State -----197

Principle of Implementing Administrative Sanctions in Terms of Time in Context of Constitutional Court's Annulment Decisions

Şahap KAYMAK, Rapporteur Judge of Council of State -----253

Examination of the Procedure of Appointment of Civil Servants by Transfer in the Light of Judicial Decisions

Kutgün ELİKÜÇÜK, Rapporteur Judge of Council of State -----291

YASALLIK BLOKU YARGILAMASI / SOMUT VAKA YARGILAMASI¹

*İdari Yargı Düzleminde, Olan ve Olması Gereken Adalet Arayışına
Katkı Çabası*

LEGALITY BLOCK JUDGEMENT / CASE LAW²

*Efforts to Contribute to the Pursuit for Justice That Is and Should Be at
the Administrative Jurisdiction Level*

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL*

ÖZ

Yargı aktörlerinin AİHS'yi ve AİHM içtihatlarını içselleştirmede imtina etmeleri sonucu, yasa ve Anayasa değişiklikleri ile Parlatentonun AİHM içtihatlarıyla uyumlu yasa maddesi sunması ve yargıcın da bu yasayı adeta zorunlu olarak uygulamak yoluna gitmesi şeklindeki yaygın kabulleniş, “**olması gereken, bu uygulamadır**”, anlayışını gelenekselleştirmiştir.

Bu saptamadan hareketle, yasa veya Anayasa değişikliği yapılmadan da yargıçların önlerindeki uyuşmazlıkları, AİHS normlarına ve AİHM içtihatlarına uygun olarak çözüme kavuşturmaları için yorumlama yetkilerini kullanarak, AİHM'nin aradığı ayrıntılar ile sonuca varabilmelerine yönelik bir altyapı bulunduğunu belirtmek isteriz.

Önemle vurgulamaktayız ki, “yasa üstündür”, “yasa bağlayıcıdır” anlayışı, yargılama usul ve prosedürlerinin (girdilerin) olmazsa olmaz derecesinde aranılması gerçeği, yargılamamızı bir türlü AİHM yargılaması ile uyumlu hale dönüştürememiştir.

“Hukuk Devleti İlkesine” bünyesinde yer vermiş olan Anayasamızın kurduğu hukuk sistemi ile “yasa üstündür” anlayışı

¹ Bu makale hakem değerlendirmesine tabi tutulmamıştır.

² This article has not been peer-reviewed.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi – Emekli Danıştay Üyesi
selamidemirkol63@gmail.com ORCID ID: 0000-0003-0675-7795

egemen kılındığından, AİHM'nin temel ilke aldığı ve yargılamasında kullandığı "Hukukun Üstünlüğü İlkesi" ile hiç de barışık olmayan yargılama çıktıları üretilir olmuştur.

AİHM tarafından, hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi yolunda Case Law (somut vaka yargılaması) referans kabul edilmekle birlikte, yukarıda aktardığımız nedenlerden ötürü, yasaya uygun yargılama yerine, ülkemizde hakkaniyete uygun yargılamanın gündeme alınmasında güçlük yaşanmış, yaşanmaktadır.

Yani, girdi ve prosedür odaklı yasallık bloku yargılama anlayışından, bir türlü hakkaniyete uygun, sonuç odaklı, somut vaka yargılamasına geçişi başaramamışız.

Yargı erki aktörlerinin, AİHM kararlarını referans almak suretiyle, hakkaniyete uygun somut vaka yargılaması yapmalarında, zorluk ve güçlüklerle karşılaşıldığından, Devletimiz aleyhine yapılan bireysel başvuru sayısı hep kabarık olmuştur.

Sadece yasaya uygunluk bloku içerisinde yapılan yargılamada, ayrıntılar şüphesiz çok önemli olmayabilir.

Zira, dava yargılaması, yasa, tüzük veya yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere uygunlukla yapılmakta, yapılagelmektedir.

Hakkaniyete uygunluk aranılması, ayrıntıların öne çıkarılması olgusu, yani somut vaka adaleti arayışı AİHM yargıçlarının ihlal tespitlerinde, Sözleşme'ye taraf Devletlerin yargıçlarına farklılık görünümleri sunmaktadır.

Nihai kararı veriyor olmaları ve AİHM içtihatları ile uygunluk aranılması gerekliliği, ister istemez bu ayrıntıların, ulusal mahkeme yargıçları tarafından biliniyor olması, atlanılmaması, göz ardı edilmemesi ve dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Somut Vaka Adaleti, Hakkaniyet, Yasallık Yargılaması, AİHM, Hukukun Üstünlüğü.

ABSTRACT

As a result of the judicial actors' failure to internalize European Convention of Human Rights and the case law of European Court of Human Rights, the change of the articles of law and Constitution and the introduction of bill by Parliament compatible with ECHR jurisprudence and the general acceptance that the judge should implement the law compulsorily, have been traditionalized the perception of **"this should be the right enforcement"**.

From this perspective, we would like to remark that there is an infrastructure in order the judges to resolve the disputes in competence with European Convention of Human Rights' norms and European Court of Human Rights' (ECHR) case law and to reach a resolution by using their authority of interpretation in accordance with the details that European Court of Human Rights expectations without making any amendments to the law or Constitution.

We would like strongly emphasize that the perception of the idea of "the law is superior", "the law is binding" and the reality of inevitably attachment to the rules of the trial proceedings and procedures (inputs) prevents our jurisprudence to be in line with ECHR proceeding rules.

As the "rule of law" principle that is stated in our Constitution established a jurisprudence so that the perception of "law is superior" has become dominant, many outputs of the trial that are not at all compatible with the "supremacy of law" principle are produced.

As the ECHR accepts case law as a reference for the implementation of the principle of rule of law, due to the reasons mentioned above, there has been difficulties in our country for the fair trials to be put on the agenda instead of trial proceedings strongly attached to the law and these difficulties are still valid.

In other words, we have not been succeeded in transitioning from an input and procedure oriented, fair legality block judgement approach to a just result oriented case law.

The number of individual applications that are against our State is always high depending on the reason that the difficulties and troubles are encountered by the judicial power actors in proceedings fair case law by taking the decisions of ECHR as reference.

It is possible that for a judgement held only within the legality block, the details may not be of great importance.

As trial proceedings are carried out in accordance with regulatory procedures, such as law, statute or regulation.

The expectation of fairness, the fact that of highlighting the details, briefly case law quest for concrete case justice, the findings of ECHR

judges about violations, are presenting different views to the judges of the States that are parties to the Convention.

The fact that they give the final decision and that compliance with the ECHR case-law must be sought, makes it necessary that these details are known by the national court judges, and should not be omitted, ignored and should be taken into account.

Keywords: Case Law Justice, Equity, Legality Judgement, ECHR, Supremacy of Law.

GİRİŞ

“**Hukuk Devleti İlkesi**” ile “**Hukukun Üstünlüğü İlkesi**”, belirgin olarak ayrılan ve hatta çatışma faktörleri içeren ilkelerdir.

Bu iki ilkenin de var olma ve geliştirilme gayesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve **demokrasinin devamlılığı** olmakla birlikte, hukukun uygulanması ve nihayetinde yorumlanmasıyla, adaletin görünür olmasını sağlamaktır.

Hangi adalet, kime göre adalet, nasıl bir adalet; **kısacası, olan ve olması gereken adalet anlayışı**, bu iki ayrı ilke ile ne şekilde pratiğe yansımaktadır?

Her iki temelde de **toplumun adalet duygusu**, tatmin olmakta mıdır?

Oldukça uzun yılların deneyimi ile olgunlaşan bu farklı anlayışlar, gerçek anlamda **hukuku egemen kılmakta mıdır** sorusu da tartışmaya değer bir konu olmaktadır.

Ülkemiz hukuk sistemi “**Kara Avrupası Hukuk Sistemi**” ile şekillenmiş ve etkisi ile yoğurulmuştur.

Ağırlıklı olarak yargılamada, **yasaya uygunluk sağlamak**, geçerliliğini korumakta ve yer bulmaktadır.

Bunun da arka planında **Devlet korumacılığı** ve **Devlet güvenliği** anlayışı somutlaşmaktadır.

Devlet lütfederse bireyin hak ve özgürlüklerini kullanabileceği yaygın olandır.

“**Deniz Avrupası Hukuk Sistemi**”nde ise bunlarla farklı bir yapılanma söz konusudur.

Yargılamada “**somut vaka adaleti**” gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Bireyin temel **hak ve özgürlüklerinin koruma görmesi** asıl olması gerektirir.

Yargılaması yapılan **davada bireyin ne yitireceği** önemli olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yargılamasında, Deniz Avrupası Hukuk Sistemi etkisi ile **somut vaka adaleti sağlama anlayışı** egemenleşmiş olduğundan ve biz de Ülke olarak AİHM yargılamasına taraf bulunduğumuzdan, **ister istemez bir zıtlama, bir ayrışma ve hatta bir çatışma** yaşamaktayız.

Çalışmamızda, belirttiğim işte bu hususların, **olan ve olması gereken boyutları** üzerinde durulacaktır.

Bu çerçevede, birinci bölümde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin **Avrupa ortak hukukunu oluşturma uğraşısı** bağlamında geliştirdiği içtihatlarla yönelik içselleştirme çabamız anlatılacaktır.

İkinci bölümde; ülkemiz yargı aktörlerinin sahiplendiği yargılama ile **somut vaka yargılaması (hakkaniyete uygun yargılama) yapan AİHM tercihi** ile oluşan farklı ve çelişen durum ifade edilecektir.

Üçüncü bölümde; prosedürlere bağlılıkla sınırlı yargılama sonrası, **toplumun adalet duygusunun ne ölçüde tatmin edilmekte olduğu** aktarılacaktır.

Dördüncü bölümde; **somut vaka yargılamasının ana hatları** ile tarihsel süreci verilecektir.

Beşinci bölümde; ülkemizde somut vaka yargılaması için **yasa ile öngörülmuş olan zemini** verip hakkaniyete uygun somut vaka yargılamasının diğer yargılama anlayışları ile olası farklılıklarını belirteceğiz.

Altıncı bölümde; hakkaniyete uygun yargılamanın uluslararası sözleşmelerdeki yeri ve **idari yargının bu yargılama anlayışına yaklaşımını** izaha çalışacağız.

SOMUT VAKA YARGILAMASI YAPAN AİHM TARAFINDAN ORTAK HUKUK MEKANININ OLUŞTURULMA UĞRAŞISI

İnsan hak ve özgürlüklerinin tanınması ve korunması, **şüphesiz uluslararası bir meseledir.**

“Bu meselenin asıl önemli kısmı, olması gereken bir tablonun çizimini hedef almasıdır.

Ancak bu tablo, samimi ve gerçek uğraşların yanı sıra, sadece görüntüden ibaret olgularla bir türlü çizilmemekte, çizilememektedir.

1953 yılında imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti olarak bizim de imzalayıp tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS – Sözleşme), insan hak ve özgürlüklerinin geliştirilmesi bağlamında, ciddi ve önemli, uluslararası bir belge olmaktadır.

Sözleşme’nin her bir maddesi, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında temel ilkeler içermektedir.

Bu ilkeler, Sözleşme’ye taraf olan Devletler ile hak veya özgürlüğü ihlal edilen bireyler için uluslararası korunma garantisi oluşturmayı hedeflemektedir.

Anayasamızın 90/5. maddesi hükmü uyarınca uluslararası sözleşmeler, özellikle kamu otoriteleri için referans normlardır.

Yargı yerleri tarafından da yargılama sürecinde, AİHS’ye uygunluk aranması, bir gereklilik ve zorunluluktur.

Ulusal yargı yerlerinin yargılamasından tatmin olmayan birey, hak ve özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını, uluslararası mekâna, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’ye taşıyabilmektedir.

Kabul edilebilirlik incelemesinden geçen başvuru hakkında, AİHM tarafından, Sözleşme’nin ilgili maddeleri yönünden ihlal tespiti yapılması halinde, Sözleşme’ye taraf Devletlerce olduğu gibi Dünya’nın diğer ülkelerince de bu ihlal artık bilinir olmaktadır.

Ulusal yargı yerlerince gerçekleştirilen yargılama süreci, yargılama yetkisinin kullanımı, kamu otoritelerinin de aynı şekilde iç hukuku uygulamaları ve AİHS'yi yorumlamaları, AİHM içtihatlarını içselleştirmeleri, diğer ülke vatandaşları tarafından görülmekte, izlenmekte ve eleştirilebilmektedir.

1954 yılında AİHS'ye taraf olup, 1987 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK)'ye ve sonrası AİHM'e bireysel başvuru hakkını tanımış bulunmaktayız.

Bunun anlamı, insan hak ve özgürlüklerinin ihlali ile ilgili bir konunun (bizim için de geçerli olmak üzere), artık bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir.

Devletimiz kamu otoritelerinin insan hak ve özgürlükleri ile ilgili işlem, eylem ve davranışlarında olduğu gibi, ulusal yargı yerlerimizin de yargılama yetkisini kullanmaları görülmekte ve izlenilmektedir.

Kaldı ki AİHM'e, ülkemiz aleyhine yapılan bireysel başvuru sayısının kabarıklığı ve ihlal oranımızın yüksek oluşu, üzerinde daha fazla düşünülmesi gereken bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır.

O halde, bunun bilinciyle, AİHM içtihatlarının iç hukukumuzda kamu idarecileri ve yargı aktörlerince referans alınması, kayda değer sonuçlar üretecektir.

Adli yargının görev alanında olan uyuşmazlıkların hemen hemen tümü ve idari yargının görev alanında bulunan uyuşmazlıkların ise büyük bir kısmı, AİHM'nin konu bakımından yetkisine girmekte ve esastan incelenmektedir.

İdari yargının görev alanında bulunan uyuşmazlıkların ise, yaklaşık %80'e varan bir kısmı, AİHM tarafından kabul edilebilir bulunmakta ve Sözleşme 6. maddenin uygulama ekseninde görülmektedir.

Dolayısıyla, idari yargı sistemimiz içerisinde görevli olan idari yargıç ve savcılar, idari uyuşmazlıklar ile ilgili olarak AİHS ilke ve kurallarını yargılamalarında içselleştirmek durumunda kalmaktadırlar.

Yine AİHM içtihatları da idari yargıç ve savcılar tarafından, takip edilmesi ve yargılamada dikkate alınması durumu oluşmaktadır.

Burada vurgulamak istediğimiz ve bu konuyu huzuruza getirme amacımız, Sözleşmeyi yorumlayan AİHM yargıçlarının kararlarındaki ayrıntılı yargılama noktalarının, Türk İdari Yargı aktörlerince bilinebilir olması beklentimizdir.”³

Bizim yasallık bloku bağlamında yaptığımız prosedürel yargılama ile ürettiğimiz kararlar, AİHM yargılaması sonrası verilen kararlarla uyuşmamakta ve büyük oranda ihlal sebebi sayılmaktadır.

PROSEDÜREL YARGILAMADAN SIYRILIP, SOMUT VAKA (HAKKANİYET) YARGILAMASINI İÇSELLEŞTİRME PRATİKLERİ

Ülkemizde, başta Anayasamız olmak üzere, hukuk sisteminde, son zamanlarda çok önemli değişiklikler yapılarak, hayata geçirilmeye çalışılmıştır.

“Türk hukuk yapılanmasına, bu değişiklikler ile yeni bir yön verilerek AİHS hukuku ile entegre edilme arayışına girilmiş ve hukukumuz şekillendirilmiştir.

2000 yılı sonrasında, bu şekillendirmede “Yasama Erki” nin gayret ve çabalarında yoğunluk ve sistematik bir ağırlık belirginleşmiştir.

Bu ağırlıklı devinimin odaklandığı ve yön bulduğu dayanak, AİHS normları ve AİHM içtihatları olmuştur, olmaktadır.

Avrupa Birliği’nin (AB) zorunlu gerekleri ve yasama erkinin dayanak aldığı AİHM içtihatları, sadece hukuk sistemimizi şekillendirmekle kalmamış, aynı zamanda günlük yaşantımızla birlikte gelecek kamusal politika ve hedeflerimiz için de işlevsel durumlar oluşturmuştur.

İşlev gerekliliklerini samimi bir şekilde yerine getirmede yasama ve yürütme erkleri, başarılı olarak değerlendirilebilecek sonuçlar üretme gayreti içerisinde olmuşlardır.

Ancak, “Türk Milleti Adına” yargılama yetkisini kullanan yargı aktörleri, yine bu işlev gereklerini yerine getirmede, hiç de samimi ve başarılı bir tablo çizememişler, çizmemişlerdir.

³ Selami DEMİRKOL, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları, Beta, Ocak 2020, ss. IX-X.

Hatta, çoğu zaman, direnç ve inat çizgisinde yaklaşımlar sergileyebilmişlerdir.

İşte bu direnç ve inatlaşma, AİHM kararlarının infazında ve AİHM tarafından verilebilecek olası ihlal kararlarının önlenmesinde güçlükler çıkarmıştır.

Diğer yandan bu durum, AİHS'nin içselleştirilmesinde ve AB'ye uyum sürecinde, sıkıntı yaşamamızın başlıca sebeplerinden biri olarak gösterilmiştir.

Yargı aktörlerinin (Hâkim ve Savcılar) AB uyum sürecine katkı sunmaktan ziyade, sert çekirdekli bir yapı gibi inatlaşarak AİHS hukukunun gereklerini uygulamada direnç göstermeleri, yasama erkini ve hükümet etme yetkisini elinde bulunduranları zor duruma düşürmüş ve nitekim yasa koyucunun birçok hukuksal uyumsuzluklara, yasa ve Anayasa değişikliği ile çözüm üretme yoluna gitmesine sebebiyet vermiştir.

AİHM içtihatları doğrultusunda ve AB'ye entegrasyon için zorunlu görülen birçok Anayasa ve yasa değişikliği yapılarak, bazı konularda, yargı erki aktörlerinin sergilediği inadın, mevzuat değişikliği yoluyla kırılmasına çalışılmıştır.

2017 Nisan ayında yapılan son Anayasa değişikliği olmak üzere bazı Anayasa ve yasa değişiklikleri sayesinde iç hukukumuzda birçok konuda AİHS normları ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu bir anayasal ve yasal zeminin oluşturulması yoluna gidilmek zorunda kalınmıştır.”⁴

Yargı aktörlerinin AİHS'yi ve AİHM içtihatlarını içselleştirmemeleri sonucu, yasa ve Anayasa değişiklikleri ile Parlatmentonun AİHM içtihatlarıyla uyumlu yasa maddesi sunması ve yargıcın da bu yasayı adeta zorunlu olarak uygulamak yoluna gitmesi şeklindeki yaygın kabulleniş, **“olması gereken, bu uygulamadır”**, anlayışını gelenekselleştirmiştir.

Bu saptamadan hareketle, yasa veya Anayasa değişikliği yapılmadan da yargıçların önlerindeki uyumsuzlukları, AİHS normlarına ve AİHM içtihatlarına uygun olarak çözüme kavuşturmaları için yorumlama yetkilerini kullanarak, AİHM'nin aradığı ayrıntılar ile sonuca varabilmelerine yönelik bir altyapı bulunduğunu belirtmek isteriz.

⁴ DEMİRKOL, Age., ss. 1-2.

Önemle vurgulamaktayız ki, “yasa üstündür”, “yasa bağlayıcıdır” anlayışı, yargılama usul ve prosedürlerinin (girdilerin) olmazsa olmaz derecesinde aranılması gerçeği, yargılamamızı bir türlü AİHM yargılaması ile uyumlu hale dönüştürememiştir.

“Hukuk Devleti İlkesine” bünyesinde yer vermiş olan Anayasamızın kurduğu hukuk sistemi ile “yasa üstündür” anlayışı egemen kılındığından, AİHM’nin temel ilke aldığı ve yargılamasında kullandığı “Hukukun Üstünlüğü İlkesi” ile hiç de barışık olmayan yargılama çıktıları üretilir olmuştur.

AİHM tarafından, hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi yolunda Case Law (somut vaka yargılaması) referans kabul edilmekle birlikte, yukarıda aktardığımız nedenlerden ötürü, yasaya uygun yargılama yerine, ülkemizde hakkaniyete uygun yargılamanın gündeme alınmasında güçlük yaşanmış, yaşanmaktadır.

Yani, girdi ve prosedür odaklı yasallık bloku yargılama anlayışından, bir türlü hakkaniyete uygun, sonuç odaklı, somut vaka yargılamasına geçiş başırlanamamıştır.

Yargı erki aktörlerinin, AİHM kararlarını referans almak suretiyle, hakkaniyete uygun somut vaka yargılaması yapmalarında, zorluk ve güçlüklerle karşılaştığından, Devletimiz aleyhine yapılan bireysel başvuru sayısı hep kabarık olmuştur.

Asıl sorun ise, aleyhimize, çok sayıda ihlal tespitli kararlar verilmiş ve verilmekte olmasıdır.

Oysa AİHM içtihatları, önemle ve özenle takip edildiğinde, uyumsuzluklar ile ilgili olarak üzerinde durulan ayrıntılar, hak ve özgürlüğün korunmasında aranan kriterler, bireyin hak ve özgürlüğünün temel değer alınması gibi hususlar, ihlal tespitleri için veri olmakta, olabilmektedir.

Bizim yargı aktörlerinin üzerinde durmadıkları ayrıntılar, AİHM yargıçları tarafından ihlal tespitine vesile oluşturmaktadır.

Sadece yasaya uygunluk bloku içerisinde yapılan yargılamada, ayrıntılar şüphesiz çok önemli olmayabilir.

Zira, dava yargılaması, yasa, tüzük veya yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere uygunlukla yapılmakta, yapılagelmektedir.

Hakkaniyete uygunluk aranılması, ayrıntıların öne çıkarılması olgusu, AİHM yargıçlarının ihlal tespitlerinde, Sözleşme’ye taraf Devletlerin yargıçlarına farklılık görünümüleri sunmaktadır.

Nihai kararı veriyor olmaları ve AİHM içtihatları ile uygunluk aranılması gerekliliği, ister istemez bu ayrıntıların, ulusal mahkeme yargıçları tarafından biliniyor olması, atlanılmaması, göz ardı edilmemesi ve dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.

AİHM kararlarından biri olan, **İLBEYİ KEMALOĞLU VE MERİYE KEMALOĞLU/TÜRKİYE DOSYASI** (19986/06) ile ilgili olarak, iki resim arasındaki farkları aktardığımızda, konu çok daha iyi anlaşılacaktır.

Yaşam hakkı ile ilgili uyumsuzlukta, Devletin pozitif yükümlülüğü ve yöneticilerin ihmali tartışılmıştır.

Okulun erken kapatılmasıyla ilgili olarak belediye araç şoförünü veya yetkilisini telefonla aramayı ihmal eden kamu görevlilerinin davranışı iki farklı bakışla yargılanmıştır.

22 Ocak 2004 tarihinde, şiddetli kar fırtınası nedeniyle, karnelerin erken dağıtılarak sınıfların boşaltılması ve okul yöneticilerinin okuldan ayrılmaları sonucu, ilkokul öğrencisi ve başvuranların 7 yaşındaki oğlu Atalay, 4 km uzaklıktaki evine yürüyerek gitmeye çalışmıştır.

Atalay'ın evine dönmemesi nedeniyle ailesi, polisi aramış ve ertesi gün cesedi, nehir yatağında, donmuş olarak bulunmuştur.

Ailesi tarafından, idari yargıda açılan **destekten yoksun kalma tam yargı (tazminat) davasında fakir olduklarını ileri sürerek, adli yardım talebinde bulunulmuş ancak bu talepleri reddedilmiş ve karar davanın açılmamış sayılması şeklinde kesinleşmiştir.**

İdari yargının yanı sıra adli yargıda ise, Atalay Kemaloğlu'nun okulunun müdürü, müdür yardımcısı ve sınıf öğretmeni hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur.

Savcı, dosyayı 4483 sayılı Yasa uyarınca Kaymakamlığa göndermiş ve yaptırılan ön inceleme sonrası bu kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir.

Ceza yargılamasını başlatacak izni vermeyen Kaymakamlık kararına, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'ne itirazda bulunulmuş ve ceza yargılaması yapılabilmesi için soruşturma izni verilmesine İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nce karar verilerek, itiraz kabul edilmiştir.

Savcı tarafından açılan davada, Ümraniye Ağır Ceza Mahkemesi'nce yapılan ceza yargılaması sonucu, **Atalay Kemaloğlu'nun donarak ölmesini okul yöneticileri ve öğretmenin öngörmelerinin beklenilemeyeceği, okul dağıldıktan sonra öğrencilerin nereye, ne şekilde gideceklerini bilmelerinin, kontrol**

etmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle suçlamalardan beraatlarına hükmedilmiştir.

AİHM tarafından dosyanın görüşülmesi aşamasında, Ağır Ceza Mahkemesi kararı temyiz incelemesinde iken, İdare Mahkemesi kararı ise kesinleşmiştir.

Başvuranların uyuşmazlığı AİHM'ye taşınmaları sonucu AİHM tarafından yapılan yargılamada, idari yargılama ile ilgili olarak başvuruların adli yardım taleplerinin reddedilmesinin, başvuruları davalarını bir mahkemeye sunmaktan mahrum ettiği ve mahkemeye başvuru haklarının orantısız bir şekilde kısıtlandığı sonucuna varılarak AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının yani, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Ayrıntı olarak da idare mahkemesinin, adli yardım müessesesini katı yorumlamış olduğunu ve adli yardım taleplerini reddederken, sebep dahi göstermediğini, bu şekilde başvuruların oğullarının ölümünde yaşam hakkı ihlali iddialarını değerlendirecek bir makama ulaşamadıklarını, Devletin öldürmeme yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) çerçevesinde ölüm gerçekleşmişse, başvuruların bunun zararlarının giderilmesini isteme hakkından mahrum bırakıldığı tespitini yapmıştır.

Adli yargıda yapılmış olan ceza yargılaması ile ilgili olarak da AİHM, kötü hava şartları nedeniyle ilköğretim okulunun nadir olarak erken kapanması gerçeğini dikkate almış ve öğrencileri korumak amacıyla okul yetkililerinden temel tedbirler alınmasını beklemenin mantık dâhilinde kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

AİHM yargıçları, okulun erken kapanmasıyla ilgili belediye araç şoförü veya yetkilisini bilgilendirmeyi ihmal eden kamu görevlilerinin, başvuruların oğullarının hayati tehlikesini önleyebilecek tedbirleri almadıkları sonucuna varmıştır.

İşte, bunlardan hareketle AİHM, yerel makamları, başvuruların yedi yaşındaki oğullarının yaşam hakkına gereken titizliği göstermediği sonucuna varmıştır.

Diğer bir ifadeyle, ulusal mahkemeler önünde bekleyen cezai kovuşturmaların ve hukuk sisteminde sağlanan idari çözüm yollarının, başvuruların oğullarının ölümüne ilişkin etkin şekilde bir yükümlülük tesis etmelerine olanak tanımadığı ve uygun bir tazminat almalarını sağlamadığı görüşüne varmış ve AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesinin de ihlal edildiğini belirlemiştir.

Denilebilir ki, ulusal yargı makamlarımız gerek ceza, gerek idari yargılama yolları ile başvuruların sonuç almaları konusunda çözüm üretme bağlamında hakkaniyetten ve somut vaka yargılamasından uzak bir yargılama tercih etmişlerken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bizim yargıçlarımızın önemsemediği, açığa çıkarmadığı ayrıntıları, dikkat ve titizlikle günışığına çıkararak, bizce de çok doğru ve yerinde bir yaklaşımla, önemseyip, son sözü söylemişler ve bizi bir kez daha ayrıntılarıyla, hakkaniyetle ve somut vakaya çözüm olma yöntemi ile tanıştırmışlardır.

“ADALETİ TECELLİ EDİN” BUYRUĞU VE “İNSANI YAŞAT KI DEVLET YAŞASIN” ÖĞÜDÜ İLE ÇELİŞEN UYGULAMALARIMIZ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin “Hukuk Devleti” olması gerektiği, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde belirtilmiştir.

“Bu gerekliliğin hayata geçirilmesinde tüm devlet erkleri (Yasama- Yürütme- Yargı) yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiştir.

Nitekim “Yasa üstündür, yasa bağlayıcıdır” anlayışı da hukuk devleti ilkesinin uzantılarından biridir.

Ancak bu anlayışta, Devlet bireyden önce tutulmakta, devletin çıkarları, bireyin haklarından üstün görülmektedir.

Girişte belirttiğim gibi “Devlet lütfederse, birey hak ve özgürlüğünü kullanabilecektir” anlayışı egemendir.

Common Law sistemine dahil olan ülkelerde durum farklı olmasına rağmen “Yasa üstündür, yasa bağlayıcıdır” anlayışı, Kıta Avrupası ülkelerinde daha da egemendir.

Yasa veya genel düzenleyici bir hukuki normla kendini bağlı gören hâkim ve savcılar ile yüksek yargı mensupları tarafından yargılamalarında aradıkları temel unsur, “prosedürlere uygunluk” olmaktadır.

Gerek maddi hukuk gerek usul hukuku açısından prosedürlere sıkı sıkıya bağlı yargılama yapmak, yasayı veya düzenleyici hukuki normu yorumlamaktan ziyade, olduğu gibi, şablon olarak alıp uygulayan bir sonuç oluşturmaktadır.

Bu tabloda görünen, adil bir yargılama yapılmasına veya adaletin tecelli etmesine öncelik verilmemekte, prosedürlerin, usulü kuralların yerine getirilmesini hedefleyen bir yargılama icra edilmektedir.

Hakkaniyet, bu nitelikteki bir yargılamada çok da aranılan bir gereklilik olmamaktadır.

Zira, 1900'lü yıllarda çıkarılmış olan bir yasa, 2017 yılındaki bir davada uygulandığında, 1900'lü yıllara geri dönmekte, yasaya uygunluk aranırken, günümüz koşullarıyla, hakkaniyetle ve temel hak ve özgürlüklerle barışıklık, çok da aranılmamaktadır.

Oysa Deniz Avrupası Ülkeleri, “Hukukun Üstünlüğü (rule of law) İlkesi”ni hayata geçirmektedirler.

AİHM yargıçları da bu ilkeyi uygulamakta ve nitekim kararlarında sıkça zikretmektedirler.

Bireylerin hak ve özgürlüklerinin Devlet menfaatlerinden üstün tutulmasını önceleyen bu ilkenin yargılamaya dönük yanı ise “Case Law (vaka hukuku)” dur.

Yani somut olaylardan, emsal kararlardan hareketle uyuşmazlıkları çözüme yargılamasıdır.

Hukuki öngörülebilirliğin temin edilmesi için, elbette, yasa veya genel düzenleyici normlar, yani hukuki mevzuat olmalıdır.

Ancak bu normlar, yargı aktörlerince çerçeve, referans olarak alınmalı ve içi, dava konusu uyuşmazlığın çözümü için, hakkaniyet adına doldurularak, AİHS normlarına ve AİHM içtihatlarına uygun şekilde yorumlanmalıdır.

Günümüzle, davanın koşullarıyla, dosyadaki delillerle, bireyin hak ve özgürlüğüyle barışıklık oluşturulmak suretiyle, yorumlama yöntemi kullanılmalıdır.

Bu aşamada, ülkemizde de hukukun üstünlüğü ilkesinin yansıması ve gereği olan hakkaniyete uygun yargılamaya geçiş zemininin oluşturulmasını önermekteyiz.

Zira, hukuk devleti ilkesinin yansıması olarak, dar ve yasaya bağlı uygulamalarla olgunlaşmış olan mevcut sistemimiz ile önermekte

olduğumuz sistem arasında, bir zıtlasma hali vardır ve bu bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır.

AİHM içtihatları ile yargılama usul ve sistemimiz arasında bir farklılık bulunduğu, net bir şekilde kendini göstermektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, adı konulmamış, bir yargılama usulü zıtlaması da aynı zamanda dikkatimizi çekmektedir.

Yıllardan beri var olagelen bu oluşum, önümüze karşıt sistemler uzlaşmazlığı olarak da çıkmaktadır.

Burada önemle üzerinde durduğumuz, bizim kendi sistemimiz ve anlayışımız ile yaptığımız yargılama sonrası verdiğimiz kararlar, bir şekilde AİHM'e taşınabilmekte ve bizden farklı bir sistem, bizden ayrı bir anlayışla, yargılamaya tabi tutulmaktadır.

Bilinmektedir ki, hak veya özgürlüğü ihlal edilen birey, ulusal yargıç önünde ihlalin giderilmesini elde edemediği takdirde, Devlet sınırını aşarak, uluslararası yargıca davasını tartıştırabilmektedir.

Dolayısıyla, AİHM yargılamasına tabi olduğumuz sürece, AİHM yargılaması ile barışık ve içtihatları ile uyumlu bir yargılama yapmamız gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

AİHM yargılamasında, önemle üzerinde durulan ayrıntılar, bizim de önemseydiğimiz hususlar olmalıdır.

Nitekim yargılamada hassasiyet olgusu, adalet duygusu, hakkaniyeti sağlama gibi, nitelik ve özellikler, ülkemiz insan genlerinde zaten bulunmaktadır.

“Adaleti tecelli edin” buyruğu ve **“İnsanı yaşat ki Devlet yaşasın”** öğüdü, çok önceden beri bizde var olagelen temel değerlerdir.

Yapılması gereken, sistematik olarak uzaklaştırıldığımız bu buyruk ve öğüdü, gündemimize almak ve sarılmaktır.

Hakkın teslimi, hakkın yerini bulması, adaletli olma, adil karar verme, hakkaniyete uygun davranma hususlarının, yasaya, prosedürlere sıkı sıkıya bağlı kalınarak gerçekleştirilebilecek yargılama anlayışı ile gerçekleşmeyeceği, artık anlaşılmalı, kavranmalıdır.

Dava yargılamasında, tüm iddialar ve savlar değerlendirilmeli, tüm belgeler dikkatle, titizlikle incelenmeli ve bunların incelenip değerlendirildiği, taraflara bir şekilde hissettirilmeli, gösterilmelidir.

Olmayı gereken bu tablo, ancak ve ancak ayrıntılı bir yargılama, ayrıntıları önemseyen ve inceleyip bulan ve ayrıntılarla sonuca varan yargılama anlayışıyla mümkün olacaktır.”⁵

Ancak bu yola girildiğinde, yukarıda belirttiğimiz buyruk ve öğüt ile barışık ve AİHM yargılaması ile uyumlu bir yargılama gerçekleştirilebiliyor olacağız ve ihlal sayımızın azalmasını sağlamakla kalmayıp, adil ve hakkaniyete uygun, tatmin edici sonuçlar üreteceğiz.

HAKKANİYETE UYGUN YARGILAMANIN (SOMUT VAKA YARGILAMASI) TARİHSEL SÜRECİ

“...Hakkaniyet, Antik Roma'nın hukuk deneyiminde anlaşılması en zor kavramlarından birisidir. Yine, hemen hemen bütün değişik anlamları, aequitas'ın asıl anlamı olan hakkaniyet ile yürürlükteki hukuk (ius)'un zıt anlamı olarak kullanılan aequitas kavramı arasında gidip gelmekte(dir.)”⁶ olduğunu söyleyebiliriz.

Kaldı ki hakkaniyet “Tam olarak eşitlik ile eş anlamlı değilse de suumciquetribuere (aynı vakalarda aynı şekilde davranmak) kuralı ile ilişkili, karşıt ihtiyaçlar arası uzlaşma veya karşıt menfaatler arasında dengeyi ifade eder. Aynı zamanda aequitas, hukukun esas idealini açıklığa kavuşturmaya hizmet (eder)”⁷ etmektedir.

Bununla birlikte Aequitas özünde adalet kavramı ile ilgilidir. Söz konusu olan hukukun vazettiği genel kuralın özel durumlarda sebep olabileceği haksızlıkları, adaletsizlikleri önlemek ya da ortadan kaldırmak(tır) olup nitekim “Hakkaniyet, kısaca **somut olay adaleti** olarak nitelendiril (ebilir.)”⁸ mektedir.

⁵ DEMİRKOL, Age., ss. 227-229.

⁶ Kadir GÜRTEN., Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, (ss.1-160), ss.50-51.

⁷ GÜRTEN., Age. s.51.

⁸ GÜRTEN., Age. s.137

Ayrıca “Adalet denildiğinde doğrudan doğruya kurallara ve ilkelere hâkim olması gereken en yüksek moral düşünce kastedilir. Adalet, herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkanlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler göstermesini emreder. Başka bir deyişle adalet, düzene ilişkin en yüce düşüncedir. **Buna karşın hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle belirlenememesinin doğuracağı düşünülen sakıncaları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bıraktığı durumlarda etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden ilkedir.** Kısaca ifade etmek gerekirse hakkaniyet somut olayların özelliklerine uygun çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temelidir.”⁹ diyebiliriz.

Belirtmekte fayda görmekteyiz ki, hakkaniyet, adaletle iç içe olduğu gibi aynı zamanda karşı karşıya bir ilişki düzeni içindedir. Hakkaniyet boşlukları doldururken ve değişen koşulları göz önüne alırken, adalete büyük katkı yapmakta ancak eşit olmayan durumlarda eşitsiz işlemleri öngörürken eşitlik açısından adalet ile çelişmektedir. Fakat adalet, sadece eşitlik demek değildir. Görüşte eşitliği ihlal ediyormuş gibi görünen hakkaniyet, dolaylı olarak yine adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır.”¹⁰

Bu bağlamda “Hakkaniyet olarak adalet kavramı içindeki eşitliğin orijinal pozisyonu, sosyal sözleşmenin geleneksel teorisi içindeki tabiat haline/tabii hale tekabül eder. Orijinal pozisyon, elbette gerçek bir tarihsel olgu olarak düşünülmemeli, kültürün ilkel şartlarının daha azı olarak kabul edilmelidir. Orijinal pozisyon belirli bir adalet kavramına öncülüğü karakterize eden mutlak bir faraziye hal olarak anlaşılma (lıdır.)”¹¹ ktadır.

⁹ GÜRTEEN., Age. s.138.

¹⁰ GÜRTEEN., Age. s.138.

¹¹ John RAWLS., Bir Adalet Teorisi, Çeviren: Vedat Ahsen COŞAR, Ankara: Phoneix Yayınları, 1. Basım 2017, ss. 40-41.

Yine hakkaniyet, kimi zaman daha iyi olan hukuk, kimi zaman toplumun adalet duygusuna göre belirlenen ve uygulanması gereken hukuk olarak tanımlanmıştır.”¹²

Nitekim hakkaniyet, biri ahlaki (etik) diğeri ise mantıksal kutuplardan oluşmaktadır.

“Aristoteles hakkaniyetli kararın, ancak doğru olan hukukun uygulanması ile verilebileceğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle Aristoteles, hakkaniyetin kanunun öngördüğü adaletin düzeltilmesi işlevini öngördüğünü belirt(mektedir).¹³miştir.

Vurgulamakta fayda var ki “hakkaniyete uygun olan adildir, ancak bu adalet, kanunun sağladığı bir adalet olmayıp, kanunun doğrulanması sonucunda ortaya çıkan kanuni adalettir. Bu anlamda Aristoteles hakkaniyet kavramını kanunun genel olarak boşluk bulunan alanlarında bir iyileştirme yapılması olarak tanımlamaktadır.”¹⁴

“Diğeri bir yandan Aristoteles’in hakkaniyet kavramını somut olaydaki adalet olarak tanımladığı da ortaya konulmakta” ve devamla, “Hakkaniyetli bir kararın, kanuna değil başka bir ifadeyle kanun koyucuya ve kanunun lafzına değil, özüne bakılarak verilebileceğini kabul ettiği” görülmektedir.¹⁵

Kaldı ki “Locke’tan gelen ve Kant’ın modernlerin özgürlükleri dediği şeye, yani düşünce ve vicdan özgürlüğüne, kişinin ve mülkiyetin belirli temel haklarına vurgu yapan gelenekle, Rousseau’dan gelen ve Contanın eskilerin özgürlükleri dediği şeye, yani eşit siyasal özgürlükler ve kamusal yaşamın değerlerine vurgu yapan gelenek arasında bir bölünme (var)”¹⁶ bulunmaktadır.

Böylece “Adalet ilkeleri, bu belirlemeler aracılığıyla siyaset felsefesinin temel sorununa anayasal demokratik rejim için bir çözüm ge(tirir) tirmektedir.

¹² Serdar NART., Ayırt etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara: Adalet Yayınevi 2014, (ss.1-284), s.64

¹³ NART., Age., ss.65-66.

¹⁴ NART., Age., s.66.

¹⁵ NART., Age., ss.66-67.

¹⁶ RAWLS., Bir... Age.,s.22.

Belki de sorulması gereken soru “hem özgür ve eşit hem de makul ve rasyonel olarak (ayrıca) toplumun bütün bir ömür boyu normal ve tam iş birliği yapan üyeleri olarak düşünülen vatandaşlar arasındaki, nesilden nesile iş birliğinin hakkaniyetli şartlarını belirlemek için en kabul edilebilir siyasal adalet anlayışı hangisidir.¹⁷” olmalıdır.

Nitekim “Aristoteles, nesafet (hakkaniyet) kavramı üzerinde duran ve hukuk kuralı ile nefaset arasındaki ilişkiyi aydınlatmaya çalışan bir yaklaşımı benimsemiştir. Ona göre, hukuk kuralı çoğu kez genel ve soyut esası kapsamına alır. Genel ve soyut hukuk kuralını ferdi ve özel duruma uygulama, bazı hallerde büyük haksızlıklara ve zararlara neden olabilir. İşte böyle durumda nesafet (hakkaniyet) esasının göz önünde bulundurulması ve ferdi durumun ağırlaştırılmamasına dikkate edilmesi gerekmektedir.

Yine hukuk kuralı, çoğu kez genel ve soyuttur. Buna karşılık hakkaniyet (nesafet) kavramı özele ve somuta yöneliktir diyebiliriz.

Ayrıca Roma hukukunda, Yunan düşüncesinden alınmış olan nesafet (aequitas) kavramı şekilci pozitif hukukun yanında daha serbest bir hukukun gelişmesinde yardımcı olmuştur. Nesafet (aequitas) terimi değişen hayat ilişkilerinin getirdiği yeniliklerin karşılanması bakımından da yararlı sayılmıştır.”¹⁸ diyebiliriz.

İngiltere’de ise “15 ve 17. yüzyıllarda nesafet (equity) hukuku, ortak hukuku (common law) tamamlayan ayrı bir hukuk haline dönüşmüştür. 19. yüzyıl başında bu gelişme tamamlanmış ve equity (nesafet) hukuku, İngiliz ortak hukuku (common law) gibi bir hukuk sistemi özelliğini kazanmıştır.

İngiliz hukukunda, örneğin malı elinden alınan fakat ortak hukuk (common law) yoluyla hakkını elde edemeyen kişi Lord Chancellor’a başvuruyordu. Nesafet, equity hukuku bu şekilde uygulanmaya başlanmıştır. İngiltere’de ortak hukuk (common law) ile nesafet

¹⁷ RAWLS., Bir... Age., s.29.

¹⁸ Adnan GÜRİZ., Hukuk Başlangıcı, Ankara: Siyasal Kitapevi 18. Baskı, Eylül - 2017., s.240.

hukukunun birleşmesinden sonra maddi hukuk değişmemiş fakat usul hukuku ile ilgili muameleler değiştirilmiş ve basitleştirilmiştir.”¹⁹

Bunun yanı sıra “Kara Avrupası hukukunda, İngiliz hukukunda görüldüğü şekilde pozitif hukukun katı anlamda uygulanması ile nesafet uygulaması arasında kesin bir ayrılık olmadığı görülmektedir. Bunun da nedeni, kanun koyucunun değişen sosyal şartlara ve ihtiyaçlara göre pozitif hukuku süratle değiştirmesidir. Kara Avrupası hukukunda, nesafet, pozitif hukuktan çok farklı bir kavram değildir. Nesafet, hukukun bir bölüm fonksiyonunu yerine getirmektedir.”²⁰

ÜLKEMİZDE SOMUT VAKA YARGILAMASININ YASAL ZEMİNİ

“1926 tarihli Medeni Kanun’un 4. maddesinde “*Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik (hâkl) sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nısafetle (nesafetle) hükmeder.*” esası yer almıştır. Medeni Kanun’da yer alan “hak ve nısafet” deyimi, “hakkaniyet ve nesafet” olarak eş anlamlı kullanılmaktadır.”²¹

Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²²nun “Hâkimin takdir yetkisi” başlıklı 4. maddesinde “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebeplerini göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*” kuralı ile yargılamada, gerekli olması halinde, hakkaniyete uygunluk sağlamayı hakimın takdirine bırakmıştır.

Bu hüküm hakkaniyete uygun karar verilebileceğini öngören belki de tek yasa kuralıdır.

Aslında oldukça da önemlidir.

Zira yasaya uygunluk yargılaması yapılacağı öğretisiyle yörgülmuş yargı aktörleri bu kural ile hakkaniyete uygun olarak

¹⁹ GÜRİZ., Age., s.241.

²⁰ GÜRİZ., Age. s.241.

²¹ GÜRİZ., Age. s.241.

²² 8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete

yargılamanın da yapılabileceğini yasa koyucunun ağzından işitince, dayanak almaktadırlar.

Belki de bundan olsa gerek “hakkaniyet” kavramı konusunda Türk hukukunda maalesef çok fazla bilgi bulunmamaktadır.²³

Genellikle adalet kavramı ile hakkaniyet kavramı birbirleriyle eş anlamlı olarak veya karıştırılarak kullanılmaktadır.

Bunların yanı sıra Seyfullah **EDİS**, hakkaniyet kavramını adalet kavramıyla olan farkına da değinerek şu şekilde ifade etmeye çalışmıştır. “Gerçekten çok defa hakkaniyet ve adalet kavramları birbirleriyle eş anlamlı olarak kullanılır. Bununla birlikte her iki kavram arasında, belirsiz de olsa fark vardır. Buna göre, adalet, doğrudan doğruya kurallara ilkelere hâkim olması gereken en yüksek temel ve moral düşünceyi ifade eder; herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkanlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder. Başka bir ifadeyle adalet, düzene ilişkin en yüksek düşüncedir. Buna karşılık, hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncalarını ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar bütünüdür. Bu anlamda hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temel(dir)²⁴” olmaktadır diyebiliriz.

Kanun koyucu takdir yetkisini kullanırken bazı konularda hakimi doğrudan doğruya adalet ile karşı karşıya bırakmaktadır. Nitekim hakim, hukuk düzeninin bütününe yönelik genel ilkeleri veya kuralları etkileyen adaleti, kesin bir kural aracılığı olmaksızın somut vakaya yansıtmaktadır.²⁵

Diğer bir deyişle hâkim, belirli somut bir olayda, doğal hukuk görüşünün getirdiği ideal adalet düşüncesine hakkaniyet olgusu ile varmaktadır. Yine “hakkaniyet, adaletin denkleştirici özelliğini

²³ NART., Age. s.76.

²⁴ Seyfullah EDİS., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara: Üçüncü Bası, 1987, ss.217-218.

²⁵ NART., Age., s.77.

hafifleten bir nitelik taşımakta olup, ayırt etme gücüne sahip olmayanların, haksız fiillerinden sorumlu olmaması, adalete uygun iken buna karşın ayırt etme gücüne sahip olmayan bir zengin kişinin fakir bir kimseye verdiği zararlardan sorumlu tutulmaması ise hakkaniyete uygun olmayacak ancak adalete uygun olabilecektir. Bu nedenle hakkaniyet, adaletin sertliğini ortadan kaldıran bir nitelik taşıdığı(nı) söyle (nebilir) yebiliriz.”²⁶

Vurgulamakta fayda var ki “hakkaniyet adaleti ılımlı yapar. Zira adalette eşitlik esastır ve adalet genel(dir) olup ancak ilkelerle ilgilen (ir) mektedir. Oysa hakkaniyet, bir olayın özel durumlarıyla ilgilenir ve iyilikçi tutumuyla adaletin eşitlik ilkesini bozabilir, başka bir olayın gerektirdiği özel şartlar önünde, hakkaniyet özel durumları göz önünde tutar ve böylece hukuk kuralının katılıklarını yumuşattığı söylenebilir.”²⁷

Yine somut bir uyuşmazlıkla karşılaşan hâkimin olayı incelerken “adalet sezgisi” ile doğru çözümü bulabileceği görüşü, taşıdığı gerçek payı ne olursa olsun “sübjektiflik” eleştirisinden kurtulamaz. Çünkü genel anlamda “sezgi” kavramına yöneltilebilecek bütün eleştiriler “adalet sezgisi” bakımından da geçerlilik taşımaktadır.²⁸

Yeri gelmişken “Her yasamanın, her yargıcın kendi anlayışına göre bir adaletten söz edebiliriz. Adalet anlayışı halktan halka değiştiği gibi aynı sosyal topluluk içinde dahi değişik görünümle ortaya çıkabilir. Ne kadar yasa koyucu varsa o kadar doğal hukuk vardır. Doğal hukuk anlayışı sezgisel bir ahlaka inancın hukuk alanında uygulanmasından başka bir şey değildir.

Nitekim hukuku, uygar ülkeler genel hukuk prensiplerinde hakkaniyette ve adalet kavramında aramışlardır.”²⁹ denilebilir.

Kaldı ki “Belli bir somut durumda, olay kendi koşulları içinde ele alınacak ve yargılama buna göre yapılacaktır. Örneğin yargıç ceza verirken denkleştirici adalet gereği yasadaki cezayı verecektir. Ancak dağıtıcı adalet gereği kusur, taksir, mükerrer suç gibi durumlara göre

²⁶ NART., Age., s.79.

²⁷ NART., Age., ss.85-86.

²⁸ GÜRİZ., Age., s.244.

²⁹ Niyazi ÖKTEM- Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ., Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s.384

cezanın alt veya üst sınırını saptayacaktır. Yargıç bununla da yetinmeyecek, suçlunun özel durumuna bakacaktır. Cezaevinde kaldığı süre içinde ailesinin sefil olup olmayacağını da dikkate alacak, suçlunun psikolojik ve sosyal konumunu düşünerek hakkaniyeti uygulayacaktır.

Kanımızca adaletin özüne en uygun uygulama hakkaniyettir. Salt doğru, salt adalet, olayların ayrıntıları içinde ortaya çıkar. Bununla birlikte yargıcın tek başına hakkaniyete dayalı kararı hukuk güvenliğine aykırıdır, keyfiliğe yol açar.”³⁰

Bunun karşısında ise **PASCAL**, sevgi ve kin, adaletin yolunu şaşırmasına neden olur diyerek tarafsızlık konusunda da, “kaygısızlık veya renksizlik değildir, tersine hukuk kuralının somut olaya doğru şekilde uygulanmasıdır”³¹ vurgusunu yaparak hakkaniyete dönük yaklaşımın altını çizmiştir.

Bunlarla birlikte denilebilir ki, “Hakkaniyet olarak, adalete göre en makul adalet ilkeleri, hakkaniyetli koşullar altındaki kişilerin karşılıklı anlaşmasına konu olabilen ilkelerdir. Bu nedenle hakkaniyet olarak adalet, adalet teorisini bir toplumsal sözleşme fikrinden hareketle geliştiriyordu”³²mektedir.

Nitekim **Kelsen**’e göre **hakkaniyet, somut olayı değerlendirdiğimizde** o anda aklımızda (bilincimizde) olan hukuki değer”³³ olarak ifade edilmektedir.

Yine “hakkaniyetli olan adil görülebilir. Ancak **hakkaniyetli olan, kanunda yazılanın (metnin) dışında adil olandır.**”³⁴ diyebiliriz.

³⁰ ÖKTEM-TÜRKBAĞ., Age., s.72

³¹ M.P. FABREGUETTİS., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara:1945, ss.416-438.

³² John RAWLS., Hakkaniyet Olarak Adalet, Çeviren: Osman BAŞ, İstanbul: Birinci Basım, Pinhan Yayıncılık, Ocak-2020, (ss.1-270), s.11.

³³ Carlo Maria de MARINI, Il Gudi Ziodi Equita Nel Processo Civile Premesse Teoriche, Padova:1959, s.234, Aktaran: Serdar NART Age.,s.73.

³⁴ Franz G. SIEVEKE., Aristoteles-Rhetorik, München-1980, s.72, FriederHENF., Billigkeitund Zivil Richterliche Argumentation, Kiel-1978, s40., Aktaran: Serdar NART, Age., s.73.

HAKKANİYETE UYGUN YARGILAMANIN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEKİ YERİ VE İDARİ YARGININ YAKLAŞIMI

Uluslararası Sözleşmelerde de hakkaniyet kavramına yer verildiğini görmekteyiz.

Öncelikle 1948 tarihli **Birleşmiş Millet İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin** 10. maddesinde “Her kişinin gerek hakları ve borçları gerekse kendisine yönelik her tür cezai suçlamanın haklılığı konusunda karar verecek bağımsız ve yansız bir mahkemece **tam bir eşitlikle hakça** ve açıkça yargılanma hakkı vardır.” kuralı ile adalet ilkelerine uygun yargılamanın insanların temel haklarından birisi olduğu vurgulanmıştır.

Yine **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin** 6. maddesinde “Herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının uygun bir süre içinde **hakkaniyete** uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir” ilkesi ile adaletin gerçekleştirilmesi konusunda insanların güvenceye kavuşturulması amaçlanmıştır.

İşte AİHS’yi yorumlayan “Mahkeme, adil (hakkaniyete uygun) yargılamanın genel ve nesnel bir tarifini vermiş değildir. Bunun yerine, önüne gelen her davada, pragmatik bir yaklaşımla, yargılama faaliyetinin bütününe inceleme altına alarak davanın adil surette görülüp görülmediğini araştır(mıştır)maktadır”³⁵

Yine “Yargılamanın hakkaniyete uygunluk incelemesi, ulusal mahkeme kararının fiil veya hukuk açısından doğru olup olmadığını araştırma anlamında değildir. Strazburg denetim organlarının görevi, ulusal mahkeme kararının, maddi ve hukuki açıdan, doğruluğunu bir üst derece mahkemesi gibi denetlemek değil, fakat yargısal faaliyetin tüm işlemlerini bir bütün halinde göz önünde tutularak yargılamanın adil olup olmadığını konusunda bir karar vermektir”³⁶

³⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK- A. Feyyaz GÖLCÜKLÜ., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara: 4 Bası, Turhan Kitapevi, 2003, s.290.

³⁶ GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ., Age., s.291.

İşte bütün bunların sonucu olarak diyebiliriz ki mahkeme hakkının sadece var olması yetmez; etkili olması da gerekir. Mahkemeye erişimin mümkün olması yeterli³⁷ görülmektedir.

Kaldı ki, “Anayasal kaynaklı ilkelere ev sahipliği yapan ve sistemi kumanda eden ilkeleri aynı çatı altında birleştiren, prensiplerin piri adil yargılanma hakkı(dır),”³⁸ hakkaniyete uygun yargılamadır diyebiliriz.

Yine “Mahkeme, Sözleşmenin dinamik yapısına dayanarak temel hakların 1949 yılında düşünülmemiş olan durumları da kapsayacak şeklide gelişmesi için, Sözleşmenin yorumlanmasında amaca dayalı bir yaklaşım benimsemektedir. Bu yaklaşım sonucu yaşayan belge doktrini, AİHM’nin Sözleşme maddelerinin yorumunu, somut olayın koşullarına göre, yaratıcı bir şekilde, güncellemesine olanak sağlamıştır.”³⁹

İşte bu yaklaşım hakkaniyete uygun yargılama için güçlü bir referans ve dayanak oluşturmaktadır.

Nitekim AİHM, **Tyrer/BİRLEŞİK KRALLIK** (25/04/1978 günlü 5856/72) kararında “Sözleşme’nin günün koşullarına göre yorumlanması gereken, yaşayan bir belge olduğu, Mahkeme’nin içtihatlarına yerleşmiş durumdadır. Mahkemeye göre bu yaklaşım, Sözleşme’nin sadece esasa ilişkin kurallarıyla sınırlı olmayıp, Sözleşme’nin uygulama mekanizmasının işleyişine ilişkin 25. ve 46. maddeleri için de geçerlidir. Bu nedenle bu hükümler sadece, kırk yıl önce bu Sözleşmeyi hazırlayan kişilerin iradelerine uygun olarak yorumlanamaz.” yaklaşımında bulunmuştur.

Bunların yanı sıra idari yargının somut vaka yargılamasına yaklaşımı ile ilgili olarak; “İdare yargıcı, kamu hukuku ve özel hukuk normlarının düzenlendiği metinlerin katılığında sıyrılarak hakkaniyeti oluşturmak yetkinliği ile donatılmıştır. Bu kapsamda idare yargıcı “kamu düzeni ile özel yararı bağdaştırmak”, “kamu hukuku ile özel

³⁷ Gilles DUTERTRE, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaası, Kasım-2007, s.219.

³⁸ Hilmi ŞEKER., İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.27.

³⁹ Nurcan YILMAZ ÖZEL, Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, İstanbul: Onikilevha Yayınları, Aralık-2016, s.13.

hukuk arasındaki dengeyi sağlamak”, “katı pozitif normlarda esneklik yaratmak” ve dolayısıyla hakkaniyeti gerçekleştirmek kudretine sahiptir. Bu kudret yazılı hukuktan değil, bizzat “hakkaniyet” in gereklerinden doğar. Dolayısıyla idare yargıcısı, hakkaniyeti gerçekleştirmek için yaptığı yargılamada Devletin ve bireylerin bilinçli olarak birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini gözeterek kendi yolunu kendisi aydınlatır.

İdare yargıcısının hakkaniyeti gerçekleştirme işlevinden hareketle yapmış olduğu yargılama faaliyeti, onun özgün kimliği ile bütünleştiğinde, idari yargılama hukukunun özerk yapısı daha da belirginleşmektedir. Yasa koyucunun amacını bu bakış açısıyla değerlendiren idari yargıcısının, salt pozitivist bakış açısıyla kural denetimi gerçekleştiren olağan yargıca göre, hakkaniyet yargılamasını, yerinde ve idari faaliyetlerle bağdaşır ölçüde yerine getirdiği kabul edilerek, özellikle iptal davası yargıcısının bu işlevinin onun özgün kimliğinin bir parçası olduğu görüşü ön plana çıkmaktadır.”⁴⁰

Yine yeri gelmişken “Danıştay birçok kararında “adalet”, “hakkaniyet”, “nesafet” ilkelerini kullanırken, aslında bütün hukukun genel ilkelerini karşılamaya çalışmaktadır. Bu nedenle olsa gerek ki, bu ilkeleri, genelde, diğer ilkelerden biri ile birlikte kullanmaktadır.

Bunun nedeni bu kavramların son derece geniş anlamda kullanılabilir olması, diğer hukuk ilkeleri ile birlikte irdelenmek suretiyle bütün hukuk genel ilkelerini kapsayabilmesinde yatmaktadır.

Bu ilkeler, takdir yetkisinin kullanılmasında idareye getirilen bir sınırdır.

Hakkaniyet, takdir yetkisini kullanırken, hukuk kuralları içinde kalınması, hukukun ana ilkelerine uygun olmasına dikkat edilmesi gerektiğini göster(ir)⁴¹mektedir.

Bunlardan kalkılarak denilebilir ki “Hukukun genel ilkeleri, insan uygarlığının geldiği seviyede tüm demokratik ülkelerin hukuk düzenlerinde geçerli olarak kabul edilen tüm evrensel hukuk normlarıdır.

⁴⁰ Celal ERKUT., Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2004, ss.67-68.

⁴¹ Zuhul BERKET, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, ss.138-139.

İdare, tüm faaliyetlerinde bu genel ilkelere uymak zorunda(dır)”⁴² olmalıdır diyebiliriz.

“Kaldı ki hukuk kurallarının hem aynı zamanda belli bir toplumun her köşesinde eşit uygulanabilmesi, hem de, tarihin akışı içinde, değişen koşullara uyarlanabilmesi, onları koyan öznelerin amaçlarından çok nesnel ve içinde yaşanan dönemdeki verilerin dikkate alınmasını gerek(tirir)⁴³ mektedir.

“Böylece hukuka bağlı idare ilkesini bir temel ilke olarak kabul etmiş olan Batı Avrupa hukuk sistemlerinin, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi idarenin yargısal denetimi alanında da ortak kurallar geliştirme çabası bugün somut ve güncel bir nitelik kazanmış(tır).”⁴⁴ olduğunu belirtirken, Avrupa ortak hukukunu oluşturma çabası içerisinde bulunan AİHM’nin yargılamasında öne çıkardığı hakkaniyete uygunluk aranılması perspektiflerinin Türk idari yargı yerlerine ve idari yargıçlarına da referans olması gerektiğini de vurgulayabiliriz.

SONUÇ

Anayasamız Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin bir **hukuk devleti** olduğunu vurgulamaktadır.

Hukuki normları uygulamakla görevli olan tüm devlet erkleri (yasama-yürütme-yargı), **bu ilkenin hayata geçirilmesinde** yetkilendirilmiş ve görevlendirilmişlerdir.

“Yasa üstündür, yasa bağlayıcıdır” anlayışı da bu ilkenin uzantılarından biridir.

Ancak bu anlayışta, **Devlet bireyden önce tutulmakta**, devletin varlığı ve çıkarları bireyin haklarından üstün görülmektedir.

Common Law sistemine dahil olan ülkelerde durum farklı olmasına rağmen, **“Yasa üstündür, yasa bağlayıcıdır” anlayışı Kıta Avrupası ülkelerinde egemendir.**

⁴² Ali D. ULUSOY., Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s.78.

⁴³ Yıldızhan YAYLA., İdare Hukuku 1, İstanbul: Filiz Kitapevi İkinci Bası, 1990, s.3.

⁴⁴ Ali Ülkü AZRAK., Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, 1998, s.7

Bunun sonucu olarak yasa veya genel düzenleyici bir hukuki normla kendini bağlı gören hâkim ve savcılar ile yüksek yargı organları mensupları tarafından yargılamada aranılan temel unsur, “**prosedürlere uygunluk**” olmaktadır.

Gerek maddî hukuk gerekse şekli hukuk açısından prosedürlere sıkı sıkıya bağlı yargılama yapmak, yasayı yorumlamaktan ziyade, **dogmatik şekilde uygulayan** bir sonuçla eşleşmektedir.

Dolayısıyla adil bir yargılama yapılmasına veya adaletin tecelli etmesine öncelik verilmemekte, **prosedürlerin yerine getirilmesini hedefleyen bir yargılama icra** edilmektedir.

Böylesi bir yargılama da hakkaniyeti ve somut vaka adaletini bir türlü temin edememektedir. Zira, 1900’lü yıllarda çıkarılmış olan bir yasa 2022 yılındaki bir davada referans alındığında, 1900’lü yıllara geri dönmekte, **yasaya uygunluk aranılırken günümüz koşullarıyla, hakkaniyetle ve temel hak ve özgürlüklerle barışıklık çok da önemli görülmemektedir.**

Oysa Deniz Avrupası ülkeleri “**hukukun üstünlüğü (rule of law) ilkesi**”ni hayata geçirmektedirler.

AİHM de yargılamada **bu ilkeyi temel referans olarak almakta** ve kararlarında zikretmektedir.

Bireyin hak ve özgürlüklerinin Devlet menfaatlerinden üstün sayılmasını önceleyen bu ilkenin yargılamaya dönük yanı ise “**Case Law**” dır.

Yani somut olaylardan, emsal kararlardan hareketle uyuşmazlıkları çözmek ve bireyin hak ve özgürlüğüne garanti oluşturmaktır.

Bu açıklamalarımız, yasanın varlığına ve yasaya uygunluk karşılığı olarak değerlendirilmemelidir. Zira içinde bulunduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminin gereği olarak ve hukuki öngörülebilirliğin temin edilmesi için elbette yasa veya genel düzenleyici normlar olmalıdır.

Ancak **bu normlar yargılama aktörlerince çerçeve, referans olarak alınmalı** ve içi doldurularak, Anayasa, Anayasa Mahkemesi

bireysel başvuru kararlarına, AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun şekilde yorumlanmalıdır.

Günümüzle, davanın koşullarıyla, **bireyin hakları ve özgürlükleriyle barışıklık** oluşturulmalıdır.

Bu çerçevede, ülkemizde de **hukukun üstünlüğü ilkesinin yansımaları ve gereği olan hakkaniyete uygun yargılama zemini** oluşturulmasını, somut vaka yargılamasını önermekteyiz.

Anayasa değişikliği yapılarak bu zemin var edilmelidir.

Zira hukuk devleti ilkesinin dar ve yasaya sıkı sıkıya bağlı yorumuyla olgunlaşmış olan mevcut sistemimiz ile **önerdiğimiz sistem arasında bir zıtlık var olmaktadır.**

Bütün bunlarla birlikte, 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesi'nde Viyana Toplantısı'na katılan Devletler iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları milletlerarası antlaşmalar ve 1 Ağustos 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Belgesi ve izleme toplantıları belgelerindeki **kararlarla uyumlu hale sokmak taahhüdünde bulunmuşlardır.**⁴⁵

Bunun anlamı; **bundan böyle insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir konunun, sadece bir iç hukuku sorunu olarak görülemeyeceğidir.**

Yine 29 Haziran 1990 tarihli “Copenhagen Belgesi” fert merkezli “plüralist demokrasi” ve **“hukukun üstünlüğü” anlayışı ile Avrupa demokratik mekanı ve Avrupa Ortak Hukuk Mekanı'na önemli bir katkı** sunmuştur.⁴⁶

Copenhagen Belgesi'nde düzenlenen İnsan Hakları Kataloğu'nun 2. maddesinde, insan kimliğinin üstün değeri anlayışını

⁴⁵ Selami DEMİRKOL, Vergi Türevli Davaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Kabul Edilebilir Bulunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Vergi Yargılamasında Referans Norm Alınabilirliği Üzerine Bir Derleme, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 15, S:1, 2012, s. 69.

⁴⁶ DEMİRKOL, Agm. s. 69.

kurumsallaştırmada **hukuk devleti formülünden ziyade hukukun üstünlüğü formülü** üzerinde durulmuştur.⁴⁷

Türkiye de, bu anlayışı benimsediğini ve uygulamaya geçireceğini, taraf olduğu **uluslararası sözleşmeleri imzalayarak, tartışmasız ilan etmiştir.**

Ancak, özellikle tarafı olduğumuz **AİHS'nin ve AİHM içtihatlarının Türk yargı organlarının verdikleri kararlara temel oluşturması henüz tam anlamıyla gerçekleştirilememiştir.**

Hatta bunu, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru ihlal kararları gereğinin yerine getirilmesinde sergilenen direnç boyutu ile ilgili olarak da ifade edebiliriz.

Aslında yasama organı, bunu temin etmek üzere 2004 yılında çok önemli bir adım atmış ve Anayasa'nın 90. maddesine eklediği 5. fıkra ile Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde **sözleşme hükümlerinin esas alınacağını** belirtmiştir.

Bu noktadan hareketle, bu değişiklikten sonra, artık Türk Hukuku bakımından, yorumlama yöntemiyle kanun hükümleri ile AİHS ve AİHM içtihatları arasında farklılık bulunması gibi bir sorunun kalmadığını söylemekte **-teorik açıdan-bir sakınca görünmemektedir.**

Zira böyle bir farklılık halinde, anılan normları idari alanda uygulamak zorunda olan yürütme ile adli alanda uygulamak zorunda olan yargı mercilerinin, **AİHS hükümlerine uygunluk aramaları gerektiği** bu boyutu ile saptanmış bulunmaktadır.

Ne var ki uygulama, bu teorik sonucu doğrulamamaktadır.

Bunun en açık göstergesi, Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra dahi, **onlarca yasada AİHS ve AİHM içtihatları doğrultusunda değişiklik** yapılmasıdır.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bakır ÇAĞLAR, Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, 1991, ss.13 vd., Bakır ÇAĞLAR, Avrupa Yeni Mekânında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 9, 1992, ss. 233 vd.

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kanun yerine AİHS hükümleri (ve bu hükümlerin yorumlandığı AİHM içtihatları) öncelikle uygulanmadığından, **yasama organı çareyi AİHS ile çelişen kanunları teker teker değiştirmekte bulmuştur.**

Bu durumun sebebi olarak çeşitli unsurların zikredilebilmesi mümkün ise de kanımızca bunlardan en önemlisi, **Türk Hukuk eğitimi ve kültürünün uluslararası hukuka kapalı zihniyet yapısıdır.**⁴⁸

Bu zihniyet yapısının devamında en önemli etken de AİHS uygulaması ve AİHM içtihatlarının hukuk dünyası içinde **yeteri kadar yaygınlaşmamış** olmasıdır.⁴⁹

Adeta hukuk eğitimi ile yargı uygulaması, uluslararası hukuka, **AİHS'ye ve AİHM içtihatlarına kapalılık noktasında birbirlerine hem sebep hem sonuç olmakta** ve bir kısır döngü meydana getirmektedir.

Diğer taraftan, taraf olduğumuz AİHS ilkelerini içselleştirip yargılamalarında yorumlamaktan imtina eden ve AİHM kararlarını referans almakta direnç gösteren ülkemiz yargı erki aktörleri, **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde AİHS'nin uygulanması ve AİHM kararlarının infazının takibi noktasında muhatap olmadıklarından, bu özensizlik ve umursamazlık ciddi bir sorun haline dönüşmektedir.**

İşte bu ciddi sorun, yargı erki aktörlerince çözüme kavuşturulmadığından, yasama erki çözümü kendisi üretme yoluna gitmekte ve **sürekli olarak yasa değişikliği yapma ihtiyacı hissetmektedir.**

Yargı erki aktörlerince yapılması mümkün ve Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca gerekli olan **"AİHM içtihatları ile uygun yargılama" hayata geçirilmediğinden, yasama erki çok sayıda yasayı**

⁴⁸ Zuhul BEREKET BAŞ, Selami DEMİRKOL, Yeni Anayasa Nasıl Olmalı? Milliyet, 28.02.2015.

⁴⁹ Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler), 1. Bası, T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012, syf. xvi.

teker teker AİHM kararlarıyla uyumlu hale getirme uğraşısı içine girmiştir.

Amaç, **AİHM karar gerekçeleri ile uyumlu yargılama yapmayan ve belli bir yönde içtihat değişikliği yapmak için mutlaka o yönde bir iç hukuk normunun varlığını arayan yargı erki aktörlerine, yasa değişikliği yoluyla istedikleri zeminin sunulmasıdır.**

Bu çerçevede **2000 yılından sonra alabildiğine yasa değişiklikleri yapılmış, yeni yasalar çıkarılmış ve Anayasamızın birçok maddesi tadil edilmiş;** bu yoğun değişiklik süreci, Anayasa'nın 90/5. maddesinde değişiklik yapılmasından sonra da devam etmiştir.

Biz bu değişiklik ve yenilikleri önemsemekle birlikte, AİHS'nin ve AİHM içtihatlarının yargıç ve savcılar eliyle uygulanması suretiyle çözüm üretilmesi mümkün olan birçok konuda da⁵⁰ **bu çözümü üretme yerine direnç ve inat sergilendiğinden, Türkiye'yi uluslararası arenada sıkıntıya sokan bu sorunu aşmada bir yöntem olarak yasa koyucunun daha samimi ve istekli uğraşısını sebep ve gerekçeleriyle açıklamak istedik.**

Denilebilir ki; yasallık bloku çerçevesinde, yasaya uygunluk arayışı ile yapılan yargılamamız, **yukarıda açıkladığımız sonuçlar üretmiş ve üretmektedir.**

Genellikle yorumlama yapılmadan ve **somut vaka adaleti öne çıkarılmadan** ve dahası hakkaniyet ilkesi gözetilmeden gerçekleştirilen yargılamamız, **uluslararası düzlemde ülkemizi zorluklarla karşı**

⁵⁰ Şüphesiz bu konulardan bazılarında, çalışmada aktarılan bir kısım yasa değişikliklerinde, yargısal makamların yanı sıra kamu idarelerinin tutumu da yasa değişikliklerini kaçınılmaz kılmıştır. Zira Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca sadece yargı makamları değil, kamu idareleri de temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Ne var ki açık bir mevzuat hükmü olmadığı sürece mevcut işleyişi değiştirmeme olgusu, sadece yargı erki aktörlerinde değil maalesef idarecilerimizde de sıklıkla karşılaşılan bir sorundur. Hatta idarecilerimiz kimi zaman, illa yasa arayışında olan yargıçlar yerine illa genelge (düzenleyici idari işlem) arayışında olmak gibi anlaşılabilir bir tavır sergileyebilmektedirler. Umulan, yargısal makamların AİHS ve AİHM içtihatlarını hayata geçirme konusunda gösterecekleri gayretin, kamu idarelerini de aynı yönde bir tutum değişikliğine sevketmesidir.

karşıya getirmekte ve asıl önemlisi ülkemizde yaşayan vatandaşlar kendi ülkemiz yargı aktörlerinden tatminlerini sağlayamadıkları adalet arayışlarını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde aramak durumunda kalmaktadırlar.

Olması gereken, somut vaka adaleti veya diğer adıyla hakkaniyet odaklı yargılama zeminini gerçekleştirmek için gerekli anayasal, yasal ve uygulama zeminini oluşturmak ve uluslararası standartlarla barışık olmaktadır.

KAYNAKÇA

A. Şeref **GÖZÜBÜYÜK-** A. Feyyaz **GÖLCÜKLÜ.**, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara: 4 Bası, Turhan Kitapevi, 2003.

Adnan **GÜRİZ.**, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara: Siyasal Kitapevi 18. Baskı, Eylül -2017.

Ali D. **ULUSOY.**, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Ali Ülkü **AZRAK.**, **Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, 1998.

Bakır **ÇAĞLAR.**, “Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Ankara: 9 . Cilt, 1992.

Bakır **ÇAĞLAR.**, “Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı-Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Mahkemesinin 29. Kuruluş Yıldönümünde Sunulan Tebliğ Özeti**.

Carlo Maria de **MARINI**, **Il Gudi Ziodi Equita Nel Processo Civile Premesse Teoriche**, Padora:1959, s.234, Aktaran: Serdar **NART Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Celal **ERKUT.**, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2004.

Franz G. **SIEVEKE.**, **Aristoteles-Rhetorik**, München-1980, s.72, Frieder**HENF.**, **Billigkeitund Zivil Richterliche Argumentation**, Kiel-

1978, s40., Aktaran: Serdar NART, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Gilles DUTERTRE, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaası, Kasım-2007.

Hilmi ŞEKER., **İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

John RAWLS., **Bir Adalet Teorisi**, Çeviren: Vedat Ahsen COŞAR, Ankara: Phoneix Yayınları, 1. Basım 2017.

John RAWLS., **Hakkaniyet Olarak Adalet**, Çeviren: Osman BAŞ, İstanbul: Birinci Basım, Pinhan Yayıncılık, Ocak-2020.

Kadir GÜRTEEN., **Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, (ss.1-160).

M.P. FABREGUETTİS., **Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı**, Ankara:1945.

Niyazi ÖKTEM- Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ., **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: Der Yayınları, 2012.

Nurcan YILMAZ ÖZEL, **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, İstanbul: Onikilevha Yayınları, Aralık-2016.

Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler)**, 1. Bası, T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012, s. XVI.

Selami DEMİRKOL, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları**, Beta, Ocak 2020.

Selami DEMİRKOL., **Vergi Yargılamasına Tabi Davaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Görülebilir Bulunması**, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, Şubat-2019.

Serdar NART., **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, Ankara: Adalet Yayınevi 2014.

Selami **DEMİRKOL**, Zuhâl **BEREKET BAŞ**, Yeni Anayasanın Yargı ile ilgili Temel Taşları-Girdi ve Prosedür Odaklı Yargılama Yerine Sonuç Odaklı ve Hakkaniyete Uygun Yargılamaya Geçiş Zeminin Oluşturulması, “**Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**” Nisan 2015, Sayı 21, Yıl 16.

Seyfullah **EDİS.**, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara: Üçüncü Bası, 1987.

Yıldızhan **YAYLA.**, **İdare Hukuku 1**, İstanbul: Filiz Kitapevi İkinci Bası, 1990.

Zuhâl **BEREKET**, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

Zuhâl **BEREKET BAŞ**, Selami **DEMİRKOL**, Yeni Anayasa Nasıl Olmalı?, **Milliyet**, 28.02.2015.

DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATINA ESAS ALINACAK GELİRİN TESPİTİNDE İZLENEN YÖNTEMLER İLE GÖZETİLEN İLKELER

THE METHODS AND PRINCIPLES FOLLOWED IN DETERMINATION OF INCOME TO BE BASED ON COMPENSATION FOR LOSS OF SUPPORT

Erkan YILMAZ*

ÖZ

Destekten yoksun kalma tazminatı, idari faaliyetlerin neden ve etkisiyle yaşamını yitiren desteğin yardım ve bakımından yararlanan kimselerin, yoksun kaldıkları destek zararının tazmini istemiyle idari sorumluluk sebeplerinden birine dayanarak idare aleyhine açtıkları bir maddi tazminat davasıdır.

Destekten yoksun kalma zararının hesaplanabilmesi için öncelikle desteğin gelirinin tespiti gerekir. Destekten yoksun kalma tazminatına konu destek zararının tam ve doğru hesaplanabilmesi, desteğin ölümünden önceki gerçek veya yaşasaydı elde edebileceği muhtemel gelirinin öğreti ve yargı kararlarıyla belirlenen yöntem ve ilkelere uygun olarak tespit edilmesine bağlıdır.

Özü itibarıyla geleceğe yönelik varsayımlara dayalı bir hesaplama olan destek zararı hesabında, gerçeğe en yakın ve hayatın olağan akışına en uygun verilerin kullanılması esastır. Destek, somut bilgi ve belgeler ile kanıtlanmış gerçek geliri ve genel hayat tecrübesi ile hayatın olağan akışına uygun verilere dayanan muhtemel geliri üzerinden destek görenlere bakım yardımında bulunur. Desteğin süreklilik ve düzenlilik

Makalenin Geliş Tarihi : 04.04.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 12.05.2022

* Danıştay Kıdemli Tetkik Hakimi

erknylmz71@gmail.com ORCID ID: 0000-0001-8079-2623

Erkan YILMAZ

arz eden her türlü kazanç ve iratlarının net tutarı, desteğin gelirini oluşturmaktadır.

Desteğin gelirinin tespit edilmesinden sonra bu gelirin paylaşılması, zararın denkleştirilmesi gibi destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin diğer ilke ve kuralların uygulanması mümkündür. Tazminat hesaplarının hukuksal gerekçeleri tüm hukuk sistemlerinde öğretilen görüşlerle ve yüksek mahkemelerin düzenli ve tutarlı içtihatları ile oluşmuş ve ilkeleşmiştir. Bu çalışmada, Danıştay ve Yargıtay kararları ışığında desteğin gelirinin tespitinde izlenen yöntemler ile gözetilen ilkelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Destekten Yoksun Kalma, Tazminat, Desteğin Geliri, Destek Kavramı, Bakım Gücü

ABSTRACT

Compensation for loss of support is a lawsuit against the administration, on the basis of the grounds for administrative responsibility, in which plaintiff, who was provided support and care from the ones who lost their life due to cause and effects of administrative activities, requests compensation for the loss of support that they were deprived of.

In order to calculate damage caused by loss of support, firstly, the income of the support must be determined. The absolute and precise calculation of damage caused by loss of support depends on determination of the real income that the support earns or the probable income that he/she will earn if he/she had not died, in accordance with the methods specified by doctrine and judicial decisions.

While calculating damage caused by loss of support, which depends on future-oriented assumptions, it is essential to use the data that is the closest to the truth and most appropriate to the ordinary course of life. The support provides care assistance to those who receive support, based on concrete information and documents that proves the real income and on probable income in basis on data suitable for the ordinary course of life and general life experience. Excluding some exceptions, the net amount of all kinds of earnings and revenues of the support, which are continuous and regular, constitute the income of the support.

After the income of the support is determined, it is possible to apply other principles and rules concerning compensation for loss of support, such as sharing the income of the support and equalizing the damage. In all legal systems, legal justifications for calculation of compensation have been formed and have established principles with doctrine and regular and consistent precedents of high courts. In this study, in the light of the decisions of the Council of State and the Supreme Court, the methods and the principles followed in determining the income of support will be examined

Keywords: Deprivation of support, Compensation, Income of Support, Concept of Support, Power to Care

1- DESTEK KAVRAMI

Destek kavramı, gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi umulan bir bakım ilişkisini ifade eder. Destek, haksız fiilin veya idari faaliyetin neden ve etkisiyle ölmeden önce sürekli ve düzenli olarak bir kimsenin bakımını/geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde ona yardım eden veya hayatın normal akışına göre eğer ölüm gerçekleşmemiş olsaydı az veya çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimsedir. Ölüm tarihinde fiilen olmasa bile olayların normal akışına ve genel hayat tecrübesine göre ileride bir kimseye sürekli ve düzenli olarak bakıp yardım edecek kimse de destektir.

Eren'e göre bakma kelimesi, bir başkasının geçimini kısmen veya tamamen sağlama anlamında kullanılmaktadır.¹ Bir başkasına bakmak, onun yaşamsal ihtiyaçlarını sürekli ve az çok düzenli bir şekilde yardımda bulunmak suretiyle gidermektir.²

Bakım gücü, destek sayılabilmenin en önemli şartlarından biridir. Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için desteğin ölmüş olmasının yanı sıra bakım gücüne de sahip olması gerekir. Ölüm tek

¹ EREN, Prof. Dr. Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 855.

² TEKİNAY, Doç. Dr. Selâhattin Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s.18

başına destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için yeterli değildir. Bakma eyleminin gerçekleşebilmesi için desteğin bakım gücüne sahip olması gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında, aynı evde ikamet eden ve evin geçimini sağlayan desteğin borcunun bulunmasının, desteğin bakım gücünün olmadığını göstermediği gibi destek sayılmasına da engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.³

Oğuzman/Öz'e göre, *“Birinin bakımını para, hizmet veya mal ile sürekli ve düzenli şekilde karşılıksız sağlayan veya buna katkıda bulunan kimse, o kişinin desteği durumundadır. Desteğin, bu yardımı yapmaya hukuken mecbur olup olmaması da desteğin varlığının kabulü açısından önem taşımaz... Yardımın sürekli ve düzenli sayılması için mutlaka belirli aralıklarla yapılması şart değildir. Fakat, süreklilik arz etmesi mümkün olmayan, hediye verme, geçici yardımda bulunma, destek olma durumu yaratmaz. Yapılan yardımın, yardım görenin geçimini sağlayıcı veya geçimine katkıda bulunan yardım olması gerekir. Bu tarzda olmayan örneğin, bilimsel araştırmasına katkıda bulunma tarzındaki yardımların destek olma kavramına girmeyeceği kabul edilmektedir.”*⁴

İdare her türlü kamusal etkinlik ve faaliyetlerini idari işlemler ve idari eylemlerle gerçekleştirmektedir. İdari eylemlerin, esas olarak maddi âlemde değişiklik ve yenilik meydana getirdiği dikkate alındığında, idare ancak idari eylemler ile bir kimsenin ölümüne sebep olabilir. İdari işlemlerin, hukuk âleminde değişiklik yapan, yenilik doğuran irade açıklamalarının bir görünümü olduğu hususu gözetildiğinde, bir idari işlemin tesisi doğrudan bir kimsenin ölümüne neden olmaz. Ancak idari işlem uygulanmakla/icra edilmekle maddi âlemde yarattığı etki ve sebep olduğu değişikliklerle bir kimsenin ölümüne yol açabilir.

Danıştay, kalp hastası olan ve bu hastalığı idarenin bilgisi dahilinde bulunan bir memurun, kontrol ve tedavisini yaptırmasına olanak bulunmayacak bir ilçeye naklen atanmış olduğunu ve ölümüne

³ Yargıtay 4HD, 15/05/2019 tarihli, E:2018/2928, K: 2019/2868.

⁴ OĞUZMAN, Prof. Dr. M. Kemal, ÖZ, Prof. Dr. M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s.108-109.

neden olan rahatsızlığının meydana geldiği ilçede naklen atama işlemi nedeniyle bulunduğunu dikkate alarak, memurun ölümünden doğan zararın illiyet bağı kurulacak şekilde naklen atama işleminden kaynaklandığını, memurun/davacılar yakınının sağlık durumuna en uygun bir yere naklen atanması gerekirken, sağlık hizmetlerinin yetersiz olduğu bir ilçeye naklen atamasının yapılmasında hizmet kusuru bulunan idarenin, desteğini/yakınını kaybeden davacıların uğradığı maddi ve manevi zararı tazmin etmesi gerektiğini belirterek, mahkemenin davanın reddi yolunda verdiği ısrar kararını bozmuştur.⁵

İdarenin hukuki sorumluluğu, idari faaliyetler sonucunda, idare ile bireyler arasında bireyler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı maddi zararlar yanında manevi zararların da idarece tazmin edilmesini sağlayan hukuksal bir kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin mal varlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesini, yine bu surette oluşan manevi zararların karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.

İdare, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. İdari eylem ve/veya işlemlerin neden ve etkisiyle meydana gelen zararlar, idarenin tazmin sorumluluğunun dayanağı olan hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince giderilmektedir.

İdarenin yargısal içtihatlarla geliştirilen sorumluluk sebeplerinin anayasal ve yasal temelini, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi, 125. maddesinin son fıkrasında yer alan “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” kuralı ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu oluşturmaktadır. İdari bir faaliyet sonucunda yaşamını yitiren bir kimsenin bakım ve yardımından yoksun kalanların uğradığı destek zararı, yukarıda söz edilen idarenin sorumluluk sebeplerinden birine dayanılarak, idari yargı yerlerinde görülmekte olan idari dava türlerinden biri olan tam yargı davası yoluyla tazmin edilmektedir.

⁵ Danıştay İDDK, 24/02/2011 tarihli, E:2007/1884, K:2011/88.

Desteyin bakımını ve geçimini sağladığı kimsenin, desteyin ölümünden kaynaklanan destek zararının akit dışı sorumluluk/haksız fiil sorumluluğu hükümlerine dayanılarak failden/sorumlulardan tazmin edilmesi isteminden kaynaklanan uyuşmazlıklara ise, adli yargı düzeni içerisinde yer alan mahkemelerde bakılmaktadır.

Ölümün, idari faaliyet veya bir haksız fiil neticesinde gerçekleşmiş olması, ölenin destek sayılabilmesine bir etkisi veya katkısı olmadığı gibi desteyin gerçek ve muhtemel gelirinin tespit edilmesinde izlenecek yöntem veya göz önünde bulundurulacak ilkeler bakımından da bir farklılık yaratmamaktadır. Bu nedenle çalışmada, desteyin gelirinin tespitinde izlenmesi gereken yöntemlerin ve dikkat edilmesi gereken ilkelerin ortaya konulması noktasında Danıştay ve Yargıtay kararlarından önemli ölçüde yararlanılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, destek sayılan kimse bakım gücünün unsurları olan para, hizmet veya mal ile birinin bakımını sağlar veya bakımına katkıda bulunur. Para veya para ile ölçülebilen değeri olmayan duygusal yardımlar (duygusal desteklik) bakım gücünün bir unsuru olmadığı gibi ölümle birlikte sona eren kişisel ilişki de bir bakım/destek ilişkisi değildir.⁶ Bir kimseyi düzenli olarak ziyaret etmek veya o kimsenin her ihtiyacında yanında bulunmak gibi ekonomik bir karşılığı olmayan desteklemeler de o kişiye destek niteliği kazandırmaz.⁷

Sürekli ve düzenli olmayan, gelişigüzel şekilde yapılan yardım ve bağışlar ile verilen hediyeler, bunları veren kimsenin destek sayılmasını gerektirmez. Yapılan yardımın ileride devam edeceği noktasında destek görenlerde bir beklenti yaratması gerekir. Ancak bir başkasına kanunen bakmakla yükümlü olan bir kimsenin (örneğin babanın çocuklarına), düzenli ve sürekli bir yardımda bulunmaması, o kimsenin (örneğin babanın) destek sayılmamasına sebep olmaz.⁸ Bakım veya yardımın devamlı veya düzenli olması gerektiğine işaret eden Gürsoy'a göre,

⁶ KOCABAŞ, Yrd. Doç. Dr. Gediz, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, Yıl 2014, s. 283.

⁷ GÖKYAYLA, Dr. K. Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.106.

⁸ GÖKYAYLA, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, s.105.

düğün ve doğum hediyeleri gibi teamül icabı yapılan hediyeler süreklilik ve düzenlilik arz etmeyen yardımlardır.⁹ Destek ile destek gören arasında makul ölçülerde ciddi bir bakım ilişkisinin olması gerekir. Eylemli, sürekli ve düzenli olarak yapılan yardımlar, yardım görenlerde haklı ve makul bir yardım beklentisi yaratabilir.

Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, desteğin yardımının sürekli ve düzenli olmasının destek ilişkisinin varlığı yönünden ve yardımda bulunanın destek sayılması bakımından taşıdığı önemi, *"Destekten yoksun kalma tazminatının doğumu için destek ile tazminat talebinde bulunan kişi arasında bir destek ilişkisi bulunmalıdır. Burada bahsedilen destek ilişkisi hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar. Destek ilişkisinin varlığında destek olunanın ihtiyaçlarının sürekli ve düzenli olarak karşılanması yer almaktadır. Burada ifade edilmek istenen süreklilik ve düzenlilik hali yardımın belirlenen zamanlarda ve belirli miktarlarda yapılması değil, eğer destek ölmeseydi yardımların devam edeceğine dair bir beklentinin bulunmasıdır. Eğer yardım devamlı destek saiki ile değil de, tek seferlik, geçici, düzensiz ya da gelişigüzel zamanlarda yapılıyor ve ileride yardımın devam edeceğine dair bir beklenti yaratmıyorsa, bu durumda desteğin sürekli ve düzenli olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır."* şeklinde açıklamıştır.¹⁰

2- DESTEK TÜRLERİ

a-Gerçek/fiili destek

Eylemli ve düzenli olarak bir kimsenin geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde ona yardım eden veya olayların normal akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı az veya çok yakın bir gelecekte de bu yardımı devam ettirecek olan kişi fiili/gerçek destek sayılmaktadır.¹¹

⁹ GÜRİSOY, Prof. Dr. Kemal Tahir, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", AÜHFİD, Yıl 1972, Cilt 29, Sayı 1-2, s.147.

¹⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22/06/2018 tarihli ve E:2016/5, K:2018/6 sayılı kararı, 14/11/2018 tarihli ve 30595 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹¹ Yargıtay 4HD, 18/10/2018 tarihli, E:2018/1697, K: 2018/6317.

Ölüm anına kadar bir başkasına eylemli ve düzenli olarak bakan kimseye gerçek destek denir.¹² Ölüm anına kadar anne ve babanın çocuğuna bakması, eşlerin birbirlerine yardımda bulunması gerçek destek ilişkisinin varlığını gösterir. Bu manada çocuk yönünden anne ve baba, birbirleri yönünden eşler gerçek destektir.

b-Farazi/ varsayımsal destek

Eğer ölmemiş olsaydı ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kimseye farazi destek denir.¹³ Ölüm anında olmasa bile hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübesine göre ileride bir başkasına destek olabilecek kimse, farazi destek sayılmaktadır.

Farazi desteğin en bariz örneği küçük çocuklardır. Genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışına göre küçük çocuğun ileride büyüdüğünde anne ve babasına bakacağı ve belirli bir düzeyde de olsa destek olacağı kabul edilir. Bu desteğin miktarının tarafların yaşam düzeyi, sağlık, sosyal ve ekonomik durumları ile orantılı bir şekilde değişebilir olması, çocuğun ileride anne babasına az veya çok destek olacağı sonucunu/gerçeğini değiştirmez. Yukarıda da belirtildiği üzere, destek mutlaka para veya maddi katkı şeklinde olmayabilir. Bunun dışında çeşitli hizmet ve yardımlar ile de bir kimseye destek olunabilir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu da, çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulü gerektiğine karar vermiştir.¹⁴

Yargıtay, “Destek Sıla... öldüğü gün üç aylık bir bebek olup ancak 18 yaşını tamamladıktan sonra davacı anne ve babasına destek olabileceğinden, destekten yoksun kalma zararının da 18 yaşından itibaren hesaplanması gerekir.” demiştir.¹⁵

¹² GÖKYAYLA, Dr. K. Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, s. 99. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 855.

¹³ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 858.

¹⁴ Bkz. 10 No.lu dipnot.

¹⁵ Yargıtay 4HD, 25/10/2010 tarihli, E:2009/13860, K:2010/10817. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 03/02/2021 tarihli, E:2020/1041, K:2021/432 - 22/06/2021 tarihli, E:2021/3594, K:2021/3437 sayılı kararları da aynı yöndedir.

Yerleşik yargı kararlarında, farazi desteğin/küçüğün 18 yaşını tamamlamasından sonra net asgari ücret seviyesinde elde edeceği gelire anne ve/veya babasına destek olacağı kabul edilmektedir.

3- BAKIM KAVRAMI

Bakım, bir başkasının olağan/temel yaşamsal ihtiyaçlarının para veya para ile değerlendirilebilecek bir kıymetle veya bir hizmet ifası veyahut benzeri yardımlar yapılmak suretiyle giderilmiş olmasını ifade eder. Desteğin bakım eylemini gerçekleştirebilmesi için para, mal veya hizmet gibi bakım gücünü oluşturan unsurlardan en az birine sahip olması gerekir. Bu unsurlardan birine sahip olmayan kimse, bakım ve destek olabilme gücünden yoksundur.

İlerde veya ölümün gerçekleştiği anda bakım gücü olmayan kişi destek sayılmamaktadır. Bunun aksinin kanıtlanması yükümlülüğü davacıya aittir.¹⁶

Danıştay bir kararında, destekten yoksun kalma zararının doğumu için gerekli şartlardan biri olan desteğin bakım gücünün olup olmadığının desteğin gelirinin tespiti ile mümkün olabileceğini ve desteğin ölümünden doğan zararın hesaplanması aşamasında desteğin tespit edilen gelir durumunun ve ekonomik imkânlarının esas alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷ Ayrıca, desteğin geliri tespit edilirken yaşı, işi, kıdemi ve mesleği gibi hususlar da göz önünde tutulmalıdır.¹⁸

Yargıtay bir kararında, trafik kazasında yaşamını yitiren desteğin ağır MR+Down sendromu hastası olması nedeniyle özel eğitime, anne ve babasının sürekli gözetim, yardım ve bakımına ihtiyacının bulunduğunu belirterek, bakım gücü şartını taşımayan desteğin ileride anne ve babasına destek olacağı varsayımını gerçeğe aykırı görmüştür.¹⁹

Özetle desteğin, bir başkasını bakıp gözetebilmesi, destek görenlerin temel yaşamsal ihtiyaçlarını kısmen veya tamamen

¹⁶ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 859.

¹⁷ Danıştay 10D, 29/03/2016 tarihli, E:2013/6087, K:2016/1774.

¹⁸ YILMAZ, Dr. Ayça Zorluoğlu, Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.112.

¹⁹ Yargıtay 4HD, 23/11/2009 tarihli ve E: 2009/1264, K: 2009/13311.

karşılabilmesi için bakım gücüne sahip olması şarttır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bakım gücünden yoksun bir kimsenin başkasına bakması, geçimini sağlaması veya geçimine katkı yapması olanağı bulunmamaktadır.²⁰

4- DESTEĞİN GELİRİNİN TESPİTİNDE İZLENEN YÖNTEM VE GÖZETİLEN İLKELER

4.1-Desteğin Kanuna ve/veya Ahlaka Aykırı Olan Geliri

Doktrinde hâkim olan görüş, desteğin gelirin tespitinde, desteğin hukuka ve ahlaka aykırı yollarla elde ettiği gelirin dikkate alınmaması gerektiği yönündedir. Desteğin hem hukuka ve hem de ahlaka aykırı olan geliri, desteğin gelirin belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır.²¹ Desteğin düzenli ve sürekli nitelikteki geliri desteğin parasal yönden bakım gücünü oluşturur. Hukuk devletinde, desteğin kanuna aykırı yollarla elde ettiği gelirin düzenli ve sürekli olması olanağı yoktur. Bu nedenle desteğin gelirleri kapsamına, desteğin kaçakçılık veya hırsızlık gibi kanunun suç saydığı fiillerden ya da kanunun yasakladığı faaliyetlerden elde ettiği gelirin dahil edilmemesi gerekir.

Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesi ile memurlara ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı getirilmiştir. Memur olan desteğin bu yasağın kapsamında bulunan gelirin hesaba katılmaması gerekir. Danıştay, 03.06.2009 tarihinde geçirdiği kaza sonucu vefat eden Devlet hastanesinde uzman doktor olarak çalışan desteğin, vefat etmemiş olsaydı Devlet memurlarının muayenehane açmasını yasaklayan 6514 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 18.01.2014 tarihine kadar kendisine ait muayenehanede serbest meslek faaliyetinde bulunmasından kaynaklanan kazancının da araştırılması ve bu kazancın desteğin toplam geliri kapsamına dahil edilerek destek zararının hesaplanması gerektiğini belirterek, bu tarihten sonraki dönemde muayenehane faaliyetini sürdürmesine yasal olanak

²⁰ Desteğin bakım gücüne sahip olması gerekliliğini “Kendisi muhtâc-ı himmet bir dede, nerde kaldı gayrıya himmet ede.” şeklindeki bir atasözü ile özetlemek de mümkündür.

²¹ GÖKYAYLA, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, s.141.

bulunmayan desteğin, bu faaliyetle ilgili bir gelirin de olmayacağına karar vermiştir.²²

Kural olarak kanuna aykırı yollardan elde edilen kazançların, desteğin geliri olarak dikkate alınmaması gerektiğini belirten Gökyayla, kanuna aykırı bazı işlerden elde edilen kazancın desteğin gelirin hesaplanmasında göz önüne alınabileceğini, örneğin bir Devlet memurunun hafta sonları pazardaki tezgâhında sattığı ürünlerden elde ettiği kazancın, gelirin tespitinde dikkate alınması gerektiği görüşündedir.²³ Yukarıda sözü edilen Kanunun 28. maddesiyle Devlet memurlarına tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunma yasağı getirildiği ve 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanununa göre bir Devlet memurunun semt pazarında kayıt dışı faaliyet göstermesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, Devlet memuru desteğin gerek tabi olduğu ve gerekse faaliyette bulunacağı işe ilişkin mevzuata aykırı olan kazancının, gelirin tespitinde göz önüne alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Gökcan, desteğin gelirin belirlenmesinde hukuka ve ahlaka aykırı olan kazançların hesaba katılmaması gerektiği yönündeki görüşleri aktararak, kumarbaz olan desteğin kumardan elde ettiği veya edeceği kazançların gelirin tespitinde dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmiştir.²⁴

Oğuzman/Öz, desteğin kanuna aykırı gelirin süreklilik arz etmemesi nedeniyle dikkate alınmaması, ancak kanuna uygun olmakla birlikte ahlaka aykırı olan gelirin göz önünde bulundurulması şeklinde bir ayırım yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir.²⁵

Antalya ise, "...desteğin bakım ilişkisinde bakım gücüne hangi kaynaktan ulaştığı, saike ilişkin olduğundan önemli değildir. Desteğin kanuna veya ahlaka aykırı fiili onun bakım gücünü sonlandırıyor

²² Danıştay 8D, 22/10/2020 tarihli, E:2020/3667 K:2020/4622.

²³ GÖKYAYLA, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, s. 142.

²⁴ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.674.

²⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.112-113.

bakım yardımı unsuruna etkili olduğunda dikkate alınmalıdır.” görüşündedir. Tekinay’a göre hâkimin, desteğin kişisel nitelik ve yeteneklerini dikkate alarak ahlaka aykırı olmayan alanlarda kazanç sağlayıp sağlamayacağını incelemek ve değerlendirmek suretiyle bir sonuca varması gerekir.²⁶

Sonuç olarak, desteğin nasıl ki ahlaka aykırı amaçlarla yaptığı yardım, “bakım yardımı” kapsamında değerlendirilmiyorsa, desteğin ahlaka aykırı yollardan elde ettiği gelirin de “desteğin geliri” olarak kabul edilmemesi gerekir. Aksi halde ahlaka aykırı yollardan gelir elde edilebileceği, fakat bu gelirin ahlaka aykırı amaçlar için kullanılarak bir kimseye destek olunamayacağı gibi bir sonuç doğar. Desteğin kanuna aykırı olmayan ve fakat ahlaka aykırı olan geliri dışında başkaca geliri veya hizmet ifası şeklinde destek olabilme ihtimali var ise, desteğin bu geliri veya hizmeti dikkate alınarak geliri tespit edilmelidir. Ama en nihayetinde hâkimin somut olayın tüm özelliklerini, taraf iddia ve savunmalarını, destek görenlerin yaşı ile ekonomik ve sosyal durumlarını, ahlaka aykırı gelirin düzenli ve sürekli olabilme ihtimalini bütün yönleriyle değerlendirerek adalete ve hakkaniyete uygun bir çözüm üretmesi gerekir.

4.2-Desteğin Düzenli ve Sürekli Olan Geliri

Desteğin sürekli ve düzenli olan geliri, desteğin parasal yönden bakım gücünü gösterir ve destek parasal imkânları üzerinden bakıp gözettiği kişilere yardım eder. Yerleşik yargı kararlarına göre, desteğin süreklilik ve düzenlilik arz eden geliri destek zararı hesabına konu olmaktadır. Düzenli ve sürekli bir geliri olmadığı tespit edilen desteğin gelirinin net asgari ücret kadar olacağı ilkesi gözetilerek destek zararı hesaplanmaktadır.

Danıştay, öldüğü yıl fiilen çobanlık yapan desteğin, sonraki yıllarda çobanlık mesleğine devam edeceğine dair dava dosyasında herhangi bir kanıt bulunmadığını belirterek, desteğin öldüğü yıldan

²⁶ TEKİNAY, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, s. 49.

sonraki dönemler için gelirinin asgari ücretin net tutarı kadar olduğuna karar vermiştir.²⁷

Yargıtay, dosyadaki belgelerden desteğin, zaman zaman marangoz olan babasına yardım ettiği, yazın iki ay tekne tamir işinde çalıştığı, olay öncesi bir arkadaşıyla akvaryum-balık-kuş satışı yapan bir işyeri açtığına dair tanık beyanlarının bulunduğu ve mevcut sigorta kayıtlarından ise 2000-2007 yılları arasında yalnızca 145 gün sigortalı olarak çalıştığı anlaşıldığı, bu haliyle desteğin düzenli olarak marangoz işçiliği yaptığından ve destek tazminatının unsurlarından olan düzenli ve sürekli bir geliri olduğundan söz edilemeyeceğinden, desteğin gelirinin asgari ücret düzeyinde olduğu kabul edilmek suretiyle destekten yoksun kalma zararının hesaplanmasına karar vermiştir.²⁸

Yine bir başka kararında Yargıtay, anne olan desteğin evli oğluna kiradan elde ettiği geliri fiilen vermek suretiyle yardım etmesinin, oğul ile anne arasındaki bakım-destek ilişkisinin varlığı için yeterli sayılmayacağı, desteğin gelirinin sürekli ve düzenli olması gerektiği yönündeki özelliği dikkate alındığında, kira gelirinin bu özellikleri taşımadığı, bu duruma göre kira geliri yönünden davacının destekten yoksun kaldığından söz edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.²⁹

Yargıtay, “...desteğin kazancının kesin olarak ispatlanamaması nedeniyle asgari ücret üzerinden davacıların destekten yoksun kalma tazminatlarının hesap edilmesinde bir usulsüzlük...” bulunmadığına karar vermiştir.³⁰

4.3-Desteğin Ek Geliri ile Desteğe Yapılan Ek ve Yan Ödemeler

Yerleşik yargı kararlarına göre, desteğin sadece düzenli ve sürekli ücret veya maaş gelirleri değil, sürekli ve düzenli olmak şartıyla ek gelirleri ile desteğe yapılan ek ve yan ödemelerin de desteğin gelirinin tespitinde dikkate alınması gerekir. Desteğin gelirin esas kazanç unsurlarının tamamı sürekli ve düzenli olmalıdır. Süreklilik arz etmeyen

²⁷ Danıştay 10D, 28/09/2021 tarihi, E:2016/12502, K: 2021/4340.

²⁸ Yargıtay 4HD, 24/01/2013 tarihli, E:2011/14980, K: 2013/833.

²⁹ Yargıtay 4HD, 13/05/2008 tarihli, E: 2007/14786, K: 2008/6743.

³⁰ Yargıtay 11HD, 07/10/2008 tarihli, E:2007/2911, K: 2008/10787.

bir veya birkaç defa elde edilmiş olan kazançlar desteğin geliri kapsamına dahil edilmemelidir.

Yargıtay, bankacı olan desteğin çalıştığı tarihteki son gelirinin belirlenebilmesi için, çalıştığı tarihte aldığı ücret, ikramiye ve tüm gelirlerin bankadan sorulmasına, desteğin elde ettiği gelirin net olarak belirlenmesinden sonra bu gelir esas alınmak suretiyle tazminat hesabı yapılmasına, desteğe prim ve ikramiye adı altında yapılan ödemelerin hesaplamada dikkate alınıp alınmayacağına tartışılmasına, süreklilik arz edecek şekilde yapılan yan ödemelerin desteğin gelirinin belirlenmesinde göz önüne alınmasına karar vermiştir.³¹

Desteğe son iki yıl içerisinde TÜBİTAK ve ODTÜ Vakfı'ndan ödül, toplantı ödemesi, ders ücreti, performans ödülü adı altında yapılan ödemelerin aylık miktarı kadar desteğin ek gelir elde ettiği varsayımı ile yapılan destekten yoksun kalma tazminatı hesabını Yargıtay, yayın ve performanslara bağlı ödüllerden sağlanan ek gelirlerin düzenli ve sürekli olmadığını belirterek doğru bulmamıştır.³²

Bir başka kararında Yargıtay, desteğin 3 ay önce çalışmaya başladığı işyerindeki bordrolarına bakıldığında, çalışma süresinin 2 ayında *fazla çalışma ücretinin* bulunduğu görüldüğü, bu duruma göre kazadan önceki toplam 3 aylık çalışma süresinin 2 ayında *fazla çalışma ücreti* elde eden desteğin *fazla çalışma ücretinin süreklilik* arz ettiğinin kabulü ile desteğin gelirine fazla çalışma ücretinin de dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³³

Yargıtay, ambulans şoförü olan desteğin yerine geçen ve aynı işi eylemli olarak yapan kişiye de döner sermaye ödemesi yapıldığına vurgu yaparak, desteğin emsali olan kişiye ödenen döner sermaye gelirinin de desteğin gelirine dahil edilerek yapılan destekten yoksun kalma zararı hesabını uygun bulmuştur.³⁴

Yargıtay, petrol istasyonunun araç yıkama bölümünde çalışan desteğin bahşişlerle beraber aylık gelirinin 1.000,00 TL olduğunun işyeri

³¹ Yargıtay 17HD, 07.02.2018 tarihli, 2015/7867, K:2018/697.

³² Yargıtay 4HD, 13/05/2008 tarihli, E: 2007/14786, K:2008/6743.

³³ Yargıtay 17HD, 25//02/2019 tarihli, E:2016/3619, K:2019/1950.

³⁴ Yargıtay HGK, 02.02.2011 tarihli, E:2010/4-712, K: 2011/4.

tarafından bildirilmesine karşın, bilirkişice bu gelirin altında kalan asgari ücret esas alınarak yapılan hesaplamayı, desteğin çalıştığı işyerinden kaza tarihinden geriye doğru bir yıllık süre içinde aylık ortalama aldığı bahşış miktarının ve bunun süreklilik arz edip etmediğinin, ayrıca çalıştığı yıllar, işyerinin özelliği ve kapasitesi açıklanarak ilgili meslek odasından desteğin alabileceği bahşış miktarı sorulmak suretiyle desteğin gerçek gelirinin belirlenmemesi nedeniyle doğru bulmamıştır.³⁵

Yargıtay, memur olan desteğin çalıştığı kurumdan geriye doğru son 1 yıl içinde aldığı tüm ek gelirleri de gösterir maaş bordrolarının getirtilerek, maaşına yakın bir tutar kadar olan fazla çalışma ücretinin desteğe düzenli bir şekilde ödenip ödenmediğinin tespit edilmesi ve ulaşılabacak sonuca göre destek zararının hesaplanması gerektiğine karar vermiştir.³⁶

Danıştay, Karabük Ticaret ve Sanayi Odasında veznedar unvanı ile çalışan desteğin gelirinin belirlenmesinde muhasebe memuru maaşının değil, desteğin emsali olan bir veznedara ödenen ücretin esas alınmasını, buna göre desteğin çalıştığı odadan aylık ücreti yanında düzenli ve sürekli olmak kaydıyla aldığı her türlü ek veya yan ödemelerin de sorulmasını ve böylece desteğin toplam net gelirinin tespit edilmesi gerektiğini belirterek mahkeme kararını bozmuştur.³⁷

Yargıtay, desteğin bir şirketteki asıl işi dışında yaptığı ek işlerin asıl işi gibi süreklilik arz etmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmediğini, süreklilik göstermeyen her bir ek iş nedeniyle desteğin asgari ücretin üstünde bir gelir elde etmesine olanak bulunmadığını belirterek, desteğin ek işlerden en fazla net asgari ücret kadar bir gelirinin olabileceğine karar vermiştir.³⁸

Bize göre ek işlerin nitelik, mevsim, yöre ve iklim koşulları itibarıyla yılın tamamında yapılabilirliği, desteğin asıl işten kalan zamanı

³⁵ Yargıtay 17HD, 26/02/2020 tarihli, E:2019/1649, K:2020/2215. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin, bir otelde garson olarak çalışan desteğin gelirinin tespitine ilişkin 24/12/2018 tarihli, E:2018/5810, K:2018/12654 sayılı kararı da aynı yöndedir.

³⁶ Yargıtay 17HD, 22/06/2015 tarihli, E:2014/4007 K:2015/9007.

³⁷ Danıştay 10D, 17/06/2021 tarihli, E:2019/6828, K:2021/3429.

³⁸ Yargıtay 4HD, 12/06/2007 tarihli, E:2007/3794, K:2007/7967.

ve daha birçok etken dikkate alınarak sürekliliğinin ve bu işlerden elde edilebilecek kazancın ilgili yerlerden sorulmak veya gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle belirlenmesi gerekir.

Yargıtay, kadastro müdürlüğünde kontrol memuru olarak çalışan desteğin, kurumundan aldığı maaşının yanında 2013 yılı Ocak-Mayıs ayları arasında arazi tazminatı, ek hizmet tazminatı ve kadastro tazminatı aldığından hareketle, 2013 yılının sözü edilen ayları arasında desteğe ödendiği bildirilen ek tazminatların toplamının beşe bölünerek aylık tutarı hesaplanan ek gelirin yılın 12 ayı boyunca desteğe düzenli ve sürekli ödendiği kabulünün doğru olmadığına, desteğin 1 yıl içerisinde aldığı toplam ek ücretlerin 12'ye bölünmek suretiyle desteğin 1 aylık ek gelirin tespiti edilmesine karar vermiştir.³⁹

4.4-Desteğin Gelirinin Yıllık Olarak Belirlenmesi

Hesaplama yöntem ve tekniğine uygun bir şekilde desteğin geliri bir ay 30 gün, bir yıl 360 gün kabul edilerek yıllık olarak belirlenmelidir.

Desteğin gelirinin yıllık olarak belirlenmesi, destek zararının hesaplanması bakımından kolaylık sağlayacaktır.⁴⁰ Antalya da desteğin gelirinin yıllık olarak hesaplanması gerektiği görüşündedir.⁴¹ Desteğin aylık net gelirinin belirlenmesinden sonra yıllık net gelirinin hesaplanması suretiyle daha sade, basit, anlaşılabilir ve denetime elverişli bir rapor hazırlanabilir. Desteğin bir yıldan az olan sürelerde aylık, bir aydan az olan süreler yönünden ise günlük net geliri esas alınarak destek zararı hesaplanmalıdır.

Yargıtay, “Hükme esas alınan bilirkişi raporunda işlemiş dönem için desteğin geliri yıllık 365 gün üzerinden hesaplanmış, işleyecek dönem hesabında ise açık ve denetlenebilir bir hesaplama yapılmamıştır. Oysa bir aylık asgari ücretin miktarı ayın kaç gün çektğine göre değişmemekte olup, 28 gün çeken ayda da 31 gün çeken ayda da çalışana aynı miktarda aylık ödeme yapılmakta, ancak çalışmanın bir ayın altında kalması halinde günlük ücretin bulunması

³⁹. Yargıtay 17HD, 30/04/2019 tarihli, E: 2016/14648, K: 2019/5334.

⁴⁰ GÖKYAYLA, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı s. 140.

⁴¹ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler s. 187.

suretiyle hesaplama yapılması gerekmektedir. Hal böyle iken, 1 yıl 360 gün hesaplanması gerekirken bilirkişi tarafından her yıl için fazladan hesaplama yapıldığı görülmektedir. Mahkemece, tazminat hukuku ilkelerine, hesaplama yöntem ve tekniğine aykırı şekilde 365 gün esas alınarak yapılan hesaplama ile belirlenen zarar miktarının benimsenerek karar verilmiş...” olmasını doğru bulmamıştır.⁴²

4.5-Desteğin Para ile Ölçülebilir/Değerlendirilebilir Hizmet İfası/Bedensel Destekliği

Destegin/yardımanın yalnızca parasal nitelikte olması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet ifası da bir kimsenin destek sayılabilmesi için yeterlidir.⁴³

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, eylemli ve düzenli bir şekilde yapılan hizmet ifasının da bir kimsenin destek sayılabilmesi için yeterli olduğunu, “*Hizmet ifasının destek olarak kabul edilmesinin nedeni hizmeti gören kimsenin bu hizmetten faydalanan kimseyi söz konusu hizmeti bir başkasına gördürmesi durumunda yapacağı belli bir masraftan kurtarmasıdır. Destek sayılan kişinin bu hizmeti görmemesi durumunda bundan faydalanan kimse bu hizmetin ifası için bir başkasına ihtiyaç duyacak ve bu hizmeti için bu kimseye belirli bir miktar ödeme yapmak durumunda kalacaktır.*” şeklinde gerekçelendirmiştir.⁴⁴

Yardımanın ne şekilde yapıldığının önemli olmadığı, destek görene yapılan yardımın beslenme, giyinme veya barınmaya yönelik yapılabileceği gibi eğitim, sağlık, kültür gibi alanlarda da olabileceği, bir başka ifadeyle yardımın sadece para verilerek yapılması zorunluğunun bulunmadığı, yardımın aynî ya da hizmet edimi biçiminde de olabileceği, yardımın bu alanların hepsini veya bir kısmını ya da sadece birini kapsamaması da mümkündür.⁴⁵

Yargıtay, bir işyerinde çalışan gelini ile aynı evde yaşayan kayınvalidenin torununa bakmak/hizmet ifasında bulunmak suretiyle

⁴² Yargıtay 17HD, 07/12/2017 tarihli, E:2015/5690, K:2017/11366.

⁴³ Yargıtay 4HD, 27/03/2008 tarihli, E:2007/5604, K:2008/4057.

⁴⁴ Bkz. 10 No.lu dipnot.

⁴⁵ GÖKYAYLA, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı s. 102.

geline destek olduğunu, davacı geline kayınvalidesinin ölümünden dolayı çocuğunun bakım dönemi sonuna kadar hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatının ödenmesine karar vermiştir.⁴⁶

Yargıtay, kaza tarihinde ev hanımı olan ve herhangi bir işte çalışmayan desteğin gelirinin AGİ hariç net asgari ücret kadar olması gerektiğini, *“Desteğin bir işi ve kazancı yoksa bedensel varlığıyla “yardım ve hizmet” ederek destek olacağı; yaşlı kişilerin de emeklilik günlerinde “yardım ve hizmet” ederek yakınlarına destek sağlayacakları kabul olunarak, bu kişilerin desteğinden yoksun kalanların tazminatı yasal asgari ücretler üzerinden hesaplanmalıdır. Aynı biçimde ev kadınlarının ev hizmetlerinden yoksunlukta da hesap unsuru yasal asgari ücretler olmalıdır.”* şeklinde açıklamıştır.⁴⁷

4.6-Desteğin Aktif ve Pasif Dönem Gelirinin Ayrı Ayrı Belirlenmesi

Yerleşik yargı kararlarına bakıldığında, desteğin ölüm tarihindeki yaşı esas alınarak TRH-2010 yaşam tablosuna göre kalan/bakiye ömrü hesaplanmaktadır.⁴⁸ Desteğin bakiye ömrünün ne kadarında aktif çalışma hayatına devam edeceği, ne kadarında pasif dönemde bulunacağı içtihatlarla veya yasalarla belirlenmiştir. Desteğin aktif ve

⁴⁶ Yargıtay 17HD, 12/04/2016 tarihli, E:2014/9368, K:2016/4639.

⁴⁷ Yargıtay 17HD, 17/05/2018 tarihli, E:2016/18089, K:2018/5186. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 17/04/2008 tarihli, E:2007/8981, 2008/5368 kararında, yaşlılık veya hastalıkta ya da ihtiyaç duyulan diğer durumlarda yapılan ev işleri, bakım, hizmet ve yardımların da destek kavramı içerisinde sayılacağı, buna göre 79 yaşında olan desteğin olay tarihinde gelir getiren bir işte çalıştığı ispatlanamasa bile belirtilen şekilde eşine vereceği desteğin parasal karşılığının asgari ücret kadar olduğunu belirtmiştir.

⁴⁸ Yargıtay HGK, 02.12.2021 tarihli, E: 2017/(21)10-1179, K: 2021/1563 sayılı kararıyla, Danıştay 10. Dairesinin 17.06.2021 tarihli ve E:2019/6828, K:2021/3429 sayılı kararına da atıf yapmak suretiyle gerçek zarar hesabının özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesaplama olması nedeniyle gerçeğe en yakın verilerin kullanılması gerekliliği karşısında bakiye ömür süresinin belirlenmesinde ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 yaşam tablosunun esas alınması gerektiğine hükmetmiştir. Böylece, Danıştay’dan sonra Yargıtay da uzun yıllar ülkemizde 1931 tarihli PMF (Population Mesculine et Fèminine) adı verilen Fransa nüfus verisinden oluşturulan ve cinsiyet ayrımı olmayan yaşam tablosunun kullanılmasını bırakmıştır.

pasif dönem gelirinin farklı olması nedeniyle desteğin muhtemel bakiye ömrü aktif ve pasif dönem şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Destekten yoksun kalma zararı da desteğin aktif ve pasif dönem gelirleri esas alınarak hesaplanmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki sürekli ve düzenli gelir getiren bir işi olmayan ev hanımları, emekli maaşı dışında başkaca geliri bulunmayan emekliler ve yaşlı kimseler bakımından aktif-pasif dönem ayrımı yapılmamaktadır ve bu kişilerin bakiye muhtemel ömürlerinin tamamının pasif dönemde geçeceği varsayılarak gelirinin AĞİ'siz net asgari ücret kadar olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹

Kamu görevlilerinin yasal emeklilik yaşları, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 40. maddesinde veya özel kanunlarında gösterilmiştir. Kamu görevlisinin öğrenim ve sicil durumuna, mesleki kıdemine, hizmet süresine ve benzeri hususlara bakılarak görevde yükselme olanağı var ise yükelebileceği göreve göre yasal emeklilik yaşı belirlenir.⁵⁰ Tereddüt halinde desteğin son görev yaptığı idareden veya Sosyal Güvenlik Kurumundan yasal emeklilik yaşı sorulabilir.⁵¹ Kamu görevlilerinin yasal emeklilik yaşını tamamladıkları tarih, emeklilik/pasif dönemlerinin başlangıcıdır. Yasal emeklilik yaşı, diğer kişilerde olduğu gibi kamu görevlisi olan desteğin aktif ve pasif döneminin belirlenmesi ve bu dönemlerde elde edeceği gelire göre destek zararının hesaplanması bakımından önemlidir.

Kamu görevlisi olan desteğin aktif dönem işlemiş/bilinen geliri, ölmeden önceki son maaşı ile hüküm tarihine en yakın tarihte düzenlenmiş olan bilirkişi raporuna kadar desteğin emsali olan kamu görevlisine aylar itibarıyla ödenen maaşlar esas alınarak belirlenir.⁵² Kamu görevlisi desteğin aktif dönem işleyecek, bir başka ifadeyle kamu görevlisinin rapor tarihi ile yasal emeklilik yaşını tamamlayacağı tarihe kadar olan dönemdeki muhtemel geliri, rapor tarihi itibarıyla desteğin

⁴⁹ Yargıtay 17HD, 08/10/2020 tarihli, E: 2019/2781, K:2020/5327.

⁵⁰ Danıştay 10D, 06/12/2021 tarihli, E:2017/3884, K:2021/6023.

⁵¹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 15/02/2021 tarihli ve E:2020/37, K:2021/1303 sayılı kararıyla, kazada ölen Devlet memuru olan desteğin çalıştığı kurumdan, kıdem ve kadrosuna göre muhtemel emeklilik yaşının ne olduğunun sorulması ve belirlenecek emeklilik yaşına göre aktif/ pasif devre zarar hesabının yapılması gerektiğini işaret etmiştir.

⁵² Yargıtay 17HD, 08/11/2018 tarihli, E: 2016/9130, K:2018/10297.

emsali kamu görevlisinin bilinen son maaşı esas alınarak progresif rant yöntemi adı verilen yönetime göre hesaplanır.

Kamu görevlisi olan desteğin pasif dönem aylık geliri ise, desteğin *birlikli raporunun düzenlendiği tarih itibarıyla* yasal emekli olma koşullarına sahip olsaydı bağlanabilecek emekli aylığı tutarı Sosyal Güvenlik Kurumuna sorulmak suretiyle belirlenir.⁵³ Desteğin pasif dönem aylık geliri kurumun bildirdiği emekli aylığı kadardır. Bu aylık dikkate alınarak desteğin yasal emeklilik yaşını tamamlayacağı tarihten muhtemel ömrünün sonuna kadar olan pasif dönem geliri progresif rant yöntemine göre hesaplanmaktadır. Bu yönetime ilişkin açıklamalara, aşağıda 4.13 başlığı altında yer verilmiştir.

Asker veya polis gibi emeklilik yaşı ilgili mevzuatta özel olarak gösterilmemiş diğer kişiler yönünden aktif çalışma döneminin sonu 60 yaşın tamamlandığı tarihtir. Bu dönem sonu itibarıyla desteğin bakiye yaşam süresi varsa, bu süre de desteğin emeklilik/pasif dönemini oluşturmaktadır.⁵⁴ Bu içtihadi yaşın istisnasının olabileceği bir Yargıtay kararında, *“Desteğin yaşı (61) itibarıyla pasif devrede olduğu Dairemizin yerleşik uygulamalarına uygun görünmekte ise de, 60 yaştan sonraki devrede fiili olarak çalışılan bir iş ve bu işten elde edilen gelirin bulunduğu durumda 60 yaş sonrasında mutlak biçimde pasif devre*

⁵³ Danıştay 10D, 27/05/2021 tarihli, E:2017/1323, K:2021/2730. Ölmeseydi yasal emeklilik yaşını tamamlayacağı tarih itibarıyla desteğe bağlanacak emekli aylığını SGK'nın bilmesine imkân yoktur. Çünkü memurların aylıkları katsayı artışına ve iki yılda bir yapılan toplu sözleşme hükümlerine göre belirlenmektedir. SGK'nın örneğin 19/05/2022 tarihinde 30 yaşında iken şehit olmuş bir polis memuruna yaşasaydı yasal emeklilik yaşını tamamlayacağı 19/05/2047 tarihi itibarıyla bağlanacak emekli aylığını bilmesi belirtilen sebeplerle mümkün değildir. Bu itibarla SGK'ya yönelik verilecek ara kararlarında özellikle ara kararına cevap verileceği tarih itibarıyla desteğin yasal emeklilik koşullarına sahip olduğu varsayımı ile bağlanacak emekli aylığı tutarının sorulmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

⁵⁴ Yargıtay 4HD, 20/09/2021 tarihli, E: 2021/16044, K: 2021/4952.

olarak kabul edilmemesi, somut gerçeğin bulunduğu halin varsayımları dışlayacağı ilkesinin gereğidir.” şeklinde açıklanmıştır.⁵⁵

Kamu görevlileri haricindeki kimselerin aktif dönem gelirlerinin tespitinde izlenen yöntem ve gözetilen ilkelere çalışmanın sonraki kısımlarında değinilmiştir.

Yargıtay, kamu görevlileri haricindeki kimselerin pasif dönem gelirinin hesaplanması sırasında esas alınan ücretin, bir çalışmanın karşılığı değil, ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığı olduğunu, ücretle fiilen çalışanlara uygulanmak için getirilen asgari geçim indiriminin, ücretli bir çalışmanın söz konusu olmadığı pasif dönem (devre) gelirinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağını belirterek, desteğin pasif dönem gelirinin AGİ'siz net asgari ücret kadar olduğunu kabul etmektedir.⁵⁶ Desteğin pasif dönemde asgari ücretin üstünde bir gelirinin olabileceği yönündeki iddianın somut bilgi ve belgelerle kanıtlanması gerekmektedir.

Nitekim, Yargıtay bir kararında, desteğin pasif dönem gelirinin, aktif dönemde bilinen son gelirinin %60'ı kadar olduğu yönündeki tespit, desteğin pasif dönemde asgari ücretin üzerinde bir gelir elde edebileceğine ilişkin bir kanıt bulunmadığını belirterek, dairenin yerleşik uygulaması uyarınca desteğin pasif dönem gelirinin net asgari ücret kadar olduğuna karar vermiştir.⁵⁷

Yargıtay, bir kamu bankasında yönetmen olarak çalışan desteğin belgeye dayanan pasif dönem gelirinin asgari ücrete göre değil, “...bankanın dosya içinde mevcut olan 22.3.2012 tarihli yazısında da belirtildiği üzere emeklilik halinde müteveffanın katsayıya uygun emekli maaşı 1.516,88 TL. olduğundan, mahkemece pasif dönem için bu gelir

⁵⁵ Yargıtay 4HD, 21/06/2021 tarihli, 2021/2497, K: 2021/3309. Aynı yönde bkz. ÇELİK, Çelik Ahmet, İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.406-407.

⁵⁶ Yargıtay 4HD, 03/02/2021 tarihli, E: 2020/1087, K: 2021/434.

⁵⁷ Yargıtay 4HD, 18/01/2010 tarihli, E:2009/3827, K: 2010/224.

Erkan YILMAZ

durumuna göre...” destek zararının hesaplanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁸

Yargıtay, “...*destek tazminatının hem aktif dönem ve hem de pasif dönem için hesaplanması gereklidir. Zira, ölen eşin desteği emeklilik süresince de devam edecek olup, bu dönem için de destek tazminatının hesaplanması...*” gerektiğine karar vermiştir.⁵⁹

Yargıtay, “*Davacı eş yararına destekten yoksunluk zararı hesaplanırken pasif dönem için de aktif dönemdeki gelir esas alınmıştır. Desteğin emekli olduktan sonra aynı geliri elde edemeyeceği, bu nedenle pasif dönem için varsayımsal olarak asgari ücret düzeyinde gelir elde edebileceği gözetilerek hesaplama yapılması gerekirken aktif dönemdeki gelire göre zararın...*” hesaplanmış olmasını doğru görmemiştir.⁶⁰

4.7-Ölüm Anına Kadar Herhangi Bir İşi /Mesleği Olmayan Desteğin Geliri ile Bir İşi ve Mesleği Olan Desteğin Asgari Ücretin Üstünde Olduğu İddia Edilen Geliri

Yerleşik yargı kararlarına göre, ölüm tarihi itibarıyla desteğin herhangi bir işi veya mesleği yok ise gelirin net asgari ücret kadar olduğu kabul edilmektedir. Bu kabul, desteğin yakın bir gelecekte veya makul bir süre sonra en az asgari ücret kadar gelir getirecek bir işte çalışacağı varsayımına dayanmaktadır. Bir işi ve mesleği olan desteğin asgari ücretin üstünde gelirin bulunduğu yönündeki iddianın kanıtlanamaması halinde ise, desteğin geliri net asgari ücret kadardır.

Yargıtay, “...*müteveffanın ölmeden önce fiilen çalışıp çalışmadığı ve çalışıyor idi ise ölmeden önceki net gelir durumunun tespit edilip bu duruma göre, çalışmıyor ise asgari ücret üzerinden ve müteveffanın ölüm tarihi dikkate alınarak hesaplama yapıp sonucuna göre karar...*” verilmesi gerektiğini belirterek mahkeme kararını bozmuştur.⁶¹

⁵⁸ Yargıtay 17HD, 24.3.2014 tarihli, E:2013/4200, K:2014/4203.

⁵⁹ Yargıtay 11HD, 13.12.2007 tarihli, E:2006/13032, K: 2007/15798.

⁶⁰ Yargıtay 17HD, 18/03/2014 tarihli, E:2013/4376, K:2014/3765.

⁶¹ Yargıtay 17HD, 28/05/2015 tarihli, E: 2014/1482, K: 2015/7885.

Yargıtay, “...herhangi bir işi yoksa, desteğin geliri asgari ücret kabul edilerek bu miktar üzerinden...” destek zararının hesaplanmasına karar vermiştir.⁶²

Yargıtay (Kapatılan) 17. Hukuk Dairesi bir kararında, desteğin gelirinin tespit edilmesinde izlenecek yöntemi aşağıda yer aldığı gibi etraflıca açıklamıştır.

“Desteğin kaza tarihi itibarıyla mesleği ve geliri tespit edilmelidir. Kişinin herhangi bir işi yoksa desteğin geliri asgari ücret kabul edilerek, raporun hazırlandığı tarihteki net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılacaktır. Eğer desteğin gelirinin asgari ücret üzerinde olduğu, bir başka anlatımla herhangi bir işyerinde çalıştığı ya da bir meslek icra ettiği ve asgari ücret üzerinde bir gelir elde edildiği iddia ediliyorsa bunun ispat edilmesi gerekir. Davacılar desteğin asgari ücret üzerinde bir gelir elde ettiğini iddia etmiş ise SGK'dan trafik kazasının olduğu tarihteki desteğin ücret ve gelirlerini gösterir tüm belgeler getirtmelidir. Kişi belirli bir iş yerine bağlı olmaksızın belirli bir meslek icra eden kişilerden ise SGK kayıtları olup olmadığı da araştırılarak ekonomik ve sosyal durumu ile ilgili zabıta araştırması yanında o meslek odasından o mesleği icra edenlerin kaza tarihi itibarı ile ortalama ücretleri sorulmalıdır.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, desteğin ölüm tarihindeki gelir durumunun davacı tarafça kanıtlanması gerekir. Bunun kanıtlanmaması halinde ise maddi destek tazminatının hesabında asgari ücretin esas alınacağı kabul edilmektedir. Sadece tanık beyanları ile kazanç tespiti mümkün olmayıp bunun bir takım belge ve kayıtlarla desteklenmesi gerekmektedir.”⁶³

Danıştay Onuncu Dairesi, desteğin herhangi bir işi yoksa gelirinin net asgari ücret kadar olduğuna karar vermiştir.⁶⁴ Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargı bakımından, desteğin gelirine yönelik iddianın kanıtlanması noktasında mahkemenin doğru ve yerinde ara

⁶² Yargıtay 4HD, 29/06/2021 tarihli, E:2021/15104, K: 2021/3900

⁶³ Yargıtay 17HD, 07/07/2020 tarihli, E:2019/5922, K:2020/4453. Aynı yönde bkz. Yargıtay 17HD, 15/10/2020 tarihli, E:2019/3055, K:2020/5754.

⁶⁴ Danıştay 10D, 03/10/2017 tarihli, E:2017/1023, K:2017/3890.

kararı vermesine elverişli bilgi ve/veya belgelerin sunulması yeterlidir. Desteğin gelirin kanıtlanması yükümlülüğü bütünüyle davacılar üzerinde bırakılmamalıdır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna göre, “...Ölen desteğin herhangi bir yerde ücretli olarak çalışıyor olması durumunda gelirin somut verilere göre tespiti mümkündür. Aksi halde, destek zararının hesabı asgari ücrete göre...” yapılmalıdır.⁶⁵

4.8-Bir Mesleği Olmakla Birlikte Ölüm Anında İşsiz Olan Desteğin Geliri

Bir mesleği olmakla birlikte ölüm tarihinde işsiz olan desteğin bilinen mesleğine uygun olarak aylık kazanabileceği net gelirin, ilgili meslek odasından sorularak tespit edilmesi gerekir.

Yargıtay bir kararında, “Mahkemece hükme esas alınan maddi tazminat tutarlarını belirleyen bilirkişi raporunda, desteğin aylık gelirinin asgari ücretin 5,2 katı olarak esas alındığı anlaşılmaktadır.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, desteğin olay tarihinde işsiz olduğu anlaşılmaktadır. Desteğin son çalıştığı iş yerinden istenen maaş tutarına ilişkin belgeye itibar olunarak destek tazminatı hesaplanması doğru olmamıştır.

Mahkemece, desteğin bilinen mesleğine uygun olarak aylık kazanabileceği net gelirin ne olacağı meslek odası niteliğindeki kuruluşlardan sorularak sonucuna göre hesap yapılması...” gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶

4.9-Desteğin Hüküm Tarihine En Yakın Tarihte Tespit Edilen Geliri

Destek tazminatına konu zarar, ölüm tarihi itibarıyla desteğin mevcut verilere göre belirlenen geliri üzerinden hesaplanmaktadır. Ancak “gerçek belli iken varsayıma gidilmez” ilkesi gereğince, desteğin ölüm tarihi itibarıyla tespit edilen geliri ile bu gelirde hüküm tarihine en yakın tarihe kadar meydana gelen değişikliklerin de dikkate alınarak

⁶⁵ Danıştay İDDK, 11/02/2015 tarihli, E:2013/1614, 2015/339.

⁶⁶ Yargıtay 4HD, 07/11/2013 tarihli, E: 2012/18827, K:2013/17196.

desteğin gerçek geliri belirlenmelidir. Bu gelir üzerinden destekten yoksun kalanların bilinen/işlemiş dönem destek zararının hesaplanması gerekmektedir. Hüküm tarihi itibarıyla desteğin bilirkişi raporunda hesaplamaya esas alınan geliri/kazancı güncelliğini yitirmiş ise, bu rapor hükme esas alınabilme yeterliliğini ve niteliğini kaybetmiştir.

Destekten yoksun kalma tazminatı bakımından, hüküm tarihine kadar gerçekleşmemiş olmakla birlikte, araya başkaca bir unsurun etkisi ve katkısı girmeden hayatın normal akışına göre ilerde gerçekleşmesi beklenen zarar (işleyecek aktif ve pasif dönem zararı) gelecekteki zarardır.⁶⁷ Gelecekteki bu zararın tazmin edilmesinin yasal dayanağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 53. maddesinin 3. fıkrası oluşturmaktadır.

Desteğin geliri ölüm anında elde ettiği ekonomik değerlere göre belirlenir. Desteğin ölüm tarihi itibarıyla tespit edilen gelirinde, hüküm tarihine kadar olan dönemde meydana gelen artış ve değişikliklerin dikkate alınması gerekir.⁶⁸

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeleri aynen veya nakden gidererek zarar görenin zarar verici olay sonucunda mal varlığında eksilen değer yerine nitelik veya nicelik yönünden eş bir değer koymaktır. “Gerçek zararın belirlenmesi bakımından karar tarihine en yakın tarihlerdeki ölçütlerin kullanılması gerekmektedir. Asgari ücret kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece re’sen göz önünde tutulması zorunludur. O halde mahkemece, hüküm tarihine en yakın tarihte bilinen asgari ücret tutarını belirleyerek bu verilere göre bilirkişiden ek rapor alınması...” gerektiğini belirten Yargıtay, desteğin gerçeği yansıtmayan gelirine göre yapılan hesaplamayı hükme esas alan mahkeme kararını bozmuştur.⁶⁹

Danıştay Onuncu Dairesinin güncel veriler esas alınarak desteğin gerçek gelirinin tespit edilmesi gerektiğine ilişkin kararı şöyledir: “İdarenin tazmin borcunu doğuran eylem veya işlemlerden dolayı

⁶⁷ BÜYÜKSAĞIŞ, Yrd. Doç. Dr. Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 89.

⁶⁸ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-2, s. 186-187.

⁶⁹ Yargıtay 17HD, 06/10/2020 tarihli, E: 2018/6388, K:2020/5121.

uğranıldığı ileri sürülen maddi zararların hesaplanması amacıyla mahkemelerce yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporun, hüküm tarihine yakın bir tarihte düzenlenmiş olması, bir başka ifade ile rapor tarihi ile hüküm tarihi arasında makul bir sürenin bulunması gerekmektedir. Hüküm tarihine yakın bir tarihte düzenlenmiş bilirkişi raporu, özellikle işlemiş dönem zararının hesaplanmasında varsayım dayalı birçok unsuru, örneğin rapor tarihi itibarıyla ilgilinin evlenip evlenmediğinin veya rapor tarihi itibarıyla desteğin alacağı asgari ücretin kesin olarak bilinmesi gibi nedenlerle ortadan kaldıracığından, güncel veriler üzerinden ilgililerin gerçek maddi zararlarının hesaplanması mümkün olabilecektir.”⁷⁰

Desteğin ölüm tarihi ile bilirkişi raporunun düzenlendiği tarih aralığında desteğin emsali olan kamu görevlisine ödenen görev aylıklarının aylar itibarıyla dökümünün desteğin çalıştığı idareden istenilmesi gerektiğini belirten Danıştay Onuncu Dairesi, desteğin ölüm tarihindeki geliri ile yetinmemiş, hüküm tarihine en yakın tarihte düzenlenen bilirkişi raporuna kadar desteğin emsali kamu görevlisine aylar itibarıyla ödenen maaşların esas alınarak, destekten yoksun kalanların bilinen/işlemiş dönem destek zararının hesaplanmasına karar vermiştir.⁷¹

Kamu görevlisi olan desteğin geliri maaş katsayısına bağlı olarak belirli dönemlerde artmaktadır. Destekten yoksun kalma zararı, hesap tarihine kadar desteğin gelirinde meydana gelen artışlar dikkate alınarak hesaplanmalıdır.⁷²

Yargıtay bir kararında, destek zararı hesabının murisin çalıştığı şirketin ilk cevabına göre yapılması, desteğin bu cevaptan sonraki ücretlerinin ise emsallerine ödenen ücretlerdeki yasal artış oranına göre belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.⁷³ Bir başka kararında ise, polis memuru olan desteğin kaza tarihindeki gelirine göre değil, yaşasaydı

⁷⁰ Danıştay 10D, 09/07/2013 tarihli, E:2012/9046, K:2013/5913.

⁷¹ Danıştay 10D, 29/03/2018 tarihli, E:2016/534, K:2018/1369. Danıştay 10. Dairesinin 05/02/2018 tarihli, E:2014/6413, K:2018/346 sayılı kararı da aynı yöndedir.

⁷² Danıştay 10D, 10/02.2010 tarihli, E: 2008/8620, K: 2010/1030.

⁷³ Yargıtay 4HD, 24/01/2007 tarihli, E:2006/410, K:2007/376.

rapor tarihinde alacağı maaşa göre desteğin gelirinin belirlenmesini istemiştir.⁷⁴

Sonuç olarak yerleşik yargı kararlarına göre, desteğin hüküm tarihine en yakın tarihli güncel verilere dayanan geliri esas alınarak destek zararının hesaplanması gerekmektedir.

4.10-Resmi Belgelere Göre Desteğin Geliri

Yerleşik yargı kararlarına göre, aksi yönde geçerli kabul edilebilir belgeler ile desteğin resmi belgelerde gösterilen gelirinden daha fazla geliri olduğu kanıtlanmadıkça, resmi belgelerde gösterilen gelire göre destek zararının hesaplanması gerekmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 146. maddesinin 2. fıkrasında, memurlara bu Kanunla sağlanan haklar dışında bir ücret ödenemeyeceği ve hiçbir yarar sağlanamayacağı kuralı yer almıştır. Bu kurala göre, Devlet memuru olan desteğin gelirinin maaş bordrosunda yazılı tutar kadar olduğunun kabulü zorunludur. Devlet memuru desteğin maaşı dışında başkaca bir geliri yok ise destek zararı maaş bordrosu esas alınarak hesaplanır. Devlet memuru ve diğer kamu çalışanı olmayan desteğin gelirinin resmi belgelerde gösterilen tutarın üstünde olduğuna ilişkin iddianın ise, aksi yönde geçerli bilgi ve belgelerle kanıtlanması gerekmektedir.

Yargıtay, Devlet memuru olan desteğin gelirinin, çalıştığı kurumdan maaş bordrosunun getirilmek suretiyle tespit edilmesi gerekirken, kolluk araştırması sonucunda tespit edilen gelir esas alınarak yapılan hesaplamayı doğru bulmamıştır.⁷⁵

Yargıtay, “...kolluk araştırmasına göre murisin geliri aylık 1.350,00 TL (asgari ücretin 2,05 katı) kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Oysaki birleşen dava dosyası içerisinde yer alan bordroya göre murisin kazancı kaza tarihinden bir ay önce aylık net 1.327 TL’dir. Bu durumda mahkemece murisin bordrodaki gelirinin hesaplama...” esas alınması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁶

⁷⁴ Yargıtay 17HD, 22/02/2018 tarihli, E:2015/7352, K: 2018/1254.

⁷⁵ Yargıtay 17HD, 01/06/2012 tarihli, E: 2011/7930, K: 2012/7196.

⁷⁶ Yargıtay 17HD, 26/12/2017 tarihli, E:2017/4642, K:2017/12118.

Erkan YILMAZ

Yargıtay, “Destekten yoksun kalma tazminatında bilinen bir durum varsa, varsayımsal hesaplama yapılamaz. Buna göre; desteğin net geliri SGK kayıtlarına göre resmi belgelerle belirlenmiş durumdadır. Daha fazla geliri olduğu geçerli kabul edilebilir belgelerle ispat edilemediğine göre mahkemece, desteğin gelirinin SGK kayıtları esas alınarak hesaplanması gerekirken, ekonomik ve sosyal durum araştırma tutanağında bildirilen ve dayanağı olmayan gelir esas alınarak hesaplama yapan bilirkişi raporunun hükme esas...” alınmasını hukuka uygun görmemiştir.⁷⁷

Danıştay, davacılar murisinin aylık gelirinin asgari ücretin 2.34 katı kadar olduğu yönünde köy muhtarlığınca düzenlenen ilmühaberinin herhangi bir bilgiye veya veriye dayanmadığını, davacılar murisinin aylık veya yıllık gelirinin kapsamlı bir inceleme ve araştırma yapılarak belirlenmesinden sonra destek zararının hesaplanmasına karar vermiştir.⁷⁸

4.11-Desteğin Netleştirilmiş Geliri

Desteğin brüt geliri değil, net geliri esas alınarak destekten yoksun kalma zararı hesaplanmalıdır. Desteğin brüt gelirinden, gelirin elde edilmesi amacıyla yapılan giderlerin, desteğin yaşasaydı ödemekle yükümlü olacağı her türlü vergi, resim ve harçlar ile desteğin ölümünden önce ödediği ve ödemeye mecbur olduğu nafaka ve yardımların miktarı indirilmelidir.⁷⁹ Desteğin net geliri üzerinden destek görenlere yardımda bulunması, destek zararının desteğin net gelirin göre hesaplanmasını gerektirmektedir.

Danıştay, yoksun kalınan gerçek destek miktarının tespit edilebilmesi için öncelikle desteğin sağlığında elde ettiği net gelirin

⁷⁷ Yargıtay 17HD, 26/03/2019 tarihli, E:2016/9345, K:2019/3605.

⁷⁸ Danıştay 10D, 28/06/2013 tarihli, E:2012/4905, K:2013/5686.

⁷⁹ Gündüz, Yrd. Doç. Dr. Fatma Ebru, GÜNDÜZ, Dr. Hakan, “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2011, Cilt XV, Sayı 3, s. 245. GÖKCAN, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, s. 675.

doğru belirlenmesi gerektiğini belirterek, destek zararının hesabında desteğin net gelirinin dikkate alınmasına işaret etmiştir.⁸⁰

Yargıtay bir kararında, “Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında ölçü alınması gereken asgari ücret brüt asgari ücret değil net asgari ücrettir.” demiştir.⁸¹

Aynı yöndeki bir başka kararında Yargıtay, prime esas kazanç esasen brüt ücret olup net ücret olmadığından, brüt ücret netleştirilmeden yapılan hesaplamayı doğru görmemiştir.⁸²

4.12-Desteğin Öğrenim Durumu, Mesleği ve Kıdemine Göre Gelecekteki Geliri

Desteğin gelirinin tespitinde, destek ölmeseydi öğrenim durumu, mesleği ve kıdemi gibi unsurların etkisiyle ilerde gelirinde kuvvetle muhtemel meydana gelebilecek değişikliklerin dikkate alınması gerekir. Örneğin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin 39. maddesinin /1. fıkrasına göre, müfettiş yardımcılığı dahil kurulda en az on yıl çalışan müfettişler, başkanın teklifi üzerine kıdem sırasına göre başmüfettişliğe atanmaktadırlar. Bu hüküm dikkate alınarak 10 yıllık bir müfettiş olan desteğin, kıdemine göre ne zaman başmüfettişliğe atanacağı ve başmüfettişlere ödenen aylık Bakanlığa sorularak, desteğin başmüfettişliğe atanabilme tarihinden itibaren tespit edilen gelirine göre destek zararı hesaplanmalıdır.

Örneğin, işçi olarak çalışmakta iken vefat eden kişi aynı zamanda yükseköğrenim görüyorsa ilerde meslek ve gelirinde bir değişiklik olması kuvvetle muhtemeldir.⁸³

⁸⁰ Danıştay 10D, 27/01/2016 tarihli, E:2015/3394, K:2016/530.

⁸¹ Yargıtay 4HD, 14/12/2010 tarihli, E:2010/12307, K:2010/12978. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 29/11/2018 tarihli, E:2015/14661, K:2018/11489 sayılı kararı da aynı yöndedir.

⁸² Yargıtay 17HD, 20/03/2018 tarihli, E:2016/4389, K:2018/2793

⁸³ İş gücü kaybı tazminatına ilişkin olmakla birlikte Yargıtay, davacının iş gücü kaybı tazminatının işçi iken aldığı ücrete, sonrasında öğretmen olması nedeniyle de öğretmen maaşına göre hesaplanmasına karar vermiştir. (Yargıtay 4HD, 02/06/2021 tarihli ve E:2021/620, K:2021/2296)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, gelir artışının nedenleri ile bu artışın desteğin gelirene yansıtılması gerektiğini aşağıdaki gibi gerekçelendirmiştir:

“45. Gelir artışı, kaza tarihindeki gelir saptandıktan sonra bu gelirin kaza olmasaydı göstereceği muhtemel gelişmeden kaynaklanır.

46. Gelir (ücret) artışı genel olarak hayat pahalılığını dengelemeye yarayan ücret artışı ile gerçek (reel) ücret artışından oluşur. Gerçek ücret artışının iki nedeni vardır. Birincisi milli ekonomide iş veriminin artması şeklinde görülen ve ücretlerin artması sonucunu doğuran ekonomik büyüme; ikincisi ise **meslekte yillanma-terfi ve ustalaşmanın** ortaya çıkardığı artışlardır.

47. Zararın tayininde zarar verici olayın gerçekleştiği andaki gelir esas alınmakla birlikte bu gelire zarar görenin daha ileri yıllarda **elde edeceği yükselmeleri**, ücret, maaş dolayısıyla gelir artışları da eklenir (Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2015, s.748).”⁸⁴

Danıştay, Cumhuriyet Savcısı iken 29/03/2001 tarihinde hayatını kaybeden desteğin ölümünden sonra 2802 sayılı Yasada 5536 sayılı Yasayla yapılan ve 15.7.2006 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle hâkim ve savcıların mali haklarındaki iyileştirmelerin dikkate alınmasına, ayrıca desteğin birinci sınıf savcı olmasına engel bir halinin bulunmadığının tespit edilmesi halinde, birinci sınıf savcı olacağı kabul edilerek gelirinin buna göre belirlenmesine karar vermiştir.⁸⁵

Yargıtay, “Zarar miktarı tespit edilirken göz önünde bulundurulacak olan gelir, zarar verici olayın meydana geldiği andaki gelir olmakla birlikte bu gelire zarar görenin ileriki yıllarda elde edeceği terfileri, ücret ve maaş yükselmeleri gibi gelir artışlarının da eklenmesi...” gerektiğini belirtmiştir.⁸⁶

Danıştay, polis memuru olan desteğin, öğrenim durumu itibarıyla görevde yükselme olanağının bulunup bulunmadığı, yükselme olanağı

⁸⁴ Yargıtay HGK, 21/12/2021 tarihli, E:2018/10-1027, K:2021/1708.

⁸⁵ Danıştay 10D, 26/06/2009 tarihli, E: 2007/3342, K: 2009/7068.

⁸⁶ Yargıtay 17HD, 22/02/2018 tarihli, E:2015/7352, K: 2018/1254.

var ise yükselebileceği rütbeye göre 5434 sayılı Kanununun 40. maddesiyle belirlenen emeklilik yaşı esas alınarak, bu yaşa göre desteğin aktif dönem sonu yaşının belirlenmesine ve aktif dönem destek zararının yine bu yaşa göre hesaplanmasına karar vermiştir.⁸⁷ Desteğin rütbe olarak yükselebileceği tarihteki maaşının da destek zararı hesabında dikkate alınması gerekir.

4.13-Desteğin İşleyecek Dönem Gelirinin Peşin Sermaye Değeri

Yerleşik yargı kararlarına göre, desteğin işlemiş/bilinen dönem geliri hariç, desteğin bilirkişi raporunun düzenlendiği tarihten pasif döneme gireceği tarihe kadar olan işleyecek aktif dönem muhtemel geliri, desteğin rapor tarihi itibarıyla bilinen gelirinin progresif rant yöntemi adı verilen hesaplama yöntemine göre her yıl %10 oranında artırılmak ve her yıl %10 oranında iskontoya tabi tutulmak suretiyle hesaplanmaktadır. Bu hesap sonucunda ortaya çıkan tutar, rapor tarihi itibarıyla desteğin aktif dönem yıllık gelirinin peşin sermaye değeridir.

Desteğin aktif dönem yaşının sonundan başlamak üzere TRH 2010 yaşam tablosuna göre belirlenen bakiye ömrünün sonuna kadar olan pasif dönemde işleyecek muhtemel geliri ise, rapor tarihi itibarıyla desteğin bilinen/belirlenen pasif dönem geliri esas alınarak yukarıda belirtilen progresif rant yöntemi adı verilen hesaplama yöntemi ile hesaplanmaktadır. Bu hesap sonucunda ortaya çıkan tutar, rapor tarihi itibarıyla desteğin pasif dönem yıllık gelirinin peşin sermaye değeridir.⁸⁸

Progresif rant yöntemi bir kararda, "...destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken rapor tanzim tarihine kadar gerçekleşen zararın bilinen veriler nazara alınarak ve iskontoya tabi tutulmadan somut olarak, rapor tanzim tarihinden sonraki zarar da bilinen son gelir nazara alınıp 1/Kn katsayısına göre her yıl %10 oranında artırılmak ve iskonto edilmek suretiyle hesaplanması..." şeklinde açıklanmıştır.⁸⁹

⁸⁷ Danıştay 10D, 06/12/2021 tarihli, E: 2017/3884, K: 2021/6023

⁸⁸ KARABEY, Yrd. Doç. Dr. Uğur, "Cismani Zarar Hesabında Aktüerya", Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018, s. 940

⁸⁹ Yargıtay 4HD, 01/07/2021 tarihli, E: 2021/2177, K:2021/4042

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, desteğin işleyecek/bilinmeyen dönemdeki muhtemel gelirin rapor tarihi itibarıyla peşin sermaye değerinin progresif rant yöntemine göre hesaplanmasına ve bu yöntemin uygulanmasına devam edilmesi gerektiğine ilişkin kararının gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

“45. Gelir artışı, kaza tarihindeki gelir saptandıktan sonra bu gelirin kaza olmasaydı göstereceği muhtemel gelişmeden kaynaklanır.

46. Gelir (ücret) artışı genel olarak hayat pahalılığını dengelemeye yarayan ücret artışı ile gerçek (reel) ücret artışından oluşur. Gerçek ücret artışının iki nedeni vardır. Birincisi milli ekonomide iş veriminin artması şeklinde görülen ve ücretlerin artması sonucunu doğuran ekonomik büyüme; ikincisi ise meslekte yıllanma-terfi ve ustalaşmanın ortaya çıkardığı artışlardır.

47. Zararın tayininde zarar verici olayın gerçekleştiği andaki gelir esas alınmakla birlikte bu gelire zarar görenin daha ileri yıllarda elde edeceği yükselmeleri, ücret, maaş dolayısıyla gelir artışları da eklenir (Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2015, s.748).

48. İskonto ise vadesi gelmemiş bir borcun vadesinden önce ödenmiş olması, alınan paranın vadeye kadar değerlendirilme olanağının bulunması nedeni ile borcun haksız iktisaba imkân vermeyecek oranda indirilmesidir.

49. Yıllar sonra elde edilecek bir gelir veya mahrum kalınan desteğin yıllar önce peşin ve toptan ödenmesi, bu tazminatı yıllarca değerlendirme imkânı sağlamaktadır. İskonto oranının kabulü tazminatın sermaye olarak belirlenmesinin bir sonucudur.

50. Peşin ve sermaye olarak alınan bu miktardan bir indirim yapılmadığı takdirde tazminat hukukunun, tazminatın hiçbir zaman zarardan fazla olmayacağı ilkesine ters bir durum meydana gelecek, tazminat zararı aşar duruma girecektir.

51. İşte iskonto haddinin uygulanması, gelir taksitlerinin peşin olarak verilmesi sebebiyle, hak sahibinin sermayeyi işleterek sağlayacağı avantaj nisbetinde bir indirim yapmak ve bu suretle tazmin müessesesini, gerçek zararı aşkın bir iktisabın aleti olmaktan kurtarma

amacından kaynaklanır (Tekinay Selahattin Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı İstanbul, 1963, s.219-221; Kudat Arkun, Cismanî Zararların Değerlendirilmesi ve Maluliyet Baremleri, Ankara 1970, s. 91-93).

...

53. Ölüm ve bedensel zararlar sebebiyle tazminat istemlerinde zararın büyük kısmı geleceğe yöneliktir.

54. Gelecekteki zararlar ve zarar süreleri varsayıma dayalı olduğundan ve bu zararların karşılığı peşin olarak ödeneceğinden iskonto oranı uygulanarak bir matematik işlemi yapılmakta bu işlem fomüller ile gerçekleştirilmektedir.

...

56. Tazminat hukuku ile ilgili tartışmalar ve yöntem arayışları neticesinde 1993 yılında “progressif rant” adı altında aynı kazanç unsurunun her yıl için %10 artırım %10 indirim biçiminde eşit oranda artırılıp eşit oranda iskonto edildiği yönetime geçilmiş, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin öncülüğünü yaptığı bu hesaplama biçimi Yargıtay daireleri tarafından da benimsenerek uygulanmaya başlanmıştır.

...

59. Sosyal Güvenlik Kurumunun 25.09.2012 tarihli ve 2012/32 sayılı 2011/58 sayılı Genelgede değişiklik yapılmasına ilişkin Genelgesinde TRH 2010 yaşam tablosuna göre yeniden güncellenen tablolara yer verilmiş ve yüzde beş iskonto oranı dikkate alınarak hesaplamalar yapılacağı belirtilmiştir.

60. Her ne kadar Kurum, hesaplamalarda açıklanan yönetmelikler, tebliğ ve genelge gereği yüzde beş iskonto uygulamasını dikkate alsa da gerçek zararın hesaplama ilkeleri ile Kurum hesaplama teknikleri birbirinden farklı olup Kurum uygulamaları tazminat hesabına yönelik genel ilkelerde uygulanmayacak ve ücret artış ve iskonto oranı yüzde on uygulanmaya devam edilecektir.”⁹⁰

⁹⁰ Yargıtay HGK, 21/12/2021 tarihli, E:2018/10-1027, K:2021/1708.

Danıştay ve Yargıtay, desteğin işleyecek aktif ve pasif dönem gelirinin rapor tarihi itibarıyla peşin sermaye değerinin progresif rant yöntemine göre hesaplanması gerektiğine karar vermektedir.⁹¹ Önemle belirtmek gerekir ki desteğin işlemiş/bilinen dönem geliri, yukarıdaki gibi artırma ve iskonto işlemine tabi tutulmadan doğrudan destek zararı hesabına yansıtılmalıdır.

4.14-Desteğin Bedensel ve Fikirsal Katkısına Göre Tespit Edilen Geliri

Gelirin, yapılan bir işin karşılığı olarak ayni ya da nakdi alınan şey olarak tanımlandığı ve bu tanıma göre fiziki ve fikri çalışma dışında kalan sermaye üzerinden sağlanan kazancın desteğin gelir hesabına dahil edilmemesi gerektiği ifade edilmekte ise de, desteğin çalışarak elde ettiği gelirin yanında sahip olduğu diğer mal varlığı unsurlarından sağladığı iktisadi ve mali değerler de desteğin gelirinin tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır.⁹²

Antalya, “*Desteğin geliri yanında, sahip olduğu malvarlığından elde ettiği gelirler, örneğin kira bedeli geliri; ürün geliri, ortaklık payı, bilirkişi ücreti, döner sermaye payı... ve hizmet şeklindeki edimleri dikkate...*” alınmalıdır görüşündedir.⁹³

Eren’e göre, haksız fiil neticesinde yaşamını yitiren desteğin, mirasçılara intikal edecek mirasının yarar sayılarak hesaplanan destek zararından düşülmemesi gerekir.⁹⁴

Desteğin gelirinin tespitinde, desteğin bedeni ve fikri gücünü kullanarak sağladığı gelirlerin dikkate alınması noktasında öğreti ile yargısal içtihatlar arasında görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak, öğreti tarafından desteğin sahip olduğu mal varlığından elde ettiği gelirlerin (kira geliri vs.) ve malvarlığının aslının (tarlanın, işyerinin vs.) gelirin elde edilmesine olan katkısının da dikkate alınması gerektiği

⁹¹ Yargıtay 17HD, 05/11/2009 tarihli, E:2009/7724, K:2009/7167. Danıştay 10D, 08/06/2021 tarihli, E:2016/3435, K:2021/3169 ve Danıştay 10D, 29/09/2021 tarihli, E:2021/4959, K:2021/4376 sayılı kararı.

⁹² GÖKYAYLA, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, s. 141.

⁹³ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-2, s. 187.

⁹⁴ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 834.

yönünde ileri sürülen görüşler, aşağıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere yargı yerlerince benimsenmemiştir.

Yargıtay, “...desteğin dükkan kirası, sera ve bahçe gelirlerine göre kazancının belirlendiği, oysa **kira geliri desteğin ölümünden sonra da devam edeceğinden hesaba katılmaması**, zirai gelirin ise tamamının değil, desteğin bu gelirin elde edilmesindeki kişisel katkısı belirlenerek tespit edilen bu miktara göre destekten yoksun kalma zararının tespiti gerektiğinden bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyulmuş, fakat bozma gereği yerine getirilmemiştir. Yapılan bilirkişi incelemesi ile desteğin elde ettiği zirai gelirin tümü, desteğin kazancı olarak kabul edilmiş ve belirlenen tazminat hüküm altına alınmıştır. Oysa önceki bozmamızda da belirtildiği gibi **desteğin zirai gelirin elde edilmesindeki kişisel katkısı tespit edilerek...**” gelirinin belirlenmesine karar vermiştir.⁹⁵

Yargıtay, “...desteğin vefatı ile sahip olduğu malvarlığı mirasçılara intikal etmektedir. Bu nedenle desteğin sağlığında gelir elde ettiği taşınmazlar, işyerleri, dükkanlar, tarım arazileri, büyükbaş, küçükbaş ve kümes hayvanları gibi ticari müessese ve tarımsal işletmeleri de mirasçılara intikal etmektedir. İntikal eden ticari faaliyet ve tarımsal işletme varlıklarının mirasçılar tarafından kullanılması neticesinde gelir elde edilebileceğinden artık destekten yoksun kalma zararı hesaplanırken bu durumun da nazara alınması gerekmektedir. Bu nedenle **desteğin vefatından önceki geliri tespit edilirken, söz konusu ticari faaliyet veya tarımsal işletmenin devamı için desteğin sağlığında yapmış olduğu kişisel katkısının belirlenmesi gerekmektedir.**

Bu durumda mahkemece, yukarıda belirtilen ilkeler ışığında, desteğin tarımsal faaliyette bulunduğu taşınmazlarının miktarı, yapılan zirai üretimin niteliği, yılın hangi döneminde ne kadar süreyle tarım yapılabildiği, desteğin kişisel özellikleri, kaç yaşına kadar zirai üretimde bizzat çalışmaya devam edebileceği, bedensel katkısının ne oranda olduğu, desteğin yerine işin görülmesi için başka birisinin çalıştırılması halinde ilgili meslek odalarından sorularak bu iş için ne kadar ücretle başka birisinin çalıştırılabileceği hususlarında gerektiğinde uzman

⁹⁵ Yargıtay 4HD, 18/09/2008 tarihli, E: 2008/7836, K: 2008/10517.

bilirkişilerden bilirkişi raporu alınmak suretiyle desteğin çiftçilik mesleğinde fiili emeği ile elde edeceği net gelirin ne kadar olacağı tespit edilip sonucuna göre karar verilmesi...” gerektiğini belirtmiştir.⁹⁶

Yargıtay, “...Destek TIR şoförü olarak çalışmakta, emek ve mesaisini bu işte kullanmaktadır. Desteğin ölümünden sonra bir şoför tutmak suretiyle nakliyecilik işinin devam ettirilmesi mümkün olduğuna göre **desteğin nakliyecilik işinden elde ettiği tüm gelir yerine bu gelirin elde edilmesinde desteğin kişisel katkısı ve salt şoförlük mesleğine...**” göre desteğin kazancının tespit edilmesini istemiştir.⁹⁷

Yargıtay, “Muristen kalan kira gelirlerinin destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesi doğru değildir. Kira ve diğer miras gelirleri düşülmeksizin yapılan hesaplama göre hüküm kurulması...” gerektiğine karar vermiştir.⁹⁸

Yerleşik yargı kararlarına göre, desteğin kira ve benzeri gelirleri hariç tutularak geliri tespit edilmelidir. Mirasçılara intikal eden kira ve benzeri miras gelirleri yarar kabul edilip hesaplanan zarardan düşülmemelidir. Mirasçılara intikal eden malvarlığından (mirastan) desteğin sağlığında elde etmiş olduğu gelirin tamamının değil, bu gelirin elde edilmesinde desteğin bedensel ve fikirselle katkısına isabet eden kısmı dikkate alınarak desteğin geliri belirlenmelidir. Bir başka ifadeyle, desteğin sağlığında mal varlığından elde ettiği toplam gelirin, desteğin kişisel emek ve katkısına isabet eden kısmının, desteğin paylaştırmaya esas geliri olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda aktarılan yargı kararlarına göre, çalışma gücünü tam ve kalıcı olarak kaybetmiş, gelir getirici bir işte çalışması veya hizmet ifasında bulunması da mümkün olmayan, kira ve faiz geliri dışında başkaca geliri bulunmayan bir desteğin ölümü, destek gören mirasçılar

⁹⁶ Yargıtay 17HD, 06/05/2019 tarihli, E:2016/13459, K:2019/5517.

⁹⁷ Yargıtay 4HD, 26/03/2012 tarihli, 2011/1649, K: 2012/4910. Aynı Daire 28.04.2009 tarihli ve E: 2008/11302

K: 2009/6017 sayılı kararıyla da, bakkal dükkanı işleten desteğin ölümünden sonra da bakkal dükkanının işletilmeye devam edildiği anlaşıldığına göre, desteğin bakkal dükkanının işletilmesindeki kişisel katkısı dikkate alınarak destek gelirinin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁹⁸ 4HD, 12/02/2009 tarihli, E: 2008/6610, K: 2009/2010.

yönünden destekten yoksun kalma zararının doğmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ancak varılan bu sonuç adalete ve hakkaniyete aykırıdır. Çalışma gücü, beden ve fikir gücünün kazanç getirici bir işte kullanılması demektir. Desteğin sağlığında bu gücü kullanarak kira ve faiz geliri getirebilecek bir malvarlığı edindiği açıktır. Desteğin kira ve faiz gelirine ve bu gelirin kaynağı olan malvarlığına bedensel ve fikirsal katkısı dikkate alınarak mirasçının yoksun kaldığı destek zararı hesaplanmalıdır. Mirasçı olmayan destek görenlerin zararı ise, desteğin sağlığında kira ve faiz geliri üzerinden bunlara yaptığı yardım kadar olmalıdır.

4.15-İlköğrenim, Ortaöğrenim veya Yükseköğrenim Gören Desteğin Geliri

Yerleşik yargı kararlarına bakıldığında; yükseköğrenim gören desteğin öğrenimini tamamlayıp mezun olacağı tarihten makul bir süre geçtikten sonra öğrenimine uygun asgari ücretin üstünde gelir getirici bir işte çalışacağı kabul edilmektedir. Makul sürenin belirlenmesinde, desteğin mezun olduğu/olacağı bölüm ile bu bölüm mezunlarının kamu veya özel sektörde iş bulabilme imkânları ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınmaktadır. Desteğin mezun olduğu/olacağı bölüme uygun bir iş buluncaya kadar geçecek süredeki gelirinin net asgari ücret kadar olduğu kabul edilmektedir. İlköğrenim veya ortaöğrenime devam eden desteğin yükseköğrenim görüp görmeyeceği ise desteğin ve ailesinin ekonomik gücü, diğer kardeşlerinin öğrenim durumu, yaşı, yaşadığı çevre, devam ettiği veya almış olduğu eğitim, eğitim sürecindeki başarı düzeyi, aile efradının eğitim düzeyi gibi birçok faktör nazara alınarak tespit edilmektedir. Bu yönde yapılacak tespitlere dayanılarak yükseköğrenim görme ihtimali bulunmayan küçüğün, 18 yaşını tamamlamasından sonra net asgari ücret seviyesinde bir gelirin olacağı varsayılmaktadır.

Konuya ilişkin yüksek mahkeme kararları aşağıda yer almaktadır.

Danıştay, hukuk fakültesi son sınıf öğrencisi olan desteğin gelirinin hesaplama yöntemini,“... desteğin avukatlık staj süresi ile avukat olarak işe başlayacağı süre ayrılarak staj süresi boyunca alacağı ücret ve staj bitiminde avukat olarak elde edeceği gelir konusunda ayrı ayrı hesaplama yapılması, söz konusu gelirin ise asgari ücretin üç katı şeklinde afaki bir şekilde belirlenmesi yerine İdare Mahkemesi

Erkan YILMAZ

tarafından ilgili meslek kuruluşundan (barolardan) davacılar yakınının...gelirinin sorulmak suretiyle netleştirilmesi...” gerektiğini belirterek doğru görmemiştir.⁹⁹

Danıştay, Yıldız Teknik Üniversitesi Makine Mühendisliği bölümü 2. sınıf öğrencisi olan desteğin öğrenimini tamamladığında gelirinin, kamu sektöründe çalışan makine mühendislerinin aylık geliri kadar olacağını belirterek, destek zararının asgari ücret esas alınarak hesaplanmasını hakkaniyete ve hukuka uygun bulmamıştır.¹⁰⁰

Yine bir başka kararında Danıştay, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi işletme bölümü mezunu olan davacılar murisinin (desteğinin) gerçek geliri tespit edilmeden asgari ücret üzerinden destek zararının hesaplatılarak maddi tazminata hükmedilmesini hukuka uygun görmemiştir.¹⁰¹

İstanbul Üniversitesi Elektrik-Elektronik Mühendisliği bölümü hazırlık sınıfı öğrencisi olan desteğin gelirinin, Devlet memuru olarak çalışacağı ve mühendis kadrosundan maaş alacağı kabulüne göre belirlenmiş olmasını Yargıtay, desteğin özel sektörde de çalışabileceği, konu ile ilgili kuruluşlara desteğin mezun olacağı bölüme göre muhtemel gelirinin miktarı, mezuniyet tarihi, mezuniyetinden sonra ne kadar sürede iş bulabileceği gibi hususlar sorularak sonucuna göre

⁹⁹ Danıştay 10D, 10/06/2021 tarihli, E:2019/6638, K:2021/3274.

¹⁰⁰ Danıştay 10D, 12/2/2014 tarihli, E:2019/11869, K:2014/777. Danıştay 10. Dairesinin 29/03/2016 tarihli, E:2013/6087, K:2016/1774 sayılı kararı da aynı yöndedir. İş gücü kaybı tazminatına ilişkin olmakla birlikte Danıştay, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmetler bölümü 1. sınıf öğrencisi olan davacının gelirinin, mezun olacağı tarih itibarıyla kamuda veya serbest piyasada çalışan bir sosyal hizmet uzmanının aldığı net maaş tutarı kadar olduğu, bu maaşın ilgili meslek kuruluşlarından veya Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'ndan sorularak ve/veya alanında uzman bilirkişiye yaptırılacak inceleme sonucu düzenlenecek rapor esas alınarak belirlenmesi gerekirken, internet üzerinden yapılan araştırma sonucuna göre bulunan maaş esas alınarak yapılan hesaplamayı içeren bilirkişi raporunun hükme esas alınmasını doğru görmemiştir. (Danıştay 10D, 11/10/2021 tarihli ve E:2016/3155, K:2021/4673)

¹⁰¹ Danıştay 10D, 31/12/2007 tarihli, E: 2005/3658, K: 2007/6626.

desteğin gelirin tespit edilmesi gerektiğini belirterek doğru bulmamıştır.¹⁰²

Yargıtay, Afyon Kocatepe Üniversitesi Konservatuvar Türk Müziği Bölümü 1. sınıf öğrencisi olan desteğin gelirin asgari ücretin 2,88 katı tutarında olabileceği yönünde yapılan tespitin hatalı olduğunu, desteğin gelirin en düşük Devlet memuru maaşı kadar olabileceğini belirterek destek zararının yeniden hesaplanması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰³

Yargıtay, 18 yaşında ve Meslek Lisesi (Yiyecek içecek hizmetleri-Pastacılık) bölümü 11. sınıf öğrencisi olan, aynı zamanda bir otelde servis garsonu olarak çalışan desteğin gelirin asgari ücret kadar olduğu kabul edilerek yapılan destek zararı hesabını doğru bulmamıştır.¹⁰⁴

Yargıtay, ölüm tarihinde 14 yaşında ve ilköğretim 7. sınıf öğrencisi olan farazi desteğin yükseköğrenim görebilme ihtimalinin, “...farazî desteğin ölmemiş olsaydı, hayatın normal seyrine ve tecrübelerine göre yaşı, yaşadığı çevre, devam ettiği veya almış olduğu eğitimi, eğitim sürecindeki başarı düzeyi, aile efradının eğitim düzeyi ve gelir durumu dikkate...” alınarak belirlenmesi gerektiğine, yukarıda belirtilen hususlara göre yapılan değerlendirmede yükseköğrenim görme ihtimali zayıf olan küçüğün gelirin asgari ücret kadar olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁵

4.16-Emekli Aylığı Alan Desteğin Geliri

Aşağıda yer alan yargı kararlarına göre, desteğin emeklilik veya yaşlılık aylığı desteğin gelirin tespitinde dikkate alınmamaktadır. Emekli aylığı dışında sürekli ve düzenli geliri bulunmayan desteğin gelirin AGİ’siz net asgari ücret kadar olabileceği, desteğin düzenli ve sürekli bir işi ve geliri var ise, emekli olduğu hususu da gözetilerek gelirin ilgili kişi, kurum ve kuruluşlardan sorularak araştırılması ve sonucuna göre desteğin gelirin tespit edilmesi, destek zararının ise tespit edilen bu gelir esas alınarak hesaplanması gerekmektedir.

¹⁰² Yargıtay 17HD, 12/11/2013 tarihli, E:2012/15729, K:2013/15525.

¹⁰³ Yargıtay 17HD, 11/12/2017 tarihli, E:2016/70, K:2017/11441.

¹⁰⁴ Yargıtay 17HD, 18/03/2019 tarihli, E:2016/8095, K:2019/3078.

¹⁰⁵ Yargıtay 17HD, 21/01/2019 tarihli, E: 2016/4403, 2019/425.

Yargıtay, desteğin sosyal güvenlik kurumundan aldığı emekli maaşının, onun ölümünden sonra hak sahibi mirasçılara dul ve yetim aylığı olarak bağlanacağı hususu gözetildiğinde, desteğin 800,00 TL'lik emekli maaşının destek tazminatı hesabında dikkate alınmamasına, yapılacak araştırmada desteğin emekli maaşı dışında sürekli ve düzenli gelir getiren bir işinin bulunmadığının saptanması halinde, desteğin asgari ücret kadar bir gelirinin olduğu kabul edilerek bu gelire göre destek zararının hesaplanmasına karar vermiştir.¹⁰⁶

Yargıtay, Bağ-Kur emeklisi olan ve başkası adına kayıtlı kamyonla şehir içi ve dışı nakliyecilik işi yapan desteğin, bu işle ilgili aylık net kazancının araştırılarak saptanan bu kazanç üzerinden (desteğin Bağ-Kur'dan aldığı emekli maaşı dahil edilmeksizin) destek zararının hesaplanmasını teminen mahkeme kararını bozmuştur.¹⁰⁷

Yargıtay, “*Emekli iken yaşamını yitiren desteğin, emekli de olsa, kalan ömrü süresince, ev ve çarşı pazar işleri gibi günlük işleri yaparak, aile bütçesine asgari ücret düzeyinde katkı sağlayacağı göz önüne alınıp net asgari ücret üzerinden davacı eş yararına destekten yoksun kalma tazminatı hesaplattırılması gerekir.*” demiştir.¹⁰⁸

Yargıtay bir başka kararında, desteğin öldüğü gün 51 yaşında ve SSK emeklisi olmasının, emekli maaşı dışında bir gelirinin bulunmamasının, davacılara rücu edilemeyen ölüm aylığı bağlanmış olmasının, davacıların destekten yoksun kalma tazminatı istemesine engel teşkil etmediğini belirterek, desteğin emekli de olsa, yaşına göre asgari ücret seviyesinde ek gelir elde edebileceğini kabul etmiştir.¹⁰⁹

4.17-Özel Sektörde İşçi Olarak Çalışan Desteğin Geliri

Yargıtay, bir iş kazası sonucu vefat eden bir işçinin gerçek ücretinin; sigortalının yaşı, iş deneyimi, mesleki kıdemi ile yaptığı işin niteliğine göre belirlenmesi, vasıflı işçinin asgari ücretle ya da bu civarda bir ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun olmadığı, her ne kadar vasıflı işçinin asgari ücretin

¹⁰⁶ Yargıtay 17HD, 24/10/2016 tarihli, E:2014/12372, K:2016/9218.

¹⁰⁷ Yargıtay 17HD, 16/05/2017 tarihli, E:2016/6913, K:2017/5522.

¹⁰⁸ Yargıtay 4HD, 17/06/2010 tarihli, E:2009/10653, 2010/7338.

¹⁰⁹ Yargıtay 4HD, 30/06/2010 tarihli, E:2009/12479, K:2010/8011.

üzerinde bir ücret ile çalışması kuvvetle muhtemel ise de, hesaba esas ücretinin tespiti için yukarıda belirtilen hususlarla birlikte sendika üyeliğinin araştırılması, sendikalı ise ilgili sendikadan toplu iş sözleşmesine göre alacağı ücretin tespit edilmesi, aksi halde TÜİK ve ilgili meslek odalarından sigortalının ölüm tarihi ile rapor tarihinde alabileceği ücretlerin araştırılması suretiyle belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.¹¹⁰

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak haksız fiilin veya idari faaliyetin neden ve etkisiyle desteğini kaybeden kimselerin yoksun kaldıkları “destek zararının” tam ve doğru bir şekilde hesaplanıp tazmin edilebilmesi, desteğin “gerçek gelirin” tam ve doğru tespit edilmesine bağlıdır. Destek zararının gerçeğe veya gerçeğe en yakın şekilde hesaplanmasında, desteğin gerçek gelirin tespit edilmesinin payı büyüktür. Çünkü desteğin geliri, destekten yoksun kalma tazminatının matrahını oluşturmakta ve bu matrah/gelir üzerinden destek payları belirlenmektedir.

Destekten yoksun kalma zararının hesaplanmasında yapılacak işlerden ilki ve aynı zamanda en zoru, desteğin gerçek gelirin tespitidir. Desteğin gelirini somut bilgi ve belgelere dayandırmak veya ortaya koymak her zaman mümkün olmamaktadır. Desteğin gelirin tespitinde yaşanan zorlukların önemli bir kısmı kayıt dışı istihdamdan, daha az prim ve vergi ödemek için düşük kazanç ve gelir beyanında bulunmak gibi sebeplerden kaynaklanmaktadır.

İşte bu sebeplerle desteğin gelirini tespit etmek çoğu kez kapsamlı bir inceleme ve araştırmayı gerektirmektedir. Bu inceleme ve araştırma sonucunda ulaşılan bilgi ve belgeler ile taraf iddia ve savunmaları bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle desteğin gerçek geliri ve bu gelir esas alınarak muhtemel geliri belirlenmektedir.

Desteğin gelirin tespitinde, bilinen somut veriler varken, varsayıma gidilemeyeceği kuralı da göz önünde tutulmalıdır. Desteğin

¹¹⁰ Yargıtay 10HD, 15/12/2020 tarihli, E:2020/6964, K:2020/7222.

Erkan YILMAZ

gerçek geliri, hükme en yakın tarihteki güncel bilgi ve belgelere göre tespit edilmelidir. Bu şekilde tespit edilmiş gelir esas alınarak düzenlenen bilirkişi raporu bu yönüyle hükme esas alınabilir. Bir başka ifadeyle, hüküm tarihi itibarıyla güncel verilere dayanan bilirkişi raporunun yardımı ile destek görenlerin zararı tam ve doğru olarak hesaplanabilir.

Destegin, destek zararı hesabına esas alınacak gelirin tespit yöntemi her somut olayın özelliğine göre farklılık göstermektedir. Bu farklılıktan dolayı somut olaya göre desteğin gelirin tespitinde izlenecek yöntem belirlenmelidir. Devlet memuru olan desteğin gelirini, işlemiş/bilinen aktif dönem bakımından gerçeğe en yakın şekilde tespit edebilmek mümkün iken, farazi desteğin geliri bütünüyle varsayıma dayanmaktadır.

Tazminat hesaplarının hukuksal gerekçeleri tüm hukuk sistemlerinde, öğretiden görüşlerle ve yüksek mahkemelerin düzenli ve tutarlı içtihatları ile oluşmuş ve ilkeleşmiştir. Bir başka ifadeyle, destekten yoksun kalma zararının hesaplanmasında izlenecek yöntemler ile gözetilecek ilkeler öğretideki görüşler ile yargı kararlarıyla belirlenmiştir. Bu yöntem ve ilkeler gözetilerek desteğin gelirin tespit edilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

ÇELİK, Çelik Ahmet, İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

GÜNDÜZ, Fatma Ebru / GÜNDÜZ, Hakan, “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2011, Cilt XV, Sayı 3.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

GÖKYAYLA, K. Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

GÜRSOY, Kemal Tahir, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHFD, Yıl 1972, C. 29, S. 1-2.

KARABEY, Uğur, “Cismani Zarar Hesabında Aktüerya”, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018.

KOCABAŞ, Gediz, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, Yıl 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.

YILMAZ, Ayça Zorluoğlu, Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

**659 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDE
ÖNGÖRÜLEN İDARİ SULH UYGULAMASININ
BAŞARISIZLIĞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

**AN ASSESSMENT ON THE FAILURE OF THE
IMPLEMENTATION OF ADMINISTRATIVE CONCILIATION
PROVIDED FOR IN THE DECREE LAW NO. 659**

Dr. Murat ŞAŞI*

ÖZ

İdari uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözümü, uzun yıllardan beri tartışılan bir konu olarak halen güncelliğini korumaktadır. Bu tartışmalar genel olarak idari yargının dava yükünün sürekli artış göstermesi ve yargılama süreçlerinde yaşanan gecikmeler ekseninde yürümektedir. Yargılamanın maliyetli ve zaman alıcı olması, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelmenin gerekçeleri arasında gösterilmektedir. Çağdaş hukuk sistemlerinde uzun yıllardır var olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, son yıllarda ülkemizde de gündeme gelmektedir. Ülkemizde idari uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümüne ilişkin farklı yasal düzenlemelerde farklı usuller öngörülmektedir. Bu anlamda kamu idarelerinin tarafı olduğu idari işlem veya eylemden kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallini öngören 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, kapsam dâhilindeki tüm idareler için yeknesak kurallar içermesi bakımından bir dönüm noktası mahiyetindedir. İdari sulh ile uyuşmazlıkların yargıya intikalinden önce kısa sürede ve daha az maliyetle çözülmesi amaçlanmış olmakla birlikte uygulamada istenen başarının bir türlü sağlanamadığı görülmektedir. Çalışmamızda bu başarısızlığın nedenleri, yasal düzenleme ve ikincil mevzuatın yeterliliği ve sorumluluk hukuku kapsamında ele alınmıştır.

Makalenin Geliş Tarihi : 15.02.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 06.06.2022

* Danıştay Tetkik Hakimi

sasimurat@gmail.com ORCID ID: 0000-0001-7942-7880

Anahtar Kelimeler: İdari Sulh, İdari İşlem, İdari Eylem, Hukuki Uyuşmazlık, İdarenin Sorumluluğu.

ABSTRACT

The resolution of administrative disputes by non-judicial means is still a live topic that has been discussed for many years. These discussions generally continue on the axis of continuous increase in the caseload of the administrative judiciary and the delays in the trial processes. Costly and time-consuming litigation is cited among the reasons for turning to alternative dispute resolution methods. Alternative dispute resolution methods, which have existed for many years in contemporary legal systems, have come to the fore in our country in recent years. In our country, different procedures are envisaged in different legal regulations regarding the resolution of administrative disputes with alternative methods. In this sense, the Decree Law No. 659, which provides for the settlement of administrative disputes regarding compensation claims arising from an administrative act or action is a turning point in terms of containing uniform rules for all administrations within the scope of Law. Although it is aimed to resolve disputes with an amicable agreement in a short time and with less cost before they are submitted to the judiciary, it is seen that the desired success has not been achieved in practice. In our study, the reasons for this failure are discussed within the scope of legal regulation and adequacy of secondary legislation and responsibility law.

Keywords: Administrative Conciliation, Administrative Act, Administrative Action, Legal Dispute, Liability Of The Administration

GİRİŞ

İdari uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözümlenmesine ilişkin olarak hukukumuzda çeşitli yasal düzenleme bulunmaktadır. Çalışmamızda bu konudaki temel yasal düzenlemelerden olan 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile öngörülen idari uyuşmazlıklardaki sulh konusu incelenecektir.

659 sayılı KHK ile kapsam dâhilindeki idarelerin taraf olduğu uyuşmazlıkların yeknesak bir yöntemle çözümüne yönelik kurallar belirlenmiş, adli veya idari uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümüne ilişkin sürecin yanı sıra uyuşmazlığı gidermeye yetkili kişi veya kurullar da belirlenmiştir. KHK kapsamı oldukça geniş olup, Cumhurbaşkanlığı ve yüksek mahkemeler dâhil tüm genel bütçe kapsamındaki idareler ile üniversiteler de dâhil olmak üzere özel bütçeli idareleri kapsamaktadır. Bu bağlamda kararname Türk idari teşkilatının büyük kısmında uygulanacak kuralları belirlemektedir.

İdare hukukunun, özel hukuktan farklı olarak kamu yararını ön planda tutması, idari işlemlerde irade serbestisinden ziyade idarenin tek yanlı irade açıklamasının esas olması, hizmetten yararlananlarla ilişkilerde idarenin kamu gücü kullanma yetkisine sahip olması, idari yargının hukuka uygunluk denetiminin yanı sıra idareyi hukuk düzeni içinde tutma işlevi görmesi, idari işlem ve eylemlerin pek çoğunun kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kamu düzenine ve kamu yararına ilişkin olması, idari geleneklerin ve yönetim kültürünün uzlaşmacı tavırdan uzak olması gibi idari uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarının uygulanmasını güçleştiren hususlara ilişkin çok değerli ve detaylı tespitler literatürde yer almaktadır.¹ Çalışmamızda bu tespitler veri kabul edilerek bunların tekrarına yer verilmeyecek; 659 sayılı KHK'nın ve uygulama Yönetmeliğinin metninden, sorumluluk hukukundan ve uygulamadan kaynaklı sorunlara odaklanılacaktır.

¹ Zehra ODYAKMAZ ve Serkan ÇINARLI, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Ankara Orion Kitabevi, 2013; Nilay ARAT, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Halli Önündeki Engeller” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S.1 -2, 2011; Nilay ARAT, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin İdare Hukuku Açısından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu Ankara, 2021; Murat SEZGİNER, İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Uygulanabilirliği ve Uygulanan Yöntemlerin İşlevselliğine İlişkin Genel Değerlendirme, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu Ankara, 2021.

I. 659 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME UYARINCA İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA SULH

Arapça kökenli bir kelime olan sulh, barışma, anlaşma, uzlaşma anlamına gelmektedir.² Hukuki anlamda ise karşılıklı feragat ve karşılıklı anlaşmaya dayalı olarak mevcut bir uyuşmazlığı ortadan kaldıran veya muhtelif bir uyuşmazlığın önüne geçen karşılıklı bir anlaşmadır.³

Sulh, uyuşmazlığın tarafları arasında karşılıklı mutabakat ile sonlandırılmasıdır. Uzlaşma veya müzakereye dayalı anlaşma olarak da adlandırılan sulh, yargı dışı bir çözüm yöntemi olup, tarafların karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı nihai olarak sonlandırdıkları karşılıklı bir anlaşmadır.⁴

Hukukumuzda idari uyuşmazlıkların yargısal olmayan yöntemlerle çözümlenmesine ilişkin farklı pek çok düzenleme bulunmaktadır. Yargısal usullere tâbi olan tahkim haricinde, en çok karşılaştığımız idarenin kendi iç yapısındaki hiyerarşik amirler veya kurullar marifetiyle idari uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin yasal düzenlemelerdir.⁵ Örneğin 442 sayılı Köy Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzün Önlenmesi Hakkında Kanun, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu gibi pek çok kanunda ihtiyari veya zorunlu olarak düzenlenen idari başvurular ile uyuşmazlıkların yargısal olmayan yöntemlerle çözülmesi amaçlanmıştır. Bu düzenlemelerde idari uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin farklı hukuki prosedürler yer almakta iken; 659 sayılı KHK ile genel bir düzenleme yapılarak, idari işlem veya

² Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, Ankara, 2016, s. 1821.

³ T. Azmi USLU, Yeni Hukuk Lûgatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Site Kitabevi, İstanbul, 1964 s. 282.

⁴ Zehra ODYAKMAZ, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları), Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006, s.67.

⁵ A. Ülkü AZRAK, “İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri”, Danıştay 141. Yılı Sempozyumu, Ankara 2009, s.71-79.

eylemden kaynaklı zararların tazmininin yargı dışı yollarla çözüme kavuşturulmasına ilişkin yeknesak kurallar belirlenmiştir.⁶

659 sayılı KHK'nın ilk maddeleri kapsam dâhilindeki idarelerde hukuk hizmetlerinin yürütülme usul ve esaslarına ilişkin olup, dokuzuncu maddeden itibaren adli ve idari uyuşmazlıklardaki sulhe ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. KHK 12'nci maddesi uyarınca idari işlemler veya eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenler, idareye başvurarak zararlarının sulh yoluyla tazminini isteme hakkına sahiptirler. Bu başvuruların idari işlemler için dava açma süresi içinde isteğe bağlı olarak yapılması öngörülürken, idari eylemlerden kaynaklı zararlar için dava açmadan önce zorunlu olarak yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca idari eylemden kaynaklı zararın tazmini için idareye yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilmekte ve sulhe ilişkin yasal sürece göre bu başvuruların sonuçlandırılması öngörülmektedir.

659 sayılı KHK kapsamındaki sulh başvurularını incelemek ile görevli kılınan komisyonun çalışma usul ve esaslarını düzenleyen Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 04.07.2012 tarih ve 28343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, düzenleme ile hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun görev ve yetkileri belirlenmiştir.

659 sayılı KHK kapsamındaki idari başvuru, dava açılmadan önceki safhada başvurulması gereken bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak öngörülmüştür. İdari uyuşmazlıklarda sulh, 659 sayılı KHK'nın 12'nci maddesinde ve Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir.

Kararnameye göre başvuru, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilecek; KHK'ya uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular ise hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilecektir (Md. 12/4).

⁶ Nilay ARAT, 2021, s. 8.

Dr. Murat ŞAŞI

Yönetmelikte ise 1.000.000 Türk Lirasına (2022 yılı için 2.824.611,00 TL) kadar olanlar ile bu meblağ dâhil uyuşmazlıklarda, hukuk biriminin görüşü alınarak, ilgili harcama yetkilisinin teklifi üzerine üst yönetici tarafından sulh yoluna gidileceği, bu miktarın üzerindeki uyuşmazlıkların ise Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu tarafından inceleneceği kuralı getirilmiştir (Md. 5).

Yönetmeliğe göre, Komisyon, idari uyuşmazlıklarda ihtilafların çözümlenmesinde görüş bildirmek üzere her idarenin kendi bünyesinde üst yöneticinin görevlendireceği, biri hukuk birim amiri, biri hukuki uyuşmazlıkla ilgili birim amiri ve biri de hukuk biriminde görevli olanlar arasından seçilecek bir kişi olmak üzere en az üç üyeden oluşmakta ve komisyon başkanı üst yönetici tarafından belirlenmektedir (Md.4/1). Hak ihlaline neden olan birden fazla idarenin varlığı halinde, ortak hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu oluşturulabileceği öngörülmüştür (KHK Md. 12/4, Yönetmelik Md.4/2).

Komisyonun idarelerin merkez teşkilatında kurulması öngörülmüş; taşra teşkilatı olan idareler için merkez teşkilat haricinde bir komisyon öngörülmemiştir. Yönetmelikte ortak komisyonlar kurulabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte bu komisyonların üye sayısı ve karar yeter sayısına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Örneğin iki idareli ortak komisyonun başkanının nasıl belirleneceği, mevcut durum kıyasen uygulandığında başkanlar dâhil altı üyeli olacak müşterek komisyondaki oyların eşitliği halinde nasıl bir yol izleneceği, iki idarenin üst yöneticilerinin veya bakanlarının farklı karara varmaları halinde nasıl bir idari süreç işletileceğine ilişkin Yönetmelikte herhangi bir belirleme yapılmamıştır.

Komisyon tarafından yapılan inceleme, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemde doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarının tespitine yöneliktir. Başvuru kapsamında komisyon, bilirkişi incelemesi dâhil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapmaya, olayla ilgili bilgisi bulunan kişileri dinlemeye yetkilidir (Md. 12/5).

Komisyondun hazırlayacağı rapordaki tespit ve öneriler, KHK'nın 11'inci maddesi uyarınca uyuşmazlığın maddi değerine göre belirlenmiş karar vermeye yetkili merciler olan bakan veya Cumhurbaşkanı tarafından değerlendirilecektir.

Öncelikle KHK'nın 12'nci maddesi uyarınca usulüne göre yapılmış ve idarece reddedilmemiş tüm başvuruların, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna havalesi öngörülmekte iken; KHK'nın 11'inci ve Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 5'inci maddesinde 1.000.000 Türk Lirasına (2022 yılı için 2.824.611,00 TL) kadar olanlar ile bu meblağ dâhil uyuşmazlıklarda, hukuk biriminin görüşü alınarak, ilgili harcama yetkilisinin teklifi üzerine üst yönetici tarafından sulh yoluna gidileceği öngörülmüştür.

659 sayılı KHK'nın 12'nci maddesinde idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli detaylı olarak düzenlendiği ve sulhe yetkili makamlara ilişkin de gerekli atıf yapıldığı halde, maddenin 10'uncu fıkrasında sayılan idari davaların açılmasından, takibinden, davayı kabul ve feragatten, kanun yollarına başvurulmasından vazgeçilmesi gibi taraf usul işlemlerinin arasında tekrar idari sulhe yer verilmesi ve tutar ve esasların 11'inci maddeye göre belirleneceğine ilişkin düzenleme yapılması, Yönetmelikte de Komisyonun 1.000.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklarda görevli olduğuna ilişkin düzenleme uygulamadaki belirsizliği artırıcı niteliktedir.

Bu hukuki belirsizlik ve çelişkili durum, konuya ilişkin akademik çalışmalarda da kendisini göstermektedir. İdari uyuşmazlıklara ilişkin usulüne uygun olarak yapılmış her bir başvurunun Komisyon tarafından incelenmesi gerektiği yönündeki görüşe⁷ mukabil, usulüne uygun başvurulardan 1.000.000,00 TL (2022 yılı için 2.824.611,00 TL)'ye kadar olan bu miktar dâhil başvuruların ilgili idarenin hukuk birimi tarafından, bu meblağın üzerindeki taleplerin ise Hukuki Uyuşmazlık

⁷ Gürsel ÖZKAN, "Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü" Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, s. 263.

Dr. Murat ŞAŞI

Değerlendirme Komisyonu tarafından inceleneceği yönünde uygulamaya ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır.⁸

İdari uyuşmazlıklara ilişkin olarak Yönetmelikte yer alan 1.000.000 Türk Lirasından fazla olanların Komisyon tarafından incelenebileceğine ilişkin düzenleme (Md. 5), 659 sayılı KHK'nın 12'nci maddesinin 4 ve 6'ncı fıkralarına açıkça aykırı niteliktedir ve anılan meblağın altındaki idari uyuşmazlıklarda Komisyona görev verilmediği için Yönetmelik bu yönüyle eksik bir hukuki düzenlemedir. Uygulamaya ilişkin esasların belirlendiği düzenleyici işlem ile dayandığı üst norm arasındaki uyumsuzluk, eksiklik ve hukuki belirsizlik, tazminat ödenmesi gibi mali sorumluluk gerektiren bir idari prosedürün uygulayıcılarının daha çekingen davranmasına neden olabilecektir. Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun görevine ilişkin belirsizlik ve çelişkiler, uygulamanın başarısını doğrudan etkiler niteliktedir.

Güncel rakamlar itibariyle 2.824.611,00 TL'ye kadar olanlar ile bu meblağ dâhil uyuşmazlıklarda Komisyon görevli değildir. Hukuk birim amirine, KHK'nın 12'nci maddesinin 5'inci fıkrasında öngörülen maddi olayı aydınlatacak bilirkişi incelemesi, olayla ilgisi olanların dinlenmesi gibi yetkiler de tanınmamıştır. Tam yargı davalarının büyük çoğunluğunun yukarıda aktarılan meblağın altında olduğu dikkate alındığında, başvurunun zımnen reddi, tazminat talebine ilişkin bir görüş hazırlanmasından daha kolay ve güvenli bir yol halini almaktadır.

İdari işlem ve eylemler nedeniyle idareye yapılan sulh başvurularının komisyonca incelenmesinde; başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işleminden doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarının tespit edileceği düzenlenmiştir. (Md. 8) Gerek Komisyon gerekse hukuk birim amiri tarafından idarenin sorumluluğu değerlendirilirken idare hukukunun

⁸ Mehmet KARAARSLAN, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yıl 2019, Sayı:140, s. 97; Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği 2016 İstanbul Kongresi, İdari Konularda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Danıştay Yayınları, Ankara 2016, s. 166.

sorumluluğa ilişkin temel ilkelerinin bilinmesi ve uyuşmazlığa doğru tatbik edilmesi önem arz etmektedir.

Sorumluluk hukuku idare hukukunun içtihadında en sık başvuru alan ve içtihadın belirleyici nitelikte olduğu alanlarından biri olup, Danıştay'ın ve ilk derece mahkemelerinin içtihatlarıyla sürekli değişen bir mahiyete de sahiptir.

659 sayılı KHK uyarınca 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli I ve II sayılı cetvellerde yer alan idarelerde oluşturulan Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonları ile hukuk birim amirleri, bedeni ve cismani zararlar müstesna olmak üzere, zararın hesaplamasında takdir yetkisinin son derece yüksek olduğu bir alanda, idari işlem veya eylemden kaynaklı zararları belirleme ve bu zararları giderecek önerileri üst yöneticilere sunma gibi zorlu bir görevi üstlenmektedirler. 659 sayılı KHK'nın 12'nci maddesi ile bu Komisyonlara ve hukuk birim amirlerine idari yargının en çetrefilli alanlarından biri olan sorumluluk hukukuna ilişkin yargısal faaliyete eş değer bir kamu görevi yüklenmiştir.

II. İDARİ İŞLEM VE EYLEMDE SULH SÜRECİ

659 sayılı KHK kapsamındaki idari sulh, idari işlem veya idari eylemden kaynaklı zararın tazminine ilişkin olup, idari sözleşmeler KHK kapsamı dışında tutulmuştur.⁹ İdari sözleşmeler de idarenin faaliyetlerinin bir parçası olmakla birlikte, KHK'nın açık lafzından da anlaşılacağı üzere sulh usulü sadece idari işlem ve idari eylemden kaynaklı zararın tazmini ile sınırlandırılmıştır. Fakat, uygulamayı düzenleyen Yönetmelikte bu hususun gözetilmediği, idari veya adli sözleşme ayrımı yapılmaksızın idarenin tarafı olduğu sözleşmede belirtilmeyen sebeplerle sözleşmenin değiştirilmesi veya sona erdirilmesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde komisyona görüş bildirme yetkisi verildiği görülmektedir.

⁹ Mehmet KARAARSLAN, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yıl 2019, Sayı:140, s. 95.

İdari işlemde olduğu gibi idari eylemden kaynaklı sorumlulukta da hizmet kusuru yani kusur sorumluluğu birincil nitelikte; kusursuz sorumluluk ise belli şartların gerçekleşmesi halinde ikincil niteliktedir.¹⁰

İdarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin hukuka uygun işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararı belli şartların varlığı halinde tazmin etme yükümlülüğüdür.¹¹ İdarenin kusursuz sorumluluğu, iki temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlar “risk ilkesi” ve “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkeleridir. Kusursuz sorumluluğa ilişkin Danıştay kararlarında, “adalet”, “hakkaniyet” ve “nesafet” gibi kavramlara da yer verilmekle birlikte, kusursuz sorumlulukta bu iki ana ilke esas alınmaktadır.

Kusursuz sorumluluk, anormal ve özel nitelikteki zararların tazmini için başvuru bir sorumluluk esasıdır.¹² Kusur sorumluluğunun aksine kusursuz sorumlulukta, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için kişinin olağandışı ve özel bir zarara uğraması gerekmektedir.¹³

659 sayılı KHK kapsamındaki sulh başvurularının, idari işlem veya eylemden kaynaklı bir zararın tazminine yönelik olması ve talebe yönelik idarece yapılacak değerlendirmenin de sorumluluk hukuku ilkelerine göre yapılması gerekmektedir.

Ayrıca KHK’da öngörülen sulh usulü yalnızca kapsam dâhilinde olan idarelerde başvurulabilecek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Kapsam dâhilinde olan genel bütçeli ve özel bütçeli idareler dışındaki idarelerin, ilgili yasal düzenlemelerde bir atıf bulunmadığı takdirde 659 sayılı KHK’da öngörülen idari sulhe başvurarak uyuşmazlıkları çözümlenmesi mümkün değildir.

¹⁰ Danıştay 10. Daire, E:2007/3301, K:2008/2939, 29.04.2008. “Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.”

¹¹ L. DURAN, 1974, s. 47; K. Gözler, 2009, s. 1164.

¹² K. GÖZLER, 2009, s. 1165-1166.

¹³ Danıştay İDDK, E:2013/4602, K:2014/1220, 26.03.2014; Danıştay 15. Daire, E:2016/10067, K:2017/1422, 29.03.2017.

659 sayılı KHK'nın adli uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen 9'uncu maddesinde idarenin, uyuşmazlığın diğer tarafını sulhe davet edeceği düzenlenmiştir. İdari işlemde kaynaklı sulh uygulamasında ise idarenin sulhe davet yetkisine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. İdare hukukunda idarenin yetkilerine ilişkin olarak yasal düzenleme olmadığı müddetçe idarenin yetkisizliği asıl olduğundan, idarenin bu tür uyuşmazlıklarda zarara uğrayan tarafı sulhe davet yetkisi bulunmamaktadır. KHK'nın 12'nci maddesi uyarınca sulh başvurusu, yalnızca idari işlemler veya eylemler sebebiyle hakları ihlal edilen ilgililer tarafından yapılabilmektedir. Bu anlamda idarenin sulh sürecini re'sen başlatma yetkisi de bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın sulh yolu ile giderilmesine yönelik başvurunun şekline yönelik bir hüküm bulunmasa da; belirli bir miktar ve konuyu içermeyen başvuruların reddedileceğini düzenleyen KHK'nın 12'nci maddesinin 4'üncü fıkrası düzenlemesinden başvurunun yazılı olarak yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır.¹⁴

659 sayılı KHK ile idari eylem ve idari işlemde kaynaklı uyuşmazlıklar için de farklı düzenlemelere gidildiğinden idari sulh süreci, idari işlem ve idari eylem açısından farklı iki alt başlıkta irdelenecektir.

II. A İdari İşlemlerde Sulh Süreci

659 sayılı KHK'nın 12'nci maddesinde, "*İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler.*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme içeriği itibarıyla oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olabilecek niteliktedir. Burada öncelikle ülkemizde bir idari usul kanunu bulunmadığından ve idari işlemin ne olduğuna yönelik yasal düzenlemelerde veya ikincil mevzuatta açık bir tanım olmadığından, idari işlem, içtihat ve literatüre dayalı olarak tavsif edildiğinden, öncelikle idari işlemin ne olduğu hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

¹⁴ Turgut CANDAN, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 475.

İdari işlem, *idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması*¹⁵; idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan tek yanlı irade beyanıyla kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapan kamu hukuku işlemleri¹⁶, idarenin iradesini açıklaması ile hukuksal sonuçlar doğuran işlemler¹⁷, “*idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerin, 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 açıklamaları*”¹⁸ şeklinde tanımlanabilmektedir. İdare hukuku literatüründe kimi zaman işlemi tesis eden makam ve kamu gücünü önceleyen, kimi zaman işlemin mahiyetini irdeleyen ve bir anlamda birbirini tamamlayacak nitelikte birden fazla idari işlem tanımına rastlanmaktadır.¹⁹ Anayasa Mahkemesine göre bir işlemin idari işlem sayılabilmesi için, idari karar veya tasarrufun bir kamu kurumunca veya idare içinde yer alan idari bir makamca alınmış olması ve idarenin idare hukukuna göre yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili bulunması gerekmektedir.²⁰ Fakat bu tanım, idari fonksiyondan ziyade idari organı esas alan bir tanım olduğundan ve idari fonksiyona dâhil tek yanlı ve kamu gücüne dayalı işlemi yansıtmaktan uzak olduğundan yeterli bir tanım olmadığı söylenebilir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 14.4.1973 gün ve E:1972/2, K:1973/10 sayılı kararında da, idari işlem

¹⁵ Kemal GÖZLER, İdare Hukuku C.I Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s. 656.

¹⁶ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2000, s.109-110.

¹⁷ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN, İdare Hukuku C.I Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.363.

¹⁸ Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNLER, Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 375.

¹⁹ Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara, TODAİE Yayınları No: 117, 1970, s. 155; Lütfi DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, 1982, s. 385; Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 108; İsmet GİRİTLİ, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, Kahraman BERK, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 1278.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1976/1, K:1976/26, 25.05.1976 “Bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için, o tasarruf veya kararın bir kamu kurumunca ya da idare örgütünde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir. Başka bir deyimle bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari nitelik taşıyan kararlardır.”

tanımının “...*idare makamlarının, idare fonksiyonu ile ilgili konularda aldığı tek taraflı idari karar...*” şeklinde yapıldığı görülmektedir.

İdari işlemin erkler ayrılığı anlamındaki yürütme organınca tesis edilmiş olması da gerekmemektedir. Yasama ve yargı organlarının yargılama faaliyeti dışında kalan idari fonksiyon dâhilindeki işlemleri, idari işlem olarak kabul edilmektedir.²¹ İdari işlev kapsamında tesis edilen işlemler ve eylemler “idari” niteliğe kavuşmaktadır.²² Anayasa Mahkemesine göre, “*idare işlevine ilişkin olan işlemler yargısal makamlar tarafından yapılırsa dahi idari işlem niteliğini haizdir ve Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabidir*”.²³ Danıştay'ın konuya yaklaşımı da benzer mahiyettedir.²⁴

Yargıtay kararlarında, idarenin kamu gücünü kullanarak tek yanlı olarak tesis ettiği işlemler, idari işlem olarak kabul edilmektedir.²⁵ Danıştay kararlarında da benzer tanımlamaların yapıldığı

²¹ Celal ERKUT, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları 2015, s. 11.

²² C. ERKUT, 2015, s.12.

²³ Anayasa Mahkemesi, E.2015/18 K.2016/12, 10.02.2016, “Bir yüksek yargı organı olan Danıştay'ın iç düzen ve işleyişine yönelik bir takım işlerin, aslî görevleri idari uyumsuzlukları çözüme kavuşturmak olan yüksek yargıçların oluşturduğu ve Danıştay Başkanının başkanlığında üç daire başkanı ve üç üyeden meydana gelen Başkanlık Kurulu tarafından karara bağlanmasının işlevsel olarak idari bir faaliyet olduğunun, dolayısıyla, Kurulun karar ve işlemlerinin idari nitelikte olduğunun kabulü gerekir.”

²⁴ Danıştay 10. Dairesi, E.2015/1663, K.2016/91, 05.01.2016. “...davacının bireysel başvurusu hakkındaki kararın "yayımlanmasına" ilişkin işlem, yargı fonksiyonunun yerine getirilmesi kapsamında tesis edilen yargısal işlem değil, aksine idari bir işlem olduğundan, davacının açık kimliği ve kimliğini belli eden bilgilerin yer aldığı kararın Anayasa Mahkemesinin ve Resmi Gazetenin internet erişimine açık arşivi başta olmak üzere kamuya açık tüm kaynaklardan kaldırılması talebiyle yaptığı başvurunun zımnen reddi işleminin de, bir idari işlem olduğu, dolayısıyla idari davaya konu edilebileceği sonucuna varılmaktadır.”

²⁵ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E.2016/20595, K.2017/5627, 03.07.2017. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E.2013/3351, K.2013/5108, 02.04.2013, “775 sayılı Gecekondu Yasası gereğince verilmiş bulunan ve iptali istenen tapunun, idarenin tek yanlı, resen verdiği bir karar olup idari işlem niteliğinde olduğu...”

görülmektedir.²⁶ Danıştay kararlarında, bir işlemin idari işlem sayılıp iptal davasına konu olabilmesi için o işlemin kesin ve yürütülmesinin zorunlu nitelikte bulunması gerektiği de açıkça belirtilmektedir.²⁷ İdari işlemler, idari makamların kamu gücüne dayanan, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları, tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen irade açıklamaları olarak tanımlanmıştır.²⁸ İdari işleme ilişkin bu tanım kapsayıcı ve dolayısıyla daha doğru bir tanım içermektedir.

Yukarıda aktarmaya çalıştığımız tüm idari işlem tanımlamaları birlikte değerlendirildiğinde, idari fonksiyonu ifade etmek üzere kullandığımız “idare” nin yürüttüğü kamu hizmetlerini gerçekleştirirken aldığı karar ve tasarrufların idari işlem olarak kabul edilebilmesi için, yetkili idari makamlarca tesis edilmiş olması, hukuki sonuç doğuracak nitelikte olması (idari işlemin icrailiği), kamu gücü kullanılarak bu karar ve tasarrufların hayata geçirilmesi ve tek yanlı irade açıklamasıyla gerçekleşmiş olması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz.

İdari işlemler, kamusal faaliyetlerin icrasındaki en yaygın başvuru hukuki araç olması dikkate alındığında, kişilerin idari faaliyetler nedeniyle uğradıkları zararların önemli bir bölümünün de idari işlemlerden kaynaklandığı ifade edilebilir.²⁹ İdari işlemlerin tesis edilmesiyle doğrudan zarar meydana gelebileceği gibi, bazı idari işlemlerin uygulanması neticesinde de zarar ortaya çıkabilmektedir.

İdari işlem nedeniyle uğranılan zararlar büyük çoğunlukla bireysel işlemlerden kaynaklanmakla birlikte, düzenleyici idari işlemler nedeniyle de kişilerin zarara uğradığı haller söz konusu olabilmektedir.

²⁶ Danıştay 10. Dairesi, E.1987/71, K.1989/822, 17.04.1989 “...uyuşmazlık, hazine arazilerinin kiraya verilmesi mevzuatına göre, kiralamadan yararlanacak muhtaç çiftçilerin tespitine ilişkin olarak Karaman Muhtaç Çiftçi Tesbit Komisyonunca anılan karardan kaynaklanmaktadır. Henüz özel hukuk ilişkisine girilmeden, kamu gücü kullanılarak tek taraflı alınan bir karar olması nedeniyle idari işlem niteliği taşıyan dava konusu işlem...”

²⁷ Danıştay 10. Daire, E.1993/180, K.1994/5095, 20.10.1994.

²⁸ Danıştay 10. Daire, E.1996/7325, K.1999/106, 26.01.1999.

²⁹ Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2018, s.254

İdari işlemin esası bakımından hukuka aykırılığı nedeniyle bir zarar doğmuşsa bu zararın tazmini gerekmektedir. Esas bakımından hukuka aykırılıklar, sebep, konu ve maksat yönlerinden yapılan denetim sonucu idari işlemin hukuka aykırı bulunmasıdır. Gözler'e göre esas yönünden hukuka aykırılıkla kusur arasında mutlak bir eşitlik bulunmaktadır.³⁰

İdari işlemde dolayı idarenin kusur sorumluluğuna gidilebilmesinin birinci şartı, işlemin hukuka aykırı olmasıdır;³¹ bir idari işlemin idarenin sorumluluğunu gerektirmesi için hukuka aykırı olması zorunlu olmakla birlikte her hukuka aykırı işlemde dolayı idarenin sorumluluğundan söz edilemez.³² Örneğin şekil sakatlıkları konusunda Danıştay asli ve tali şekil sakatlıklarını idari işlemin hukuka aykırılığı nedeniyle iptali noktasında ayırma tâbi tutmaktadır. Tali şekil sakatlıkları olarak da adlandırılan ve idari işlemin esasını ve sonucunu etkilemeyen şekil sakatlıkları³³ iptal sebebi olarak kabul edilmediğinden,

³⁰ K. GÖZLER, 2009, s. 1065.

³¹ Danıştay 8. Daire E.2017/7584, K.2021/3180, 16.06.2021, "İdarenin, kamu hizmetlerini yürütürken mevzuata uygun kararlar alması hukuka bağlı olma zorunluluğunun bir gereğidir. İdarenin hukuka ve mer'i mevzuata aykırı bir karar alması esasen bir hizmet kusuru teşkil eder. Bu durumda genel olarak bir tasarrufun iptalini gerektirecek derecede hukuka ve mevzuata aykırılık bulunması durumunda, bu tasarrufun uygulanmasından doğacak zararlardan dolayı hakları ihlal edilenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca işlemin iptali ile birlikte veya ayrı olarak hizmet kusuru esaslarına göre idare aleyhine tazminat davası açma hakkına sahip olurlar. İdarenin tesis ettiği işlemlerinin, ilgili bireylerin üzerinde oluşturduğu zararın veya hak kaybının yine ilgili idarece tazmini hukuk devletinin bir gereğidir."

³² L. DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara 1974, s. 37.

³³ Danıştay 8. Dairesi, E.2019/6051, K.2019/7088, 05.09.2019 "...hatalı hesaplamaların düzeltilmesi suretiyle yeniden yapılan değerlendirme sonuçlarına göre ön değerlendirmenin sırasının değiştiği, ancak daha sonra yapılan yazılı sınavın neticesiyle birlikte yapılan değerlendirmede sınavın birincisinin değişmediği, sehven yapılan ve daha sonra düzeltilen hesaplamalarda herhangi bir usulsüzlük ve sahteciliğin söz konusu olmadığı, sonucu itibarıyla, yazılı sınavın tamamen adil bir şekilde değerlendirildiği,bu usulü eksikliğin asli şekil eksikliği olmadığı, dolayısıyla dava konusu işlemin hukukiliğini temelden etkileyecek nitelikte bulunmadığı, davanın reddi gerektiği..." Danıştay 13. Dairesi, E.2013/444, K.2019/721, 11.03.2019, "Davacı şirket tarafından sunulan 05/01/2012 tarihli teklif mektubunda da elektronik posta adresine tebligat yapılmasının kabul edildiğinin

bir idari işlemde tali şekil sakatlıkları bulunsa dahi idarenin sorumluluğu söz konusu olamayabilecektir. Görüş alınması gereken yerden görüş alınmaması, eksik üye ile karar alınması, mevzuat gereği zorunlu olarak katılması gereken üye olmaksızın karar alınması gibi idari işlemin esasını ve sonucunu etkileyen asli şekil sakatlıklarının³⁴ ise tazminat sorumluluğuna konu olup olmaması hususunun maddi olayın sonuçlarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Asli şekil sakatlıkları nedeniyle hukuka aykırı olan idari işlem nedeniyle ilgilinin zarara uğraması durumunda, bu zararın idari sorumluluk kapsamında tazmin edilmesi hukuk devletinin gereğidir.³⁵

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12'nci maddesine göre, idari işlem nedeniyle hakkı ihlal edilenler, işleme karşı iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, iptal davası açmaksızın sadece tam yargı davası ile işlem den kaynaklı zararının tazminini talep edebilmekte veyahut iptal davası sonuçlandıktan sonra bu karar üzerine tam yargı davası açabilmektedirler.

Danıştay günümüzde idari işlem den kaynaklı zararların müstakil olarak tam yargı davasına konu olabileceğini ilke olarak kabul etmektedir.³⁶ Konuya ilişkin bir kararda; idari işlem hukuka uygun olsa bile bir kişinin hakkının ihlal edilmesi halinde tazminat davası

belirtildiği, bu durumda, ihaleyi yapan idare tarafından sözleşmeye davet yazısının 30/01/2012 tarihinde davacı şirketin belirttiği elektronik posta adresine gönderildiği, anılan yazının elektronik imza ile imzalanmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmadığı, aynı gün sistem arızası olması sebebiyle bir sonraki gün de teyit amaçlı olarak iadeli taahhütlü olarak postaya verildiği, yine davacı tarafından, idarece postaya verilen yazıda, yazının aynı zamanda elektronik postayla gönderildiğinin ifade edilmesi gerektiği ileri sürülmüşse de, bu yönde bir zorunluluk bulunmadığı gibi böyle bir eksikliğin asli şekil eksikliği olarak kabul edilemeyeceği...”

³⁴ Danıştay 6. Dairesi, E.2015/11566, K.2020/1732, 17.02.2020; Danıştay İDDK, E.2015/4708, K.2017/3644, 13.11.2017; Danıştay 12. Dairesi, E.2020/4128, K.2021/2172, 21.04.2021; Danıştay 10. Dairesi, E.2001/550, K.2003/3963, 14.10.2003.

³⁵ K. GÖZLER, İdare Hukuku C. I Ekin Yayınevi, Bursa.2009, s. 1062.

³⁶ Danıştay 8. Daire, E.2020/3456, K.2021/3660, 08.07.2021; Danıştay 13. Daire, E.2018/3721, K.2021/2259, 23.06.2021.

açılabilceği açıkça belirtilmiştir.³⁷ İdarenin hukuka uygun işlemleri nedeniyle de sorumluluğu söz konusu olabilmektedir ve bu gibi hallerde kusursuz sorumluluğa ilişkin sorumluluk ilkeleri uygulanmaktadır.³⁸

Dava açılmadan önce İYUK'un 11'inci maddesi uyarınca zarara yol açan işlemin kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesinin işlemi tesis eden veya üst makamdan istenilebileceği gibi, 659 sayılı KHK kapsamında yapılacak bir başvuru yoluyla idari işlemde kaynaklı zararın sulhen çözümü de talep edilebilir.³⁹ Sulh başvurusu sonuçlanmadan dava açılmaz amir hükmü gereğince başvurunun her halükârda dava açılmadan önce yapılması gerekmektedir (Md. 12/2). Tüm bu seçenekler, hukuki uyuşmazlığı sonlandırabilecek alternatif hukuki araçlar olmakla birlikte, uygulamada daha çok dava yoluna başvurulmaktadır.

İdari işlemlere yönelik iptal davalarında menfaat ihlali yeterli iken tam yargı davalarında "hak ihlali" yani uğranılmış bir zararın varlığı gerekmektedir. Bu durum sulh başvuruları için de benzer şekilde düzenlenmiştir. Kararnamenin 12'nci maddesi uyarınca sulh başvurusu ancak idari işlemler sebebiyle oluşan zararın tazmini ile sınırlıdır. İdari işlemin iptalini istemek için yeterli sayılan menfaat ihlali sebebiyle sulh yoluna başvurularak, idari işlemin hukuka aykırılığının sulh yoluyla giderilmesi mümkün değildir.⁴⁰

³⁷ Danıştay İDDK, E:2006/1042, K:2010/1761, 02.12.2010. "1740 sayılı Yasayla yapılan değişiklik ile, iptal davası açılmadan da tam yargı davası açılabilmesine imkan tanınmasının yanı sıra iptal davasının reddi üzerine de tam yargı davası açılabilceği öngörülmüştür. 1740 sayılı Yasanın gerekçesinde de, İdare Hukuku kurallarına göre, idare tarafından tesis edilmiş olan bir işlem, mevzuata uygun olmakla beraber, herhangi bir şahsın hakkını da ihlal ediyor ise, bu halde işlem iptal edilmeden de tam yargı davasının açılabilceği belirtilmiştir. Buna göre, hiçbir hukuki sakatlık taşımayan ve bu nedenle iptali gerekmeyen idari işlemlerden ötürü kişiler zarara uğramışlarsa, bu zararın da tazmini gerekebilir. 1740 sayılı Yasayla getirilen bu düzenleme, 2577 sayılı Yasa'da da kabul edilmiştir."

³⁸ M. ŞAŞI, 2019, s. 243.

³⁹ K. GÖZLER, 2009, s. 1364.

⁴⁰ Aynur HASOĞLU "İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolu Olarak Sulh", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2017, s.81.

İdari işlem nedeniyle oluşan zararın tazmini talebiyle yapılan sulh başvurusunda, başvurunun konusu; ihlale neden olan işlem ve işlemten doğan zararın ortaya konulması ve hak ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın tazmininin ilgili idareden talep edilmesi gerekmektedir. Zararın giderilmesine yönelik talep, zararın niteliğine göre, bir şeyin aynen ifasının istenmesi veya zarara uğrayan şeyin eski durumuna geri getirilmesi olabilir; ancak uygulamada zararın tazmini talepleri çoğunlukla belli bir miktar paranın ödenmesinin istenilmesi şeklindedir.⁴¹

Sulh başvurusunda aynen ifa, eski hale getirme veya parasal tazmine ilişkin talebin açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Tazmini talep edilen zararın parasal olarak giderilmesi isteniyorsa talep edilen miktarın tam olarak belirtilmesi gerekmektedir. Başvuru, belirli bir konuya ilişkin değil ise ya da somut bir talebi içermiyorsa reddedilecektir (Md. 12/4).

Yapılacak sulh başvurusunda; başvuru konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zarar ile idari işlem arasındaki illiyet bağı, zararın meydana geliş şekli, idarenin mali sorumluluğunu ortaya koyan ispat araçları yer almalıdır. Aksi takdirde yapılan sulh başvurusu, idare tarafından 12'nci maddenin 5'inci fıkrası kapsamında reddedilebilir.⁴²

659 sayılı KHK'nın 12/1 maddesinde sulh başvurularında sürenin idari dava açma süresi içinde yapılması öngörüldüğünden, tesis edilen işleme ilişkin özel kanunlarda bir dava açma süresi öngörülmüşse bu süreler içinde, bunun haricinde ise 2577 sayılı İYUK'ta öngörülen idari dava açma süreleri içinde başvurunun yapılması gerekmektedir.

Sulhe konu zarar bir idari işlemten kaynaklanmış ise, bireysel işlemlerde kural olarak sulh başvurusunun söz konusu işlemin tebliğ tarihini izleyen günden itibaren başlayan idari dava açma süresi içerisinde yapılması gereklidir. Aynı şekilde şayet iptal davasına konu edilmiş bir idari işlem söz konusu ise, başvuru iptal davası sonucunda verilen nihai kararın tebliğinden itibaren başlayan idari dava açma süresi içerisinde yapılmalıdır. Ayrıca, idari işlem önceden tesis edilip tebliğ

⁴¹ A.Ş. GÖZÜBÜYÜK, T. TAN, C.II, 2014, s. 81

⁴² T. CANDAN, 2017, s. 475.

edilmekle birlikte aradan belli bir süre geçtikten sonra uygulanmışsa ve başvuruya konu zarar da bu işlemin icrasından kaynaklı ise hakkı ihlal edilen tarafından 2577 sayılı İYUK'un 12'nci maddesi uyarınca işlemin icra tarihinden itibaren dava açma süresi içinde idareye sulh başvurusu yapılabilecektir.

Düzenleyici işlemde kaynaklı bir zarar söz konusu ise düzenleyici işlemin ilan tarihini izleyen günden itibaren veya bu düzenleyici işleme dayalı olarak uygulanan işlemin tebliğ tarihini izleyen günden itibaren idari dava açma süresi içinde sulh başvurusunun yapılması gerekmektedir.

659 sayılı KHK'nın başvuru süresi için "idari dava açma süresini" öngörmüş olması sebebiyle, süre hesaplanırken, 2577 sayılı İYUK'un 8. maddesinde yer alan sürenin başlaması, son günün tatil gününe veya çalışmaya ara verme zamanına denk gelmesi hakkındaki hükümlerin de başvuruların süresine ilişkin değerlendirmede dikkate alınması yararlı olacaktır.⁴³

Sulh amacıyla idareye yapılan başvurular dava açma süresini durdurmakta olup bu kapsamda yapılan başvurular sonuçlanmadan dava açılmamaktadır (Md. 12/2). Başvurunun dava açma süresini durdurması için bu başvurunun zararın giderilmesine ilişkin olması gereklidir. Başvuru, bir işlem tesisi veya eylemde bulunulmasına ilişkin ise, 2577 sayılı İYUK'un 10'uncu maddesi; idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem tesisi istemiyle yapılmışsa İYUK'un 11'inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sulh başvurularından tutara ilişkin olmayanlar ile üst yöneticinin karar limiti dâhilinde olanlarda (2.824.611,00 TL) hukuk birim amirinin görüşü üzerine harcama yetkilisinin teklifi üzerine üst yönetici; bu miktarın üzerinde olanlarda ise miktara göre hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonunun görüşü alınarak, üst yöneticinin teklifi üzerine ilgili bakan veya Cumhurbaşkanı sulh olmaya yetkilidir (Md. 11/2).

⁴³ T. CANDAN, 2017, s. 475

II. B İdari Eylemlerde Sulh Süreci

İdari eylemler, idarenin maddi fiilleri, maddi tutum ve davranışları olarak tezahür etmektedir.⁴⁴ İdare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini kamu görevlileri vasıtasıyla yerine getirmektedir. İdari eylemin ne olduğuna ilişkin kanun koyucu tarafından bir tanımlama yapılmamış bu husus içtihat ve doktrine bırakılmıştır. Genel bir tanım vermek gerekirse idari eylem, idarenin kamu hukukuna tâbi olarak yürüttüğü hizmetleri ifa ederken ortaya çıkan maddi fiil ve hareketlerini anlatmaktadır.⁴⁵ Başka bir ifadeyle idari eylem, idari usul ve esaslara uygun olarak yürütülen kamu hizmetleri kapsamında tezahür eden eylemler olup, bu usul ve esaslara uyulmaksızın gerçekleşen eylemler idari eylem niteliğinde olmayıp haksız fiil olarak nitelendirilmektedir.⁴⁶

Danıştay ise idari eylemi şu şekilde tanımlamaktadır: “*Temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar ise idari eylem olarak adlandırılmaktadır. İdari işlemler hukuk âleminde değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamalarını yansıttığı halde hukuk alanında yenilik ve değişiklik yapmayan idari eylemler, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuçlar doğurabilir.*”⁴⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi de canlı hayvan ithalinde Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi gerekli denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihmali, idari eylem olarak Danıştay kararındaki aynı tanım ile nitelendirmiştir.⁴⁸

Yargıtay idari eylemi, kamu idarelerinin, kamu görevine ilişkin olarak, idare hukuku kurallarına ve hizmetin gereklerine göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranış ve fiiller olarak tanımlamaktadır.⁴⁹ İdari eylemin varlığı, idarenin kusur sorumluluğunun tüm hallerinde; kusursuz sorumlulukta ise tehlikeli varlıklarından kaynaklı sorumluluk halleri

⁴⁴ K. GÖZLER, 2009, s. 1276.

⁴⁵ K. YENİCE ve Y. ESİN, İdarî Yargılama Usûlü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s. 398.

⁴⁶ Selami DEMİRKOL, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu” Sayıştay Dergisi C.12 S.40, 2001, s. 2.

⁴⁷ Danıştay 10. Daire, E:1994/6053, K:1995/3611, 18.09.1995.

⁴⁸ UYM, E:2015/237, K:2015/748, 30.11.2015.

⁴⁹ Yargıtay HGK, E:2007/4-597, K:2007/694, 03.10.2007.

haricinde sorumluluğun olmazsa olmaz kurucu unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdari eylem, bir şeyin yapılması olarak karşımıza çıkabildiği gibi, hareketsiz kalma olarak da karşımıza çıkmaktadır. Burada önemli olan nokta zararı doğuran bir fiil ile idarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti arasında uygun bir illiyet bağının bulunmasıdır.

2577 sayılı İYUK'un 13'üncü maddesi uyarınca, zarar gören kişinin idari dava açmadan önce, idari eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her hâlükârda eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak bir "ön karar" alması gereklidir. Bu kapsamda idareye yapılan başvurular, 659 sayılı KHK kapsamındaki sulh başvurusu olarak kabul edilmekte ve anılan KHK'da öngörülen usule göre bu başvuruların incelenmesi gerekmektedir (Md. 12/1).

İdari işlemde kaynaklı zararlardaki sulh başvurusu ihtiyari iken, idari eylemden kaynaklı zararların tazmini için 659 sayılı KHK kapsamında yapılan sulh başvurusu, dava açılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu bir idari başvuru mahiyetindedir. İdari eylemden dolayı kişinin doğrudan tam yargı davası açması mümkün değildir. Öncelikle idareye başvurarak zararının tazmin edilmesini istemesi gerekmektedir.

659 sayılı KHK ile öngörülen bu zorunlu idari başvuru yolu, idari dava sürecinde karşılaştırılması muhtemel bir idari merci tecavüzünü önlemeye yönelik bir düzenleme mahiyetindedir. Her ne kadar 659 sayılı KHK'nın 12'nci maddesinde idareye yapılacak başvurulara ilişkin usul hükümleri ve 11'inci maddesi ile de uyuşmazlığı sonlandırmaya yetkili makamlar belirlenmiş olsa da bu kapsamdaki başvuruların genel olarak olumsuz neticelendiği hususu dikkate alındığında, KHK ile getirilen tüm bu düzenlemelerin sonuç itibarıyla 2577 sayılı İYUK'un 13'üncü maddesi ile uyumun sağlanmasına yönelik bir işlemden öteye geçemediği, uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenemediği görülmektedir.⁵⁰

⁵⁰ Aynur CİDECİGİLLER, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yolu İle Çözülmesi", Konya Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya 2014 s. 237, A. HASOĞLU, 2017, s.79.

II. C Sulh Başvurusunun Sonuçlandırılması

İdarelerce sulh başvurularının 60 gün içinde sonuçlandırılması zorunludur, 60 gün içinde sonuçlandırılmayan başvurular reddedilmiş sayılır (Md.12/3). Sulh başvurusunun açıkça reddedilmesi veya başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde cevap verilmeyerek zımnen reddedilmesi halinde sulh süreci anlaşma olmaksızın sona ermektedir.

659 sayılı KHK hükümleri incelendiğinde, sulh başvurularının belirli bir konu ve miktara ilişkin olmaması halleri dışında idareler tarafından hangi gerekçelerle başvuruların reddedilebileceği konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, sulh başvurusu yapılan idarenin sorumluluk ilkeleri bağlamında değerlendirme yapılmak kaydıyla geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

659 sayılı KHK kapsamında yapılan sulh başvurusunun yetkili makam tarafından açıkça reddedilmesi halinde başvuru nedeniyle durmuş olan dava açma süresi, idarenin ret kararının başvuru tarihine tebliğ tarihini izleyen günden itibaren başlayacaktır. Zımni ret durumunda ise başvuru tarihinden başlamak üzere 60 günün geçmesi ile birlikte durmuş olan dava açma süresi işlemeye başlayacaktır.

Başvurunun kabul edilmesi halinde ise başvurana sulh tutanağını imzalamak üzere en az 15 gün süre verilecek şekilde başvuru sahibine bir davetiye gönderileceği düzenlenmiştir (Md. 12/6). Bu davetiye bir sulh görüşmesi ve müzakere sürecinin yürütülmesinden ziyade idarenin kendi iç işleyişinde tek taraflı olarak yaptığı değerlendirme sürecinde hazırladığı teklifin, başvuru sahibinin kabulüne sunulmasına yönelik bir bildirim niteliğindedir. Bu anlamda sulh süreci başvuranın iradesiyle başlayan fakat sonrasında idarenin kontrolünde yürüyen ve karşılıklı müzakere veya pazarlığı içermeyen bir idari süreç mahiyetindedir.

Sulh başvurusu idari makamlar tarafından kabul edilse dahi sulh davetinde belirtilen tarihte başvuru sahibinin sulhnameyi imzalamak için gelmemesi halinde tutanak kabul edilmemiş sayılır (Md. 12/6). Başvuru tarihine katılmaya rağmen tutanağı imzalamayı reddederse de sulh başvurusu olumsuz sonuçlanır. Her iki durumda da bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye verilir (Md. 12/8). Bu kural uyarınca uyuşmazlık tutanağının

düzenlenerek başvuruca bir örneğinin teslim veya tebliğ edildiği günü izleyen günden itibaren dava açma süresi işlemeye başlayacaktır.⁵¹

Sulh teklifinin kabul edilmesi halinde uyuşmazlık konusu, tarafların ortak iradeleriyle ortadan kalktığı için artık sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamayacaktır (Md. 12/9). Sulh tutanağında tazminat miktarı ve ödeme şeklinin belirlenmiş olması gerekir, taraflar arasında imzalanan bu tutanak ilam hükmündedir; vadeye bağlanmamış alacaklarda tutanağın imzalandığı tarihten itibaren iki aylık sürenin dolmasından, vadeye bağlanmamış alacaklarda ise vadenin dolmasından önce sulh tutanağı icraya konulamamaktadır (Md. 12/7).

Taraflar arasında imzalanan bu sulh tutanağının, idarenin taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğu hususunda 659 sayılı KHK'da açık bir belirlemede bulunulmamıştır. Aynı şekilde sulh tutanağının hazırlanması, imzalanması veya sözleşmenin uygulanması aşamalarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi yargı kolunun görevli olduğuna ilişkin de bir belirleme yapılmamıştır.⁵²

Uyuşmazlık Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu kapsamında toplulaştırma alanına dâhil özel mülkiyetteki taşınmaz üzerinden idarece sulama kanalı geçirilerek, gayrimenkule el atılması sebebiyle 659 sayılı KHK uyarınca taraflar arasında imzalanan sulh anlaşmasındaki miktarın ödenmemesi üzerine tazminat istemiyle açılan davanın, idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵³ 5233 sayılı Kanun kapsamında imzalanan sulh tutanaklarının gabine maruz kaldığı iddiasıyla iptali istemiyle açılan davalar ile sulhname imzalandıktan sonra sulhname ile zararın tam

⁵¹ T. CANDAN, 2017, s. 479.

⁵² M. KARAARSLAN, 2019, s. 96.

⁵³ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2018 / 488, K.2018/649, 22.10.2018.

olarak karşılanmadığı iddiasıyla açılan davalar da idari yargı yerlerinde görülüp karara bağlanmıştır.⁵⁴

Bu kararlar dikkate alındığında, 659 sayılı KHK uyarınca imzalanan sulh tutanağının iptaline veya bu tutanağın ifa edilmesine ilişkin uyuşmazlıkların idari yargı mercilerince çözümlenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

III MEVCUT UYGULAMA BAŞARISIZLIĞININ NEDENLERİ

659 sayılı KHK ile öngörülen idari sulhün uygulama sonuçlarını araştırmak üzere, 2012-2020 yılları arasında Sağlık, Milli Eğitim, Adalet, İçişleri, Tarım ve Orman, Çevre ve Şehircilik, Ulaştırma ve Altyapı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik, Sanayi ve Teknoloji Bakanlıklarının idare faaliyet raporları incelenmiş olup, yapılan incelemede 659 sayılı KHK kapsamında sulh sağlanan idari uyuşmazlık sayısına ilişkin olarak raporlarda herhangi bir veriye yer verilmediği görülmüştür. Benzer tespitler Sezginer'in 2021 yılında sunmuş olduğu tebliğde de yer almıştır.⁵⁵

İdarelerin faaliyet raporları incelenirken idari sulh uygulamalarından olan 5233 sayılı Kanundan kaynaklı zararların tazmini amacıyla kurulan komisyonlar marifetiyle pek çok idari uyuşmazlığın mahkeme önüne gelmeden çözümlendiği görülmektedir.⁵⁶ 5233 sayılı Kanun kapsamındaki komisyonlara yapılan başvuruların sulhle sonuçlanma oranının yaklaşık %58 olduğu dikkat alındığında, idari sulhe ilişkin iki

⁵⁴ Danıştay 10. Dairesi, E.2019/8368, K.2020/3983; E.2019/8261, K.2020/3982; E.2019/8259, K.2020/3981, 19.10.2020. Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E.2018/1223, K.2019/773, 19.03.2019.

⁵⁵ Murat SEZGİNER, İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Uygulanabilirliği ve Uygulanan Yöntemlerin İşlevselliğine İlişkin Genel Değerlendirme, Ankara, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu 2021, s. 16.

⁵⁶ İçişleri Bakanlığı 2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu, s. 88. "Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten 2020 yılı sonuna kadar: zarar Tespit Komisyonlarına toplam 497.149 başvuru yapılmış, bu başvurulardan 451.976'sı sonuçlandırılmıştır. Bu başvurulardan 262.712'si hakkında tazminat ödenmesine karar verilmiş, 189.264 başvuru ise reddedilmiştir. Bugüne kadar, komisyonlarca olumlu sonuçlandırılan ve sulhname imzalayan vatandaşlarımıza ödenmek üzere, talep edilen 5.218.826.675,00 TL'nin tamamı ilgililere ödenmiştir."

uygulama arasındaki bariz uygulama sonuçları farklılığının nedenlerinin irdelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle idari uyuşmazlıklar kapsamında başarılı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan 5233 sayılı Kanun kapsamındaki idari sulh⁵⁷, terör ve terörle mücadele kaynaklı maddi zararların tazmini gibi belli bir alanla sınırlıdır ve kanun koyucu tarafından komisyonların çalışma usul ve esasları, zararın belirlenme ve hesaplanma yöntemleri ile tazmin edilebilecek azami zarar miktarı detaylı olarak düzenlenmiştir.⁵⁸ Düzenleme ile komisyonda görev alan kamu görevlilerinin takdir yetkisi sınırlandırılmış ve bağlı yetkiye dönüştürülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen İçyer-Türkiye kararında da 5233 sayılı Kanun kapsamında kurulan komisyonlar, etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmiştir.⁵⁹ 5233 sayılı Kanun kapsamındaki sulh, belli bir konu ile sınırlı olduğundan ve 5233 sayılı Kanun kapsamındaki zarar hesaplamaları, Danıştay tarafından da maddi zararın tazmininde esas alındığından ve Anayasa Mahkemesinin 5233 sayılı Kanunda öngörülen maddi tazminatın “belirli bir tatmin sağladığı sürece” bu duruma müdahale edilmeyeceği yönündeki içtihadı nedeniyle idari sulh uygulamasının başarı oranının yüksek olduğu değerlendirilmektedir.⁶⁰

⁵⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2013/1489, K.2014/1219, 26.03.2014.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2006/79, K.2009/97, 25.06.2009, “5233 sayılı Yasa, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının özellikle yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması amacıyla hazırlanmış bir yasadır. Yasa bu yönüyle zarara uğrayan vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıkta yargı yoluna gidilmeden alternatif bir çözüm yöntemi getirmiştir. Yasa koyucu bu amaca uygun olarak yargılama hukuku kurallarından farklı hükümler öngörerek buna ilişkin esasları Yasa’da ayrıntılı olarak kurula bağlamıştır.”

⁵⁹ AİHM Aydın İçyer/Türkiye, Başvuru No: 18888/02, 12.01.2006

⁶⁰ Danıştay 10. Dairesi, E.2019/3811, K.2020/2667, 07.07.2020; Danıştay 15. Dairesi, E.2011/9458, K.2012/135, 18.01.2012; Anayasa Mahkemesi, Mehmet ve Maide Çetinkaya, Başvuru No:2013/1280, 28.05.2014, “73. Başvurucular tarafından, kendilerine 5233 sayılı Kanun kapsamında Zarar Tespit Komisyonunca ödenmesi teklif edilen maddi tazminat miktarının mahkemelerde uygulanan çeşitli kriterler dikkate alınmaksızın maktu olarak belirlendiği ve yetersiz olduğu ileri sürülmekte ise de terörden kaynaklanan zararların dava yoluna gidilmeden ilgililerce tazmini olanağı sağlayan 5233 sayılı Kanun uyarınca belirlenen tazminat miktarına ve bu

Dr. Murat ŞAŞI

Ayrıca uygulamanın diğer bir başarı nedeninin de sulhe konu zararların tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri, mal varlığı değerleriyle sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır.

Buna karşılık, 659 sayılı KHK kapsamındaki uzlaşma usulüne ilişkin olarak; Kamu görevlilerinin mali sorumluluk kaygısıyla hareket etmeleri ve uzlaşma görevlerine ilişkin yeterli güvenceye sahip olmamaları da uygulamanın başarısızlık nedenleri arasında gösterilebilir.⁶¹ İdarenin sessiz kalması halinde kamu görevlileri idari ve/veya mali herhangi bir sorumlulukla karşı karşıya kalmaz iken, başvurunun değerlendirilip tazminat ödenmesi durumunda, ödenen tazminatın yerinde olup olmadığı başta olmak üzere gerek idare içi hiyerarşik denetim gerekse Sayıştay tarafından yapılan mali denetimde bulgu ve/veya sorguya muhatap olma ihtimali bulunmaktadır. Bu durum, ilk yol olan sessiz kalmanın kamu görevlileri açısından daha emniyetli olduğunu göstermektedir. 659 sayılı KHK ve Yönetmelikte maddi ve manevi tazminatın üst limitine ilişkin bir belirleme yapılmamış olması, kamu görevlilerinin çekimserliğini artırmaktadır. İncelenen idare faaliyet raporlarında 2012-2020 döneminde 659 sayılı KHK kapsamında sonuçlanmış idari uyuşmazlık bulunmamaktadır. Oysa incelenen dönem içinde 5233 sayılı Kanun kapsamındaki idari sulh uygulamasının başarılı bir şekilde uygulandığı görülmektedir.

Hemen belirtelim ki 659 sayılı KHK ile getirilen idari sulhün başarısızlığı, tek başına kamu görevlilerinin inisiyatif almamaları veya mali sorumluluk kaygısıyla hareket etmelerine bağlanamayacak niteliktedir. 5233 sayılı Kanun kapsamında görev ve yetkileri iyi tanımlanmış zarar tazmin komisyonlarında görev yapan kamu görevlilerine de mali sorumluluk bağlamında herhangi bir bağımsızlık tanınmadığı halde kamu görevlilerinin inisiyatif aldıkları ve uygulamanın başarılı bir şekilde sürdürüldüğü görülmektedir.

659 sayılı KHK ve uygulama Yönetmeliğinde görev ve yetkileri tanımlanan “Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu”nun idari

miktarın hesaplanma şekline, belirli bir tatmin sağladığı sürece Anayasa Mahkemesinin müdahalesi söz konusu olamaz.”

⁶¹ Gürsel ÖZKAN, 2016, s. 265.

uyuşmazlıklardan kaynaklı tazminat taleplerine ilişkin görev ve yetkilerindeki belirsizlikler, uygulamanın başarısını etkiler niteliktedir.

659 sayılı KHK kapsamındaki idari sulhün başarısızlığının ardındaki diğer etkenlerin ise idari işlem ve idari eylemler açısından ayrı başlıklar altında irdelenmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

III-A İdari İşlemlerden Kaynaklı Zararın Tazminindeki Güçlükler

İdari rejimde, üstlendiği kamu hizmetinin yürütümü sırasında idarenin, kamusal hak ve yetkilere dayanarak tek yanlı irade açıklamasıyla kişilerin hukuksal durumlarında etki doğuran tasarrufları niteliğinde olan idari işlemler, kesin ve yürütülmesi zorunlu olup hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır.⁶² Söz konusu işlemlerin uygulanarak hukuksal etkilerini doğurması için başkaca bir onaya ya da yargı kararına gereksinim bulunmadığı gibi, bunların hukuk düzeninden kaldırılması, idari işlemin geri alması veya kaldırılması ya da idari yargı mercilerince hukuka aykırı görülerek iptal edilmeleriyle olanaklıdır.

İdari işlemde kaynaklı zararların tazmini için kural olarak işlemin esas yönünden hukuka aykırı olması gerekmektedir. Bu bağlamda hukuk birim amirleri veya idari sulh komisyonlarınca önce zarara sebebiyet verdiği iddia edilen idari işlemin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin bir tespit yapılması ve bu tespit varlığına bağlı olarak varsa maddi ve/veya manevi zararın belirlenerek yetkili makama raporlanması gerekmektedir.

Böyle bir tespit, idari hiyerarşi içinde yer alan kamu görevlilerinden oluşan bir komisyon tarafından yapılabilmesi için, öncelikle bu kişilerin iyi derecede İdare Hukuku bilgisine sahip olması, ikinci olarak ise herhangi bir kaygıya kapılmadan değerlendirme yapabilecek konumda ve statüde bulunmaları gerekmektedir. Örneğin Fransa'da bu kaygıyı gidermek için bakanlıklarda 3 yıl süreyle görevlendirilen arabulucular, doğrudan ilgili bakana bağlı olarak

⁶² Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2011/120, K.2013/1057, 01.07.2013.

Dr. Murat ŞAŞI

çalışmakta ve bakan dâhil hiç kimseden emir ve talimat almamaktadırlar.⁶³

Ülkemizdeki sulh komisyonlarında görev yapanlar ise hiyerarşi içinde yer alan kamu görevlileridir ve bunlardan birisi de idari işlemi tesis eden birimin amiri olduğundan, idari işlemin hukuka aykırılığına yönelik bir tespitin yapılması güçleşmektedir. Bu durum bilhassa komisyonda görevli olanların hiyerarşik üstlerince tesis edilen işlemler açısından daha da zorlaşmaktadır.

Komisyon veya hukuk birim amiri, hukuki uyuşmazlık konusu olayı inceleme ve sonucunda bir görüş ile karar vermeye yetkili merciye rapor sunmakla görevlidir. Gerek Kararnamede gerekse Yönetmelikte sulh müzakerelerinin nasıl yürütüleceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Oysa sulh müzakere sürecine ilişkin kuralların açıkça belirlenmesi ve görüşmelere katılan idare temsilcisi veya temsilcilerinin uzlaşma kararı vermede tam yetkili olması, sulh sürecinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayacaktır.⁶⁴

Diğer bir önemli husus, hukuka aykırı olduğu yönünde tespit yapılan idari işlemin yürürlüğünün devam edip etmeyeceği meselesidir. Zira bir hukuk devletinin kural olarak işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka uygun olmadığı idare tarafından tespit edilen bir işlemin idarece geri alınması, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir.⁶⁵ Geri alma işleminin amacı, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu ve idarenin hukuk içinde kalmasını sağlayarak idarenin temel amacı olan kamu yararını gerçekleştirmektir.⁶⁶ Geçmişe yönelik etkileri olan geri almanın uygulanmadığı durum ve hallerde ise hukuka aykırı idari işlemin geleceğe etkili olacak şekilde kaldırılması gerekmektedir ki; bu durum da hukuk devletinin bir gerekliliğidir.⁶⁷

⁶³ Fransız İdari Yargı Sisteminde Reformlar ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Avrupa Konseyi Yayınları, Aralık 2020, s.20.

⁶⁴ Zehra ODYAKMAZ, Ankara 2006, s.76.

⁶⁵ Turgut TAN, İdari İşlemin Geri Alınması, Aristo Yayınevi, Ankara 2020, s.4; S.S. Onar, 1966, s. 550.

⁶⁶ Metin GÜNDAY, 2000, s.158.

⁶⁷ Bahtiyar AKYILMAZ vd., 2016, s. 450.

İdari sulh başvurusuna konu olan işlemlerden kaynaklı olarak idareye yapılan başvuruların dava açma süresi içinde yapılması gerektiği dikkate alındığında, hukuka aykırı bireysel veya düzenleyici işlemlerin kaldırılması da hukuki bir zorunluluktur.⁶⁸ İdare işleminden kaynaklı tazminat taleplerini değerlendiren idarece yapılacak hukuka aykırılık tespiti, idari işlemin yürürlüğünü de doğrudan etkileyecek niteliktedir. Aksi bir düşünce bizi hazine teorisine benzer bir hukuki durumla karşı karşıya bırakabilecek niteliktedir. Hukuka aykırılığı tespit edilen işlem, bu işleminden kaynaklanan zararın tazmini ile varlığını sürdürecektir ki; böyle bir durum hukuk devleti açısından kabul edilebilir nitelikte değildir.

Bu nedenlerle esas yönünden hukuka aykırı idari işlemlerden kaynaklı zararların, hukuk birim amirleri veya idari sulh komisyonlarının raporu üzerine tazmini oldukça zayıf bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuka uygun idari işleminden kaynaklı idarenin sorumluluğu ise istisnai bir mahiyette olup idari işlem nedeniyle kişinin uğradığı zararın özel ve olağan dışı olduğuna yönelik bir tespit içermesi, yani idarenin kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin bulunması gerekmektedir. Bariz hukuka aykırı idari işlemlerden kaynaklı zararın tespitinin yapılması bile güç iken, hukuka uygun tesis edilen bir işleminden kaynaklı özel ve olağan dışı bir zararın varlığına ilişkin bir tespit idareden beklenmesi gerçekçi bir yaklaşım olarak görülmemektedir.

III-B İdari Eylemden Kaynaklı Zararın Tazminindeki Güçlükler

İdari eylemden kaynaklı zararların görünüş itibarıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan sulh yoluyla çözümü, idari işleminden kaynaklı olanlara nazaran daha uygulanabilir niteliktedir. Özellikle sağlık hizmetinden, idarenin bayındırlık faaliyetlerinden, idarenin tehlikeli varlık veya faaliyetlerinden kaynaklı zararların sulh yoluyla tazmini mümkün olmakla birlikte, uygulamada bu alanda da istenen başarının sağlanamadığı görülmektedir. Bu başarısızlığın

⁶⁸ Kemal GÖZLER, 2009, s.1099-1102.

Dr. Murat ŞAŞI

nedenleri arasında gösterilebilecek önemli hususlara değinilmesi yararlı olacaktır.

İlk neden olarak, idari eylemden kaynaklı zararların tespit ve tazmininin Kararınamede öngörülen 60 günlük süre içinde tamamlanmasının güçlüğü gösterilebilir. Özellikle sağlık hizmetinden kaynaklı tazminat davaları başta olmak üzere bedeni veya cismani zararların tazmini taleplerinde, öncelikle zararın idari eylemden kaynaklanıp kaynaklanmadığına yönelik bir tespit yapılması, akabinde ise eğer zarar idari eylemden kaynaklanmışsa maddi zarar miktarının hesabı için bilirkişiye başvurulması gerekmektedir. Kararınamede öngörülen 60 günlük süre içinde başvuranın ve olayın taraflarının bilgisine başvurulması ve yukarıda bahsedilen bilirkişi incelemelerinin yaptırılması pek mümkün olmadığından; idarelerce bu yola başvurmak yerine daha az emek içeren “başvuruya sessiz kalınması” daha tercih edilebilir bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu kapsamda açılan tam yargı davalarının önemli bir bölümü, zarara uğrayanların başvurularının zımnen reddi üzerine açılan davalardan oluşmaktadır.

İkinci bir neden, idari eylemden kaynaklı tazminat başvurularına konu olaylarda, oluşan zararın idari eylemden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun hemen tespit edilebilir nitelikte olamayabilmesidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13’üncü maddesine göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan 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 sürelerin, eylem ile idare arasında illiyet bağının kurulduğu, başka bir ifadeyle “eylemin idariliği”nin öğrenildiği tarihten başlatılacağı kuşkusuzdur. Söz konusu eylemin idariliği ve uğranılan zarar ise, bazen eylemin yapılmasıyla birlikte anlaşılmakta, bazen de konunun teknik, bilimsel ve hukuki boyutlarının bulunması nedeniyle yapılacak inceleme ve araştırmalar, tespit davaları, bilirkişi raporları,

Cumhuriyet savcılıklarınca yürütülen soruşturmalar veya uzun süren ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir.⁶⁹

İdari yargı mercileri, tam yargı davalarında “eylemin idariliği” içtihadı doğrultusunda 2577 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesinde öngörülen süreleri, hak arama hürriyetini gerçekleştirecek şekilde geniş yorumlayabilmektedir. İdare bünyesindeki komisyonlardan, 2577 sayılı Kanunda öngörülen süreleri idari yargı mercileri kadar geniş bir şekilde yorumlamasını beklemek; idare geleneklerimiz dikkate alındığında gerçekçi bir yaklaşım olarak görülmemektedir.

SONUÇ

İdari işlem veya eylemden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkların yargı önüne gitmeden çözülmesi amacıyla 659 sayılı KHK ile getirilen uzlaşma müessesesinden beklenen faydanın elde edilemediği görülmektedir. Yüzeysel bir bakışın ötesine geçilerek konu derinlemesine ele alındığında, bu başarısızlığın altında yatan birden çok sebebin olduğu görülmektedir.

Öncelikle, KHK metninin kendi içinde çelişkiler ve eksiklikler bulunmaktadır. İdari işlem veya idari eylemden kaynaklı zararları incelemekle görevli merciye ilişkin KHK’nın 12’nci maddesi ile

⁶⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2020/1637, K.2020/1975, 12.10.2020; Danıştay 15. Dairesi, E.2016/972, K.2016/2762, 21.04.2016. “Davacıların yakınının 26.05.2009 tarihinde vefatıyla sonuçlanan olayda, ilgili kamu görevlileri hakkında yapılan yargılama sonucunda, Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 05.02.2014 tarih ve E:2010/7, K:2014/47 sayılı kararıyla kişisel kusur - hizmet kusuru ayırımı yapılabilmesinin mümkün hale geldiği, bu kararın da Yargıtay tarafından 03.11.2015 tarihinde onaylandığı dikkate alındığında, davacıların en erken Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesi kararının, en geç ise Yargıtayın düzelterek onama kararının kendilerine tebliği tarihinden itibaren eylemin idariliği hakkında bilgi sahibi olabilecekleri, bu nedenle olayda eylemin idariliğinin, anlaşılması üzerine davacılar tarafından 2577 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca 1 yıl içerisinde yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davada uyuşmazlığın esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”

Dr. Murat ŞAŞI

Yönetmelik arasında farklılıklar mevcuttur: KHK’da usulüne uygun tüm başvurular için inceleme görevi açıkça Komisyona verildiği halde, Yönetmelikte Komisyon ancak belli bir miktarın üzerindeki talepleri incelemekle görevli kılınmıştır. Bu anlamda Yönetmelik ile KHK arasındaki uyumsuzluk, mali sorumluluk gerektiren bir idari süreçte kamu görevlilerinin çekimserliğini artırıcı niteliktedir.

Yönetmelikler, genel itibariyle dayandığı üst normdaki düzenlemenin uygulamaya ilişkin detaylarını göstermek için çıkarıldığı halde, inceleme konumundaki Yönetmelik, 659 sayılı KHK’nın ilgili maddelerinin tekrarı mahiyetindedir. Yönetmelikte Komisyonların çalışma usul ve esaslarına ilişkin kapsamlı ve detaylı düzenleme yapılmamıştır. Örneğin birden çok idarenin taraf olduğu başvurulara ilişkin kurulması öngörülen ortak komisyonun gerek yapısı gerekse karar alma ve onay süreçleri gibi önemli hususlar düzenlenmemiştir. Miktar itibariyle idari uyuşmazlıkların çoğunun çözümüne ilişkin rapor hazırlama görevi verilen hukuk birim amirlerinin bu kapsamdaki görev ve yetkilerine ilişkin ne 659 sayılı KHK’da ne de Yönetmelikte herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

İdari uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen 60 günlük kesin sürede, başvuru ve ilgililerin bilgisine başvurulması, bilirkişi incelemesi yaptırılması, olayın maddi ve hukuki yönleriyle araştırılıp bir rapora dönüştürülmesi ve bu rapor üzerine yetkili makam tarafından karar alınabilmesi oldukça güçtür.

Gerek 659 sayılı KHK’da gerekse Yönetmelikte tazmin edilebilecek zararın alt ve üst limitlerine ilişkin belirleme yapılmamış, idari ajanlara oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu geniş takdir yetkisi, mali sorumluluk gerektiren bir alanda kamu görevlilerinin ileride idari veya mali herhangi bir sorumlulukla karşılaşmamak adına daha çekingen davranış göstermelerine neden olabilmektedir.

Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemde kaynaklı zararın tazmini için kural olarak idari işlemin esas yönünden hukuka aykırı olması gerekmekte olup, bu tespit aynı zamanda işlemin geri alınması veya kaldırılmasını da gerektireceğinden, hukuka uygun idari işlemde kaynaklı zararların tazmininin ise oldukça istisnai durumlarda

söz konusu olduğu dikkate alındığında, 659 sayılı KHK ile bu alanda istenilen başarının sağlanabilmesi güç görünmektedir.

İdari eylemlerden kaynaklı zararlarda ise, zararı doğuran eylemin idareden kaynaklandığının dava açma süresi içinde öğrenilerek idareye başvurulsa dahi idarenin 60 günlük kesin süre içinde maddi olayı inceleyip aydınlatması, zararı hesaplayıp belirlemesi ve tazmin edilip edilmeyeceğini karara bağlaması oldukça güçtür. Bu güçlükler idarenin sessiz kalmasını teşvik eder mahiyettedir.

Tüm bu hususların yanı sıra 659 sayılı KHK'nın çok geniş bir alanı düzenlemesi, sulh için öngörülen sürelerin yetersizliği, gerek KHK'nın idari uyuşmazlıklardaki sulhü düzenleyen 12'nci maddesinin kendi içindeki çelişkiler gerekse KHK ile Yönetmelik arasındaki çelişkiler ve eksik düzenlemeler, uygulamadan beklenen faydanın elde edilmesinin önündeki engeller olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda idari sulh uygulamasından beklenen faydanın elde edilebilmesi için 659 sayılı KHK'nın bütüncül bir bakışla yeniden ele alınması ve uzlaştırma ile arabuluculuk dâhil olmak üzere farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin düzenleme yapılması, idari rejim ve sorumluluk hukukundan kaynaklı güçlükler de dikkate alınarak başvuru kapsamının idari eylemlerden kaynaklı zararlar ile sınırlandırılması; başvuru sürecindeki kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumluluklarının açıkça tanımlanması; tazmin edilebilecek maddi ve manevi zararın üst limitine ilişkin bir belirleme yapılması, başvuru inceleme sürelerine ilişkin idareye makul bir süre tanınmasının gerektiği düşünülmektedir. Bu bağlamda Genel İdari Usul Kanunu tasarısında yer alan idari uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarına ilişkin düzenlemelerin yeniden ele alma sürecine ciddi bir katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir.

Dr. Murat ŞAŞI

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

ARAT Nilay, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Halli Önündeki Engeller” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S.1-2, s.891-906, İstanbul 2011.

ARAT Nilay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin İdare Hukuku Açısından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu, s. 1-10, Ankara 2021.

AZRAK A. Ülkü, “İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri”, Danıştay 141. Yılı Sempozyumu, Ankara 2009.

BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara, TODAİE Yayınları No: 117, 1968-1970.

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

CİDECİGİLLER Aynur, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yolu İle Çözülmesi”, Konya Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya 2014

DEMİRKOL Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu” Sayıştay Dergisi C.12 S.40, 2001, s. 1-17.

DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.

DURAN Lütfi, “İdari İşlemden Sorumluluk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 33, Sayı:3-4, s. 3-16, İstanbul 1967.

DURAN Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara 1974.

ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, 2015.

Fransız İdari Yargı Sisteminde Reformlar ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Avrupa Konseyi Yayınları, Aralık 2020.

GİRİTLİ İsmet, BİLGEN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2015.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku C.I Ekin Kitabevi, Bursa 2009.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref ve TAN Turgut, İdare Hukuku C.I-II Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2000.

HASOĞLU Aynur “İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolu Olarak Sulh”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2017, s. 65-87.

KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2018.

KARAARSLAN Mehmet, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yıl 2019, Sayı:140, s.71-113, Ankara 2019.

ODYAKMAZ Zehra ve ÇINARLI Serkan, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Orion Kitabevi, Ankara 2013.

ODYAKMAZ Zehra, “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları)”, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s.63-82, Ankara 2006.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları C I-III, Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ÖZKAN Gürsel, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü” Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, s.260-267, İstanbul 2016.

SARICA Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XV, Sayı 4, s. 859-913, İstanbul 1949.

SEZGİNER Murat, “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Uygulanabilirliği ve Uygulanan Yöntemlerin

Dr. Murat ŞAŞI

İşlevselliğine İlişkin Genel Değerlendirme”, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu, s. 1-29, Ankara 2021.

TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Aristo Yayınevi, Ankara 2020.

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 2016.

Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği 2016 İstanbul Kongresi, İdari Konularda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Danıştay Yayınları, Ankara 2016.

USLU T. Azmi, Yeni Hukuk Lûgatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Site Kitabevi, İstanbul 1964.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

YENİCE Kazım ve ESİN Yüksel., İdarî Yargılama Usûlü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA SAĞLIK KAMU HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

FULL JUDGMENT CASES ARISING FROM THE HEALTH PUBLIC SERVICE IN THE LIGHT OF THE COUNCIL OF STATE DECISIONS

Gözde DAĞLI*

ÖZ

Bu çalışmada, idarenin mali sorumluluğuna yol açan sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında hangi durumların kusurlu ve kusursuz sorumluluğa yol açacağı ele alınmış olup, sağlık hizmetinin kamusal boyutu, sağlık kamu hizmeti kusur türleri, idarenin kusur sorumluluğu bağlamında sağlık kamu hizmetinde hizmet kusuru türleri ve sağlık kamu hizmetinde idarenin kusursuz sorumluluğu ve dava açma süresi ile bağlantılı olan eylemin idariliğinin çıkış anı konularına değinilmiştir. Sorumluluk hukuku bağlamında özel sektöre ait veya kamuya ait hastanelerde verilen sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi yargı organlarının görevli olduğu, sorumluluğun kanuni dayanakları, sağlık hizmeti sırasında oluşan zararlarda Danıştay'ın sorumluluğa bakış açısı içtihatlar üzerinden ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hizmetinin Kamusal Boyutu, İdarenin Mali Sorumluluğu, Sağlık Kamu Hizmetinde Kusur Türleri, Görevli Yargı Kolu

Makalenin Geliş Tarihi : 21.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 07.06.2022

* Danıştay Tetkik Hakimi

gdagli9111@gmail.com ORCID ID: 0000-0002-6701-2351

ABSTRACT

In this article, it has been discussed that which situations will lead to faulty and strict liability during the execution of the health public service that leads to the financial responsibility of the administration, the public dimension of the health service, the types of health public service faults, the types of service faults in the health public service in the context of the fault liability of the administration and the health public service. In the service of the administration, the issues of strict liability of the administration are mentioned. In the context of liability law, which jurisdictions are responsible for the disputes regarding the health and public services provided in private and public hospitals, the legal basis of responsibility, and the perspective of the Council of State on liability for damages incurred during the health service are explained through the jurisprudence.

Keywords: The Public Dimension of Health Service, Financial Responsibility of the Administration, Types of Faults in Health Public Service, Competent Judicial Branch

1. GİRİŞ

İdarenin tazmin sorumluluğu kapsamında en çok karşılaşılan sorun, sağlık kamu hizmetinin ifası sırasında doğan hukuka aykırılıklardır. Dolayısıyla sağlık kamu hizmetinin önemine binaen Anayasanın devletin temel nitelikleri arasında yer alan “sosyal devlet” anlayışı gereği devlet, sağlık hizmetinin kuruluşunda, işleminde aktif olarak yer almaktadır. Gerek kamu sektöründe gerekse özel sektör tarafından yürütülen sağlık hizmetine yönelik olarak çıkarılan kanun, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler ile bu alan düzenlemekte ve kontrol edilmektedir. Anayasanın genel esaslar kısmında yer verilen sosyal devletin de temelini oluşturan anlayış gereği devlet, kamu yararının gerçekleştirilmesi için bireylerin sağlık hizmeti ihtiyaçlarını karşılamakta olup, sağlık hizmetinin idare tarafından sunulmaya başlanması ile hizmetten kaynaklanan zararların da karşılanması sorunu gündeme gelmektedir. Kamusal yönü ağır basan ve bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetinin sunumu sırasında hizmetten faydalanan durumunda olan bireylerin uğradıkları zararın, idare tarafından karşılanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

2. SAĞLIK KAMU HİZMETLERİNDE İDARENİN MALİ SORUMLULUĞU

İdare hukukunun yapıtaşlarından biri olan idarenin kamusal nitelikli hizmetleri, 1800’lü yılların ikinci yarısında ve 1900’lü yılların başlarında Batı ülkelerinde egemen olan liberal iktisat ve sosyal düzene uygun olarak ortaya çıkmış ve en eski anlayışa göre kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla idare tarafından kamusal usuller izlenerek yürüttüğü faaliyet olarak tanımlanmıştır. Fakat 2. Dünya Savaşından sonra kamu hizmeti kavramı bunalım geçirerek gerçek değeri anlamında İdare Hukukunda yerini almıştır. Devlet müdahaleciliğinin gittikçe artması sonucu kamu hizmeti kavramının bütün unsurlarında gelişme ve değişimler olduğu görülmektedir¹. Kamu hizmeti, diğer ülkelerdeki gelişim ve önemi doğrultusunda Türk İdare Hukuku tarihçesinde de yerini almıştır. Onar, kamu hizmetini, “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”² olarak, Karahanoğulları ise, “siyasal alanda faaliyette bulunan devlet örgütünce üretim ilişkilerinin getirdiği birtakım zorunluluklardan ayrılarak üstlenilen kamusal alana dahil edilen faaliyetler” olarak³, Çal ise, “rekabete yönelik ilişkiler sebebiyle toplumsal bir gereksinim esas itibarıyla tam bir şekilde karşılanamaması halinde söz konusu toplumsal ihtiyaçların gerçekleştirilmesi hasebiyle rekabet faktörünün kamusal güvenlik nedeniyle aranmayacağı durumlar da dahil edilerek idari makamlarca ya bizzat yürütülen ya da denetim ve gözetim yükümlülüğü dahilinde özel sektörce kurulan sözleşme ilişkisi ile gördürülen faaliyetler bütünü” olarak tanımlamıştır⁴. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi için hizmetin, yapıldığı toplum için niteliği gereği zorunlu olarak değerlendirilen gereksinimler olması

¹ DURAN, Lütfi, İdare Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.303.

² ONAR, Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s.13.

³ KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002 s. 65.

⁴ ÇAL, Sedat, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, Ankara, s. 615.

gerekliliği savunulmaktadır⁵. Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetinin devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından idarenin dışı yansıyan faaliyetleri içerisinde genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerin dışına taşan ve geniş bir alana yayılan bir kapsamı olduğuna ve hizmetin kapsamının da git gide genişlediğine kararlarında yer vermektedir.⁶ Kamu hizmeti kavramının içinin hukuki kıstaslar kullanılarak doldurulmasından ziyade, döneme göre değişen ihtiyaçlar doğrultusunda doldurulması yolu tercih edilmiştir.

Bu kapsamda hukuk devletinin önem arz eden ilkelerinden bir tanesi “*devletin faaliyetlerinin belirli olması ilkesine dayanan belirlilik ilkesi*” olduğuna göre, kamu hizmeti alanının belirsiz ve geniş oluşu, idare edilenler yönünden sıkıntılı sonuçlar ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İdare tarafından sunulan ve kapsamı genişleyen kamu hizmetleri sırasında birçok eylem ve işlem tesis edilebilir. Dolayısıyla hizmetten yararlanan bireylerin de maddi ve manevi zarara uğraması söz konusu olabilecektir. Kişilerin uğradığı zararlar, idarenin faaliyeti çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, idareye atfedilecek bir kusur sorumluluğundan doğabileceği gibi idareye atfedilebilecek kusur olmasa dahi idarenin sorumluluğu devam edecektir. Bu sebeptendir ki idarenin yürüttüğü kamusal faaliyetlerden ötürü oluşacak zararların, faaliyeti yürüten idarece karşılanması gerekecektir. Tüm bu açıklamaların ışığında, idarenin kusurlu veya kusursuz gerçekleştirdiği faaliyetlerinden kaynaklanan zararlara katlanmasına idarenin sorumluluğu denir. Bu kapsamda bütün gelişmiş ülkelerde kabul edilen husus, Devlet ya da devlet dışındaki kamu tüzel kişilerin ifa edilen kamusal hizmetten ötürü kişilerin uğradığı zararların karşılanmasıdır⁷.

İdarenin sorumluluğu konusunda Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 01.02.1873 tarihli Blanco kararında, “*kamu hizmeti nedeniyle verilen zararlardan devletin sorumlu olacağı*” hususu vurgulanarak idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiş, bu sorumluluğun genel hukuki sorumluluktan ayrılan kendine özgü

⁵ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 152.

⁶ AYM, E:1994/71, K:1995/23, K.T. 28.06.1995.

⁷ DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 11.

kurallarının bulunduğu ve sadece idari yargı hâkimi tarafından işletilebileceğine vurgu yapılmıştır⁸. Günümüzde devlet faaliyetlerinin sayısındaki artış ve bu artışa nazaran faaliyetlerin geniş bir alana yayılması sonucu idarenin mali sorumluluğu kavramı önem kazanmıştır. İdarenin sorumluluğunun geçmişi çok eskilere dayanmamaktadır. 1900'lü yılların ikinci yarısına kadar dünya genelinde idarenin faaliyetleri sonucunda meydana gelen zararlardan devletin sorumlu olmayacağı anlayışı hâkimdi. 1900'lü yılların ikinci yarısından sonra “herkes neden olduğu zararı gidermek zorundadır.” anlayışına dayanan sorumluluk ilkesinin, idare hukukunda da kabul edilmesiyle birlikte idarenin sorumluluğu ilkesi önem kazanmaya başlamıştır. Bu sorumluk önceleri özel hukukun etkisi ile idarenin haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir. Ancak bu niteleme, özel hukuk kurallarının idarenin sorumluluğu konusunda idare hukukunun kendine has özellikleri nedeniyle kavramsal ve kurumsal olarak tam anlamıyla karşılayamadığı gerekçesiyle terk edilmiş, bu konudaki uyuşmazlıklar idare hukuku kurallarına göre çözümlenmeye başlanmıştır. Bu kapsamda önce idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu ilkesi, zaman içerisinde de kusursuz sorumluluğu ilkeleri kabul edilmiştir.

Atay/Odabaşı/Gökhan'a göre, “İdarenin mali sorumluluğu idarenin işlem ve eylemleriyle neden olduğu zararları tazmin etmesi anlamına gelmekte olup, hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında yer almaktadır. İdare, bilerek ya da bilmeyerek, kusurlu ya da kusursuz yapılan birtakım işlem ve eylemler yoluyla çeşitli zararlara sebebiyet verebilir. İdarenin faaliyetleri neticesi ortaya çıkan zararlar, kişilerin malvarlıklarına yönelik olabileceği gibi kişilik haklarına yönelik de olabilir.”⁹

Bu bağlamda idarenin sorumluluk değerlendirilmesi yapılırken önemli olan husus, bireylere sunulan hizmet sonucu meydana gelen herhangi bir zarardan yine idarenin sorumlu olacağı yani idarenin

⁸ ESİN, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973, s.17.

⁹ ATAY E. Ethem, ODABAŞI Hasan, GÖKCAN Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003. s. 35.

bireylere karşı tazmin yükümlülüğü içerisinde olmasıdır.¹⁰ Bu sebeple, idarenin tazmin sorumluluğu kapsamında sunulan hizmet neticesinde şahıslarda meydana gelen gerek malvarlığı gerekse şahıs varlığı zararları yönünden idare ile bireyler arasındaki dengenin idare açısından olumlu yönde bireyler açısından olumsuz yönde bozulması durumunda bu dengenin tekrar sağlanması amacıyla gereken tüm şartları ve kuralları içinde barındırması gerekmektedir¹¹.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinde ve Danıştay içtihatlarında da vurgulanan husus, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğudur. İdarenin gerek kusura dayalı gerekse kusursuz sorumluluğunun ortaya çıktığı durumlarda zarara uğrayan bireyler idareye karşı tam yargı davası açılabilir ve uğradıkları zararın tazminini yargı organı aracılığıyla idareden talep edeceklerdir.

İdare tarafından sunulan ve mali sorumluluğuna neden olan sağlık kamu hizmeti kavramı pozitif statü haklarından olan devlete olumlu müdahalede bulunma yükümlülüğü yükleyen sağlık hakkı ile bağlantılıdır. Sağlık hakkı ile ilgili olarak, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler bölümünde yer alan 56. maddesinde, “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeden görüleceği üzere, devlete sağlık hakkı kapsamında pozitif ödevler yüklenmiştir.

¹⁰ ATAY, E. Ethem “İdarenin Sorumluluğu”, in Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 1061; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt: 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 1015.

¹¹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, s. 20- 21; ESİN, Yüksel, s. 14; DEMİRKOL, Selami, BAŞ, B, Zuhul, Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü, Beta, İstanbul, 2007, s. 232.

İdare Hukukunda en sık kullanılan mefhumlardan olan kamu hizmeti¹² içinde yer alan sağlık kamu hizmeti özel sağlık kuruluşları tarafından da görülmesi bakımından tekelli kamu hizmetlerinden sayılmamakta olup¹³, idari kamu hizmetlerinden olması hasebiyle bu bakımdan kamu hukuku esaslarına göre idarenin sıkı bir biçimde denetim ve gözetim yükümlülüğünde görülmektedir¹⁴. Anayasa Mahkemesi “sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.”¹⁵ hususlarını vurgulayarak, sağlık hizmetlerinin yaşam hakkı ile sıkı ilişkisi ve sürekli gelişim ve değişim içerisinde olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinin görülme usullerinden farklı usullere tabi olduğu, idarenin bizzat kendi personeli ile klasik idari usullerle görülmesi gerekmediğini ifade etmiştir. Sağlık hizmeti kavramı tıp alanındaki gelişmeler doğrultusunda kapsam olarak genişlemiştir. Tıp alanında meydana gelen gelişmelerin bireylere kaliteli ve niteliği iyileştirilmiş sağlık hizmeti olarak yansıtılması amacıyla yoğun yasalaşma süreci de yaşanmaktadır. Bu pozitif düzenlemelere rağmen, tıbbın ulaştığı en son nokta dikkate alınarak hangi zararların sorumluluk doğuracağı, hangi zararların doğurmayacağı yasal düzenlemelere konu olmamıştır. Bu nedenle idari sorumluluk kurumunun yapısına uygun düşen özel hukuk verileri de dikkate alınarak yargı içtihatlarıyla ortaya konulmaya başlanmıştır.

3. HATALI SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDA UYGULAMADAN DOĞAN SORUMLULUK

İdarenin yürüttüğü kamu hizmetinin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işlenmesi esnasında oluşan objektif nitelikli

¹² GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2013, s.329.

¹³ GÜNDAY, Metin, a.g.e., s.337.

¹⁴ GÜNDAY, Metin, a.g.e., s.32.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2004/114, K. 2007/85, K.T. 22.11.2007.

bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanan hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin mali sorumluluğuna sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla hizmet kusuru, özel hukuktaki kusur kavramının kullanılış şekllinden farklılaşarak, idare hukukunda nesnelleşen, anonimleşen bir içeriğe sahip, bağımsız, asli ve birincil kusur türü¹⁶ olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmet kusuruna dayalı olan sorumluluk, idarenin faaliyetleri çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluğunun doğrudan birincil sebebini oluşturmaktadır. İdarelerin kamu hizmetinin gereği gibi işlemesini sağlamak amacıyla yeterli araç ve gereçle donatılmış bina, tesis ve araçlarla hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmek, organizasyonunu iyi yapmak yükümlülüğünün bulunduğu da açıktır. Nitekim konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından¹⁷, *“Sağlık Bakanlığının kan ve kan ürünlerinin güvenliğinin sağlanması hususunda sorumlu olduğu, bu alandaki düzenlemeler ile hizmet birimlerinin yükümlülüklerinin ve uygulanmalarının en ince ayrıntıya kadar belirlendiği, hizmet birimlerinin de bu düzenlemelere uygun çalışma yürüttükleri halde hastalık taşıyan kanın sisteme girişinin engellenemediği, bilimsel verilere göre HIV virüsü bulunan kanın tespiti konusunda daha gelişmiş ve ileri tekniklerin kullanılması imkanı varken, olay tarihindeki mevcut tarama testlerinin kullanılmış olması, kan ve kan ürünleri ile ilgili sistemin kurulmasında tam güvenli bir organizasyonun planlanmadığının göstergesi olması hasebiyle sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmeyen idarenin Kızılay ile birlikte sorumlu olduğu hizmeti kusurlu işletildiği”* yönünde karar verilerek, sağlık hizmeti alanında denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunan Sağlık Bakanlığı’nın, sağlık tesislerinde hizmetin ifası esnasında gelişmiş ve doğru sonuç veren araç, gereç kullanılmaması akabinde ortaya çıkan zararlı sonuçlardan organizasyonu iyi yapmaması nedeniyle sorumlu tutulmuştur.

¹⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Editör: Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 106.

¹⁷ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2017/2712, K:2018/2120, K.T. 27.02.2018. (Danıştay kararları Uyap ortamından alınmıştır.)

Sağlık hizmeti sunumu esnasında yapılan tıbbi girişimlerin bireylerin yaşam hakkını doğrudan etkilemesi ve söz konusu girişimin risklerine karşı bireyleri korumanın esas olması sebebiyle, girişimden kaynaklanan istenmeyen sonuçların bertaraf edilmesi açısından gerekli bilgilendirilmenin yapılması ve her türlü tedbirin alınması tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sınırları içerisinde kalmasını sağlayacak ve hizmet kusuru bağlamında sorumluluk doğmayabilecektir. Öte yandan, bünyesinde risk taşıyan sağlık kamu hizmetinin ifası sırasında hizmetten yararlanan bireylerin uğradığı zarar karşısında idarenin tazmin yükümlülüğünün ve sorumluluğunun doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Sorumluluk hukukunda zarardan idarenin sorumlu tutulması için kusur, zarar, idari işlem veya eylem ve uygun illiyet bağı bulunması şartları aranmaktadır. Sağlık hizmeti sunumu esnasında, bireyler maddi ve manevi zararlara uğrayabilmektedir. Bu bakımdan, Mahkemeler tarafından, bireylerin uğradığı zararların, idarenin sorumluluğunu hangi noktada doğuracağı hangi noktada doğurmayacağı hususunun tespiti ve bu tespitin nasıl yapılacağı önemli hale gelmektedir. Adli yargı mercilerinden farklı bir şekilde idare mahkemeleri, sağlık hizmetinin sunumunda idarenin sorumluluğuna neden olacak tıbbi uygulama hatalarını idari yargıya özgü olarak içtihatlarla getirilen hizmet kusuru kavramı ile değerlendirmektedir. Bu kapsamda, mahkemeler “*hatalı tıbbi müdahale*” iddiasına dayanan zararlarda, sağlık kamu hizmetindeki kusurun tespiti tamamen özel ve teknik bir konu olduğundan bilirkişi görüşü ile sorunu çözüme kavuşturmaktadır. Bilirkişi görüşüne çözümünü yargıç tarafından bilinemeyen özel ve teknik bilginin gerekli olduğu durumlarda başvurulduğundan, yargıç tarafından bilirkişilerin seçiminde dikkatli davranılması ve hangi hususların araştırılmasının istendiğinin açık biçimde bilirkişiye bildirilmesi, davaların uzamaması ve usul ekonomisi gereği de önemlidir. Sağlık hizmetinin sunumu sırasında, meydana gelen uygulama hataları konusunda resmi bilirkişilik yapan kurumlar Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumudur. Resmi bilirkişilere başvurmak zorunluluğu bulunmasa bile genellikle görüşlerine başvurulmakta, eksik hususlar görülürse Üniversitelerden de görüş alınarak eksik ve çelişkili hususlar açıklığa kavuşturulmaktadır.

Bu doğrultuda, Danıştay’ın eski tarihli bir kararında¹⁸, “*olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının ve kusur varsa kusur oranının, davacıların iddiaları da dikkate alınarak, hakimın genel hukuk bilgisi ile çözümlenemeyeceği özel bilgi gerektiren konularda bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan resmi bilirkişilik görevi olan Adli Tıp Kurumuna inceleme yaptırılarak tespitinden sonra karar verilmesi gerekirken, uyumsuzluğun çözümünde hükme esas alınabilecek nitelikte görülmeyen, davalı idare savunması ve hastanın daha sonra götürüldüğü Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesindeki tedavisine ilişkin bilgi ve belgeler değerlendirilmek suretiyle verilen Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı*” ifade edilerek, resmi bilirkişi olması hasebiyle Adli Tıp Kurumundan rapor alınması hususuna değinilmiştir. Sağlık hizmet kusuruna dayalı açılan davalarda alınan raporların Adli Tıp Kurumu ya da Yüksek Sağlık Şurasından alınmasına vurgu yapılması söz konusu kurumların resmi bilirkişi olmasına dayanmaktadır.

Yeni tarihli kararında ise¹⁹, “*her ne kadar hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda gelişen durumun komplikasyon olduğu ve komplikasyon yönetiminin yerinde olduğu görüşü verilmiş ise de, ameliyat sonrası ilk iki gün antibiyotik verilmediği, kan ve idrar tetkikinin yapılmadığı, batın grafisinde yaygın hava sıvı seviyesi görülmesine rağmen buna yönelik herhangi bir müdahalenin gerçekleştirilmediği, ertesi gün yapılan tomografi incelemesinde bağırsak tıkanıklığı ve cilt altı hava tespit edilmesine rağmen yine müdahale edilmediği, bu hususların ölüm hadisesinin meydana gelmesine ne şekilde etki ettiğinin, komplikasyon yönetiminin tıbben uygun yapıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiğinden alanında uzman en az üç üniversite öğretim üyesinin yer aldığı bilirkişi heyetinden sorulan soruların tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklandığı, tutarlı, anlaşılır ve bilimsel değerlendirmeler içeren bir rapor alınarak idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği*” gerekçesiyle Adli Tıp Kurumu zorunluluğu aranmayarak, üniversitelerin ilgili bölümlerinden konunun uzmanı kişilerden rapor alınması ve bilirkişinin görevini yaparken yargı mercilerince sorulan soruları açık ve net olarak cevaplandırması

¹⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/10149,K:2012/3381, K.T. 10.07.2012.

¹⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6826,K:2021/6201, K.T 13.12.2021.

gerektiği hususuna değinilmiştir. Bu durum, hukukilik denetiminde, uyuşmazlık konusunun uzmanlık gerektirmesi sebebiyle yargıcın, kendi hukuki bilgisi ile çözümleyemeyeceği hususların konunun uzmanlarınca genel, soyut ifadelerden ziyade, sorulan soruların tek tek cevaplandırıldığı, ifadelerin somut ve net olarak kullanıldığı raporlar ile açıklığa kavuşturulması akabinde maddi gerçeğin en kısa sürede ortaya çıkmasını da sağlayacağından, usul ekonomisi açısından da önemlidir. Öte yandan, bu durum adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden olan makul sürede yargılanmayı da sağlamış olacaktır.

Söz konusu kararlardan da görüldüğü üzere, Danıştay eski içtihatlarında, Adli Tıp Kurumu dışında alınan görüşlere dayalı mahkeme kararlarını resmi bilirkişi görüşüne başvurulmaması sebebiyle bozma eğilimindeyken, yeni tarihli kararlarında Adli Tıp Kurumu raporlarında eksiklik olması durumunda herhangi bir tıp fakültesi aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak alanında uzman kişilerden oluşan heyetten alınan raporların da hükme esas alınabileceği, sadece resmi kurumların bilirkişilik müessesesine bağlı kalınması yönündeki içtihadından ayrılmıştır.

Kanımızca, somut olay adaleti ve maddi gerçeğin ortaya çıkması esas olduğundan, ilk derece mahkemeleri, Adli Tıp Kurumundan alınan raporun yetersiz olduğu durumlarda araştırılmasını istediği hususları ayrıntılı olarak yazmak ve toplu bir cevap yerine tek tek her bir soruya ayrı cevap verilmesi gerektiği uyarısı ve olayla ilgili uzmanlık dalındaki hekimlerin katılımının da sağlanması açıklaması yapılarak Adli Tıp İhtisas Kurulu'ndan ya da üniversitelerin ilgili bölümlerinden rapor temin edebilir. Burada önemli olan husus, uyuşmazlığın çözümü açısından ilgili uzmanlık dalına sahip bilirkişilerin heyete katılması şartı ve sorulan sorulara ayrıntılı ve tek tek cevap verilmesi gerektiğidir. Aksi halde maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıktığından bahsedilemeyeceği gibi hukukilik denetimi de yapılamamış olacaktır.

Sağlık hizmet kusuruna dayalı açılan tazminat davalarında, gerçek zararın ve maddi gerçeğin ortaya çıkması esastır. Bu kapsamda, maddi gerçeğin özel ve teknik bilgi gerektirmesi halinde, görüşüne başvuru makam resmi bilirkişi olsa dahi görüşleri somut verilere dayanmıyorsa ve Mahkeme tarafından açıklığa kavuşmasının istendiği hususları açık ve net olarak ortaya koymamışsa, sırf resmi bilirkişi olması sebebiyle görüşü hükme esas alınmadan yeni bilirkişi tayin edilmesi ve bu konuda

uzman olan üniversitelerin tıp fakültelerinin ilgili bölüm başkanlarının veya öğretim üyelerinin de görüşüne başvurulması gerekmektedir. Bu husus adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü kapsamında, bireylerin ihlal edilen haklarına da güvence sağlanmış olacaktır. Çünkü bu davalar yaşam hakkı kapsamında sağlıklı yaşamak hakkının da ihlalinin denetiminin yapıldığı davalardır.

Öte yandan, Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporda konunun uzmanı olan hekimler olmadan görüş verilmişse ya da alınan raporlarda çelişki veya yetersizlik görülürse, bu durumun hukukilik denetiminde maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemesi sebebiyle daha geniş katılıma haiz Adli Tıp Üst Kurulundan ve konunun uzmanlarının da katılımı sağlanarak rapor alınması gerektiği içtihatlarla yansımaktadır. Konuya ilişkin olarak,²⁰ *“Mahkeme kararına esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda, ameliyatı gerçekleştiren sağlık personelinin, mesleki anlamda yetkin bir sağlık profesyonelinden beklenilmesi gereken azami dikkat ve özeni gösterip göstermediği noktasında bir değerlendirme yapılmadığı, heyette sadece bir genel cerrahi uzmanı bulunduğu, ses tellerinde oluşan hasarın sebebini değerlendirebilecek bir kulak burun boğaz uzmanının bulunmadığı, bilirkişi heyetinin dava konusu uyuşmazlığı her yönüyle değerlendirecek bir yapıda ses tellerinde oluşan hasarın sebebini değerlendirebilecek bir kulak burun uzmanının da içinde bulunduğu birden çok uzmanı barındıracak Adli Tıp Üst Kurulundan sorulan hususların açık ve anlaşılır bir şekilde cevaplandırıldığı yeni bir rapor alınması gerektiğine”* karar verilmiştir.

Ayrıca konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²¹, *“Adli Tıp Kurullarında ilgili branştan yalnız bir kişinin bulunmasını eleştiri konusu yapılarak, uyuşmazlıkların çözümünde tarafların tüm iddia ve itirazlarını karşılayacak yetkinlikte bir bilirkişi heyeti kurulmaması ve bu heyetin tıbbi hataya ilişkin yapacakları değerlendirmelere esas alınacak kriterlerin; davaya ilişkin alanda tek bir uzmanın katılımı, tıbbi bilirkişi raporunu düzenlemek için yetersiz olduğu, üniversiteler arasından, güçlü bir akademik kariyere sahip, belirli bir alanda uzmanlaşmış olan kişileri görevlendirmek gerektiği,*

²⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3481, K:2021/3574, K.T. 23.06.2021.

²¹ Aydoğdu / Türkiye, Başvuru No: 40448/06, 30.08.2016, §§ 118-122.

bir tıbbi bilirkişi incelemesinin, suçlanan doktorun iddia edilen zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı hususuna cevap vermediği takdirde yetersiz olacağı, güvenilir ve ikna edici olması için bilirkişi raporunun davanın konusuyla örtüşmesi, olayları aydınlatmaya çalışması ve tarafların argümanlarına cevap vermesi gerektiği, tıbbi bilirkişi incelemesinin, hastanın teşhisi ve takibine ilişkin bilimsel unsurları ve özellikle, bu durumda kabul edilen tedavi stratejisinin uygunluğunu değerlendirmesi gerektiği, tedavinin komplikasyonlarının neler olduğunu, diğer tedavi yöntemlerinin bulunup bulunmadığını ya da daha iyi ve donanımlı bir hastanede nelerin yaşanacağını açıklamaksızın, soyut bir şekilde, komplikasyonun mevcut olduğu sonucuna varan yetersiz bir rapordan hareketle hüküm kurulamayacağı, yalnızca suçlanan idarenin veya doktorun ifadelerine dayanan ve soyut, gerekçelendirilmeyen ve desteklenmeyen iddialar içeren bir raporun güvenilir olamayacağı, ihtilaf konusu ameliyatın tıp kurallarına uygun olduğu ve doktora veya idareye herhangi bir hatanın atfedilemeyeceği sonucuna varmak için tıbbi bir hata yapılmış olabileceğini belirten unsurları dikkate almayan bir bilirkişi raporunun da güvenilir olmadığı” hususlarını vurgulayarak, alınacak raporun taşınması gereken özellikler, bilirkişilerin rapor düzenlerken dikkat etmesi gerekenler ve Mahkemelerce bilirkişi raporlarının hukukilik denetiminde hükme esas alınabilecek nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacağı hususlar belirlenmiştir.

Sağlık hizmetinin sunulması sırasında söz konusu hizmete yönelik olarak yapılan muayene, teşhis, tedavi, ameliyat, enjeksiyon, acil gelen hastaya süresi içerisinde müdahalede bulunmama, yanlış teşhis koyma, yanlış tedavi yöntemi uygulama, tanıda hataya düşme, sevk zincirine uymama ve söz konusu zinciri geç işletme, konunun uzmanı icapçı hekime haber vermeme, uzmanlık alanı dışında müdahalede bulunma gibi eylemler sağlık hizmetinin ifası esnasında oluşan idari eylemdir. İdari eylemler, idare adına tasarrufta bulunabilmek konusunda yetkilendirilmiş kişilerce, idari hizmet sunumu sırasında meydana gelmektedir. Örneğin, hekimin görevi esnasında yaptığı kalp masajı idari eylem iken, tatilde olduğu sırada boğulmakta olan birine yapılan müdahale özel hukuk kapsamında hukuki ilişki olacaktır.

Bireylerin sağlık hizmeti almak için hastaneye başvurdukları anda hasta ile hastane arası hukuki ilişki kurulmaktadır. Sağlık kamu hizmeti

kamuya ait sağlık kuruluşları ve özel sağlık kuruluşlarınca yerine getirildiğinden, hizmetin alındığı yer kamuya ait ise hasta ile sağlık kuruluşu arası ilişki sözleşme ilişkisi dışında kamu hukuku ilişkisi kurulmuş olacaktır. Dolayısıyla kamu hastanesine sağlık hizmeti almak için başvuran birey kamu hizmetinden faydalanan kişi olduğundan, kendisine sunulan sağlık hizmetinden dolayı zarar görmesi durumunda devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine Anayasanın 40. maddesi ve 129. maddesinin 5. fıkrası hükümleri uyarınca idare hukuku esaslarına göre dava açabilecektir.

Bu noktada, devletin, il özel idarelerinin, belediyelerin üniversitelerin ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının bünyesinde başka bir deyişle, kamu yönetiminin içinde yer alan ve vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak için kurulmuş olan kamu hastanesinde, tıbbi tanı, teşhis, muayene, ameliyat gibi işlemleri de kapsayan girişimlerde bulunan hekim tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemler kamu personeli statüsü dahilinde yerine getirilmektedir. Buna karşılık gerçek kişi, adi ortaklık, dernek vakıf ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticari şirketler tarafından kurulan ve işletilen hastaneler özel hastane statüsünde olup, bu yerlerden de sağlık hizmeti alınmaktadır. Söz konusu özel sağlık tesislerinde görevli hekimlerin gerçekleştirdiği işlem ve eylemler özel hukuk ilişkisi dahilinde yerine getirilmektedir. Bu ayırım söz konusu yerlerde verilen hizmet sonucu zarara uğrayanların açacağı davalar bakımından önem arz etmektedir.

Bireylerin sağlık hizmeti almak için özel bir sağlık kuruluşuna başvurması halinde, hasta olan birey ile sağlık hizmeti veren yer arasında sözleşme ilişkisi kurulacaktır. Sağlık hizmeti almak için hekime başvurulmuşsa hekim ile hasta arasında sözleşme (vekâlet, eser), haksız fiil veya vekaletsiz iş görme ilişkisi kurulacaktır. Sorumluluk açısından, özel hukuk kurallarına göre, sözleşmeye aykırı davranış halinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sözleşmeye aykırılık hallerinin düzenlendiği 112. maddeye, aynı zamanda eylem haksız fiil teşkil ediyorsa, haksız fiil hükümlerine, 502.-514. maddeler arasında düzenlenen vekâlet sözleşmesine, vekaletsiz iş görmenin düzenlendiği 527. madde hükümlerine ya da eğer şartları oluşmuşsa da Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine göre özel hastaneye adam çalıştıran sıfatıyla talepler yöneltilebilecektir. Özel hastanede çalışan ve ifa yardımcısı durumunda olan hekime karşı da Borçlar Kanunu 116. maddesine göre

adli yargıda talepler yöneltilebilecektir. Fakat burada önemle bahsetmek gereken husus ise, özel sağlık kuruluşları üzerinde Sağlık Bakanlığı'nın denetim ve gözetim yükümlülüğüdür. Söz konusu hususa yönelik olarak Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan düzenlemeler incelendiğinde, Devlete, *“herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek ve bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak onları denetleyerek yerine getirmek”* ile ilgili pozitif bir yükümlülük getirildiği, Ayrıca, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 11. maddesinde de, denetleme yetkisi ve uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenlemelere yer verilmek suretiyle denetim ve gözetim yükümlülüğünün hukuki dayanakları ortaya konulmuştur.

Özel sağlık kuruluşları üzerinde idarenin ruhsatlandırılması, kurulması ve işletilmesi aşamasında denetim ve gözetim yükümlülüğüne bağlı olarak yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda özel sağlık kuruluşunda sunulan bir sağlık hizmeti sırasında zarar meydana geldiği takdirde denetim ve gözetim yükümlülüğü sınırları içinde kalan ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan zararlardan idarenin tazmin sorumluluğu doğacaktır. Örneğin; özel sağlık kuruluşlarının tabi oldukları mevzuat bakımından, özel sağlık kuruluşu binasının, istihdam edilen personelin yetersiz ya da niteliksiz olduğu ya da tıbbi araç ve gereçlerin hijyenik olmadığı durumların idare tarafından yapılan denetimlerde saptanması gerekirken gözden kaçırılması veyahut bu eksikliklerin saptanmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı haller söz konusu olduğunda idarenin denetim görevini gereği gibi ya da hiç yapmamasından doğan hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Mehmet Işıltan / Türkiye* davasında, sağlık hizmeti sunan sağlık kuruluşlarına yönelik olarak devlet organlarının yapacağı düzenlemeler ile bireylerin yaşam haklarının korunmasının sağlanması gerektiği, Komisyon'a göre devlet mekanizmasının pozitif yükümlülükleri kapsamında sağlık kuruluşlarında meydana gelen ölümlerin sebeplerini ve hastanede meydana gelen ölüm olaylarının nedenlerini ve bu ölüm olaylarında ilgili sağlık personellerinin sorumluluğu olup olmadığının ortaya

çıkması açısından etkili bir adli sistem kurması gerektiğini vurgulamış, *Calvelli ve Ciglio / İtalya* kararında da, sözleşmeye taraf olan devletlerin bireylerin yaşam haklarının korunmasına yönelik pozitif yükümlülükler kapsamında kamuya ait sağlık tesisleri yanında özel sektöre ait sağlık tesislerinde sağlık hizmeti alan bireylerin yaşamlarının korunmasının sağlanması açısından söz konusu tesislerin tedbirler ve önlemler almalarını sağlayan yasal düzenlemeler yapmasının şart olduğu ifade edilmiştir²².

Konuya ilişkin olarak²³, “sağlık hizmetlerini kamu hizmeti ruhsatı ile yürüten özel sağlık kuruluşları üzerinde idarenin içselleştirilmiş bir denetim ve gözetim yetkisi bulunduğu, Sağlık Bakanlığı sağlık hizmetlerinin asli sahibi ve nihai sorumlusu olarak bu hizmetler üzerindeki sıkı ve içselleştirilmiş denetim ve gözetim yetkisine bağlı olarak idari para cezası, faaliyet durdurma, ruhsatın askıya alınması ve iptali gibi yaptırımlar uygulama kudretini elinde bulundurduğu, idarenin hizmetle bağı koparılmadığı, özel sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğunun, özel sağlık kuruluşlarına ruhsat vermede veya bunları denetlemede gündeme geleceği, bu nedenle, idarenin özel sağlık hizmetlerinin denetim ve gözetimi görevini yerine getirmemesinden doğan sorumluluğunun kaynağı hekimlerin faaliyetinden ziyade idarenin sağlık kamu hizmeti faaliyeti; bir başka deyişle kamu hizmetine ilişkin yürüttüğü denetim ve gözetimi; dolayısıyla kendi işlem ya da eylemi olduğu, kamu dışındaki sağlık hizmeti faaliyetlerini yürütenler özel hukuk kişileri ve bunlarla hastalar arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olup, tarafların hak ve borçları ve dolayısıyla meydana gelen zarardan sorumluluğun bu ilişki kapsamında değerlendirileceği, dolayısıyla açılacak tazminat davalarında adli yargının görevli olacağı, ancak özel sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinin özel hukuka tabi olmasının özel kişileri ruhsatname düzenleyerek görevlendiren ve denetim ve gözetim yetkisini elinde tutan ve hizmetin asıl sorumlusu olan idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklı

²² KARAKUL, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), Güz,2016, s.177.

²³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6908, K:2021/6225, K.T. 13.12.2021.

sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hizmet kusuru işlenmiş olmasının yanında, aynı zamanda bir zararın da ortaya çıkması gerektiği, zarar, idarenin denetim görevini yerine getirmemesinden veya yapılan denetim sonucunda aykırılıkların bulunmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmamasından kaynaklanmakta ise, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabulü gerekeceği, tababet icra etme yetkisi ve dolayısıyla çalışma belgesi bulunmayan yabancı uyruklu şahıs tarafından hasta muayene ve tedavisinin gerçekleştirildiği; ayrıca 09/03/2000 tarih ve 23988 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve tıbbi müdahale tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmeliğe göre bir özel sağlık kuruluşu olan polikliniklerde cerrahi müdahalelerde bulunulamayacağı dikkate alındığında; söz konusu usulsüzlüklerin davalı Sağlık Bakanlığı yönünden bir denetim kusuru oluşturduğu,” hususları vurgulanmak suretiyle, özel sağlık kuruluşları üzerinde idari makamların denetim ve gözetim yükümlülüğü, bu yükümlülüğün kapsamı, idarenin sorumluluğuna, etkisine değinilmiştir.

Bu kapsamda, bireylerin kamuya ait bir sağlık tesisinde meydana gelen zararlarının bulunması halinde idari yargıda idare aleyhine dava hakkı doğacaktır. İdare sorumluluğuna neden olan fiili icra eden kamu görevlisine de kusurlu bulunması halinde ve kusuru oranında adli yargıda rücu davası açılacaktır. Bu sebeptendir ki, ileride açılacak rücu davasına binaen savunma hakları kapsamında iddia ve savunmalarını yapmaları için söz konusu davalar ilgili sağlık görevlilerine ihbar edilmektedir. İhbar yapılmadan karar verilmesi halinde temyiz aşamasında karar bozulmaktadır. Konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından²⁴, “davacı tarafından oğlunun ameliyatında ve sonrasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu iddiasıyla davalı idare aleyhine açılan tam yargı davasında yapılacak yargılama sonucunda idarenin tazmin yükümlülüğünün olduğuna hükmedilmesi halinde, davalı idarenin dava konusu olaya ilişkin olarak sorumluluğu olan kişi veya kişilere rücu edebileceği dikkate alındığında bu kişilerin menfaatlerinin etkileneyeceği, bu itibarla; yukarıda belirtilen Kanun hükümlerinde öngörülen davanın ihbarı için geçerli koşulların oluştuğu anlaşılmakta olup, Mahkemece, esastan yeniden karar verilirken dava

²⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6540, K:2020/6842, K.T.23.12.2020.

konusu olayda idare ile arasında rücu ilişkisi doğabilecek kişi veya kişilerin tespit edilerek davanın res'en ilgililere ihbar edilmesi gerektiğinden bu husus gözetilmeksizin yapılan yargılama sonucunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı” hususları vurgulanarak, ihbar usulüne uymayan Mahkeme kararı bozulmuştur. Söz konusu karar, adil yargılanma hakkının alt ilkesinden olan silahların eşitliği, çelişme (karşıtlık) ilkelerinin bir gereği olarak, ileride idare tarafından sağlık görevlisine karşı açılacak olan rücu davasının öncesinde söz konusu davada savunma ve itirazlarını sunabilmeleri açısından sağlık personeline hukuki koruma sağlaması açısından önemlidir.

Öte yandan, sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat davalarında karşılaşılan bir diğer husus da şudur: Aynı zamanda ilgili hekime adli yargıda açılan davada adli yargı mercilerince alınan bilirkişi raporlarının idari yargı mercilerince de hükme esas alınması durumunda söz konusu raporların taraflara tebliğ edilmeden esas hakkında karar verilmesidir. Mahkeme tarafından, hükme esas alınan raporların tebliğ edilmemesi sonucunda itiraz hakkını kullanamayan tarafların hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmasının yanında adil yargılanma hakkı kapsamında çelişmeli yargılama ilkesine aykırı sonuçlar doğacağından Danıştay tarafından bu durumda bozma sebebi olarak görülmektedir.

Nitekim konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından²⁵, *“Mahkemelerce esas hakkında karar verilmeden önce, bilirkişi raporunun birer örneğinin taraflara tebliğ edilmesi ve bilirkişi raporuna tarafların itiraz edebilmelerine olanak tanınması, uygulanması zorunlu bir usul kuralı olduğu, tazminatın ödenmesine karar verilmesi isteminden kaynaklanan işbu davanın ihbarı için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile anılan maddenin atıfta bulunduğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61. ve devamı maddeleri hükümleri uyarınca gerekli koşulların oluştuğu anlaşılmakta olup, Mahkemece, esastan yeniden karar verilirken dava konusu olayda idare ile arasında rücu ilişkisi doğabilecek kişi veya kişilerin tespit edilerek davanın res'en ilgililere davaya müdahil olabilme haklarını kullanabilmelerini teminen davanın ihbarı gerekeceği, söz konusu*

²⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6629, K:2021/1920, K.T. 26.04.2021.

birlikçi raporlarının taraflara tebliğ edilmesi ve rücu ilişkisi olacak sağlık personeline de davanın ihbarı usulü işletilmeden verilen İdare Mahkemesi kararında bu yönlerden hukuki isabet bulunmadığı” yönünde karar verilmiştir.

Bireylerin birbirlerine verdikleri zararlar haksız fiil kapsamında kusura dayanan sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmekteyken²⁶, idarenin verdiği zararlardan kaynaklanan sorumluluğunun temelleri Anayasanın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince idari makamlar işlem ve eylemleri nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumludur. Sağlık kamu hizmetini idare yapmış olduğu bir idari eylem veya tesis ettiği idari işlem ile sunabilmektedir. Bu kapsamda hizmetin ifası esnasında meydana gelen maddi ve manevi zararlardan idari makamların sorumluluğuna gidilebilmesi için hizmetin ifasına yönelik hukuk dünyasında hukuki sonuç meydana getiren hukuka aykırı bir fiil veya hukuka aykırı bir işlem neticesinde oluşan zararın fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde olması gerektiridir. Her ne kadar Anayasanın 125. maddesinde idarenin sorumluluğunda kusura değinilmemiş olsa da, tazminat istemi ile açılan tam yargı davalarında da tazminat hukukunda geçerli olan kusur varsa sorumluluk doğacağı esasına dayanan kusur sorumluluğudur. Öte yandan, bazı durumlarda kusur olmasa dahi kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince meydana gelen zararlardan sorumlu olunabilmektedir. Kusursuz sorumluluk halleri özel hukukta istisnaidir. Kanunda açıkça düzenlemesi gerekmektedir. Fakat idare hukuku içtihatlar hukukuna dayandığından kusursuz sorumluluk ilkesi de yargı içtihatları ile geliştirilmiştir. Bu nedenle özel hukuktaki gibi yasal dayanak aranmamaktadır. Tam yargı davaları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda “*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan*” davalar olarak tanımlanmış olup medeni yargılamadaki edim davalarına benzemektedir.²⁷Bu davalar, idari işlem veya eylem nedeniyle kişisel hakları ihlal edilenlerin söz konusu haklarının korunmasını ve hakkın çekirdeğini oluşturan edimin yerine getirilmesini sağlamaktadır²⁸. Tam yargı davalarının bireylerin taleplerine göre, istirdat (geri alma) davaları,

²⁶ ULUSOY, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 2021, Ankara, s.569.

²⁷ GÜNDAY, Metin, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 2022, s.121.

²⁸ GÜNDAY, İdari Yargılama Hukuku, s.121.

idari sözleşmeden kaynaklı tam yargı davaları, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan tam yargı davaları ve tazminat davaları olarak türleri bulunmaktadır. Sağlık hizmeti sunumundan doğan zararların karşılanması istemiyle açılan tazminat istemli davalar başka bir deyişle tazminat davaları tam yargı davalarının özel bir görünümü olduğundan bu davalarda da asıl olan kusurdur. Fakat bu kusur özel bir kusur hali olan hizmet kusurudur. Hizmet kusuru, özel hukukta haksız fiillerden sorumluluk halinde aranan kusur türünden farklı olarak idare hukukunun kendine has özelliklerini bünyesinde barındıran, kamu görevlilerinin görevinden ayrılmayan, anonimleşmiş, birincil kusur türüdür²⁹. Danıştay kararlarında hizmet kusuruna yönelik³⁰, “*idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açtığı, bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karaktere büründüğü*“ ifadeleri kullanılmaktadır. Asli sorumluluk nedeni hizmet kusuru olması hasebiyle uyuşmazlıklarda önce hizmet kusuru ardından kusursuz sorumluluk halleri irdelenmektedir.

Kendine özgü özellikleri olan hizmet kusuru, hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi, kötü işlemesi olarak sınıflandırılmakta olup sağlık hizmeti sunumunda özel görünüm biçimlerine sahip olmaktadır. Bu kapsamda, Danıştay sağlık hizmet kusuru tanımını kararlarına yansıtmaktadır. Bu doğrultuda Danıştay kararları ışığında sağlık hizmet sunumundaki kusura değinmekte fayda vardır.

4. SAĞLIK HİZMETİNDE KUSUR

İdarenin tazminat sorumluluğunun temel unsuru olan hizmet kusur türleri; hizmetin kötü işlemesi olarak örneğin; hastanın ameliyatı esnasında karnında ameliyat makası unutulması, hizmetin geç işlemesi olarak; örneğin; kalp krizi geçiren bir hastaya hizmet için gerekli olan

²⁹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınları, Cilt II, 2019, s.1156., ÖZDEMİR, Necdet, Hizmet Kusuru Teoris ve İdarenin Sorumluluğu, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963, s.35.

³⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6753, K:2021/6169, K.T. 13.12.2021.

makul kabul edilemeyecek sürede müdahale edilmesi, hizmetin hiç işlememesi olarak; örneğin; sevk zincirini işletmeme olarak ortaya çıkabilecektir. İdare hukukunda esas olan sorumluluk hizmet kusuruna dayalı sorumluluktur. Bu kusur hizmetin her aşamasında ortaya çıkan her türlü bozukluk aksaklık ve eksiklik olarak ortaya çıkabilecektir. Hizmet kusuruna dayalı olarak idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı da idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası ile ortaya konulmaktadır. Söz konusu dava aslında tazminat davasının özel bir türü olarak, kendine özgü özellikleri hasebiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir.

İdarenin tazmin sorumluluğunun asli nedenini hizmet kusuru oluşturduğundan, bu kavramın tanımı ve türlerinin net bir şekilde açığa kavuşturulması idarenin tazmin sorumluluğu bağlamında oldukça ehemmiyetlidir. Özellikle sürekli gelişim içinde bulunan tıp biliminin uygulandığı sağlık hizmeti bakımından bu husus ayrıca önem taşımaktadır.

Sağlık alanındaki hizmet kusuru, “sağlık kurum ve kuruluşlarının (idarenin) yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir sağlık kamu hizmetinin kurulumunda, düzenlenmesinde veya teşkilatlanmasında, yapısında, personeline veya işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır.”³¹ olarak doktrinde tanımlanmıştır.

Sağlık hizmeti sunumunda idareye düşen yükümlülük hizmet için gereken nitelik ve nicelikte olan ehil personel ve ekipmanla hizmetin sunulup sunulmadığının, bunların temininde gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğinin, hastanelerde yapılacak olan girişimlerin tıp hukukun gerektirdiği kurallar çerçevesinde gerçekleştirilip

³¹ GÜNDAY, Rezzan. Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 244; AYAN, Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 175; KAYA, Cemil. İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 231.

gerçekleştirilmediğinin denetlenmesidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğu doğuracaktır.

Bu kapsamda, Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesine dayalı olarak açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için “*ağır hizmet kusuru*” koşulunu aramaktayken bu içtihadını 2015 yılından itibaren değiştirerek içinde basit kusuru bile barındıran “*hizmet kusurunu*” yeterli kabul etmektedir. Söz konusu içtihat değişikliği de yerinde olmuştur. Zira kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılan idare, zayıf konumdaki bireyler karşısında ağır hizmet kusuru aranmak suretiyle daha da güçlü bir konuma getirilmiş, bireyler açısından ise hak arama özgürlüğü kapsamında uğradıkları zararların giderilmesi ağır şartlara bağlanarak idarenin mali sorumluluğu ilkesi ile ulaşılmak istenen amaçtan uzaklaşmıştır.

Sağlık hizmetlerinde dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da, sağlık hizmetinin bireylerin yaşam hakkı ile bağlantılı olması ve tıbbi girişimlerin riskler taşıması sebebiyle sorumluluğun yorum yoluyla oldukça genişletilmesi halinde hekimlerin sorumluluktan kurtulmak adına yapacağı defansif tıp uygulamalarının bireylere vereceği zararlardır. Defansif tıp uygulamaları, tıbbi uygulama hatalarına dayalı olarak ileride açılacak tazminat ve rücu davalarından kendini koruma içgüdüleriyle hekimlerin ya da diğer sağlık görevlilerinin normal şartlarda başvurmayacağı bir işleme sırf sorumluluktan kurtulmak maksadıyla gereksiz yere başvurusudur. Sağlık personeli hatalı tıbbi uygulamaya dayalı malpraktis davası açılma olasılığı yüksek olan riskli faaliyetlerin sorumluluğunu reddedebilecek, başka uygulamalara yönelebilecektir. Bu durumda ortaya zararlı bir sonuç çıkarsa söz konusu yaklaşımların yargı mercilerince hizmet kusuruna sebebiyet verip vermediği titizlikle irdelenmelidir. Bu bağlamda idarenin mali sorumluluğuna neden olan hizmet kusuru sağlık hizmetinin niteliği gereği özel görünüm biçimlerine bürünmekte, sağlık hizmetine özel kusur türleri olarak ortaya çıkmaktadır.

4.1. Sağlık Hizmetinde Kusur Türleri

Sağlık hizmeti sunulurken birçok tıbbi müdahalelerde bulunmaktadır. Bunlar insan sağlığını koruyan, tedavi eden, rehabilite eden hizmetler olmak üzere ayrılmakla birlikte, tıbbi müdahale

kavramına yönelik doktrinde tanımlamalar yapılmıştır³². Tıbbi müdahale, bireylerin sağlıklarını korumaya, onları gerek bedenene gerek ruhen tedavi ve rehabilite etmeye yönelik tam bir iyilik hali sağlanması amacıyla yetkin sağlık personeline tıp biliminin gerektirdiği standartlar içinde yapılan tüm müdahaleler olarak tanımlanabilir. Tıbbi müdahaleden kaynaklı sorumluluk doğmaması için hukuka uygunluk şartının sağlanması gerekmektedir. Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında kanunda sayılı hallerde ve tıbbi zorunluluk halinde yapılan müdahalelerin hukuka uygun olduğu düzenlenmiştir. Bunun nedeni bireylerin yaşam hakkı kapsamında yüksek menfaatlerini korumaktır³³. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, “herkesin yaşam hakkının yasanın korunması altında olduğu” belirtilmekle, yaşam hakkının korunması gerekli bir hak olduğu ve devletlere bu hakkın korunmasının yükümlülük olarak öngörüldüğü açıktır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2., Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6. ve

³² GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Şubat 2013, s. 39, AYAN, Mehmet, a.g.m.,s. 5., Rezzan Günday, a.g.m., s.3., YILMAZ, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1., YENERER, Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2003, s.24., YENERER, Çakmut, Özlem. “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, s. 4., SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 26., ERSÖZ, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 45, Mayıs 2010, s. 106., ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 59., GENÇER, Zafer Adem, Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 17., TANERİ, Gökhan, Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 39., TÜRKMEN, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 40., ÖZPINAR, Berna, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, s. 91. CANBOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, Sayı:80, Ankara 2009.s.159.

³³ BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954, s. 65.

Anayasanın 17. maddesine göre, “Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkına sahip olduğu ve bu hakkın yasalarla korunmasının gerektiği” düzenlenmiştir. Yaşam hakkının önemi ve diğer hakların varlık sebebi olduğu ve devletin söz konusu hakkın korunmasına yönelik alacağı önlemlerin gerekliliği açısından Danıştay³⁴, “insan hakları içinde değer sırası bakımından ilk sırada yer alan ve en temel insan hakkı olarak kabul edilen yaşama hakkının diğer tüm hakların varlık sebebi olduğu ve bu hakların kullanımının yaşama hakkına bağlı olduğu, bu bakımdan bu hakkın kullanımı için devletin yalnızca insan yaşamına saygı gösterme anlamında negatif bir yükümlülük altında olmadığı, aynı zamanda insan yaşamını etkin olarak korumak için gerekli adımları atmak, bu kapsamda bireyleri diğer kişilerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerinden korumak için uygun önlemleri almak, yaşama kasteden eylemleri caydırıcı ve etkin şekilde cezalandırmak için kanunlarında gerekli yaptırımlara yer vermek, bu hükümlerin ihlal edilmesini önlemeye ve cezalandırmaya yönelik ceza kovuşturmasını etkili şekilde organize etmek ve kişinin bizzat kendi yaşamına son vermesinin önüne geçmek için gerekli tedbirleri almak gibi pozitif yükümlülüklerinin de olduğu” hususlarını vurgulayan bir karar vermiştir.

Yaşam hakkı ve maddi manevi varlığın korunmasını isteme hakkı sıkı ilişkide olan haklardan olması nedenleriyle devlete de bu anlamda negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, yetkisi dahilindeki bireylerin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, pozitif yükümlülük ise, yetkisi dahilinde olan bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal niteliğe haiz makamların, gerek özel sektörde faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların gerekse diğer bireylerin ve son olarak da kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanacak tehlike ve risklere karşı korunmasıdır.

Bu kapsamda, devleti oluşturan üç erkten biri olan yürütme organının dışa yansıyan faaliyetlerinde görevli olan idari makamların sunduğu (gözetim ve denetim yükümlülüğü kapsamındaki özel sağlık tesislerinde sunulan sağlık hizmeti de dahil) sağlık kamu hizmeti sunumu esnasında sağlık personeli tarafından yapılan tıbbi müdahalelerin sorumluluk doğurmaması için hukuka uygun olması

³⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2015/23, K:2017/6112, K.T.26.12.2017.

gerekmektedir. Bu kapsamda hukuka aykırı olarak yapılan tıbbi müdahale esasen hizmet kusuruna sebep olacaktır. Bu hatalı müdahale neticesinde meydana gelen zarar uygun illiyet bağı içerisinde ise sorumluluk doğacaktır. Ayrıca hukuka aykırı olan tıbbi müdahalenin hastaya, hasta yakınına, sağlık personeline ekonomik açıdan olmak üzere birçok olumsuz sonucu meydana gelmektedir³⁵. Asıl olan sorumluluk türü kusur sorumluluğu olduğundan sağlık hizmet kusur türlerinin belirlenmesi ve sınıflandırılması gerekmektedir. Ancak, sağlık biliminin sürekli gelişmesi ve yenilenmesi hasebiyle söz konusu sınıflandırma ve belirleme kolay değildir. Klasik ayrımların dışında tıbbi gelişmelerde dikkate alınarak pozitif hukuk çerçevesinde yeni sağlık hizmet kusuru tasnifleri doğmaktadır. Sağlık hizmetinin kurulumunda, düzenlenmesinde, teşkilatlanmasında bünyesindeki personeline veyahut işleyişinde aksaklık, aykırılık, eksiklik veya sakatlık taşınması olarak tanımlanan sağlık hizmet kusurunun yanında, tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket etmesi gereken hekimin ve diğer sağlık personelinin bu yükümlülüklerle aykırı davranması da sağlık hizmetinde hizmet kusuru olarak kabul edilecektir.

4.1.1. Tıbbi Hatalı Uygulama (Tıbbi Malpraktis) ve Görünüm Biçimleri

Malpraktis kelime anlamı olarak Latince “male” ve “praxis” kelimelerinden türemiştir. Batıda “malpraktis” kavramı hukukun bir parçasına dönüşmüştür. Latin kökenli olan “malpraktis” iki kelimedenden oluşmuştur. Bunlar “male” – kötü ve “praxis” uygulamadır. Sözün anlamı görevi kötü icra etme, bir mesleğin kötü ve hatalı uygulamalarıdır.

En yaygın hizmet kusuru türü olan “hizmetin kötü işlenmesinin” bir türü olarak, sağlık hizmeti alanında “tıbbi uygulama hataları” (malpraktis) karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi uygulama hataları, bireylerin yaşayacakları her türlü rahatsızlıkları (bunların içinde vücut ve ruhsal bozukluklar da dahil olmak üzere) teşhis ederek buna uygun tedaviyi uygulamak yerine, hastalıkla alakasız tedavileri uygulamak, şayet

³⁵ TOP, Mehmet, GİDER, Ömer, TAŞ, Yunus, ÇİMEN, Seher, “Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri”, Kocaeli İlinde Bir Alan Çalışması, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:11, Sayı:2, 2008, s. 164.

teknolojik gelişmelerin ışığında tedavisi mümkün olmadığı takdirde hastalığın sebep olduğu zararları hafifletmek ya da acıları en azından dindirebilecek tedavileri yapmayarak başka tedavileri uygulamak, veyahut kişileri rahatsızlıklardan korumak adına tıp mesleğinin ve tıp hukukunun esaslarına ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirecekleri, en basitinden, en ağırına kadar uygulanan teşhis, tedavi, cerrahi müdahalelerin kusurlu ifasına bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlardır. Hekimin ya da diğer sağlık personelinin gördükleri eğitimin ya da uzmanlıkla ilgili bilgilerini hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi hata olarak kabul edilecektir. Tıbbi uygulama hatası (malpraktis), meslek hatası, hekim hatası olarak tanımlansa da, Dünya Tabipleri Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen bildirmede³⁶, "*doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" olarak tanımlanmıştır³⁷.

Tıbbi malpraktis, tıbbi hata ya da tıbbi kötü uygulama, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde tanımlanmaktadır. Tıp biliminin bünyesinde bulunan esaslara, standart uygulamalara ve mesleğin gerektirdiği tecrübeye göre gösterilmesi gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklı her türlü hekim müdahalesine uygulama hatası (malpraktis) nitelendirilmesi yapılmaktadır. Başka bir deyişle tanımlamak gerekirse, bir tabibin hasta olduğu iddiası ile kendisine başvuran bireye teşhis ve tedavinin bünyesinde barındırdığı standartlara uygun hareket etmemesi ve bir hekim olarak alanında kendisinden beklenen bilgi ve beceriye sahip olmaması ve tüm bunlarla beraber hastalığın teşhis ve tedavisini doğru bir şekilde ortaya koyamamasından dolayı uygun tedavinin de yapılamaması, yanlış tedavilerin yapılması tıbbi hata çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk "*kusura dayalı genel sorumluluk*"tur.

³⁶ ÖZPINAR, Berna, a.g.m., s.92.

³⁷ "Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler", "Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu", Yayına Hazırlayan: SAYEK, Füsün, Haziran, 1998, s.46. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf, (Erişim Tarihi:15.05.2022)

Bu noktada, tıbbi uygulama hatası bağlamında, hekimin yapmış olduğu faaliyet içerisinde sorumlu olabilmesi için tecrübeli olması ve alanında uzman hekim olması gerekmektedir. Hekimin sorumluluk değerlendirmesinde, hastanın sıhhatinde olumsuz sonuçlara sebep olacak bir zararın ortaya çıkmasından evvel bu durumu öngörebilme olasılıklarının bütününe, sübjektif değerlendirme standartlarına sahip olması gerekmektedir. Hekimden beklenen, olayların normal döngüsü içerisinde kendisinden beklenen objektif özen yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmasıdır. Dolayısıyla hekimlerde aranan hususlara aykırılıklar ve ihlaller çoğunlukla karşımıza üç farklı şekilde çıkmaktadır. Bunlardan ilki, hekimin uzmanlık alanıyla ilgili kendisine başvuran hastaya yönelik olarak hastalığın teşhisi, oluşabilecek olası endikasyonları, uygulanacak tıbbi girişimin hekim tarafından seçimi, bu girişimin uygulanması, tedavi yahut cerrahi müdahalenin söz konusu olduğu durumlardan sonraki bakım da dahil, bu alanlarda yapılan aykırılıklar ve ihlallerdir. İkinci ihlal ise, hastanın hekim veya sağlık personeli tarafından uygulanacak tüm tedavi hakkında bilgi sahibi olmasının sağlanmaması ve hastanın öyküsünün (anamnez) alınması gerekirken alınmamasıdır. Diğer ihlal ise, hastanın tedavisi sırasında müdahalenin içerisinde yer alacak personelin taşınması gereken nitelikler ile personel sayısı ve hekimlerin kendi aralarındaki yardımlaşma başka bir ifadeyle işbirliği (Konsültasyon) alanına uyulmaması, konsültasyonun yapılmaması veya yanlış yapılmasıdır. Bu üç ihlali sırasıyla uygulama kusuru (tanı ve tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura "Tıbbi Uygulama Hatası" (Tıbbi Malpraktis) adı da verilmektedir. Örneğin; enjeksiyonla verilen ilacın hastanın bedeninde yanlış yere ya da organa yapılması, enjeksiyonun hastanın sinirine denk getirilmesi, kırık bir kemiğin gereği gibi doğru olarak tespit edilememesi, yatan hastanın emniyetinin sağlanmaması nedeniyle yataktan düşmesi birer uygulama hatası olarak kabul edilir.

Tıbbi uygulama hatasında önemli olan diğer bir husus, sağlık personeline sunulan hizmette mesleğin gerektirdiği standartların yakalanmış olmasıdır. Bu standardın altında ve dışında hizmet sunulduğu takdirde tıbbi uygulama hatası ortaya çıkacaktır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13'te, "*hekim tıbbin gereklerine göre teşhis koymakla yükümlü olup tıbbin kurallarına aykırı tedavi ve teşhis yasaklanmakta*" olup, esasında tıbbi standart ile ifade edilmek istenen

tıp biliminin yeryüzündeki varlığından günümüze kadar kabul görmüş meslek kurallarının tamamıdır. Yaşam hakkı kapsamında, hekim tıbbi standartları takip etmeli ve uygulamalıdır. Ülke standartlarında bir hekimden beklenen dikkat ve özen yükümlüğü bunun sınırınıdır. Tıp biliminin gerektirdiği bu standartların ihlali durumunda (ilk akla gelenler teşhis, tedavi, endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi ve müdahale sonrası bakım yönetiminin eksik yapılması) tıbbi uygulama hatası sebebiyle hizmetin kusurlu ifası neticesinde hizmet kusuru meydana gelecektir. Fakat, hekimin tedavi amacıyla önerdiği ilaç ya da diğer uygulamaların olağan yan etkileri çıkması ve bazı hastalıkların özelliği gereği tedavi esnasında veya sonrasında komplikasyon meydana gelmesinin tıbbi hata olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, sağlık personelinin sahip olması gereken mesleki bilgi düzeyine göre öngörülemeyecek ve engellenemeyecek hatalar (komplikasyonlar) kapsam dışında kalacaktır. Tüm bu açıklamalar ışığında tıbbi standardın ne demek olduğunu ve bu noktada da komplikasyonun ne demek olduğunu ifade etmekte fayda vardır.

Bu kapsamda komplikasyon kavramına değinmek gerekirse; hekimlerin tıbbi müdahaleleri sırasında ve sonrasında meydana gelebilecek öngöremediği, öngörse dahi önlemesinin imkânsız olduğu durumlar komplikasyon olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda, ortaya çıkan istenmeyen sonucun hekimden beklenen bilgi ve beceri noksanlığının zorunlu bir neticesi olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla aslında her tıbbi müdahalede tıbbi müdahalenin bünyesinden kaynaklanan olabilecek risk ve sapmalar kapsamında değerlendirilebilecek sonuçlar olabileceğinden, söz konusu sonuçların sorumluluk kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu noktada komplikasyondan kaynaklanan sorumluluğun doğmaması ve tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için hastaya kendisine uygulanacak tıbbi müdahale öncesinde ya da sonrasında bilgilendirilme yapılması ve oluşabilecek komplikasyonları öğrenmesi ve buna rağmen tıbbi müdahaleye onay vermesinin sağlanması gerekliliğidir. Aksi halde tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacak ve sorumluluk doğacaktır. Danıştay'ın buna ilişkin bir içtihadında³⁸; “*Adli Tıp Kurumu raporunda, uygulanan enjeksiyonun yetkisiz kişilerce ya da yanlış bölgeye uygulandığına dair*

³⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6823, K:2021/5465, K.T. 11.11.2021.

bilgi olmadığından davacıda gelişen siyatik sinir hasarının enjeksiyon uygulamasının komplikasyonu olması hasebiyle meydana gelen sinir hasarının oluşmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıkça ortaya konulmadığından maddi tazminata hükmedilmesi koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce oluşabilecek komplikasyonların/risklerin anlatılıp yazılı onamın alınmamış olması neticesinde davacının aydınlatılarak onay verme hakkı elinden alınmış olacağı dosya içerisinde yer alan hastane kayıtları incelendiğinde, enjeksiyon uygulamasına ilişkin bir onam belgesinin olmadığı, bu durumda Mahkemece, davalı idare tarafından davacıya enjeksiyonun sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı araştırılarak sonucuna karar verilmesi gerekirken, bu durum araştırılmadığı” hususuna vurgu yapılarak, onam konusundaki eksiklikler bozma sebebi olarak görülmüştür. Onamın alınıp alınmadığının araştırılması hastanın yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında önemli bir konudur.

Öte yandan, alınan onamın mevzuatın aradığı şekil şartlarını ve içeriklerini taşıması gerektiği, matbu onamların yeterli olmayacağı, her tıbbi müdahaleye has çıkabilecek komplikasyonların açıkça anlaşılır bir biçimde onamda yazılması ve hastanın buna vakıf olmasının sağlanması gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak³⁹, “*hastane kayıtlarının tetkikinde davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı imzalı onamının bulunmadığı ancak hastanın tıbbi müdahale öncesi bilgilendirilmesi içerikli hemşire M.A. imzalı Hasta Bilgilendirme Formunun hazırlandığı, bilgilendirme formunda hasta veya velisinin imzasının olmadığı yönünde açıklamada bulunulmuş, bahsi geçen evrak dosyaya sunulmuş, dosyaya sunulan hasta bilgilendirme formunun davacı tarafından imzalanmadığı, dosyada bu evrak dışında ameliyatın risklerine yönelik aydınlatılıp rızanın alındığına ilişkin başkaca bir belgenin de bulunmadığı, bu durumda; yukarıda aktarılan 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi hükmü ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde hastanın aydınlatılarak rıza alınması yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu” hususları vurgulanmıştır. Söz konusu karardan da*

³⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6122, K:2019/9350, K.T. 05.12.2019.

görülebileceği üzere, onam alınmasının amacı, hastanın tıbbi müdahale öncesi oluşabilecek komplikasyonlar hakkında tam anlamıyla bilgilendirilmesi suretiyle kendi geleceğini belirleme hakkını sağlamaktır. Mevzuatta bazı durumlarda rızanın alınamayacağı ya da bizzat hasta tarafından onamın imzalanmaması durumunda da geçerli olacağı hallerin düzenlendiği görülmektedir. Fakat somut olayda böyle bir durum söz konusu olmadığından, başkası tarafından imzalanan onam formu yeterli bilgilendirme amacını sağlamayarak tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmektedir.

Tıbbi müdahale sonrası bir komplikasyon gelişmiş ise, komplikasyon sonrası süreçte uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir. Komplikasyon sonrası yapılan müdahaleler “komplikasyon süreç yönetimi” olarak nitelendirilmektedir. Bu noktada sürecin iyi işletilmesi ve yönetilmesi gerekmektedir. Bu durum da hizmet kusurunun varlığını tespit etme bakımından önem arz etmektedir. Nitekim konuya ilişkin olarak, ⁴⁰ “...tedavi süreci bir bütün olarak ele alınıp sunulan sağlık hizmetlerinde komplikasyon yönetiminin iyi yapılıp yapılmadığının detaylıca incelenerek bir sonuca ulaştırılması” gerektiğine değinilerek, komplikasyon yönetiminde ortaya çıkan aksaklıklardan da idarenin sorumlu olacağına vurgu yapılmıştır.

4.1.1.1. Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak değerlendirilmesi için müdahaleyi yapacak sağlık personelinin (ebe-hemşire-hekim) söz konusu müdahale açısından yetkinlik şartını taşıması ön koşulu aranmaktadır. Bir hekim almış olduğu tıp eğitimi sonrasında mevzuatın aradığı koşulları başarı ile sağladığı takdirde uzmanlık belgesinin sağladığı hak ve sorumluluğa sahip olmaktadır. Bu sebeple kendi uzmanlık alanı ile ilgili müdahalelerde bulunması gerekmektedir. Alanı dışındaki konularda yapılan her tıbbi girişim yetki/uzmanlık sınırının aşılması olarak değerlendirilecektir. Söz konusu durum diğer sağlık görevlileri açısından da (ebe, hemşire, sağlık memuru vb.) geçerlidir. Sağlık personeline, mesleki yeterliliklerini sağlamadan ya da alanları dışında yaptıkları tıbbi işlemlerden sorumlu olunacaktır. Örneğin; hasta

⁴⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6252, K:2019/11154, K.T. 31.12.2019.

bakıcının enjeksiyon yapması, genel cerrahi uzmanının sezaryen ameliyatını yapması gibi.

Danıştay'ın bir kararında konuya ilişkin olarak⁴¹, “yapılan apandisit ameliyatında yumurtalıklarının alındığı, alınan raporlarda genel cerrah olan doktorun yaptığı işlemin kendi uzmanlık alanına girmediği, kadın hastalıkları doğum uzmanının alanına girdiği ve hastanın rızası olmadığı halde operasyonla endikasyonsuz olarak yumurtalık overlerinin çıkarılması ve çıkarılan parçaların patolojiye gönderilmemesi nedeniyle olayda 8/8 oranında kusurlu olduğu tüm bu hususlar göz önüne alındığında davalı idare tarafından davacıya sunulan kamu hizmetinin kötü işlediği...” hususuna vurgu yapılmıştır. Diğer bir kararında ise, staj aşamasındaki bir sağlık meslek lisesi öğrencisine tek başına kas içi enjeksiyon uygulatılması neticesinde oluşan zarar açısından⁴², “stajyer öğrencinin henüz mesleği ile ilgili alanda eğitim aldığı, yetkin ve yetkili bir sağlık personeli olmadığı, yetkin bir sağlık personelinin gözetimi olmaksızın tek başına enjeksiyon uygulamasını yapamayacağı, mesleki eğitim için öğrenci kabul eden idarece görevlendirilmiş mesleki yeterliğe sahip bir personel gözetiminde mesleki uygulamaları yapabileceği, olayda, doktor tarafından düzenlenen kas içi enjeksiyon uygulamasının yetkili bir sağlık personeline veya onun gözetimi ve denetimi altında yapılması gerekirken, bu uygulamanın denetim ve gözetim altında olmaksızın bir stajyer öğrenci tarafından yapılması, sunulan sağlık hizmetinin özensiz ve denetimsiz biçimde kusurlu olarak işletildiğini göstermekte olduğu” ifade edilerek, tıbbi girişimi yapacak sağlık personelinin söz konusu alanda yetkin olma şartını sağlaması aksi durumun ortaya çıkaracağı zararlardan idarenin sorumlu olacağı vurgulanmıştır.

4.1.1.2. Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması

Tıbbi müdahale öncesi hastanın rızasının alınmasına “hastanın onamı” veya “aydınlatılmış onam” denilmektedir. Hastanın rızasının alınmasının nedeni yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir. Bu şart aynı zamanda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır. Aydınlatılmış onam, insan onurunu

⁴¹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/3957 ve K:2014/2049, K.T. 20.03.2014.

⁴² Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/1928, K:2019/97, K.T. 15.01.2019.

korumayı, bireye saygı ilkesini hayata geçirmeyi hedeflemektedir. Bilgilendirme, hekimin vereceği bilgilerle hastaya uygulanması düşünülen tedavi yöntemi hakkında hastayı serbestçe karar verecek duruma getirmektir. Yeterince bilgilendirilen hasta önerilen tedaviye razı olup olmama konusunda serbestçe karar verme iradesine sahip olacaktır. Olumlu ya da olumsuz yönlerini bilmeden tedaviye rıza gösteren hastanın kendi iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Serbest iradeye dayanan rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının temel şartıdır. Bilgilendirme amaçlı hastaya yapılacak bu açıklamaların hastanın anlayabileceği düzeyde olması gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınan rızaya dayalı yapılan tıbbi müdahale, hastanın geleceğini tayin etme iradesine ve şahsiyet hakkına müdahale olarak değerlendirilecektir. Hasta haklarına ilişkin mevzuatta rızanın alınamayacağı acil haller düzenlenmekle birlikte, bu durumlara girmese dahi hastanın kendisine ya da yakınlarına üzüntü verecek, kriz geçirmelerine neden olacak aydınlatmaların yapılmaması bu ilkenin istisnası olabilir. Rızanın aranmasına imkân olmayan acil durumlarda, kamu düzenin gerektirdiği hallerde, ameliyatının genişletilmesinin hastanın sağlığı için zorunlu olduğunda aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Rızanın kabul edilebilmesi için tedavi amacına yönelik alınması ve rıza gösterenin iradesine müdahale edilmemesi gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenen rıza, yazılı veya sözlü olabilir. Fakat Tababet ve Şuabatları Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre büyük cerrahi operasyonlarda yazılı rıza şartı aranmaktadır. Bu kapsamda trafik kazası sonucunda bilincini kaybeden yaralıya hekimin yaptığı müdahalede tıbbi müdahaleye maruz kalanın mutlaka rıza göstereceği hallerde “varsayımsal rızanın” olduğu kabul edilmektedir.

Danıştay konuya ilişkin bir kararında⁴³, “2002 yılında Roma’da imzalanan Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü ve Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca hastaya yapılacak müdahalede rızasının alınması ve rızaya aykırı tedavi yapılmaması gerektiğini, hastanın ikazına rağmen yeni bir muayene yapılmadan başka bir müdahalede bulunulmasının hasta haklarına aykırı olduğu ve hizmet kusuru oluşturduğunu” kabul

⁴³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6322,K:2010/5981, K.T. 13.07.2010.

etmiştir. Güncel bir kararda da⁴⁴, “damardan serum uygulamasının sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onamın bulunmadığı, ayrıca 09/02/2015 tarihli "gereken tıbbi ve cerrahi tedavileri kabul ettiğini" bildiren hasta yatış kabul belgesinde davacının velisinin imzasının bulunmadığı, davacıda gelişen arazın damardan serum uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi karşısında, damardan serum uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmadığı, davacının aydınlatılma ve onay verme hakkı elinden alındığından manevi zararın karşılanması gerektiği” hususuna yer vermiştir. Söz konusu kararlardan da görüleceği üzere, vazgeçilmez bir hak olan yaşam hakkını ilgilendirmesi sebebiyle yapılacak tıbbi müdahaleler öncesinde, Hasta Hakları Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği kapsamında rızanın alınamayacağı acil durumlar haricinde, hastanın yeterli açıklıkta bilgilendirilerek rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavinin yapılmaması bireylerin özerkliğine saygı ve adalet ilkesi gereğidir.

Sağlıklı yaşam hakkı kapsamında cerrahi girişimler öncesinde onam alınması uygulaması varken, ilaçlar açısından buna uyulmamaktadır. Fakat özellikle penisilin tarzı alerjik reaksiyona neden olabilecek ilaçlarda bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Kullanılan ilaca ilişkin olarak bilgilendirme yapılmaması açısından⁴⁵, “hemşire gözlem notu ile hasta epikrizi arasındaki çelişkiler ile hastanın penisilin alerjisi geçmişine ilişkin hasta öyküsünün alındığına ilişkin kayıtların ve hastanın penisilin uygulamasının olası risklerine ilişkin bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların sunulmamasının, sunulan kamu hizmetinin kötü işlediğini ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğu” hususları vurgulanarak, söz konusu hususa uyulmaması hizmet kusuru olarak görülmüştür.

Aynı husus enjeksiyon açısından da geçerlidir. Enjeksiyona ilişkin olarak Danıştay kararında⁴⁶, “bilirkişi raporlarında, davacıda gelişen siyatik sinir hasarının enjeksiyon uygulamasının komplikasyonu olarak kabul edilmesi ve enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair dosya

⁴⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/11260, K:2021/1597, K.T. 05.04.2021.

⁴⁵ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/2124,K:2017/665, K.T. 14.02.2017.

⁴⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6569, K:2020/4979, K.T. 17.11.2020.

içerisinde delil bulunmaması karşısında, davacıda meydana gelen sinir hasarının oluşmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıkça ortaya konulmadığından maddi tazminata hükmedilmesi koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılarak onay verme hakkı elinden alınmış olacağı, dosya içerisinde yer alan hastane kayıtları incelendiğinde, tıbbi ve cerrahi girişimler için düzenlendiği anlaşılan onay formu bulunduğu, bu belgede "bana yapılmasına lüzum gösterilen cerrahi ameliyat/tıbbi girişim ve diğer işlemler (ambulans hizmetleri vb) için ayrıca sonrasında oluşabilecek komplikasyonların (problemlerin), tedavim ve zorunluluk halinde uygulanmasına muvafakat ederim" ibaresine yer verilmekle birlikte, tedavi programı kapsamında davacıya uygulanacak enjeksiyonun sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına dair bir ibareye yer verilmediği, dolayısıyla enjeksiyon uygulamasına ilişkin bir onam belgesinin olmadığı, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan manevi zararın takdiren belirlenecek makul bir miktarın ödenmesine hükmedilmesi suretiyle karşılanması gerektiği," hususları vurgulanarak bilgilendirmenin önemi ve gerekliliği ortaya konulmuştur.

Enjeksiyon sonrası oluşan siyatik siniri zedelenmesi (enjeksiyon nöropatisi) zararına yönelik olarak; Danıştay eski tarihli içtihatlarında, Adli Tıp raporlarında bu durumun makul görülebilecek, beklenebilir bir komplikasyon olarak değerlendirilmesi neticesinde idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği sonucuna varmaktaydı. Fakat uyuşmazlıklarda raporlarda ya da dosya kapsamında yapılan inceleme neticesinde, enjeksiyonun ehil olmayan kişiler tarafından yapılması ya da enjeksiyon tekniğine aykırı olarak yapılması durumları tespit ediliyorsa, idarenin kusur sorumluluğuna gidilebilmekte olup, enjeksiyon öncesi komplikasyonlar konusunda bilgilendirme hususu değerlendirilmemekteydi. Güncel kararlarında ise, enjeksiyon ehil kişiler tarafından, tekniğine uygun olarak yapılsa dahi işlem öncesinde ortaya çıkabilecek olası komplikasyonlar hakkında bilgilendirme yapılarak yazılı onam alınmaması halinde bilgilendirmenin eksik yapılmasından kaynaklı manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Enjeksiyon cerrahi bir işlem olması sebebiyle belirli riskleri bünyesinde taşımaktadır. Bireyler, enjeksiyon sonrası oluşan siyatik siniri hasarı başka bir deyişle düşük ayak sendromu neticesinde, hayatları boyunca eforlarını önemle oranda etkileyen durumlarla karşılaşmaktadırlar. Dolayısıyla riskli bir işlem olan enjeksiyonun bireylerde meydana getirdiği zararlar komplikasyon kavramı içerisinde makul görülebilecek bir durum olarak değerlendirilmemelidir. Sağlıklı yaşam hakkının bir gereği olarak işlem öncesi bilgilendirmenin sağlanması, işlemin kim tarafından yapıldığının, nasıl yapıldığının kaydının tutulması, yapılan tıbbi girişimin hukuka uygunluğunu sağlayacaktır.

4.1.1.3. Tanı/Teşhis Hatası ve Gecikmesi

Tanı, bir kişide bulunan rahatsızlığı bulma ve tanımlama faaliyetini ihtiva eden süreçtir. Hekimin hastalığa doğru teşhis koyması mesleki yükümlülüğün bir gereğidir. Hekimin teşhis koyarken tıp biliminin bilinen kurallarına riayet etmiş olması, gerekli tüm dikkat ve zamanı harcayarak, hasta kayıt ve dosyalarını incelemesi, hastalık öyküsünü alması ve bu doğrultuda da teşhis konulması halinde tanı hatasından bahsedilemeyecektir. Hekimin tıp alanında sınırsız doğru bilgiye sahip olması beklenemez. Zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarının kullanılmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola gidilmemesi, eksik araştırma yapılması, hastalık öyküsünün alınmaması, bir hastalığın karakteristik özelliği araştırılmadan ayırıcı tanı netleştirilmeden hatalı sonuca varılması durumları tanı hatasıdır. Bu kapsamda tanının/teşhisin netleştirilmesi için gereken tahliller, tetkikler yaptırılmalı, konsültasyonlar istenmeli, hasta öyküsü doğru alınmalı, tetkik sonuçları doğru okunmalı, netleşmeyen durumlarda tetkikler tekrarlanmalıdır. Öte yandan, tanı ve teşhiste gecikme halinde de bu durumun bireylerde meydana getirdiği zarar nispetinde sorumluluk doğacaktır. Danıştay'ın bu konudaki bir kararında⁴⁷, *“bilirkişi raporundan dava konusu olayda Sağlık Bakanlığı çalışanlarının eylemlerinin tıp kurallarına uygun olmadığı anlaşılma birlikte, aynı raporda davacıda mevcut olan sakatlığın geç teşhis edilmesi ve tedaviye geç başlanması sebebiyle ortaya çıkan zararda*

⁴⁷ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2020/3612, K:2021/548, K.T. 17.02.2021.

davalı idarenin yanı sıra özel hastane çalışanlarının da kusurlu olduklarının tespit edilmiş olması karşısında, zararın meydana gelmesinde davalı Sağlık Bakanlığının ve özel hastanenin ayrı ayrı hangi oranda kusurlu olduklarının açıkça ortaya konulması ve davalı idare aleyhine kusuru oranında tazminata hükmedilmesi gerektiği“ vurgulanmıştır. Ayrıca, Danıştay kararlarında yanlış teşhis sonucu psikiyatrik tedavi görülmesi, hastalıkların karıştırılması hizmet kusuru sayılarak meydana gelen zararlardan idare sorumlu görülmüştür.

Tanı hatasına ilişkin olarak, Danıştay⁴⁸, “*mide rahatsızlığı şikayetiyle Hastaneye başvuran davacıdan alınan kan örneğinin tetkikinde, şahısta HIV virüsünün (AIDS) bulunduğu tespit edildiği, fakat sonrasında bu raporun yanlışlığının ortaya çıktığı, tanı hatası nedeniyle şahsın AIDS hastası olduğunun sanıldığı süreçte uğranıldığı ileri sürülen manevi dünyasında meydana gelen zararlara karşılık tazminat istemiyle açılan dava sonucunda, davacının AIDS testlerinin yapılmasına ilişkin süreç konusunda aydınlatılmaması ve kesin sonuç veren doğrulama testinin ilk baştan yapılmamasından dolayı olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu” yönünde karar vermiş, ultrason sonucunun doğru okunmaması sonucu sağ böbreği olduğu halde “olmadığı” söylenerek hastanın stres içinde yaşamasına ilişkin bir olayda da⁴⁹, “*sağ böbreğine doğru şiddetli bel ağrısı sebebiyle başvuran ve sağ böbreğinin doğuştan olmayabileceği (sağ renal agenezis) teşhisiyle ameliyat edilen davacının, ameliyat sırasında sağ böbreğine rastlanmamış olması nedeniyle sağ böbreğinin olmadığı, doğuştan tek böbrekli olduğu, tek böbrekle yaşayacağı için dikkatli olması, üşütmemesi gerektiği yönünde bilgilendirilmesi sonrasında, kontrol için gittiği aynı kurumda ultrason istenilmesi nedeniyle çekilen ultrason sonucunda sağ böbreğinin olması gereken yerden biraz aşağıda olduğunun ve normal çalıştığıının belirtilmesi üzerine; yanlış tanı, teşhis sonucunda yapılmaması gereken bir ameliyata ve risklerine maruz bırakılması, davalı idare personeli doktor tarafından doğru teşhis yapılarak tespit edilemediği ve davacıya tıp kurallarına aykırı tanı konularak davacının ameliyat edildiğinin anlaşılması karşısında, davalı idarenin olayda hizmet kusuru bulunduğu” yönünde karar verilmiştir.**

⁴⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/4589, K:2011/776, K.T. 28.02.2011.

⁴⁹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4284, K:2014/5322, K.T. 13.06.2014.

Söz konusu kararlardan görüleceği üzere, sağlık görevlileri tarafından, hastanın öyküsü alınarak ayırıcı tanıya ulaşmada gerekli tetkikler hastalar istemese dahi yapılmalı, ilgili uzmanlık dallarından konsültasyon (diğer uzmanlık dallarına danışma) istenmeli, tetkikler özenle değerlendirilmelidir. Aksi halde tanı ve teşhis de gecikme meydana geleceği gibi yanlış tanı/teşhis konulmak suretiyle hastalar üzerinde istenmeyen sonuçların doğmasına sebebiyet verilebilecektir. Burada önemli olan husus, hekimin ve diğer sağlık personelinin tanı/teşhis koymada, tedavi yöntemini belirlemede özen yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekliliğidir.

4.1.1.4. Tedavi Hatası ve Tedavinin Gecikmesi

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. maddesinde, “*Tabip, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemeyeceği*” düzenlenmiştir. Tanı yöntemleri arasından seçim yapılırken hastanın özellikleri dikkate alınmalı, yeteri kadar denenmemiş tedavi yöntemi uygulanacaksa hastaların bu konuda uyarılarak rızalarının alınması gerekmektedir. Birden fazla tedavi yöntemi söz konusu ise, uzun zamandan beri uygulanan yöntemlere öncelik verilmelidir. Bu kapsamda da idarenin sorumluluğu ancak uygulanan yöntemlere göre mutad olmayan tedavi hataları için doğacaktır. Hastaya en çok yararı ve en az zararı olacak yöntemin tercih edilmesi ve bu yöntem uygulanırken bir zarar ortaya çıktığında da hizmet kusuru olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Fakat sunulan sağlık hizmeti kapsamında hekim uygulayacağı tedavi yönteminde açık ve bariz bir hata yaptığında sorumluluk doğacaktır. Örneğin; el üstünden uygulanan serumun deri altına sızması sonucu şişerek kangren olan parmakların kesilmesi, sezaryen sırasında karında gazlı bez unutulması durumları gibi. Bunlar idarenin sorumluluğuna neden olacak birer tedavi hatasıdır.

Konuya ilişkin olarak, Danıştay bir kararında⁵⁰, “*ilk başvurudaki şikayetleri ile nihai olarak konulan teşhisin uyumlu olup olmadığı ve hastalığın erken teşhisi halinde iyileşme imkânının bulunup bulunmadığı*” hususuna vurgu yaparak, sağlık hizmeti almak amacıyla

⁵⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6437, K:2020/7028, K.T. 28.12.2020.

başvuran bireylerin şikayetlerine yönelik doğru teşhislerin konulup konulmadığı hususunun araştırılmamasını bozma sebebi olarak görmüştür.

Danıştay, ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulması olayını, tampon sayımını doğru yapmayan sağlık görevlisinin hizmetten kaynaklanan kusuru kapsamında görerek idareyi sorumlu tutmuş, söz konusu sorumluluk açısından ayrıca⁵¹, “*bu kapsamda her ne kadar kişiye yapılan ameliyat esnasında ameliyat edilen bölgede (sol akciğerde) gazlı bez (spanç) unutulması hizmet kusuru olsa da öncelikle hastada ameliyat esnasında sargı bezi unutulmamış olsaydı ameliyat öncesi var olan bu durumun sol akciğer alt lobuna etkisinin ne oranda olacağı, alt lobun alınması sonucunun doğru doğmayacağı, sargı bezi unutulmasının davacıdaki durumu ne oranda etkilediği, alt lobun işlev kaybına etkisi, sargı bezi unutulmamış olsaydı söz konusu ameliyat sonrası davacının iş gücü kaybı oranının ne olacağı, sargı bezi unutulmasının bu orana ek bir katkısının olup olmadığı, sol akciğer alt lobun alınmasının unutulmuş sargı bezinden mi kaynaklandığı, yoksa davacıdaki mevcut rahatsızlığın zaten bu sonucu doğurup doğurmayacağı hususlarının araştırılması gerektiği*” hususunu vurgulayarak, yapılan tıbbi müdahalelerde bireylerin vücudunda spanç/tampon/sütür iğnesi gibi ameliyat materyallerinin unutulmuş olması başlı başına hizmet kusuru sayılmıştır. Ayrıca, her ne kadar konulan teşhis ve ameliyat kararı yerinde olsa da, ameliyat öncesi ve sonrası gazlı bez sayımının ameliyat hemşiresi tarafından yapılması, ameliyat sahası kapatılmadan önce de operatör hekim tarafından ameliyat sahasının dikkatle eksplore edilmesi (incelenmesi temizlenmesi), tampon ve gazlı bezlerin rutin kullanımda sayıldığına dair tutanak düzenlenmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Olayda bu hususların olmaması nedeniyle uygulamaların tıp kurallarına aykırı olduğuna değinilmiştir. Ayrıca, cerrahinin temel uygulamalarından olan ameliyat öncesi ve sonrası gazlı bez sayılması ve bu yönde tutanak düzenlenmesi işlemlerinin rutin uygulama olarak yaptırılmamasının idarenin denetim ve gözetiminde yürütülen sağlık hizmetindeki bir eksiklik olduğu vurgulanmıştır.

⁵¹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6926, K:2021/1746, K.T. 12.04.2021.

Ayrıca başka bir kararında⁵², “çektirilen tomografiye göre karın sol yan bölümünü dolduran büyük boyutlu sıvı saptanmasına rağmen hemen ameliyata alınması gerekirken 3 gün sonra ameliyata alınmasında doktorların tıbben kusurlu olduğu, uyuşmazlıkta davacıların yakının ölüm sebebinin yapılan laparoskopik operasyon sırasında ortaya çıkan ince bağırsak yaralanması ve gelişen komplikasyonlar olduğu, hastanın teşhis ve takip bulgularına göre geç ameliyat edilmesi, hastanın tedavisini yapan doktorların tıbben hatalı tedavide bulunması, kamu hizmetinin işlemlerini sağlayacak idarenin hizmetin yürütülmesi için seçtiği personelin eğitim ve takibini yaparak gerekli tedbirleri almakta ya da uygun personeli seçmekle yükümlü olduğundan hizmeti yürütmekle görevli idare elemanlarının hatalı uygulamalarının idareye atfedilecek hizmet kusurunu oluşturduğu” ifade edilmek suretiyle, tedavide gecikme ve tedavi hatası vurgulanarak söz konusu hususların da idare açısından hizmet kusuruna sebebiyet vereceğine değinilmiştir.

4.1.1.5. Özen Eksikliği

Tıbbi müdahalenin her aşamasında, hastanın sağlık hizmetine duyduğu ihtiyacın karşılanmasında gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir. Özen borcu etik kurallardan ve hukukun genel ilkelerinden doğmaktadır. Tıbbi özenin gerektirdiği bir durumda hastaya özen gösterilmemesi idare açısından hizmet kusuru sayılacaktır. İdare sahip olduğu tıbbi donanım, istihdam ettiği hekim, sağlık personeli ve mali imkânları oranında özen gösterme sorumluluğu ile yükümlüdür.

Danıştay⁵³, “ameliyatta anestezi indüksiyonu sırasında oksijen yerine azot protoksit verilmesi neticesi meydana gelen hipoksi(dokuların yeterince oksijen alamaması) ve gelişen komplikasyonları sonucu kişinin yaşamını yitirmesi olayında anestezi uzmanı ve anestezi teknisyeni denetiminde olmadan hastabakıcı tarafından cihaz bağlantılarının söküm ve montajının yapıldığı, anestezi başteknisyeninin cihazın sökülme ve montaj aşamasında cihazın yanında olup, söküm ve montajın doğru yapılıp yapılmadığını kontrol etmesi ve anestezi uzmanını da bu yönde bilgilendirmesi gerekirken yapmadığı, ayrıca sekiz yataklı yoğun

⁵² Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/8645,K:2011/1570, K.T. 22.04.2011.

⁵³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/7693,K:2012/5954, K.T. 22.11.2012.

bakım ünitesi olan hastanede sadece bu konu ile ilgilenen birden fazla anestezi uzmanı bulunması gerektiği, bulunan tek anestezi uzmanının uhdesinde ayrıca başhekimlik görevinin de bulunmasının anestezi uzmanı eksikliğini daha da belirginleştireceği, bu idari eksikliğin anestezi uzmanı olarak denetim ve uygulamalarda aksaklık yaratacağı, bu denetim eksikliğinin de cihazın hatalı montajına katkısı bulunduğu tüm bu hususların hizmet kusuruna sebebiyet verdiği” hususlarını vurgulayarak, somut olayda sağlık görevlilerinin özen eksikliğine ve bu durumun idare açısından doğurduğu kusur sorumluluğuna değinilmiştir.

Danıştay konuya ilişkin başka bir kararında ise⁵⁴, “*davacının, yapılan karaciğer biyopsisi sonucunda, karaciğerden parça alınması gerekirken yanlışlıkla böbrekten parça alınması ile neticelenen olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu*”, hususlarına vurgu yaparken, diğer bir kararında özen eksikliğine ilişkin olarak,⁵⁵ “*yapılan ameliyat sırasında kullanılan koter cihazının arızalı olması nedeniyle davacının vücudunun yanmasında ameliyat sırasında kullanılan koter cihazının elektrik devresinin tamamlayıcısı olan ve hastanın bacağına uygulanan nötr plağın bulunduğu yerde yanık oluştuğu, koter yanığının oluşumuna neden olan durumun cihazın arızalı olmasına rağmen kullanılmaya devam edilmesi olduğundan bu durumun idarenin hizmet kusuruna sebebiyet verdiği”*ne, yeni tarihli bir kararında da⁵⁶, “*doz gücünden dolayı miyadren ampulün çocuk ve ergenler için uygun bir tercih olmadığı, ayrıca ameliyat sonrası 1. günde damar yolu açık olan çocuğa enjeksiyon nöropatisi oluşturabilme ihtimali öngörülerek ağrı kesici olarak İ.V. yoldan analjezik verilmesi daha uygun iken, gluteal bölgeden intramüsküler (kas içi) miyadren ampul yapılmasının özen eksikliği olarak değerlendirildiği, dolayısıyla enjeksiyon yapılması talimatını veren hekimin bu yönden tıbben kusurlu bulunduğu”* yönünde görüş verildiği, dosyadaki bilgi ve belgelerle Adli Tıp Genel Kurulu raporu birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu” hususlarını belirtmiştir.

Söz konusu kararlar incelendiğinde varılacak sonuç şudur: Sağlık personeli sadece mesleki değil, genel hayat tecrübesinin gerektirdiği,

⁵⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/11112, K: :2009/2529, K.T.31.03.2009.

⁵⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6785, K:2010/2168, K.T. 29.03.2010.

⁵⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/7573, K:2021/3727, K.T. 30.06.2021.

herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermelidir. Tıbbi girişimlerin konusu bireylerin sağlığı başka bir ifade ile yaşam hakkı oluşturmaktadır. Bu bakımdan yaşam hakkını doğrudan etkileyen söz konusu girişimlerde en hafif kusurlu davranıştan dahi ağır sonuçlar meydana gelebilmektedir. Bu sebeptendir ki hekim ve diğer sağlık personeli en hafif kusurundan da sorumludur. Dolayısıyla azami dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulması her tıbbi girişim açısından önemlidir. Nitekim Biyotip Sözleşmesinin 4. maddesinde, sağlık alanında yapılacak olan her türlü tıbbi girişimin mesleki yükümlülük ve tıbbi standartlara uygun olarak yapılması gerekliliği düzenlenmek suretiyle, tıbbi uygulama hatalarının azalması açısından sağlık personelinin eylemlerinde sınırların ne olması gerektiği belirlenmiştir.

4.1.2. Sır Saklama Yükümlülüğüne Uyulmaması

1981 yılında yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 4. maddesinde, *“hasta, hekiminin kendi tıbbi bakımı ve kendisiyle ilgili edindiği bilgilerin gizliliğine saygı göstermesini bekleme hakkına sahiptir.”* düzenlemesine yer verilmiştir. 1994 yılında Amsterdam'da II. Avrupa Hasta Haklarını Geliştirme Bildirgesinin 4.1. maddesinde, *“hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler, ölümünden sonra bile korunmalıdır.”*, 4.2. maddesinde ise, *“hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir.”* şeklinde bir açıklık getirilmiştir.

Bir hastanın başkaları tarafından bilinmesini ve duyulmasını istemediği, diğer bireylerce hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları onların sırrı olarak kabul edilmektedir. Yasal olmayan kürtaj, evli olmayan kadının çocuk doğurması, düşürmesi gibi toplum içinde kişinin onur ve saygınlığını zedeleyecek durumlar sırdır. Sır niteliğinde olmayan, herkes tarafından bilinen durumlar dahi gizli tutulması istenmişse, bunlar da sırdır. Tedavinin gereği zorunlu kılmadıkça sır niteliğindeki bilgiler diğer hekimlerle ve hasta yakınları ile paylaşılmamalıdır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği ve alt düzenlemeler hekim ve diğer sağlık personelinin meslek ve sanatlarının uygulanması sırasında öğrendikleri sırların kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edilemeyeceğini kural altına almıştır. Bu yükümlülüğün istisnasını “halk sağlığı için tehlikeli olan bulaşıcı bir hastalığı öğrenen sağlık mensubunun durumu

yetkili yerlere bildirmesi zorunluluğu” oluşturur. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre kolera, veba, sıtma, karahumma gibi bulaşıcı hastalıklarla zührevi hastalıkların varlığına vakıf olan hekim ve diğer sağlık personelinin, durumu yasada belirlenen makamlara hemen iletmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu yükümlülüğün bir diğer istisnası ise, hastanın onay vermesidir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında, hastanın onam vermesi durumunda sırrının açıklanabileceği düzenlenmektedir. Burada önemli olan husus, hastanın izin verdiği sınırlar içerisinde sırrının açıklanabileceğidir. Açıklamanın kapsamı, onamın çizdiği sınırı aşması halinde de bu yükümlülük ihlal edilmiş olacaktır. Bu yükümlülüğün diğer bir istisnası ise mahkemelerin bilgi istemesi, tanıklık yapılmasının zorunlu olması ve adli soruşturma halinde söz konusu olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, *I v. Finlandiya* kararında, tıbbi verilerin gizliliği konusu ele alınmıştır. Mahkeme, “*başvurucu bir devlet hastanesinde hemşire olarak görev yapmaktadır. Aynı hastanede yaptığı tetkiklerde HIV pozitif olduğu ortaya çıkmıştır. Başvurucu, hastalığına ilişkin tıbbi bilgilerin yer aldığı kayıtlara, ilgili bölümde çalışan personel dışında hastane dışında çalışan personelin de rahatlıkla ulaşabileceğinden şikâyetçi olmuştur. Şikâyet üzerine hastane gerekli önlemleri almış ve hastanın sahte isim ve sosyal güvenlik numarasıyla kaydı yapılmış ayrıca tedaviyi yapan personel dışında diğer personelin bu kayıtlara ulaşması yasaklandığı, söz konusu hastanenin devlet hastanesi olması nedeniyle fiillerinden devletin sorumlu olduğunu ve tıbbi kayıtların gizliliğinin hastane personeline karşı korunmasında gerekli önlemlerin yapılan şikâyet üzerine gerçekleştirilmesinden dolayı bu önlemlerin alınmasında başvurucu açısından geç kalındığı belirtilerek, başvurunun özel yaşam hakkına saygının güvence altına alınabilmesi için Sözleşme’nin 8. maddesinin yüklemiş olduğu pozitif yükümlülüğü devletin yerine getirmediği*” yönünde karar vermiştir⁵⁷.

Ayrıca, Mahkeme *S. ve Marper v. Birleşik Krallık* kararında, “*S, 19 Ocak 2001 tarihinde (henüz 11 yaşındayken) hırsızlığa teşebbüs suçundan yakalanmış ve yürütülecek olan ceza davası için parmak izleri*

⁵⁷ ATAK, Songül, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, TBB Dergisi, S.87, 2010., s.28.

ve DNA örnekleri alınmıştır. Daha sonrasında S, ceza davasından beraat etmiştir. Marper ise, 13 Mart 2001 tarihinde partnerine tecavüz suçundan yakalanmış, parmak izi ile DNA örnekleri alınmış ve yargılama sonucunda Marper'in partneri ile uzlaşması neticesinde dava düşmüştür. Başvurucular yakalandıkları dönemde kendilerinden alınan parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin devletin veri tabanında bulunmasının Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, kişinin sağlığı ile ilgili bilgiler barındırmakla birlikte, DNA profillerinin çok hassas bilgiler içerdiğini belirterek kişinin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği" yönünde karar vermiştir⁵⁸.

Kararlardan da görüleceği üzere hastanın mahremiyet alanına ilişkin olarak sağlık personeli ile arasında oluşan güvene istinaden paylaştığı ya da sağlık hizmetinin niteliği gereği sağlık görevlilerince öğrenilen hassas kişisel veri olan sağlık verilerinin gizli kalması gerekmektedir. Söz konusu verilerin üçüncü kişiler ile paylaşılmasının bir takım sonuçları doğmaktadır. Uygulamada en çok rastlanılan tıbbi hata türlerinden olan sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin idare açısından hizmetin kusurlu işletilmesine sebep olacaktır. Hekim açısından da cezai ve hukuki sonuçları olmasının yanında, hastalar açısından ise, özel yaşam alanındaki bir takım ruhsal ve bedensel rahatsızlıklarını toplum tarafından lekelenecikleri düşüncesi ile tedaviyi uygulayacak olan ilgili sağlık personelinin saklanması sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda tıbbi müdahalenin bir parçası olan hastanın öyküsü eksik alınmış olacak, tanı ve tedavi açısından gecikmeler, eksiklikler ve yanlış tedavi uygulanması durumları ile karşılaşılabilir. Bu durumlar da tıbbi uygulama hatasına sebebiyet verecek olup idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir.

4.1.3. Kişisel Verilerin Korunmaması, Muhafaza Edilmemesi, Eksik Tutulması ve Açıklanması

Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmekte olup, bireyin şahsi, mesleki ve ailesine

⁵⁸ DÜLGER, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (2), İstanbul, 2015, s.58.

ilişkin özelliklerini gösteren o bireyi diğer bireylerden ayıran niteliklerini ortaya koymaktadır. Anayasal bir temel hak olan bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı, ilgilinin rızası bulunmaksızın kişisel verilerine yapılan müdahaleler karşısında bireyin korunmasını ve kişisel verileri hakkında karar verme özgürlüğünün teminat altına alınmasını amaçlamaktadır. Bireylerin sağlık verileri Avrupa Birliği uygulamasında hassas kişisel veriler içerisinde yer alarak yüksek düzeyde koruma sağlanmaktadır. Hukukumuzda da konu, Kişisel Verileri Koruma Kanunu başta olmak üzere birçok mevzuat düzenlemesinde yer alıp, söz konusu hakkın korunmasına yönelik kurallar belirlenmiştir. İdare tarafından, yasal dayanak olmaksızın kişisel sağlık verilerinin korunması hakkına yönelik olarak yapılacak düzenlemeler, bu hakkın kullanılmasına getirilecek sınırlamalar hukuka aykırı olabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, *I v. Finlandiya* kararında da belirtildiği üzere, HIV virüsü enfeksiyonu nedeniyle kişiye yapılan testin pozitif çıkması durumunda, hassas kişisel sağlık verisi niteliğindeki söz konusu hususun açıklanması kişinin özel hayatını, toplum içindeki yerini zedeleyecek olup, idarenin sorumluluğunu gündeme getirecektir.

Danıştay, sağlık kamu hizmetinin sunumunda hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası açısından, sağlık hizmetinden yararlananlarla ilgili olarak tutulan kayıtlardaki eksiklikleri, yapılan tedavilerin kayıt altına alınmamasını, tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesini hizmetin kusurlu işletildiğinin kabulü için yeterli görmektedir. Danıştay, konuya yönelik olan bir kararında⁵⁹, “*meydana gelen trafik kazasından sonra hastanedeki yanlış tıbbi müdahale sonucu felç olması olayında yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin tüm film, grafi, ve tomografiler mahkeme tarafından birkaç kez istenmesine rağmen Hastane tarafından çekilen servikal BT'lerin mevcut olmadığı bildirilmesi üzerine Adli Tıp Kurumu tarafından, çekilen servikal BT'ler mevcut dosya içerisinde bulunmadığından, doktorun uyguladığı teşhis ve tedavinin kusurlu olup olmadığı yönünde bir görüş bildirilemeyeceğinin belirtildiği, tıbbi müdahalenin irdelenememesine yol açan bilgisayarlı tomografilerin muhafaza edilememesi şeklinde hizmet kusurunun tezahür ettiği*” hususu, Konuya ilişkin olarak diğer bir kararda,⁶⁰ “*dava konusu*

⁵⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/950,K:2011/6169, K.T. 30.12.2011.

⁶⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6692,K:2021/5902, K.T. 29.11.2021.

olayda, hastane arşivinde hasta dosyasının bulunmadığının, bu nedenle hasta dosyasının incelenemediğinin bildirildiği, ancak idarece hasta dosyasının müteveffa veya davacılar tarafından alındığı somut olarak ortaya konulamadığı gibi, hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası davalı idarenin sorumluluğunda olduğundan, bu hizmetlerdeki eksiklik dolayısıyla idarenin sorumluluğunun doğacağı” hususlarına vurgu yapmıştır. Danıştay’a göre, davacıya ait sağlık kayıtlarının korunmaması, öncelikle tıbbi müdahalenin yerinde olup olmadığı hususunun irdelenme imkânını ortadan kaldırması yönüyle hizmet kusurudur. Ayrıca sağlık verileri kaybolan bireyin sağlığına yönelik belirsizlik nedeniyle üzüntü duymasına neden olunması da olayın başka bir boyutudur.

Bireylerin sağlık hizmetinden faydalanmak üzere sağlık kuruluşlarına başvurdukları andan itibaren haklarında, hastalık ve şikâyetlerine yönelik ve onlara teşhis, tedaviye yönelik uygulanan işlemler de dâhil, birçok kayıt tutulmaktadır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nde, yatacak hastaların kabul şekli ve yapılacak işlemlere ilişkin kurallara yer verilmiştir. Anılan Yönetmelikte, başvuran ya da hariçten gönderilen hastalar hakkında görevli tabiplerce muayene ve hasta giriş kâğıdının tutulacağı kurala bağlanmıştır. Verilere ilişkin kayıtların eksik tutulmaması hastaların sağlık problemlerine uygulanacak tedaviyle ilgili olarak alınacak kararların sağlam ve kesin bilgilere dayandığını da bilmeleri açısından önemlidir.

Danıştay’ın konuya ilişkin bir kararında⁶¹, “*Adli Tıp Kurumunca tanı hatası olup olmadığı yönünde görüş bildirebilmesi için, tanı konusunu oluşturan patoloji örneklerini incelemesi gerektiği, olayda kanserli oluşumun gözlemlendiği kayıtlı olan 2 adet lamın blokları ve İİAB preparatların Hastane tarafından Kuruma gönderilmediğinden uyumsuzluğun konusunu oluşturan maddi olay aydınlatılmadığı, Adli Tıp Kurumu raporuna göre davacıya ait doku örnekleri dosyada bulunmadığı için tanı hatası olup olmadığının tespit edilemediği ve aynı Sağlık Kurumu tarafından aynı günlük iki farklı mastektomi raporu olduğu belirtildiğinden; sağlık hizmetinin, hasta kayıtlarının çelişkiye mahal vermeyecek şekilde doğru ve hatasız tutulmaması ve hastaya ait*

⁶¹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071, K:2014/2431, K.T. 03.04.2014.

örneklerin de hukuki denetime sunulmak üzere saklanmaması yönünden kusurlu işletildiği”, başka bir kararında⁶², “bilirkişi raporunda preparatlar incelenemediğinden doktorun tanı hatası olup olmadığının bilinemediği belirtilmekle birlikte, hasta kayıtlarının doktor tarafından değiştirilmesi ve preparat numunelerinin kaybolmasının hasta kayıtlarının gerçeğe uygun bir şekilde tutulmadığını gösterdiği, bu durumun hizmet kusuru teşkil ettiği” hususlarına vurgu yapılmak suretiyle, söz konusu durumların idarenin sorumluluğunu doğuracağı açıkça ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere Danıştay kararlarında, hastalığa yönelik tıbbi tanı, teşhis, tedaviye yönelik her türlü kaydın bulunduğu belgelerin tam ve eksiksiz tutulması hastanın kendisi hakkında uygulanan tedavi ve tedavi sırasında oluşacak zararlı sonuçların neyden kaynaklandığının öğrenilmesine yaradığı, bu kayıtlardaki eksikliğin hastanın doğruyu öğrenme hakkına engel olacağı vurgulanmaktadır⁶³.

Hastanın sağlık hizmeti almak amacıyla gerek özel gerekse kamu hukuku kurallarına göre kurulan bir sağlık kurumuna başvurduğu tarihin gün ve saat olarak kaydedilmesi, hastaya uygulanması planlanan ve fiilen uygulanan teşhis ve tedavinin ve bunları uygulamak hak ve yetkisinde olan hekim ve diğer sağlık personelinin isim ve unvanı, hastalığının veya şikayetlerin tedavisinde kullanılan ilaç ve diğer tıbbi malzemeler gibi her türlü bilgilerin hasta dosyasında yer alması, hasta haklarının zorunlu bir şartıdır. Her türlü hasta kaydının düzenli ve yeterli tutulmaması doğruyu öğrenme hakkının ihlali niteliğinde değerlendirileceğinden hizmet kusuruna sebep olacaktır.

Bireylerin özel hayatları içerisinde bulunan sır alanı, üçüncü kişilerden gizlenen ve yalnızca güven duyulan dolayısıyla sadece onlara açıklanan ve bu kişiler tarafından bilinmesi istenen, bu kişiler dışındaki kişilerce bilinmesi istenmeyen, onlara kapalı olan olay ve hareketlerden oluşan alandır. Kişisel verilerin hangi hallerde paylaşılacağına ilişkin olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4. maddesinde, “*tabip ve dış tabibinin meslek ve sanatının icrası aracılığıyla öğrendiği bilgileri zorunluluk olmadıkça açıklamayacağı*”, Hasta Hakları Yönetmeliği

⁶² Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3592, K:2019/4052, K.T. 15.05.2019.

⁶³ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071,K:2014/2431 K.T. 03.04.2014.

20. maddesinde de, “*hastanın sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteme hakkının*”, 21. maddesinde de, “*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*” konusunun düzenlendiği görülmektedir.

İdare tarafından bireyin rızası olmaksızın sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşımı hizmet kusuruna yol açacaktır. Kişisel sağlık verilerinin açıklanmasının hizmet kusuru oluşturduğuna ilişkin olarak, Danıştay’ın eski bir kararında⁶⁴, “*aşçı olan davacının geçirdiği trafik kazasına bağlı rahatsızlıkları nedeniyle yatırıldığı Hastanede tedavisi esnasında rutin Elisa testi için kan alındığı ve yapılan test sonucunun pozitif çıkması üzerine ikinci kez davacıdan kan alındığı ve yapılan ikinci tespit sonucunun da pozitif çıkması, diğer bir ifade ile AIDS’li olduğunun anlaşılması üzerine üçüncü defa hastadan kan alınarak doğrulama testler için gönderildiği, yerel gazete muhabirlerince hastanedeki odasında davacıya bazı sorular sorularak fotoğraflarının çekildiği, birinci sayfa baş manşette resimlerde herhangi bir bandajlama, isim ve soyadında da kodlama yapılmaksızın davacının mesleğinin aşçılık olduğu belirtilerek yayımlandığı, Gazetede İzmir’de meşhur aşçı AIDS’li çıktı diye yayınlanması akabinde davacının AIDS’li olmadığını çıkması sonucunda AIDS gibi önemli bir hastalıkta yanlış teşhis konarak, henüz bu teşhisin kesinleşmesi beklenilmeksizin gazeteler aracılığıyla AIDS’li olduğunun duyurulmasından kaynaklı zararların tazmini istemiyle açılan davada, idarece olayın hastane görevlilerince basına intikal ettirilmediğinin savunulduğu, ancak davacının ismini, mesleğini bildirip, fotoğrafını çektirerek tüm yaşamında kendisinin aleyhine sonuçlar doğurabilecek biçimde AIDS hastalığı olduğunu basına duyurabileceği düşünülmemeyeceği gibi, davalı idare savunması içeriğinde de olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından iletildiğinin açıkça belirtildiği, yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu” hususu vurgulanarak, davacının kişisel sağlık verisi niteliğinde olan sağlık bilgilerinin basına verilmesinde hizmet kusuru nedeniyle idarenin tazmin sorumluluğunun bulunduğu değerlendirilmiştir.*

⁶⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:1994/5314,K:1996/294, K.T. 31.01.1196.

Özel hayatın gizliliği, insan onuruna saygı, kişiliğin geliştirilmesi hakları ile ilişkili olan kişisel sağlık verileri, özünü mahremiyet mefhumundan almaktadır. Dolayısıyla özel niteliğe haiz hassas tıbbi verilerden sayılan sağlık verileri 108 sayılı Sözleşme, Veri Koruma Yönergesi, Kişisel Verileri Koruma Kanunu ve ilgili ikincil düzenlemeler ile hukuki koruma altına alınmıştır. Söz konusu sağlık verilerinin ihlal edilmemesinin yaşam hakkı açısından da önemi bulunmakta olup, sağlık verilerinin mevzuatla ve hukukun genel ilkeleri ile sağlanan hukuki korumanın dışına çıkılarak ihlal edilmesi halinde, bireylerin tedavi hakkından vazgeçerek yaşam haklarını tehlikeye sokmaları sonucu ile karşılaşılacaktır.

4.1.4. Sağlık Hizmetinin Kuruluşunda ve İşletilmesindeki Yetersizlikler

Sağlık Bakanlığı sağlık kamu hizmetinin kurulması, planlanması, koordine edilmesi ve işletilmesinden sorumlu idaredir. Anayasanın 56. maddesinde sağlık hizmeti sunma ödevi devlete yüklenmiş olup, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 352. madde ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda sağlık alanında otoritenin Sağlık Bakanlığı olduğu vurgulanmıştır. Sağlık hizmetine ihtiyaç olan coğrafi alanlarda bu ihtiyacın giderilmesine yönelik teşkilatın kurulması gerekmektedir. Hangi yerleşim yerine nasıl bir sağlık teşkilatının kurulacağı bu görevi üstlenen idarenin görevidir. Sağlık hizmetlerinin acil durumlara gecikmesizin hizmet verecek şekilde yaygınlaştırılması gerekmektedir. Bu noktada idare tarafından, sağlık hizmeti kurulmasına rağmen yürütülmesi esnasında eksik donanım ve deneyimsiz/acemi personel istihdamı gibi durumlar ortaya çıkarsa hizmet kusuruna sebep olunacaktır. Örneğin, yoğun akrep ısırılmalarının olduğu yerde hastanelerde seruma ulaşılamaması sağlık hizmetinin işletilmesindeki eksikliklerdir.

Konuya ilişkin bir Danıştay kararında,⁶⁵ “*yenidoğan ünitesinde tedavi görmekte olan bebeğin hastane enfeksiyonu kapması neticesinde solunum ve dolaşımının durması ile sonuçlanan olayda aynı tarihlerde vefat eden bebeklerin ölüm sebebi ile davacılar a ait bebeğin ölüm sebebinin aynı olduğu, bebeklerin ölümünde hastane ortamında yeterli*

⁶⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2009/4058,K:2010/2357, K.T.31.03.2010.

koruyucu ve önleyici tedbirlerin alınmaması sonucu üreyen K.pneumoniae bakterisinin neden olduğu enfeksiyonun da katkısının bulunduğu, gereken önlemleri almayan ve yeterli personeli bulundurmeyen idarenin hizmetin kötü işlemesi sonucu meydana gelen ölüm olayında hizmet kusuru bulunduğu” hususları belirtilerek, hastanede gerekli tedbirlerin alınmaması sebebiyle üreyen bakterinin sebep olduğu bebek ölümlerinde idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna değinilmiştir. Söz konusu kusur, hizmeti kurma aşamasında yeterli personelin istihdam edilmemesi ve enfeksiyonun ortaya çıkmaması için alınması gereken tedbirlerin alınmaması buna yönelik organizasyonun kurulmaması sebebiyle hizmetin kurulumundan ve işlemesindeki eksiklikten ayrıca organizasyon eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

5. SAĞLIK PERSONELİNİN İDARE İLE BİRLİKTE SORUMLULUĞU

Anayasanın 40. maddesi 2. fıkrasında ve 129. maddesinin 5. fıkrasında ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında da ifade edildiği üzere, sağlık hizmeti sunumunda hizmet kusuru ile sağlık personelinin kişisel kusurunun birleştiği görev kusurlarında, kusuru oranında idare kusurlu personele rücu etmek hakkına sahip olmakla birlikte, zarar gören kişiler karşısında doğrudan idare sorumlu olacaktır. Teminat sistemi olarak da ifade edilen bu esas, zarar görenlerin hak kayıplarına uğramasını engellemek ve zararın olası tazmin edilmeme ihtimalini bertaraf etmek amacı ile geliştirilmiştir.

Bu kapsamda, ancak sağlık hizmeti sunumunda hizmetle, görevle, kurumla, resmi kimlikle doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir ilgi ve irtibat olmadan ortaya çıkan kişisel kusur hâllerinde kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğu ortaya çıkacak olup, bu halde adli yargıda aleyhlerine tazminat davası açılabilir. Kamu görevlilerinin suç teşkil eden davranışları, kötü niyetli eylem ve işlemleri, ağır kusurları genellikle kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir. Kişisel kusurun bulunması idarenin sorumluluğunu kaldırmakta ise de, günümüzde kişisel kusur, hizmet kusuru lehine oldukça daralmıştır. Örneğin; cerrahın acil bir vakaya bakmaması gibi bir takım fiiller kişisel kusur olarak görünse de idare açısından bir nevi organizasyon kusuru olması sebebiyle idarenin sorumluluğu kalkmayacaktır.

Kişisel kusura ilişkin olarak Danıştay'ın bir kararında, “evlilik dışı beraberlikten hamile kalan kişinin ceninin 5,5-6 aylık iken aldirmek istediği, yasal kürtaj süresi dışında olmasına rağmen başvurulmuş kadın doğum uzmanının özel muayenehanesine gidildiği, yapılan muayene sonrası fiilen kamu görevi icra ettiği hastanede yıllık izinde olduğu dönemde hastane görevlilerini arayarak ameliyathaneyi hazırlattığı ve bu işlem hakkında Başhekimliğe bildirimde bulunmadığı, hastanede resmi hiçbir kayıt yapılmadan gebenin ameliyata alındığı, yapılan cerrahi müdahale sonrası cenin ve annenin hayatını kaybettikleri, doktor hakkında "kadının ölümüne neden olan rızaya dayalı çocuk düşürtme" suçu isnadiyla yapılan yargılama 5 yıl mahkumiyete karar verildiği, müteveffanın yakınları tarafından doktor ve ilgililer hakkında şikayette bulunulması üzerine soruşturma başlatıldığı, soruşturma neticesinde hekim hakkında kınama cezası tesisi edildiği ve idarenin herhangi bir kusurunun bulunmadığı kanaatine yer verildiği, müteveffanın doktor tarafından muayene edildikten sonra muayenehanesinde yapması gereken cerrahi müdahaleyi hastaneye taşıdığı, diğer bir ifade ile, ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabileceği” hususlarına yer verilerek idarenin hizmet kusuru bulunmadığı ifade edilmiştir. Somut olayda hekimin eylemlerinin kişisel kusur olarak değerlendirilmesi oldukça ilginçtir. Olay incelendiğinde, hekimin mahkum olmasına neden olan ameliyat eylemini Sağlık Bakanlığı'na bağlı devlet hastanesinde ve söz konusu hastanede bulunan ameliyat ekipmanlarını kullanarak, hastanede görev yapan hemşire ve diğer çalışanlarla birlikte gerçekleştirdiği görülmektedir. Hekimin ameliyathaneyi tek başına hazırlamadığı, ameliyatı hekim sıfatıyla yalnız olarak yapmadığı, yıllık izinde olan hekimin, ameliyathaneyi

kullanabilmesine imkan sağlayacak, yönetim boşluğuna idarenin sebebiyet verdiği, tüm bu süreçte işleme katılan sağlık personellerinin bu durumu, hastane yönetimine bildirmediği, hastane yönetiminin kontrol ve murakabe görevini gereği gibi yapmadığı, hususları göz önüne alındığında, idareye bağlı devlet hastanesinde kamu görevi ifa eden hekimin eyleminden idarenin hizmet kusuru bağlamında sorumlu tutulması gerekmektedir⁶⁶.

Ayrıca, idarenin sorumluluğunun belirlenmesi için, öncelikle hizmet kusuru, bu bağlamda görev kusuru ve kişisel kusur kavramlarına da değinmek gerekmektedir. Soyut bir örgüt olan idarelerin organ ve ajanları (personeli) aracılığıyla hizmet sunabilmelerine bağlı olarak, idare hukukunda "hizmet kusuru", özel hukuktaki sübjektif niteliğinden uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe bürünmektedir. Personelin faaliyeti (işlem veya eylemi), kamu hizmeti ve kamu yararı amacıyla yapıldığı için idari hizmet ile tam anlamıyla bütünleşip kaynaştığından, faaliyet sırasında işlenen kusur, artık bireysellikten uzaklaşacak, bağımsız olarak ortaya çıkmak suretiyle hizmetin kusurlu ifasına sebep olan kamu görevlilerine atfedilemeyecek, adına kamu hizmeti yürütülen idareye atfedilecektir⁶⁷. Bu bağlamda, hizmet kusuru, kamu adına hareket eden ajanların faaliyetlerinden çıkmakla birlikte, onların şahıslarına atfedilemeyen faaliyetler sırasında ortaya çıkmaktadır.

Kamu görevlilerinin görmüş oldukları hizmet, üstlendikleri görevle, çalıştıkları kurumla, resmi sıfatlarıyla ilgisi ve irtibatı olmayan kusurlu davranışları kişisel kusura sebebiyet vermektedir. Kişisel kusur halinde söz konusu görevlinin sıfatı ve kimliği en ufak bir rol oynamamakta, tesis edilen işlem ve eylemleri görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından ayrılmakta dolayısıyla kusurlu faaliyet sonucu oluşan zarar bakımından tümüyle kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu doğmaktadır.⁶⁸

Görev kusuru, kamu görevlilerinin kamu hizmetini görürken, kamu görevini yerine getirirken veya idarenin araç ve gereçlerini

⁶⁶ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111,K:2016/2803, K.T. 22.04.2016.

⁶⁷ ONAR, a.g.e., s.1697.

⁶⁸ GÜRAN, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, Sayı:46-47, s.17.

kullanıp olanaklarından yararlanırken, sonuç olarak resmi kimliği ile hareket ederken keyfi, yanlı, kasıtlı, ağır kusur içinde veya suç teşkil eden davranışları olması halinde idare ile kamu görevlisinin birlikte meydana getirdiği, her ikisinin ortak yapımının ürünü olan bir faaliyet ortaya çıkmaktadır⁶⁹. Bu hallerde kusur, hizmet kusurundan farklı olarak, anonim niteliğini yitirip hizmeti kusurlu işleyen ajana izafe edilebilir hale gelse bile kişisel kusurdan farklı olarak, idari faaliyetin içinde kalması hasebiyle idare ile illiyet bağı kesilmediğinden idarenin sorumluluğu da devam etmektedir. Dolayısıyla idarenin, görev kusuru işleyen elemanına zarara katkısı oranında rücu etme hakkı ve sorumluluğu doğmaktadır.

Esasen görev kusuru, kamu görevlisinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusuru olup, bu nedenle "hizmet içi kişisel kusur" olarak da anılmakta ve bu özelliği gereği bir nevi hizmet kusuru ile kişisel kusurun kesişim kümesini oluşturmaktadır. Konuya ilişkin olarak sağlık tazminatı bağlamında olmasa da, açılan bir tazminat davasında⁷⁰, "*somut olayda, davalı idarenin kamu hizmetinin gereği gibi işlenmesini sağlayacak organizasyonları yaparak hizmetin özelliğine uygun seçilen, yetişmiş personelle hizmeti yürütme yükümlülüğüne aykırı hareket etmediği, başka bir ifadeyle bu yönüyle hizmeti kusurlu yürütmediği, kamu görevlisinin fiilinin görev kusuru mu, yoksa kişisel kusur mu teşkil ettiği hususuna gelince, olayın, kamu hizmetinin yürütülmesinin bir parçası olan ve kamu hizmetine tahsisli bulunan bir yerde, kamu görevlisi olan şahıs tarafından gerçekleştirildiği, bu duruma göre saldırının görev ve hizmet dışı bir sebeple değil, kamu görevlisinin göreviyle ilgili olarak,, personel servisini ve idarenin kendisine tahsis ettiği silahı kullanarak, başka bir ifadeyle, idarenin araç ve gereçlerini kullanıp olanaklarından yararlanarak gerçekleştirdiğinden, söz konusu eylemlerinin hizmetten ve idareden ayrılamayacak nitelikte kişisel kusur teşkil ettiği, başka bir ifadeyle görev kusuruna (hizmet içi kişisel kusur) bağlı olarak idarenin sorumluluğunu gerektirdiği*" hususuna değinilerek, görev kusuru vurgulanmıştır.

⁶⁹ GÜRAN, a.g.m., s.18.

⁷⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2017/4146, K:2021/5026, K.T. 25.10.2021.

Bu noktada, zarar kamu hastanesinde meydana gelse bile kamu görevlisinin görevden ayrılabilen salt kişisel kusuru bulunması halinde doğrudan hekime karşı adli yargıda dava açılabilmesine ilişkin Danıştay kararı da mevcuttur.⁷¹ Söz konusu kararda, “*dava konusu olayda, yapılan ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı, öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabilmesinin açık olduğu gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen kararın onanması gerektiği*” ifade edilmiştir. Kanımızca, olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak nitelikte bir kişisel kusur hali olmadığı, idarenin ajanı olan hekimin yıllık izinde olsa dahi görevin sağladığı ayrıcalıkla hastanenin araç ve gereçlerini, personelini kullanmak suretiyle hastanede zarar doğuran eylemi gerçekleştirmesi sebebiyle hizmet kusurunun doğacağından idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi ve idari yargıda idareye karşı dava açılabilmesi gerekmektedir.

Sağlık hizmetinin, faaliyetini bağımsız olarak açtığı muayenehanesinde sunan hekimen alınması halinde bir zarar ortaya çıkarsa duruma göre vekâlet sözleşmesi, vekâletsiz iş görme ya da haksız fiil hükümlerine göre adli yargıda açılan dava ile söz konusu zararın tazmini istenebilecektir.

Anayasanın 56. maddesinde, “*bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin, herkesin hayatını,*

⁷¹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111, K:2016/2803, K.T. 22.04.2016.

beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği ve Devletin, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği” kurala bağlanmış olup, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile halk sağlığının korunması, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının denetlenmesi Sağlık Bakanlığı'nın görevi olarak belirtilmiştir. Söz konusu denetim görevinin yerine getirilmemesi idarenin hizmet kusuruna yol açabilecektir. Fakat idare tarafından, bireylerin yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü doğrultusunda gerekli denetimler yapılarak, ihtarlarda bulunulmuşsa artık hukuken sorumluluğuna gidilemeyeceği açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Cavelli ve Ciglio v. İtalya kararında⁷², “sözleşmenin 2. maddesinin ilk cümlesini “kasten” adam öldürmekten alıkoymasının yanında, kendi alanında bulunan herkesin hayatının korunması için uygun hareket etmeye zorunlu kıldığını hatırlatır (vo-Fransa (BD), no:53924/00), ayrıca söz konusu pozitif yükümlüğün kamu sağlığı alanını da kapsadığını vurgular (Ayrıca Sevim Güngör Türkiye no:75173/01) kişilerin yaşam hakkının korunması kapsamında devletlerin pozitif sorumluluğu kavramının, ister kamuya isterse özel sektöre ait olsun hastanelerin, hastaların yaşamlarının korunması için uygun önlemleri almaları konusunda, üye devletler tarafından zorlayıcı düzenlemeler yapılmasını gerektirdiği” ifade edilmiş, bir başka kararda⁷³, “davacıların, 2007 yılında kalp rahatsızlığı sebebiyle kaldırıldığı hastanede tedavisi sırasında annelerine Hepatit B virüslü kan verilmesi suretiyle ölümüne neden olunduğu, hastane bünyesinde bulunan kan bankasının kaçak olarak faaliyet gösterdiğinden bahisle, denetim görevini yapmayan Sağlık Bakanlığı'nın hizmet kusuru işlediği ileri sürülerek manevi zararlarının tazmini istemiyle açılan davada, sağlık hizmeti veren özel tedavi kuruluşlarınınca

⁷² DUVAN, Özkan, Ayşe, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, s. 668.

⁷³ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/11018, K:2014/4704, K.T. 04.06.2014.

verilen sağlık hizmetinin kötü işlemesinden idarenin sorumluluğu kamu hizmetinin gözetim ve denetimi ile sınırlı olduğu, idarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi için tıbbi tedavi sonucunda ortaya çıkan zararın, özel tedavi kuruluşunun ilgili mevzuata uygun çalışmamasından, başka bir ifadeyle idarenin gözetim ve denetim görevini yerine getirmemiş olmasından dolayı meydana gelmiş olması gerektiği, olayla ilgili davacılar tarafından verilen şikayet dilekçesi sonrası hastanede yapılan denetim sonucu, İstanbul Valiliği'nce adı geçen hastanenin 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanununa aykırı olarak ruhsat almadan ve mevcut ruhsatın kapsamı dışında faaliyet gösterdiğinden ötürü, donasyon ünitesi faaliyetten men edilerek, para cezasına yönelik işlem tesis edildiği, bu itibarla, davalı idarenin denetim görevini yerine getirip getirmediği, buna ilişkin davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken, ilgili hastanenin tedaviye ilişkin hizmet kusurunun olmadığını belirten bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı” denetim ve gözetim yükümlülüğü tartışılmıştır.

Konuya ilişkin Danıştay⁷⁴, “Sağlık Bakanlığınca yapılan inceleme sonucu, yetkisiz bir şekilde obezite tedavisi yapılmaya devam edildiği tespit edilmesine rağmen, bu konuda idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde diğer Bakanlıklarla da irtibata geçilerek gerekli tedbirlerin alınmadığı, ölüm olayına kadar anılan tesisin faaliyetine engel olunmadığı, idari makamları gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmak amacıyla, davacılar yakınının ölümüne doğrudan sebep olmasa da, devletin yaşam hakkının korunması hususundaki yükümlülüğüne karşın hareketsiz kalması nedeniyle dava konusu ölüm olayının gerçekleşmesinde sorumlu olduğu,” hususlarını vurgulanmıştır.

Söz konusu kararlarda, Sağlık Bakanlığının hastaneler üzerinde ister kamu ister özel olsun denetim ve gözetim yükümlülüğü kapsamında yaşam hakkının korunmasına yönelik tedbirler alması, mevzuatta düzenlemeler yapması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda, özel sağlık kuruluşu olsa da ruhsatsız faaliyette bulunmasına rağmen denetimin ihlal edilmesi sebebiyle söz konusu tesiste bir zarar meydana

⁷⁴ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7128, K:2016/606, K.T. 04.02.2016.

gelirse idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Nitekim bu durum kamuya ait sağlık kuruluşları açısından da söz konusu olacaktır. Hizmetin kaliteli sunumuna yönelik olarak belirlenen standartların gerektirdiği bir takım hususlar yerine getirilmeksizin faaliyette bulunulması halinde bir zarar meydana gelirse, söz konusu hususların sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınmasını yaptığı denetimler ile ortaya koymayan idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilecektir. Dolayısıyla, idarenin sağlık kamu hizmeti sunumunda görevli tesisler (kamu/özel) üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan, bu yükümlülüğün ihmal edilmesi halinde denetim ve gözetim yükümlülüğü kapsamında sunulan hizmetin kusurlu işletilmesine bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan sorumluluğu doğacaktır.

6. SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN DAVALARDA KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİ

Kusursuz sorumluluk ilkesi, idarece sağlanan hizmetinin ifası sırasında oluşan hizmetin direkt neticesi olan nedensellik bağı ile o hizmete bağlanabilen hizmetin bünyesinde barınan genel külfetler haricindeki bireylerin mal varlıklarında ve şahıs varlıklarında meydana gelen özel ve olağan dışı zararların idare tarafından karşılanması esasına dayanmaktadır. Kusursuz sorumluluk, anormal ve özel nitelikteki zararların tazmini amacıyla başvuru olan bir sorumluluk halidir.⁷⁵ Dolayısıyla sağlık hizmetlerinde kusur sorumluluğu ilkesine nazaran kusursuz sorumluluk ilkesi tali nitelik arz etmektedir.

Sorumluluk değerlendirmesi yapılırken, hizmet kusurunun aranıp aranmayacağı özellikle sağlık hizmeti sunulurken yapılan müdahaleler ve diğer tedavi ve bakım hizmetleri sırasında veya sonrasında oluşabilecek zararlardan idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için her olayın şartlarına göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi temelinde oldukça büyük riskler taşıyan bir hizmet türü olması sebebiyle nedensellik bağı kurulan zararın karşılanmasında kusur sorumluluğundan ziyade kusursuz sorumluluk ilkesinin somut olaya tatbik edilmesi gerekmektedir. AIDS, Ebola, HIV, Sars ve özellikle günümüzde de kötü sonuçlar doğuran Covid-19 virüsü gibi önlem

⁷⁵ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, 2019, C.II, s.1189.

alınması zor, yayılma hızındaki aşırılık sebebiyle engel olunamayan ve tüm bunların bir sonucu olan hasta kişi sayısındaki engellenemez yükseliş ve gen bilimindeki ilerlemeler ile teknolojinin de gelişmesinin etkisiyle kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirlik alanının arttığı görülmektedir.

Bu konuyla ilgili bir kararda ⁷⁶, “*idari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıktığı, dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam ettiği*nden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da, kusursuz sorumluluğunun devam ettiği, bu nedenle beklenmeyen haller nedeniyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, davacıların çocuğunun, ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum olduğu, idare mahkemesince, dava konusu olayda zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminine karar verilmesi gerekirken, zararın hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği yolunda karar verilmesinin yerinde olmadığı” hususları belirtilerek, kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin sorumluluğun esasları vurgulanmıştır.

Bir diğer kararda ⁷⁷, “*idarenin yürüttüğü hastalardan kan alma faaliyeti tehlikeli boyutlarda olabileceği gibi bu işlemlerin yapılması için tehlikeli araç ve gereçler kullanmasını gerektirebileceği, bu gibi durumlarda; bir zarar meydana gelmişse idarenin yürüttüğü faaliyette kusuru olup olmadığına bakmadan idareyi sorumlu tutmak gerekeceği, dava konusu olayda hastadan kan almakta iken kan aldığı iğne ucunun vücuduna batmasıyla hastadan kendine Hepatit C virüsünün bulaşması ve uzun süreli bir tedavi geçirmesi ve söz konusu hastalığın ömür boyu kontrol altında tutulması gereken bir durum olduğu göz önüne alındığında davacının yürüttüğü hizmetin sonucu olarak bir zarara uğradığı ve bu zararın da idarenin karşılaması gerektiği”* vurgulanarak

⁷⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2004/9232, K:2007/2720, K.T. 18.05.2007.

⁷⁷ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/8172, K: 2017/7132, K.T. 30.11.2017.

kusur olmasa dahi riskli faaliyet yürüten personelin hizmet nedeniyle uğradığı zarardan idare sorumlu görülmüştür.

Aşı ile ilgili olarak ise⁷⁸, “davacıların çocuğuna sağlık ocağında uygulanan oral polio aşısı (OPV) nedeniyle oluşan çocuk felci ile neticelenen olayda ilk derece yargı yeri tarafından idarenin ajanı ile ifa ettiği sağlık hizmetinde kusur saptanamadığı fakat zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının olması hasebiyle kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacılar zararının idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiş, Yüksek Mahkeme ise, bünyesinde riskli faktörler barındıran sağlığa ilişkin kamu hizmetinin yürüten idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşından kaynaklanan komplikasyon yönünden hizmet kusurunun mevcut olmadığına da Adli Tıp Kurumunca belirtildiğinden, davalı idarenin genel tababet kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulamayacağı” gerekçesiyle idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiş; olayda alınan rapor incelendiğinde, sağlık ocağından sağlık hizmeti alındığı ve alınan bu hizmet sonrası zarara uğradığı açık olan davacıların, maddi ve manevi varlık alanında meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı bulunduğundan, kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu kararlardan da görüleceği üzere bazen riskli tıbbi işlemler neticesinde kusur saptanmasa dahi tehlike/risk ilkesi gereğince, idarenin kusuru bulunmasa dahi sorumluluğu doğabilecektir. Aksi halde söz konusu olayların meydana getirdiği risklere sadece bireyler katlanmış olacaktır. Belirli riskleri bünyesinde taşıyan tıbbi işlemlerin tüm risklerinin bireyler üzerinde bırakılması adalet ve hakkaniyet ilkesi gereğince de kabul edilmemesi gerekmektedir.

Sağlık hizmet sunumundan kaynaklanan tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu hadisenin kendine has özellikleri ve tıp alanında meydana gelen gelişmelerin de göz önünde bulundurulması ve bazı durumlarda kusuru bulunmasa dahi idarenin sorumluluğu konusunda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerekecektir. Uygulanması

⁷⁸ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/8633, K:2015/4625, K.T. 25.06.2015.

zorunlu tutulan aşilar, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaş riski yüksek olan ve sağlık açısından tehlike barındıran hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda zararlı sonuçlanan durumlar ortaya çıktığı vakit, bu zararlı sonuç idareye uygun illiyet bağı kurularak yüklenebiliyorsa herhangi bir kusuru olmasa dahi hukuki açıdan kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu tutulması gerekmektedir. Danıştay, bu nitelikteki davalarda, idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığını enine boyuna incelemektedir. Ancak, bu tür davalarda, idarenin hizmet kusuru bulunmasa dahi, sağlık hizmeti almak amacıyla bu hizmeti yürüten idareye başvuran bireylerin zarara uğraması halinde, uğradıkları zararının karşılanması hakkaniyetin de bir gereğidir.

Bu bakımdan sağlık hizmetindeki gelişmeler neticesinde idarenin sorumluluğunun sadece kusura dayandırılması yetersiz kaldığı görülmüş ve kusursuz sorumluluk gündeme gelmiştir. Söz konusu sorumluluk için tıbbi girişim nedeniyle ortaya çıkan anormal nitelikte bir zararın girişim ile uygun illiyet bağı içerisinde olması gerekmektedir. Sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğunun da olması gerektiği anlayışının temelinde, sağlık hizmeti sunumundaki tıbbi girişimlerin doğası gereği taşıdığı riskler ve tıbbi girişimler esnasında kullanılan araç ve gereçlerin taşıdığı tehlikeler yatmaktadır. Söz konusu risklerden kaynaklanan bir takım istenmeyen sonuçlar/zararlar ortaya çıktığında, kusursuz sorumluluğun iki ilkesinden biri olan tehlike/risk ilkesi gereğince idarenin kusuru olmasa dahi kendisine atfedilmesi gerekmektedir. Örneğin; enjeksiyonun yetkili personel tarafından doğru bir şekilde uygulanması halinde dahi bireylerde enjeksiyon sebebiyle oluşan siyatik siniri hasarında ya da aşı uygulamalarında aşırıya bağlı olarak ortaya çıkan olağandışı zararlar söz konusu olduğunda idarenin kusuru bulunmasa dahi risk ilkesi gereğince sorumlu tutulabilmesi gibi. Danıştay kararlarında hizmet kusurunu tartışmakta olup, kusursuz sorumluluk açısından risk ilkesi değerlendirmesine girmemektedir. Kanımızca, hakkaniyet ilkesi ve somut olay ve karar adaleti gereğince yargı organlarınınca risk ilkesinin de kararlarda tartışılması ve sorumluluk hukukuna bu yönden de bakılması bireyler açısından adil sonuçlar doğmasını sağlayacaktır.

7. SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA DAVA AÇMA SÜRESİNE DANIŞTAY'IN YAKLAŞIMI

Danıştay'a göre tam yargı davaları, “*idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir.*”⁷⁹ olarak nitelendirilmektedir.

Özel hukukta yer alan dava türlerinden nitelik olarak edim davasını andırıldığına daha önceki kısımlarda değindiğimiz tam yargı davası, idarenin faaliyeti içerisinde tesis ettiği işlem veya yapmış olduğu eylem sonucunda ortaya çıkan malvarlığına yönelik oluşan maddi ve malvarlığı alanı dışındaki kişilerin şahıs varlığı alanının ihlaline dayalı manevi zararların karşılanmasına yönelik olarak, bir hakkın ihlali neticesinde hak sahibinin tatmin ve telafisine yönelik bir kararı barındırması nedeniyle de tazminat davası türü olduğu savunulmaktadır,⁸⁰ Dolayısıyla denilebilir ki tam yargı davaları idari muhakeme hukukunda tazminat davası kimliğine bürünmüş yargısal korunma amacına hizmet etmektedir.⁸¹ Kanımızca, tam yargı davaları tazminat istemi dışında farklı taleplerle de açılabilceğinden tazminat davası türü olarak nitelememek gerekmektedir. Tazminat istemi ile açılan davalar tam yargı davalarının içinde yer almaktadır. Fakat tam yargı davaları bireylerin taleplerine göre, istirdat (geri alma) davaları, idari sözleşmeden kaynaklı tam yargı davaları, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan tam yargı davaları ve tazminat davaları olarak ayrılmaktadır. Ayrıca, bir saldırının durdurulması, bir hakkın yerine getirilmesi gibi tazminat istemi dışındaki istemlerle de açılabilir. Sağlık hizmeti sunumundan doğan zararların karşılanması istemiyle

⁷⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E: 2009/6118, K:2013/4501, K.T. 15.05.2013.

⁸⁰ YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY, OKAY, Özge, İdare Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s.799.

⁸¹ AYANOĞLU, Taner “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.64-65.

açılan tazminat istemli davalar başka bir deyişle tazminat davaları tam yargı davalarının özel bir görünümüdür demek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, “tam yargı davaları idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan etkilenenler tarafından açılacağı” belirtildikten sonra, 13. maddesinde, idari eylem sonucu zarara uğrayanların bir ve beş yıllık süreler içerisinde idareye başvurarak ön karar alma zorunluluğu hususu vurgulanmış olup, idare tarafından başvurunun kısmen ve tamamen reddi halinde bunun tebliğinden ya da zımnen reddi halinde kanunda düzenlenen cevap verme süresinin bitiminden itibaren altmış gün içinde dava açılacağı düzenlenmiştir. Sağlık kamu hizmeti genellikle idari eylem şeklinde tezahür ettiği için ilgililer idareye başvurup zararın giderilmesi için ön karar almak zorundadır. Aksi halde başvuru yapılmadan açılan davalarda idari merci tecavüzü söz konusu olacak, Mahkemeler merciine tevdi kararı verecektir. Eğer sağlık hizmeti, hizmet kusuruna sebebiyet veren bir idari eyleme dayalı olarak ifa edilmiş ve zarar oluşmuşsa, ilgililer tarafından da dava idari yargı merciileri yerine adli yargıda açılmışsa bu durumda tam yargı davasının (görev yönünden/husumet yönünden) reddi halinde sonradan idari yargı merciine açılacak davada zorunlu ön karar alma şartı aranmayacaktır. Mahkeme işin esasına girecek, merciine tevdi kararı veremeyecektir. Ön karar alma ve bunun akabinde dava açma belirli sürelerle bağlanmış olup, söz konusu süreler içinde taleplerin öne sürülüp dava açılması gerekmektedir. Fakat açılan davalarda ön karar alma zorunluluğuna davacılar bazen uymadan idari yargı merciinde dava açabilmektedir. Bu bakımdan ön kararın hukuki niteliğine değinecek olursak, ön karar müessesesi sulh yoluyla uyuşmazlığın çözümlenmesine hizmet etmektedir. Bu aşamada uzlaşırsa başka bir deyişle idare zararı tazmin ederse bu durum açılacak davaların azalması ve yargılamanın belirli bir süreci kapsaması sebebiyle bireylerin haklarına kısa sürede kavuşması açısından önemlidir. Fakat idare uygulamada uzlaşmaya yönelik iradesini ortaya koymamakta, ön karar başvurularını reddetmektedir. Ön karar başvurusu yapılmadan açılmış bir davada, ilk derece mahkemesince dava dilekçesinin ilgili idareye tevdi kararı verilmeyerek, işin esası görülmüş ise, idare de savunmalarında sorumluluğu reddediyorsa temyiz incelemesi aşamasında temyiz merci tarafından, somut olayda başka hukuka aykırılıklar saptanmamışsa idari başvuru

yapılmadan açılan davada merciine tevdi kararı verilmeden işin esasının görüşülemeyeceği gerekçesine dayanılarak bu usul eksikliği bozma sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Zira ön karar müessesesinin amacı sulhu sağlayarak uyuşmazlığın yargısal makamların önüne taşınmasını önlemek olduğundan, idare tarafından da yargılamada sunulan savunmalarda sorumluluk reddedilmekteyse işin esasına geçilip karar verilebilecektir. Bu bakımdan idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarındaki ön karar müessesesi, Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen zorunlu idari başvuru yolu ile aynı nitelikte görülmemelidir. Nitekim, yeni tarihli bir kararda,⁸² *“husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarih olan 26.11.2013 tarihinin eylemin idariliğinin anlaşıldığı tarih olarak kabul edilerek, uyuşmazlık konusu olayda bu tarihten itibaren yasal süresi içinde zararın tazmini için davalı idareye başvurulmamış olması nedeniyle dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdi edilmesi gerekirken de, davalı idarenin İdare Mahkemesine sunduğu savunmasında açıkça tazminat talebini kabul etmediği, usul ekonomisi açısından savunmanın bu yönüyle 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi bağlamında bir ön karar niteliğinde olduğu dikkate alınarak, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken davanın süre aşımı yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı”* hususu ifade edilerek, eylemin idariliğinin ortaya çıkış anı vurgulandıktan sonra, ön karar alınmadan açılan idari davada yargı merciince dava dilekçesinin ilgili idareye tevdi kararı verilmeden idarenin yaptığı savunmalar ön karar niteliğinde görülmüş ve işin esasına geçilmesine vurgu yapılmıştır. Öte yandan, tazminat istemi yanında, ön karar başvurusunun reddine dair işlemlerin iptalinin talep edilmesi durumunda, söz konusu işlemler idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak değerlendirilmeyip, o kısım açısından istemin incelenmeksizin reddine kararı verilmektedir.

Tam yargı davalarında ön karar başvurusu açısından ve süreler açısından önemli olan bir diğer husus, sağlık hizmetinin görülmesi esnasında hizmet kusuruna sebep olan bir idari eylemin mevcudiyeti halinde idareye ön karar almak için başvurulma süresi olan bir yıllık sürenin, eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması ile başlayacağıdır. Eylemin idariliği ve yol açtığı zarar bazen eylemin

⁸² Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7308, K:2017/555, K.T. 07.02.2017.

yapılmasıyla ortaya çıkmakta, bazen de çok sonra ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisine karşı açılan ceza yargılamasında düzenlenen Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası gibi kurumlardan alınan bilirkişi raporları ile, kamu görevlisine karşı açılan ceza davasının kesinleşmesi ile, adli yargıda açılan bir davada alınan bilirkişi raporu ile, adli yargı mercisinin verdiği görev yönünden davanın reddine ya da doktora karşı açılan davada verilen husumet yönünden davanın reddine ilişkin kararlarda hizmet kusuru kavramına vurgu yapıp idari yargıda dava açılacağı belirtilmesi ile ortaya çıkabilmekte, dolayısıyla bir yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak söz konusu durumlar esas alınabilmektedir. Eylemin idariliği, bazen kamu görevlilerinin görevden ayırt edilemeyen şahsi kusurları olduğunda zararın tazmini için açılan tam yargı davalarında, bazen de kamu görevlisine açılan ceza davasında personelin şahsi kusuru sonucu mu yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir. Yargı mercilerince, eylemin idariliğinin yani idareye atfedilebilirliğinin ya da zararın ortaya çıktığı bu tarihlerin sürelerin başlangıcında esas alınmayarak dava açma hakkını ortadan kaldıracak şekilde katı bir yorum yapılırsa dava açma hakkının kullanılamaması sonucu doğacaktır. Ayrıca, süreler konusunda yargı mercilerince yapılan katı yorumlar Anayasal temelleri olan adil yargılanma hakkı ve bu haktan doğan mahkemeye erişim hakkı ve hak arama özgürlüğü bakımından yargı kararı ile temel hak ve özgürlüklere getirilen ölçsüz bir sınırlamaya sebebiyet verebilecektir.

Danıştay söz konusu hususlara yönelik olarak⁸³, “*idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebiyle tam yargı davası açılabilmesi için, zarara sebep olan eylemin ve maddi olayın idariliğinin ve yol açtığı zararın kesin olarak ortaya çıkması gerektiği, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi halinde zararın öğrenilmiş sayılacağı kabulü gerektiği, zarara sebep olan eylemin idariliği ve yol açtığı zarar bazen eylemin yapılmasıyla veya olayın gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılaması sonucu, disiplin*

⁸³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5978, K:2021/3356, K.T. 16.06.2021.

soruşturması sonucu, adli yargıda açılan dava yollarının tüketilmesi sonucu ortaya çıkabileceği, esasen, idari eylemin tamamlandığı ve zararın tam olarak ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinde öngörülen bir ve beş yıllık sürenin hesaplanması, bazı hallerde dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracağı, zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının ise hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı, somut olayda davacı açısından eylemin idariliği ceza yargılamaları sonucunda tam olarak ortaya çıkararak kesinlik kazandığı, bu itibarla, 05/10/2015 tarihinde onanarak kesinleşen karardan sonra süresinde yapılan 18/11/2015 tarihli başvurunun reddi üzerine süresinde açılan davanın esasının incelenerek karar verilmesi gerekirken olayın üzerinden beş yıl geçtikten sonra başvuru yapıldığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı” yönünde karar vererek, eylemin idariliğini ceza yargılamasının kesinleşmesine bağlamış,⁸⁴ hatta ceza yargılamasında alınan bilirkişi raporlarının dahi eylemin idariliğinin ortaya çıkmasında baz alınamayacağını kabul edip, cezanın kesinleşmesini arayarak, mahkemeye erişim hakkı noktasında sürenin başlangıcı açısından sürenin kamu düzeninden olması sebebiyle daraltıcı yorumlamadan ayrılarak bireylerin özgürlükleri lehine yorum yapmıştır.

Bir başka Danıştay kararında⁸⁵, “uyuşmazlıkta, davacı çocukların tedavisinin zaman zaman devam ederek sürdüğü, gerçek zararlarını kesin olarak ortaya koyabilecek nitelikte kesin bir sağlık raporunun ise dosyada bulunmadığı, buna göre, öncelikle davacı çocukların güncel sağlık durumunu gösterir kesin bir raporun olup olmadığının araştırılması, haklarında henüz bu nitelikte bir rapor düzenlenmemişse, tam teşekküllü bir sağlık kuruluşuna sevklerinin sağlanarak kesin sağlık kurulu raporu düzenlenmesi üzerine davanın esasının incelenmesi gerekirken; zararın, kesin olarak ortaya çıkmadığı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Hastanesi'nde gerçekleştirilen operasyonla öğrenildiğinden bahisle 15/06/2013 tarihi esas alınmak suretiyle davanın süre aşımı

⁸⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/9409, K:2021/2962, K.T. 02.06.2021.

⁸⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5981, K:2021/3355, K.T. 16.06.2021.

yönünden reddi yolundaki kararın yerinde olmadığı” hususları vurgulanarak, eylemin idariliği sağlık kurulu raporuna bağlanmıştır.

Danıştay başka bir uyuşmazlıkta⁸⁶, ”*uyuşmazlıkta, davacının şikâyeti üzerine soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara yapılan itirazın Bölge İdare Mahkemesince kabul edildiği tarihin eylemin idariliğinin öğrenildiği tarih olarak kabul edilmesi gerektiği, idari eylemden doğduğu ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, davacının eylemin idariliğini öğrendiğini ileri sürdüğü Samsun Bölge İdare Mahkemesi kararının verildiği tarihten itibaren, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen bir yıllık süre içerisinde idareye başvurarak, başvurusunun reddi üzerine süresinde dava açtığı tartışmasız olduğundan, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmediği*” yönünde karar vererek, somut olayda eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarih olarak, soruşturma izni verilmemesine yapılan itirazın mahkemece kabul edildiği tarih olacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla eylemin idariliğinin ortaya çıkış anı her somut olay bazında değerlendirilmekte olup, hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuran süre hususu Danıştay tarafından birçok olayda özgürlükler yönünde karar verilmek suretiyle çözümlenmektedir.

8. SONUÇ

İdare hukuku içtihatlar hukuku olması sebebiyle idarenin mali sorumluluğu yargı içtihatları ile gelişmiştir. Bu gelişmede idarenin yargı yolu ile denetiminde iptal davaları kadar tam yargı davaları da etkili olmuştur. İdarenin sorumluluğu idare hukukunun kendine has yapısı gereğince özel hukuktaki sorumluluktan farklılaşmaktadır. İdare tarafından sunulan sağlık hizmetinin yürütülmesi esnasında bireyler bir takım maddi ve manevi zararlara uğrayabilmektedir. Bu zararların karşılanması gerek sosyal devlet gerek hukuk devleti ilkesi açısından zorunlu bulunmaktadır. Dolayısıyla, idare sunduğu kamusal faaliyet ve hizmetler ile uygun nedensellik bağı içerisinde yer alan zararları tazminle yükümlüdür. Bu kapsamda, idareye yüklenebilecek bir fiil ve/veya idari bir işlemde kaynaklanan zararlı sonuçların, idarenin

⁸⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/3247, K:2010/1023, K.T. 10.02.2010.

faaliyet alanını düzenleyen hukuk kuralları içerisinde öncelikle hizmet kusuru esaslarına göre, kusur yoksa kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği karşılanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Sağlık kamu hizmeti kavramı tıp alanındaki gelişmelere uygun olarak genişlemekte olup, özellikle bünyesinde risk taşıyan bu kamu hizmeti kapsamında idarenin sorumluluğu ve kusur türleri her somut olaya özgü yargı içtihatlarında tartışılmaktadır. Sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların idare tarafından mali sorumluluk kapsamında karşılanması, idari yargıya mahsus olan niteliği itibarıyla özel hukuktaki genel tazminat davasına benzeyen fakat ondan belli başlı özellikleri ile farklılaşan tam yargı davası ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla bu davalar ile karşılaşılan mahkemeler, zararlı neticeye sebep olan işlem veya eylemlerin hukukilik denetimini yaparken işlem ve eylemin doğurduğu hukuki sonuçları ve ortaya çıkan gerçek zararları tespit etmektedir. Hukukilik denetiminde, olayın oluş şekli ve zararın niteliği ortaya konulduktan sonra somut olayda idare tarafından sunulan hizmette bir kusur olup olmadığı araştırılmakta, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağı incelenmektedir. Ayrıca, meydana gelen zararların giderilmesi açısından tazmin ile sorumlu tutulacak olan idare yönünden dayanılan sorumluluk sebebi de kararda açıkça gösterilmektedir. Öte yandan, söz konusu davalarda sağlık hizmetinden kaynaklı kusurun ortaya çıkış anı da her olay özelinde değiştiğinden süreler bireylerin özgürlükleri lehine yorumlanmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin yaşam hakkı ile ilişkisi ve bireylere yönelik tıbbi girişimlerin birçok öngörülemeyecek risk içermesi sebebiyle, Danıştay'ın eski içtihatlarında sorumluluk için ağır hizmet kusuru kriteri aranmaktaydı. Fakat yeni içtihatlarında sağlık hizmetindeki en küçük hatanın bile ağır sonuçlara neden olacağından basit bir kusur bile hizmet kusuru olarak yorumlandığı görülmektedir. Ayrıca, sağlık hizmetleri sunumunda başvuru bazı tıbbi girişimler neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçlardan idare kusuru bulunmasa dahi sorumlu olmaktadır. Kusura dayanmayan bu sorumluluğun amacı, sağlık hizmetinin ifası esnasında başvuru tıbbi girişimlerin, kullanılan ilaçların taşıdığı birçok riskin ortaya çıkardığı külfetin/risklerin sadece bireyler üzerinde bırakılmaması gerekliliğidir. Sağlık hizmeti sunumundan kaynaklı zararların karşılanması talebiyle açılan tam yargı davalarında Danıştay

kararlarında sağlık hizmetlerinde, kusursuz sorumluluk açısından hakkaniyet ve nesafet ilkelerine vurgu yapıldığı görülmektedir. Kanımızca, hakkaniyet ve nesafet ilkesinden ayrı olarak sağlık hizmetlerinde, meydana gelen zarar, riskli bir tıbbi girişimden kaynaklanmıyorsa, kusursuz sorumluluğun türü olan tehlike/risk ilkesinin yargı mercilerince tartışılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AKYILMAZ, B., (2011), “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Editör: Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara, s.105-122.

ATAK, S. (2010), TBB Dergisi, S.87, s. 90-120.

ATAY, E. E., ODABAŞI, H., GÖKHAN, H. T., (2003), Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları. Ankara: Seçkin Yayınevi.

ATAY, E. E. (2006). “İdarenin Sorumluluğu”, in Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi.

AYAN, M. (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Kazancı Yayınları.

AYANOĞLU, T. (2004). “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Ankara: Danıştay Matbaası.

BELGESAY, M.R. (1954) Tıbbi Mesuliyet, Sıralar Matbaası, İstanbul

CANBOLAT, F. (2009) “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, Sayı:80, Ankara, ss.156-181.

ÇAĞLAYAN, R. (2007). Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

ÇAL, S., (2007) “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, Ankara, s. 615.

DEMİRKOL, S., BAŞ, B. Z., (2007). Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü, İstanbul: Beta.

DURAN, L. (1974). Türkiye İdaresinin Sorumluluğu. Ankara: Sevinç Matbaası.

DURAN, L. (1982). İdare Hukuku. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

DUVAN, A. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, s.660-68.

DÜLGER, M. V. (2015). “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti” Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (2), ss. 43-80.

ER, Ü., (2008) Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara.

ERSÖZ, K., (2010) “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 5, Sayı 45, Mayıs, ss. 105-122.

ESİN, Y. (1973). Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu,. Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık.

GENCER, Z. A., (2014) Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara.

GÖKCAN, H. T., (2010) Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.

GÖZLER, K. (2009). İdare Hukuku, Cilt: 2, İkinci Bası, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÖZLER, K.(2019) İdare Hukuku, Ekin Yayınları, Cilt II.

GÜNDAY, M. (2013). İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara.

GÜNDAY, R. (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevİ, Ankara.

GÜRAN, S., “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Danıştay Dergisi, Sayı:46-47.

KARAHANOĞULLARI, O. (2002). Kamu Hizmeti – Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara: Turhan Kitabevi.

KARAKUL, S., (2016) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), Güz, ss.169-206.

KAYA, C. (2014). İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim. İstanbul: XII Levha Yayınları.

ONAR, S. S. (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, 3.Cilt,

ÖZDEMİR, N., (1963), Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Yeni Desen Matbaası, Ankara.

ÖZPINAR, B., (Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008). “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, ss.90-103.

SAVAŞ, H., (2013) Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, Haziran.

TANERİ, G., (2014) Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara.

TOP M., GİDER Ö., TAŞ Y., ÇİMEN S., (2008), “Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri”, Kocaeli İlinde Bir Alan Çalışması, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:11, Sayı:2, s. 161-199.

TÜRKMEN, A.,(2013) Hasta ve Hekim Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.

ULUSOY, A., (2021)Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.

YENERER ÇAKMUT, Ö.,“Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, ss. 1-40.

YILDIRIM, T, YASİN M., KAMAN, N., ÖZDEMİR, H. E., ÜSTÜN, G., TEKİNSOY, Ö., (2013), İdare Hukuku, İstanbul: XII Levha Yayınları.

YILMAZ, B., (2010) Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ekim.

İnternet Kaynakları

“Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler”, “Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu”, Yayına Hazırlayan: Sayek, Füsün, Haziran, 1998, s.46. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf, (Erişim Tarihi:15.05.2022)

Mahkeme Kararları

AYM, E. 2004/114, K. 2007/85 K.T. 22.11.2007., R.G.24.12.2007, Sayı.26736.

AİHM I. v. Finland, Başvuru No: 20511/03 K.T. 17.17.2008.

Aydoğdu / Türkiye, Başvuru No: 40448/06, 30.08.2016, §§ 118-122.

Danıştay Onuncu Daire Kararları (Danıştay kararları Uyap bilişim sisteminden alınmıştır.)

Danıştay Onuncu Dairesi, E:1994/5314,K:1996/294, K.T. 31.01.1996

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2004/9232, K:2007/2720, K.T. 18.05.2007

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2009/11126,K:2009/9810, K.T. 18.11.2009

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/11112,K: :2009/2529, K.T.31.03.2009

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6785, K:2010/2168,K.T. 29.03.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2009/4058,K:2010/2357, K.T. 31.03.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6322,K:2010/5981, K.T. 13.07.2010.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/3247, K:2010/1023, K.T. 10.02.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2010/4158, K:2010/11525, K.T. 29.12.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6785, K:2010/2168, K.T.29.03.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/4589, K:2011/776, K.T. 28.02.2011

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/950,K:2011/6169, K.T. 30.12.2011

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/8645,K:2011/1570, K.T. 22.04.2011

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/10149,K:2012/3381, K.T. 10.07.2012

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/7693,K:2012/5954, K.T.22.11.2012

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/10149,K:2012/3381, K.T. 10.07.2012.

Danıştay Onuncu Dairesi, E: 200 9/6118, K:2013/4501, K.T.15.05.2013.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3592, K:2019/4052, K.T. 15.05.2019.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6122, K:2019/9350, K.T. 05.12.2019.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6252, K:2019/11154, K.T. 31.12.2019.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6569, K:2020/4979, K.T. 17.11.2020.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6437, K:2020/7028, K.T.
28.12.2020.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6540, K:2020/6842,
K.T.23.12.2020.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6826,K:2021/6201, K.T
13.12.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6753, K:2021/6169, K.T.
13.12.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3481, K:2021/3574, K.T.
23.06.2021

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6908, K:2021/6225, K.T.
13.12.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6629, K.2021/1920, K.T.
26.04.2021

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6823, K:2021/5465, K.T.
11.11.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/11260, K:2021/1597, K.T.
05.04.2021

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2020/3612, K:2021/548, K.T.
17.02.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6926, K:2021/1746, K.T.
12.04.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/7573, K:2021/3727, K.T.
30.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6692,K:2021/5902, K.T.
29.11.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2017/4146,k:202175026, K.T.
25.10.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5978, K:2021/3356, K.T.
16.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5978, K:2021/3356, K.T.
16.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/9409, K:2021/2962, K.T.
02.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5981, K:2021/3355, K.T.
16.06.2021.

Danıştay Onbeşinci Daire Kararları

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/3957 ve K:2014/2049, K.T.
20.03.2004.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071, K:2014/2431, K.T.
03.04.2014.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071,K:2014/2431, K.T.
03.04.2014

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/11018, K:2014/4704, K.T.
04.06.2014.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4284, K:2014/5322,
K.T.13.06.2014

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/8633, K:2015/4625, K.T.
25.06.2015

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111, K:2016/2803, K.T.
22.04.2016.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7128, K:2016/606, K.T.
04.02.2016.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111,K:2016/2803,
K.T.22.04.2016

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7308, K:2017/555, K.T.
07.02.2017.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/2124,K:2017/665, K.T.
14.02.2017.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/8172, K: 2017/7132, K.T.
30.11.2017.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2017/2712, K:2018/2120, K.T.
27.02.2018.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/1928, K:2019/97, K.T.
15.01.2019.

İDARENİN DÜZENLEME YETKİSİ VE SINIRI, ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN BELİRLENEN ÖLÇÜTLER VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

THE AUTHORITY TO REGULATE AND LIMIT OF ADMINISTRATION, THE CRITERIAS DETERMINED BY THE CONSTITUTIONAL COURT, PRESIDENTIAL DECREES

Sümevra ÖZGEN*

ÖZ

İdarenin düzenleme yetkisi ve sınırları Türk idare hukukunun tartışmalı konularından biri olmakla birlikte, 6771 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanı'na Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenleme yetkisi tanınmadan önce, Anayasa Mahkemesi kararlarında, idarenin kanuniliği, yasama yetkisinin devredilmezliği ve hukuki belirlilik gibi temel ilkeler çerçevesinde yerleşik bir içtihat haline gelen ölçütler ile düzenleme yetkisinin çerçevesi çizilmiştir. Ancak, 6771 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ve Cumhurbaşkanı'na Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenleme yetkisi tanınması ile birlikte, düzenleme yetkisi ve sınırı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili çok fazla tartışmalı husus bulunmakta ise de, düzenleme yetkisi ve sınırı hakkında bir belirleme yapılabilmesi için Cumhurbaşkanı'nın mahfuz düzenleme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususuna Anayasa Mahkemesi kararları ile birlikte değinilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri olarak ifade edilen düzenleyici işlem türü düzenlenmeden önce belirlediği ölçütleri Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili yaptığı denetimde de uygulamakla beraber, bu yeni düzenleyici işlem türünün karışıklık ve tartışmalara sebep olan boyutuyla ele alınması gerekmektedir.

Makalenin Geliş Tarihi : 25.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 10.06.2022

* Danıştay Tetkik Hakimi

sumeyraozgenmkh@gmail.com ORCID ID: 0000-0002-9117-3470

Anahtar Kelimeler: İdarenin Düzenleme Yetkisi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa Mahkemesi Ölçütleri, Münhasır Kanun Alanı, Yasama Yetkisinin Devredilmezliği

ABSTRACT

Although the issue of authority regulatory and its limits of the administration is one of the controversial issues of Turkish administrative law, before the President of the Republic was given the power to issue a Presidential Decree by Law No. 6771, the Constitutional Court's decision, In the decisions of the Constitutional Court, the criteria that have become an established case law within the framework of basic principles such as the legality of the administration, the inalienability of the legislative power and the principles of legal certainty, and the framework of the regulatory authority have been drawn. However, with the enactment of Law No. 6771 and the authority to issue a Presidential Decree given to the President, different opinions have arisen regarding the regulatory authority and limit. In this context, although there are many controversial issues regarding Presidential Decrees, in order to make a determination about the regulatory authority and its limit, it is necessary to mention whether the President has the authority to regulate the subject, together with the decisions of the Constitutional Court. In addition, although the Constitutional Court applies the criteria determined before the regulation of the type of regulatory act, which is expressed as Presidential Decrees, in its audit of Presidential Decrees, it has been dealt with in a dimension that causes confusion and controversy due to the way this new regulatory act is regulated in the Constitution must be taken.

Keywords: The Authority to Regulate of Administration, Presidential Decree, Criteria Set By the Constitutional Court, Exclusive Regulatory Authority, Non-Delegation of the Legislative Power.

GİRİŞ

Türk idare hukukunun tartışmalı konularından birisi olan idarenin düzenleme yetkisi ve sınırları konusunda, Anayasa Mahkemesi tarafından ölçütler belirlenmiştir. 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye

Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiş, yürütme organında, yürütme organının düzenleme yetkisinin niteliğinde ve yürütme organının düzenleyici işlemlerinde önemli değişiklikler yapılmış ve bu düzenlemeler 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden birisi olan Cumhurbaşkanı'na Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yetkisi verilmesi, idarenin düzenleme yetkisi ve sınırları açısından tartışma ve farklı görüşleri ortaya çıkarmıştır.

Çalışmamız, dört başlıktan oluşmakta olup; öncelikle Türk hukukunda genel olarak idarenin düzenleme yetkisi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da norm denetimi yapılırken dikkate alınan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden bahsedilecektir. İkinci başlıkta; Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenleme yetkisi, bu yetkinin Anayasal sınırları ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri açısından uygulanması üzerinde durulacaktır. Üçüncü olarak ise; Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili çok fazla tartışmalı husus bulunmakla birlikte, bu tartışmaların odak noktasının Cumhurbaşkanı'nın mahfuz düzenleme yetkisi olduğu düşüncesiyle Cumhurbaşkanı'nın mahfuz düzenleme yetkisi ile ilgili doktrindeki görüşler ve günümüze kadar yargıya yansıyan kısmıyla Anayasa Mahkemesi'nin konuya bakış açısı üzerinde durulacaktır. Dördüncü başlıkta; öncelikle, idarenin düzenleme yetkisinin çerçevesi ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri hukuk sistemimizde düzenlenmeden önce, Anayasa Mahkemesi tarafından 2013 öncesinde ve sonrasında kullanılan ölçütler ve bu ölçütlerle ilgili öğretideki görüş ve eleştirilerden bahsedilecek, Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen bu ölçütlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kapsamında uygulanması günümüze kadar yargıya yansıyan kısmıyla Anayasa Mahkemesi kararlarına da yer verilerek değerlendirilecektir.

Bu çalışma ile, Anayasa Mahkemesi kararları da dikkate alınarak, Cumhurbaşkanı'nın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleme yapma yetkisi ve bunun sınırına ilişkin bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır.

1. Genel Olarak İdarenin Düzenleme Yetkisi ve Sınırı

1982 Anayasası'nın "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği" başlıklı 123. maddesinin 1. fıkrasında, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu ilke, idarenin kanuniliği ilkesi olarak tanımlanmaktadır ve idareyi sınırlayan çok önemli bir ilkedir¹. İdarenin eylem ve işlemleri hem kanuna dayanmalı, hem de bu eylem ve işlemler kanuna aykırı olmamalıdır. Yani, kanun, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem şartı, hem de sınırır². Yürütmenin bir düzenleme yapabilmesi için kural olarak kanunun varlığı aranır³ ve Latince'de secundum legem olarak ifade edilen bu kural, idarenin birincil değil ikincil olmasını, idarenin norm koyma yetkisinin tali olmasını ifade eder. Türk hukukunda Fransız hukukundan farklı olarak⁴, 2017 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanı'na Anayasa'da belirlenen çerçevede ilk elden düzenleme yetkisi tanınmadan önce idarenin asli düzenleme yetkisi bulunmamaktaydı. Kanunla düzenleme yapılmamış bir alanda yürütme organı faaliyette bulunamaz ve düzenleme yapamazdı. Ancak, yeni sistemde yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Anayasa'nın 104/17. fıkrasının birinci cümlesinde, yürütme yetkisine ilişkin konularda, belli kurallar çerçevesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) düzenleme yetkisi genel olarak tanınmış olup, Cumhurbaşkanı'na tanınan bu yetki secundum legem nitelikte değildir, ilk elden düzenleme yetkisi içermektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 104/9,

¹ ULUSOY, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 119.

² GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C:1, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019, (2019a) s. 1292.

³ Örneğin, Türkiye Barolar Birliği tarafından kabul edilen ve yürürlüğe giren "Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında veya Avukatlık Barosunda Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatlar Yönergesi"nin iptali istemiyle açılan davada İDDK 18/11/2014 tarih ve E:2014/970 sayılı kararı ile, işveren avukat ve işgören avukat arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülüklerle ilişkin kanuni düzenleme yapılmadan, kanun konusunu oluşturan konularda düzenlemeye yer veren dava konusu yönergede hukuka uyarlık bulunmadığı belirtilmiştir. (UYAP, erişim tarihi: 15/03/2020)

⁴ ULUSOY, s. 283, 286. 1958 tarihli Fransa Anayasası'nda, münhasıran yasama erkine rezerve edilmiş düzenleme alanları sayma suretiyle belirtilmiş, sayılanlar dışında kalan her konuda idareye asli düzenleme yetkisi tanınmıştır.

106/11, 108/4 ve 118/6. maddelerinde özel olarak belirtilen konularda da Cumhurbaşkanlığı'na CBK ile ilk elden düzenleme yetkisi verilmiştir.

İdarenin işlemlerinin kanuna uygun olma özelliği, yani *intra legem* ilkesi ise, Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” düzenlemesi; 124. maddesinde yer alan, “*Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*” düzenlemesi ve 104/17. madde düzenlemesi ile ifade edilmiştir⁵.

İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağı ile ilgili ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. İdarenin düzenleme yetkisinin *secundum legem* olması ile idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı farklı şeyleri ifade eder. “İdare düzenleme yetkisine sahiptir” diyebilmemiz için Anayasa veya kanun ile “idare şu alanda düzenleme yetkisine sahiptir” ya da “idare şu konuda yönetmelik çıkarır” denilmesi gerekli olmayıp, önemli olan konunun ilk önce, Anayasa ya da kanun ile düzenlenmesidir⁶. Bir kanunun uygulanmasını sağlamak için, o kanunun bunu açıkça öngörmesine gerek yoktur; bir kanun çıkarıldığı takdirde, idarenin o kanunu uygulama konusunda Anayasa'dan kaynaklanan bir düzenleme yetkisi vardır⁷. Yani, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi, kanun idareyi bu konuda yetkilendirmese dahi vardır⁸. Ancak, kanunda “şu konu yönetmelik ile düzenlenir” denildiyse, artık o konu daha alt idari düzenlemelerle düzenlenemeyecektir⁹.

⁵ GÖZLER, 2019a, s.1292-1293.

⁶ GÖZLER, 2019a, s.1288-1290.

⁷ ÖZTÜRK, Kaya Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.154.

⁸ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2011, s. 228.

⁹ ULUSOY, s. 288. Örneğin, Orman ve Su İşleri Bakanlığı Genelgesi'nin iptali istemiyle açılan bir davada, Danıştay 8. Dairesi 15/05/2019 tarih ve E:2014/5896, K:2019/4611 sayılı kararı ile, kanunun öngördüğü düzenleme yetkisinin yine kanunda belirtildiği gibi kullanılması, kanun hükmü bir konunun yönetmelikle düzenlenmesini öngörüyorsa düzenlemenin yönetmelikle yapılması, ayrıca normlar hiyerarşisinde yönetmeliğe göre daha alt düzeyde yer alan düzenleyici işlemlerin

İdarenin düzenleme yetkisinin sınırları, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle yakından ilgilidir. Anayasa'nın "Yasama yetkisi" başlıklı 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde ile, öncelikle kanun adı altında ya da bu adı taşımasa bile kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisinin devredilmesi yasaklanmaktadır. Bir düzenleyici işlem, mevcut kanun düzenlemelerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, işlem kanun gücü ve niteliğinde demektir. İkinci olarak ise, bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmiyor ve ortadan kaldırmıyor olmakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli ve doğrudan düzenleme yapıyorsa, idarenin türevselliği ilkesi kapsamında bu işleminde kanun niteliğinde sayılması gerekmektedir¹⁰.

Anayasa Mahkemesi de (AYM), Anayasa'ya uygunluk denetimi yaptığı kararlarında, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden sıklıkla bahsetmektedir. Mahkemeye göre, "*yasama yetkisinin devredilmezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılmaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir*"¹¹.

yönetmelikle çizilen sınırı aşmaması ve yönetmeliğe uygun olması gerektiğini belirtmiş, olayda, 6831 sayılı Kanunu'nun 17. maddesinin uygulanmasıyla ilgili şekil, şart ve esaslar ile orman alanlarından her türlü yararlanma karşılığı alınacak bedel miktarlarının tespiti ve tahsiline ilişkin hususların yönetmelik ile düzenleneceğine ilişkin açık hükme rağmen, dava konusu genelge ile ek ağaçlandırma bedeline ilişkin düzenleme yapıldığı gerekçesi ile düzenlemenin iptaline karar vermiştir. (UYAP, erişim tarihi: 15/03/2020)

¹⁰ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, (19. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 213.

¹¹ AYM, E:2016/179, K:2017/176, Karar Tarihi:28.12.2017, R.G. Tarih-Sayı: 8.2.2018-30326. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, AYM, Anayasa'da öngörülen

Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaması için, yürütmeye düzenleyici işlem yapma konusunda yetki veren bir kanunun varlığı gerekmekte birlikte, kanunun varlığı yeterli olmayıp, ilkenin ihlal edilmemiş sayılması için yasal düzenlemenin varlığı için gerekli asgari koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Yani, düzenleme konusu alanın ne kadarının yasama organı tarafından ne kadarının idare tarafından düzenlenebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. AYM, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlal edilmemiş sayılması için bir kanunun bir alanı ne kadar düzenlemesi gerektiğine ilişkin ölçütler geliştirmiş olup, bu ölçütlere üçüncü başlıkta ayrıntılı olarak değinilecektir.

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Düzenleme Yetkisi ve Sınırı

Anayasa'da, 2017 Anayasa değişikliği sonrası sistemde, olağan dönemlerdeki CBK'ler AYM'nin denetimine tabidir¹². Ayrıca, CBK'ler aksi yönde görüş bulunmakla birlikte¹³, hem organik, hem de fonksiyonel açıdan düzenleyici idari işlem mahiyetinde düzenlenmiştir¹⁴.

koşullar ve sınırlar içinde kalmak kaydıyla KHK çıkarılması hususunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesinin yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir. AYM, E:2018/111, K:2020/47, Karar Tarihi:24/9/2020, R.G. Tarih- Sayı:19/11/2020-31309.

¹² YILDIRIM, burada ikili bir ayırım yapmaktadır. Anayasa'nın Cumhurbaşkanını doğrudan düzenleme yetkisi tanıyan hükümleri gereğince çıkarılacak olan CBK'lerin, Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemler olduğu, kanuni dayanağa ihtiyaç duyulmadan Anayasa'dan kaynaklanan yetkiyle tesis edilebilecek olan bu kararnamelerin kanuna değil Anayasa'ya uygunluğunun denetiminden söz edilebileceği, ancak, kanuni dayanağı olan CBK'lerin kanuna ve hukuka uygunluğundan söz etmek daha isabetli olacağından bu tür işlemlerin AYM denetimine tabi olması gerekmediğini belirtmektedir. YILDIRIM, Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", MÜHF - HAD, C: 23, S: 2, s. 17,18.

¹³ SÖYLER'e göre, Anayasanın 104/17.maddesi kapsamında yürürlüğe girecek CBK'ler ile özel olarak belirtilen diğer beş konudaki CBK'ler doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulacak kararnamelerdir. Yani, asli nitelik taşırlar ve bu açıdan kanunlardan farklılık göstermezler. CBK'ler ile kanunlar üzerinde değişiklik yapılamasa bile yine de yasama işlemi olarak değerdendirilmesi gerekir. SÖYLER,

Uygulamada, Anayasal dayanağı bulunmamakla birlikte, CBK'ler düzenleyici işlem niteliğinde yapılmakta, bireysel işlemler ise Cumhurbaşkanlığı kararları ile yapılmaktadır. CBK ile bireysel işlem niteliğinde düzenleme yapılması CBK'lerin yargısal denetiminin AYM tarafından yapıyor olması nedeniyle hak arama özgürlüğünü zedeleyici sonuçlara neden olabileceğinden, bireysel işlem niteliğindeki işlemlerin CBK ile düzenlenmemesi gerekir¹⁵.

Cumhurbaşkanı'na, Anayasa'nın 104/17. maddesinde, genel bir yetki olarak yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile düzenleme yetkisi; Anayasa'nın 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6. maddelerinde ise özel olarak belirtilen konularda CBK ile düzenleme yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığı'na bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair düzenlemeler de¹⁶ CBK ile yapılabilecektir. Ayrıca, Anayasa'nın 123/3. maddesinde kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK ile düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu sınırlamalar şu şekildedir:

Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınları, 2018, s. 156,157.

¹⁴ ULUSOY, s. 301.

¹⁵ GÖZLER, 2019a, 1308. Mahkemeler, kural olarak, önlerine gelen hukuk normlarının nitelendirmesiyle ilgili olmayıp, kendisi normu nitelendireceğinden, bireysel işlem mahiyetinde CBK düzenlenmesi halinde, uyumsuzluğa ilişkin nitelendirmesini kendisinin yapması beklenir. Ancak, AYM, daha önceki kararlarında OHAL KHK'lerinin bu nitelikte olup olmadığına bakarken, son dönemde OHAL KHK'leri ile ilgili yaptığı denetimlere baktığımızda, sadece isimlendirmesine bakarak OHAL KHK'lerine yargı yolu kapalı olduğu gerekçesi ile karar verdiği görülmektedir. Ayrıca, CBK ile bireysel işlem tesisi hakkında konu için bakınız: SÖYLER, s. 158-161.

¹⁶ AYM, E:2019/71, K:2020/82, Karar Tarihi: 30/12/2020, R.G.Tarih-Sayısı:24/2/2021-31405, § 27.

1. Anayasa'nın 104/17. maddesinde açıkça yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkartılabileceği belirtilmekte olup, yasama¹⁷ ya da yargı alanında CBK ile düzenleme yapılamayacaktır¹⁸. Örneğin, AYM, yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiği için yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğunun söylenemeyeceğini, bu nedenle bu konunun CBK ile düzenlenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁹.

¹⁷ AYM, Devlet Arşivleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Millî Saraylar İdaresi Başkanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığının 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) Sayılı Cetvele eklenmesine dair 19 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin iptali istemiyle açılan davada, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden bahsetmemiş olmakla birlikte, dava konusu kuralın 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) Sayılı Cetvele bazı eklemeler yapmak suretiyle kanun metninde değişiklik yapılmasını öngördüğü, kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediğinden, kuralın, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle bağdaşmadığına karar vermiştir. AYM, E:2018/155, K:2020/27, Karar Tarihi:11/06/2020, R.G. Tarih-Sayı: 23.07.2020-31194.

¹⁸ Ancak, "yürütme yetkisine ilişkin konuların" kapsayıcı bir tanımını yapmanın veya sınırlarını net bir şekilde belirlemenin hemen hemen imkânsız olduğu, bu nedenle, kural olarak yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkileri gibi hususlar dışındaki konuların yürütmeyle ilgili olduğu kabul edilebileceği belirtilmektedir. ATAR, Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", Anayasa Yargısı Dergisi, C:36, S:1, 2019, s.247. GÖZLER'de, yürütme yetkisine ilişkin konular ifadesinin kullanılmasını eleştirmektedir. GÖZLER, 2019a, s. 1313.

¹⁹ 10/07/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki "Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir" düzenlemesinin iptali istemiyle açılan dava. AYM, E:2018/119, K:2020/25, Karar Tarihi: 11/06/2020, R.G. Tarih-Sayı: 09/11/2020-31299. Ancak, AYM, kuralın, yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK ile düzenlenebileceğinin öngörüldüğü gerekçesiyle kuralda aykırılık görmemiştir. Kararın karşı oy yazılarında ise, düzenlemenin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmektedir.

2. Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler CBK ile düzenlenemez.

3. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. (Bu sınırlamanın ayrıntılarına AYM kararları çerçevesinde ayrıntılı olarak yer verilecektir.)

4. Kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. Ayrıca, Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) kanun hükmünde olduklarından, KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılamaması gerekir²⁰.

AYM, bu düzenlemeyi yorumlarken, öncelikle karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği, böyle bir kanun varsa sonrasında incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediğinin belirlenmesi gerektiği, değerlendirme yapılırken, CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmamasının, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacağını belirtmektedir. Ayrıca, Mahkeme, Kanunda CBK ile düzenleme yetkisinin saklı tutulmasının da tespit edilen aykırılığı Anayasa'ya uygun hâle getirmeyeceğini belirtmektedir²¹.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 5. ve 6. cümlelerinde, *"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."* kuralına yer verilmiş ise de, AYM, bugüne kadar Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında CBK'lerin

²⁰ AYM, E:2019/78, K:2020/6, Karar Tarihi:23/01/2020, R.G. Tarih-Sayı:13/05/2020-31126; AYM, E:2018/134, K: 2021/13, Karar Tarihi:03/03/2021, R.G. Tarih-Sayı:16/06/2021-31513.

²¹ 23/07/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nin 21. maddesinin (3) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinin ile ilgili yapılan denetim. AYM, E:2019/31, K:2020/50, Karar Tarihi: 23/01/2020 R.G. Tarih- Sayı: 13/05/2020 -31126.

Anayasa'ya uygunluk denetimini yaparken sadece ilk dört cümledeki sınırlamalardan bahsetmiştir.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının son üç cümlesine bakıldığında, CBK-kanun ilişkisine yer verilmiş ve bu durumlarda kanuna üstünlük tanınacağı belirtilmiştir, ancak düzenlemenin muğlaklığı sebebiyle, bu hususlarda AYM'ye başvurulup başvurulmayacağı, başvurulması durumunda ise, AYM'nin nasıl bir denetim yapacağı hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Öncelikle, Anayasa'nın 152. maddesinde CBK'lerin Anayasa'ya uygunluğunun denetleneceği belirtildiğinden kanunlara uygunluğunun denetlenip denetlenmeyeceği hususu tartışma konusu olmuş ve bir görüş, AYM'nin, CBK'lerin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, kanunların denetiminde uygunluk ölçüsü olarak esas aldığı ilke ve kuralları esas alacağı, CBK'nin yürürlükteki kanunlarla çelişip çelişmediğinin anayasallık denetiminin konusunu oluşturmayacağı, kanun-kararname çatışmasında uygulanacak normun tespitini yapacak olanın, somut bir davada karar vermeye yetkili mahkeme veya işlem yapmaya yetkili idari merci olduğunu²² belirtmektedir. Diğer görüş ise, bu uyumsuzlukların AYM tarafından karara bağlanması gerektiğini²³, AYM'nin KHK'lerin ancak Anayasa gereğince yetki kanunlarına dayanabileceğinden hareketle KHK'lerin yetki kanunlarına uygunluğunun Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında değerlendirmesinde olduğu gibi CBK'lerin de kanunlara uygunluğunun Anayasa'ya uygunluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini²⁴ belirtmektedir. Bu görüşte, bahsedilen durumda soyut norm denetimi yoluyla denetim yapmanın AYM'nin görevi olduğu, ancak, Mahkemede görülmekte olan bir davada, kanunla CBK'nin farklı hükümler içermesi halinde, CBK'nin kanunla çatışmasını Anayasa'ya aykırılık sorunu olarak değerlendirmeksizin somut norm denetimi yoluna gitmeden, Mahkeme tarafından kanunun uygulanacağı, eğer Anayasa'ya aykırılık iddiası varsa veya hakim böyle bir kaniya ulaşırsa, kararnamenin AYM'ye

²² ATAR, s. 253.

²³ ÖZBUDUN, s. 251.

²⁴ SÖYLER, s. 189.

götürülebileceği belirtilmektedir²⁵. O halde, Anayasa'nın 104/17 fıkrasının son iki cümlesinde yer verilen ve CBK düzenleme yetkisinin sınırını düzenleyen maddelerin yorumu ve denetimine ilişkin hususlar üzerinde ayrı ayrı durmak gerekmektedir.

Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer verilen “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*” düzenlemesi yönünden, itiraz yoluyla başvuru yapılmadan sorun Mahkemelerce çözülebileceği gibi, Mahkemenin bir CBK ile aynı konuda kanun hükmü olduğunu ileri sürüp, Anayasa'nın 104/17. düzenlemesine dayanarak CBK hükmünün iptali talebinde bulunmasına engel bir durum da yoktur. AYM'ye başvurulursa Mahkeme tarafından, CBK'nin davada uygulanacak norm olarak tespitinin yapılması durumunda, farklı görüşler bulunmakla birlikte, katıldığımız görüşe göre esastan bir inceleme yapılması gerekmektedir. Aksi bir durum, yani, CBK ile kanunun aynı konuda düzenleme içermesi nedeniyle zaten kanunun uygulanacağı, iptali istenen CBK hükmünün uygulanmayacağı gerekçesi ile ilk inceleme aşamasında talebin reddedilmesi durumunda, aynı konuda hem kanun hem CBK düzenlemesinin yürürlükte olmaya devam etmesi gibi bir sakınca doğacaktır²⁶.

²⁵ SÖYLER, genel mahkemelerce ön mesele yapılarak çözümü sağlanan uyuşmazlıklarda mahkemelerin vermiş olduğu kararların sadece dava taraflarını bağlayıcı nitelik taşıdığını, bu kararlar CBK düzenlemesinin iptali niteliğinde olmadığından kararnamenin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkisinin olmayacağını, ancak bu tür kararların yüksek mahkeme kararları ile kesinleşmesi durumunda kanunlarla çatışan kararname hükümlerinin uygulanmasının önemli ölçüde azalacağını belirtmektedir. SÖYLER, s.190.

²⁶ AZAKLI, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı, C: 36, S:1, 2019, s. 85-90. AZAKLI'nın da bahsettiği gibi, “*Anayasa Mahkemesinin yetkisi burada, yalnızca ilgili mahkeme tarafından ileri sürülen kanun hükmünün CBK ile aynı konuda olup olmadığını incelemekle ve Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırılık oluşturup oluşturmadığını denetlemekle sınırlı olmalıdır. İlgili mahkemenin belirttiği kanun hükmü dışında diğer kanun metinlerini de tek tek inceleyerek aynı konuda olup olmadığını incelemek doğru ve pratik bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durum Anayasa Mahkemesinin resen inceleme yetkisini kısıtlayan bir durum olarak da kabul edilemez. Zira resen inceleme yetkisi anayasa hükümlerine aykırılık*

Anayasa'nın 104/17. maddesinin son cümlesindeki, “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*” düzenlemesi de, uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla uygulayıcılara yönelik bir düzenleme niteliğindedir. Ancak, “aynı konuda kanun” olup olmadığı hususunun tespiti gibi sorunlar oluşabileceğinden, uygulamadaki tereddütün ortadan kaldırılabilmesi için mahkemelerin, CBK'nin hükümsüz kaldığı gerekçesiyle AYM'ye somut norm denetimi yolu ile başvurabilmelerine de hukuki engel bulunmamaktadır²⁷.

Ayrıca, düzenlemedeki hükümsüz hale gelme ifadesinden, CBK'nin “yokluk” ile malul olması sonucunu ortaya çıkaracağını, düzenlemenin bir iptal sebebi olmadığını, AYM'nin yokluğun tespiti ile yetineceğini belirten görüş²⁸ bulunmakla birlikte, düzenlemenin geçmişe etkili geçersizlik olarak yorumlanması durumunda, bu yorum hukuk düzeninde olumsuz sonuçlara sebep olacaktır. Belirsiz bir tarihte kanun koyucunun aynı konuda düzenleme yapması sebebiyle, yapıldığı tarihte hukuka uygun olan CBK'nin başından itibaren geçersiz sayılması, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri açısından olumsuz sonuçlara sebep olabileceğinden, bu ifadenin kanun yapıldıktan sonraki geçersizlik olarak yorumlanması hukuk devleti ilkesi ile daha uyumludur²⁹. AYM tarafından verilecek kararın ne şekilde olması gerektiği konusunda ise, “CBK'nin hükümsüz hale gelmesi nedeniyle iptali” kararı³⁰ olması gerektiği ve normu iptal etme yetkisinin, aynı normun geçerliliğini tespit etme yetkisini de içinde barındırdığı ve burada bir tespit kararı olması

açısından söz konusu olabilir, yoksa CBK ile aynı konuda kanun hükmü bulunup bulunmadığını incelemek anlamında değerlendirilemez.” AZAKLI, s. 85.

²⁷ AZAKLI, s. 94.

²⁸ ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 75, S: 3, 2017, s. 45.

²⁹ ÜLGEN, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, Yayın No. 91, Hukuk Fakültesi No. 69, S: 1, s. 35.

³⁰ AZAKLI, s. 96; Bu durumda, uygulanacak yaptırımın iptal yaptırımı olduğu, CBK ile Anayasal çerçevenin dışına çıkıldığı hallerin tamamı bakımından, iptal yaptırımının uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bakınız: SÖYLER, s. 187.

gerektiği³¹ yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Anayasa yargısında kural, iptal kararlarının geriye yürümemesi olduğu için, CBK ile düzenlenen alanda, kanun ile düzenleme yapılması durumunda CBK hakkında iptal kararı verilmesi daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 5. ve 6. cümlelerinin düzenleniş biçiminden, düzenlemelerin uygulayıcılara yönelik olduğu anlaşılmakta ise de, uygulamada oluşturacağı sıkıntılar da gözönüne alındığında, Mahkemelerce somut norm denetimi yoluyla AYM'ye başvurulması gerekir. AYM tarafından CBK'lerin kanunlara uygunluğunun denetlenemeyeceği hususunda kuşku bulunmamakta ise de, CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması ya da CBK ile aynı konuda kanun çıkarılması durumunda, yani CBK-kanun ilişkisinin bu cümlelerin kapsamına girmesi durumunda, bahsi geçen aykırılık ayrıca Anayasa'ya aykırılık anlamına da gelecektir. Bu durumda, CBK'ler kanunlara aykırılığı sebebiyle değil, Anayasa'nın 104/17. maddesine aykırı olmaları sebebiyle iptal edileceklerdir. Her ne kadar AYM, Anayasa'dan kaynaklanan sınırlamalardan bahsederken maddenin sadece ilk dört cümlesinden bahsetmekte ise de, bu durum, maddenin 5. ve 6. cümlelerinin kapsamında somut norm denetimi yoluyla Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmasını engellemediği gibi, Mahkemenin CBK'lerin Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesinde yer alan, “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” düzenlemesi yönünden değerlendirme yapıyor olması da, yapılan denetimin Anayasa'ya uygunluk denetimi olduğunu destekler niteliktedir.

CBK düzenleme yetkisinin Anayasa'dan kaynaklanan sınırlarına değindikten sonra, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi açısından, CBK düzenleme yetkisine değinecek olursak, bu konuda, CBK düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin istisnası olarak gören görüş³² bulunmakta ve bir Anayasa hükmünün bir diğeri ile

³¹ EREN, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İctihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 36, S: 1, 2019, s. 64.

³² FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır?”, Ankara Barosu Dergisi, S: 2019/3, s. 284.

çatışması veya çelişmesi mümkün ise de bunun bir aykırılık olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, genel-özel hüküm ya da istisnadan bahsedilebileceği, bu nedenle Anayasa'nın 104. maddesinin Anayasa'nın 7. maddesinin istisnası olduğu belirtilmektedir³³. Diğer görüşe göre ise, 2017 değişikliklerinden önce yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin istisnası KHK çıkarma yetkisiydi, ancak, CBK'ler Anayasa'dan kaynaklanan yetki ile çıkartıldığından, yetki devri söz konusu değildir³⁴.

O halde, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK ile düzenleme yetkisi verilmesi, sadece bu yetkinin verilmesi açısından değerlendirildiğinde, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Ancak, öncelikle kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaması için kanunun taşıması gereken özellikler ve CBK'ye bırakabileceği alanların da ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. Bu konuya, AYM tarafından belirlenen ölçütler çerçevesinde değinilecektir³⁵.

Ayrıca, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yanında, Anayasa tarafından CBK ile düzenleneceği belirtilen konularda, Cumhurbaşkanı'nın bu düzenleme yetkisini devredip devredemeyeceği hususu gündeme gelebilir. AYM'de bu hususu, "CBK çıkarabilme yetkisinin bir sonucu olarak CBK ile düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin düzenleme yetkisinin Cumhurbaşkanı'nca CBK çıkarmak suretiyle kullanılması ve bu yetkinin idareye bırakılmaması gerekir. Anayasa koyucu tarafından CBK'ye tanınan asli bir yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Aksi uygulama ilgili konunun CBK ile düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırı olacaktır." ifadelerine yer vererek belirtmektedir³⁶. Yine, burada da, CBK ile düzenleneceği

³³ SÖYLER, s. 80.

³⁴ ATAR, s. 257-258.

³⁵ Bu konuya 3.2.4. Anayasa Mahkemesi'nce Belirlenen Ölçütlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Açısından Uygulanması başlıklı kısımda ayrıntılı değinilecektir.

³⁶ AYM, E:2019/71, K:2020/82, Karar Tarihi:30/12/2020, R.G. Tarih-Sayısı: 24/2/2021-31405, § 45; Ayrıca, CBK ile, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen maddeye Cumhurbaşkanı kararıyla yurtiçindeki ya da yurtdışındaki şirketlere Hazinesinin iştirak etmesini sağlamak da eklenmiş ve bu

belirtilen konularda, bu yetkinin devredilmiş sayılmaması için CBK'nin taşıması gereken özellikler ve idareye bırakabilecek alanların da ayrıca belirtilmesi gerekmektedir.

3.Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi

Öncelikle, CBK'ler konusunda yapılan mahfuz düzenleme yetkisi tartışmalarına değinmeden önce, genel olarak yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisi olup olmadığı hususuna değineceğiz.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, yasama organının kanunla düzenleme yapabileceği alanların konu açısından sınırlandırılmamış olması anlamına gelir³⁷. Ayrıca, bu ilke, yürütme organı için saklı tutulmuş bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını da gösterir. Bir konunun genel ilkeleri ve çerçevesi yasama organı tarafından belirlendikten sonra, ayrıntılı düzenlemenin yürütme organına bırakılması, yasama ve yürütme organının yapıları ve işleyişleri bakımından doğal ve ideal olanıdır. Ancak, yasama organının bir konuyu en ince ayrıntıları ile düzenleyerek yürütme ve idareye düzenleme alanı bırakmaması da hukuken mümkündür³⁸. Fakat, salt yürürlükte olan kanunların uygulanmasına yönelik yapılacak işlemler, yasama meclisi tarafından yapılamaz. Yürütmenin faaliyet alanına giren bu tarz işlemlerin yasama tarafından yerine getirilmesi, fonksiyonlar ayrılığına

ibarenin iptali istemiyle yapılan başvuru AYM tarafından reddedilmiştir. Ancak, Başkan Zühtü ARSLAN, kuralın iştirak öncesi ve sonrasına ilişkin usul ve esasları düzenlemediğinden belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, hukuk devletinde kanunilik ilkesinin genel ilke ve esasların mutlaka kanunda/CBK'da düzenlenmesini gerektirdiği, bu yapılmadan konunun idarenin (diğer) düzenleyici işlemlerine bırakılmasının kararnameler bakımından CBK çıkarma yetkisinin devri sonucunu doğurabileceği, ayrıca devreden ve devredilenin aynı organ (Cumhurbaşkanı) olmasının da bu durumu değıştirmedeği, bunların farklı hukuki rejimlere tabi olduğu, yargısal denetimin mahiyetini ve mercilerini değıştirebileceği, dava konusu kuralın hiçbir çerçeve çizmeden, temel ilke, esas ve şartları belirlemeden Hazinenin Cumhurbaşkanı kararıyla yurtiçindeki ve dışındaki şirketlere iştirakine imkân sağladığı, bu konudaki düzenlemeyi (zımnen de olsa) diğer düzenleyici işlemlere bıraktığı için Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile karara katılmamıştır. AYM, E:2019/96, K:2022/17, Karar Tarihi: 24/02/2022.

³⁷ ÖZBUDUN, s. 211.

³⁸ TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, (11. Baskı), Mart 2012, s. 276.

aykırılık oluşturur ve Anayasa'nın 8. maddesinin işlevsiz hale gelmesi anlamına gelir. Yani, *“Türkiye’de yürütme organının mahfuz bir düzenleme yetkisi olmamakla beraber, mahfuz bir yetki alanı vardır. O da, yürürlükteki kanunların uygulanmasıdır. Yasama organı, bu alana müdahale edemez.”*³⁹ Örneğin, TBMM bir kamu görevine belirli bir kişinin atanmasına ilişkin işlem yapamaz. Yasama organı yürürlükteki kanunların uygulanmasından ibaret olan bireysel işlemleri yapamaz, bireysel işlemler yapma alanı, yürütme organının mahfuz alanını oluşturur⁴⁰.

Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı'na CBK düzenleme yetkisi verilmesi ile birlikte, yasama yetkisinin genelliği ilkesi tartışmalı hale gelmiştir. Yasama yetkisinin genel olmaması, yasama organı tarafından düzenleme yapılamayacak alanların olduğu anlamına geldiğinden; Cumhurbaşkanı'na verilen CBK ile düzenleme yapabilme yetkisinin yasama yetkisinin genelliği ilkesine bir etkisinin olup olmadığının tespitinin yapılabilmesi için Anayasa’da münhasıran CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların olup olmadığının, yani Cumhurbaşkanı'na mahfuz düzenleme yetkisi tanınıp tanınmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü, yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına tanınmış “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin bulunmadığı anlamına da gelmektedir⁴¹.

Cumhurbaşkanı'nın olağan dönemde çıkardığı CBK'lerin iki türü mevcuttur. Birincisi, Anayasa'nın 104/17. fıkrası kapsamında yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK düzenleme yetkisidir. Diğerleri ise, Anayasa'nın bazı maddelerinde özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konular olup, Anayasa'nın 104/9 maddesinde; üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların, 108/4 maddesinde; Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer

³⁹ ÖZBUDUN, s. 221-222. Yazar, bu görüşünü Carre de Malberg'in görüşüne dayandırmaktadır. Carre de Malberg'e göre, kanunun alanı, yürürlükteki kanunların icrasından ibaret olmayan her türlü karar veya tedbiri kapsar.

⁴⁰ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku (3. Baskı), Ekin Yayınevi, Ocak 2019, (2019b), s. 754.

⁴¹ YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülden, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Yargısı, C: 36, S: 1, 2019, s. 110, 111.

özlük işlerine ilişkin konuların, 118/7 maddesinde; Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevlerinin, 106/11 maddesinde; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konularının CBK ile düzenleneceği belirtilmiştir. Bu maddelerde, düzenlenebileceği değil, "düzenlenir" ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 123/3 maddesi gereği kamu tüzel kişiliği kanun veya CBK ile kurulur.

Anayasa'nın 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6. maddelerinde Cumhurbaşkanı'na verilen CBK ile düzenleme yetkisinin yürütme organı için sağlanmış bir mahfuz alan olup olmadığı noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu dört alanın mahfuz alan olduğunun kabulü, CBK düzenleme yetkisi ve sınırı açısından önem arz etmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 123/3. maddesinde CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulması yetkisi verilirken, maddede kanunla da kamu tüzel kişiliği kurulacağı belirtildiğinden, bu alanın mahfuz düzenleme yetkisi alanında kaldığından bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, biz açıklamalarımızı dört konu üzerinden yapacağız.

Cumhurbaşkanı'nın mahfuz düzenleme yetkisi ile ifade edilmek istenen, arada herhangi bir hiyerarşik norm olmaksızın doğrudan Anayasa'ya dayanarak düzenleme yapma yetkisi değildir. Bu yürütme yetkisinin asli olmasını ifade eder ve Cumhurbaşkanı'nın asli-ilk elden düzenleme yetkisinin bulunduğu hususunda tereddüt yoktur. Mahfuz düzenleme yetkisi ise, Anayasa'nın CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirten maddeleri ile ilgili olarak (104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6. maddeleri) yalnızca CBK ile düzenleme yapılabilmesi, yasama organının bu alana müdahale edememesi anlamına gelmektedir.

Bu konudaki ilk görüşe göre, Anayasa'nın 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6. maddeleri "mahfuz CBK alanını" oluşturmaktadır⁴². CBK ile düzenleneceği belirtildiği için bu konularda Meclisin kanunla düzenleme yapması mümkün değildir. Kamu tüzel kişiliğinin hem kanunla hem de CBK ile kurulabileceğinin Anayasa'nın 123. maddesinde özel olarak vurgulanmış olması da bu hususu güçlendirmektedir. Çünkü, Anayasa koyucu, CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların kanun ile

⁴² GÖZLER, 2019a, s.1304; EREN, s. 43; ÜLGEN, s. 17.

de düzenlenebilmesini hedeflemiş olsaydı, Anayasa'nın 123/3. maddesindeki düzenlemeye gerek duymazdı ya da bu düzenlemeye benzer düzenlemelere CBK ile ilgili düzenmelerde de yer verirdi. Bu konularda kanun ile bir düzenleme yapılırsa, bu kanuni düzenlemeler Anayasa'ya aykırı olacaktır⁴³. Anayasa'nın özel olarak CBK düzenleme yetkisi veren dört maddesinin mahfuz düzenleme alanı olduğuna ilişkin diğer görüşe göre ise, bu tez genel hüküm-özel hüküm ilişkisi ile açıklanabilir. Anayasa'da, münhasır kanun alanına giren konuların bir kısmı, Anayasa değişikliği ile münhasır CBK alanına dönüştürüldüğü için, özel hükümle genel hüküm alanının dışına çıkarılmış istisnai konularda genel hüküm uygulanamayacaktır. Ayrıca, Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir” hükmüne yer verilmesi ile CBK ile düzenleneceği belirtilen alanlarda, kanunlar varlığını devam ettirse bile bu alanların münhasıran CBK ile düzenleneceği kabul edilmiştir⁴⁴.

Bundan sonrasında ise, “mahfuz CBK alanı” olduğunu kabul eden görüşte, mahfuz CBK alanında kanun ile düzenleme yapılırsa ne yapılacağına dair iki farklı sonuca ulaşılmaktadır. Bir görüşte, mahfuz CBK alanına ilişkin konularda, kanun ile düzenleme yapılırsa, bu kanuni düzenleme Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte, Anayasa'nın 107/14. maddesinde yer verilen “kanunlarla kararnameler arasında farklı hüküm bulunması halinde, kanun hükmünün uygulanacağı” düzenlemesi ile “münhasır kararnameler” açısından bir istisna getirilmediği için, AYM iptal edinceye kadar kanuni düzenlemelerin uygulanacağı⁴⁵ belirtilmektedir. Diğer görüş ise, bu alanlarda sadece yürütme organına düzenleme yetkisi tanındığından, kanun çıkarılamayacağı, kanun çıkarılmış olsa bile CBK'nin uygulanması gerektiği, Anayasa'nın 104/17.maddesinde yer verilen sınırlamanın, mahfuz yetki alanındaki CBK'ler bakımından geçerli olmaması gerektiği ve Anayasa'ya aykırı

⁴³ ATAR, s. 257.

⁴⁴ EREN, s. 43,44.

⁴⁵ ATAR, s. 257.

olarak düzenlenen ilgili kanunun AYM tarafından iptal edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁶.

Anayasa’da özel olarak belirlenen dört konuda, CBK ile mahfuz düzenleme yetkisi tanınmadığı yönündeki görüşe göre, Anayasa değişiklikleri ile kanun koyucuya kapatılmış ve yürütmeye “münhasır” olarak verilmiş bir düzenleme yetkisinden bahsedilebilecek bir anayasa düzenlemesi bulunmamaktadır. Aksine, Anayasa’nın 104/17 maddesinde, aynı konuda kanun çıkarılması durumunda CBK’nin hükümsüz hale geleceği düzenlenmiştir. Anayasa’nın, yasama yetkisinin asliliğinin yanı sıra genelliğine ilişkin 7. ve 87. maddelerinde kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine dair bir sınırlamaya da yer verilmediğinden, kanuna eşdeğer bir hukuk kaynağı olmayan CBK’nin, kanun önünde bir engel oluşturduğunu kabul etmek sistematik açıdan olanaklı değildir. Anayasa değişikliklerinin mevcut normlar ile birlikte yorumlanması ile Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı, ancak CBK ile düzenleneceği belirtilen konularda bile kanunla düzenleme yapılabileceği sonucuna varılmaktadır⁴⁷. Bu konudaki diğer görüşe göre, CBK’lerin mahfuz alan oluşturabilmesi için Anayasa’da yasamanın ve yürütmenin yetkilerinin belirlenmesine ilişkin ikili bir mekanizmanın kurulması, bu mekanizmada konu itibarıyla düzenleme alanlarının ayrıştırılması gerekmekte olup, salt “düzenler” ifadesi yasamanın genelliği ilkesini çökartecek etkiye sahip değildir⁴⁸.

Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6. maddeleri yönünden Anayasa’nın 104/17. maddesinde yer verilen sınırlamaların geçerli olup olmadığı hususu, özel olarak belirtilen dört konuda mahfuz düzenleme

⁴⁶ ÜLGEN, s. 20-21.

⁴⁷ ARDIÇOĞLU, s.37, 38. ULUSOY da, Anayasa’nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin genelliği ilkesi ve Anyasanın CBK ile düzenleme yapılabileceğini özel olarak belirten maddelerinde, bu yetkinin münhasır olduğuna ilişkin bir ifade yer almadığından, Cumhurbaşkanlığı’nın münhasır düzenleme yetkisinin olmadığı görüşündedir. ULUSOY, s. 303-304.

⁴⁸ TEKİNSOY, M. Ayhan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi”, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, Ekim 2019, İstanbul, s.14. (<http://www.kamuhukukculari.org> erişim tarihi: 18/04/2021)

yetkisi verilip verilmediğinin açıklığa kavuşturulması için önem arz etmektedir. Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer verilen sınırlamaların CBK'ler için geçerli olmadığı yönündeki görüşe göre, dört madde, Anayasa'nın 104/17. maddesine göre özel hüküm niteliğindedir⁴⁹.

Konuya ilişkin AYM kararında, Anayasa'nın CBK ile düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konuları ile sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabileceği belirtilmiş, yani münhasır kanun alanında özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların düzenlenebileceği kabul edilmiş, yürütmenin mahfuz alanı açıkça tartışılmamıştır. Ancak, kararda, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen konuda kanunda açık düzenleme olup olmadığı tartışılmış, Anayasa'nın 104/17. maddesinde getirilen sınırlamaların, Anayasa'da özel olarak düzenlenen CBK'ler için de geçerli olduğu belirtilmiştir⁵⁰. O halde, Mahkeme, Anayasa'da özel

⁴⁹ ÜLGEN, s. 20. Aynı yönde görüş, YILMAZ, Halit, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78/1, s. 17-24. Yazar, bu hususu "Mahfuz Konulu Kararnamelerin Genel Sınırlamalara Tabi Olması Sorunu" başlığı altında, Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer verilen her bir sınır yönünden ayrı ayrı tartışmaktadır. YILDIRIM ise, Anayasa'nın 106. maddesi gereğince Bakanlık kuran CBK'nin Anayasa'nın 107/14. maddesindeki sınırlara tabi olup olmadığına ilişkin hususta, Anayasa kuralları arasındaki çatışma veya farklılıklarda, özel hüküm-genel hüküm yorumundan ziyade, kaide-istisna yorumu yapılmasının daha uygun olacağını belirtmekte ve Anayasa'nın 106. maddesinin 104/17 maddesinin istisnası olduğuna dair açık veya örtülü bir hüküm bulunmadığını belirtmektedir. YILDIRIM, Turan, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", Anayasa Yargısı, C: 36, S: 1, 2019, s. 311.

⁵⁰ AYM, E:2019/31, K:2020/50, Karar Tarihi:23/01/2020 R.G. Tarih-Sayı:13/05/2020-31126; Karara Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ farklı gerekçe ile katılmamışlardır. Karşı oy gerekçesinde, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların Anayasa'nın anılan maddesinde genel olarak düzenlenen CBK çıkarma yetkisi yönünden getirildiği, bunların Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda aynı şekilde geçerlilik kazanmasının mümkün olmadığı, zira aksinin kabulü halinde, Anayasa'nın CBK'yle düzenlenmesini özel olarak öngördüğü konularda CBK çıkarılmasının mümkün olamayacağı, bir başka ifadeyle CBK'ye özel olarak düzenleme alan ve yetkisi

olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konunun açıkça bir kanun ile düzenlenmesi halinde de CBK'nin Anayasa'ya aykırı olacağını kabul etmek suretiyle dolaylı olarak yasama organının, Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen hususlarda kanun yapabileceğini⁵¹, dolayısıyla bu alanların CBK ile düzenlenecek mahfuz alan olmadığını kabul etmiş olmaktadır.

Ancak, 6/8/2019 tarihli ve (43) numaralı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında CBK'nin 14. maddesiyle (1) numaralı CBK'ye eklenen 227/B maddesinin (4) numaralı fıkrasında *“Teftiş Başkanlığının çalışma usul ve esasları, hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”* düzenlemesine yer verilmiş olup, bu düzenlemedeki *“...hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile...”* bölümünün iptali istemiyle yapılan başvuruda, düzenleme ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın hizmet birimlerinden olan Teftiş Başkanlığı'nın düzenlendiği, kamu hizmeti niteliği taşıyan anılan görevlerin yerine getirilebilmesi bağlamında Başkanlıkta kadrolu olarak istihdam edilen hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının Anayasa'nın 128. maddesi anlamında *memur veya diğer kamu görevlisi* sıfatına sahip bulduklarında tereddüt bulunmadığı, bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapıldığından, kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptaline karar verilmiştir.

Kararın karşı oy görüşünde ise, bakanlık dahilinde yer alacak birimlerin neler olduğunun belirlenmesinin de teşkilat kurma işleminin doğal bir parçasını oluşturduğu, bu noktada bir teşkilatı kurmaya yetkili

veren söz konusu özel anayasal hükümlerin bir anlamının kalmayacağı, dolayısıyla, bir kuralın Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konuya ilişkin olduğu tespit edildikten sonra, artık bu konuda ayrıca bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının araştırılmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir.

⁵¹ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, Eylül 2020, s. 38.

olan iradenin aynı zamanda düzenlemeye de yetkili olduğunun kabulü gerektiği, aksinin kabulünün, teşkilatın CBK ile kurulmasına rağmen teşkilat içerisindeki birimlerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gibi ikili bir gerekliliğin ortaya çıkması ve buna bağlı olarak belirsizlik oluşturulması gibi hukuk devletinde kabulü mümkün olmayan bir tabloya neden olma sonucunu da doğuracağı gerekçesine yer verilmiştir⁵².

Kanaatimizce, özel CBK alanı olarak belirtilen konularda da, kanun ile düzenleme yapılması mümkün olup, yasama yetkisinin genelliği ilkesi bu alanlarda da halen geçerlidir ve Cumhurbaşkanı'na mahfuz bir düzenleme yetkisi tanınmamıştır. Ayrıca, Anayasa'da özel olarak CBK düzenleme yetkisi verilen konular ile düzenleme yetkisi ile ilgili çıkarılan CBK'ler arasında ayırım yapılmasını gerektirecek bir husus olmadığından Anayasa'nın 104. maddesindeki sınırlamalar özel olarak düzenleneceği belirtilen CBK konuları açısından da geçerli kabul edilmelidir.

Ayrıca, Anayasa'nın 104/17. maddesindeki sınırlamaların özel olarak CBK düzenleme yetkisi veren maddeler açısından uygulanmayacağı kabul edilmesi durumunda dahi, CBK'nin Anayasa'nın diğer maddelerine uygun olması gerektiği ve diğer maddelere aykırılık sebebiyle düzenlemenin iptal edilebileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Yani, örneğin, özel CBK düzenlemesinin temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin bir düzenleme içermesi durumunda 104. maddeye değil ilgili Anayasa maddesine aykırılıktan bahsedilebilecektir. Ancak, yasama yetkisinin genelliği ilkesi ve CBK çıkarma yetkisinin düzenleme amacı dikkate alındığında, özel olarak CBK düzenleme yetkisinin kanun-CBK ilişkisini düzenleyen Anayasa'nın 104/17. maddesinin son üç cümlesindeki sınırlamalara da tabi olması gerekmektedir.

⁵² AYM, E:2019/96, K:2022/17, Karar Tarihi: 24/02/2022, R.G. Tarih-Sayı: 26/5/2022-31847. Çoğunluk görüşüne, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN katılmamışlardır.

4. İdarenin Düzenleme Yetkisi ile İlgili Görüşler ve Anayasa Mahkemesi'nce Kullanılan Ölçütler

4.1. İdarenin Düzenleme Yetkisi ile İlgili Görüşler

Yürütme organının düzenleme yetkisi konusunda belli başlı üç görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan birincisi, idarenin düzenleyici işlemlerinin sadece “teferruat” ve “teknik konular” hakkında düzenleme yapabileceği görüşü; diğeri, kanunla verilmiş bir yetkiye dayanmak şartıyla düzenleyici işlemin her şeyi yapabileceği görüşü ve bu iki görüşün arasında yer alan orta yol olarak isimlendirilebilecek üçüncü bir görüşür⁵³.

Düzenleyici işlemlerin her şeyi yapabileceği görüşüne göre, yürütme bir kanun başlangıcı olmak şartıyla herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahiptir. Burada, düzenleyici işlemler için kanuni dayanak şartı, sadece bir kanunla düzenlenecek konunun belli edilmesinden ibarettir. Bu görüş, Fransız hukukunda Carre de Malberg tarafından savunulmuştur. Yazara göre, Fransız Anayasası düzenlemenin alanını sınırlamış değildir. Kanunla verilen bir yetki olmadan idari düzenleme olamayacağı gibi, böyle bir kanun mevcut ise, düzenleyici işlemlerle her şey yapılabilir. Düzenleyici işlem kanuna dayanmak şartıyla, her çeşit tedbiri alabilir, kanunun yapabileceği her şeyi yapabilir⁵⁴. Bu görüşü bizde Sarıca savunmuş olup, “Kanunun bir konuyu doğrudan doğruya düzenlemesi ile tek bir yetkilendirme maddesi koymak suretiyle düzenlemesi arasındaki fark “daha ziyade bir derece, hatta sadece adet farkından ibarettir” demektedir⁵⁵.

Bu konudaki diğeri görüş ise, düzenlenecek konunun hiç olmazsa genel esaslarının kanunla tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu

⁵³ KUZU, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükümünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s. 46.

⁵⁴ CARRE DE MALBERG, Raymond, Contribution, C. I, s. 585, 625. Nakleden: GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965, s. 120.

⁵⁵ SARICA, Ragıp, Türkiye’de İcra Uzunun Tazim Selâhiyeti, Türk Hukuk Kurumu Yayını, İstanbul, 1943, s. 259-263.

düşünceyi paylaşan Duran⁵⁶, bu konuda açık ve kesin bir kriter bulmanın zorluğuna işaret etmekte ve anayasalarda geçen “kanunla düzenlenir” deyiminin “genel esasları kanunla gösterilir” şeklinde anlamak gerektiğini, “kanunla düzenleme” ifadesinin, bir konunun en ince ayırım ve en ufak ayrıntılarına kadar yasama tasarruflarında yer almasını gerektirmediğini belirtmektedir. Ayrıca, Duran, idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını, konuları bakımından iki ayrı kategoride değerlendirmekte, bunlardan bir kısmında “genel esaslar”ın kanunla belirtilmesi yeterli iken, ikinci kısımda müdahale, yetki, şart ve şeklin kanunda açıkça belirtilmesini gerekli görmektedir⁵⁷.

Doktrinde tartışmalı olan bu konuda, AYM yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden hareketle yasa ve düzenleyici işlem ilişkisinin çerçevesini, yani, düzenleme yetkisinin sınırlarını belirlemeye yönelik içtihat oluşturmuştur. AYM’nin bu ölçütlerine, öncelikle 2013 öncesi dönem, 2013 sonrası dönem ve CBK açısından ayrı ayrı değinilecektir.

⁵⁶ DURAN, Lütfi, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, İÜHFİM, C: XXX, S: 3 - 4, 1964, s. 472.

⁵⁷ DURAN, s. 477-478. DURAN’a göre, “*Temel haklar ve ödevler*» konusunda kanunların koyacağı «Genel esaslar» in genişliği ve sınırları ile «Yürütme» ve «İdare» alanında kanunlarla tâyin ve tesbit edilecek «genel esaslar» in hudut ve şümulü, aynı ölçülere göre olmyacaktır. Birinci halde, «genel esaslar», ikinci sahadakilere nisbetle, çok daha etraflı ve vâzıh olmak gerektiği gibi; şahsî hürriyet, fikir ve ifade hürriyeti, mesken dokunulmazlığı gibi bazı önemli haklar ancak ve münhasıran kanunla düzenlenmeyi zorunlu kılar ve tanzimî tasarruflar bu konulara pek dokunamaz.” DURAN, s. 472.

4.2. Anayasa Mahkemesince Konulan Ölçütler⁵⁸

4.2.1. Kanun koyucunun Temel Kuralları Saptadıktan Sonra Uzmanlık ve idare Tekniğine İlişkin Hususların Düzenlenmesi için İdareye Yetki Verebilmesi Ölçütü

AYM bu ölçütü sıklıkla kullanmakta olup, örneğin, 20.2.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanunun 1. maddesindeki, "*Kambiyo, nükt, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul ve bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazı İcra Vekilleri Heyeti selahiyetlidir.*" düzenlemesinin iptali istemiyle yapılan başvuruda, "*bu düzenlemede bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taalluk eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olmaz⁵⁹*" gerekçesine yer vermiştir.

⁵⁸ Biz burada, kanun koyucunun temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için hükümete yetki verebilmesi ölçütü ve yürütmeye verilecek düzenleme yetkisinin sınırlı, açık ve belirgin olması ölçütünden bahsedeceğiz. KANETİ ise, bu iki ölçütün yanında, Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi zorunlu olan konularda yürütmeye düzenleme yetkisinin tanınmaması ölçütü ve subjektif hakların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılmıyacağı ölçütünden bahsetmiştir. KANETİ, Selim, "Yasama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları", İHFM, C:LIV, 1994, s. 36-44.

⁵⁹ AYM, E:1963/4, K:1963/71, Karar Tarihi:28/03/1963, R.G. Tarih-Sayı:18/10/1963-11534. AYM, bu ölçütü bugüne kadar birçok kararında kullanmıştır. Örneğin bakınız: E:2017/110, K:2017/133, Karar Tarihi: 26/07/2017, R.G. Tarih-Sayı:28/09/2017-30194.

4.2.2.Yürütmeye Verilecek Düzenleme Yetkisinin Sınırlı, Açık ve Belirgin Olması Ölçütü

AYM'ye göre, “Yasama organının bir konuda düzenleyici işlem yapma yönünde yürütme organına yetki vermesi tek başına belirlilik ilkesine aykırı değildir. ...Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. **Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir.** Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Dolayısıyla kanun koyucunun bir konuda yürütme organına düzenleyici işlem yapma yetkisi vermesi ve yürütme organının da bu yetkiye dayanarak o konuya ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenlemesi belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır⁶⁰”.

Örneğin, Mahkeme, itiraz konusu kuralla genel çerçevesi çizilen hususun teknik yönlerinin, söz konusu kuralı uygulamakla görevli ve yetkili olan idari yargı mercilerince içtihat yoluyla belirlenmesinin öngörülebilir bir durum olduğunu belirtmiş ve Danıştay kararlarında, itiraz konusu kuralda düzenlenen davanın taraflarının sıfatına ve temsiline ilişkin hususların ilgili mevzuat hükümleri yorumlanmak suretiyle açık ve net olarak ortaya konulduğu gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir⁶¹.

⁶⁰ AYM, E:2017/143, K:2018/40, Karar Tarihi:02/05/2018, R.G.Tarih Sayısı:05/06/2018-30442, §.13. Ayrıca bakınız: AYM, E:2011/45, K:2013/24, Karar Tarihi:31/03/2013, R.G. Tarih- Sayı:13/01/2015-29235.

⁶¹ 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen “Belediye başkanı, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idari yargıya başvurabilir” düzenlemesinin, kuralda belirsizlik bulunduğu gerekçesi ile Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan başvuru. AYM, E:2020/27, K:2020/52, Karar Tarihi:24/09/2020, R.G. Tarih-Sayı:17/11/2020 – 31307, §.15, 16.

AYM kararlarında genellikle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile belirlilik ilkesini birlikte kullanmakta olup, 2013 yılından önce, konuyla ilgili verdiği birçok kararında yukarıda bahsedilen genel içtihadını Anayasa’da yasallık kaydı bulunsun bulunmasın tüm düzenleme sahaları için geçerli olduğunu, yani hakkında yasallık kaydı bulunmayan konularda dahi kanun koyucunun öncelikle temel hükümleri, genel/çerçeve ilkeleri kanunda düzenlemesi, sonrasında ancak idarenin düzenleyici işlem yapabileceğini belirtmekte⁶² idi. Ancak, 2013 yılında Anayasa’da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen konularla diğerleri arasında bir ayırım yaparak aşağıdaki ölçütü kullanmaya başlamıştır.

4.2.3. 2013 Yılından İtibaren Kullanılan Ölçüt⁶³

Yüksek Mahkeme Anayasa’da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen konular ile diğerleri arasında bir ayırım yapmış ve kararlarında, *“Anayasa’nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir. Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçevesini belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu*

⁶² Örneğin, AYM, E: 2004/69, K: 2009/6, Karar Tarihi:08/01/2009, R.G. Tarih- Sayı:11/06/2009-27255; AYM, 20/03/2013, E:2012/76, K:2013/44, R.G. Tarih ve Sayı: 07/11/2013-28814.

⁶³ 2013 yılında önce karşı oyda başlayan bir görüş değişikliği, daha sonra Mahkemenin yeni içtihadı haline gelmiştir. Karşı oyun ortaya çıktığı karar: AYM, E:2012/76, K:2013/44, Karar Tarihi:20/03/2013, R.G. Tarih- Sayı: 07/11/2013-28814, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Hicabi Dursun Karşı oyu. Yasama yetkisinin devredilmezliği içtihadının değiştiği karar: AYM, E:2011/42, K:2013/60, Karar Tarihi: 09/05/2013, R.G. Tarih- Sayı: 25/07/2014-29071. Aktaran: ÜLGEN, s. 30.

düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır⁶⁴” ifadelerine yer vermiştir.

Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeven konularda da yasamanın asliliği ve CBK’ler hâricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri kapsamında idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu bulunmaktadır. Fakat, bu durumda kanunda belirlenmesi gereken çerçeve, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü duruma göre çok daha geniş olabilecektir. Başka bir deyişle, Anayasa’ya göre kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak şartıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir⁶⁵. Aksi yorum, Anayasa’da bazı konuların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirmektedir⁶⁶. Yani, Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği hususlarda, kanunlarda çok genel olarak bir düzenleme yapılarak gelişen ve sürekli yenilenmesi gereken alanlarda yürütmeye takdir yetkisi tanınarak kanunların uygulanmasını sağlamak üzere düzenleyici işlem yapma yetkisi verilebilir⁶⁷.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa’da münhasır kanun ifadesi geçmemesine rağmen, AYM kararlarında, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen konuları “**münhasıran kanun**” ile düzenlenme yapılması gereken konu olarak ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme’nin münhasır kanun alanını, KHK’ler ve idarenin düzenleyici işlemleri açısından farklı yorumladığı görülmektedir. Mahkeme, KHK’ler kanun hükmünde olduğu için Anayasa’da kanuna atıf yapılan her alanı

⁶⁴ AYM, E:2013/72, K:2013/126, Karar Tarihi:31/10/2013, R.G. Tarih- Sayı:24/01/2014-28892.

⁶⁵ AYM, E:2018/91, K:2020/10, Karar Tarihi:19/02/2020, R.G.Tarih- Sayısı:30/04/2020-31114.

⁶⁶ AYM, E:2011/42, K:2013/60, Karar Tarihi:09/05/2013, R.G. Tarih- Sayı: 25/07/2014-29071; Ayrıca bakınız: AYM, E:2016/139, K:2016/188, Karar Tarihi:14/12/2016, R.G. Tarih- Sayı: 03/01/2017-29937.

⁶⁷ AYM, E:2016/154, K:2017/106, Karar Tarihi:31/05/2017, R.G. Tarih- Sayı: 11/01/2017-30121.

münhasır kanun alanı olarak kabul etmemiş, inhisari düzenleme içeren (ancak, sadece, yalnızca vb.) düzenlemeleri KHK'ler karşısında münhasır kanun alanı kabul etmiştir⁶⁸.

Bir Danıştay kararında da⁶⁹; mevzuat belirleme tekniği açısından, idarenin kanunla kendisine verilmiş olan görevleri idari metinlerle düzenlerken, yani kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla yönetmelikler ihdas ederken; bu görevlerin gerektirdiği teknik detayların belirlenmesi noktasında takdir hakkına sahip olduğu ancak bu takdir hakkının kamu yararı ve düzenine uygun olarak kullanılması gerektiği belirtilmektedir.

4.2.4. Anayasa Mahkemesi'nce Belirlenen Ölçütlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Açısından Uygulanması

Cumhurbaşkanı'na CBK düzenleme yetkisi tanınmış olması doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığından yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Ancak, Anayasa'da özel olarak CBK ile ilk elden düzenleme yetkisi verilen dört konu dışında, Anayasa tarafından kanunla düzenleneceği belirtilen konularda, kanunlar ile temel ilkeler ve çerçeve belirlenmeden düzenleme yetkisi verilmesi durumunda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali söz konusu olabilecektir.

Nitekim, bu konuya ilişkin, 7147 sayılı Türkiye Kalkınma ve Yatırım Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 3. maddesindeki "*Banka; kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, kalkınma planı, programı ve stratejik planlar doğrultusunda kaynağı tahsis edilmek suretiyle görevlendirilebilir. Bu görevlendirmelere ilişkin usul ve esaslar ile görevlendirme kapsamında ihtiyaç duyulan kaynağın hangi kurum veya kuruluş bütçesinden karşılanacağı Cumhurbaşkanınca belirlenir.*" düzenlemesindeki 2. cümleinin iptali istemiyle ilgili yaptığı denetimde AYM, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesinin yasama yetkisinin

⁶⁸ EREN, s. 34.

⁶⁹ Danıştay 15.D. 01/11/2017 tarih ve E:2015/961, K:2017/6226. (UYAP, erişim tarihi: 15/03/2020)

devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabileceği, dolayısıyla Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçevevi belirlemiş olması gerektiği, Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin asli düzenleme yetkisi bulunmayan işlemlerine bırakmasının yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağını belirtmiş ve dava konusu kurallar açısından, Cumhurbaşkanı’na tanınan her iki yetkinin kapsamı ve niteliğinin kural metninden anlaşıldığı, belirsiz olduğunun söylenemeyeceği, ayrıca, bütçeye ilişkin her detayın kanunla belirlenmesinin zorunlu olmadığı gerekçeleri ile Anayasa’ya aykırılık bulunmadığına karar vermiştir⁷⁰.

AYM’nin Anayasa’da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen konular ile diğerleri arasında bir ayırım yaparak 2013 yılında geliştirdiği içtihadını, 6771 sayılı Kanun ile getirilen ve Anayasa’nın 107/14. maddesinin üçüncü cümlesinde yer alan, “Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” düzenlemesindeki, “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen” ifadesi açısından da yorumlayarak devam ettirdiği görülmektedir. Mahkemeye göre, “Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir”. Yani, “Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa

⁷⁰ AYM, E:2018/162, K:2020/66, Karar Tarihi:12/11/2020, R.G.Tarih-Sayı:24/03/2021-31433. Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamıştır.

hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'lerle düzenleme yapılabilir.”⁷¹

O halde, “münhasıran”, “sadece”, “yalnızca” gibi ibarelere yer verilip verilmediğine bakılmaksızın Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konular maddede geçen “münhasıran kanunla düzenlenen konular” kapsamında değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte, “münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu” ifadesinin, yürütme yetkisine ilişkin çıkarılan CBK’ler ile özel olarak belirtilen konularda düzenlenen CBK’ler ve CBK ile kurulan kamu tüzel kişileri ile ilgili düzenlemeler açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü, bilhassa Anayasa’nın münhasır kanun alanı olan 123/1. maddesi ve 128. maddesi ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesi karşısında, özel olarak verilen CBK düzenleme yetkisinin çerçevesinin çizilmesi önem arz etmektedir.

AYM’nin öncelikle yürütme yetkisine ilişkin olarak çıkarılan CBK’ler açısından değerlendirme yaparak verdiği kararlara değinecek olursak, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin Cumhurbaşkanı’nca belirleneceğine ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle yapılan başvuruda, Mahkeme, Kurul üyelerinin yaptıkları görevin Anayasa’nın 128. maddesi anlamında devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev niteliğinde olmadığı, dolayısıyla Kurul üyelerinin belirlenmesi hususunun münhasıran kanunla düzenlenmeyi gerektiren bir konu olmadığına karar vermiştir⁷². Mahkeme, Kurul üyelerine yapılacak ödemelerin Cumhurbaşkanı’nca belirleneceğine ilişkin kural yönünden yaptığı denetimde de, kuralın mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olduğu ve Anayasa’nın 128. maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olduğu şeklindeki değişik

⁷¹ AYM, E:2019/71, K:2020/82, Karar Tarihi:30/12/2020, R.G.Tarih-Sayı: 24/2/2021-31405, §.11, 22.

⁷² AYM, E:2019/78, K:2020/6, Karar Tarihi:23/01/2020, R.G. Tarih-Sayı:13/05/2020-31126, §.20.

gereçlerle kuralın iptal edilmesi gerektiği yönündeki 5 karşı oya karşılık kuralda Anayasa'ya aykırılık görmemiştir.

(2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında CBK'nin “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir*” düzenlemesinin iptali istemiyle yapılan başvuruda ise, Yüksek Mahkeme, kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdasının, yani, kadro usulüne ilişkin düzenlemelerin, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturduğunu belirtmiştir⁷³. Ancak, karşı oylarda da belirtildiği üzere, AYM daha önce kadro ihdasını bütçeyle, dolayısıyla bütçe hakkıyla irtibatlandırdığından, kural ile düzenleme yasama organına ait yetki kullanılmıştır. Ayrıca, kadronun ihdasına yönelik düzenlemeler mülkiyet hakkı kapsamında kalmaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi gereğince de, genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personelin kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Yine, AYM, (9) numaralı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında CBK'nin bazı maddelerinin iptali istemiyle yapılan başvuruda, Anayasa'da andlaşmaların yayımlanmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı, dolayısıyla bazı andlaşmaların yayımlanmadan yürürlüğe girmesine imkân tanıyan kuralların Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olmadığını⁷⁴ belirterek kuralların Anayasa'nın 104/17. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

⁷³ AYM, E:2018/119, K:2020/25, Karar Tarihi:11/06/2020, R.G. Tarih-Sayı:09/11/2020-31299. Kararda azlık oyları bulunmakta olup, Anayasa'nın 128. maddesi, bütçe hakkı, mülkiyet hakkı açısından değerlendirme yapılmıştır. AYM'nin benzer yöndeki değerlendirmeleri için bakınız: E:2021/91, K:2021/106, Karar Tarihi:30/12/2021, R.G. Tarih-Sayı:23/3/2022-31787.

⁷⁴ AYM, E:2018/126, K:2020/32, Karar Tarihi:25/06/2020, R.G.Tarih-Sayı:29/07/2020-31200. GÖZLER ise, uluslararası andlaşmaların onaylanması konusunun, “yürütme yetkisine ilişkin bir konu” olmadığını, uluslararası

Ancak, yürütme yetkisine dair çıkarılan CBK'lerde münhasır kanun alanında kaldığı gerekçesi ile verilen kararlar ise şu şekildedir. (62) numaralı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Meclisi Üyeliği Hakkında CBK'nin 1. maddesi⁷⁵ ile ilgili yapılan denetimde, kuralla 2914 sayılı Kanun'a tabi devlet üniversitelerindeki öğretim üyelerinin Banka Meclis üyesi olarak seçilmeleri hâlinde her iki görevi birlikte yürütebilmelerine imkân tanındığı, kuralla Anayasa'nın 130/9. maddesi kapsamında öğretim üyelerinin diğer kurumlar ile ilişkilerine ve özlük haklarına yönelik bir konunun düzenlendiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapıldığı ve Anayasa'da CBK'lerle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin olmadığından, kuralın iptaline karar verilmiştir⁷⁶.

Aynı şekilde, çeşitli unvan ve üniversitelere ilişkin öğretim elamanı kadrolarının düzenlenmesine ilişkin kuralın⁷⁷ iptali istemiyle yapılan başvuruda AYM, kuralın kadro düzenlemesiyle birlikte öğretim elemanlarının görev ve yetkileriyle özellikle özlük haklarını etkilediği, bu çerçevede Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yaptığı belirtilerek kuralın iptaline karar verilmiştir⁷⁸.

andlaşmaların onaylanmasının kanunla uygun bulunması, yasama yetkisi kapsamında olan bir konu olduğu için CBK ile düzenlenemeyeceği gerekçesi ile bu konudaki CBK düzenlemesini eleştirmektedir. GÖZLER, Kemal, Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler), (<https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.html>, erişim tarihi: 20/04/2021)

⁷⁵ "MADDE 1- (1) 11/10/1983 tarihli 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tabi Devlet üniversitelerinde öğretim üyeliği görevi ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Meclisi üyeliği görevi birleşebilir."

⁷⁶ AYM, E:2020/58, K:2021/19 Karar Tarihi:18/3/2021 R.G.Tarih-Sayısı:22/6/2021-31519.

⁷⁷ 27/07/2020 tarihli ve (65) numaralı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi

⁷⁸ AYM, E:2020/71, K:2021/33, Karar Tarihi:29/04/2021, R.G. Tarih-Sayısı: 16/06/2021-31513.

Yine, (77) Numaralı Ekonomi Koordinasyon Kurulu Hakkında CBK'nin 6. maddesinin⁷⁹ iptali istemiyle yapılan başvuruda, kamu tüzel kişiliği bulunmayan kurulun herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına dâhil olmadığından Anayasa'nın 106/11. maddesi kapsamında bulunmadığı gibi özel olarak CBK ile düzenlenecek konulardan da olmadığı, Kurulun görev ve yetkisinin Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilerek kuralın iptaline karar verilmiştir⁸⁰.

Bir konunun münhasır kanun alanında kaldığının tespit edilmesi, bu konuda CBK ile hiçbir düzenleme yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Münhasır kanun alanı ifadesini, kanunla temel ilkeler konularak çerçeve çizildikten sonra CBK ile düzenleme yapılabilmesinin mümkün olduğu şeklinde anlamak gerekmektedir. Bu da bizi, münhasır kanun alanında kaldığı değerlendirilen konularda, kanun ile temel ilkeler konularak çerçeve çizildikten sonra CBK ya da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konular haricinde Yönetmelik ile aynı içerikte düzenleme yapılabileceği sonucuna götürür. Ayrıca, bu durumda, yalnızca düzenlemeyi yapan kişi veya kurum ve bu işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyecek yargı mercileri farklı olacaktır.

AYM, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konuların münhasır kanun alanını oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konularla CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların kesiştiği noktalarda, özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konuları münhasır kanun alanının istisnası olarak görmekte ve bu alanlarda belli sınırlar çerçevesinde CBK ile düzenleme yapılabileceğini belirtmektedir. Yani, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda, Anayasa münhasıran kanunla düzenlenme koşulu öngörse bile CBK ile düzenleme yapılabileceğini kabul etmektedir.

⁷⁹ MADDE 6- (1) Kurul, görev alanına giren konularla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi, bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarından isteme yetkisine sahiptir. Kamu kurum ve kuruluşları, talep edilen bilgi ve belgeyi Kurulun belirleyeceği şekil ve süre içerisinde vermekle yükümlüdür.”

⁸⁰ AYM, E:2021/88, K:2021/105, Karar Tarihi:30/12/2021, R.G.Tarih-Sayısı: 25/2/2022-31761.

Örneğin, Mahkeme, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" düzenlemesine, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" düzenlemesine yer verildiğinden, Anayasa'nın CBK'ler ile düzenleneceğini özel olarak öngördüğü konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabileceğini⁸¹ kabul etmektedir.

Aynı şekilde, AYM, DDK'nin işleyişine ilişkin kurallarda yaptığı denetimde de, kuralların bazı yönlerden münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalmakta ise de, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuya ilişkin oldukları gerekçesi ile Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal etmediğini değerlendirmiştir⁸².

Ayrıca, görüldüğü üzere, özel CBK alanına ilişkin konularda, Anayasa'nın 104/17. maddesindeki sınırlamaların geçerli olmadığı kabulü halinde dahi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya kişisel verilerin korunması gibi bazı konularda CBK ile düzenleme yapılması halinde CBK bu Anayasa maddelerine aykırılıktan dolayı iptal edilebilecektir.

Öte yandan, AYM, Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında da "*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*" denilmesi ve kurma yetkisinin doğası itibarıyla düzenlemeyi de içermesi nedeniyle Anayasa'da CBK ile kurulmasına imkân tanınan kamu tüzel kişilerine ilişkin teşkilat düzenlemelerinin CBK ile yapılmasının mümkün⁸³ olduğunu, bir kamu tüzel kişiliğinin

⁸¹ AYM, E:2019/31, K:2020/5, Karar Tarihi: 23/01/2020, R.G. Tarih-Sayı:13/05/2020-31126.

⁸² AYM, E:2018/121, K:2021/8, Karar Tarihi:11/11/202, R.G.Tarih-Sayı:17/3/2022-31781, §.132.

⁸³ AYM, E:2018/119, K:2020/25, Karar Tarihi:11/06/2020, R.G. Tarih-Sayı:09/11/2020-31299; Bu görüşe M.Emin KUZ katılmamış olup, karşı oy gerekçesinde, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin Anayasa değişikliğinden sonra da geçerliliğini sürdürdüğü, Anayasa'nın bazı hükümlerinde öngörülen CBK

teşkilatı, görev ve yetkileri düzenlenirken söz konusu kamu tüzel kişiliğinin görevlerini yürütecek personelin atama usulünün de düzenlenmesinin kamu tüzel kişiliğinin kurulmasının zorunlu bir sonucu olarak görülebileceği, Anayasa'nın 104/17. fıkrasındaki koşullara bağlı olmak kaydıyla kamu tüzel kişiliğinin görevleri, yetkileri ve yapısı gibi unsurların CBK'yle düzenlenemeyeceğinin kabulünün, kamu tüzel kişiliğinin CBK'yle kurulmasını mümkün kılan anayasal hükmü işlevsiz kılabileceği belirtilmektedir⁸⁴. Böylece, Mahkeme, kamu tüzel kişiliği kuran CBK ile münhasır kanun alanı olarak belirtilen alanlarda da düzenleme yapılabileceğini kabul etmiş olmaktadır.

AYM bahsedilen kararlarıyla benzer bir yaklaşımla, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK düzenleme yetkisi verilen özel düzenlemelerle ilgili konularda, CBK'nin temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden idareye düzenleme yetkisi vermemesi gerektiği belirtmektedir. Örneğin, (33) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair CBK'nin 2. maddesiyle (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nin değiştirilen 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"Bu denetime ilişkin usul ve esaslar Başkanlıkça belirlenir. Yapılacak sözleşmede Anadolu Ajansı yöneticilerinin atanma yolları da belirlenir."* kısmının iptali

çıkarma yetkisi ise bu ilkeye getirilmiş bir istisna olduğundan, istisnaların dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilke uyarınca anılan fıkralarda CBK ile düzenleneceği belirtilerek yasama yetkisine getirilen bu istisnalarında dar yorumlanması gerektiği, Anayasa'nın 123. maddenin son fıkrasındaki "kurulma" kavramının düzenlemeyi de kapsayacak genişlikte yorumlanmaması gerektiği belirtilmektedir.

⁸⁴ (7) numaralı Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer alan "Atama usulüne ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde belirlenenler dışındaki Başkanlık personeli Cumhurbaşkanı onayı ile atanır" düzenlemesinin iptali istemiyle yapılan başvuru. AYM, E:2018/124, K: 2020/56, Karar Tarihi:15/10/2020, R.G. Tarih- Sayısı:4/12/2020- 31324. M. Emin KUZ çoğunluk görüşüne katılmamış olup, karşı oy gerekçesinde, CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisi olan Savunma Sanayii Başkanlığı'nın yurtdışı teşkilatının Anayasa'nın 123. maddesi gereğince, atanmalarının da Anayasa'nın 123. maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gerektiği, dava konusu kurallar Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkin olduğundan kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

istemiyle AYM'ye yapılan başvuruya ilişkin yapılan denetimde, Mahkeme, “CBK'nın temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden idareye düzenleme yetkisi vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakmaması, diğer bir ifadeyle Cumhurbaşkanı'nın CBK ile düzenlemesi gereken konulardaki bu yetkisini devretmemesi gerekir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür” ifadelerine yer verilerek ajansın denetimine ilişkin temel ilkeler konulmadan ve çerçeve çizilmeden Başkanlığa sınırları belirsiz bir alanda düzenleme yetkisinin verilmesinin, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na tanıdığı düzenleme yetkisinin idareye bırakılması sonucunu doğuracağı gerekçesi ile cümlenin Anayasa'nın 104. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir⁸⁵.

⁸⁵ AYM, E:2019/71, K:2020/82, Karar Tarihi:30/12/2020, R.G.Tarih-Sayısı : 24/02/2021-31405; §.44. AYM, aynı ifadeleri 44 sayılı CBK'nın 1. maddesiyle (1) Numaralı CBK'nın Değiştirilen 353. maddesinde yer alan “...ve yurtdışı...” ibaresi ile 2. maddesiyle (1) Numaralı CBK'ye Eklenen 371/A maddesindeki “Bakanlık yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkilidir” düzenlemesinin iptal istemini incelediği E:2019/105, K:2020/30, Karar Tarihi:12/6/2020, R.G. Tarih-Sayı:20/8/2020-31219 kararında kullanmış, ancak düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Gerekçesinde, Anayasa'nın 106/11. maddesinde, bakanlıkların teşkilatı kapsamında yurtdışı teşkilatı kurma yetkisinin CBK'ye tanındığı, CBK'ye tanınan bu asli yetkinin, başka bir idari işleme bırakılmasının mümkün olmadığı, iptali istenen 371/A maddesindeki düzenlemenin (1) numaralı CBK'nın bakanlıkların teşkilatlanmasına ilişkin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde kuralda geçen yurt dışı teşkilatının kurulması kavramının CBK ile oluşturulan söz konusu teşkilatın fiilen faaliyete geçirilmesi için gerekli idari tasarrufların Bakanlık tarafından yerine getirilmesini ifade ettiği, bunun dışında kuralın söz konusu yurtdışı teşkilatının doğrudan düzenlenmesiyle ilgili bir yetkiyi Bakanlığa tanımadığı, dolayısıyla kuralla tanınan yetkinin konuya ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve belirlenmeden yurt dışı teşkilatının kurulması veya düzenlenmesini de içerdiğinin söylenemeyeceği belirtilmiştir.

Ayrıca, Mahkeme, CBK ile ilgili yaptığı denetimlerde, belirlilik ilkesi yönünden de değerlendirme yapmakta ve belirlilik ilkesinin yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan CBK'ler bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir⁸⁶.

4.3.Anayasa Mahkemesince Konulan Ölçütlerle İlgili Görüş ve Sorunlar

4.3.1. Genel Olarak

AYM'nin düzenleme yetkisinin çerçevesini belirlemeye yönelik birçok kararında kullandığı “temel ilkeler, esaslı hükümler, ayrıntılar, uzmanlık ve idare tekniği” gibi kavramların yeterince açık olmadığı⁸⁷, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen benzeri alanların kapsamını belirlemenin idarenin keyfiyetine bırakıldığı⁸⁸ gerekçesi ile eleştirilmektedir. Ayrıca, Güneş, bu kavramların hukukiliğinin tartışılabileceğini, ya da bu kavramlara mahkemelerin verdiği anlama yetinmek gerekeceğini, yürütmenin düzenleme yetkisinin yasama organının bünyesindeki yavaşlık nedeniyle zorunlu bir durum olduğunun belirtilmesinin, hukuki değil siyasi bir gerekçe olduğu, düzenleme yetkisinin temeli ya da sınırı açısından bir esas teşkil etmeyeceğini⁸⁹ belirtmektedir. Bizce de, zaman zaman Mahkemece aynı ölçütler kullanılmasına rağmen farklı sonuçlara ulaşılması bu çabayı zorlaştırmakla birlikte, AYM tarafından pratik bir ölçüt getirdiği söylenebilir.

AYM'nin kullandığı belirlilik ölçütüne getirilen eleştiri ise, belirlilik ilkesinden hukuki belirliliğin anlaşılması gerektiği görüşü isabetli olmakla birlikte, idarenin düzenleme yetkisine sınır getirilmesi açısından yeterli olmadığı, özellikle yürütmenin düzenleyici işlemlerindeki niteliksel gerekliliklerin neler olduğunun yoruma açık olduğu ve bunun tespitinin de idareye bırakıldığı durumlarda belirlilik

⁸⁶ AYM, E:2018/119, K:2020/25, Karar Tarihi:11/06/2020, R.G. Tarih-Sayı:09/11/2020-31299.

⁸⁷ ÖZTÜRK, s. 146; TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı, C.III, 1986, s. 209.

⁸⁸ DALKILIÇ, Evrim Elvin, “Anayasa Mahkemesi'nin Son Dönem Kararlarında Yasa ile Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler”, TBB Dergisi, 2018, S: 139, s. 19.

⁸⁹ GÜNEŞ, s. 125.

ilkesinin anlamını yitirebileceği belirtilmektedir. Nitekim, Mahkeme bir kararında düzenleme yetkisinin hukuka aykırı olarak kullanılması ihtimaline karşı konuyla ilgili olarak verecek kararların idari yargının denetiminde olduğunu⁹⁰ belirtmiş ise de, bu şekilde belirlilik ilkesinin anlamını yitirebileceği, ayrıca, sanki Anayasa'ya aykırılık iddiasını inceleme vazifesini de ötelemiş izlenimini uyandırdığı⁹¹ gerekçesi ile eleştirilmektedir.

Anayasa'ya baktığımızda, kanunla düzenleme kaydı bulunan ve kanunla düzenleme kaydı bulunmayan maddelere yer verilmiş ve AYM tarafından da bu ayırım dikkate alınarak ölçüt belirlenmiş olup, Anayasa'nın bazı maddelerinde kanunla düzenleme kaydı bulunmasının bir anlam ifade edip etmediği ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Güneş, Anayasa'da birçok yasallık kaydı bulunmasını Fransız İhtilâlinde beri gelen kanun mistiğinin etkisine bağlamış ve Türk hukukunda, kanunun münhasır sahasını tesbit etmek için, bu maddelere gereğinden fazla dayanmaya imkân bulunmadığını⁹² ifade etmiştir. Duran ise bunu “genel esasların kanunla düzenlenmesi” şeklinde anlamak gerektiğini ileri sürmüştür⁹³. Esasen, Anayasa'nın anılan hükümlerinde bazı konularda kanunla düzenleme yapılacağına öngörülmesi, bu konuların “idari düzenleme” mahiyetinde olan ve kanundan daha alt normlarla düzenlenmesinin Anayasa koyucu tarafından arzu edilmemesi anlamındadır. Yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde yasama organının bu hususlarda kanunla düzenleme yapabilmesi zaten mümkün olup, özel ve somut olarak belirtilen konular kurucu iktidar tarafından spesifik önemde görüldüğünden ve bu hususlarda kişiler için daha yüksek derecede bir hukuksal koruma

⁹⁰ AYM, E:2016/180, K:2018/4, Karar Tarihi:18/01/2018, R.G. Tarih-Sayı:07/02/2018-30325.

⁹¹ DALKILIÇ, s. 19, 24, 25.

⁹² GÜNEŞ, s. 103. TEZİÇ'de, Anayasa'nın kanunla düzenleneceğini belirttiği konular dışında da, yürütmenin ilk elden düzenlemede bulunmasının söz konusu olamayacağı, belirli konuların ancak kanunla düzenlenebileceğinin Anayasa'da gösterilmesinin, kanun koyucu için asgari yasama yetkisini kullanma mecburiyetini ifade ettiği görüşündedir. TEZİÇ, Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 81.

⁹³ DURAN, s. 472.

sağlanması hedeflendiğinden, kanuna eş değer normlarla düzenlenmesinin ve idari normlarla düzenlenmemesinin kişilere daha fazla hukuki güvence sağlayacağı öngörülmüştür⁹⁴.

Diğer taraftan, AYM'nin 2013 tarihinden sonra verdiği kararlarda yaptığı ayırım karşısında, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmeyen konularda, asgari bir yasal dayanağın yeterli görülmesi ile yasama yetkisinin devredilmezliğinin kanun yapma yetkisine indirildiği⁹⁵ gerekçesi ile eleştirilmektedir. Kanunla idareye çok geniş bir takdir ve düzenleme yetkisi tanınması halinde, idarenin düzenleyici işleminin kanuna uygunluk denetiminin yapılamaması, yalnızca Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması olgusuyla karşılaşılacağı, idari işlemlerin Anayasa'ya uygunluğunun her zaman geçerli olan bir prensip olmakla birlikte, idarenin düzenleyici işlemin içeriği konusunda sahip olduğu bu takdir yetkisinin, hem yargısal denetimi güçleştiren bir unsur gibi gözüktüğü, hem de idari işlemin hukukiliğini denetleyemeyen hakimden denetim ihtiyacını karşılamak üzere yerindelik denetimi yapmasının kapısını da aralayacağı⁹⁶ belirtilmektedir. Yani, belirli konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması halinde, kanuni düzenleme, yapılacak düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi mümkün kılacak esasları açık ve net bir şekilde belirtmelidir. Anayasa'nın 125. maddesini etkisiz kılacak şekilde geniş yetkiler verilemez. Halbuki idare için çerçeve çizmeyen, yetkilerini belli etmeyen bir kanuna dayanarak yapılan işlemlerin muhtevasını denetlemeye imkan kalmamaktadır⁹⁷. Ayrıca, hiç bir temel hüküm veya genel esas içermeyen ve bir düzenleme başlangıcı dahi yapmadan,

⁹⁴ ULUSOY, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme", Anayasa Yargısı, C: 37, S: 2, 2020, s. 51-52.

⁹⁵ DALKILIÇ, s. 27.

⁹⁶ AYANOĞLU, Taner, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği", İÜHFM, C: LXV, 2007, s. 74; KARAHANOGULLARI'da, yasalarda kimi durumlarda temel kurallar konulmadığında, işlemlerin kanuna uygunluk açısından denetlenmesinin güç olduğunu, bu durumda, Anayasanın temel ilkelerinin devreye sokulduğunu ve bu durumda, yasama perdesi ilkesinin devre dışı kaldığını belirtmektedir. KARAHANOGULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 126,127.

⁹⁷ GÜNEŞ, s. 141-142.

sadece belli konuyu düzenleme yetkisini idareye veren kanun, yasama yetkisinin devredilmezliği hükmünü bertaraf etmiş olacaktır⁹⁸.

Öte yandan, Anayasa’da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmeyen konularda, asgari bir yasal dayanağın yeterli olduğunu kabul eden görüşe göre, Anayasa’nın 8., 115 ve 124. maddelerinin idarece düzenleme yapılırken uygulanması gereken bir yasanın varlığını gerekli ve yeterli gördüğü, aksinin kabulünün, idarenin görevli kılındığı, fakat o konunun temel ve çerçeve hükümlerin yasa ile düzenlenmediği durumlarda veya yasal düzenleme boşluğu olduğunda idarenin görevini yerine getirememesi sonucunu doğuracağı, bu halde, idarenin Anayasa ile tayin edilmiş hukuki sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmektedir. Dahası bu kabulün, gerçek ve tüzel kişilerin herhangi bir konuda devletten hizmet alabilmesi için her zaman konunun temel ve esaslı unsurları itibariyle yasama organınca düzenleme yapılmasının beklenilmesi gibi hukuk ve devlet hayatı ile bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabileceği de belirtilmektedir⁹⁹.

Bir konuda Anayasa’da kanunla düzenleme kaydı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın konunun kanunla çerçeve ve temel esaslarının belirlenmesi arzu edilen bir husustur. Ancak, bugün gelinen noktada artık yargı kararlarında anlaşılacağı üzere temel hak ve özgürlükler, cezaların kanuniliği, kamu görevlileri ile ilgili esaslar gibi konular dışında, asgari bir yasal dayanak yeterli sayılmaktadır.

4.3.2. Anayasa Mahkemesi Ölçütlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Açısından Uygulanması ile İlgili Görüş ve Sorunlar

2017 yılı değişiklikleri ile birlikte “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” düzenlemesi ile Anayasamıza münhasır kanun alanı kavramı girmiştir. Esasen, bu kavram, AYM kararlarında kullanılmış, bu ifade daha önce sadece Anayasa’nın 13. madde

⁹⁸ GÜNEŞ, s. 134.

⁹⁹ AKDOĞAN, Levent, İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi Bakımından Yasa ile Düzenleyici İşlem İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2018, s. 52, 53.

gerekçesinde yer almış¹⁰⁰ ve doktrinde de münhasır kanun alanı olup olmadığı tartışılmıştır. AYM, CBK ile ilgili düzenlemelerden önceki içtihadını, CBK'ler ile ilgili son dönem kararlarında da devam ettirmiş ve Anayasa'da münhasıran, yalnızca, ancak, sadece gibi kelimelerin kullanılmasını aramaksızın bir konunun kanunla düzenleneceği belirtiliyor ise, o konunun münhasıran kanunla düzenlenecek alan olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰¹.

Türk hukukunda münhasır kanun alanı olup olmadığı tartışması daha çok, böyle bir alan belirlenmesi halinde, o alanda yürütmenin herhangi bir düzenleyici işlem yapıp yapamayacağı üzerine kurulmuştur. Yani, münhasır kanun ifadesi yürütmeye kapalı, kanuna mahsus, yalnızca kanun ile düzenlenebilen alan olarak da yorumlanmaktadır. Bu konudaki genel görüş, temel hak ve özgürlükler alanı dahil olmak üzere, Anayasa'da düzenlenen münhasır bir kanun alanı olmadığı¹⁰², ancak bazı maddelerin yazılış şeklinden o konunun yürütmeye yetki verilmesine izin vermediğinin anlaşıldığı yönündedir¹⁰³. Genelde, doktrinde de, bu alanlar, temel hak ve özgürlükler, cezaların kanuniliği, vergi veya benzeri mali yükümlülük öngörülmesi, kamu görevlilerinin özlük hakları olarak belirtilmektedir.

Anayasa'da “ancak kanunla” ibaresinin geçtiği temel hak ve özgürlüklerle ilgili 13. madde, ceza ve güvenlik tedbirlerinin konulması ile ilgili 38. maddenin 3. fıkrası, Türk vatandaşlığı ile ilgili 66. maddenin 2. fıkrası, yükseköğretim elemanlarının siyasi partiye üye olmaları ile ilgili 68. maddesinin 6. fıkrasına bakıldığında, bu alanların münhasır

¹⁰⁰ Anayasa'nın 13. madde gerekçesinde; “*Maddenin birinci fıkrasında, ancak kanunla denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasır kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir*” ibarelerine yer verilmiştir. EREN, s. 34.

¹⁰¹ AYM, E:2019/31, K:2020/5, Karar Tarihi: 23/01/2020, R.G. Tarih-Sayı:13/05/2020-31126; AYM, E:2019/78, K:2020/6, Karar Tarihi:23/01/2020, R.G. Tarih-Sayı:13/05/2020-31126.

¹⁰² Anayasa hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde, münhasır bir kanun alanı yaratma amacı olduğunu ileri sürmenin mümkün gözükmediği belirtilmektedir. ÜLGEN, s. 29; GÖZLER, 2019a, 1303.

¹⁰³ ÜLGEN, s. 28.

kanun alanı oluşturduğu iddia edilebilir. Ancak, münhasır kanun alanı vardır diyebilmemiz için “şu şu konular ancak kanunla düzenlenebilir, geri kalan konular ise, yürütme organınca düzenlenir” diyen bir Anayasa maddesine yer verilmesi gerekli olduğundan, Anayasa’da münhasır kanun alanı bulunmamaktadır¹⁰⁴.

O halde, Anayasa’da sadece ya da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen bazı konularda, her yönüyle kanun konusu olması gereken alanlar bulunduğu yönünde görüşler bulunmakla birlikte¹⁰⁵ Anayasa’nın 104/17. maddesinin 3. cümlesindeki düzenleme, kanunla düzenleme öngörülen konularda, CBK ile ilk elden düzenleme yapılmasını yasaklamayı amaçlamaktadır. Fakat, bu düzenlemeler, kanunla ilk elden düzenleme yapıldıktan sonra, Cumhurbaşkanı tarafından ikincil nitelikteki düzenlemeler yapılmasını engellemektedir¹⁰⁶.

AYM’nin 2013 yılından sonra verdiği kararlarda ise, münhasır kanun alanı ifadesi kullanılmakla birlikte, örnek kabilinden verdiği maddelere baktığımızda, temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlanabileceğini düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesi hariç diğer maddelerde münhasıran, yalnızca gibi ibarelere yer verilmediği görülmektedir. Mahkemenin gerekçesinden de ifade edilmek istenenin aslında Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile diğerleri arasında bir ayırım yapmak olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin, Anayasa’nın 13. maddesini de yazarak, kanunla çerçevenin belirtilmesi gerektiğini söylemesi, yani bu alanı yürütmeye kapalı, kanuna mahsus bir alan olarak görmemesi, Türk hukukunda, münhasır kanun alanı olmadığını göstermektedir. Münhasır kanun alanının Türk hukukunda olmadığını söylememiz durumunda, 104/17. maddedeki “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresini tartışmalı hale gelmekte ise de, düzenlemenin başka şekilde anlaşılmasının güçlüğü karşısında, AYM’nin de belirttiği gibi “münhasıran” kelimesini “özellikle” şeklinde anlamak gerekmektedir.

¹⁰⁴ GÖZLER, 2019a, s. 1316-1318.

¹⁰⁵ SÖYLER bu görüşlerden bahsetmektedir. SÖYLER, s. 93-94.

¹⁰⁶ EREN, s. 68.

AYM'nin kanunla düzenleneceği belirtilen konuları münhasır kanun kapsamında görmesi nedeniyle, özellikle Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleme yetkisi verilen konular ile münhasır kanun alanı olarak yorumlanan konular arasındaki ilişkinin ne olması gerektiği, yani kesişen alanlarda bir konunun kim tarafından ne kadarının düzenlenebileceği belirsizdir. Bu şekilde kesişen alanların çok fazla olması muhtemel ise de, burada dikkat çeken bir kaç konuya değinecek olursak, Anayasa'nın 13. maddesindeki "ancak kanunla sınırlanabilir" düzenlemesine baktığımızda, düzenleyici işlemlerle temel haklar ve özgürlüklerin düzenlenmesi mümkün ise de, sınırlanması mümkün değildir. Ancak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin "yasayla sınırlama" ilkesi idarenin bu alanda hiçbir sınırlama yapamayacağı anlamına gelmemekte, yasal dayanağı bulunmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle kanunda öngörülmuş sınırlamaların somutlaştırılabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷.

2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında ise, CBK ile Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş pozitif statü haklarına ilişkin sınırlandırma yapıp yapılamayacağı hususunda, bir görüş, bu alanda bir sınırlandırma getirilemeyeceğini, çünkü, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yasama organının yetkisinde olduğu, anayasal sınırlar içinde yasama organı tarafından kanunla yapılabileceğini¹⁰⁸, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetler arasında bir ayırım yapılmadığını¹⁰⁹ belirtmektedir. Diğer görüş ise, bu tür hakların sınırlanması için yasallık ilkesinin aranmasının zorunlu olmadığını, ekonomik ve sosyal hakların sınırlanmasının yasallık ilkesinin bir istisnasını oluşturduğunu¹¹⁰ belirtmektedir.

¹⁰⁷ GÖZLER, 2019b, s. 311.

¹⁰⁸ ARDIÇOĞLU, s.41; Ekonomik hak ve özgürlüklerle ilgili bile olsa, CBK ile sınırlama yapılamayacağına ilişkin diğer görüş için bakınız: AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.33; EREN'de, AYM'nin Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/06/2014, § 87-88 kararına atıfla, Anayasa'nın 13. maddesi karşısında sosyal ve ekonomik haklar dahil CBK'lerle ilk elden sınırlayıcı işlem yapılamayacağını belirtmektedir. EREN, s. 38-39.

¹⁰⁹ GÖZLER, 2019b, s. 314; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 148.

¹¹⁰ ULUSOY, 2019, s.123.

CBK ile düzenleneceği belirtilen dört alan açısından ise, bir görüşe göre, münhasır kanun alanı ile CBK alanı ayrıştırıldığından ve CBK alanında kanun ile düzenleme yapılamadığından, CBK ile yapılan düzenlemeler kapsamında sınırlama yapılabilecektir. Anayasa'nın 13. maddedeki "kanunla sınırlama" ilkesi münhasır CBK ile düzenlenecek alanlar açısından istisna haline gelmiştir. Aksi halde, münhasır CBK alanında, sınırlamaların ayrıca kanunla yapılması gibi tutarsızlık oluşacaktır¹¹¹. Aksi görüşe göre ise, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen alanlar, mahfuz alan olarak değerlendirilsin ya da değerlendirilmesin CBK ile düzenlenecek konularda temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilmemesi gerekir¹¹². Kanaatimizce, gerek yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan CBK ile, gerekse Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda çıkarılan CBK ile temel hak ve özgürlüklerde sınırlama yapılamayacağını kabul etmek gerekmektedir.

İdari teşkilata ilişkin Anayasa'da yer verilen CBK düzenleme yetkisinin idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde ne şekilde anlaşılması gerektiği hususuna değinilecek olursa; AYM, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen bir hususun, Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği ifade edilen bir konuya ilişkin ise, o konunun CBK ile düzenlenebileceğini belirtmektedir. Nitekim, Mahkeme, CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konusunun "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" düzenlemesinin istisnası olduğunu kabul etmiştir¹¹³.

Ancak, yukarıda bahsedildiği üzere, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın hizmet birimlerinden olan Teftiş Başkanlığı'nın

¹¹¹ EREN, s. 45.

¹¹² SÖYLER, s. 136.

¹¹³ AYM, E:2018/119, K:2020/25, Karar Tarihi:11/6/2020, R.G. Tarih-Sayı: 09/11/2020-31299.

düzenlendiği maddeye eklenen CBK düzenlemesinin¹¹⁴ “...hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile...” kısmı ile ilgili yapılan başvuruda, kural Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenleneceği ifade edilen bir konu olmasına rağmen 6 karşı oya karşılık kuralın Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğu belirtilerek kural iptal edilmiştir¹¹⁵.

Bakanlık teşkilatının¹¹⁶ kararnameyle kurulacağına ilişkin 106/11. madde hükmünde Bakanlık yurt dışı teşkilatının düzenlenmesi hususunda açık bir ifade yer almamakta ise de, AYM, maddede yer alan “...teşkilat yapısı...” kavramının, belirli bir hizmeti yürütmek üzere kurulan kamu kurum ve kuruluşlarının bu amaçla üstlendikleri görev ve yetkilerini ifa edilebilmesi için oluşturulan ve söz konusu hizmetin yürütülmesinde doğrudan ya da dolaylı olarak rol alan, aynı kurum bünyesindeki farklı düzey ve nitelikteki birimlerin bütününe ifade ettiği, bir kurumun bu mahiyetteki merkez ve taşra teşkilatının yanı sıra yurt dışı teşkilatının da teşkilat yapısı kavramına dâhil olduğunu¹¹⁷ belirtmiştir.

¹¹⁴ “Teftiş Başkanlığının çalışma usul ve esasları, hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”

¹¹⁵ AYM, E:2019/96, K:2022/17, Karar Tarihi: 24/02/2022, R.G. Tarih-Sayısı: 26/5/2022-31847.

¹¹⁶ Bakanlık teşkilatı, CBK’de merkez, taşra, yurtdışı teşkilatı ve Bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları olarak örgütlenmiş olup, Bakanlığın taşra teşkilatı içerisinde Bölge Müdürlükleri düzenlenmiştir. Bölge Müdürlüklerine, İl İdaresi Kanunu’nda yer verilmemiş olup, bu durum sıkıntıya sebep olabilecek niteliktedir. ULUSOY, 2019, s. 183,184.

¹¹⁷ Sağlık Bakanlığı’nın yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkili olduğuna ilişkin kuralda yer alan “yurtdışı teşkilatı” ibaresinin iptali istemiyle yapılan başvuru. AYM, E:2019/105, K:2020/30, Karar Tarihi:12/06/2020, R.G. Tarih-Sayı:20/8/2020-31219. M. Emin KUZ çoğunluk görüşüne katılmamıştır. Karşı oy gerekçesinde ise, Anayasa’nın 106/11. maddesi ile “merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması”nın CBK ile düzenlenmesine imkân tanındığı, Sağlık Bakanlığı’nın merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluştuğunu hükme bağlayan maddenin, Anayasa’nın 106. maddesinin son fıkrası kapsamında CBK ile düzenlenebilecek bir konuyu içerdiği; buna karşılık Bakanlığın yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkili olduğunu belirten maddenin -Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasındaki “merkez ve taşra

Ayrıca, Anayasa'nın 106/11. maddesinin bağılı, ilgili ve ilişkili kuruluşların düzenleme yetkisini de içerip içermediği hususu ile ilgili bir görüşte, Anayasa'da bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatından bahsedildiği, idarenin kanuniliği ilkesi karşısında kural olarak geniş anlamda teşkilatlanma konusunda kararname ile düzenleme yapılamayacağı, düzenleme ile getirilen yetkinin istisnai olduğu ve dar yorumlanması gerektiği¹¹⁸ belirtilmiş ise de, kamu tüzel kişiliğinin kanunla oluşturulması halinde, bu tüzel kişilikler üzerinde CBK ile tasarrufta bulunulamazken, CBK ile kurulan kamu tüzel kişileri Anayasa'nın 106. maddesi çerçevesinde bakanlık kavramı kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁹. Nitekim, AYM, CBK'de görevleri düzenlenen Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı'nın Bakanlığın ilgili kuruluşu olarak kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği olduğu, Anayasa'nın 123/3. maddesi uyarınca CBK ile kurulan bu kurumun görev ve yetkileriyle ilgili düzenlemelerin de CBK ile yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir¹²⁰. Ayrıca, AYM, Anayasanın 123/3. maddesi kapsamında, Anayasa'nın 104/17. fıkrasındaki koşullara bağılı olmak kaydıyla CBK ile kurulan kamu tüzel kişiliğinin görevleri, yetkileri ve yapısı gibi unsurların CBK'yle düzenlenebileceğini belirtmiştir.

O halde, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin idarenin kanuniliği ilkesine, bakanlıkların kuruluş, görev ve teşkilatı, ayrıca, Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kuruluş ve görevlerinin CBK ile düzenleneceğini belirtilmemiş ise de, Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kuruluş ve görevleri, CBK ile kurulan kamu tüzel kişileri açısından istisna getirildiğini söyleyebiliriz.

teşkilatının kurulması" kapsamında yer almadığı ve 123. maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin olduğundan Anayasa'ya aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir.

¹¹⁸ SEVER, Dilşad Çiğdem, "Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da "Parthenogenesis" Olmak", Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, Ekim 2019, İstanbul, s. 5, 6. (<https://www.kamuhukukculari.org> , erişim tarihi: 02/05/2021)

¹¹⁹ SÖYLER, s. 132.

¹²⁰ AYM, E:2019/105, K:2020/30, Karar Tarihi:12/06/2020, R.G. Tarih-Sayı: 20/08/2020 – 31219.

Öte yandan, İl İdaresi Kanunu'nun 2/1-A maddesinde, il ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir ile bağlanmasının kanun ile yapılacağı düzenlendiğinden, kanunda bir değişiklik yapılmadığı sürece CBK ile il ve ilçe kurulması ya da kaldırılması mümkün değildir¹²¹.

Ayrıca, CBK ile idari vesayet yetkisinin düzenlenip düzenlenemeyeceği hususu da tartışma konusu olabilir. İdari vesayet yetkisi istisnai bir yetki olduğundan, yerel yönetimler açısından Anayasa'nın 127/2 maddesinde, yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları açısından 130/2 ve 131. maddelerinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından ise 135/5. maddesinde kanunla düzenleme yapılacağı belirtilmiştir. Öğretide ve AYM kararlarında, merkezi idarenin hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu yetkinin bir tür idari vesayet yetkisi niteliğinde olduğu ve Anayasa'nın 127. maddesinden hareketle bu yetkinin kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹²². Ancak, 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonrasında CBK ile idari vesayet yetkisi tanınip tanınamayacağıın ortaya konulması gerekmektedir.

6771 sayılı Kanun sonrası CBK ile kamu tüzel kişiliği kurmak mümkün hale gelmiştir. Anayasa'nın 127. maddesinde herhangi bir değişikliğe gidilmediğinden, idari vesayetın halen kanunla düzenlenmesi gerektiği savunulabilirse de, bu durum birtakım çelişiklere neden olabilir. Bu durumda, AYM'nin daha önceki kararlarında idari vesayeti bir kamu tüzel kişisinin teşkilatlanması ile ilişkili değerlendirdiği dikkate alındığında, Anayasa maddelerinin sistematik yorumu gereğince Cumhurbaşkanı'na verilen CBK ile kamu tüzel kişisi kurma yetkisinin idari vesayet yetkisi düzenlemeyi de kapsaması gerekmektedir¹²³.

Ayrıca, idari vesayet yetkisinin Anayasa'nın 127. maddesinden hareketle tüm teşkilatı kapsar nitelikte kanunla düzenlenmesi gerektiği

¹²¹ ARDIÇOĞLU, s. 42, 43.

¹²² Ayrıntılı bilgi için, GÖZLER, 2019a, s.268, 269; OCAK, Kasım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri", Anayasa Yargısı, C: 36, S: 1, 2019, s. 171.

¹²³ OCAK, 187-190.

sonucuna varıldığından, Anayasa’da açıkça kanunla düzenlenmesi gereken idari vesayet ilişkileri (Anayasa’nın 127, 130 ve 135. madde örnekleri gibi) dışındaki vesayet yetkilerinin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyebilir. Fakat, bu durumda da CBK’lere ilişkin Anayasa’nın 104/17 düzenlemesindeki sınırlar geçerli olacaktır. Yani, örneğin, yasayla kurulan ve düzenlenen bir kamu tüzel kişiliği üzerindeki idari vesayet yetkisinin CBK ile kurulması yasanın kapsamının değiştirilmesi anlamına gelecek olup, bu durumda, CBK ile idari vesayet yetkisinin düzenlenmesi mümkün değildir¹²⁴.

Görüldüğü gibi, Anayasa değişiklikleri sonrasında, Anayasa’da genel olarak yürütme yetkisine ilişkin konularda verilen CBK ile düzenleme yetkisi konusunda da sorunlar bulunmakla birlikte, asıl sorunun Cumhurbaşkanı’na özel olarak belirtilen konularda ilk elden düzenleme yetkisi verilmesi ve kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi verilmesi ile birlikte kanun alanı ile CBK düzenleme alanını belirleme noktasında düğümlendiği anlaşılmaktadır. Ancak, bu sorun ve tartışmaların hepsine değinmek çalışmamızın boyutunu aşar nitelikte olduğundan, çalışmamızda AYM kararlarına da yansıyan ve temel olarak sorun görülen noktalara değinilmiştir.

SONUÇ

Türk idare hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin çerçevesi ve sınırı konusunda, AYM tarafından belirlenen ölçütlerin belirsiz ve yoruma açık nitelikte olması sebebiyle her olaya özgü farklı değerlendirmelere yol açıldığı yönünde haklı eleştiriler bulunmaktadır. Ancak, kanun koyucunun her türlü ayrıntıyı düzenleyemeyecek olması, her düzenleme için uygulanabilecek bir ölçüt geliştirmenin zorluğu sebebiyle ayrı değerlendirme yapılması gerekliliği ve çağın değişen koşulları gibi sebepler göz önüne alındığında, 2013 yılından önce verilen kararlarda kanun koyucunun temel ilkeleri belirleyerek çerçeveyi çizmesi gerektiği belirtilerek karar verilmesi önemli bir içtihattır. Ayrıca, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen konular ile diğerleri arasında bir ayırım yapmanın mümkün olup olmadığı ve bu yasallık

¹²⁴ SEVER, s. 8.

kayıtlarına bilinçli olarak yer verilip verilmediği tartışmaları bulunmakla birlikte, AYM, 2013 yılından sonra, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen konular ile Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen konular arasında bir ayırım yaparak, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda, kanun koyucunun temel çerçeveyi çizmesi gerektiğini belirtmiştir.

6771 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanı’na CBK ile düzenleme yetkisi tanınması, CBK çıkarma yetkisi ve yetkinin sınırlarına ilişkin tartışmaları ortaya çıkmıştır. Anayasa’da CBK düzenleme yetkisi Anayasa’nın 104/17, 104/9, 106/11, 108/4, 118/6, 123/2. maddelerinde ve sınırlamalar da Anayasa’nın 104/17. maddesinde belirtilmekle birlikte, bu düzenlemelerin gerekli açıklıktan uzak olduğu da dikkate alındığında, Cumhurbaşkanı’na ilk elden düzenleme yetkisi tanınması sebebiyle kanun alanı ile CBK alanının ne şekilde olması gerektiği, münhasır kanun alanı, mahfuz CBK alanı gibi karşılaşılan yeni kavramlarla birlikte tartışılmış ve AYM tarafından verilen güncel kararlarla netleştirilmeye çalışılmıştır.

Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen dört konu açısından ise, bu dört alanın Cumhurbaşkanı’na bir mahfuz alan tanıyıp tanımadığı noktasında, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak, mahfuz alan konusunun, AYM kararına doğrudan yansıyan bir yönü de bulunmamaktadır. AYM, kararlarında, hem genel olarak yürütme yetkisine ilişkin CBK düzenleme yetkisi veren Anayasa’nın 107/14. maddesi açısından, hem de özel olarak CBK düzenleme yetkisi veren maddeler açısından, CBK düzenleme yetkisinin Anayasa’nın 104/17. maddesinin ilk dört cümlesinde yer verilen sınırlamalara tabi olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin, CBK düzenleme yetkinin Anayasa’dan kaynaklanan sınırı olan “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” düzenlemesinin özel olarak CBK düzenleme yetkisi veren maddeler açısından da uygulanacağını belirtmesi, Cumhurbaşkanı’na CBK ile mahfuz bir düzenleme yetkisi tanınmadığını kabul ettiğini göstermektedir.

Ayrıca, AYM, CBK düzenleme yetkisinden önce yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi çerçevesinde düzenleyici işlemlerin sınırını belirleyen ve Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen-belirtilmeyen konular ile ilgili yaptığı ayırma ilişkin yorumunu,

Anayasa'nın 104/17. maddesinde CBK düzenleme yetkisinin sınırını gösteren “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” düzenlemesindeki “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” için de yapmakta ve Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların münhasır kanun alanını ifade ettiğini belirtmektedir. Anayasa’da, münhasıran ifadesi geçmediğinden, başka bir çözüm yolunun bulunmaması karşısında, AYM yaklaşımı çerçevesinde, madde düzenlemesinde yer alan ifadeyi Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen konular olarak anlamak gerekmektedir.

Öte yandan, Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların münhasır kanun alanı kabul edilen konuların istisnası olduğu -genel olarak- AYM tarafından da kabul edilmekle birlikte, Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların başta temel hak ve özgürlükler, memurların özlük hakları, mülkiyet hakkı, bütçe hakkı gibi alanlarla kesişebileceği hususu da göz önüne alındığında, bu istisnaların dar yorumlanması ve CBK ile ilk elden düzenleme yetkisi bulunmakla birlikte kanunun CBK’lere üstünlüğü göz ardı edilmeksizin düzenleme yapılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, CBK ile düzenleme yetkisi ve sınırı ile ilgili temel çerçeve AYM tarafından genel olarak çizilmiş olmakla birlikte, kanun-CBK ilişkisi ve bu kapsamda CBK düzenleme yetkisinin sınırının çizilmesi, somut uyuşmazlıklar bağlamında gündeme gelebilecek ve tam olarak yerleşmesi de uzun zaman alacak gibi görünmektedir.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN, Levent, İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi Bakından Yasa ile Düzenleyici İşlem İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2018.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER/Murat, KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, Eylül, 2020.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 75, S: 3, 2017, s. 20-51.

ATAR, Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 36, S: 1, 2019, s. 241-259.

AYANOĞLU, Taner, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği”, İÜHFİM C: LXV, 2007, s.39-83.

AZAKLI, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı, C: 36, S: 1, 2019, s. 73–103.

DALKILIÇ, Evrim Elvin, “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönem Kararlarında Yasa ile Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler”, TBB Dergisi, 2018, S: 139, s. 12-26.

DURAN, Lütfi, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, İÜHFİM, C: XXX, S: 3 - 4, 1964, s. 466-492.

EREN, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 36, S: 1, 2019, s. 1-72.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır?”, Ankara Barosu Dergisi, 2019/3, s. 277-310.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C:1, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019. (2019a)

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku (3. Baskı), Ekin Yayınevi, Ocak 2019.(2019b)

GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı?” (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler), (<https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.html>, erişim tarihi: 20/04/2021)

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, (10. Baskı), İmaj Yayınları, Ankara, 2011.

Sümevra ÖZGEN

GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965.

KANETİ, Selim, “Yasama Yetkisi ile Yürütme Yetkisinin Sınırları”, İHFM, C: LIV, 1994, s. 34-44.

KARAHANOGULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KUZU, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

OCAK, Kasım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri”, Anayasa Yargısı, C: 36, S: 1, 2019, s. 163-193.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, (19. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZTÜRK, Kaya Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

SARICA, Ragıp, Türkiye’de İcra Uzunun Tazim Selâhiyeti, Türk Hukuk Kurumu Yayını, İstanbul, 1943.

SEVER, Dilşad Çiğdem, “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da “Parthenogenesis” Olmak”, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, Ekim 2019, İstanbul, (<https://www.kamuhukukculari.org> erişim tarihi: 02/05/2021)

SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınları, 2018.

TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: III, 1986, s. 203-216.

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, (11. Baskı), Mart 2012.

TEKİNSOY, M. Ayhan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi”,

Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, Ekim 2019, İstanbul. (<http://www.kamuhukukculari.org> erişim tarihi 18/04/2021)

TEZİÇ, Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

ULUSOY, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ULUSOY, Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 37, S: 2, 2020, s. 31–66.

ÜLGEN, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 3-41.

YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülden, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 36, S: 1, 2019, s. 105-139.

YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHF - HAD, C: 23, S: 2, s. 13-28.

YILDIRIM, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı, C: 36, S: 1, 2019, s.293-315.

YILMAZ, Halit, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78/1, s. 17-24.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARLARI BAĞLAMINDA İDARÎ YAPTIRIMLARDA ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA İLKESİ¹

PRINCIPLE OF IMPLEMENTİNG ADMINISTRATIVE SANCTIONS IN TERMS OF TIME IN CONTEXT OF CONSTITUTIONAL COURT'S ANNULMENT DECISIONS

Şahap KAYMAK*

ÖZ

İdarenin sahip olduğu yetkilerden biri de yaptırım yetkisidir. Toplumsal düzenin korunması gerekliliği idarenin bu yetkisini kullanmasına neden olur. Yetkinin kullanılmasıyla birlikte uygulanan idarî yaptırımlar muhatapları üzerinde çeşitli hukukî sonuçlara yol açtığından yargısal denetime konu olabilmektedir. Bu denetim esnasında, idarî yaptırımların zaman bakımından uygulama ilkesi de yargı organlarınca dikkate alınmaktadır. Kanun koyucunun öngördüğü hâller dışında zaman bakımından uygulama ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiği diğer bir durum Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıdır. Çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürüyüp yürümediği, iptal kararlarının devam eden davalar üzerindeki etkisi, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmesinin mevcut davalara yansımaları ve aradaki kanunun iptalinin neticeleri çerçevesinde idarî yaptırımlarda zaman bakımından uygulama ilkesi incelenmiştir. Bu amaçla, konuyla ilgili yargı kararlarından da yararlanılarak iptal kararlarının yargı organlarınca farklı gerekçelerle değerlendirildiği tespit edilmiştir. Sonuç olarak, iptal kararlarının yeknesak bir şekilde zaman bakımından uygulama ilkesini etkilemediği anlaşılmıştır.

¹ Bu makale, “İdarî Yaptırımlarda Lehe Kanun İlkesi” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

Makalenin Geliş Tarihi : 14.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 11.05.2022

* Danıştay Tetkik Hakimi

sahapkaymak@hotmail.com ORCID ID: 0000-0001-8222-2472

Anahtar Kelimeler: İdarî Yaptırım, Zaman Bakımından Uygulama, Türk Ceza Kanunu, Anayasa Mahkemesi, İptal Kararı

ABSTRACT

One of the powers the administration has is enforcement authority. The need to maintain social order causes the administration to exercise its authority. With the exercise of authority, administrative sanctions can be subject to judicial supervision, resulting in various legal consequences for their interlocutors. During this audit, the principle of implementing administrative sanctions in terms of time is also considered by the judicial bodies. Another case in which the principle of implementation should be considered in terms of time, other than the circumstances stipulated by the legislator, is the annulment decisions of the Constitutional Court. The study examined whether the Constitutional Court's annulment decisions backwards, the impact of annulment decisions on ongoing cases, the postponement of the date when the annulment decisions will take effect, and the principle of implementation of administrative sanctions in terms of time within the framework of the outcome of the annulment of the law. To this end, it was determined that the decision to annulment was considered on different grounds by the judiciary. As a result, it became clear that annulment decisions did not, in a uniform way, affect the principle of implementation in terms of time.

Keywords: Administrative Sanction, İmplementation in Terms of Time, Turkish Penal Code, Constitutional Court, Annulment Decision

GİRİŞ

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri de zaman bakımından uygulama ilkesidir. Ülkemizde tarihsel olarak izlenen suç politikaları günümüzde suç-idarî yaptırım ayrımını beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede, idarî yaptırımların yargısal uyuşmazlık konusu yapılması hâlinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, zaman bakımından uygulama ilkesini etkilemektedir. Ancak, bu etkinin ne yönde olacağı hususunda somut ve objektif nitelikte bir ölçüt bulunmamaktadır. Kaldı ki, iptal kararlarının etkisiyle ilgili olarak zaman bakımından uygulama ilkesi yönünden yargı organlarının farklı hukukî gerekçelerle karar

verdikleri de bilinmektedir. Öğreti ve içtihat birliği bulunmayan bu konuda bilimsel açıdan literatüre katkı sağlanması gerektiği düşünülmektedir.

Zira öğretide, bir yandan genel olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının etkisine ilişkin hukukî tartışmalar devam ederken, öte yandan iptal kararları özelinde zaman bakımından uygulama ilkesine ilişkin yeterli sayıda bilimsel çalışmanın bulunmadığı gözlenmiştir. Tartışmaların büyük ölçüde ceza hukuku eksenli yapılması da, bu durumun sebeplerindedir. Oysa, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının idarî yaptırımlarda zaman bakımından uygulama ilkesi üzerindeki etkisinin hukukî sonuçları son derece önemlidir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıyla sınırlı olarak zaman bakımından uygulama ilkesi incelenmiş ve bazı önerilerde bulunulmuştur.

Çalışmamızın amacı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürüme meselesi, mevcut davalar bakımından değerlendirilmesi, yürürlüğünün ertelenmesi hâlinde etkisi ve aradaki kanunun iptalinin sonuçları başlıkları altında zaman bakımından uygulama ilkesinin irdelenmesidir. Böylece, zaman bakımından uygulama ilkesinin iptal kararlarından her zaman aynı şekilde etkilenmediği bilimsel açıdan vurgulanmıştır. Çalışmamızda, idarî yaptırımların kavramsal çerçevesinin ele alınmasından sonra, zaman bakımından uygulama ilkesinin açıklanması ve söz konusu ilkenin iptal kararlarıyla bağlantısı kurulmaya çalışılmıştır. Yöntem olarak yorumlayıcı bir yaklaşımla konu ele alınmıştır. Literatür taramasında, konuya ilişkin kitap, dergi, makale ve yargı kararlarından faydalanılmıştır.

1. İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI

Yaptırım, hukuk kurallarının öngördüğü emir veya yasağa aykırılık hâlinde uygulanan cezadır². Bu ceza, aynı zamanda bir hukuk kuralının ihlâli hâlinde uygulanan cebirdir³. Hukuk kurallarına

² GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 1963, s. 117.

³ GÖZLER, Kemal, İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 168.

uyulmaması hâlinde yaptırım uygulanmaması durumunda toplumsal düzenin sürdürülebilirliği mümkün görünmediği gibi, temel hak ve hürriyetlerin korunması da zorlaşacaktır⁴. Bu nedenle, hukuk normlarının gücü cebrin mevcudiyetini korumasından ileri gelmektedir⁵. Dolayısıyla, bireylerin birtakım hak ve yetkileri olmakla birlikte kendilerine yüklenen bazı yükümlülükler de vardır. Eğer bireyler bu yükümlülüklerini ifa etmekten imtina ederse yaptırım şeklinde karşılaşacağı zor kullanma araçları olacaktır⁶.

İdarenin, yürütmekle sorumlu olduğu faaliyetlerini icra edebilmek için yaptırım uygulama yetkisine sahip olması gerekir. Kamunun görev ve faaliyet alanının genişlemesi⁷ ve kamu düzeninin sağlanması gerekliliği idarenin yaptırım yetkisiyle doğrudan bağlantılıdır⁸. Bunun için idareler düzenleyici ya da bireysel işlemler aracılığıyla yaptırım yetkisini kullanmaktadır⁹. Esasen idarî yaptırımların düzene davet edici bir fonksiyonu olduğundan bu tür yaptırımlar ikaz niteliği taşımaktadır¹⁰. Temel olarak ikazın ilgililerce caydırıcı olarak algılanmaması hâlinde ise daha ağır nitelikteki hukukî sonuçlarla karşılaşılması ihtimal dâhilindedir.

⁴ ÖZKAN, Gürsel, “İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven”, International Conference on Eurasian Economies 2020, Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 176.

⁵ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018, s. 70.

⁶ BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 22.

⁷ XIV. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 Ekim 1989 Viyana), Bölüm I: Ceza Hukuku İle İdari Ceza Hukukunun Ayırt Edilmesinde Hukuki ve Pratik Sorunlar, (çev. Nur Centel), Argumentum, 1990, s. 6.

⁸ BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, TODAİE Yayınları No:117, Ankara, 1970, s. 201.; GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 232.

⁹ ÖZKAN, s. 176.

¹⁰ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri”, (der. İlhan Uluhan, Funda Başaran Yavaşlar), İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 42.

Öğretide, idarî yaptırımların, idare tarafından ve idare hukuku kuralları çerçevesinde uygulandığı kabul edilmektedir¹¹. Balta, idarî yaptırım yerine idarî ceza kavramını kullanmaktadır. İdarî ceza, ilgililerin idare hukukuna aykırı davranışlarından dolayı verilen cezadır¹². Özay'a göre, idarî yaptırım, idarenin kanunların verdiği yetkiye dayanarak herhangi bir yargı kararına ihtiyaç olmaksızın idare hukuku ilkeleri çerçevesinde tesis ettiği idarî bir işlem neticesinde uyguladığı yaptırımlardır¹³. Zanolini, idarî yaptırımı, idarenin emir ve talimatlarına aykırı hareket edilmesi hâlinde bizahiti idare tarafından uygulanan ceza olarak tanımlamaktadır¹⁴. Tan, idarî yaptırımları, idarî bir ihlâlî karşılığında idarenin kamu gücünü kullanarak uyguladığı tek yanlı idarî bir işlem şeklinde tanımlayarak idarî yaptırımların ceza yaptırımlarından ayırıcı özelliklerini ortaya koymaktadır¹⁵.

Öğretideki tanımlar dışında mer'i mevzuatta öngörülen kuralların idarî yaptırım niteliği taşıyıp taşımadığı yargı kararlarında da tartışılmaktadır. Sözgelimi, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyoldan veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolundan geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılması hâlinde, geçiş ücreti ile birlikte geçiş ücretinin on katı tutarında ödenecek cezanın işletici şirketler tarafından genel hükümlere göre tahsil edileceğini düzenleyen 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin 5. fıkrasının birinci cümlesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi neticesinde, Karayolları Genel Müdürlüğü ile 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde özel hukuk hükümlerine tâbi şirketlerin işletimindeki otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı

¹¹ ÖZAY, İl Han, İdarî Yaptırımlar Kuramsal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 36.

¹² BALTA, s. 201.

¹³ ÖZAY, s. 35.

¹⁴ ZANOBİNİ, Guido, İdari Müeyyideler, (çev. Halil Yılmaz Günel), Sevinç Matbaası, Ankara, 1964, s. 69.

¹⁵ TAN, Turgut, "İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 310-311.

Şahap KAYMAK

karayollarının yapım ve işletme usûl ve esaslarındaki farklılıkları vurgulayarak söz konusu fiilin kabahat olarak nitelendirilemeyeceği ve ödenecek cezanın kolluk faaliyeti içinde yer alan idarî nitelikte bir yaptırım olarak kabul edilemeyeceği; öngörülen cezanın, idarî para cezalarından nitelik, yaptırım kararı verecek olan mercii, kanun yolları ve tâbi olunan hükümler yönünden farklılık gösterdiği, bu tür cezaların özel hukuk alanında değerlendirilmesi gereken “sui generis” yapıda olduğu gerekçesiyle anılan başvuruyu reddetmiştir¹⁶.

Danıştay ise, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'nin 37. maddesinin 7. fıkrasının ve söz konusu fıkra uyarınca Kasım 2020 döneminde üretilen enerji bedelinin ödenmeyerek YEK Destekleme Mekanizması'na¹⁷ bedelsiz katkı olarak dikkate alınmasına ilişkin işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması ile davalı idarelerin hizmet kusuru nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 30.000,00-TL tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan bir davada, dava konusu düzenleyici işleminde öngörülen lisanssız üretim tesisi sahibi şirketlerin, kendi tüzel kişiliği altında veya üçüncü bir tüzel kişi bünyesinde tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşmek istemesi hâlinde, birleşme usûllerine uyulmaması karşılığında ilgili ayda üretilen enerji bedelinin ödenmemesini idarî yaptırım olarak nitelendirerek yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir¹⁸. Danıştay, dava konusu kuralın, üst hukuk normuna aykırı olmasının yanı sıra ilgililerin cezalandırılmasını amaçladığını gerekçe olarak belirtmiştir.

İdarî yaptırımların sahip olduğu özellikler de diğer idarî işlemlerden farklı tanımlanmasına neden olmaktadır. İdarî yaptırımların caydırıcılığı, bu yaptırımları klasik anlamdaki diğer idarî işlemlerden

¹⁶ AYM, E:2017/166, K:2018/8, T:18.01.2018.

¹⁷ 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 3. maddesinin (14) numaralı alt bendinde, YEK Destekleme Mekanizması, bu Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim faaliyeti gösterenlerin faydalanabileceği fiyat, süreler, miktarlar ve bunlara yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları içeren destekleme mekanizması olarak tanımlanmıştır.

¹⁸ Danıştay 13. D, E:2021/4020, T:10.01.2022.

ayırmaktadır¹⁹. Yaptırımın ağırlığı, idarî tedbir niteliğini²⁰ aşarak ilgilinin ihlâl ettiği hukuksal yarara daha fazla değer atfedilmesinin sonucudur. Bu değer, mer'î mevzuatta ilgiliyi aynı fiili tekrar işlemekten alıkoymaya matuftur. İdarî yaptırımların idarî işlem niteliği, diğer bir baskın özelliğidir²¹. İdarî işlem, kamu gücü kullanılarak hukukî sonuç doğuran işlemdir. Kamu gücü işleme idarî vasfını kazandırmakta olup²², idarenin tek yanlı ve re'sen icra ederek uyguladığı idarî yaptırımlar da birer idarî işlemdir.

Yükümlendirici idarî işlem niteliğindeki idarî yaptırımlar, hukuksal korunma testi ölçütüyle diğer yükümlendirici idarî işlemlerden farklı olarak birtakım ayrıcalıklı hukukî güvenceye sahiptir. Savunma hakkının tanınması, zaman bakımından uygulama ilkesi, yaptırım kararı verilirken ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gibi hukukî güvenceler gerekmezsiniz işlemin ilgilisi yönünden genel hukuksal koruma yeterli ise, bu işlem idarî yaptırım olarak değerlendirilemeyecektir²³. Usûle ve esasa ilişkin bu hukukî güvenceler gerek kanun koyucu tarafından gerekse de yargı organları tarafından sağlanarak²⁴ işlemin idarî yaptırım niteliğinde olup olmadığı anlaşılabilir.

2. İDARİ YAPTIRIMLARIN TÜRLERİ

İdarenin sahip olduğu düzenleme ve denetleme yetkisi sınırlarının genişleme eğiliminde olması yaptırımların çeşitliliğini artırmıştır. Ekonomiden gündelik yaşama, personel hukukundan vergisel konulara

¹⁹ ERDİNÇ, Burcu, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 2012, s. 251.

²⁰ Nitelik kriteri bakımından idarî yaptırımların idarî ceza ve idarî tedbir olarak sınıflandırılması hâlinde, idarî ceza ve idarî tedbir ayrımı yapma güçlüğü karşısında, söz konusu güçlüğü yaptırımın bireyler lehine daha çok hukuksal koruma araçları öngören idarî ceza olarak kabul edilmesiyle aşılabileceğine ilişkin olarak Bkz. ULUSOY, Ali Dursun, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 459-460.

²¹ TAN Turgut/BAYAZIT Bahar, İdare Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 391.

²² GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt:1, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 763.

²³ ULUSOY, Ali Dursun, İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 35-36.

²⁴ TAN/BAYAZIT, s. 393.

kadar birçok alanda idare düzenleme ve denetleme yetkisini kullanmaktadır. Bu yetki, toplumsal ihtiyaçlar neticesinde kullanıldığı gibi, idarenin belli bir konuyu düzenleme gereksinimi nedeniyle de kullanılmaktadır. Nitekim, Covid-19 salgını nedeniyle ortaya çıkan birtakım ihlaller karşılığında idarî yaptırımların uygulanması suretiyle söz konusu yetkinin kanuni dayanağı, kullanılma biçimi, gerekçesi gibi hukukî tartışmalar yaşanmıştır.

Öğretide, idarî yaptırımları konu yönünden sınıflandırmanın zorluğu ve yaptırımların çeşitliliğinden dolayı idarî-mali yaptırımlar ve bireysel yaptırımlar olarak ikili bir sınıflandırma yapıldığı gibi²⁵; tedbir niteliğinde, yürütülen faaliyete ilişkin, bireylerin malvarlığına yönelik ve söz konusu yaptırımların kapsamına girmeyen diğer yaptırımlar olarak da sınıflandırma yapılmaktadır²⁶. Bir başka sınıflandırmada ise, idarî yaptırımlar uygulanacak hukukî rejimin farklılığından dolayı idarî ceza ve idarî tedbir şeklinde ayrılmıştır²⁷. Bu nedenle, idarî yaptırımları genel olarak idarî para cezaları, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer idarî tedbirler ve disiplin cezaları alt başlıkları hâlinde sınıflandırabiliriz.

2.1. İdarî Para Cezaları

İdarî para cezaları, herhangi bir yargı kararına ihtiyaç olmaksızın kanunun verdiği yetki çerçevesinde yine kanunda öngörülen ihlâlin karşılığı olarak bir miktar paranın alınmasını gerektiren bir idarî yaptırım türüdür²⁸. Adlî para cezası da bir miktar paranın suçun faili tarafından ödenmesini öngörmekle birlikte, her iki para cezası karar mercii, para cezasının infazı ve para cezasının hukukî sonuçları

²⁵ OĞURLU, Yücel, İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma İdarî Ceza Hukuku ve İdarî Cezalara Karşı Başvuru Yolları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 88.

²⁶ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996, s. 151-152.

²⁷ İdarî cezaların regülatif cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezaları; idarî tedbirlerin geçici engelleme, idarî iznin geri alınması, eşyaya geçici el koyma ve atipik idarî tedbirler olarak ayırımına ilişkin Bkz. ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 11.

²⁸ KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 22.

yönünden ayırt edici özelliklere sahiptir²⁹. Kaldı ki, idarî para cezaları toplumsal düzenin korunmasını amaçladığı gibi, ihlâl edici davranışlarından dolayı ilgilileri ikaz etme fonksiyonunu da yerine getirmektedir³⁰.

İdarî para cezalarının türleri, maktu, nispi veya kanunda alt ve üst sınırları belirlenen cezalardır³¹. Maktu idarî para cezası, kanunda öngörülen haksızlık teşkil eden fiil karşılığında değişmeyen sabit bir miktarın uygulanmasıdır³². Maktu cezada ilgilinin kişiliği yönünden herhangi bir ayırım yapılmamakta olup, fiilin işlenmesi yeterlidir. Ceza miktarının tespitinde ise, fiilin işlendiği tarihte geçerli olan miktar önemlidir. Fiil tarihi ile yaptırım tarihinin farklı olması hususu, miktarın hangi tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre tespit edileceği sorununa neden olmaktadır. Bu durum karşısında, idarî işlem niteliğinde olan idarî yaptırımların yargısal denetimi fiilin işlendiği tarihteki kurallara göre yapılmalıdır³³.

Nispi idarî para cezası, ihlâl edilen hukuksal değer karşılığında ilgilinin elde ettiği menfaatin veya neden olduğu zararın büyüklüğüne bağlı olarak değişkenlik gösteren para cezasıdır³⁴. Asgari ücret, zararın ağırlığı, yaptırım konusu malın değeri gibi belli bir parasal değer üzerinden hesaplanmaktadır. Bu para cezası türünde alt ve üst sınır değerlerin belirlenmesi zorunlu değildir. Ancak, alt ve üst sınır ya da maktu

²⁹ GÜÇLÜ, Yaşar, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 96.

³⁰ MAHMUTOĞLU, İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi, s. 154.

³¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Bölümü Genel Kurulu, konu yönünden para cezalarını, kamu, tazminat, idarî ve disiplin olarak sınıflandırmak suretiyle kamu para cezalarını maktu ve nispi şeklinde ikiye ayırmaktadır. Genel Kurul'un bugünkü anlamda alt ve üst sınırları belirlenen para cezalarını ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan hareketle kanunda öngörülen asgari ve azami sınırlar arasında hâkim tarafından takdir edilen ve maktu para cezalarının içinde yer alan mütefavit para cezaları olarak değerlendirdiğine ilişkin Bkz. YİBCBGK, E:1984/1, K:1984/5, T:25.06.1984.

³² KANGAL, Zeynel Temel, Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 266-267.

³³ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 213.

³⁴ KANGAL, s. 279.

oranda bir alt limit öngörülebilir³⁵. İlgilinin statüsü de ceza miktarının belirlenmesinde etkindir. Aynı fiilin farklı hukukî statüye sahip kişiler tarafından işlenmesi ölçülülük ilkesi gereğince ceza miktarının değişmesine neden olmaktadır.

Diğer bir idarî para cezası türü, kanun koyucunun takdirine bağlı olarak, ihlâl edilen hukuksal değerın ağırlığıyla orantılı alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle belirlenir³⁶. Alt ve üst sınırlar içerisinde kalmak suretiyle ceza miktarının tespiti idarenin takdirindedir. İdare takdir yetkisini kullanırken 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde belirtildiği üzere, fiilin ağırlığı, ilgilinin kusuru ve ekonomik durumunu dikkate alarak hareket etmek zorundadır. Bu unsurlar değerlendirilerek ölçülülük ilkesi bağlamında yaptırım uygulanıp uygulanmadığını yargı organları re'sen denetlemektedir. Ayrıca, ilgilinin aleyhine kullanılan yetkinin gerekçesinin açıklanması idarenin bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında zorunludur. Zira ilgili, davacı sıfatıyla yargı organları önünde hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde savlarını ileri sürebilmesi için yaptırım gerekçesini bilmelidir. Ancak, gerekçe belirtme zorunluluğu sadece işlem metniyle sınırlı değildir. İdarî yaptırımın uygulanmasına kadar geçen hazırlık süreci içerisinde de gerekçe belirtilebileceği gibi, yargısal denetimde idarenin sunduğu savunma dilekçesinde de gerekçe ifade edilebilir.

İdarî para cezalarının ödenmesi ve yargısal yönden kesinleşmesine gelince, ilgili gerçek kişinin ölümü hâlinde idarî para cezasının ödeme ve kesinleşme unsurları yönünden farklı hukukî sonuçlar doğmaktadır. İlgilinin idarî para cezasını ödedikten sonra ölümü, henüz yargısal yönden kesinleşmeyen cezanın mirasçılara iadesini gerektirebilir. Mirasçılar tarafından idarî para cezasının iptali istemiyle açılan davanın lehlerine sonuçlanması durumunda söz konusu ceza miktarının mirasçılara iadesi zorunludur. Zira, terekenin varlığına dâhil olan ceza mirasçılarının hukukî menfaatini etkilemektedir. İlgilinin idarî para cezasını ödemediği ölmesi durumunda ise, cezanın yargısal yönden

³⁵ GÜÇLÜ, s. 102-103.

³⁶ KANGAL, s. 282.

kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın murisin fiilinden mirasçıları sorumlu tutulamayacağından cezanın terkinin gerekir.

Bununla birlikte, idarî yaptırımların idarî yönden kesinleşmesi ve uygulanabilir hâle gelmesi içinse yaptırım kararı verilmelidir. Yaptırım kararının kesinleşmesi için ayrıca yargı organlarınca hukuka uygun bulunması zorunlu değildir. Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki idarî para cezasını gerektiren kabahatler ile genel kolluk yetkileri kapsamında uygulanan idarî para cezalarının kesinleşmesi için bu cezalara karşı yargı yoluna başvuru hâlinde yaptırım kararının hukuka uygun bulunması gerekir. Sözelimi; emre aykırı davranış, dilencilik, gürültü, çevreyi kirletme gibi kabahatler karşılığında uygulanan yaptırım kararlarının yargısal uyuşmazlığa konu edilmesi durumunda yargısal kesinleşme gereklidir³⁷.

İlgilisi tarafından idarî para cezasının rızaen ödenmemesi nedeniyle ödeme emri düzenlenebilmesi için yargısal kesinleşmenin gerekli olduğu durumlar da vardır. Bu kapsamda, ödeme emri düzenlenebilmesi için ödeme emrinin dayanağı yaptırım kararının yargı organlarınca hukuka uygun bulunması gerekmektedir. Böylece, yaptırıma konu alacağın yargısal kesinleşmesinin zorunluluğu, idarenin alacağını tahsil etmesini engellemekte ve yaptırımın muhatabını zarara uğrama tehlikesinden korumaktadır.

Son olarak idarî para cezalarında tekerrür müessesesine değinilecek olursa, tekerrür, ihlâle yönelik fiilin belli bir süre içerisinde tekrar işlenmesi hâlinde ilk uygulanan ceza miktarının artırılmasıdır. Tekerrür, ilk fiil karşılığında uygulanan ceza miktarının caydırıcılığının ilgilinin nezdinde yeterli olmamasından kaynaklanmaktadır. Öyle ki, ilgili ikinci fiili nedeniyle daha yüksek miktarda idarî para cezasına muhatap olacağını bildiği hâlde hukuka aykırı davranış veya eylemde bulunmaya devam etmektedir³⁸. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için ilgili tarafından aynı fiilin öngörülen sürede tekrar işlenmesi

³⁷ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 234-235.

³⁸ KANGAL, s. 359.

gereklidir³⁹. Aynı fiilden kasıt, fiilin tipiklik ilkesine uygunluğudur. Her maddî olayda fiilin aynılığı ihlâl bakılarak belirlenmelidir⁴⁰.

2.2. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi ve Diğer İdarî Tedbirler⁴¹

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde, idarî tedbirlerin mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlardaki diğer tedbirler olduğu ifade edilmiş, anılan Kanun'da diğer tedbirler örneklem yapılarak sayılmıştır. İdarî tedbirlerin caydırıcı özelliği bulunmamakta olup, bu tedbirler kamu hizmetlerinin sağlıklı yürütülmesi ve kamu düzeninin sağlanması fonksiyonlarını üstlenmektedir⁴². İdarî tedbirler vasıtasıyla işlendiği tarihte haksızlık oluşturmayan, fakat gelecekte haksızlık oluşturma olasılığı bulunan fiile ilişkin bu olasılığın gerçekleşmesi engellenmektedir⁴³.

Yaptırımlardan farklı olarak idarî tedbirlerin engelleme, koruma gibi amaçlara hizmet etmesi beklenir. Ancak söz konusu amaçların yerine getirilebilmesi için başvuru tedbirlerin muğlak ve sınırlarının belirsiz olmaması gerekir. Fiilin cezalandırılması esasına dayanmayan idarî tedbirler önlem mahiyetindedir. Yaptırımların ise, fiilin tekrar işlenmemesi hususunda ilgilileri disipline edici bir niteliği bulunmaktadır. Yaptırımların bu özelliği, ilgilileri ikinci kez ihlâl edici bir davranışta bulunmaktan alıkoymaya matuftur. Zira ikinci kez bir ihlâl gerçekleştiğinde ilgililer daha ağır bir yaptırım uygulanacağını kanunilik ilkesi gereğince önceden bilmektedir.

Yaptırım-tedbir ayrımı kapsamında, fiilin hem yaptırım ve hem de tedbir uygulanmasını gerektirmesi hâlinde “ne bis in idem ilkesi” ihlâl

³⁹ KANGAL, s. 355.

⁴⁰ ULUSOY, İdarî Yaptırımlar, s. 110.

⁴¹ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemiyle yapılan başvurunun, uyuşmazlık konusu kuralın hukukî belirlilik ilkesine aykırı olmadığı, farklı nitelikte idarî tedbirler olduğu, kanun koyucunun da yeni tedbirlere ilişkin düzenleme yapabileceği, dolayısıyla idarî tedbirlerin bütünüyle yasal olarak belirlenmesi zorunluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin Bkz. AYM, E:2007/115, K:2009/80, T:11.06.2009.

⁴² ULUSOY, İdarî Yaptırımlar, s. 175.

⁴³ ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 147.

edilmemiş olacaktır. İdarî tedbirler caydırma amacı taşımadığı için aynı fiile iki defa idarî yaptırım uygulanmamış kabul edilecektir⁴⁴. Kamu ihalesine katılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması, akaryakıt istasyonunun tamamının ya da ilgili kısımlarının mühürlenmesi, ürün güvenliğine ilişkin teknik özellikleri taşımayan malların piyasadan toplatılması gibi idarî tedbirlerin uygulanması ilgili mevzuatta öngörülen idarî yaptırımların tesis edilmesini engellemektedir. Bilâkis yaptırım-tedbir ayrımı çerçevesinde kanun koyucu tarafından her ikisinin de uygulanabileceği öngörülmüştür⁴⁵.

Yargı kararlarında yaptırım-tedbir ayrımının ölçütü olarak ihlâl karşılığında öngörülen cezanın mahiyeti kabul edilmektedir. Sözgelimi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndaki yasaklama idarî yaptırım niteliğindedir. 4734 sayılı Kanun'daki yasaklama yaptırımı, ticarî bir faaliyetin süreli olarak durdurulmasını ve yasaklama süresinin bitimine kadar hakkında yasaklama kararı verilen kişinin faaliyette bulunamamasını amaçlar. Danıştay da, yasaklama işleminin, ihale aşamasındaki ve/veya sözleşmenin imzalanmasından sonraki fiil veya davranışlar nedeniyle, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen fiil ve davranışları gerçekleştirenlere yönelik belirli bir süreliğine uygulanan yaptırımı ifade ettiği görüşündedir⁴⁶.

Benzer şekilde, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca ihalelere katılmayacak isteklilerin ihalelere katılmaları hâlinde geçici teminat irat kaydının da yaptırım olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Geçici teminat, isteklilerin ihalelere katılabilmek için teminat olarak kabul edilecek değerler çerçevesinde sunmak zorunda olduğu malvarlığı unsurudur. Teminatın irat kaydıyla söz konusu unsur idarenin mülkiyetine geçmekte, isteklinin malvarlığı değeri bu unsur oranında

⁴⁴ ULUSOY, İdarî Yaptırımlar, s. 111.

⁴⁵ Örneğin, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesinde, bu Kanuna göre idarî para cezaları, tedbirler ve lisans iptallerinin uygulanmasının bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacağı, bu Kanuna göre verilen idarî para cezaları, alınan tedbirler ve lisans iptallerinin diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemeyeceği; 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun 20. maddesinde, bu Kanuna göre verilen idarî para cezalarının, idarî önlemlerin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği kurala bağlanmıştır.

⁴⁶ Danıştay 13. D, E:2014/3416, K:2018/530, T:16.02.2018.

azalmaktadır. İrat işleminin geri alınması ya da işlemin yargısal denetimi sonucunda iptal kararı verilmesi dışında istekli idareye sunduğu geçici teminat tutarı üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmektedir. Geçici teminat iradının, isteklinin hukuka aykırı bir fiili karşılığında uygulanması öngörülen yaptırım olduğu anlaşılmaktadır.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine gelince, Anayasa'nın 35. maddesi çerçevesinde temel hak ve hürriyet niteliğindeki mülkiyet hakkının sadece kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği, toplum yararına aykırı şekilde kullanılmayacağı belirlenmiştir. Bir idarî yaptırım türü olan mülkiyetin kamuya geçirilmesinde, mülkiyet hak sahibinden ilgili kurumlara geçmektedir. Burada toplum yararına aykırı kullanım neticesinde mülkiyet el değiştirmektedir⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, ceza hukukundaki müsadere ile hukukî sonuçları aynı olan, fakat karar mercii ve amaç yönünden farklılaşan idarî bir tedbirdir⁴⁸. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi için haksızlık teşkil eden fiilin varlığı gereklidir. Kabahat için diğer unsurların bulunması zorunlu değildir⁴⁹.

2.3. Disiplin Cezaları⁵⁰

Disiplin cezaları, idarenin iç düzeninin ihlâli hâlinde uygulanan yaptırımlardır. Kamu hukukunda özel bir statüye sahip olan ilgililerin görev ve sorumluluklarına aykırı hareket etmesi statüler hukuku olan idare hukukuna da aykırılık teşkil edecektir. Çünkü, disiplin cezaları suç karşılığında uygulanan cezalardan farklı olarak idare ile statü sahibi kişi arasındaki ikili ilişkinin ihlâlinin karşılığıdır⁵¹. Kaldı ki, disiplin cezaları idare tarafından ve idare hukuku kuralları çerçevesinde uygulanarak

⁴⁷ GEDİK Doğan/YÜCE Ersoy, Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 86.

⁴⁸ OĞURLU, s. 96-97.

⁴⁹ KANGAL, s. 308.

⁵⁰ Disiplin cezalarının yanı sıra geçici olarak görevden uzaklaştırma, görev yeri değişikliği şeklindeki disiplin tedbirlerinin de disiplin yaptırımları olarak kabul edildiğine ilişkin Bkz. IŞIKLAR, Celâl, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 54.

⁵¹ ZANOBİNİ, s. 80.

genel cezalardan ayrılmaktadır⁵². Disiplin cezalarında aidiyet veya mensubiyetten kaynaklanan sorumluluk söz konusudur⁵³. Buradaki aidiyet veya mensubiyet gönüllülük esasına dayalı olmayıp, genellikle kanuni zorunluluktan doğmaktadır.

Belli bir hukukî statüye sahip ilgililerin idareye karşı sorumluluğu kamu hizmetinin düzenli yürütülmesi gereğinin bir unsuru olduğu gibi, idarenin iç işleyişindeki hiyerarşik ilişkiyi sağlamanın da bir aracıdır. Bu sorumluluk çerçevesinde idarenin yapılmasını emrettiği veya yasakladığı fiil ya da davranışlarda bulunmamanın/bulunmanın hukukî sonucu disiplin cezalarıdır⁵⁴. Sorumluluğun mahiyeti veya ihlâlin ağırlığı/hafifliği uygulanacak disiplin cezasını belirleyen unsurdur. Fiil ya da davranış ile ceza arasındaki mâkul denge ise idarenin ulaşmak istediği amaçla ölçülü olmalıdır⁵⁵.

Disiplin cezalarının idarî yaptırım olup olmadığı hususuna gelince, organik ve fonksiyonel ölçüt dikkate alındığında bu cezaların idarî yaptırım olarak kabulü gerekmektedir. Organik ölçüt uyarınca, disiplin cezaları idarî bir organ ya da kurul tarafından uygulanmaktadır. Disiplin cezaları düzenlenirken bu cezaları hangi makamın vereceği de belirlenmektedir. Cezayı verecek amirin, organın, kurulun tespiti öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri gereğidir. Fonksiyonel ölçüt uyarınca ise, disiplin cezaları kamu hizmetinin işleyişindeki aksaklıklara karşı bir yaptırım olarak caydırıcı nitelik taşımaktadır. Diğer idarî yaptırımlar gibi, disiplin cezalarının işlevi de düzenin korunmasını sağlamaktır⁵⁶.

⁵² ARAT Nilay/BAL YALÇIN Burçak, “İdare Hukuku-Ceza Hukuku Sarkacında Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Bir Hak İhlali Kararı Üzerinden Yeniden Düşünmek”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı 1, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 121.

⁵³ ULUSOY, İdarî Yaptırımlar, s. 150.

⁵⁴ ULUSOY, İdarî Yaptırımlar, s. 149.

⁵⁵ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt:2, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 778.

⁵⁶ OĞURLU, s. 105.

Disiplin cezalarının⁵⁷ türlerine değinmek gerekirse, mer'î mevzuatta disiplin cezalarının türleri arasında yeknesaklık bulunmamaktadır⁵⁸. İlgili idarenin yapısı ve işleyişi ile personelinin statüsüne göre ceza çeşitliliği değişmektedir. İdarenin emir ve yasaklarına aykırı davranılmasının yaptırımı, ilgilinin fiiline uygun düşen disiplin cezası ile tecziye edilmesidir⁵⁹. Fakat uygulamada disiplin cezası olmayan, ilgilinin eyleminin hukuken karşılıksız bırakılmaması esasına dayanan suî generis yapıda nazar-ı dikkat çekme veya yazılı uyarıya da rastlanılmaktadır. Uygulamadaki adıyla nazar-ı dikkat çekme, muhatabının daha dikkatli davranması hususunda uyarılması şeklinde tanımlanabilir. Bu tanım, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki uyarma cezasıyla aynı mahiyette olmasına rağmen nazar-ı dikkat çekmenin yaptırım olarak kabul edilmemesi ayrıldıkları noktadır. Zira nazar-ı dikkat çekme muhatabı üzerinde diğer disiplin cezalarında olduğu gibi herhangi bir hukukî sonuç doğurmamakta ve caydırıcılığı da bulunmamaktadır⁶⁰.

Fiilin aynı zamanda suç olmasının disiplin cezaları üzerindeki etkisine yönelik olarak ise, idarenin hiyerarşi gücünün uzantısı olan disiplin cezalarının idarî yaptırım niteliğinde olması, ceza hukukuna göre suç teşkil eden fiile disiplin cezasının uygulanmasına engel değildir⁶¹. Muhatabı hakkında ceza soruşturmasıyla birlikte aynı zamanda disiplin soruşturması da başlatılmakta ise de, genellikle ceza soruşturmasının sonuçlanması beklenmektedir. Ceza soruşturmasının sona erdirilmesi ya da kovuşturma aşamasına geçilerek yargılama neticesinde verilen hüküm, eylemin ayrıca disiplin yönünden

⁵⁷ Öğretideki genel kabul disiplin cezaları üzerinden sınıflandırma yapılması olmakla birlikte, salt idare hukukuyla sınırlı olarak tasnif yapılmaması ve disiplin tedbirlerinin de söz konusu tasnifte dikkate alınması çerçevesinde kamu disiplin yaptırımlarının sınıflandırılmasına ilişkin Bkz. İŞIKLAR, s. 178-179.

⁵⁸ Örneğin, disiplin cezalarının kamu görevlilerine, meslek mensuplarına ve öğrencilere yönelik olmak üzere üçe ayrıldığı, bu ayrımın da kendi içinde alt ayrımı olduğuna ilişkin Bkz. ULUSOY, Türk İdare Hukuku, s. 465.

⁵⁹ GÜNDAY, s. 237-238.

⁶⁰ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt:1, s. 837.

⁶¹ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt:2, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1189.

değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. İdare eylemin niteliğine uygun düşüşü ölçüde cezaya yer olup olmadığını takdir edecektir.

3. CEZA HUKUKUNDA ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA

Suç ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca harekete veya neticeye hukukî bir sonuç bağlanıyorsa bu sonucun bağlandığı zamanın tespiti gerekmektedir. Hareket veya neticeye ilişkin fiilin suç sayılıp sayılmadığı, o fiilin işlendiği anda yürürlükte olan kanun kapsamında değerlendirilecektir⁶². O hâlde zaman bakımından uygulama, fiilin işlendiği ana göre yürürlükteki kanun çerçevesinde değerlendirilmesidir. Fiilin suç olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve yaptırım uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin “fiilin işlendiği zaman” kriteri esas alınmaktadır⁶³.

Ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması aynı zamanda kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Nitekim, zaman bakımından uygulama 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Maddede işlendiği tarihte suç sayılmayan fiilden dolayı ilgilinin cezaî sorumluluğuna gidilemeyeceği, kanun gereği işlendiği tarih itibarıyla suç olan fiilin sonradan yürürlüğe giren kanun veya değişiklikle suç olmaktan çıkarılması hâlinde ilgilinin cezaî sorumluluğunun ortadan kalkacağı, eğer ilgili hakkında hüküm verilmişse infazın durdurularak hükme bağlı neticeleriyle birlikte hükmün uygulanmasının sona ereceği, fiilin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren kanun veya değişikliklerin ilgilinin lehine olması hâlinde geriye yürüyeceği kurala bağlanmıştır.

Kanunen zaman bakımından uygulamanın esasını ise geçmişe yürüme, derhal uygulama, ileriye yürüme ilkeleri oluşturmaktadır⁶⁴. Suçun işlendiği zaman yürürlükte olmayan kanunun yürürlüğü öncesindeki durumlara uygulanması geçmişe yürüme, yeni kanunun

⁶² ÖZEN, s. 123.

⁶³ KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 75.

⁶⁴ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 70.

yürürlük süresi içerisindeki işlenen fiillere uygulanması derhal uygulama, ilga edilen bir kanunun yürürlükten kaldırıldıktan sonra işlenen fiillere uygulanmaya devam edilmesi ileriye yürümedir⁶⁵. Bu ilkeler suçun oluşması için gerekli unsurlarda, ilgilinin cezalandırılabilirliğine ilişkin koşullarda, fiilin karşılığı yaptırımlarda ve cezaya bağlı hukukî sonuçlarda yeni bir kanun veya değişiklik hâlinde değerlendirmeye tâbi tutulacaktır⁶⁶.

Eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilen⁶⁷ geçmişe yürüme yasağı, sadece işlendiği zaman suç sayılmayan bir fiilin cezalandırılmasında değil, suçun unsurlarında da yapılan aleyhe değişikliklerin geçmişe yürütülmesini önlemektedir⁶⁸. Fiilin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren kanun veya değişiklikle suçun ceza miktarının artırılması, fiilin suç olarak nitelendirilmesinin daha kolay koşullara bağlanması, cezaya bağlı hukukî sonuçların ağırlaştırılması ilgilinin aleyhinedir⁶⁹. Bununla birlikte, kanun koyucunun öngördüğü kuralların niteliğine göre geçmişe yürüme yasağının kapsamı değişmektedir. Eğer yapılan değişiklik maddî ceza hukukuna ilişkin ise fiil işlendiği tarihten sonra yürürlüğe girdiği için esasen geriye yürümez. Ancak değişiklik şikâyet, izin veya talep gibi kovuşturmayı etkileyen şekli ceza hukukuna yönelikse aksi öngörülmedikçe ilgilinin aleyhine ya da lehine olup olmadığı dikkate alınmaksızın tamamlanmamış işlemlere derhal uygulanmalıdır⁷⁰.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür dışında infaz rejimine ilişkin kanun veya

⁶⁵ ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 123.

⁶⁶ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 143.

⁶⁷ ÖZKAN, s. 178.

⁶⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 126.

⁶⁹ ÖZGENÇ, s. 142.

⁷⁰ TULAY, Muhammed Emre, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 2734.

değişikliklerin derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, bu üç istisna dışında infaz rejimi değişiklikleri ilgilinin aleyhine ya da lehine olup olmadığına bakılmaksızın yürürlük tarihinden itibaren derhal uygulanacaktır. Erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrürde sonradan yürürlüğe giren kanun veya değişiklikler ilgilinin aleyhine ise geçmişe yürüme yasağı kapsamındadır. Kanun koyucunun bu tercihi yargılama hukukuna ilişkin kuralları içermediğinden bu yöndeki düzenlemelerde derhal uygulama ilkesi geçerlidir⁷¹.

Derhal uygulama ilkesi gereğince, yargılama hukuku ile infaz rejimine ilişkin kanunlar veya değişiklikler aksi öngörülmedikçe yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmaya başlanacaktır. Ancak yargılama hukukunda sonradan yürürlüğe giren kanun veya değişikliğin tamamlanmış işlemler üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁷². Tamamlanmış işlemlerin sonradan yürürlüğe giren kanun veya değişikliğe göre yenilenmesi yargılama sürecini en başa götürür ki, yargılamanın yapılması mümkün olmaz⁷³. İnfaz rejimine ilişkin kanun ya da değişiklikler ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen istisnalar dışında derhal uygulanacaktır⁷⁴.

Usûl kurallarına ilişkin sonradan yürürlüğe giren kanun veya değişiklikler de derhal uygulanır. Bu durumun esası, usûl kurallarının kamu düzeninden olması ve her yeni yapılan değişikliğin bir öncekine kıyasla beklenen amacı gerçekleştireceği anlayışından ileri gelmektedir. Mevcut usûl kurallarının hiç değişmeyeceği düşüncesinin hukuk düzenince korunmamasından dolayı tarafların kazanılmış hakkı bulunmamaktadır. Tamamlanmış ya da tamamlanmamış usûl işlemi

⁷¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 76-77.

⁷² 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448. maddesinde, anılan Kanun hükümlerinin tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı belirtilmiştir.

⁷³ Yargıtay CGK, E:2017/5.MD-1019, K:2020/507, T:08.12.2020.

⁷⁴ Ancak infaz rejiminde koşulların ağırlaştırılmasına dair değişikliklerin infazı devam eden cezalara uygulanmaması gerektiğine ilişkin Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 124.

ayrımı, derhal uygulama ilkesinin nasıl yorumlanacağıının sınırını oluşturmaktadır⁷⁵.

Ceza hukukunda zaman bakımından uygulamada, bazen fiilin işlendiği tarihten sonra birden fazla hukukî değişiklik yapılabilir. Bu hâlde, en son yürürlüğe giren değişiklikten geriye doğru her bir değişikliğin fiil üzerindeki etkisi saptanmalıdır. Değişikliklerin etkisi birbirleriyle karşılaştırıldıktan sonra ilgilinin lehine olan kanun belirlenecektir. Böyle bir belirleme için yaptırımın türü, alt ve üst sınırı, bir başka yaptırıma dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği, yaptırımın ertelenebilir olup olmadığı, kovuşturma kriterleri ve infaz rejimi değerlendirilecektir⁷⁶. Yani, somut olay ölçütüyle lehe kanun olup olmadığı anlaşılmaktadır⁷⁷.

Kanun koyucunun lehe kanunun belirlenmesine ilişkin açıkça herhangi bir kural öngörmediği dönemde, mülga 04.04.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 402. maddesinin 1. fıkrası uyarınca lehe kanun uygulanmaktaydı. Anılan fıkra uyarınca, mâhkumiyet hükmünün yorumunda doğan tereddüdün giderilmesi bakımından mahkemeden karar istenmesi yöntemine başvurulmak suretiyle lehe kanun belirlenmekteydi. Daha sonra 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesi ile 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98. ve devamı maddelerinde lehe kanunun saptanması ve uygulanmasında başvurulacak yöntem kurala bağlandı⁷⁸.

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinde, eski ve yeni kanunların bir bütün olarak maddî olaya yansıtılması suretiyle elde edilecek sonuçların karşılaştırılarak lehe olan kanunun belirleneceği düzenlenmiştir. Çapraz uygulamayla hüküm tarihine kadar yürürlükteki kanun veya

⁷⁵ Yargıtay HGK, E:2017/12-2253, K:2018/1718, T:15.11.2018.

⁷⁶ HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 31-32.

⁷⁷ YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 239.

⁷⁸ Yargıtay CGK, E:2016/5-1238, K:2019/718, T:24.12.2019.

değişiklikleri ayrı, hükmün infazı sırasında yürürlükteki kanun veya değişiklikleri ayrı dikkate alarak lehe kanun olup olmadığı tespit edilebilecektir. Bununla birlikte, hükmün verileceği tarihte olaya uygulanması gereken kuralların sadece bir kanunda düzenlenmiş olması zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle, lehe kanun belirlenirken bir ceza hukuku müessesesine ilişkin farklı kanunlarda öngörülen kurallar varsa bu kurallar birlikte değerlendirilmelidir⁷⁹. Öte yandan, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98. maddesinde de, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 402. maddesinin 1. fıkrasına benzer bir düzenleme yapılmıştır⁸⁰.

Belirtmek gerekir ki, lehe kanun olup olmadığı incelenirken iki kanunun bütün hükümlerinin karşılaştırılmak suretiyle hangi kanunun lehe, hangi kanunun aleyhe olduğunun tespiti yerine eski ve yeni kanunun ilgili lehine olan hükümlerinin birleştirilerek üçüncü bir kanun oluşturulması ve bu kanunun lehe kanun olarak uygulanması mümkün değildir⁸¹. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Ceza Genel Kurulu da lehe kanunun nasıl belirleneceğinin yöntemini açıklarken, fiil tarihinde yürürlükteki kanun ile daha sonra yürürlüğe giren kanunun karma şekilde uygulanmamasına karar vermiştir⁸².

Zaman bakımından uygulama ilkesi süreli ve geçici kanunlar açısından incelendiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu tür kanunların yürürlükte kaldıkları süre içerisinde işlenen fiiller yönünden

⁷⁹ ÖZGENÇ, s. 145-146.; Çapraz uygulamada hukukî kurumlara ait kuralların birden fazla kanunda bulunması hâlinde söz konusu kanunların tamamı birlikte değerlendirilir. (Yargıtay CGK, E:2017/6-82, K:2019/71, T: 05.02.2019.)

⁸⁰ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Madde-98 (Değişik:14.04.2020-7242/41 md.) (1) a) Mâhkumiyet hükmünün yorumunda duraksama olursa veya sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse, hükmü veren mahkemeden, b) Çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa ya da cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülürse, infaz hâkimliğinden, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için karar istenir. (2) Birinci fıkra uyarınca yapılan başvurular cezanın infazını ertelemez. Ancak, mahkeme veya infaz hâkimliği olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir.

⁸¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 81.

⁸² YİBCGK, E:1937/23, K:1938/9, T:23.02.1938.

uygulanacağı belirtilerek ileriye yürürlük ilkesi uygulama alanı bulmuştur. Bu kapsamda, süreli ve geçici kanunların yürürlükte kaldığı dönemde işlenen suçlar bakımından, söz konusu kanunlar yürürlükten kaldırıldıktan sonra lehe bir kanun veya değişiklik yapılırsa yeni düzenleme geriye yürümeyecektir. Süreli ve geçici kanunlarda yapılan ilgilinin lehine olan değişikliğin uygulanamamasının nedeni, bu kanunların çıkarılma sebeplerinin ortadan kalktığı gerekçesiyle yürürlükten kalkmalarıdır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucunun izlediği suç politikasındaki değişiklik nedeniyle süreli ve geçici kanunlar yürürlükten kalkmadığından ilgilinin lehine olan değişiklik geriye yürümez⁸³. Süreli ve geçici kanunların yürürlükte olduğu süre boyunca yapılan değişikliklerde ise, zaman bakımından uygulama hükümleri geçerli olacaktır. Zira, süreli ve geçici kanunlar yürürlükten kalkmadan önce fiil suç olmaktan çıkarılabilir⁸⁴.

Fiil ve hüküm tarihinde yürürlükte olan ya da fiil ve hüküm tarihi arasında yapılan birden fazla değişiklik ise, her somut olay çerçevesinde değerlendirilerek ilgilinin en lehine olan hükümler belirlenecektir. Kanun koyucu da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "kanunların" ibaresini kullanarak aradaki kanunun söz konusu belirlemenin bir unsuru olduğunu öngörmüştür. Fiil tarihi ile hüküm tarihi arasında yürürlüğe giren ve yürürlükten kaldırılan kanun veya değişiklikler aradaki kanun olarak tanımlanır⁸⁵. Aradaki kanunda ilgilinin lehine düzenleme varsa lehe kanun ilkesi uygulanacaktır⁸⁶.

4. ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARININ ETKİSİ

Anayasa'nın 153. maddesinde, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümlerinin, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe

⁸³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 81.

⁸⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 34.

⁸⁵ ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 96.

⁸⁶ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 146.

gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği ve iptal kararlarının geriye yürümeyeceği kurala bağlanmıştır. Yüksek mahkemenin iptal kararlarının etkisi, iptal edilen kuralın yürürlükten kalkmasıdır⁸⁷.

İptal kararları, hukukî sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten itibaren doğurduğundan kural olarak geriye yürümez. İptal kararlarının bu özelliği, idarî yargıda verilen iptal kararlarıyla ayrılmaktadır. Geriye yürümeme dolayısıyla iptal kararından önce tesis edilen işlemler etkisini sürdürür⁸⁸. İdarî yargıda iptal kararları geriye yürüdüğünden işlem tesis edildiği tarihten itibaren hukuk aleminde doğmamış kabul edilir. İptal kararlarının geriye yürüyüp yürümemesi meselesi bu kararların anayasa yargısı ile idarî yargıda sahip olduğu niteliği de belirlemektedir. Anayasa yargısında iptal kararları inşaî hüviyette iken, idarî yargıda açıklayıcı hüviyettedir⁸⁹.

İptal kararlarının geriye yürüyüp yürümemesi hususu adalet ile hukuk güvenliği ilkeleri arasında yapılan tercihin bir sonucudur⁹⁰. Eğer iptal kararlarının geriye yürümeyeceği mutlak olarak kabul edilirse, iptal kararı öncesinde ve sonrasında işlenen aynı fiile farklı kuralların uygulanmasının eşitsizliğe neden olacağı savunulmaktadır. Benzer şekilde henüz yargısal olarak kesinleşmemiş davaların da iptal kararının hukukî sonuçlarından etkilenmeyeceği belirtilmektedir⁹¹.

İptal kararlarının geriye yürümeyeceği kuralının dar bir biçimde yorumlanması, Anayasa'ya aykırılık iddiasının soyut ya da somut norm denetimi neticesinde haklı bulunduğu hâllerde ilgililer yönünden

⁸⁷ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt:2, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 814.

⁸⁸ ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 376.

⁸⁹ EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1137-1138.

⁹⁰ KUZU, Burhan, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LII, Sayı 1-4, 1987, s. 201.

⁹¹ MEMİŞ, Emin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdarî Yargı Kararları Örnekleri", Prof. Dr. Selahattin Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Beta Basım, İstanbul, 1999, s. 469.

hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açar. İptal kararının doğurduğu hukukî sonuçtan menfaati olan herkesin yararlanması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Sözgelimi, ilgilinin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunun olumsuz neticelendiğinden bahisle sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin 17.08.2018 tarihli işlemin yargısal denetiminde, Anayasa Mahkemesi'nce 19.02.2020 tarihinde işlemin dayanağı olan 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının iptaline karar verildiği anlaşılmıştır. Bu karar, 28.04.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucunun iptal kararının yürürlük tarihinden sonra henüz düzenleme yapmadığı dikkate alındığında, mevcut davaların Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen kural uyarınca çözümlenemeyeceği saptanmıştır. İptal kararı geriye yürütülerek işlem hukuka aykırı bulunmuştur⁹².

Yine, zabıta memuru olarak görev yapan ilgilinin Belediye Zabıta Yönetmeliği'nin 40. maddesi uyarınca meslekten çıkarılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 51. maddesinin 3. fıkrasındaki zabıta memurlarının meslekten çıkarılmasının yönetmelikle düzenleneceği yolundaki kuralın Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca iptal kararlarının derdest davalara da uygulanması gerektiği, bu hukuksal durumun doğal sonucu olarak hak veya menfaatleri ihlâl edilen ilgililerin de iptal kararının sonuçlarından yararlanabileceği, bu durumda tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığına karar verilmiştir⁹³. İptal edilen kuralın diğer uyuşmazlıklarda da yok hükmünde kabul edilmesinin benimsenmesi⁹⁴ dolaylı olarak yaptırımın muhatapları bakımından lehe düzenlemedir. Disiplin cezasının dayanağı kuralın iptal edilmesinden dolayı cezasızlık hâli söz konusudur. Bu cezasızlık hâli,

⁹² Danıştay 12. D, E:2020/1717, K:2020/4315, T:15.12.2020.

⁹³ Danıştay 12. D, E:2019/35, K:2019/3901, T:22.05.2019.

⁹⁴ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 23, Sayı 3, 1990, s. 6.

kanunen fiilin ihlâl olmaktan çıkarılmasıyla aynı hukukî sonuca matuftur.

İptal kararlarının derdest davalara etkisine yönelik genel bakış açısından ayrıksı olarak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu edilen kural gereğince tesis edilen ve söz konusu iptal kararının verilmesinden önce tamamlanmış bir işleme karşı, iptal kararı kesinleştikten sonra idarî yargıda dava açılması hâlinde bu davanın iptal kararının sonuçlarından etkilenip etkilenmeyeceği de önem arz etmektedir. Bu konuda, iptal kararının kendiliğinden idarî yargıdaki derdest davaları etkilediği kabulünden hareketle iptal kararlarının geriye yürütmesine ilişkin yapılacak geniş bir yorumun zorlama bir yorum olacağı ileri sürülmektedir. Yöntem olarak somut norm denetimi yoluna başvurulması ve bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği iptal kararına atıfta bulunarak durum tespitini içeren başvurunun reddine ilişkin bildirici nitelikteki kararı ilgili yargı organını bağlayacaktır⁹⁵. Böylece, Anayasa Mahkemesi'nin kesinleşmiş bir iptal kararından sonra dava konusu edilen ancak iptal kararından önce tesis edilen bir idarî yaptırımın yukarıda aktarılan usûl izlenerek iptaline karar verilmesi hukuk devleti ilkesine daha uygun düşecektir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının yürürlük tarihini bir yıla kadar erteleme yetkisine sahiptir. Ertelemeye ilişkin bu kuralın öngörülmesinin nedeni, iptal kararının yol açacağı boşluğu önlemek ve yeni bir kural ihdası için kanun koyucuya yeterli süre vermektir. Kötünün iyisi olarak ifade edilebilecek bu durum Anayasa Mahkemesi'nin bir tercihte bulunma zorunluluğunun sonucudur. Mahkeme iptal kararının yürürlüğe girişini erteleyerek Anayasa'ya aykırı olan bir kuralın öngördüğü süre içerisinde yürürlükte kalmasını hukuken daha uygun bulmaktadır⁹⁶. Aksi takdirde, kamu düzenini etkileyebilecek olumsuz durumlar ya da hukuk boşluğuyla karşılaşılabilir⁹⁷.

⁹⁵ AZRAK, Ülkü, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt I, 1984, s. 163.

⁹⁶ ANAYURT, s. 377.

⁹⁷ GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt:2, s. 815.

Bununla birlikte, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmesi yürütme ve yargı organlarını iptal kararından bağışık kılmayacaktır⁹⁸. Ancak, somut norm denetimi sonucunda verilen iptal kararlarının yürürlüğe girişinin ertelenmesi hâlinde iptal başvurusunda bulunan yargı organının hangi kuralı uygulayacağı sorusu izaha muhtaçtır⁹⁹. Zira, yargı organının Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını dikkate almadan uyuşmazlık hakkında hüküm kurmasının somut norm denetimini etkisizleştireceği savunulmaktadır¹⁰⁰.

Bu kapsamda, iptal kararı ileri bir tarihte yürürlüğe gireceği için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulması üzerine verilen iptal kararının sonuçlarından yararlanması gereken ilgili taraf, yargı organlarının işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükteki kurallara göre muhakemeyi sürdürmesi hâlinde söz konusu iptal karardan yararlanamayacaktır. Yargı organları sırf iptal kararının yürürlük tarihi ertelendiği için Anayasa'ya aykırı bulunan kural gereğince karar verecektir. Sorunun çözümüne yönelik olarak, iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesinden dolayı iptal edilen mevcut kural bağlamında yargılamanın yapılması veya hukukî yönden kesinleşmeyen işlemlerle sınırlı olarak iptal kararının uygulanması ya da kanunların Anayasa'ya uygun olma ve yargı organlarının önce Anayasa kurallarını uygulama zorunluluğu karşısında Anayasa'ya aykırılığı alenileşen bir kuralın hukuken yok hükmünde olduğunun değerlendirilmesi önerilmektedir¹⁰¹.

Çözüm önerilerinden hangisinin uygulanacağını tercihi, somut olaya ya da yorum farkına göre değişmektedir. Anayasa'ya aykırılığı saptanan kurala ilişkin iptal kararının yürürlük tarihinin ertelenmesi, idarî yaptırım kararının verildiği tarihte yürürlükte olmasından dolayı bu kural uyarınca yargısal denetimin yapılmasına engel değildir. İşlem

⁹⁸ ULER, Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür”, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988, s. 527.

⁹⁹ EREN, s. 1138-1139.

¹⁰⁰ YASİN, Melikşah, “Anayasa Mahkemesince Verilen “Ertelemeli İptal Kararlarının” Uygulanması Sorununa Danıştay'ın Yaklaşımı”, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 988.

¹⁰¹ ALİEFENDİOĞLU, s. 10-11.

tarihinde yürürlükteki kurallar gereğince yargısal denetim yapılacağı yönündeki içtihat idarî bir işlem türü olan idarî yaptırımlar için de geçerlidir. Eğer iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten sonra yeni bir düzenleme yapılırsa zaman bakımından uygulama ilkesinin maddî fiil yönünden geçerliliği araştırılmalıdır. Sözgelimi, öğretim üyesi olarak görev yapan ilgilinin “intihal” fiilini işlediğinden bahisle, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 11/n maddesi gereğince meslekten çıkarma cezası ile tecziyesine yönelik 03.12.2014 tarihli işlemin iptali istemiyle yargı yoluna başvurulmuştur. Yargısal denetimde, Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli kararıyla, anılan Yönetmeliğin dayanağı 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) bendinin ikinci cümlesinin iptaline karar verdiği, söz konusu iptal kararının 08.01.2016 tarihinde yürürlüğe girdiği, 02.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin yeniden düzenlendiğine işaret edilmiştir. Maddenin yeni hâlinde, cezaya konu fiilin kamu görevinden çıkarma sebepleri arasında sayılmadığı, bu fiilin üniversite öğretim mesleği görevinden çıkarma cezasını gerektirdiği, ilgilinin lehine olan bu durumun dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır¹⁰². Karardan da anlaşıldığı üzere, zaman bakımından uygulama ilkesinin değerlendirilmesi yeni düzenleme yapılmasına bağlıdır.

Disiplin cezalarında erteleme süresine atfedilen asıl değer, iptal kararının ortaya çıkaracağı boşluğun kamu düzeninin bozulmasına neden olacağı düşüncesinden ileri gelmektedir. Boşluğun düzeni ihlâl edeceğine dair yaklaşım, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin anayasal kural karşısında sadece yasama organını yükümlü kılmamaktadır. Disiplin cezaları yönünden ayrıksı olan bu durumda, henüz yürürlüğe girmeyen iptal kararı gereğince karar verilmesi hâlinde erteleme süresinde işlenen disiplin fiilleri ile hukuken kesinleşmemiş disiplin cezalarına yaptırım uygulanamaması söz konusu olacağından yargı organları da boşluğun düzeni ihlâlinden sorumlu olacaktır¹⁰³.

¹⁰² Danıştay 8. D, E:2016/695, K:2020/2240, T:04.06.2020.

¹⁰³ Danıştay 5. D, E:2016/42963, K:2019/6058, T:19.11.2019.

Buna karşın, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının henüz yürürlüğe girmediği tarihte söz konusu iptal kararının Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesi gereğince devam eden davalara da uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Sözgelimi, ilgili, hizmet içinde taşıdığı resmî sıfatın gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunduğundan bahisle, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 11/b-6 maddesi uyarınca kamu görevinden çıkarma cezası ile tecziyesi üzerine 20.05.2009 tarihli işlemin iptali için yargı yoluna başvurmuştur. İşlemin yargısal denetiminde, Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli kararıyla, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) bendinin ikinci cümlesinin iptaline karar verdiği ve bu kararın 08.01.2016 tarihinde yürürlüğe gireceğine değinilmiştir. İptal kararının yürürlük tarihinin ertelenmesinin, iptal edilen kural çerçevesinde mevcut davaların karara bağlanacağı anlamına gelmediği belirtilerek Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının yargı organlarını da kapsadığı vurgulanmıştır¹⁰⁴.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bir diğer kararında da, yayın durdurma yaptırımına bağlı olarak ilgilinin bir başka program yapamayacağı kuralının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının henüz yürürlüğe girmediği tarihte işlenen fiil ihlâl olarak kabul edilmemiştir. Olayda, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (z) bendinin 31.12.2005, 08.05.2006 ve 09.05.2006 tarihlerinde yayımlanan programlar nedeniyle ihlâl edildiğinden bahisle, yayının durdurulmasına ve bu süre içerisinde sunucunun herhangi bir program yapamayacağına yönelik 18.10.2006 tarihli işlem tesis edildiği görülmektedir. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 33. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve işlemin dayanağı olan “*Bu süre içinde programın yapımcısı ve varsa sunucusu hiçbir ad altında başka bir program yapamaz.*” kuralının Anayasa Mahkemesi tarafından 21.09.2004 tarihinde iptal edildiği ve bu kararın 04.02.2007 tarihinde

¹⁰⁴ Danıştay İDDK, E:2013/826, K:2015/1654, T:29.04.2015. Aynı yönde kararlar için Bkz. İstanbul BİM 7. İDD, E:2019/1626, K:2020/15, T:07.01.2020; İstanbul BİM 7. İDD, E:2020/230, K:2020/622, T:19.02.2020.

yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesinin, yaptırım karar tarihinde iptal kararının yürürlüğe girmediği ve daha sonra yapılan 10.07.2008 tarihli düzenlemenin aynı fiili tekrar ihlâl olarak tanımladığına yönelik gerekçesi, Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesi gereğince temyiz organı tarafından hukuka uygun bulunmamıştır. Erteleme süresinin amacı, hukukî boşluğun ortaya çıkmamasına yönelik kanun koyucuya yeni bir düzenleme yapması için yeterli süre tanıma olduğundan Anayasa'ya aykırılığı saptanan kurallar çerçevesinde muhakeme sürecinin yürütülmesi beklenemez¹⁰⁵. Karara göre, iptal kararının yürürlüğe girmemesi zaman bakımından uygulama ilkesinin dikkate alınmasını engellemektedir. Kanunların Anayasa'ya uygun olma zorunluluğu ve fiilin iptal kararıyla ihlâl olma niteliğini kaybetmesi idarî yaptırımı hukuka aykırı kılacaktır.

İfade etmek gerekir ki, iptal kararının yürürlüğünün ertelendiği hâllerde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesi, iptaline karar verilen kuralın uygulanıp uygulanmayacağı noktasında Danıştay'ın yaklaşımını belirleyici temel etkidir. Bu nedenle, konuya özgü olarak her somut uyuşmazlıkta geçerli ortak bir kriter tespit edilemez¹⁰⁶. Bununla beraber, Anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesi, itiraz kurumunun etkisizleşeceği ve iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmesinin yargı organlarını bağlamayacağı şeklindeki farklı gerekçelere Danıştay kararlarında yer verildiği görülmektedir¹⁰⁷.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nce aradaki kanunun iptaline karar verilmesinin idarî yaptırımlarda zaman bakımından uygulama ilkesi üzerindeki etkisine değinilecektir. Aradaki kanunun iptali hâlinde kazanılmış hak ve hukukî istikrar ilkeleri zedelenmektedir. Anayasa yargısında iptal davası, Anayasa'ya aykırı bulunan yürürlükteki kurulların hukukî varlıklarını sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Ancak, yürürlükte olmayan aradaki kanunun bir kez de anayasal denetim sonucunda hukukî varlığının sonlandırılmasına karar verilmesi iptal

¹⁰⁵ Danıştay İDDK, E:2010/2292, K:2013/3366, T:30.10.2013.

¹⁰⁶ YILMAZ, Halit, İdare Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 198.

¹⁰⁷ YASİN, s. 991-994.

davasının amacına uygun düşmemektedir¹⁰⁸. Bununla birlikte, aradaki kanun veya değişiklikler de anayasal denetime tâbi tutulmaktadır. Teorik olarak anayasa hukuku açısından aradaki kanun veya değişikliklerin iptalinin hukukî sonuçları bulunmasa da, yükümlendirici idarî işlemler özellikle de idarî yaptırımlar yönünden ilgili lehe olarak etkilenebilmektedir.

Sözgelimi, akaryakıt bayilik lisansı sahiplerine idarî para cezası uygulanmasına yönelik fiilin düzenlendiği aradaki kanunun iptali, yaptırım kararının yargısal denetiminde dikkate alınarak ilgiliye verilen idarî para cezası hukuka aykırı bulunmuştur. Karara konu olayda, bayilik lisansı sözleşmesinin sona ermesine rağmen bir ay içerisinde eski dağıtıcıya ait belirtilerin kaldırılmamasının 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 7. maddesine aykırı olduğundan bahisle, anılan Kanun'un 19. maddesi gereğince ilgiliye 11.07.2012 tarihinde 147.933,00-TL idarî para cezası uygulanmıştır. Bir başka uyuşmazlık çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz başvurusu sonucunda, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla değiştirilen 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinin, Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasındaki "(...) bayi, sözleşme yaptığı yeni dağıtıcının ürünlerini pazarladığı anlaşılacak şekilde faaliyetine devam eder. (...)" ibaresi yönünden 07.04.2016 tarihinde iptaline karar verilmiştir. İptal kararının 03.02.2017 tarihinde yürürlüğe girdiği göz önünde bulundurulduğunda, 24.06.2020 tarihinde anılan cezada hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır¹⁰⁹.

Danıştay bu kararında, zaman bakımından uygulama ilkesini tartışmamış ve iptal kararını geriye yürüterek yaptırımın yasal dayanağının Anayasa'ya aykırı olduğu tespitini yaparak işlemin iptaline karar vermiştir. Oysa, fiil tarihinden önce, fiil tarihinde ve fiil tarihinden sonra olmak üzere kanun koyucu tarafından dört farklı düzenleme yapılmıştır. 5015 sayılı Kanun'da yapılan 23.01.2008 tarihli değişikliğe ilişkin iptal kararının geriye yürütülmesi doğru olmakla birlikte, salt iptal kararının yürürlüğe girmesi işlemi hukuka aykırı nitelendirmek için

¹⁰⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 961.

¹⁰⁹ Danıştay 13. D, E:2014/2870, K:2020/1571, T:24.06.2020.

eksik bir gerekçedir. Her dört farklı düzenlemenin de karşılaştırılarak zaman bakımından uygulama ilkesinin uygulanabilirliği araştırılmalıdır. Nitekim, 14.02.2019 tarih ve 7164 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinde, fiil bayiler yönünden ihlâl olmaktan çıkarılmıştır.

5. SONUÇ

Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen işlendiği tarihte suç sayılmayan fiil nedeniyle hiç kimseye ceza verilemeyeceği, fiilin suç teşkil etmesi hâlinde kanunda öngörülen cezadan fazlasına hükmedilemeyeceği kuralı, kanunların zaman bakımından uygulanmasının anayasal dayanağıdır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesinde de, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerine atıf yapmak suretiyle bu hükümlerin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, kanun koyucu işlendiği tarih itibarıyla suç olan bir fiilin sonradan yapılan değişiklikle suç olmaktan çıkarılmasını ve fiilin suç vasfı devam etmekle birlikte sonradan yürürlüğe giren değişikliğin fiil tarihinde yürürlükte olan kanunla karşılaştırılarak ilgilinin lehine olanın uygulanmasını zaman bakımından uygulama ilkesinin ortaya çıkabileceği durumlar olarak belirlemiştir¹¹⁰.

Kanun koyucunun belirlediği durumlar dışında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları da zaman bakımından uygulama ilkesinin değerlendirilmesinde bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği anayasal kural olarak düzenlenmişse de, yargı organlarınca bu kural katı bir şekilde yorumlanmamaktadır. Özellikle çalışmamızın konusunu oluşturan idarî yaptırımlar üzerinde iptal kararlarının yadsınamayacak ölçüde etkili olduğu çeşitli yargı kararlarından anlaşılmaktadır. Fakat bu etkinin her zaman muhataplarının lehine sonuç doğurduğunu söylemek mümkün değildir. Zira iptal kararlarının yargı organlarınca nasıl yorumlanacağına ilişkin ortak bir ilke bulunmadığı gibi, böyle bir ilkeyi hukuken belirlemenin de zorluğu ortadadır.

¹¹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 126.

İptal kararlarının geriye yürüme meselesi bir kenara bırakılacak olsa bile, somut norm denetimi başvurusuna konu olmayan mevcut davaların iptal kararından nasıl etkileneceği, iptal edilen kurala dayanılarak alınan yaptırım kararının iptal kararından sonra dava konusu yapılması hâlinde iptal kararından etkilenip etkilenmeyeceği, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmesi söz konusu olduğunda iptal kararının mevcut davalarda dikkate alınıp alınmayacağı, aradaki kanunun iptalinin yargı organlarınca değerlendirilip değerlendirilmeyeceği öğretisi ve yargı kararlarında tartışılmaktadır. Yaptırımların muhatapları üzerindeki ağırlığı ve olumsuz etkisi bu tartışmanın önemini daha da değerli kılarak meselenin hukukî çözüm yollarının araştırılmasını gerektirmektedir.

Bu çerçevede, Anayasa'nın 153. maddesinde düzenlenen Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu yönündeki kuralın yargı organlarını da kapsadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bağlayıcılıktan kasıt, Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun hareket etmek zorunluluğudur. İptal kararıyla birlikte artık hukuken geçerli bir kural bulunmadığından iptal edilen kurala göre karar vermek hukuka aykırı olacaktır¹¹¹. Çünkü, yargı denetimi sonucunda verilen iptal kararıyla artık yeni bir hukukî durum ortaya çıkmaktadır¹¹². Anayasa Mahkemesi'nin erteleme yetkisini kullandığı hâllerde de esas olarak zaman bakımından uygulama ilkesinin yargısal uyuşmazlıklarda göz önünde bulundurulması hukuk devletinin gereğidir. Ancak kamu düzeni, kamu yararı gibi birtakım ölçütlerin ya da erteleme süresi içerisinde iptal kararının uygulanmasında sakınca bulunan durumların yapılacak bir anayasa değişikliğiyle somut olarak belirlenmesi önerisi sorunun çözümü açısından değerlendirilebilir¹¹³. Kanun koyucunun iptal

¹¹¹ ARMAĞAN, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967, s. 147.

¹¹² BÜYÜKEREN, Sadi, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 29, Sayı 2, 1996, s. 28.

¹¹³ Kamu düzeni ve kamu yararı gibi amaçlar ile hukuk devleti ilkesini bağdaştırmaya yönelik olarak, iptal kararının doğurduğu boşluğun yürütme organına kısa süreli ve bu süre içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulacak biçimde iptal kararının gerekçesine uygun yeni bir yasal düzenleme yapma yetkisi verilebileceğine ilişkin olarak Bkz. YASİN, s. 1010.

kararının yol açtığı boşluğu kararın yürürlüğünden önce yeni bir düzenlemeyle doldurması hâlinde ise, iptal edilen kural ve yeni düzenleme karşılaştırılarak zaman bakımından uygulama ilkesi gereğince değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁴.

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 23, Sayı 3, 1990, s. 3-11.

ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ARAT Nilay/BAL YALÇIN Burçak, “İdare Hukuku-Ceza Hukuku Sarkacında Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Bir Hak İhlali Kararı Üzerinden Yeniden Düşünmek”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı 1, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 111-138.

ARMAĞAN, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967.

AZRAK, Ülkü, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt I, 1984, s. 151-168.

BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, TODAİE Yayınları No:117, Ankara, 1970.

BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

BÜYÜKEREN, Sadi, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 29, Sayı 2, 1996, s. 19-38.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

¹¹⁴ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 150- 151.

Şahap KAYMAK

ERDİNÇ, Burcu, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 2012, s. 239-276.

EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

GEDİK Doğan/YÜCE Ersoy, Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 1963, s. 115-182.

GÖZLER, Kemal, İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt:1, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt:2, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt:2, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.

GÜÇLÜ, Yaşar, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.

GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

İŞIKLAR, Celâl, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KANGAL, Zeynel Temel, Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.

KUZU, Burhan, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LII, Sayı 1-4, 1987, s. 185-229.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996, s. 151-171.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri”, (der. İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar), İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 27-36.

MEMİŞ, Emin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri”, Prof. Dr. Selahattin Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Beta Basım, İstanbul, 1999, s. 427-477.

OĞURLU, Yücel, İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma İdarî Ceza Hukuku ve İdarî Cezalara Karşı Başvuru Yolları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt:2, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han, İdarî Yaptırımlar Kuramsal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Şahap KAYMAK

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

ÖZKAN, Gürsel, “İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven”, International Conference on Eurasian Economies 2020, Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 175-185.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.

TAN, Turgut, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 309-326.

TAN Turgut/BAYAZIT Bahar, İdare Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

TULAY, Muhammed Emre, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 2725-2746.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

ULER, Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür”, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988, s. 515-534.

ULUSOY, Ali Dursun, İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ULUSOY, Ali Dursun, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

YASİN, Melikşah, “Anayasa Mahkemesince Verilen “Ertelemeli İptal Kararlarının” Uygulanması Sorununa Danıştay'ın Yaklaşımı”, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgill'in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 985-1012.

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YILMAZ, Halit, İdare Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

ZANOBİNİ, Guido, İdari Müeyyideler, (çev. Halil Yılmaz Günal), Sevinç Matbaası, Ankara, 1964.

XIV. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 Ekim 1989 Viyana), Bölüm I: Ceza Hukuku İle İdari Ceza Hukukunun Ayırt Edilmesinde Hukuki ve Pratik Sorunlar, (çev. Nur Centel), Argumentum, 1990.

AYM, E:2007/115, K:2009/80, T:11.06.2009.

AYM, E:2017/166, K:2018/8, T:18.01.2018.

YİBCGK, E:1937/23, K:1938/9, T:23.02.1938.

YİBCBGK, E:1984/1, K:1984/5, T:25.06.1984.

Yargıtay HGK, E:2017/12-2253, K:2018/1718, T:15.11.2018.

Yargıtay CGK, E:2017/6-82, K:2019/71, T: 05.02.2019.

Yargıtay CGK, E:2016/5-1238, K:2019/718, T:24.12.2019.

Yargıtay CGK, E:2017/5.MD-1019, K:2020/507, T:08.12.2020.

Danıştay İDDK, E:2010/2292, K:2013/3366, T:30.10.2013.

Danıştay İDDK, E:2013/826, K:2015/1654, T:29.04.2015.

Danıştay 5. D, E:2016/42963, K:2019/6058, T:19.11.2019.

Danıştay 8. D, E:2016/695, K:2020/2240, T:04.06.2020.

Danıştay 12. D, E:2019/35, K:2019/3901, T:22.05.2019.

Danıştay 12. D, E:2020/1717, K:2020/4315, T:15.12.2020.

Danıştay 13. D, E:2014/3416, K:2018/530, T:16.02.2018.

Şahap KAYMAK

Danıştay 13. D, E:2014/2870, K:2020/1571, T:24.06.2020.

Danıştay 13. D, E:2021/4020, T:10.01.2022.

İstanbul BİM 7. İDD, E:2019/1626, K:2020/15, T:07.01.2020.

İstanbul BİM 7. İDD, E:2020/230, K:2020/622, T:19.02.2020.

DEVLET MEMURLARININ NAKLEN ATANMA USULÜNÜN YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

EXAMINATION OF THE PROCEDURE OF APPOINTMENT OF CIVIL SERVANTS BY TRANSFER IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Kutgün ELİKÜÇÜK*

ÖZ

Ülkemizde kamu görevlilerinin naklen atanmalarıyla ilgili ciddi problemler yaşanmaktadır. Kamu görevlileri arasında sayıları itibarıyla hayli yüksek bir yoğunluğu oluşturan ve kurumların asli ve sürekli işlerini yerine getiren memurlar bakımından ise son yıllarda bu problemler daha fazla göze çarpmaktadır. Memurların naklen atanmaları esas itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra bazı kurumların atama ve nakille ilgili kendi özel yönetmelikleri de bulunmaktadır. Memurların naklen atanmalarına ilişkin anılan mevzuattaki usul ve esaslar daha çok “kamu yararı” ve “hizmetin gerekleri” kriterleri bakımından idarenin takdir yetkisinin sınırlarının aşılması suretiyle görmezden gelinmektedir. Naklen atamalarla ilgili idarenin sebep olduğu uyuşmazlıklar sık sık yargı kararlarına konu olmaktadır. Makalede de konuyla ilgili sık sık ortaya çıkan problemler ve yargı kararları vasıtasıyla ulaşılan çözümlere değinilecektir.

Anahtar Sözcükler: Kamu Görevlisi, Memur, Naklen Atanma, Takdir Yetkisi.

Makalenin Geliş Tarihi : 16.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 06.06.2022

* Danıştay Tetkik Hakimi

kutgunelikucuk@hotmail.com ORCID ID: 0000-0002-2110-9131

ABSTRACT

There are serious problems in the appointment of civil servants by transfer in our country. In recent years, these problems have become more prominent among civil servants, who comprise the vast majority of civil servants in terms of their numbers and carry out the essential and permanent duties of the institutions. The appointment of civil servants by transfer is in essence regulated in the Law No. 657 on Civil Servants and the Regulation on Appointment of Civil Servants by Transfer. Besides, some institutions have their own special regulations regarding appointment and transfer. The procedures and principles in the aforementioned legislation regarding the appointment of civil servants by transfer are mostly ignored by means of exceeding the limits of the administration's discretion in terms of "public interest" and "requirements of service" criteria. Disputes caused by the administration regarding appointments of civil servants by transfer are frequently the subject of judicial decisions.

Keywords: Public Servant, Government Official, Appointment by Transfer, Discretion

GİRİŞ

Kamu görevlilerinin ilk atanmaları ile başlayan iş yaşamlarının herhangi bir döneminde gerek kendi talepleri üzerine, gerekse idare tarafından haklarında naklen atama işlemi tesis edilebilmektedir. Tayin taleplerinde hukuka aykırı bir durum bulunmasa dahi atamaya yetkili amirlerce bu talepler yerine getirilmemekte, kimi zamanda hukuka aykırı şekilde memurlar hakkında naklen atama işlemi tesis edilebilmektedir. İşte memurların hangi hallerde naklen atanmalarını isteyebilecekleri ya da hangi hallerde idarece başka bir yere veya göreve atanabilecekleri hususu önem arz etmektedir. Bu itibarla, naklen atama işlemi ile ilgili düzenlemelerde yer alan kriterler, amirlerin konuyla ilgili talepler hakkında takındıkları tavır, naklen atama işleminin cezalandırma aracı olarak kullanılabilme olasılığı ve konuyla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında yargı organlarının bakış açısı gibi hususların ayrıntılı olarak ortaya konulması gerekmektedir.

Devlet memurlarının naklen atanmalarına ilişkin hükümler genel olarak, Anayasa'nın 182. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmüne dayanılarak çıkartılan ve bütün memurlar için genel statü niteliğinde olan¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve bu Kanun'un uygulanması amacıyla 25/6/1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik'te yer almaktadır. Öte yandan kurumların kendilerine ait atama ve nakil yönetmelikleri de bulunabilmektedir. Mevzuatımızda konuyla ilgili düzenlemelere yeterince yer verilmesine rağmen uygulamada birçok sorun yaşandığı görülmektedir.

Devlet idaresinin asli unsurları olan memurların atanma ve nakil konusunda önlerini görebilmeleri ve kendilerini hukuken güvende hissetmeleri hiç kuşkusuz onların verimliliğini, dolayısıyla da idari işleyişin kalitesini yükseltecek etmenlerden bir tanesidir. Yüksek kamu yararının gerekleri dışında memurların kendilerini verimli ve mutlu hissettikleri yer ve görevde çalışmalarının temin edilmesi önemlidir. İdare kamu gücünü kullanarak tayin işlemi bir cezalandırma aracına dönüştürmemelidir.

Yukarıda izah etmeye çalıştığım hususlar ve çekinceler nedeniyle devlet memurlarının naklen atanmaları konusunda yasa koyucu ve idare tarafından getirilen hukuki düzenlemelerin neler olduğu, konuyla ilgili memurların hakları ve yükümlülükleri ile idareye yüklenen yükümlülükler hakkında mahkeme kararlarından da faydalanmak suretiyle derli toplu bir inceleme ve değerlendirme yapma gerekliliği hâsıl olmuştur.

1. KAMU GÖREVLİSİ VE DEVLET MEMURU AYRIMI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 128. maddesinde, “devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri

¹ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), s. 594.

eliyle yürütüleceği,” 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4/A maddesinde ise “mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerin, bu Kanun’un uygulanmasında memur sayılacağı” düzenlenmiştir. Görüleceği üzere mevzuatımızda kamu görevlisi terimine Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 128. maddesinde, memur terimine ise hem Anayasa’nın 128. maddesinde, hem de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4/A maddesinde yer verilmiştir. Buna karşın, kamu görevlisi teriminin ne Anayasa’da ne de 657 sayılı Kanun’da yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Devlet memuru ise, yukarıda yer verilen düzenlemeden anlaşılacağı üzere, 657 sayılı Kanun’un 4/A maddesinde tanımlanmıştır. Bunların dışında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6/I-C maddesinde kamu görevlisine ilişkin bir tanım yer almakla beraber kamu görevlisi teriminin sınırlarını oldukça geniş tuttuğundan bizim konumuza girmemektedir.

Kamu görevlisi terimi hakkında mevzuatta yapılmış bir tanım olmamasına rağmen doktrinde yapılmış çeşitli tanımları bulunmaktadır. Doktrinde genel olarak kamu görevlisi terimi, kapsamından hareketle, en geniş anlamından en dar anlamına uzanan bir yelpaze içerisinde tanımlanmıştır.

Bu itibarla kamu görevlisi teriminin, en geniş anlamda kamu görevlisi, geniş anlamda kamu görevlisi, dar anlamda kamu görevlisi ve en dar anlamda kamu görevlisi olarak sınıflandırılması suretiyle tanımları yapılabilecektir. Buna göre, en geniş anlamda kamu görevlisi, bütün kamu tüzel kişilerinde kamu ve özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışan memur, sözleşmeli personel, işçi vb. hepsini kapsamakla birlikte, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan tanımda bu sınıflandırmaya girmekteyken, geniş anlamda kamu görevlisi, tüm kamu tüzel kişilerinde kamu hukuku hükümlerine tabi olarak görev yapan herkesi, örneğin bakan, muhtar, belediye başkanı vb. kapsamakta, dar anlamda kamu görevlisi ise, kamu tüzel kişilerinde kamu hukuku rejimine tabi olarak bir mesleki unvan altında ücretli olarak çalışan kişileri, örneğin öğretmen, doktor vb. kapsamakta iken, en dar anlamda kamu görevlisi

tanımı ise sadece memurları kapsamakta;² yani ilk üç sınıflandırmaya girmeyen, kamu tüzel kişilerinde kamu hukuku hükümlerine tabi olarak asli ve sürekli işleri yapmakla görevli, 657 sayılı Kanun'da yer alan hak ve yükümlülüklerle sahip olan personel bu kapsamda yer almaktadır. Bu itibarla makalenin konusu da tüm kamu görevlilerine ilişkin naklen atama usulleri olmayıp, sadece kamu personelinin ağırlık noktası olan³ memurlara ilişkin naklen atama usulüdür.

2. MEMURLARININ ATANMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Memurların atanmasının hukuki niteliğiyle ilgili doktrinde genel olarak iki görüş hâkimdir. Bunlardan, atamanın bir sözleşme olduğunu savunanlar, kamu görevlisi olarak atanmak isteyenlerin serbest iradesiyle kamu tüzel kişiliklerine başvurarak bir sözleşmenin tarafı haline geldikleri varsayımından hareket etmektedirler. Bir diğer görüş ise, kamu tüzel kişiliğinin ve memur olarak atanmak isteyen kişinin kendi iradeleriyle taraf olmak istemelerinin sözleşmenin doğması için yeterli olmadığı, tarafların serbest iradeleriyle sözleşmenin şartları belirleyebilmelerinin ve iradelerinin uyuşmasının gerektiği, kamu tüzel kişiliğinin üstün yetkilerle donatıldığı ve onun uygun gördüğü şartlara göre gerçekleştirilen bir işlemin sözleşme olamayacağını, bu durumun bir statü ilişkisi meydana getirdiğini savunmaktadır. Buna göre, kamu tüzel kişiliği kendi belirlediği standartlara ve koşullara uygun olarak kişinin statüsünde değişikliğe gidip, onu memurluk statüsüne dahil etmektedir.⁴ Naklen atamalarda da atamanın şekline göre bir statüden diğerine geçiş söz konusu olabilecektir.

3. ATAMAYA YETKİLİ MAKAM

İdarenin kanuniliği ilkesinin bir sonucu olarak atamaya yetkili makam önceden kanunlarla belirlenmelidir. Diğer yandan kişiyi memurluğa atamaya yetkili olarak belirlenmiş makam kural olarak naklen atama hususunda da yetkilidir. İlk atamaya yetkili olan makam

² GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.2, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım,2019), s. 644-645.

³ BUCAKTEPE, Adil, “Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-4, (2014):459.

⁴ GÜLMEZ, Mesut, Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar, (Ankara: TODAİE Yayını, 1996), s.3.

dışında bir makamın naklen atamaya karar verebilmesi için açık bir yasal düzenleme gereklidir. Diğer türlü sü yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır. Makalemizin konusu gereği atamaya yetkili makamlar tek tek sayılmayacaktır. Öte yandan, uygulamada, naklen atamaya ilişkin yetkisi olmayan amirler tarafından yapılan çeşitli atamaların mahkemelerce iptal edildiği de göze çarpmaktadır. Konu ile ilgili olarak Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında⁵ “...Adana ilindeki bir ilkokulda okul öncesi öğretmeni olarak görev yapan davacının, 09/08/2012 tarihli dilekçe ile görev yaptığı okulda iki olan okul öncesi öğretmeni norm kadrosunun dolu olmasına rağmen 2012 yılı iller arası yer değiştirme döneminde okul öncesi öğretmeni bir kişinin daha atamasının yapıldığını belirterek, söz konusu atamanın iptal edilmesi istemiyle yaptığı başvurunun Adana Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından reddedildiğinin anlaşıldığı; ancak öğretmenlerin atama ve yer değiştirme yetkisinin Milli Eğitim Bakanı'na ait olduğu, bu yetkilerini merkez teşkilatında alt kademelere, illerde valilere devredebileceği; iller arası atamalarda ise bu yetkinin sadece Bakan veya yetkisini devretmesi kaydıyla merkez teşkilatındaki alt kademelerde olduğu, bu itibarla, iller arası yer değiştirme yetkisinin Milli Eğitim Bakanı veya yetkisini devretmesi kaydıyla merkez teşkilatındaki alt kademelerde olduğu açık olup, davacının (x) isimli öğretmenin iller arası atamasının iptali istemine ilişkin başvurusunun, değerlendirilmek üzere Milli Eğitim Bakanlığı'na gönderilmesi gerekirken, yetkisiz makam tarafından değerlendirmeye alınarak tesis edilen dava konusu işlemde yetki unsuru yönünden hukuka uygunluk bulunmadığına” hükmetmiştir. Görüleceği üzere memurların naklen atanmalarına ilişkin işlemlerin yetkisiz amirlerce tesis edilmesi bir iptal sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.

4. MEMURLARIN NAKLEN ATANMASI

Memurların atanmaları ilk atanma ve naklen atanma olarak temelde ikiye ayrılmaktadır. İlk atama, kamu tüzel kişiliklerinin belirlediği kriterleri taşıyan kişilere memuriyet statüsü kazandırılmasıdır. İncelememizin konusunun memurların naklen atanmasına ilişkin olması hasebiyle, memurların ilk kez atanması derinlemesine incelenmeyecektir. Naklen atanma ise, memurların bir yerden başka bir

⁵ Dan. 2. D, E:2013/8036, K: 2016/189, 20.01.2016.

yere, bir görevden başka bir göreve ya da bir kurumdan başka bir kuruma atanması yani görevinde, unvanında ya da görev yerinde meydana gelen değişiklik şeklinde tanımlanabilir.⁶ Diğer yandan, devlet memurlarının gerek ilk atanmaları, gerekse naklen atanmaları liyakat ilkesine dayanmak zorundadır. Liyakat ilkesi ise memurluğa girişin, yükselmenin, yer değiştirmenin ve görevin sona erdirilmesinin yetenek esasına göre belirlenmesi olarak tanımlanabilir. Liyakat ilkesi sayesinde kayırcılık önlenerek memurlar arasında tarafsızlık sağlanabilecektir.⁷

Naklen atanmaya ilişkin kurallar ve kriterler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "hizmet şartları ve şekilleri" başlıklı IV. kısmı başlığı altında yer alan "yer değiştirme" isimli üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Sırasıyla, anılan Kanun'un 71. maddesinde sınıf değişikliği suretiyle naklen atanma, 72. maddesinde yer değiştirme suretiyle naklen atanma, 73. maddesinde karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle naklen atanma, 74. maddesinde bir kurumdan diğer kuruma nakil suretiyle atanma, son olarak da 76. maddesinde kamu tüzel kişiliklerinin takdir yetkisine dayanarak memurların görevlerinin veya yerlerinin değiştirilmesine ilişkin hususlar hüküm altına alınmıştır.

4.1. YER DEĞİŞTİRME SURETİYLE NAKLEN ATANMA

657 sayılı Kanun'un 72. maddesinin 1. fıkrasında "kurumlarda yer değiştirme suretiyle atanmaların hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiye'nin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılacağı"; "2. fıkrasında, yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamaların, aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76. maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılacağı, yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev

⁶ YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Naklen Atamalarda Eğitim Hakkının Gözetilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-2, (2013):2.

⁷ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), s. 592.

süresi ile sınırlı olmak üzere belirli şartlarda izin verileceği”; “5. fıkrasında ilgili mevzuatı uyarınca verilecek rapora göre kendisi, eşi veya birinci derece kan hısımlığı bulunan bakmakla yükümlü olduğu aile fertleri engelli olan memurların engellilik durumundan kaynaklanan yer değiştirme taleplerinin karşılanması için düzenlemeler yapılacağı”; son fıkrasında ise “ memurların atanamayacakları yerler ve bu yerlerdeki görevler ile kurumların özellik arz eden görevlerine atanabilmeleri için hangi kademelerde ne kadar hizmet etmeleri gerektiği ve yer değiştirme ile ilgili atama esaslarının Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceği, kurumlar atamaya tabi olacak personeli için bu yönetmelik esaslarına göre Devlet Personel Başkanlığının görüşünü almak suretiyle bir personel ve atama planı hazırlanabileceği” düzenlenmiştir.

Devlet Memurları Kanunu’nun yukarıda açıkladığımız hükümlerinden görüleceği üzere, memurların yer değiştirmesi hususunda dikkate alınması gereken bir kısım esaslar getirilmiştir. Bunlar: Bölge esası, eş, çocuk ve sağlık durumu olarak karşımıza çıkmaktadır.

4.1.1. Memurların Yer Değiştirmesinde Bölge Kriteri

657 sayılı Kanun’un 75. maddesinin 1. fıkrasında ki düzenlemeye göre, “yer değiştirmek suretiyle atamaların hizmetin gereklerine, özelliklerine, ülkenin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller arasında yapılacak gruplandırmalar suretiyle tespit edilecek bölgeler arasında adil ve dengeli bir şekilde” yapılacaktır. Bu şekilde yapılan gruplandırmalar neticesinde bazı meslek gruplarına şark hizmeti ya da birinci bölge, ikinci bölge gibi, bölge bazlı oluşturulan hizmet alanları belirlenerek zorunlu hizmet getirilmiştir.

Yine Devlet Memurları Kanunu’nun yukarıda açıklanan 72. maddesinin son fıkrası ile kanun koyucu, idarelere yönetmelikle düzenleme yapılabilecek bir alan bırakmıştır. Buna göre Devlet Personel Başkanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle, devlet memurlarının atanamayacakları yerler, bu yerlerdeki görevler ile kurumların özellik arz eden belirli görevlerine atanabilmeleri için gerekli hizmet süreleri ve kademeleri düzenlenebilecektir. Ayrıca, genel nitelikli ve tüm kurumları ilgilendiren bu yönetmelik dışında her kurum, Devlet Personel

Başkanlığının görüşünü almak suretiyle, kendine özgü personel ve atama planı hazırlayabilecektir.

Burada önemli olan husus, 72. maddenin son fıkrası hükmünde her kurumun kendine özgü personel ve atama planı hazırlayabileceği düzenlemesi yer almasına rağmen bu planın yönetmelik çıkarma yetkisi olan kurumlarca yönetmelik şeklinde düzenlenebileceğidir. Bu duruma hukuken bir engel görünmemektedir.⁸ Bu konuyla ilgili olarak Danıştay'ın 5. Dairesince personel ve atama planlarının yönetmelik olarak düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.⁹

Bunun yanı sıra 72. madde uyarınca çıkartılan “Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin” özel yönetmelikler başlıklı 28. maddesinde de, “kurumların Devlet Personel Başkanlığının görüşünü almak suretiyle yönetmelik çıkarabileceği; ancak çıkarılan özel yönetmelik hükümlerinin genel nitelikli bu yönetmeliğe aykırı olamayacağı” düzenlenmiştir. Yönetmeliğin anılan hükmünden de anlaşılacağı üzere kurumların kendilerine özel atama ve nakil yönetmelikleri çıkarabilecekleri konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olarak Danıştay 5. Dairesinin bir kararında¹⁰ “...Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 12. maddesinin dava tarihinde yürürlükte bulunan halinde; sağlık ve eş durumu özürlerinin belgelendirilmesi halinde, bölgelerdeki ve/veya hizmet alanlarındaki zorunlu çalışma süreleri tamamlanmadan, memurun isteği üzerine yer değiştirme suretiyle atama yapılabileceği düzenlendiği, bu Yönetmeliğe dayalı olarak çıkarılan dava konusu Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin, Genel Yönetmeliğe aykırı hükümler içermeyeceği kuralı karşısında, kamu görevlilerine Genel Yönetmelikte eş durumu nedeniyle atanma hakkı tanınmasına karşın, Özel Yönetmelik ile, bazı personel açısından bu hakkın iki yıl süre kullanımının yasaklanmasında hukuka ve üst norma uyarlık bulunmadığına” karar verilmiştir.

⁸ SAĞLAM, Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 1999), s.26.

⁹ Dan. 5. D, E:1992/3332, K: 1992/563, 04.03.1992

¹⁰ Dan. 5. D, E:2016/944, K: 2016/4046, 22.06.2016

4.1.2. Memurların Yer Değiştirmesinde Eşin ve Çocuğun Durumu

Aile birliğinin korunması ilkesi kapsamında Anayasa'nın 41. maddesiyle devlete ailenin birliğini korumak, huzurunu ve refahını sağlamak ve gereken tedbirleri almak konusunda yükümlülükler getirilmiştir.¹¹ Anayasa ile getirilen bu yükümlülüğün tezahürü olarak, 657 sayılı Kanun'un yukarıda bahsi geçen 72. maddesi uyarınca devlet memurlarının atanmasında aile birliğini korumak adına kurumlar arası gerekli koordinasyon sağlanarak diğer eşin de talebi olması ve 657 sayılı Kanun'un 74 ve 76. maddelerinde belirtilen esaslar çerçevesinde aile birliğinin korunmasına özen gösterilecektir. Uygulamada ise eş durumu olarak adlandırılan bu duruma idarelerin Anayasa ve kanun hükümlerine aykırı olarak, zaman zaman hassasiyetle yaklaşmadıkları görülmektedir. Eş mazereti nedeniyle tayin talepleri çeşitli şekillerde ortaya çıkmakta ve bu durum birçok yargı kararına konu olmaktadır. Konuyla ilgili Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesinin kararında¹² "... Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmeliğin 9. maddesinde, ilgili mevzuatı uyarınca zorunlu yer değiştirmeye tabi tutulan eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı, mülki idare amirliği hizmetleri sınıfı ve emniyet hizmetleri sınıfına giren memurlar, Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup subay ve astsubaylar, hakim ve savcıların görev süresiyle sınırlı olmak üzere, atandıkları yere, memur olan eşinin atanmasında mevzuatı uyarınca yürürlüğe konulan norm kadro sayılarına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına düzenlendiği, eşi zorunlu yer değiştirmeye tabi bir görevde bulunan bir subay olan davacının talebinin, hizmet puanı veya norm kadro sınırlaması ile ilişkilendirilmeksizin, eşinin görev yaptığı Ankara ili Merkez ilçelerindeki okullardan birine atanması suretiyle yerine getirilmesinin gerektiği, bu itibarla, Anayasa'nın amir hükmü, yasal ve diğer idari düzenlemeler uyarınca aile bütünlüğünün korunmasının gerektiği, davacının eşinin zorunlu yer değiştirmeye tabi Milli Savunma Bakanlığına mensup olduğu ve zorunlu yer değiştirmeye tabi personelin

¹¹ YAVUZDOĞAN, Seçkin, Danıştay'ın Naklen Atamalarda "Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi" İlkesine Yaklaşımı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 115, (2014), 185.

¹² Bim. 1. İDD, E:2020/3739, K:2021/4461, 30.12.2021.

eşlerinin, eş özüne dayalı atanma taleplerinin norm kadro sayılarına ve hizmet puanına bakılmaksızın gerçekleştirileceği kuralı da dikkate alındığında, davacının eş durumu özrü sebebiyle eşinin görev yaptığı Ankara ili Merkez ilçelerindeki okullardan herhangi birine atanması gerekirken, atanma başvurusunun, tercihte bulunduğu okuldan ayrılan öğretmen olmadığından, öğretmen ihtiyacı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilerek Ankara il merkezinden uzak olan Çubuk ilçesinden il merkezine atanmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmediğine...” karar verilmiştir. Görüleceği üzere atama ve nakil yönetmeliğinde sayılan bazı görevliler bakımından eş mazereti nedeniyle atamaların norm kadro sayısına ve hizmet puanına bağlı olmaksızın yerine getirileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, idarece mevzuata aykırı olarak davacı öğretmenin atanma başvurusunu reddedildiği anlaşılmaktadır.

Mevzuattaki düzenlemeler uyarınca, yer değiştirme suretiyle nakillerde, tayin işleminin tesisinden önce eşlerin çalıştığı kamu kurumları arasında koordinasyon sağlanmalıdır. Eşlerin aynı kurum çatısı altında çalıştıkları durumda ise birlikte çalışabilecekleri yerler belirlenmelidir. Eş durumu ataması olarak tabir edilen yer değiştirmelerde önemli bir husus da, az önce değindiğimiz üzere, diğer eşin talebi ve rızasıdır. Bu itibarla, diğer eş, ataması yapılan eşin yanına gitmek istemediği takdirde idarece re’sen harekete geçilmek suretiyle eş durumu birleştirilmesi yapılamayacaktır. Memurun rızası dışında eş durumu nedeniyle tayini ile ilgili olarak yargı kararlarına konu olmuş pek fazla uyuşmazlık göze çarpmamakla birlikte Danıştay’ın bu husustaki içtihadı bellidir. Danıştay 5. Dairesinin kararında¹³ “ ...eş durumuna dayalı nakillerde ilgilinin isteği şart olup, davacının bu yönde bir talebinin bulunmaması, eşinin tutum ve davranışlarının davacının nakline gerekçe yapılmasının mümkün olmaması ve davalı idarece dava konusu işlemin tesisine haklı ve hukuken geçerli başkaca bir sebep gösterilmemesi karşısında, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğine” hükmedilmiştir.

Konuyla ilgili ortaya çıkan bir sorun ise eş durumu her hal ve şartta göz önünde bulundurulacak mıdır? Hiç kuşkusuz kamu yararı ve

¹³ Dan. 5. D, E:1994/3405, K: 1996/2731, 17.09.1996.

kamu hizmetlerinin gerekleri yönünden bir değerlendirmeye gidilebilecektir.¹⁴ İdarece bu değerlendirme yapılırken ise keyfi davranılmayacağı hususu şüphesizdir. Eş durumunun her hal ve şartta mazeret teşkil etmeyeceğine ilişkin örnek olarak Danıştay 2. Dairesinin kararında¹⁵ “...Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Yönetmeliğinin 17/4. maddesi uyarınca, davacının gelir uzmanı olabilmek amacıyla girdiği sınavda atanacağı yerin belirli olması nedeniyle 5 yıl boyunca Adana Vergi Dairesi Başkanlığı emrinde görev yapmasının zorunlu olduğu, uzman yardımcılığı görevine fiilen başladığı tarihten önce de evli olduğu ve bu bağlamda davacının durumunun göreve başladıktan sonra özür halleri ortaya çıkanlar kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle, Trabzon iline atanma isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmış olup; anılan Yönetmelikte ilgilinin özür hallerinden biri sebebiyle atanması için, özür durumunun göreve başladıktan sonra ortaya çıkma koşulunun arandığı; somut olayda ise davacının göreve başladığı 23/11/2015 tarihinden önce evli olduğu hususu göz önüne alındığında, mevzuatta aranan şartı taşımayan davacının atanma isteminin reddine ilişkin davaya konu işlemde hukuka aykırılık görülmediğine...” karar verilmiştir.

Eş durumu atamasıyla ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus ise yer değiştirme suretiyle atanacak memurun gideceği yerde gerek görev, gerekse teşkilat bakımından çalışabileceği bir yerin bulunmaması halidir. Bununla ilgili kanuni düzenleme 657 sayılı Kanun’un 72. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi ile 3 ve 4. fıkralarında yer almaktadır. Buna göre “Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere belirli şartlar dâhilinde izin verilebileceği, bu suretle izin verilenlere, aylık ve diğer ödemelerine karşılık olarak, aylık (taban ve kıdem aylığı dâhil), ek gösterge, zam ve tazminatlarının kanuni kesintiler düşüldükten sonraki aylıklarının net miktarının, atanan eşin gittiği bölgenin olağanüstü hal bölgesi,

¹⁴ SAĞLAM, Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 1999), s.31.

¹⁵ Dan. 2. D, E:2016/14921, K: 2019/6745, 28.11.2019.

kalkınmada 1. ve 2. derecede öncelikli bölgeler olmasına göre belli miktarı ödenerek, eşin bunların dışındaki yörelerde görevli olması halinde ise ücretsiz izinli sayılacakları, bu şekilde izin alan memurların kadrolarının eşlerinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacağı; ancak, bu sürenin memuriyet boyunca 4 yılı hiçbir surette geçemeyeceği” düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile memura, eşinin atandığı yerde kendisine uygun bir kadro bulunmaması halinde belirli bir maaşla ya da ücretsiz olarak izin alabilmesi imkânı tanınmıştır. Bu sayede rotasyona tabi olan memurlara adeta bir çıkar yol yaratılmıştır.¹⁶

Düzenlemede dikkati çeken önemli bir husus ise memurlara tanınan bu şekildeki izin hakkının dört yılla sınırlı tutulmuş olduğudur. Bu düzenlemeden hareketle memurların mecburi rotasyonun¹⁷ dört yıldan fazla olmamasının arzulandığı sonucuna ulaşılabilir.

Yeri gelmişken, memurların yer değiştirmesi suretiyle atanmasını düzenleyen 72. maddesinin geneli ile ilgili eleştirilebilecek bir husus ise, düzenlemenin tamamen farklı kurumlarda çalışan eşlerin dikkate alınması suretiyle yapıldığıdır. Aynı kurumlarda çalışan eşler bakımından duruma yaklaşılmamıştır. Diğer yandan Anayasa'nın 41. maddesinin emredici düzenlemesi karşısında aynı kurumda çalışan eşler bakımından da eş durumu tayini hassasiyetle dikkate alınmak durumundadır.

Bunların dışında, 72. maddenin yukarıda izah edilen tüm hükümlerine bakıldığında; atanan memurun eşinin özel sektörde çalışması, esnaf veya tacir olması durumuyla ilgili bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir. Bu hususta idari yargı organları da ilgili mevzuatta bir düzenleme olmadığından hareketle menfi görüşe sahiptirler. Konuyla ilgili Danıştay 2. Dairesinin kararında¹⁸ “ Erzurum İl Milli Eğitim Müdürlüğü emrinde İlköğretim Müfettiş Yardımcısı olarak görev yapan davacının, eş durumu özründen Ankara iline atanma

¹⁶ SAĞLAM, Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 1999), s.33.

¹⁷ CANMAN, Doğan, Çağdaş Personel Yönetimi, (Ankara: TODAİE Yayını, 1995), s.98.

¹⁸ Dan. 2. D, E:2016/16008, K: 2018/2917, 30.04.2018.

istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin dava konusu edildiği, davacının eşinin özel bir şirkette Ankara Bölge Müdür Yardımcısı olarak hizmet akdi ile çalıştığı dosya kapsamında anlaşılmış olup; dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 13/08/1999 günlü, 23785 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinde müfettiş ve müfettiş yardımcılarının eş mazereti nedeniyle atanma isteyebilmelerine dair bir kural yer almadığı gibi, 25/06/1983 günlü, 18088 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Devlet memurunun eş mazereti sebebiyle atanma talep edebilmesi için eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 13/12/1960 günlü, 160 sayılı Kanuna tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirmesi gerektiğine ilişkin kuralın yer alması karşısında, eşi özel sektörde çalışan davacının eş mazeretini gerekçe göstererek atanma isteminin davalı idarece reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına..." hükmedilmiştir.

Söz konusu karardan anlaşılacağı üzere, mevzuatta özel sektörde çalışanlar için bir düzenleme getirilmediğinden eş durumunun gözetilemeyeceğinin ifade edilmesinin yanı sıra bu durum Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık bağlamında incelenmemiş olup, Danıştay'ın farklı tarihli kararlarında ise açıkça eşitlik ilkesine aykırı olmadığı ifade edilmiştir.

Son olarak ise, 657 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemelerinde yer değiştirmek suretiyle atanan memurun çocuklarının durumuna değinilmediği göze çarpmaktadır. Yani çocukların eğitimi gibi konular memur için bir mazeret olarak değerlendirilmemiştir. Danıştay bu konuyla ilgili ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre; Devlet Memurları Kanunu'nda ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte çocuklarla ilgili bir düzenleme yer almadığından bu durum memur için bir mazeret teşkil etmeyecek; ancak kurumun kendi atama yönetmeliğinde konuyla ilgili düzenleme olması halinde çocukların durumunun mazeret teşkil edebileceği görüşündedir.

Konuyla ilgili Danıştay 2. Dairesinin kararında¹⁹ “...Samsun İlinde Biyoloji Öğretmeni olarak görev yapan ve 1993 yılından beri evli olan davacı annenin, aynı ilde öğretim görevlisi olarak çalışan eşinden boşandığı, müşterek çocukları olan oğlu ile kızının velayetinin anneye verildiği, oğlunun Ankara TOBB ETÜ Üniversitesi Tıp Fakültesinde öğrenci olduğu, kızının da ODTÜ Geliştirme Vakfı Özel Lisesi Müdürlüğüne kaydını yaptırdığı, velayeti altındaki çocukları ile birlikte aile birliğinin sağlanması için eğitim gördükleri Ankara İline ataması istemiyle yaptığı başvurunun; 657 sayılı Kanunda ve Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinde çocukların öğrenim durumuna bağlı olarak öğretmenlerin yer değişikliği yapabileceğine ilişkin bir düzenleme olmadığından bahisle reddine dair işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına...” hükmedilmiştir. Danıştay bu kararında mevzuatta yer alan boşluğu memur aleyhine değerlendirerek karar verirken; Anayasa'nın 41. maddesiyle devlete ailenin birliğini korumak, huzurunu ve refahını sağlamak ve gereken tedbirleri almak konusunda yüklenen yükümlülükleri göz ardı etmesi yerinde olmamıştır. Zira en temel norm olan anayasa hükümleri varlığını korurken, özelden memurların haklarının, genelde de temel hak ve hürriyetlerin geniş yorumlanması hukuk devleti açısından daha yerinde olacaktır.

4.1.3. Memurların Yer Değiştirmesinde Sağlık Durumu

Konuyla ilgili 657 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen 72. maddesinin 5. fıkrası hükmüne göre yetkili kurumlardan alınacak sağlık raporları uyarınca memurun kendisinin, eşinin veya birinci derece kan hısımlığı bulunan bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerinden birinin sağlık durumu yer değiştirme konusunda bir sıkıntı yaratıyorsa bu durum idarece göz önünde bulundurulacaktır. Bu itibarla kanunda sayılan kişilerin atama yapılan yere gitmeye sağlık durumları elvermiyorsa ya da bu yerde hastalığın tedavi imkânı yoksa uygulamada ifade edildiği üzere, sağlık özrü dikkate alınacaktır. Uygulamada idarelerin sağlık mazeretleri hususunda duruma daha hassas yaklaştıkları görülmekle beraber mahkemelere gelen uyuşmazlıklar da az değildir. Sivas İdare Mahkemesinin 10/12/2015 tarih ve E:2015/1018, K:2015/1943 sayılı

¹⁹ Dan. 2. D, E: 2017/2341, K: 2022/603, 17.02.2022.

kararını onayan Danıştay 2. Dairesinin kararına²⁰ göre “...davacının eşinin ve dolayısıyla kendisinin babası olan Kemal Yalçın'ın "Alzheimer Hastalığı" nedeniyle Isparta ilinde bulunması nedeniyle eşinin de Isparta ilinde bulunduğu; davacının başvurusunun, Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin sağlık özürlü nedeniyle yapılacak atamalar kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği, eşinin babasının sağlık mazereti nedeniyle tayin talebinde bulunamayacağından bahisle başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle” kararı onamıştır. Görüleceği üzere genel yönetmelik olan devlet memurlarının yer değiştirmesi suretiyle atanmalarına ilişkin yönetmelikte eşin anne ve babası sağlık mazereti olarak kabul edilmemesine rağmen Sağlık Bakanlığı kendi yönetmeliğinde bu durumu kabul ettiğinden tayin işleminde hukuka aykırılık görülmemiş. Söz konusu karar hem sağlık mazereti, hem de özel yönetmelikle getirilen düzenlemeye örnek olması bakımından önemlidir.

4.2. KARŞILIKLI OLARAK YER DEĞİŞTİRME SURETİYLE NAKLEN ATANMA (BECAYIŞ)

Konunun yasal dayanağı Devlet Memurları Kanunu'nun 73. maddesidir. Bu maddeye göre, “aynı kurumun farklı yerlerinde görev yapmakta olan aynı sınıftaki memurları, karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle atanmalarını isteyebilecekler, buna ilişkin taleplerin yerine getirilmesi atamaya yetkili amirin uygun bulmasıyla mümkün olacaktır.” Düzenlemeye bakıldığında memurlara isteklerine bağlı olarak yer değiştirme imkânının sunulduğu görülmektedir. Uygulamada bu tip yer değiştirmeler “becayış” olarak tabir edilmektedir. Becayış uygulanabilmesi için yer değiştirme talebinin memurlardan gelmesi öngörülmüş; ancak talebin yerine getirilmesi ise atamaya yetkili amirlerin takdirine bırakılmıştır.²¹

Burada dört husus önem arz etmektedir. Bunlar: Karşılıklı becayış isteyen iki memurun kadrosunun da aynı kurumda olması, aynı kurumun başka yerlerinde çalışıyor olmaları, aynı hizmet sınıfında bulunmaları ve

²⁰ Dan. 5. D, E:2016/7502, K: 2020/839, 12.02.2020.

²¹ SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık,2014), s. 503.

atamaya yetkili amirlerin talepleri uygun bulmasıdır. İdarenin bu durumlarda keyfi davranmaması ve takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanması önem arz etmektedir. Danıştay konuyla ilgili olarak memurların lehine olacak şekilde, amirlerin takdir yetkisini kullanırken keyfi davranmaması ve geçerli nedenler ortaya koyması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Konuyla ilgili Danıştay 2. Dairesinin kararında²² “ ...memurların karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığının açık olduğu, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edildiği, bu durumda, gerek Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Yönetmeliği'nin 17/4. maddesi uyarınca, gelir uzman yardımcılarının karşılıklı olarak yer değiştirme talebinde bulunabileceği hususun düzenlenmesi; gerekse davacı ile yer değiştirme talebinde bulunan (X)'in aynı hizmeti yerine getirmesi, yer değiştirme işleminin gerçekleşmesi halinde idarenin işleyişinin ve hizmetinin devamlılığının sağlanması noktasında aksaklıkların görülmeyeceği hususları bir arada değerlendirildiğinde, Artvin İli Hopa Vergi Dairesi Müdürlüğünde gelir uzman yardımcısı olan davacının, İstanbul İli Kocamustafa Paşa Vergi Dairesi Müdürlüğünde gelir uzman yardımcısı olan (X) ile becayiş (karşılıklı olarak yer değiştirme) yapmak istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddine dair dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık görülmediğine...” hükmedilmiştir. Söz konusu karara konu olayda, davacının kendisiyle aynı vasıflara sahip diğer bir gelir uzmanıyla karşılıklı yer değiştirme talebinde bulunmasına rağmen, talebini cevap vermemek suretiyle zımnen reddeden idari işlemde, idarece takdir yetkisinin sınırlarının keyfi olarak aşıldığı anlaşılmakta ve Danıştayca da bu yer değiştirme halinin kamu hizmetinde aksamalara sebebiyet vermeyeceğinin değerlendirilmesi suretiyle işlemin iptal edildiği görülmektedir.

²² Dan. 2. D, E:2016/6464, K: 2017/2593, 30.03.2017.

4.3. BİR KURUMDAN DİĞERİNE NAKLEN ATANMA

657 sayılı Kanun'un 74. maddesinde "memurların bu Kanuna tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakati ile kazanılmış hak dereceleri üzerinden veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle, buldukları sınıftan veya öğrenim durumları itibariyle girebilecekleri sınıftan, bir kadroya nakillerinin mümkün olduğu, kazanılmış hak derecelerinin altındaki derecelere atanabilmeleri için ise atanacakları kadro derecesi ile kazanılmış hak dereceleri arasındaki farkın üç dereceden çok olmaması ve memurların da isteğinin şart olduğu" düzenlenmiştir. Buna göre memurlar kurumlarından muvafakat almak kaydıyla kazanılmış hak dereceleri üzerinden ya da derece yükselmesi suretiyle Devlet Memurları Kanunu'na tabi başka kuruma atanabilirler. Diğer yandan atanacakları kurumdaki sınıfları ile halihazırda görev yaptıkları kurumdaki sınıfları aynı olmalı ya da atanacakları kurumdaki sınıfları öğrenim durumlarına uygun bir sınıf olmalıdır. Yine memurların kendi istekleri ile buldukları derecelerden en fazla üç dereceye kadar aşağıdaki kadroya atanabileceklerdir.

Uygulamada kurumlar arası naklen atamalar memurun yeni bir üst öğrenim bitirmesi, kariyer meslek olarak adlandırılan bir mesleğe ilişkin sınavda başarılı olması veya sunulan mali imkânların daha iyi olması gibi sebeplere dayanmaktadır. Bu tip atamalarda ortaya çıkan en büyük sorun ise kurumların çeşitli gerekçelerle muvafakat vermektense imtina etmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle son yıllarda kariyer meslek nitelikli mesleklere ilişkin sınavlarda başarılı olan memurlara kurumlarınca muvafakat verilmemesine ilişkin işlemler yargı kararlarına konu olmaktadır. Yargı mercileri genel olarak kurumlarca muvafakat verilmemesine ilişkin işlemlerin iptaline karar vermektedir. Konuyla ilgili Danıştay 2. Dairesinin kararında²³ "...Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Acil Serviste, "Ambulans ve Acil Bakım Teknikeri (Paramedik)" olarak görev yapan davacının, 2012/1 KPSS yerleştirme sonucuna göre, Sağlık Bakanlığı emrinde Adana iline "Sağlık Teknikeri" olarak yerleştirilmesi üzerine, anılan yere naklen atanmasına muvafakat verilmemesine ilişkin işlemin iptali

²³ Dan. 2. D, E:2020/883, K: 2020/2074, 02.07.2020.

istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararını bozarak ... kamu hizmetinin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi gereğince, kamu görevlilerinin özel koşullarına göre verimliliklerinin en yüksek düzeyde olduğu ve hizmetinden en yüksek oranda yararlanılacak bir biçimde çalıştırılmaları kamu yararına daha uygun olduğu gibi davacının gördüğü eğitime uygun ve istediği bir alanda çalışmasının maddi ve manevi varlığının gelişmesine olumlu katkı sağlayacağı ve kamu hizmetinden beklenen faydanın artacağı göz önünde bulundurulduğunda, işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına ..." hükmedilmiştir.

4.4. MEMURLARIN SINIF DEĞİŞİKLİĞİ SURETİYLE NAKLEN ATANMASI

Memurların sınıf değişikliği Devlet Memurları Kanunu'nun Hizmet Şartları ve Şekilleri başlıklı IV. kısmının Devlet Memurluğunda İlerleme ve Yükselmeler başlıklı 2. Bölümünde düzenlenmiş olsa da mahiyeti itibariyle memurların bir sınıftan diğerine geçmek suretiyle yer değiştirmelerine sebebiyet verdiğinden ve idareye yol gösterici olabilmesi düşüncesiyle memurların naklen atanma şekilleri arasında incelenecektir. 657 sayılı Kanun'un 71. maddesinde "Memurların eşit dereceler arasında veya derece yükselmesi suretiyle sınıf değiştirebilecekleri, bu şekilde sınıf değiştireceklerin geçecekleri sınıf ve görev için kanunlarda belirtilen niteliklere sahip olmalarının gerektiği, bu durumda sınıfları değişenlerin eski sınıflarının derecesinde elde ettikleri kademelerde geçirdikleri sürelerin yeni sınıflarındaki derecelerinde dikkate alınacağı; kurumların memurlarını meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle atayabilecekleri" düzenlenmiştir.

Düzenlemeye göre memurlar geçmek istedikleri sınıfın niteliklerine haiz olmaları koşuluyla 657 sayılı Kanun'da "Genel İdare Hizmetleri Sınıfı, Teknik Hizmetler Sınıfı, Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı, Eğitim ve Öğretim Hizmetleri Sınıfı, Avukatlık Hizmetleri Sınıfı, Din Hizmetleri Sınıfı, Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfı, Millî istihbarat Hizmetleri Sınıfı, Emniyet Hizmetleri" olarak sayılan sınıflar arası geçiş yapmak için talepte bulunabileceklerdir. Ancak kanun talep üzerine sınıflar arası geçiş konusunda idareye takdir yetkisi tanımıştır. İdarenin takdir hakkı ise hiç kuşkusuz sınırsız değildir. İdareler keyfi davranışlarla kanun tarafından

tanınmış bir hakkın kullanılmasını engelleyemeyecektir.²⁴ Konuyla ilgili Danıştay 2. Dairesinin kararında²⁵ “...Ankara ili, Kızılcahamam İlçe Emniyet Müdürlüğü emrinde teknisyen yardımcısı olarak görev yapan davacı tarafından, endüstri meslek lisesi mezunu olduğundan bahisle tarafına teknisyen unvanı verilmesi istemi ile yaptığı başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davada; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda teknisyen kadrosunun teknik hizmetler sınıfında düzenlendiği, davacının ise yardımcı hizmetler sınıfında görev yaptığı, davacının sınıf değişikliği yaparak teknisyen unvanına atanabilmesi için Emniyet Teşkilatında Görevli Memurların Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Yönetmelik uyarınca açılacak unvan değişikliği sınavında başarılı olması gerektiği, söz konusu sınavın açılması hususunda ise davalı idarenin takdir hakkı bulunduğu; öte yandan, davacı tarafından teknisyen unvanının verilmesinin 3795 sayılı Yasa hükümleri uyarınca zorunlu olduğu belirtilmekte ise de, söz konusu Yasa hükümlerinin teknik hizmetler sınıfında görev yapan personele uygulanabileceği, davacının yardımcı hizmetler sınıfında görev yaptığından anılan iddianın yerinde olmadığı; davacının davalı idarece açılacak unvan değişikliği sınavında başarılı olmadan teknisyen unvanına atanmasına olanak bulunmadığına...” hükmedilmiştir. Karardan anlaşılacağı üzere, Danıştay tarafından, sınıflar arası geçişin aynı zamanda unvan değişikliği gerektirmesi hali sadece bir sınıf değişikliği olarak görülmemektedir.

Kanuni düzenlemeye göre memurların talebi olmaksızın idarede re’sen memurların sınıfını değiştirebilecektir. Ancak kanun burada idareye çok önemli bir kısıtlama getirmiştir. Buna göre, idareler memurları ancak meslekleri ile ilgili bir sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına ya da genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili bir sınıfa atayabilecektir. Bu hükümle idarenin memurlar üzerindeki takdir yetkisini kötüye kullanabilmesi ihtimalinin önüne geçilmeye çalışıldığı aşikârdır. Uygulama da bazı idareler sınıflar arası geçişte sınav uygulamasına gitmekte; ancak Danıştay sınıflar arası geçişte sınav uygulamasını hukuka aykırı bulmaktadır. Sınıflar arası geçiş unvan

²⁴ ULU, Güher, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 19-38, (2020):95.

²⁵ Dan. 2. D, E:2016/9554, K: 2020/860, 13.02.2020.

değişikliği gerektirdi hallerde ise yukarıda değinilen Danıştay kararında da görüldüğü üzere doğrudan geçiş talep edilemeyecek, örneğin, genel idare hizmetleri sınıfında veri hazırlama kontrol işletmeni olarak çalışmakta iken mühendislik fakültesini bitiren bir memur teknik hizmetler sınıfına mühendis olarak geçmeyi doğrudan isteyemeyecek; ancak unvan değişikliği sınavı ile mühendis kadrosuna atanabilecektir. Öte yandan idarenin çalışanından daha iyi faydalanabilmesi bakımından uzmanı olduğu kadroya geçişi konusunda memura kolaylık sağlanması yerinde olacaktır.

4.5. MEMURLARIN GÖREVLERİNİN VE YERLERİNİN KURUMLARI TARAFINDAN DEĞİŞTİRİLMESİ

657 sayılı Kanun'un 76. maddesinde “Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilecekleri” düzenlenmiştir.

Buna göre idareler belli şartlar altında istediği memuru rızalarına bakmaksızın kendi kazanılmış hak aylık derecelerinin altında olmamak kaydıyla farklı kadrolara atayabilecektir. Diğer yandan, yine 68. madde uyarınca memurlar ancak kendi istekleri ile kazanılmış hak derecelerinin en çok üç derece altındaki bir göreve atanabileceklerdir. Anılan düzenlemelerle idarelere atama işleminin sebep unsuru bakımından takdir yetkisi tanınmışsa da bu yetkinin kullanılması mutlak ve sınırsız olamayacaktır.²⁶

Kurumlarca yapılan atamalarda keyfî uygulamaların önlenmesi amacıyla, takdir yetkisinin kullanılması bağlamında gerek doktrin, gerekse idari yargı organları tarafından bazı kriterlere yer verilmiştir. Bunlar: Kamu yararı, hizmetin gerekleri, eşitlik ilkesi, yasal sınırlar içinde kalma²⁷ olarak sıralanabilir. Bunların dışında yukarıda değindiğimiz eş ve sağlık durumu gibi kriterler de hukuk devletinin bir

²⁶ ALTINKAYNAK, Sadık, “Memurların Yer ve Görev Değişikliği Suretiyle Atanmalarında İdareye Tanınan Takdir Hakkı”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi 17-153, (2007):9

²⁷ TUTUM, Cahit, “Türk Personel Sisteminin Sorunlarına Genel Bir Yaklaşım”, Amme İdaresi Dergisi 29-2, (1980): 95-107.

gereği olarak takdir yetkisini sınırlayacağı kuşkusuzdur. Konuyla ilgili Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun kararında²⁸ “... Memurların atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunduğu, davacının idareye tanınan takdir yetkisi kapsamında vekâleten Genel Müdür Yardımcılığı ve asaleten Daire Başkanlığı görevlerine atamasının yapıldığı, dava konusu işlemle de Daire Başkanlığı görevinden alınarak Strateji Geliştirme Başkanlığı emrine birinci dereceli uzman olarak atandığı, bu durumda, 657 sayılı Kanun'un 76. maddesi kapsamında, memurların naklen atanmaları hususunda idareye, kazanılmış hak aylık derecelerine ve 68. maddedeki esaslara uygun olmak şartı ile başkaca bir sınırlama olmaksızın takdir yetkisi tanındığı, somut olayda idarenin mevzuat uyarınca sahip olduğu takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı kullandığına dair hukuken geçerli herhangi bir bilgi belgenin de bulunmadığı dikkate alındığında; daire başkanı olarak görev yapan davacının, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek Strateji Geliştirme Başkanlığı emrine uzman olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediğine” hükmetmiştir. Danıştay kararında, takdir yetkisinin keyfi kullanılıp kullanılmadığını, işlemin kamu yararına ve hizmet gereklerine uygunluğuna göre değil, kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırılığının ispatlanmasına göre incelemiştir. Söz konusu karar, işlemde ne gibi kamu yararı olduğu ya da hizmetin neden böyle bir atamayı gerektirdiğinin tartışılmaması nedeniyle eleştirilebilir.

4.6. CAN GÜVENLİĞİ MAZERETİ NEDENİYLE NAKLEN ATANMA

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda bu şekilde bir naklen atama usulü açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, doktrinde ve bazı özel düzenlemelerde can güvenliği nedeninin de bir mazeret teşkil edeceği kabul edilmektedir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına

²⁸ Dan. İDDK, E:2021/1027, K: 2021/2261, 08.11.2021.

Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan “memurlar hakkında adli makamlarca iş yerinin değiştirilmesine ilişkin koruyucu tedbir kararı alınabileceğine “ dair düzenleme biraz önce bahsettiğim özel düzenlemelere güzel bir örnek teşkil etmektedir.²⁹

SONUÇ

Ülkemizde naklen atamalar konusunda sıkça yaşanan sorunlar memurların verimliliği, aile düzeni ve psikolojisi gibi hususları etkilemekte ve memurların kurumları ile olan bağlarını zayıflatabilmesinin yanında çalışma barışını da bozucu etkileri olabilmektedir. Kanuni ve idari düzenlemelere rağmen, uygulamada mevzuatın yanlış yorumlanması, takdir yetkisinin aşılması, yöneticilerin idari ve mali sorumluluklarının doğabileceği çekincesi gibi sebeplerle naklen atamalarda sorunlar çıkmakta ve bu uyuşmazlıklar idari yargı organlarının önüne gelmektedir.

İdareler memur alımlarında liyakat ilkesine ne kadar dikkat ediyorsa en az o kadar da yöneticilerin seçiminde liyakat ilkesine özen göstermelidirler. Zira mevzuatı, yargı kararlarını takip etmek ve yorumlayabilmek bir bilgi birikim gerektirecektir. Bunun yanı sıra naklen atamaya ilişkin usul ve esaslar mevzuatla olabildiğince açık şekilde belirlenmelidir. İdareye takdir hakkı tanınan konularda takdir hakkının sınırlarının belirlenmesinde yargı kararları önemli bir yere sahip olacaktır. Atama işlemini cezalandırma aracı olarak kullandığı ortaya konulan amirlere idarece gerekli yaptırımlar uygulanarak, bu hususun tekrarının önüne geçilmelidir. İdareciler tarafından ilgili yargı kararları takip edilmeli ve bu kararlara ulaşılması bakımından idare ve yargı teşkilatı arasında gerekli koordinasyon oluşturulmalıdır. Uygulamada ortaya çıkan sorunların önüne geçilmesi adına idarecilere naklen atamalara ilişkin usul ve esaslar hakkında hizmet içi eğitimler verilmesi kanaatimizce faydalı olabilecektir. Atamalarda önceliğin kamu yararı olmasının yanında, unutulmamalıdır ki her memur bir insandır ve aile, eş, çocuk, sağlık gibi konularda mazeretleri olması doğaldır. Bu nedenle, idarenin asli unsuru olan memurların gerek verimi, gerekse aidiyet duygusunun yükselmesi, dolayısıyla idari hizmetin kalitesinin

²⁹ SANCAKDAR, Oğuz, s. 514.

artabilmesi için naklen atamalarda mazeretler geniş olarak yorumlanmalı ve yüksek kamu yararı ile hizmetin gerekleri acil ve çok gerekli olmadıkça takdir yetkisi memurlardan yana kullanılarak memurların kendilerini çaresiz hissetmelerinin önüne geçilmelidir. Yine zorunlu rotasyon uygulamasının gerekli olduğu kurumlarda memurlara bir tercih sıralaması yapma hakkı tanınması suretiyle seçim yapma şansı tanınmalıdır. Öte yandan memurlar tarafından da kanunun verdiği haklar iyi niyeti su istimale yol açacak şekilde kullanılmamalıdır. Gelişen ve değişen şartlar nedeniyle ülkemizin yeni bir devlet memurları kanununa ihtiyacı olduğu ise açıktır. Bu itibarla, memurların naklen atanma usulüne ve mazeret olarak değerlendirilebilecek durumlara ilişkin mevzuatın çağın gerekleri ve getirdiklerine uygun olarak yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 594.

ALTINKAYNAK, Sadık, “Memurların Yer ve Görev Değişikliği Suretiyle Atanmalarında İdareye Tanınan Takdir Hakkı”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, 17-153, (2007):9.

BUCAKTEPE, Adil, “Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler.” ,Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-4, (2014):459

CANMAN, Doğan. Çağdaş Personel Yönetimi, Ankara, TODAİE Yayını, 1995, s.98.

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s.405-411

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 644- 645.

GÜLMEZ, Mesut, Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara, TODAİE Yayını, 1996, s.3.

GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s. 592.

SAĞLAM, Mehmet. Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 1999, s.26.

SANCAKDAR, Oğuz. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 503.

TUTUM, Cahit, “Türk Personel Sisteminin Sorunlarına Genel Bir Yaklaşım” Amme İdaresi Dergisi, 29-2, (1980): 95-107.

ULU, Güher, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi.” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 19-38, (2020):95

YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Naklen Atamalarda Eğitim Hakkının Gözetilmesi.” Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-2, (2013):2

— • DANIŞTAY YAYINLARI • —

I. DANIŞTAY DERGİLERİ**A. DANIŞTAY DERGİSİ**

Sayı: 1 – 90, Cumhuriyetin 50.Yılı Özel Sayısı ve Atatürk'ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı tükenmiştir.

Sayı: 91	Sayı: 113	Sayı: 135
Sayı: 92	Sayı: 114	Sayı: 136
Sayı: 93	Sayı: 115	Sayı: 137
Sayı: 94	Sayı: 116	Sayı: 138
Sayı: 95	Sayı: 117	Sayı: 139
Sayı: 96	Sayı: 118	Sayı: 140
Sayı: 97	Sayı: 119	Sayı: 141
Sayı: 98	Sayı: 120	Sayı: 142
Sayı: 99	Sayı: 121	Sayı: 143
Sayı: 100	Sayı: 122	Sayı: 144
Sayı: 101	Sayı: 123	Sayı: 145
Sayı: 102	Sayı: 124	Sayı: 146
Sayı: 103	Sayı: 125	Sayı: 147
Sayı: 104	Sayı: 126	Sayı: 148
Sayı: 105	Sayı: 127	Sayı: 149
Sayı: 106	Sayı: 128	Sayı: 150
Sayı: 107	Sayı: 129	Sayı: 151*
Sayı: 108	Sayı: 130	Sayı: 152
Sayı: 109	Sayı: 131	Sayı: 153
Sayı: 110	Sayı: 132	Sayı: 154
Sayı: 111	Sayı: 133	
Sayı: 112	Sayı: 134	

* T.C. Danıştay Dergisi, 151. sayısından itibaren ulusal hakemli bir dergi olarak yayın hayatına devam edecektir.

B. DANIŞTAY KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 1	Sayı: 4
Sayı: 2	Sayı: 5
Sayı: 3	Sayı: 6

C. T.C. DANIŞTAY KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 1	Sayı: 4	Sayı: 7
Sayı: 2	Sayı: 5	Sayı: 8
Sayı: 3	Sayı: 6	Sayı: 9

II. DANIŞTAYIN ÇEŞİTLİ DAİRE VE KURUL KARARLARI ÖZETLERİ

A. YARGI KARARLARI

Yayın No:

1. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları I (1953-1966), 1966, s. 130
12. Danıştay Onuncu Daire Kararları 1972. s. XIV+340
15. Danıştay Dokuzuncu Daire Kararları 1973, s. XVI+296
16. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları II, (1967-1972), 1973, s. 248
19. Danıştay Sekizinci Daire Kararları 1974, s. XXIV+518
22. Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap, Cilt: I, 1976, s. XXXIV+650
22. Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap, Cilt: II, 1976, s. XX+550
24. Danıştay Yedinci Daire Kararları, Birinci Kitap, (1965-1976), 1977, s. XXX+674, 2. Baskı
27. Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap, (1965-1977), 1979, s. XXII+713
30. Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap, (1965-1978), 1981, s. XXXII+858

34. Danıştay Beşinci Daire Kararları, (1970-1981), Birinci Kitap Cilt: I, 1983, s. X+647
35. Danıştay Beşinci Daire Kararları, (1970-1981), Birinci Kitap Cilt: II, 1983, s. XV+663
37. İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararları II, (1933-1983), ÇATAL Nurşen, Danıştay Savcısı, 1984, s. 144
40. Danıştay Onbirinci Daire Kararları, (1971-1981), 1984, s. XXIII+567
41. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları III, (1973-1984), 1985, s. 148
47. Danıştay Dördüncü Daire Kararları, (1975-1979), 1989, s. IX+145

B. DANIŞMA KARARLARI

Yayın No:

31. Danıştay İstisari Düşünceler (Cumhuriyet Dönemi), (1929-1980), Birinci Kitap, Cilt:I, 1982, s. XI+638
32. Danıştay İstisari Düşünceler (Cumhuriyet Dönemi), (1929-1980), Birinci Kitap, Cilt:II, 1982, s. VIII+584
38. Danıştay İstisari Düşünceler (Fihrist, Cumhuriyet Dönemi), (1929-1983), 1984, ER Salih, Danıştay Tetkik Hakimi, s. 253

III. İDARE HUKUKU İNCELEMELERİ

Yayın No:

21. İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, 1976, s. 372
26. İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler II, 1978, s. 388, 2. Baskı, 1987
29. İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler III, 1981 s. 397, 2. Baskı, 1987

IV. KİTAPLAR

Yayın No:

- Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), 1968
- Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), s. XX+964, 2.Baskı, 1986
- 2. Alman İdare Mahkemeleri Kanunu, Çeviren: ERDOĞDU Ahmet, Danıştay İkinci Daire Başkanı, 1967, s. 84
- 3., 4., 5., 6., 7., 8. Danıştay Kitaplığında Bulunan Kitapların Fihristi
- 9. Modern Fransa'da Danıştay, Dr. FRDEMAN Charles E.; Çeviren: GÖKTEN Işık, Danıştay Eski Yardımcısı, 1971, s. 160
- 10. Anayasa Mahkemesi Kararları Işığı Altında Memurin Muhakematı Hakkında Kanun Tatbikatının Eleştirisi, ERGUT Eşref, Danıştay Üyesi, 1971, s. 52
- 11. Türkiye'de Zirai Kazancın Vergilendirilmesi, COŞKUN Sabri, Danıştay Yardımcısı, 1977, s. 74
- 13. Tüzüklerimiz, DİNÇER Güven, Danıştay Kanunsözcüsü, 1972, s. XIV+184
- 14. İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, TUNCAY Aydın H., Danıştay Üyesi, 1972, s. 284
- 17. Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, 1973, s.105
- 18. Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri, LETOURNEUR M., BAUCHET J., MERIC J.; Çeviren: BAŞPINAR Recep, Danıştay Üyesi, 1973, s.273 (Müellifi tarafından satış izni verilmemiştir.)
- 20. Yüzbeş ve Yüzaltıncı Yıllarda Danıştay, (Anayasa Değişikliklerine İlişkin Görüşleriyle)
- 23. Açıklamalı ve İçtihatlı İşletme Vergisi, GÜNGÖR A. İhsan, Danıştay Üyesi, 1977, s. 240
- 25. Danıştay Kanunu, 1978, s. 60
- 28. Yüzonbirinci Yılında Danıştay
- 36. Danıştay Kanunu ve İdari Yargı İle İlgili Mevzuat, 1983, s. 153
- 39. Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu, DELCROS Xavier, DELCROS Bertrand, HANLOV Carol, DİSTEL Michel; Çeviren: CANDAN Turgut, Danıştay Tetkik Hakimi, 1984, s. XIX+130
- 42. Yüzondört ve Yüzondokuzuncu Yıllarda Danıştay

48. Tanzimattan Cumhuriyete Yasalarımız Dizini (1839-1923), 1990, s.284, Hazırlayan: Ahmet Ziya, Yeni Harflere Çeviren: ONAT Nuri
51. İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Yrd. Doç. Dr. ERKUT Celal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, 1990, s. XII+214
52. Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Hak. Yar. Dr. ALPAR Erol, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üyesi, 1990, s. VIII+146
54. Hollanda Danıştay, Çeviren: COŞKUN Sabri, Danıştay Üyesi 1992, s. 27
56. İptal Davası, COŞKUN Sabri, Danıştay Üyesi , 1993, s. 46
58. Fransız Anayasası, Çeviren: ÖZEREN Ahmet Şükrü, Danıştay Üyesi, 1994, s. VI+35
- 60-A. Dünyada İdari Yargının Bugünü, Uluslararası Yüksek İdari Mahkemeler Derneği (AIHJA – IASAJ) Orijinal Metinlerinden Çeviri, 2002, s. VI+91
- 60-B. Dünyada İdari Yargının Bugünü, Uluslararası Yüksek İdari Mahkemeler Derneği (AIHJA – IASAJ) Orijinal Metinlerinden Çeviri + Orijinal Metinler, 2002, s. VI+102
61. İnsan Hak ve Özgürlüklerinin İdari Yargıç Tarafından Korunması, Uluslararası Yüksek İdari Mahkemeler Derneği (AIHJA – IASAJ) VII. Kongresi Sentez Raporu (23 – 25 Nisan 2001 Senegal) Çevirisi, 2002, s. VI+-33
62. Danıştay İçtüzüğü – Danıştay Tetkik Hakimlerinin Görev Yaptıkları Daire ve Kurulların Değiştirilmesinde Uygulanacak Esaslara İlişkin Yönetmelik – Yurtdışına Gönderilecek Danıştay Meslek Mensuplarının Seçimleri ile Diğer Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik – Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Kuruluş ve Görev Yönetmeliği – Danıştay Arşiv Yönetmeliği – Danıştay Kıyafet Yönetmeliği – Danıştay Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliği – Danıştay Memurları Disiplin Kurulu ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği – Danıştay Personelinin Görevde Yükselme Yönetmeliği, 2002, s. 53

- 63.** Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2002, s. 65
- 64.** Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Türkçe, Fransızca, İngilizce), Fransızca çeviri: ENGEZ Necati, İngilizce çeviri: Dr. ALTIPARMAK Kerem, 2003, s. 190
- 125.Yıl – Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay(İngilizce-Fransızca), Tıpkı Basım, 2003, s. 44
- 66.** Hukukla Kırkbir Yıl, ALAN Nuri, Danıştay Başkanı, 2003, s. 312
- 69.** İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Derneği VIII. Kongresi (26 – 28 Nisan 2004, Madrid) Genel Raporu Çevirisi, 2004, s. VI+45
- 70.** Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2004, s.84
- 73.** Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Türkçe, Fransızca, İngilizce), Fransızca çeviri: ENGEZ Necati, İngilizce çeviri: Yrd.Doç.Dr. ALTIPARMAK Kerem, 2007, s.217
- 75.** İdari Hakimlerin Statüsü, Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Derneğinin IX. Kongresi (22-24 Kasım 2007, Bangkok) Genel Raporu Çevirisi, 2008, s. 21
- 78.** Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2009, s. 85
- 80.** Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu – Danıştay Dava Daireleri Arasındaki İşbölümü, 2011, s. 98
- 85.** Vergi Uyuşmazlıklarını Değerlendirme Çalıştayı, 2014, s. 79

87. Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu – Danıştay Dava Daireleri Arasındaki İşbölümü, 2015, s. 171
88. Danıştay Başkanlığı İç Kontrol El Kitabı, 2015, s. 43
90. Uluslararası Sözleşmelere Atıf Yapan Karar Örnekleri – Translated Judgements Which Refer to the International Conventions 2015, s. 206
92. İdari Yargıya İlişkin Uyuşmazlıklar Kapsamında Mülkiyet Hakkına Müdahaleler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları, 2017, s.680
94. İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2014-2015), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Analizleri, 2018, s. 149
95. İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2017 – 2018), 2018, s. 261
96. Uluslararası Sözleşmelere Atıf Yapan Karar Örnekleri – Translated Judgements Which Refer to the International Conventions 2018, s. 318
97. Hukukta Yorum ve Hâkimin Yorumlama Yetkisi Paneli, 2018, s.69
98. Kamulaştırmасız El Atma (Hukuki El Atma) ve İlgili Danıştay Altıncı Daire Kararları, 2018, s.333
100. Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü Paneli, 2018, s. 69
101. Danıştay Ondördüncü Daire Kararları (4 Cilt), 2019, s.465, s.556, s. 543, s. 533
102. İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları, 2. Dönem (2015-2016), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Maddeleri ve Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Karar Analizleri, 2019, s. 157
103. 150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştaya Uluslararası Sempozyumu, 2019, s. 216
104. İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları, 3. Dönem (2016-2017), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde Temel Hak ve Özgürlükler, 2019, s. 222

- 105.** İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları, 4. Dönem (2017-2018), Danıştay Kararları Çerçevesinde Temel Hak ve Özgürlükler, 2019, s. 397
- 107.** İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 2. Dönem (2018 – 2019), 2019, s. 261
- 108.** İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 3. Dönem (2019), 2020, s. 537
- 109.** İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları, 5. Dönem (2019), Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde Temel Hak ve Özgürlükler, 2020, s. 345
- 110.** T.C. Danıştay Başkanlığı Karar Yazım Rehberi, 2020, s. 152
- 112.** İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları 4. Dönem (2020-2021), 2022, s. 440
- 113.** İnsan Hakları Komisyonu Çalışmaları 6. Dönem (2020-2021), 2022, s. 644

V. DANIŞTAY SEMPOZYUMLARI

Yayın No:

- ATATÜRK'ün 100. Doğum Yılı Sempozyumu, 1981, s. 156
- 33.** İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 1982, s. 194
- 43.** Kentleşmenin Getirdiği Çevre Sorunları Sempozyumu (İdare Hukuku Açısından), 1987, s. 183
- 49.** Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu, 1989, s. 155
- 59.** 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 2000, s. 297
- 63.** İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl, Sempozyum, 2003, s. 167
- 67.** Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl, Sempozyum, 2003, s. 173
- 68.** Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, Sempozyum, 2004, s. 204
- 71.** Danıştay ve İdari Yargı Günü 136. Yıl, Sempozyum, 2004, s. 191
- 72.** Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl, Sempozyum, 2005, s. 244
- 74.** Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, Sempozyum, 2008, s. 306
- 76.** Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl, Sempozyum, 2008, s. 341

77. Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl, Sempozyum, 2009, s. 159
79. Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl, Sempozyum, 2010, s. 109
81. Danıştay ve İdari Yargı Günü 142. Yıl, Sempozyum, 2011, s. 160
82. Danıştay ve İdari Yargı Günü 143. Yıl, Sempozyum, 2011, s. 71
83. Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl, Sempozyum, 2013, s. 282
84. Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl, Sempozyum, 2014, s. 71
86. Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl, Sempozyum, 2014, s. 229
89. Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl, Sempozyum, 2015, s. 146
91. Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl, Sempozyum, 2016, s. 292
93. Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl, Sempozyum, 2017, s. 293
99. Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl, Sempozyum, 2018, s. 149
106. Danıştay ve İdari Yargı Günü 151. Yıl, Sempozyum, 2019, s. 202
111. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu, 2021, s. 139

VI. ULUSAL İDARE HUKUKU KONGRELERİ

Yayın No:

- I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 1990, s. 180
53. - I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1991, s. 464
- I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, 1991, s. 505
- I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Üçüncü Kitap, Çeşitli İdare Hukuku Konuları, 1992, s. 307
55. - II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 1993, s. 163
- II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 1993, s. VIII+356

VII. TANITMA YAYINLARI

Yayın No:

- Albüm (1968)
- Albüm (1978)
- Albüm (1985)

- Albüm (1990)
- Albüm (1995)
- Albüm (2000)
- Albüm (2003)
- Albüm (2005)
- Albüm (2008)
- Albüm (2011)
- Albüm (2013)
- Albüm (2017)
- Albüm (2020)
- Danıştay (1868-1989), 1989, s. 24
- Danıştay (1868-1989), 1993, s. 24
- Danıştay (İngilizce) 2003, s.32
- Danıştay (İngilizce) 2005, s. 32
- Danıştay (Fransızca) 2005, s. 32

DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN KURULUNDAN DUYURU

DANIŞTAY DERGİLERİNİN İÇERİĞİ VE YAYIMLANMA USULÜ İLE İLGİLİ BİLGİLER

03/01/2019 tarih ve 48 sayılı Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulu kararı uyarınca; 1937 yılından beri yayımlanan T.C. Danıştay Başkanlığı süreli yayınlarından olan “Danıştay Dergisi”nin, içinde makalelerin ve Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları, Başkanlar Kurulu ve Dava Daireleri kararlarının bir arada bulunduğu biçiminin deĐiŐtirilerek, kararlar için “**T.C. Danıştay Kararlar Dergisi**”; makale, eviri ve benzeri çalışmalar için “**T.C. Danıştay Dergisi**” adıyla iki ayrı dergi olarak yayımlanmasına karar verilmiştir.

“**T.C. Danıştay Dergisi**” 151. sayısından itibaren hakemli makalelerden oluşan **Ulusal Hakemli Dergi** olarak yayın hayatına devam edecektir. 2023 yılı itibarıyla Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanacaktır.

“**T.C. Danıştay Kararlar Dergisi**” ise Danıştay kurulları ve dava daireleri kararlarından oluşan dergidir. Ocak, Mayıs ve Eylöl aylarında olmak üzere yılda üç kez yayımlanmaktadır.

2022 YILINA AİT YAYIMLANACAK 154 SAYILI DANİŐTAY DERGİSİ FİYATINA İLİŞKİN AÇIKLAMA

Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulunun kararı ile 2022 yılı birim satış fiyatının; **55 TL (ElliBeŐ Türk Lirası)** olarak belirlenmesine, idari yargı mensupları, öğretim elemanları ve üniversite öğrencilerine birim satış fiyatı üzerinden %50 indirim uygulanmasına karar verilmiştir.

T.C. Danıştay Başkanlığı diğer yayınları ile yayınların fiyatlarına ilişkin detaylı bilgi için **www.danistay.gov.tr** adresini ziyaret ediniz.

Kamuoyuna duyurulur.

T.C. DANIŞTAY DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Danıştay Dergisi, “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı olmak üzere, Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan kurumsal bir dergidir.

2. Derginin yayın konusu; Danıştayın görev alanına giren konular (İdare Hukuku, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Vergi Hukuku, Anayasa Hukuku, Kamu Hukuku) başta olmak üzere, Medeni Hukuk, Uluslararası Hukuk, İdari Yargılama Usulü Kanununda atıfta bulunulan hallere ilişkin olmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi idari yargıyla ilgili alanlara ilişkindir.

3. Derginin yazım dili Türkçe’dir. Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulunun uygun gördüğü durumlarda İngilizce yazılar da yayımlanır.

4. Dergiye gönderilecek yazılar, T.C. Danıştay Dergisi Yazım Kuralları’na ve Türk Dil Kurumu Yazım Kılavuzu’na uygun olmalıdır.

5. Dergide yayımlanması istenen yazılar Word formatında, **yayin@danistay.gov.tr** adresine e-posta yoluyla ya da CD’ye kaydedilmiş olarak aşağıdaki adrese posta yoluyla gönderilir: T.C. Danıştay Dergisi T.C. Danıştay Başkanlığı Üniversiteler Mah. Dumlupınar Bulvarı No:149 Eskişehir Yolu 10. Km. Çankaya/ANKARA

6. Dergiye gönderilecek yazılar, daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

7. “Kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı, yazı metninden çıkarılarak iki ayrı hakeme gönderilir. Yazara, yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem incelemesinden gelen yazılar, hakem inceleme raporlarıyla birlikte Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulu’na sunulur. Yazının yayımlanması, hakemler ve nihai olarak Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulu tarafından uygun bulunmadığı takdirde, bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları esaslı düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Makale, ancak bu düzeltmelerin yazar tarafından kabul edilerek metne işlenmesi, hakemlerin ve nihai olarak Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulu tarafından uygun görülmesi koşuluyla yayımlanır.

8. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda, yazı üçüncü bir hakeme gönderilir. Yazının yayımlanabilmesi için en az iki hakemin

olumlu görüş bildirmesi gerekir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda tekrar bir hakem incelemesi yapılmaz.

9. Yayınlanmasına karar verilen yazılara hangi sayıda yer verileceğine Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulu karar verir. Gönderilen yazılardan yayımlanmasına karar verilen yazılar, yazarına iade edilmez.

10. Yayınlanmak üzere gönderilen çeviriler için 05/12/1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre eser sahibinden izin alınmış olması ve bu iznin belgelendirilmesi şarttır. Çeviriler, orijinal metni ile birlikte ve yayımlandığı kaynağın da belirtilmesi suretiyle gönderilir. Çevirilerde de hakemlik sistemi uygulanır. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir.

11. Yayınlanmasına karar verilen yazıların tüm yayın hakları Danıştay Başkanlığı'na aittir.

12. Dergide yazıların yayımlanmış olması, yazara ait görüşlerin Danıştay tarafından paylaşıldığı ve desteklendiği anlamına gelmez. Dergide yayımlanan yazıların ve çeviri eserlerin telif haklarıyla ilgili tüm konularda, 05/12/1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

13. Dergide yayımlanan yazılardan ve çeviri metinlerden ancak kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

14. Yazıları yayımlanan yazarlara ve yazıların gönderildiği hakemlere, 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” esaslarına göre telif ve hakem ücreti ödenir.

15. Yazarlara üçer adet, hakemlere ise birer adet dergi ücretsiz olarak gönderilir.

T.C. DANIŞTAY DERĐİSİ YAZIM KURALLARI

1. Danıştay Dergisine g3nderilecek yazılar Word formatında, A4 boyutunda, 3st, alt ve her iki kenardan 2,5 cm boşluk bırakılacak ve her iki yana yaslı olacak Şekilde 1,5 satır aralığıyla, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto olarak yazılmalı, 2.000 kelimedenden az olmamalı ve 10.000 kelimeyi geçmemelidir.

2. Yazı için hazırlanacak kapak sayfasında yazının başlığı, yazar veya yazarların adı, soyadı, unvanı, g3rev yaptığı kurumun adı, kısa 3zgemiŐi, iletişim adresi ile telefonu ve e-mail adresi yer almalıdır.

3. G3nderilen yazılarda, ilk sayfasına T3rke ve İngilizce dillerinde yazılmış baŐlık, 3z (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords) eklenmelidir. 3z, yazının amaç ve kapsamını en iyi Şekilde ifade edecek ve 200 kelimeyi geçmeyecek Şekilde 10 punto ile yazılmalıdır. Anahtar kelimeler, en çok 5 adet olmalı ve 10 punto ile yazılmalıdır.

4. Yazının başlığı b3y3k harflerle 14 punto ve koyu olarak yazılmalıdır. Yazının giriş ve sonuç b3l3mleri dâhil t3m ana başlıkları b3y3k harflerle koyu ve 12 punto ile alt başlıklar ise k33k harflerle koyu ve 12 punto olarak yazılmalıdır.

5. Metin içinde kullanılacak tablo ve Őekillere sıra numarası ve baŐlık verilmelidir.

6. Atıflar, sadece dipnot Şeklinde yapılmalıdır. Dipnotlar sayfa altında g3sterilir ve metin içindeki dipnot numaraları noktalama iŐaretinden 3nce kullanılmalıdır.

7. Dipnot metinleri 10 punto, tek satır aralıklı, normal yazı stilinde olmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken yazarın soyadının harfleri b3y3k ve adının sadece baş harfi b3y3k olmalıdır. Atıf yapılan kaynak kitap ise, sırasıyla; yazar veya yazarların soyadı, adı, kitabın adı, eviren varsa (ev. adı ve soyadı), yayınlayan, yayın yeri, yayın tarihi ve atıf yapılan sayfa numarası verilir. Eser makale ise, makale adı çift tırnak içine alınır. İnternette yapılan alıntılarda, sırasıyla; yazarın soyadı, adı, yazarı yok ise internet sitesinin ait olduğu kurum (yayın yılı), “eserin adı”, internet adresi, (erişim tarihi) yer almalıdır.

İlk yazarı aynı olan eserlerde sıralamayı belirlemek için sırasıyla ikinci ve daha sonra gelen yazarların soyadları kullanılmalıdır. Tüm yazarları aynı olan eserler yılına göre eskiden yeniye doğru sıralanmalıdır. Tüm yazarları ve yılları aynı olan eserler ise yılın sonuna eklenen küçük harfler kullanılarak "2017a" ve "2017b" şeklinde birbirlerinden ayrılmalıdır. İlk yazarı ve yılı aynı olan üç ve daha fazla yazarlı eserler de aynı şekilde ayrılmalıdır. Kaynakçada tüm yazarların soyadları ve diğer adlarının ilk harfleri yer almalıdır.

Kitap: Yazar veya yazarların soyadı, adı, kitabın adı, çeviren varsa (çev. adı soyadı), yayınlayan, yayın yeri, yayın tarihi, sayfa numarası.

GÖZÜBÜYÜK, Prof. Dr. A. Şeref, Yönetmelik Yargısı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.12.

WEBER, Max, Hukuk Sosyolojisi, (çev. Latif Boyacı), Yarıncı Yayıncılık, İstanbul, 2014.

BÜYÜKÖZTÜRK Şener, ÇAKMAK Kılıç Ebru, AKGÜN Özcan Erkan, KARADENİZ Şirin, DEMİREL Funda, Bilimsel Araştırma Yöntemleri, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2009, s.6.

Kitaptaki Makale: Yazar veya yazarların soyadı, adı, “makalenin adı”, eserin adı, derleyen varsa (der. adı soyadı), yayınlayan, yayın yeri, yayın tarihi, sayfa numarası.

GÜLAN, Prof. Dr. Aydın, “Güncellenmesi Gereken Bir Misyon: Danıştayın İstisnâî Görevleri”, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyum Günü, Danıştay Yayınları, Ankara, 2018, s. 61.

Dergi Makaleleri: Yazar veya yazarların soyadı, adı, “makalenin adı”, derginin adı, cilt numarası, sayısı, yayın tarihi, sayfa numarası.

ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, Danıştay Dergisi, Yıl 34, Sayı 107, 2004, s.1

İnternet: Yazarın soyadı, adı, yazar yok ise internet sitenin ait olduğu kurum adı (yayın yılı), “eserin adı”, internet adresi, (erişim tarihi).

Kamu Denetçiliği Kurumu (2014), “Soma Maden Kazasından Hareketle Kömür Madenciliğinde İş Sağlığı ve Güvenliği Özel Raporu”, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/soma%20rapor%2030122014.pdf> (Erişim Tarihi: 13.02.2019).

8. Kaynakçada, sadece metinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kaynaklar yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalı ve aşağıdaki şekilde yazılmalıdır:

Kitap: Yazar veya yazarların soyadı, adı, eserin adı, çeviren varsa (çev. adı soyadı), yayınlayan, yayın yeri, yayın tarihi.

GÖZÜBÜYÜK, Prof. Dr. A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

WEBER, Max, Hukuk Sosyolojisi, (çev. Latif Boyacı), Yarıncılık, İstanbul, 2014.

BÜYÜKÖZTÜRK Şener, ÇAKMAK Kılıç Ebru, AKGÜN Özcan Erkan, KARADENİZ Şirin, DEMİREL Funda, Bilimsel Araştırma Yöntemleri, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2009.

Kitaptaki Makale: Yazar veya yazarların soyadı, adı, “makalenin adı” eserin adı, derleyen varsa (der. adı soyadı), yayınlayan, yayın yeri, yayın tarihi.

GÜLAN, Prof. Dr. Aydın, “Güncellenmesi Gereken Bir Misyon: Danıştayın İstisnai Görevleri”, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyum Günü, Danıştay Yayınları, Ankara, 2018.

Dergi Makaleleri: Yazar veya yazarların soyadı, adı, “makalenin adı”, derginin adı, cilt numarası, sayısı, yayın tarihi.

ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, Danıştay Dergisi, Yıl 34, Sayı 107, 2004.

İnternet: Yazarın soyadı, adı, yazar yok ise internet sitesinin ait olduğu kurum adı (yayın yılı), “eserin adı”, internet adresi, (erişim tarihi).

Kamu Denetçiliği Kurumu (2014), “Soma Maden Kazasından Hareketle Kömür Madenciliğinde İş Sağlığı ve Güvenliği Özel Raporu”, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/soma%20rapor%2030122014.pdf> (Erişim Tarihi: 13.02.2019).

DANIŞTAY DERGİSİ ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Danıştay Dergisi, bilimsel yayın etiği kapsamında Yayın Etiği Komitesi (COPE: Committee on Publication Ethics) ve Açık Erişim Dergiler Dizini (DOAJ) gibi kuruluşlar tarafından belirlenmiş etik standartlar ve ilkeler çerçevesinde hareket etmektedir.

Danıştay Dergisi, açık erişim ve ücretsiz akademik ve bilimsel yayıncılık ilkesini benimsemektedir. Yazarlardan makale başvuru, değerlendirme ve yayın süreçlerinde herhangi bir ücret alınmaz. Dergi içeriğine, www.danistay.gov.tr / <https://dergi.danistay.gov.tr> üzerinden herhangi bir kısıtlama olmaksızın erişim sağlanmaktadır. Ancak Yayın politikası gereği elektronik ortamda bulunan bütün sayılar Başkanlığımız intranet (iç web) sayfasında yayımlanmakta, internet (dış web) sayfasında ise dergi satışlarının olumsuz etkilenmemesi açısından son iki sayı eksik olarak yayımlanmaktadır.

Makale göndermeden önce, uluslararası standartlar esas alınarak belirlenmiş yayın politikası ve etik ilkeler ile derginin yazım kurallarının dikkatli bir şekilde okunması gerekmektedir. Yazarlar dergiye makale gönderdikleri zaman bu ilke ve kuralları kabul ettiklerini beyan ederler.

Makalenin Tasnif ve Yayın Kurulunca değerlendirme sürecine alınması bir yayın taahhüdü anlamına gelmez. Değerlendirme süreci olumlu sonuçlansa bile makalenin yayımlanıp yayımlanmayacağı veya hangi sayıda yayımlanacağı Tasnif ve Yayın Kurulunun kararı ile belirlenir.

Tasnif ve Yayın Kurulu tarafından istisnai olarak, bazı makalelerin hakemsiz olarak Dergi’de yayımlanmasına re’sen karar verilebilir.

Tasnif ve Yayın Kurulu, makaleleri akademik ve bilimsel içeriğine göre objektif olarak değerlendirir.

Tasnif ve Yayın Kurulunun, makalelere ilişkin intihal ve suistimal iddialarını inceleyerek etik standartlar ve ilkeler çerçevesinde işlem yapma hakkı saklıdır.

Dergiye gönderilen bir makalenin yayımlanmamış veya aynı zamanda başka bir dergiye gönderilmemiş olması zorunludur.

Tasnif ve Yayın Kurulu, dergiye gönderilen tüm materyalin ve hakemlerle yapılan tüm yazışmaların gizliliğini korumayı teminat altına alır.

1. Yazarlar

Yazarlar özgün ve bilimsel çalışmalarını, yayımlanmak üzere dergiye başvurabilir.

Yazarın makalesini değerlendirme süreci başlamadan geri çekme hakkı saklıdır. Değerlendirme süreci başlamış olan makalenin yazar tarafından geri çekilmek istenmesi durumunda, Tasnif ve Yayın Kurulunun onayı gerekir.

Gönderilen makale ile ilgili çıkar çatışması oluşturacak durumlar ve ilişkiler varsa, yazar tarafından açıklanmalıdır.

Yazarlar makalede kullandıkları tüm alıntılara referans vermelidir.

Yazarlar kaynakların orijinalliğinden ve teyidinden sorumludur. Yazarlar makalenin başka bir kişi ya da kurumun fikri mülkiyet haklarını ihlal etmediğini, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermediğini ve tüm sorumluluğun kendilerinde olduğunu taahhüt eder.

Makalelerde ileri sürülen fikirler yazarlara ait olup Danıştay Dergisini bağlayıcı etkisi yoktur. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayımlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir. Yazışmadan sorumlu yazar, tüm ortak yazarların yayına ve ortak yazar olarak adlandırılmaya rızası olmasından sorumludur. Çalışmaya önemli bilimsel ve yazınsal katkı sağlayan tüm kişiler ortak yazar olarak adlandırılmalıdır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını gösteren belgelere sahip olmalıdır. Makalenin yayımlanması ile birlikte ilgili belgeler, **yayin@danistay.gov.tr** adresine iletilmeli ve en az beş yıl süre ile saklanmalıdır.

2. Hakemler

Danıştay Dergisi, makalelerin değerlendirme sürecinde çift taraflı kör hakemlik ilkesini benimsemiştir. Hakemler yazar adını göremeyeceği gibi yazarlar da hakem adını göremez. Hakemler ve yazarlar birbiri ile doğrudan iletişime geçemez.

Hakemler sadece uzmanlık alanı ile ilgili çalışmalarını değerlendirirler. Hakemler kendilerine ulaşan makaleleri gizli tutmalı ve hakemlik sürecinden elde ettikleri bilgileri kişisel menfaatleri için kullanmamalı ve başkalarıyla paylaşmamalıdır. Tarafsız ve gizlilik içerisinde, akademik dil kullanarak değerlendirme yapılmalıdır. Hakemler değerlendirmeyi nesnel bir şekilde sadece çalışmanın içeriği ile ilgili

olarak yapılmalıdır. Hakemler değerlendirme sürecinde çıkar çatışması ve rekabet ile karşı karşıya olduğunu düşünürse, çalışmayı incelemeyi reddederek, dergi editörünü bilgilendirmelidir. Hakemler makaleyi belirlenen zamanda ve etik sorumlulukla değerlendirmelidir.

3. Telif ve Yayın Hakları

Dergide yayımlanması kabul edilen ve yayımlanan yazıların yazılı ve elektronik ortamda tüm yayın hakları Danıştay Dergisi'ne aittir. Danıştay Dergisi'ne **yayin@danistay.gov.tr** e-posta adresi üzerinden makale gönderilmesi aşamasında yazışmadan sorumlu yazar, makalenin her türlü yayım, basım, sunum, dağıtım ve elektronik ortamda sunulmasından doğan telif ve yayın hakkını, hiçbir kısıtlama olmadan Danıştay Dergisi'ne devretmekte ve elektronik lisans anlaşmasını tüm yazarlar adına kabul etmektedir.

4. Değerlendirme ve Yayım Süreci

Makale Gönderimi

Makalelerin Türkçe veya İngilizce olarak gönderimi ve takibi **yayin@danistay.gov.tr** e-posta adresi üzerinden elektronik olarak yapılmaktadır.

Ön Değerlendirme

Makaleler, hakem incelemesine gönderilmeden önce yayım ilkeleri ve yazım kurallarına uygunluğu açısından ön değerlendirmeye tabi tutulur. İlke ve kurallara uymayan makaleler hakem incelemesine gönderilmez ve yayımlanmaya uygun olmadığı yazarına bildirilir.

Hakem İncelemesi

Yayım ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olan makaleler değerlendirilmek üzere editör tarafından Tasnif ve Yayın Kurulunca belirlenen en az iki hakeme gönderilir. Bu süreçte yazarlar ve hakemler birbirlerinden habersizdir. Hakemler uzmanlık alanlarına göre makalelerin değerlendirilmesi için seçilirler ve değerlendirmelerini rapor halinde editöre iletirler. İki hakemin farklı görüş bildirmesi halinde üçüncü bir hakem görüşüne başvurulur. Üçüncü hakemin görüşü nihaidir.

Değerlendirmeler ve Düzenleme

Hakemlerin düzeltme öngörmesi halinde, makale yazara gerekli düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Yazar tarafından belirtilen süre içinde gerekli düzeltme yapılarak dergiye iletilir. Gerekli görüldüğü takdirde düzeltilmiş makale yeniden hakemlerce değerlendirmeye alınır. Makale değerlendirme aşamasında hakem görüşüne yazar tarafından

itiraz gelmesi halinde başka bir hakem görüşüne başvurulması Tasnif ve Yayın Kurulunun takdirindedir. İki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler Tasnif ve Yayın Kurulu kararı ile kabul edilebilir, iki hakemin olumsuz görüş bildirdiği makaleler ise reddedilir.

Makalenin Geri Çekilmesi

Dergiye gönderilen ve değerlendirme süreci başlamamış makaleler yazarlar tarafından geri çekilebilir. Değerlendirme süreci başlamış makalelerin geri çekilmesi Tasnif ve Yayın Kurulunun onayı ile mümkündür.