

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI
İŞİĞİNDA
İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

Furkan ÇELİK

2501140487

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : FURKAN ÇELİK Numarası : 2501140487
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF. DR. ZEHREDDİN ASLAN
Tez Savunma Tarihi : 20.11.2019 Saati : 14.00
Tez Başlığı : UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ZEHREDDİN ASLAN		KABUL
2-PROF. DR. CEMİL KAYA		Kabul
3-PROF. DR. GÜL ÜSTÜN		
4-DOÇ. DR. KAHRAMAN BERK		KABUL
5-DR. ÖĞR. ÜYESİ EVREN KOÇ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ. DR. NİLAY ARAT		KABUL
2-DR. ÖĞR. ÜYESİ YAŞAR CENK ŞAHİN		

ÖZ

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

Furkan ÇELİK

İdarenin “idari” nitelikteki işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi konusunda “yargı ayrılığı” sistemini benimsemiş olan ülkemizde idari uyuşmazlıklar idari yargı mercilerinde çözümlenmektedir. Ancak bu ayrım mutlak bir kural değildir. Bazı idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargıda çözümlenebilmektedir. İdarenin işlem ve eylemlerinden doğan hangi davaların adli yargıda, hangilerinin ise idari yargıda görüleceği bazen yasalarda açıkça belirtilmişken bazı hallerde yasal düzenleme eksikliği veya yasa kuralının yoruma açık olması sebebiyle idari-adli yargı ayrımının kesin ve net sınırları çizilememektedir. Bu durumda, uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde çözümleneceği sorunu Uyuşmazlık Mahkemesi’ne götürülmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi anılan sorunu, kurulduğu 1945 yılından itibaren geliştirdiği ve kararlarında uyguladığı ölçütler yardımıyla çözmeye çalışarak, idari yargının görev alanını belirlemeye katkıda bulunmuştur.

Bu çalışmada idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütler doğrultusunda idari yargının görev alanı incelenerek, idari yargı yerlerinde çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıkların hukuki çerçevesi, başta Uyuşmazlık Mahkemesi ağırlıkta olmak üzere diğer yüksek yargı organlarının kararları ışığında belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Görev, Görev Uyuşmazlığı, Uyuşmazlık Mahkemesi, İdari Yargının Görev Alanı, Kamu gücü, Kamu hizmeti, İdari işlem, İdari eylem, İdari sözleşme.

ABSTRACT

THE DUTY AREA OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN THE OF THE COURT OF JURISDICTIONAL DISPUTES

Furkan ÇELİK

In our country that adopts “separation of jurisdiction” in reviewing administrative disputes of the administrative bodies acts and actions, administrative disputes are resolved in administrative. But this distinction is not an absolute rule. Disputes arising from some administrative acts and actions can be resolved in judicial courts. Which cases, arising from the acts and actions of the administrative bodies, will be dealt with in administrative courts and others in judicial courts, are clearly defined in some laws. In some circumstances, an explicit and clear distinction between administrative jurisdiction and judicial courts cannot be determined due to the lack of legal arrangements or openness of legal rules to interpretation. In this case, the question “in which judicial system the dispute will be resolved” is taken to the Court of Jurisdictional Dispute.

The Court of Jurisdictional Dispute contributed to determine the duty area of administrative jurisdiction with criteria that it developed and applied in its decisions since 1945.

In this study, within the perspective of criteria applied in specifying the duty area of administrative jurisdiction, the legal framework of disputes to be resolved in administrative courts are tried to be determined in the light of decisions of higher judicial courts, mainly of the Court of Jurisdictional Dispute.

Keywords: Duty, duty dispute, the Court of Jurisdictional Dispute, the duty area of administrative jurisdiction, public power, public service, administrative act, administrative action, administrative contracts.

ÖNSÖZ

Usul kurallarından olan ve yargı yerlerince re'sen incelenmesi gereken konuların başında gelen “görev” konusu, yargılama hukuku alanındaki en önemli konulardan biridir. Uygulamada karşılaşılan bazı görev uyuşmazlıkları, davanın esasının dahi önüne geçerek dava ile talep edilen hakka ulaşmayı geciktirebildiği gibi bazen de tamamıyla bu hakka ulaşmayı engellemektedir.

Hak arama özgürlüğünün sağlanabilmesi, adaletin bir an önce tecelli edebilmesi ve kamusal güce sahip idarenin işlem ve eylemi sebebiyle hakkı ya da menfaati zedelenen bireylerin hukuki durumlarının bir an önce netleştirilmesi ve mevcut eksikliklerin tamamlanarak varsa yanlışlıkların düzeltilmesi, doğacak uyuşmazlıkların bir an önce o uyuşmazlığı gidermeye yetkili ve görevli mahkemenin huzuruna getirilmesiyle mümkündür. Bunun için de davayı açacak kişi ve kurumların uyuşmazlıkları çözümlemeye yetkili yargı kolları ve bu yargı kollarının özellikleri hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları gerekmektedir.

Yargı ayrılığını benimsemiş olan ülkemizde adliye mahkemeleri yanında idare mahkemelerinin de kurulmuş olması ve kamu gücü kullanan idarenin “idari” nitelik arz eden idare hukukuna tabi faaliyetlerinin idare mahkemelerinde denetlenmesi zorunluluğu, hangi tür davaların idari yargı yerlerinde çözümleneceğinin önemini ortaya çıkarmıştır.

Bu konunun önemine binaen çalışmamızın konusu da idari yargının görev alanının tespitine ilişkindir. Bu konuyu seçmemizin sebebi ise uygulamada davacı tarafın ciddi şekilde zaman, emek ve para kaybına yol açan, mahkemeleri gereksiz şekilde meşgul eden, davaların sebepsiz şekilde uzamasına ve böylece hak arama özgürlüğünün sekteye uğramasına neden olan görev uyuşmazlıklarının önlenmesine bir nebze de olsa katkıda bulunmaktır.

Bu amaçla çalışmamızda idari yargının görev alanı, tarihsel süreç içerisinde geçirdiği değişiklikler yardımıyla dikkate alınarak incelenmiştir. Özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1945 yılında kurulmasından itibaren geliştirdiği ve kararlarında uyguladığı ölçütler ışığında oluşan ve gelişen yargısal düzen tetkik edilmiştir.

İdarenin görev alanıyla birlikte idarenin taraf olduğu ve ancak idari yargının görev alanı dışında kalan uyuşmazlıklar da etraflıca tetkik edilmeye çalışılmıştır. Bütün bu incelemeler yapılırken ağırlıklı olarak Uyuşmazlık Mahkemesi başta olmak üzere, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarından büyük ölçüde yararlanılmıştır. Çalışmamızın Türk Pozitif Hukuku'na faydalı olmasını temenni ediyoruz.

Bu çalışma nezdinde tüm bilgi ve tecrübesiyle desteğini hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocalarım başta Tez Danışmanım Prof. Dr. Zehreddin Aslan olmak üzere, Doç. Dr. Kahraman Berk'e, Prof. Dr. Gül Üstün'e, Prof. Dr. Cemil Kaya'ya ve Dr. Öğr. Üyesi Evren Koç'a saygı ve şükranlarımı sunarım.

Ayrıca üstümde çok emeği olan, dualarını ve desteklerini her daim hissettiren anneme, babama ve çok sevdiğim kardeşlerim Nagihan ve Ferhat'a teşekkürü bir borç bilirim.

Furkan ÇELİK

İSTANBUL, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

I. GÖREV KAVRAMI	5
II. İDARİ YARGININ GÖREV ALANI	7
A. Genel Olarak.....	7
B. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı Sorunu	10
1. Öğretinin Soruna Yaklaşımı	11
2. Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Soruna Yaklaşım .	14

İKİNCİ BÖLÜM İDARİ YARGININ GÖREV ALANININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KULLANDIĞI ÖLÇÜTLER

I. GENEL OLARAK	20
II. KAMU GÜCÜ (HAKİMİYET – TEMŞİYET TASARRUFU) ÖLÇÜTÜ.....	21
III. KAMU HİZMETİ ÖLÇÜTÜ	26
IV. İDARİ DAVAYA İLİŞKİN ÖLÇÜTLER	42
A. İdari İşlem Ölçütü.....	43

B. İdari Eylem Ölçütü	55
1. Genel Olarak	55
2. İdarenin Hukuk Dışı Eylemleri (Haksız Fiil-Fiili Yol)	66
C. İdari Sözleşme Ölçütü	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YARGININ GÖREV ALANI DIŞINDA KALAN UYUŞMAZLIKLAR

I. YARGI DENETİMİNİN SINIRLARI-YASAMA VE YARGI KISINTISI	81
II. SEÇİMLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLAR	84
III. İDARİ NİTELİKTE OLMALARINA RAĞMEN KANUNLARIN ADLİ YARGIYI GÖREVLİ SAYDIĞI UYUŞMAZLIKLAR.....	85
A. Nüfus Kayıtlarının Düzeltilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar	86
B. Tapu Sicili ile İlgili Uyuşmazlıklar	88
C. Kadastro Kanunu'nun Uygulanmasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	90
D. İcra ve İflas Dairesi Görevlilerinin Kusurundan Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğuna İlişkin Uyuşmazlıklar.....	91
E. İdarenin Taşıtlarının Yaptığı Trafik Kazalarından Doğan Uyuşmazlıklar	92
F. Kamulaştırma Kanununun Uygulanmasından Doğan Bazı Uyuşmazlıklar	94
G. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (KİT) Özel Hukuka Tabi Faaliyetlerinden Doğan Uyuşmazlıklar	96
H. Kabahatler Kanunu Uyarınca Verilen İdari Yaptırım Kararlarıyla İlgili Uyuşmazlıklar	99
I. Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Karşı Açılan Davalar	109
SONUÇ	117
KAYNAKÇA	124

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tez
A.Ş.	: Anonim Şirketi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
DD.	: Danıştay Dergisi
DDDGK	: Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi

dn.	: Dipnot
DSİ	: Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü
E.	: Esas Numarası
EGO	: Elektrik Gaz Otobüs İdaresi
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK	: Hakim ve Savcılar Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İDT	: İktisadi Devlet Teşekkülü
İETT	: İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri
İİK	: İcra İflas Kanunu
İSKİ	: İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: Kamu İktisadi Kuruluşu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
m.	: Madde
PTT	: Posta Telgraf Telefon İşletmesi
R.G.	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEİAŞ	: Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
THY	: Türk Hava Yolları
TMO	: Toprak Mahsulleri Ofisi
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
UM.	: Uyuşmazlık Mahkemesi
UMD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
UMK	: Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu
UMKD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb	: Ve benzeri
vd	: Ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

İdarenin bağımsız ve tarafsız yargı mercileri önünde denetime tabi tutulması hukuk devleti olmanın gereklerinden belki de en önemlisidir. Faaliyetleri, güçlü ve objektif yargı mercileri tarafından denetlenen idare, yetkisini ve sorumluluğunu bilerek daha hassas davranacak, böylelikle bireylerin; hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı ve kendilerini rahatça ifade edebilecekleri refah içinde bir toplum ve güvenilir bir idarede yaşamaları sağlanacaktır. O hâlde idarenin faaliyetlerinin yani işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin nasıl yapılacağı hususuna açıklık getirmek gerekmektedir.

İdarenin işlem ve eylemlerinin büyük bir çoğunluğunda; kamu hizmetinin ifası ve kamu yararı gözetilerek idare olmanın gerektirdiği kamu gücü kullanılır ve bu güç, idareye bireyler karşısında üstünlük tanır. İdarenin kamu gücünü kullanarak ifa ettiği faaliyetleri, “*idari*” niteliktedir ve kamu hukuku (idare hukuku) kurallarına tabidir. Bu tür faaliyetler, “*idari işlem, idari eylem ve idari sözleşme*” biçiminde ortaya çıkar ve tabi oldukları hukukun kamusal niteliği gereği yargısal denetimleri de birtakım özellikler gösterir.

İdarenin bazı davranış ve faaliyetleri ise, onun bireyler gibi davranması ve bireylerle eşit olması şeklinde yerine getirilir. İdarenin kamu gücünü kullanmadan ifa ettiği bu tür davranışlarda bireylere karşı üstün olmak gibi bir farklılık ve ayrıcalığı yoktur. Bu davranış ve faaliyetler “*özel*” nitelikli olmakla birlikte özel hukuk kurallarına tabidir ve “*idarenin özel hukuka tabi işlem, eylem ve sözleşmeleri*” şeklinde ortaya çıkar. Tabi olduğu hukukun kamusal olmayan niteliği gereği yargısal denetimleri ise herhangi bir özellik göstermez. Zira bu tür davranışlarda idarenin, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerden hiçbir farkı yoktur.

Ülkemizin de içinde bulunduğu idari rejimi benimseyen ülkelerde iki ayrı yargı düzeni oluşmuş bulunmaktadır. Bu durum uygulamada; idarenin hangi tür davranış ve faaliyetlerinin “*idari*” sayılacağı ve idari mahkemelerde denetleneceği, hangi tür davranış ve faaliyetlerinin ise özel hukuka tabi olacağı ve bununla birlikte pozitif hukuktaki düzenleme sebebiyle adliye mahkemelerinde denetleneceği hususunda

zaman zaman uyuşmazlıkların çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle adli ve idari yargının görev alanları arasındaki ayrımı bilmek çok önemlidir.

Adil yargılanma ve hak arama özgürlüğünün sağlanabilmesi, adaletin bir an önce tecelli edebilmesi ve kamusal güce sahip olan idarenin işlemleri ya da eylemleriyle hakkı ya da menfaati zedelenen bireylerin, hukuki durumlarının bir an önce netliğe kavuşturulabilmesi ve mevcut eksikliklerin tamamlanarak varsa yanlışlıkların düzeltilmesi, doğacak uyuşmazlıkların bir an önce yetkili ve görevli mahkemenin huzuruna getirilmesiyle mümkündür. Ancak günlük yaşantımızda karşılaştığımız uyuşmazlıkların karmaşıklığı ve çeşitliliği, her uyuşmazlığın kendine has bir özelliği olması gibi sebepler, her somut olayda yargı yolunun belirlenmesini zorlaştırmakta ve böylece idari yargı yerlerinde açılması gereken davalar, bazen yanlışlıkla adli yargı yerlerinde açılabilmekte bazen de tersi durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durum idari yargı ile adli yargı arasındaki görev ayrımının yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Mahkemelerin görevleri ülkemizde kanunla belirlenir. Fakat yukarıda belirttiğimiz hususlar ve bu hususlara ilaveten bilim, teknoloji, ekonomik ve sosyal alanlarda yaşanan değişiklikler sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve yeni hukuki kavramlar, doğabilmesi muhtemel uyuşmazlıkların önceden tahminini güçleştirmiştir. Bu bakımdan ülkemizde 1945 yılında adli ve idari yargı arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur. Böylece Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, kanunlarda açıkça belirtilmeyen durumlarda farklı yargı kollarının görevine ilişkin uyuşmazlıkları çözmesi amaçlanmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yargı düzenlerinin görev alanlarına ilişkin geliştirdiği ölçütler, hukuk uygulamamız açısından çok büyük öneme sahiptir. Yalnız şu hususu da ifade etmek gerekir ki bu ölçütlerin hiçbirisi idari ve adli yargı arasındaki görev ayrımını tek başına sağlayabilecek özellikte değildir. Bunun için bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen “kamu gücü”, “kamu hizmeti”, “idari işlem”, “idari eylem” ve “idari sözleşme” gibi ölçütlerden birlikte yararlanmak gerekmektedir.

Yapılan açıklamalardan yola çıkarak bu çalışmada; idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütler doğrultusunda idari yargının görev alanı

incelenerek, idari yargı yerlerinde çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıkların hukuki çerçevesi, başta Uyuşmazlık Mahkemesi ağırlıklı olmak üzere diğer yüksek yargı organlarının kararları ışığında belirlenmeye çalışılacaktır.

Bu amaç doğrultusunda birinci bölümde, görev kavramı irdelendikten sonra idari yargının görev alanı konusu, idari yargının görev alanının anayasal dayanağı olup olmadığı sorunu üzerinde durmaya çalışacağız.

İkinci bölümde; Uyuşmazlık Mahkemesi ve diğer yüksek yargı organlarının, mevcut düzenlemeler ışığında, idari yargının görev alanını nasıl belirlediklerine, açılan davanın idari dava olarak nitelendirilmesinde hangi ölçütlerin baz alındığı, bu belirlemede yararlanılan “kamu gücü”, “kamu hizmeti”, “idari işlem”, “idari eylem” ve “idari sözleşme” gibi ölçütlerin tarihi süreç içerisindeki kullanımları ve ifade ettikleri anlamların idare hukukuna yansımaları ele alınacak ve söz konusu davaların “idarilik” vasfı tayininin nasıl yapıldığı karar örnekleri ile tespit edilmeye çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde, idari yargının görev alanı dışında kalan uyuşmazlıklara değineceğiz. Bu bağlamda önce yargı denetiminin kapsamına bir başka deyişle yasama ve yargı kısıntılarına ardından seçimle ilgili uyuşmazlıklara göz atılacaktır. Sonrasında idari nitelikte olmalarına rağmen kanunların açıkça adli yargıyı görevlendirdiği belli başlı uyuşmazlıklara ve görevli yargı yerini gösteren kanunların buna ilişkin hükümleri ve son yıllarda idari yaptırımlar alanında görevli yargı yerinin belirlenmesi konusundaki tartışmaların artmasına sebep olan yasal gelişmelerden bahsedilecektir.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise varılan sonuçlar ve uygulama ile ilgili öneriler sunulacaktır.

Belirtmek gerekir ki çalışmamızda Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları ışığında idari yargının görev alanı incelendiğinden, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin görevli yargı yerini belirleyen kararları gerekli ve yeterli görülmüştür. Konumuz; yargılama usulündeki görevli yargı düzeninin belirlenmesine ilişkin, mevzuata ve Yüksek Mahkemelerce geliştirilen ölçütlerin incelenmesi ile sınırlıdır ve bu konuda doğması muhtemel tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu bakımdan Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yapısı, işleyişi, karar alma usul ve süreci, uyuşmazlıkların

Uyuşmazlık Mahkemesi önüne olumlu, olumsuz görev ya da hüküm uyuşmazlığı şeklinde getiriliş yöntemi, görevli yargı yerini belirleyen karardan sonra, ilgili yargı merciinin davayı nasıl inceleyeceği ve esasa ilişkin kararları konumuz dışı olduğu için incelenmemiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

I. GÖREV KAVRAMI

Yargı, genel anlamda devletin hukuk düzeninin devam etmesi ve kişilerin subjektif haklarının korunması amacını güden faaliyetidir. Bu faaliyet, devlet için hem bir hak, hem de yükümlülüktür. Bilindiği gibi yargı, yasama ve yürütmenin yanında devletin üçüncü fonksiyonudur. Yargı, şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılmakta ve tanımlanmaktadır. Şekli (organik) anlamda yargı, mahkemelerin yaptıkları ve Kanun ile verilen tüm işleri kapsar. Mahkemelerin kuruluşu, faaliyetleri, hâkimlerin tayin ve terfileri ile tüm özlük işleri şekli anlamda yargının içindedir. Şekli anlamda yargı kavramı yanında, maddi anlamda yargıdan da söz edilebilir. Maddi anlamda yargı, sadece hâkimlere bırakılmış olan, başka hiç kimseye devredilemeyen fonksiyonu ifade eder ve bu yetki hâkimden de alınamaz. Maddi anlamda yargı, tarafsız bir mahkeme ve hâkim tarafından, yargılama faaliyeti sonunda haklı olan taraf lehine verilen karardır. Bu karar kesinleşince, kesin hüküm niteliği kazanır. Görüldüğü üzere maddi anlamda yargı, geniş anlamda yargılama fonksiyonu ve faaliyeti yanında, bu faaliyet sonunda verilen kararı da kapsamaktadır. Bu karar, taraflara eşit davranılması için önceden düzenlenmiş birtakım usul kurallarına uyularak verilmiş ise bu faaliyet bir yargılama işlemidir. Medeni usul hukuku anlamında çekişmesiz yargı işlerini de kapsayacak şekilde, şekli ve maddi ölçüt esas alınarak bir tanımlama yapılmıştır. Bu tanıma göre yargı faaliyeti, “*objektif hukukun, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından, yargısal usullere uyularak olaya veya ilişkiye uygulanması*” dır. Anayasamızın 9. maddesi uyarınca; yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.¹ Mahkemelerin asıl görevi, yargılama olmakla birlikte, bazı idari işleri de vardır. Örneğin, mahkeme kaleminin işleri veya burada çalışanların özlük işleri idari nitelikte işlerdir. Anayasamızın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu, Kanun ile düzenlenir.²

¹ Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 15.bs., C:1, İstanbul, 2017, s. 78-79.

² Pekcanitez/Özkes/Akkan/Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 110.

Bir yargı yerinde açılan davada, yargı yerinin ve davanın taraflarının uymak zorunda olduğu kuralların bütünü yargılama usulünü oluşturur.³ Yargı teşkilatı içinde tüm uyuşmazlıklar aynı yargı içinde çözülmeyip bunun için farklı yargı kolları düzenlenmiştir. Her uyuşmazlık kendisine ait yargı yoluna giren yargı yerinde çözümlenmeli ve bir karara bağlanmalıdır. Bir dava, ait olduğu yargı yolundan başka bir yargı yoluna ait mahkemede açılırsa bu aykırılığı hakim kendiliğinden nazara alabileceği gibi taraflar da buna her zaman itiraz edebilir. Bu itiraz, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca yargı yolu itirazıdır ve görev itirazından farklıdır. Genel olarak, bir yargı yolu içinde hangi mahkemenin uyuşmazlık konusunun niteliğine veya değerine göre davaya bakabileceğini görev kuralları belirler.⁴

Görev kuralları, 6100 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca kamu düzenine ilişkindir. Aslında görev bakımından söz konusu olan bu sonuçlar, medeni usul hukukunda kamu düzenine ilişkin kuralların tümü için geçerlidir. Medeni usul hukukunda kamu düzenine ilişkin bir kurala somut olayda aykırılığın bulunup bulunmadığını mahkeme kendiliğinden araştırır. Bu nedenle mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını kendiliğinden, taraflarca itiraz edilmese de araştırmalıdır. Görev kurallarına aykırılık, ilk derece mahkemesinde fark edilmese bile daha sonra istinaf veya temyiz aşamasında da kendiliğinden incelenir. Taraflar, mahkemenin görevsiz olduğunu davanın her safhasında ileri sürebilirler. Görev kurallarının kıyas veya yorum yoluyla değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkün değildir. Görev kuralları, usuli müktesep hakkın istisnası olarak kabul edilmektedir. Hüküm, görevsiz bir mahkemeden verilmiş olmasına rağmen, kesinleşmiş ise kesin olan bu hükme karşı artık olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Görev kuralları kamu düzenini ilgilendirdiğinden, tarafların görev kuralları hakkında sözleşme yapmaları mümkün değildir.⁵

İdari yargıda da görev, kamu düzeninden olup 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında; dilekçelerin, Danıştay'da daire

³ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 131.

⁴ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 233.

⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 239-240.

başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından ilk olarak görev yönünden inceleneceği belirtilmiştir. Yine anılan Kanun uyarınca görev kurallarına aykırılık, istinaf bakımından mutlak istinaf sebepleri, temyiz bakımından ise, mutlak bozma sebepleri arasında yer alır. İlgili mahkeme öncelikle görev yönünden uyuşmazlığı incelemekte ve kendisini görevli yargı yeri olarak gördüğü takdirde diğer hususlara geçmektedir.

II. İDARİ YARGININ GÖREV ALANI

A. Genel Olarak

Devletin idari faaliyetlerinden dolayı idare ile fertler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar ve bunlardan doğan idari davalar; fertlerin kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklardan ve bunlardan doğan davalardan ayrı nitelikte kabul edilmiş ve bu nedenle idari davaları görmek üzere idari yargı mercileri kurulmuştur.⁶

Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “*Yargı Yolu*” başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasında, “*idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu*” belirtilerek, idare için en geniş anlamıyla yargı denetimi öngörülmüştür. Fıkra, idarenin yargısal denetimi için eylem ve işlemlerinin tabi olduğu hukuk türü ve denetimi yapacak yargı düzeni bakımından bir belirleme yoktur. Yani hangi eylem ve işlemlerin hangi yargı düzeninde dava konusu yapılabileceği belirtilmemektedir.

Anayasa'da idarenin idare hukukuna tabi eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların (idari uyuşmazlıkların) çözümü için ayrı bir yargı düzeni oluşturulmasından hareketle, söz konusu eylem ve işlemlerden İdare Hukukuna tabi olanların yargısal denetiminin idari yargı düzeninin; Özel Hukuka tabi eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminin ise, adli yargı düzeninin görevine girdiği söylenebilir. Ancak; faaliyetlerin nitelendirilmesinde güçlükler nedeniyle, bu sınıflandırma, uygulamaya her zaman sorunsuz olarak geçirilememektedir.⁷

⁶ Ali Sıtkı Gökalp, **İdari Dava Türleri, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. bs., Danıştay Matbaası, 1986, s. 144.

⁷ Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Genişletilmiş ve güncelleştirilmiş, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

İdarenin ekonomik alana ilişkin özel hukuk yol ve kurumlarından da faydalanması, söz konusu faaliyetler üzerindeki yargısal denetimde görevli yargı organının belirlenmesine ilişkin sorunu ortaya çıkarmaktadır.⁸ Ayrıca idari nitelikteki kimi eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün kanunlarla adli yargıya bırakılması, idari uyuşmazlıkların kapsamının ve dolayısıyla da idari yargının görev alanının belirlenmesini zorlaştırmaktadır.

İdari uyuşmazlıkların ve davaların kapsamının belirlenmesi gerektiği konusunda öğretide ve uygulamada “*kamu gücü ölçütü*” ve “*kamu hizmeti ölçütü*” gibi çalışmaların ikinci bölümünde de etraflıca inceleyeceğimiz üzere çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Ancak idari yargının görev alanının belirlenmesi için kullanılan bu ölçütlerin hiçbirisi başlı başına yeterli değildir. Nitekim hep ilerleyen ve sürekli değişen idare fonksiyonu karşısında görev ayrımı noktasında uyuşmazlıkların içeriğini tamamiyle belirleyebilecek tek bir ölçütün bulunması da mümkün değildir.

Anayasa’nın yüksek mahkemelere ilişkin düzenlemeleri yargı düzenlerinin görev alanına yönelik ipuçları vermektedir. Her yargı düzeninin görev alanı da o yargı düzeninin tepesinde olan Yüksek Mahkeme ile Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları ile belirlenip açığa kavuşturulmaktadır. Buna göre idari yargının görev alanı, Anayasa ve kanunların ışığında, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihatları ile belirlenmektedir. Bu alanda son ve kesin sözü söyleme yetkisi, Uyuşmazlık Mahkemesi’nindir.⁹

İdari yargının görev alanı Anayasa’nın 142. maddesi uyarınca kanunla belirlenebilir. Anayasa’nın bahsi geçen 142. maddesinde “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*” kuralı yer almaktadır. Bu kurala uygun olarak idari yargının görev alanına ilişkin düzenlemelere 2575, 2576 ve 2577 sayılı kanunlar topluluğunda yer verilmektedir. Ancak kanunlardaki düzenlemeler her durumda yeterli çözümü sağlayamamaktadırlar. Bu kanunlar idari yargının görev alanını belirlerken, “idari dava”, “iptal davası”, “*tam*

⁸ Turgut Tan, “Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku”, **Amme İdare Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1 (Mart 1972), s. 39.

⁹ Niyazi Acar, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına göre İdari Yargının Görev Alanı”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000, s. 50.

yargı davası”, *“idari işlem”*, *“idari eylem”*, *“idari sözleşme”* gibi kavramları kullanmışlardır.

Bu kavramların taşıdığı anlamın açık olmaması, adli ve idari yargı yerlerinin görev alanlarını somut biçimde belirleyen yasal bir kural olmayışı ve idari yargı ile ilgili 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanun hükümlerinin de yetersiz kalması adli yargı ile idari yargı arasındaki görev ayırımını güçleştirmektedir. İşte yasal kuralların yetersizliği, somut çözüm yollarının daha çok bilimsel ve yargısal içtihatlar alanında aranmasını zorunlu kılmıştır.¹⁰

Uyuşmazlık Mahkemesi’nce getirilen kıstaslara rağmen *“görev”* konusuna ilişkin sorunlar tam manasıyla çözülmüş değildir. Bu durumun en önemli nedenlerinden biri *“kamu hizmeti”* ve *“kamu gücü”* gibi kıstas olarak kullanılan kavramların açık bir biçimde tanımlarının yapılamamış olmasıdır. Bu kavramların geniş yorumlanması ile dar yorumlanması neticesinde farklı sonuçların elde edilmesi, uygulamada bu konuda bir istikrar sağlanamamasına neden olmaktadır.

Görev kavramının net bir şekilde ortaya konulamamasının diğer bir nedeni de; idarenin özel hukuk alanına ilişkin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin adli yargı, kamu hukuku faaliyetlerine ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin ise idari yargı yeri olmasıdır. Bu görüş ilke olarak doğrudur. Yalnız kamu hukuku ve özel hukuk alanlarının kolaylıkla ayırt edilemeyeşi bunun pratik değerini azaltmaktadır. Bugün devletin ekonomik ve sosyal yaşama karışmasının artması sonucu kamu faaliyeti özel faaliyet kavramları büyük değişikliğe uğramıştır. Meslek kuruluşları özel kişilerce oluşturuldukları halde belirli konularda idari işlem ve eylem tesisine, yani kamu hukuku faaliyeti yapmaya yetkili kılınmışlardır. Kanunla kurulan özel hukuk tüzel kişileri ise, bazı hallerde, tıpkı kamu tüzel kişileri gibi kamu gücünü kullanabilmektedir. İşte bu karmaşık yapıli kuruluşların faaliyetleri salt kamu hukuku-özel hukuk kavramlarıyla açıklanamamaktadır. Kısaca öğretilde ve uygulamada büyük saygınlık gören bu çözüm biçimi tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte başka somut kural ve ilkelere de gereksinim vardır.¹¹

¹⁰ Kazım Yenice, Yüksel Esin, **Açıklamalı İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983, s. 267.

¹¹ Yenice/Esin, **a.g.e.**, s. 2

Bununla birlikte idari yargının görev alanı ile ilgili olarak bir ön belirleme yapmak gerekirse kanunlarla; aksine bir düzenleme yapılmadığı sürece idari işlemler ile idari sözleşmelere karşı açılacak davalar ile idari işlem ve eylemler nedeniyle uğranılan zararların giderilmesi amacıyla açılacak davaların idari yargının görev alanını oluşturduğu söylenebilir.¹²

B. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı Sorunu

İdare hukukunu oluşturan kuralların Anayasal dayanağına sahip olmasının nedeni, Anayasa hukukunun idare hukukunun temelini oluşturmasıdır. İdari yargının varlığı kuvvetler ayrılığı prensibinin bir gereği olmasının yanında, idare ile kişiler arasında çıkan idari uyuşmazlıkların, kişiler arasındaki uyuşmazlıklar ve bunlara uygulanan hukuk kurallarından farklı nitelikte olmasına dayanmıştır.

İdare hukukundan doğan uyuşmazlıkların, adli yargı organının haricinde, kendine has yargılama metodları olan idari yargıda çözümlenebilmesi için Anayasal dayanağına sahip bir idari yargıya ihtiyaç vardır.¹³

Mahkemelerin görev alanlarının kanunla tespit edildiği hükmünü içeren Anayasa'nın 142. maddesi gereğince “kanuni düzenlemelerle bazı idari nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünü, adli yargı mercilerinin görev alanına sokan yasal düzenlemeler, idari yargının görev alanının anayasal bir dayanağı olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir”.¹⁴

İdari yargının görev alanının anayasal dayanağı konusu hem öğretide hem de Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde tartışılmaya devam etmektedir. Bu bakımdan öğretinin ve Anayasa Mahkemesi'nin soruna yaklaşımını irdelemekte yarar görüyoruz.

¹² Vahap Darendeli, “İdari Yargı Etkinliği Açısından İdari Uyuşmazlıklarda Adli Yargı Denetiminin Sınırlandırılması”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2003, s. 45.

¹³ Ebru Karaman, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2008, s. 4.

¹⁴ Oğuzhan Güzel, “Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S:1494, C:XVII, 2013.

1. Öğretinin Soruna Yaklaşımı

1982 ve 1961 Anayasası'nın konuyla ilgili hükümleri kıyaslandığında 1982 Anayasasının Danıştay'ı düzenleyen 155. maddesinin 2. fıkrasında Danıştay'ın görevleri sayılırken 1961 Anayasası'nın aksine “*idari davalardan*” değil yalnızca “*davalardan*” bahsedilmiş olduğu ve bu davalara dair “*idari*” nitelemesinin kullanılmamış olduğu görülmektedir.

Hem 1982 hem de 1961 Anayasanın Danıştay'a dair bu düzenleme farkından hareketle 1982 Anayasası bakımından kanun koyucunun görevli yargı yerini tespit etme ve dolayısıyla bir idari davayı adli yargının görev alanı içine sokabilme hususunda takdir yetkisine sahip olup olmadığı şeklinde çeşitli bakış açıları ileri sürülmektedir.

Bazı yazarlara göre, idarenin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümleneceği görevli yargı yerinin tespiti kanun koyucunun takdirindedir.

Bu yazarlardan Özay'a göre, “*Danıştay ile idari yargı yerlerinin idare alanında genel yetkili mahkemeler olması, görev konularında kiminin ya da bir bölümünün kanunla adli yargıya verilmesine engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle yasal düzenlemeleri yapanlar herhangi bir nedenle idari bir uyuşmazlığın çözümlenmesinin adliye mahkemeleri önünde görülecek bir dava olmasını isteyebilir*”. Özay, “*uyuşmazlığın gerçek niteliğinin yasa ile idari olmaktan çıkarılamayacağını, yasal düzenlemelerin uyuşmazlıkların maddi nitelikleri üzerinde herhangi bir değişim yaratmayacağını, ancak çözüm alanının birinden diğerine aktarılabilceğini, hatta böylece yargının etkinliğinin ve yaygınlığının sağlanabileceğini*” belirtmiştir.¹⁵

Yayla ise “*1982 Anayasası'nın Danıştay'a ilişkin 155. maddesinin 2. fıkrasında Danıştay'ın görevi tanımlanırken 1961 Anayasası'nın aksine Danıştay'ın 'idari davalar' ı görmesinden değil de sadece 'davalar' ı görmesinden söz edilmesi ve bu davalara ilişkin 'idari' nitelemesine yer verilmemesi karşısında 1982 Anayasası bakımından yasa koyucunun görevli yargı yerini belirleme ve dolayısıyla bir idari*

¹⁵ İl Han Özay, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, Danıştay Yayınları, No:33, 10-11-12 Haziran 1982, s. 29.

*davayı adli yargının görev alanı içine sokabilme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, hatta bu takdir yetkisinin mutlak olduğunu” ileri sürmüştür.*¹⁶

Görev sorununun; mahkemelerin farklı yorumlayabilecekleri ölçütlerle değil açık yasa hükümleriyle çözümlenmesi gerektiğini savunan Yıldırım ise, “*adli yargıda çözümlenmesi istenen idari uyuşmazlıkların yasayla belirtilmesi gerekeceği, yasada görev hususunda açık bir hüküm bulunmaması halindeyse idare makamlarının eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olacağı*” görüşündedir.¹⁷

Gözler ve Kaplan; “*Anayasamızda idari yargının görev alanını tanımlayan ve idari yargının görev alanını adli yargıya karşı koruyan bir hüküm bulunmadığını, Anayasanın 155. maddesinde Danıştay’ın görevinin ‘kanunda gösterilen belli davalar’a ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmalı şeklinde açıklandığını, bu ‘davalar’ ın niteliğinin belirtilmediğini, 155. maddenin ikinci fıkrasında geçen ‘idari uyuşmazlıklar’ olduğunu*” belirtmiştir.¹⁸

Buna karşılık baskın olan görüş ise; 1982 Anayasası’nın idari yargının görev alanını koruduğu yönündedir.

Anayasanın idari yargının görev alanını koruduğu yönünde görüş ileri süren yazarlardan Güran, “*1982 Anayasası’nın, metni ve mantığı ile idari yargı kapsamının, doğal olarak görev alanına giren konuların yasalarla adli yargıya aktarılarak daraltılmasına izin vermediğini, bu yasağın temelinde ise, aktarmanın idari yargı sisteminin sağladığı etkin yargısal denetimin ve buna bağlı olan duyarlı anayasal dengeyi bozma tehlikesinin olduğunu*” belirtmektedir.¹⁹

Günday ise “*idari yargı denetiminin, idari işlem ve eylemlerin Anayasaya, kanunlara eşit hukuk kaynaklarına, düzenleyici idari işlemlere ve idare hukukunun temel ilkelerine uygunluğu açısından yapılacağını*” vurguladıktan sonra “*idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetleneceği davaların kanunla adli yargının*

¹⁶ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 31.

¹⁷ Turan Yıldırım, **İdari Yargı**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2010, s. 12.

¹⁸ Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 63, Kasım 2010, s. 40.

¹⁹ Sait Güran, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:11, S:1-4, 1987, s. 39,45.

görev alanına sokulmasının Anayasayla bağdaşmadığını” ifade etmektedir. Buna karşılık idari işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluk denetimlerinin yapılmadığı davaların, adli yargının görev alanına sokulmasına anayasal bir engel yoktur.²⁰

1961 Anayasası’nın konuyla ilgili hükümleri çerçevesinde konuya değinen Onar da²¹ *“müstakil idari yargının varlığının Anayasaya dayandığını, Anayasanın idari uyuşmazlıkların Danıştay’da halledilebileceğini düzenlediğini, Anayasanın bu hükmünde bütün idari uyuşmazlıkların Danıştay’ın idari denetimine tabi olduğunu ve adli mahkemelerin bu uyuşmazlıklara müdahale edemeyeceğini ve buna bağlı olarak Danıştay’ın bir yargı merci olarak da adliye mahkemelerinin en yüksek merci olan Yargıtay’ın denetiminin ve buna bağlı olarak adli yargı düzeninin dışında olduğunu gösterdiğini, Anayasanın bu hükmüne nazaran idari uyuşmazlıkların adliye mahkemelerinin yetkisi dahiline sokulması veya hususi ve adli uyuşmazlıkların hallinin idari mercilerin ve Danıştay’ın yetkisi dahilinde sayılmasının da mümkün olmadığını, böyle bir kanunun Anayasaya aykırı olacağını”* savunmaktadır.

Erkut da *“idari yargının görev alanına girdiği açık olan bir işte, yasa koyucunun görev belirleme yetkisini adliye mahkemelerinden yana kullanması halinde Anayasanın İdare Hukuku ilkelerine aykırı bir durum oluşacağı”* kanaatindedir.²²

Darendeli’ye göre de *“idare hukuku esaslarına göre, idari eylem veya işlem sayılan konulara karşı adli yargı yerlerinde bir yasa ile dava açılabilmesinin ve yargı denetiminin bu yolla sağlanabileceğinin kabul edilmesi, Anayasa ilkelerine ters düşen ve şekli denetimden öteye gitmeyen bir görüş olur. Çünkü idari yargının, Anayasaca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinden doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması, özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye esas ve prensip farkının varolmasıdır”.*²³

²⁰ Metin Günday, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S:14, 1997, s. 352.

²¹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C:III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1824.

²² Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s. 155-156.

²³ Vahap Darendeli, “Türk Yargı Düzeninde Doğal Yargı Yeri Engelleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2004, s. 65.

Sonuç olarak mahkemelerin kuruluşunu düzenleyen Anayasa'nın 142. maddesi değerlendirildiğinde ise yargılama yöntemlerinin yasayla düzenleneceği ve bu alanlardaki takdirin yasama organına bırakıldığı görülmektedir. Ancak yasa koyucunun sahip olduğu bu takdir hakkının Anayasaya uygunlukla sınırlı olduğu unutulmamalıdır.

2. Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Soruna Yaklaşım

Anayasa Mahkemesi, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adli yargının görev alanına alınan yasal düzenlemelerle ilgili olarak değişik tarihlerde vermiş olduğu kararlarında bazı istisnalar dışında, bu hususun Anayasaya aykırı olacağına karar vermiştir. Yargı yerleri, idari yargının görev alanını belirlerken, çoğunlukla Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen *“idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”* şeklindeki kural ile Danıştay'ı düzenleyen 155 ve kanuni hakim ilkesini düzenleyen 137 ve *“Hâkimler ve Savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar”* düzenlemesini getiren 140. maddelerini, 2577 sayılı Kanun'un idari davaları düzenleyen 2. maddesi ile birlikte yorumlamak suretiyle neticeye varmaktadır. 1961 Anayasası döneminde de aynı şekilde Danıştay'ı düzenleyen 140, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu kurala bağlayan 114. madde hükümlerini o dönem yürürlükte olan 521 sayılı Danıştay Kanunu'ndaki idari dava tanımlamasından hareketle yorumlamış ve sonuca varmıştır.²⁴

Konu, 1961 Anayasası döneminde de tartışmaya sebep olmuş, farklı görüşler ortaya atılmıştır. 1982 Anayasası döneminde de Anayasanın konuya dair düzenlemeleri üzerinde tartışma devam etmiştir. Konuya ilişkin görüşler özetlenecek olursa; 1961 Anayasasının *“İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.”* kuralını getiren 114. maddesinde, bu işlemlerin denetiminin hangi yargı düzenince yapılacağı belirtilmemiştir. Ancak Danıştay'ı düzenleyen 140. maddede ise Danıştay'ın idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemek yetkilerine sahip olduğu belirtilmiştir. 1961 Anayasası idari davalara bakmak yetkisinin Danıştay'a ait olduğunu belirtmekle beraber bu davaları tanımlamamıştır. İdari davaların tespit

²⁴ Günday, **a.g.m.**, s.357-358.

edilmesinde kullanılabilecek ölçütler de yeterince açık değildir. Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 155. maddesi, Danıştay'ın çözeceği davalar için “*idari*” nitelemesini yapmamıştır. Görüldüğü üzere, 1961 Anayasası Danıştay'ın görevini düzenlerken “*idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlmek* ifadesini kullanmıştır. 1982 Anayasası ise Danıştay'ın görev alanını belirlerken “*idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir.*” ifadesini kullanmış, “*idari*” ibaresine yer vermeksizin “*davaları görmek*” şeklinde düzenleme yapmıştır. Bununla birlikte her iki Anayasa döneminde de “*idari uyuşmazlık*” ve “*idari dava*” kavramları konuyu düzenleyen kurallardan hareketle yorumlanmıştır. Kanun koyucunun, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına vermesi konusunda takdir yetkisi olmakla birlikte, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olarak kullanılması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına vermesinin ancak haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde mümkün olabileceğine karar vermiştir.²⁵

Şimdi Anayasa Mahkemesi'nin soruna bakışını örnekleme olarak seçtiğimiz Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde açıklamaya çalışalım.

Anayasa Mahkemesi 25.05.1976 tarih ve E: 1976/1, K: 1976/28 sayılı kararında adli-idari yargı ayrımını; “*İdari yargının, yani adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idari yargı sisteminin Anayasa’ca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında doğan uyuşmazlıkların yapılarındaki özellikler, bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması, özel hukuk ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hâkimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır.*”²⁶ şeklinde ifade etmektedir.

²⁵ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, **Açıklamalı - İctihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, 1.bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s.333-334-335.

²⁶ AYM, 25.05.1976, Tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı. ([www. Anayasa. gov.tr.](http://www.anayasa.gov.tr), 30.05.2017)

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsi geçen aynı kararda,

“Adli yargının amacı, taraflar arasında uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin ana gereği, idarenin idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir anlatımla idari yargı denetiminin amacı, idarenin, kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde bu eylem ve işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. Şu yönden de açıklamalıdır ki, hukuka ve mevzuata aykırı olması nedeniyle bir idari işlemin iptal edilmesine ilişkin karar, geçmişe yürüyerek yani sakat idari işlemin yapıldığı günden itibaren hüküm ifade eder. Bundan dolayı iptal hükmü idareye, iptal edilen idari işlemde önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukuki durumu aynen iade etmek zorunluluğu yükler.” şeklinde belirterek adli ve idari yargı düzenlerinin amaç yönünden büyük farklılık gösterdiğini vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi yine yakın zamanda “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 08.02.2006 günlü, 5454 sayılı Yasanın 5’nci maddesiyle değiştirilen 140’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “*Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.*” şeklindeki üçüncü cümlesinin Anayasa’nın 2., 5., 125., 138., 153., ve 155. maddelerine aykırılığı iddiasıyla ilgili verdiği bir kararında:²⁷

“...Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasada adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırımı ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasında, ‘idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır’ denilmekte olup, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak

²⁷ AYM, 04.10.2006 Tarih ve E. 2006/75, K. 2006/99 sayılı kararı. (R.G., 06.04.2007, S:26485)

biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Öte yandan, Anayasa'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, 'Hâkimler ve Savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar'; 142. maddesinde 'Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir'; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, 'Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar' biçimindeki kurallara yer verilmesi idari-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasanın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, idare tarafından kamu gücü kullanılarak yasada belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının görevli kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itirazın konusu kural Anayasanın 125 ve 155. maddelerine aykırıdır.” sonucuna varmış ve anılan yasa hükmünü iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme'nin, idari yargının görev alanını koruyarak anayasal güvence altına almaya çalıştığı kararları olmakla beraber “haklı neden” ve “kamu yararı” bulunması durumunda idari uyuşmazlıkları, adli yargı koluna aktarabileceği yönünde kararları da bulunmaktadır.

Beşinci örnek; 1475 sayılı İş Kanunu gereğince verilen para cezalarının karşı taraflara tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceğine ilişkin 108. maddesinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi, kararında; *“idari para cezasına ilişkin incelemede tüm ceza yargılaması kararlarında olduğu gibi önce eylemin suçlanan tarafından işlenip işlenmediği iş bu hukuk kuralları karşısındaki durumu saptanarak yaptırım gerekip gerekmediğini araştıracağını, bu durumda eylemin idari yargıda incelenip çözüme bağlanacak idari bir işlem ya da karar olsa da söz konusu yasanın değişik 108. maddesinin 2. fıkrasının 2. tümcesi ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin Anayasanın yargı ile ilgili genel ilkelerine aykırı bir yönü olmadığı”*²⁸ gerekçesi ile reddetmiş. Anayasa Mahkemesi bu kararı ile idari yargı kapsamındaki bir uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözülebileceğini kabul etmiştir.

Ayrıca, yine yukarıda açıkladığımız Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılacağı üzere Anayasa’nın 125., 140 ve 155. maddelerini esas alarak idari ve adli yargı ayrılığının kurumsallaştığını kabul etmiştir. Dolayısıyla idari ve adli makamların ayrılığı ilkesinin benimsendiğini gösteren bu maddeler, idari yargının görev alanının Anayasal dayanağını da oluşturmaktadır.

Buraya kadar çalışmamızda idari yargının görev alanına ilişkin kanuni düzenlemeye, mevzuatın ve öğretinin konuya bakış açısına yer vermeye çalıştık. Görünen odur ki idari rejimi benimseyen ülkelerde, özel hukuk ve idare hukuku olmak üzere iki ayrı hukuk düzeni, dolayısıyla da iki yargı düzeni olduğu için idarenin etkinliklerine, olayın ve durumun içeriğine ve niteliğine göre hukuki uyuşmazlıklar her iki yargı düzeninde de görülebilmektedir. Bu sebeple gerek idare hukukunun gerekse idari yargının düzenleme ve uygulama alanının belirlenmesinde zorluklar yaşanmaktadır. Dolayısıyla kanunlarımızda idari yargı ile adli yargının görev alanının belirlenmesine ilişkin düzenlemeler yeterli değildir.

İşte kanuni düzenlemelerdeki bu yetersizlik, somut çözüm yollarının daha çok bilimsel ve yargısal içtihatlar alanında aranmasını zorunlu kılmıştır. Bu sebeple zaman

²⁸ AYM, 10.07.1990 Tarih ve E. 1989/29, K. 1990/19, Resmi Gazete, 28.07.1993, S:21651.

içinde daha çok Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, idari yargının görev alanını adli yargıya karşı korumak maksadıyla çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütleri, Yüksek Mahkemenin içtihatları ışığında çalışmamızın ikinci bölümünde etraflıca inceleyeceğiz.



İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGININ GÖREV ALANININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KULLANDIĞI ÖLÇÜTLER

I. GENEL OLARAK

Yargı ayrılığı sistemini uygulayan diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de adli yargı ile idari yargı düzeninin görev alanlarının belirlenmesinde duraksamalar yaşanmaktadır.

Bu durumda açıklığın sağlanabilmesi için kuralların yanında yüksek mahkemelerin (özellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin) idari yargının görev alanına ilişkin içtihatlarla geliştirdikleri ölçütlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ölçütler; “*kamu gücü ölçütü*”, “*kamu hizmeti ölçütü*” ile idari davaya ilişkin “*idari işlem*”, “*idari eylem*” ve “*idari sözleşme ölçütü*” şeklinde sıralanabilmektedir. Dolayısıyla idari yargı, adli yargı ayrımının çizgilerinin net olarak çizilebilmesi hak arama özgürlüğünün kullanımı bakımından oldukça önemlidir.

Uygulamada karşılaşılan güçlükler daha çok idari işlem ve eylemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılan davalar ve idari sözleşmelerden doğan davalar konusunda olmaktadır. Tam yargı davası olarak adlandırdığımız bu davalar, adli yargıda görülmekte olan edim davalarına benzeyen davalardır.¹

Gerek bu davaların gerekse idari yargının görev alanına giren diğer davaların tespitinde kullanılan yüksek mahkemelerin bugüne kadar geliştirdikleri bahse konu olan bu ölçütler için şunu söylemekte yarar görüyoruz. İdare hukukunun düzenleme ve uygulama alanını da belirleyen bu ölçütlerin hiçbiri tek başına yeterli olmamakta diğerleriyle birlikte bir bütün olarak kullanılmaktadır. Ayrıca bu ölçütler Uyuşmazlık Mahkemesinin yanında Danıştay ve hatta yerine göre Yargıtay tarafından da kullanılmaktadır.

¹ Acar, a.g.t., s. 56.

İdari yargının görev alanının belirlenmesine ilişkin yüksek mahkemelerin (özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin) kullandığı yukarıda ifade ettiğimiz ölçütleri çalışmamızın bu bölümünde yargı kararları ışığında tek tek incelemeye çalışacağız.

II. KAMU GÜCÜ (HAKİMİYET – TEMŞİYET TASARRUFU) ÖLÇÜTÜ

Kamu gücü, “*idarenin tek taraflı işlemler yapma, bu işlemleri re'sen ve gerekirse cebren uygulama gibi üstün yetkilere sahip olmasını ifade eder*”.² Tek yanlı hukuki işlem yapabilme, yani tek yanlı irade açıklamasıyla, ilgilendirdiği kuruluş ve kişiler bakımından hukuksal değer taşıyan kararlar alabilme yetkilerini kullanan idare, idare edilenlerin rızalarını almadan, onların hukukunda değişiklik yapabilir; onları hak sahibi veya borçlu kılabilir.³ Bu güç sayesinde idare, kamu yararı amacını daha kısa sürede gerçekleştirmektedir.

İdare Hukuku'nun uygulama alanını tespit etmede yararlanılan en eski ölçüt olarak bilinen kamu gücü ölçütüne göre idari yargının görev alanının tespit edilebilmesi için idari işlem tesisi ya da idari eylemde bulunulması sırasında kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığına bakılması ve bu duruma göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Kamu gücü ölçütüne göre idarenin tasarruflarını iki başlık altında inceleyebiliriz. Bunlardan birincisi, “*Hakimiyet Tasarrufları*”, ikincisi ise “*Temşiyet Tasarrufları*”dır. Uyuşmazlık Mahkemesi ilk yıllarda, idari yargının görev alanını saptarken, eski Fransız uygulamasının⁴ etkisi altında hakimiyet-temşiyet ayrımından yararlanmıştır. Bu görüşe göre, idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemler ile kamu gücünü kullanmadan yaptığı işlemler arasında ayırım yapılmakta ve idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlerin idari yargının görev alanına girdiği kabul edilerek bunlara “*Hakimiyet Tasarrufu*” denilmiştir.⁵ Hakimiyet tasarrufu ölçütüne göre, Devlet bir kısım tasarruflarını hâkimiyete dayanarak yapmakta olup bu tasarruflar, bireylerin tasarruflarına benzememektedir. Çünkü birey, hakimiyeti

² Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 65.

³ Candan, **a.g.e.**, s. 72.

⁴ Fransa'da bu ölçütün nasıl izah edildiği için bkz.: Onar, **a.g.e.**, s. 1869-1870.

⁵ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 77.

kullanamayacağı için bu türden tasarrufları hiçbir zaman icra edemez. Bu tasarruflar hakimiyet tasarrufları adını alır ve özel hukuk kurallarından ayrı bir takım hukuk kurallarına tabi olur.⁶

Hakimiyet tasarrufu prensibi uyarınca tesis olunan işlemlere örnek olarak; kamulaştırma, devletleştirme kamu görevlisi hakkında verilen disiplin cezaları, imar planı değişiklikleri vb. gösterilebilir. Söz konusu örnekler, idarenin tek yanlı işlemleri yani, irade açıklaması ile gerçekleşen ve icra özelliği bulunan tasarruflar olup bu işlemlerin oluşması için karşı tarafın rızasına gerek bulunmamaktadır. İdarenin kamu gücü kullanarak tesis ettiği işlemlerin tipik örnekleri olan bu işlemlere karşı açılan davalar ise idari yargı mercilerince çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklardır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1947 senesinde vermiş olduğu 7 numaralı kararında Yapı ve Yollar Kanunu'nda çıkan bir vazife ihtilafını hallederken *“Yapı ve Yollar Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiye dayanmak ve kamu erkini kullanmak suretiyle aldığı yıkma kararından ve bu idari kararın Belediyece uygulanmasından çıkacak tazminat davasının idari kazanın vazife sahasına gireceğini kabul etmiştir.”* (Resmi Gazete 6667) Görülüyor ki burada kriter *“kamu erki”* yani amme kudretidir.⁷ Yine mahkemenin aynı yıl verdiği bir başka kararında⁸ *“kamu erkine dayanılarak yapılan bir işlemde doğan zarar”* sebebiyle açılan davada adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı veren Danıştay'ın bu kararı kaldırılmış ve idari yargı mercileri görevli bulunmuştur.

Temşiyet tasarrufu ölçütü ise idarenin özel hukuk kişileri gibi davranarak ifa ettiği işlem ve eylemlerdir. İdarenin kamu gücü kullanmadan yaptığı bu işlem ve eylemler, özel hukuk alanında ifa edildiği için bunlardan doğan uyuşmazlıklar da özel hukuka ilişkin diğer uyuşmazlıklar gibi adli yargıda çözümlenirler.⁹ Bu ölçüte göre tesis olunan işlemlere örnek olarak; idarenin, faaliyetlerini yürütmek amacıyla özel bir

⁶ Onar, C: I., **a.g.e.**, s. 48.

⁷ Onar, C:III., **a.g.e.**, s. 1883.

⁸ UM, 29.05.1947 gün E: 947/7, K: 947/4 sayılı kararı. (Danıştay Kararlar Dergisi, s. 36-37, s. 280), Mahkemenin benzer bir başka kararı için bkz.: UM 947/1 esas, 947/5 sayılı kararı. (Düştür Tertip III, C:28, S:1369, aktaran Adil Özkol, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 36; Uyuşmazlık Mahkemesi yukarıdaki kararında PTT idaresinin aboneleriyle olan ilişkisini özel hukuk ilişkisi saymış ve idarenin tasarruflarını temşiyet tasarrufu olarak nitelemiştir.)

⁹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 81; Özkol, **a.g.e.**, s. 9-10.

şahıstan bir binayı kiralaması gösterilebilir. Burada idare organı özel bir şahıs gibi hareket etmekte ve kamu gücünü kullanmaksızın taraflar arasındaki eşitlik kurallarına göre kiralama yapmaktadır. Dolayısıyla, idare ile kiralayan şahıs arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü de 6100 sayılı Kanun'un 4. maddesi ve 5235 sayılı Kanun hükümlerine göre adli yargı mercilerinin görev alanına girmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu ölçütten hareketle 1947 de verdiği ilk kararında; *"PTT'nin abonelerinden olan alacaklarına karşı hakimiyet hakkı kullanamayacağı, zira bunun bir temşiyet tasarrufu olduğu sonucuna varılarak davanın adli yargıda görülmesi"* gerektiğine hükmedilmiştir.¹⁰

Uyuşmazlık Mahkemesi yine 1949 yılında açılan idarelerin şoförlerinin karıştıkları kazalarda verdikleri zarar ile ilgili davada vermiş olduğu kararında kamu gücü (hakimiyet-temşiyet tasarrufu) ölçütünü şu şekilde uygulamıştır.

*"Ortada davacının zararını istilzam eden bir fiil mevcuttur. Fakat bu fiil hakimiyet hizmetinin istilzam ettiği idari bir fiil değil, hususi hukuk alanına giren haksız bir fiildir. Çünkü nakil vasıtalarını kullanmak ve bu hususta şoför istihdam etmek umumi menfaat gayesine matuf olan hakimiyet tasarruflarından olmayıp idarenin kendi hususi işlerini teminden ibaret bir temşiyet tasarrufudur"*¹¹

Bu karardan şu sonucu çıkarabiliriz; Hakimiyet tasarrufları, idarenin kendi özel işlerinden ayrı ve kamu yararı amacına hizmet eden tasarruflarıdır.

İdari faaliyetler arasında hâkimiyet-temşiyet tasarrufları ayırımına yol açan kamu gücü ölçütü, Uyuşmazlık Mahkemesi'nce 1949 yılına kadar kullanılmış ancak mahkeme, Fransa'daki gelişmelere paralel olarak sonradan verdiği kararlarında bu ölçütü kullanmaktan vazgeçmiş ve bu ölçütün terk edilmiş bir ölçüt olduğunu belirtmiştir.¹² Böylece bu ölçüt yerini *"kamu hizmeti"* ölçütüne bırakmıştır.

"...İdarece tesis ve ittihaz olunan işlem ve kararları hakimiyet ve temşiyet tasarrufları diye bir tefrika tabi tutmak, vazife meselesinin ona göre tayini esası da

¹⁰ Özkol, **a.g.e.**, s. 36.

¹¹ UM, 17.02.1949 gün, E: 1949/5, K: 1949/2 sayılı kararı, Düstur, Tertip III, C:30., s. 950; Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesinin Milli Savunma Bakanlığı şoförünün verdiği zararla ilgili E: 1947/4, K: 1947/7 sayılı benzer kararı için bkz: Düstur, Tertip III, C:28, s. 1411.

¹² Gözübüyük, **a.g.e.**, s.82.

artık bugün metruktur. Böyle bir tefrike dayanan doktrin, yerini daha ilmi esaslara istinaden amme hizmeti prensibine bırakmıştır.”¹³

Kamu gücü ölçütünün, Devletin özellikle 20. yüzyıldan beri idarenin sadece emirler vermenin ve yasaklar koymanın ötesine giderek, hizmetler ve edimler sunan bir varlığa dönüşmesi sebebiyle idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde tek başına yetersiz olduğu söylenmiştir.¹⁴ Bununla birlikte idarenin bu süreçte, “*kamu kudretinin emrediciliğinin dışında kalan ama gene de özel hukuku aşan hukuki ilişkileri ortaya çıkmıştır.*” Bu husus kamu gücü ölçütünün “*özel hukuku aşan şartları*” da barındıran daha geniş bir kapsamla ele alınmasını gerektirmiştir.¹⁵ Kamu gücü ölçütü İdare Hukukunun kapsamını belirlemek açısından başlı başına yeterli bir ölçüt olmamakla birlikte idari işlem kavramının anlaşılmasında temel bir araçtır. İdare kamu gücünü kullanarak tek yanlı işlemlerle hukuk alemini etkileyebilir. İdari yargı mercileri hukuki işlemlerin idari vasfını ortaya koyarken kamu gücü ölçütünden sıklıkla yararlanırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi 30.11.2015 tarihli bir kararında: “*4857 sayılı Kanun’a tabi olarak istihdam edilmekte iken, 6360 sayılı Kanun kapsamında ismi Devlet Personel Başkanlığı’na bildirilen davacının, mevcut iş unvan bilgilerinin Personel Başkanlığına hatalı bildirilmesi sonucu işletme teknisyeni unvanına sahip olmasına rağmen atama işleminde bu durumun dikkate alınmayarak düz işçi olarak atandığından bahisle atama işleminin hukuka aykırı yapıldığı iddiasıyla söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın, uyuşmazlık konusu işlem kamu gücüne dayalı re’sen ve tek yanlı olarak tesis edilen idari işlem niteliğini taşıdığından, 2577 sayılı Kanun’un 2/1-a maddesinde sayılan iptal davaları kapsamında görüş ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğuna*”¹⁶ karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi 30.12.2013 tarihli başka bir kararında: “*Batman Tapu Sicil Müdürlüğü’nde yapılmak istenen gayrimenkul satış işleminin, tapu kaydı*

¹³ UM, 16.06.1949 gün ve E. 1949/7, K. 1949/10 sayılı kararı. (Danıştay Kararları Dergisi, S. 43-44, s. 193); Ayrıca bkz.: UM, E:1948/9, K: 1948/4 sayılı kararı (Düster, Tertip III. C:29, s. 1316)

¹⁴ Günday, a.g.e., s. 30.

¹⁵ Yayla, İdare Hukuku, a.g.e., s. 30.

¹⁶ UM, 30.11.2015 gün ve E. 2015/806, K. 2015/821 sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 09/09/2019)

üzerinde daha önceden yapılan satış ve intikal işlemlerindeki hisse oranlarının yanlış hesaplanmasının fark edilmesi sonucu, istenen satış işleminin zımnen reddedilmesi nedeniyle davalı Batman Tapu Sicil Müdürlüğü'nün 01.08.2012 tarih ve 4523 sayılı işleminin iptali ile satış işleminin gerçekleştirilmesi istemiyle açılan davanın, idarenin idare hukuku alanında kamu gücüne dayalı olarak re'sen ve tek yanlı irade açıklaması sonucu tesis etmiş olduğu işlemlere, hukuk alanında yeni durumlar oluşturmasıyla idari işlem niteliği kazandırdığı ve kural olarak bu işlemlerin özel yasal düzenlemeler dışında idari yargı denetimine tabi bulunduğu gözetildiğinde, davacının sahip olduğu taşınmaz hisselerinin satışı işlemlerinin davalı idarece bir kanun hükmü dayanak alınarak, kamu gücü kullanımı ile tek yanlı olarak kısıtlanmasına ilişkin davaya konu işlemin kamu gücüne dayanılarak tesis edilen idari işlem niteliğinde olduğu, dolayısıyla uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğuna”¹⁷ karar verilmiştir.

Kamu gücü ölçütü idari işlemlerin tesis edilmeleri ile birlikte, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin çeşidinin belirlenmesinde de rol oynar. İdari sözleşmelerin karakteristik özelliğinin, idareye - karşı tarafa nazaran - üstün yetkiler ve ayrıcalıklar tanımları olduğu belirtilir¹⁸ Bunun dışında idare, faaliyetlerinin gerektirdiği çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak için kamu gücü usullerine başvurmadan özel hukuka tabi

¹⁷ UM, 30.12.2013 gün ve E. 2013/1097, K. 2013/1763 sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 09/09/2019) Benzer kararlar için bkz: UM, 30.11.2015 gün ve E.2015/430, K. 2015/750; UM, 26.10.2015 gün ve E.2015/695, K.2015/702; UM, 02.07.2012 gün ve E.2012/122, K.2012/159; UM, 13.05.2013 gün ve E. 2013/262, K. 2013/656; UM, 27.01.2014 gün ve E. 2014/61, K.2014/62 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:09/09/2019)

¹⁸ Öğretide idari sözleşmelerin ölçütlerinin yargı kararlarıyla somutlaştığı belirtilir. Buna göre sözleşmenin taraflarından en az biri idare olmalıdır. GÜNDAY bu sebeple “kamu hizmeti gören imtiyazlı kişinin bu hizmet nedeni ile üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeler ile idarenin tam taraf olmadığı ve fakat örneğin fiyat tespiti suretiyle müdahale ettiği sözleşmelerin” idari sözleşme sayılmadıklarını açıklamaktadır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerden hangilerinin idari sözleşme olduğu konusunda ilgili yasada veya sözleşme hükümlerinde açıklık bulunmaması halinde ise şu ölçütlerden yararlanılır: “İdarenin taraf olduğu sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olması”, “İdareye özel hukuk sözleşmelerindekini aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması”; GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 167-170; Özay, **a.g.e.**, s. 414-415; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 292-293; Anayasamıza göre: “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” (m. 47/3) Bu hüküm karşısında, kanunla özel hukuka tabi kılınmayan ve idare ile özel hukuk kişileri arasında akdedilen kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerin idari nitelikte sayılmalarının gerektiği söylenebilir.

sözleşmeler kurabilir. İdare bu türden sözleşmeler aracılığıyla, örneğin, bir hizmet veya mal satın alabilir, malik olduğu bir işyerini kiraya verebilir.

Buna göre; genel anlamda idari karar alma mekanizması içinde, özel anlamda idari sözleşmelerin tespitinde kullanılan, “*idareye, özel hukuk şartlarını aşan bazı ayrıcalık ve üstünlük (kamu gücü = kamu erki = imperium) lerin tanınması*” kıstası var oldukça kamu gücü (hakimiyet – temşiyet tasarrufu) ölçütünün idari yargının görev alanının belirlenmesinde tam anlamıyla terk edilemeyeceğini ancak tek başına yeterli olmadığını, diğer ölçütlerle birlikte kullanıldığını söyleyebiliriz.

III. KAMU HİZMETİ ÖLÇÜTÜ

Kamu hizmeti ölçütü, idari yargının görev alanını belirlemek için Fransa’da önce yargı içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Bu ölçüt ilk defa Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararında ortaya atılmıştır ve kamu hizmeti kriteri benimsenmiştir. Blanco kararında kabul edilen kamu hizmeti kriterine göre, mahalli veya milli, idari veya ticari nitelikte olsun, kamu hizmetlerinin kuruluşuna ve işleyişine dair bütün hususlar, idare hukukunun uygulama alanına girer ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girer. Blanco kararına konu olan olayda, Bordeaux tütün işletmesine ait bir dekovil, tütün işletmesinin iki binası arasında tütün işletmesinin Henri Bertrand, Pierre Monet ve Jean Vignerie isimli işçilerinin idaresi altında gidip gelirken Agnès Blanco isimli beş buçuk yaşında bir kız çocuğuna çarparak onun yaralanmasına sebep olmuştur. Çocuğun babası, Fransız Medeni Kanunu’nun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak adliye mahkemeleri önünde uğradığı zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açmıştır. Bordeaux şehrinin içinde bulunduğu Gironde ili valisi Adolphe Jean, tazminat istemiyle devlete karşı adli yargıda dava açılmayacağını ileri sürerek bu davaya karşı görev uyuşmazlığı kararı almış ve bunun üzerine Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, bu davanın adli yargıda değil, idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁹ Özellikle 20. yüzyılın başından II. Dünya Savaşının sonuna kadar (1945) olan dönemde, başta Leon Duguit olmak üzere Jeze ve Bornard gibi Fransız yazarlarının çaba ve etkileri ile geliştirilen ve

¹⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 3.bs, C:1, Bursa, 2019, s. 87-88.

uygulanan bu ölçüt,²⁰ sadece idare hukukunu değil, kamu hukukunun bütününe etkileyen bir ölçüt olmuştur. Bu ölçüte göre, kamu hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi ile ilgili her türlü faaliyet bir idari faaliyet oluşturur ve dolayısıyla idare hukukuna tabidir ve bu sebeple de bu tür faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır.²¹

Kamu hizmeti kavramı, Fransa’da olduğu gibi bizde de idare hukuku’nun temel kavramlarından biri sayılmakta olup devletin ekonomik ve toplumsal yaşama müdahale etmeye başlaması ile birlikte idare hukukunun düzenleme alanını belirleyen bir ölçüt olarak kullanılmaya başlanmıştır.²² Kamu hizmeti, idari faaliyetin konusunu oluşturur. Bu bakımdan idare hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmasının da temel unsurudur.²³ Kamu hizmeti kavramı; idare hukukunda en çok kullanılan kavramlardan biri olması hatta Anayasamızın çeşitli maddelerinde²⁴ de yer almasına rağmen gerek anayasal veya yasal gerekse yargı içtihatlarında henüz genel kabul gören ortak bir tanıma kavuşturulamamıştır. Ancak kamu hizmeti kavramı öğretide “organik”, “maddi” ve “şekli” açıdan ayrı ayrı tanımlanmaya çalışılmıştır.

Bu tanımlamaları yapmadan önce şu açıklamayı yapmakta yarar görüyoruz:

İdarenin faaliyet sahası önceleri milli savunma ve kolluk faaliyetlerinin yanı sıra yalnızca kişilerin ve gruplarının erklerinin yetmediği veya bir menfaat görmedikleri için yürütemedikleri veya bulunmadıkları faaliyetlerle sınırlıydı. Bu sebeple idare toplumun ihtiyaçlarını gidermek amacıyla doğrudan emri altında ve de üstün yetkiler kullanarak anılan faaliyetlerde bulunuyordu. Bu itibarla liberal zamanda kamu hizmetlerini organik maddi ve şekli ölçütler birlikte kullanılarak tanımlanabiliyordu. Buna göre kamu hizmetleri idarenin kamu yarar saikiyle kamusal yönetim şekilleriyle yürüttüğü faaliyetlerdi. Fakat liberal anlayışın terk edilerek sosyal devlet ilkesinin benimsenmesiyle beraber idare, sosyo ekonomik hayata olabildiğince

²⁰ Bu ölçüte, Duguit’nin Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Dekanı bulunduğu Bordeaux şehrine izafeten “Bordeaux Öğretisi” adı da verilmiştir. Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1982, s. 21-23.

²¹ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C:1, s. 25-26; Gözler, **a.g.e.**, s. 91.

²² Metin Günday, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. bs, Ankara, İmaj Yayınevi, Kasım 2017, s.330.

²³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 548.

²⁴ Bkz.: Anayasanın md. 47, 70, 126/3, 128/1, 137/1.

müdahalede bulunmaya başladı. Böylelikle önceleri özel şahıslarca yürütülen faaliyetleri de üstlendi. Sonuç olarak ise idarenin faaliyet sahası büyüdü. Anılan gelişmeye bağlı olarak da liberal dönemde kamu hizmetinin tanımında birlikte kullanılan “organik”, “maddi”, “şekli” ölçütler arasındaki bağlantı da kopmaya ve tamamen ortadan kalkmaya başladı. Yani artık anılan ölçütleri beraber kullanarak kamu hizmetini tanımlamak imkan dâhilinde değildi.²⁵

Organik açıdan kamu hizmeti; “*genel ve ortak bir ihtiyacın karşılanması için kamu tüzel kişileri tarafından ifa edilen faaliyetlerdir*”. Ancak bu tanım “*kamu hizmeti*” kavramını artık açıklayamamaktadır. Yukarıdaki açıklamalarımızdan ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 26.10.1992 gün, 1992/33 Esas ve 1992/36 sayılı kararından da anlaşılacağı üzere sosyal devlet anlayışının benimsenmesi ile birlikte devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmeye başlaması bugün artık bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için mutlaka kamu kuruluşları tarafından görülmesi şartının aranmamasını yükümlü kılmıştır. Kamusal bir faaliyeti, kamu ve özel hukuk kişileri birlikte ifa edebilecekleri gibi tüm kamu hizmetlerinin²⁶ imtiyaz usulü ile özel hukuk kişilerine gördürebileceği de kabul edilmektedir. Ancak kamu hizmetleri hangi elle ve hangi şekilde yürütülürse yürütülsün, bunların denetimi ve gözetimi devlete veya ilgili kamu idaresine aittir.²⁷

Maddi açıdan kamu hizmeti tanımına göre ise, hizmeti ifa eden örgütün niteliğine değil, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılır. Buna göre, kamu hizmeti, “*tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyettir*”.²⁸ Maddi ölçüt de bugün artık kamu hizmeti kavramını açıklamaya yetmemektedir. Toplumsal ihtiyaçların artarak değişime uğraması, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan

²⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 331.

²⁶ UM, 26.10.1992 gün ve E.1992/33. K.1992/36 sayılı kararı. (Resmi Gazete, 01.12.1992, Sayı:21422, s. 18)

²⁷ “..Çoğalan kamu hizmetlerinin bugün artık mutlaka özel hukuktakinden ayrı,kamu hukuku usülleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yönetim ile yürütülen sını ve ekonomik ağırlıklı birçok kamu hizmeti alanı vardır.” Anayasa Mahkemesi’de kamu hizmetlerinin yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişilerince yürütülmesinin gerekli olmadığı görüşündedir. Bkz.: Anayasa Mahkemesinin 22.12.1994 gün ve E. 1994/70, K. 1994/65-2 sayılı kararı, **AMKD**, Sayı:31, Cilt:I, s. 385 v.d. (408) (aktaran, Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 59.)

²⁸ Ibid

faaliyetleri de etkilemektedir. Topluma egemen olan sosyal, siyasal ve ekonomik sistem; bir hizmetin toplumsal ihtiyaçlara uyarlılığını, dönem dönem değiştirebilmekte ve bugün mahiyeti gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yarın bu niteliğini yitirebilmektedir. Bu durumun tersi de mümkün olabilir. Sonuçta bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığına esas itibarıyla başta yasama organı olmak üzere toplumun temsilcilerince oluşturulan siyasal organlar karar vermektedir. Dolayısıyla toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik (ve bu sebeple maddi açıdan kamu hizmeti sayılan) bir takım faaliyetler siyasal organlarca kamu hizmeti olarak kabul edilmemiş ise, kamu hizmeti sayılamaz. Taksi işletmeciliğinde olduğu gibi.²⁹

Şekli açıdan kamu hizmeti ise kamusal yönetim usullerine ve kamusal hukuki rejimlere tabi hizmetleri ifade eder. Buna göre kamusal usul ve rejimlerle ifa edilen hizmetler kamu hizmeti olarak nitelenirken, özel hukuk rejim ve usullerine tabi hizmetler ise kamu hizmeti sayılmazlar.³⁰

Organik ve maddi ölçütlerin çözülmeye başlaması, şekli ölçütün de çözülmüne yol açmıştır. Şöyle ki Sosyal Devlet İlkesinin özümsemesi sonucu Devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesi ile o zamana kadar özel sektör tarafından yürütülen bazı iktisadi, ticari ve sınai faaliyetler kamu hizmetleri haline getirilmiş ve fakat bu sahadaki faaliyetlerini, kamusal rejim ve usullerle değil, özel sektörle rekabet amacıyla özel hukuk rejim ve usulleriyle tanzim etmiştir. Bu yeni düzenleme devlet faaliyetlerinin, kamu hizmeti olarak nitelenmesine engel teşkil etmemiştir.³¹

²⁹ Rüştü Aral, “İdari Yargı Alanı ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay”, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, **Danıştay Dergisi**, S:18, 1973, s. 29,32. Günay, **a.g.e.**, s. 330.

³⁰ Anayasa Mahkemesine göre ise, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken, niteliğine bakmak gerekir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler nitelikleri gereği kamu hizmetleridir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi’nin 22.12.1994 gün ve E. 1994/70, K. 1994/65-2 sayılı kararı, **AMKD**, Sayı:31, Cilt:I, s. 383 v.d. “... köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir...” AYM, 22.12.1994 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı, **AMKD**, Sayı: 32, Cilt:I, s. 144 v.d.(161)

³¹ “...Kamu hizmeti kavramının... devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir...” AYM’nin 22.12.1994 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı, **AMKD**, Sayı:32, Cilt:I, s. 144 vd. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, “... bugün artık özel hukuktakinden ayrı kamu hukuku

“Kamu hizmeti” kavramının izahatı ile ilgili yaptığımız açıklamalardan yola çıkarak özetle şunları söyleyebiliriz: Kamu hizmeti kavramına bakış açısındaki değişim ve “organik”, “maddi” ve “şekli” ölçütlerin yetersiz hale gelerek revizyona uğraması kamu hizmeti kavramının tanımını zorlaştırmaktadır. Bugün için kamu hizmeti kavramına ilişkin bir tanım verilmesi gerekirse, bunun “Giderilmesinde, toplumsal bir menfaat olduğu için siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen ve bir kamu kuruluşunun ya kendisi tarafından ya da kamu kuruluşunun yakın gözetim ve denetimi altında özel teşebbüs tarafından idare hukuku kuralları uyarınca yürütülen faaliyetler” olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir.³²

Bu hizmetlerin; sürekli ve düzenli, nesnel ve eşit, uyarlanabilir, imkan ölçüsünde bedelsiz olması gerektiği ve ihtiyacın haz verici bir şekilde doyuma kavuşturulamaması halinde ise kişiler arasında bir huzursuzluğun doğabileceğinin varsayılması gerektiği şeklinde bir takım ortak özellik ve ilkeleri de bulunmaktadır.³³

Devletin ekonomik ve toplumsal yaşama daha fazla müdahale ederek, özel kişilerce de yürütülen ticari, sınai veya iktisadi faaliyetleri de üzerine almaya başlaması, kamu hizmeti kavramının sınırlarını belirlemeyi zorlaştırmaktadır. Ayrıca idarenin idari nitelikteki işlem, eylem ve sözleşmeleri yanında özel hukuka tabi davranışlarının da kamu yararı amacından bağımsız olmamaları ve aksi düşüncenin keyfi idarelere yol açacağı gerçeği karşısında, idarenin kamu hizmetine yarayan hangi tür davranışının idare hukuku sahasına ve neticede idari yargının görev alanına gireceğini tespit etmek güçlük arz etmektedir. Diğer yandan bireylerin ve özel hukuk kişilerinin kamu hizmetinden sayılabilecek eğitim ve sağlık gibi faaliyetlere girmesi, durumu daha da zorlaştırmaktadır. Bu tür faaliyetlerin kamusal ihtiyaçları karşılamaya

usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Fakat konularının gereklerine göre, değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sınai ve ekonomik ağırlıklı birçok kamu hizmeti alanı vardır...” UM, 26.10.1992 gün ve E. 1992/33, K. 1992/36 sayılı kararı, Resmi Gazete, 01.12.1992 - 21422, s. 18.

³² Günday, **a.g.e.**, s. 332; Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2013, s. 181; Özay, **Günışığında Yönetim**, **a.g.e.**, s. 237; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Basım ve Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 71; Giritli – Bilgen, **İdare Hukuku II**, s. 31; Lütfi Duran, **a.g.e.**, s. 23; Gözübüyük (Yönetmelik Yargısı, 2015), **a.g.e.**, s. 82; Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 148.

³³ Kamu hizmetinin özellik ve türleriyle kavramın bilimsel açıdan tanımlanması ve tahlili ile unsurları için bkz.: Sıddık Sami Onar, **a.g.e.**, C:II., s. 585-1063; İlhan Özay, **a.g.e.**, s. 229-238; Günday, **a.g.e.**, s. 330-340; Yayla, **a.g.e.**, s. 60-73; Giritli – Bilgen, **a.g.e.**, s. 137-160.

yönelik olması, bunların bazı idare hukuku ilkelerine tabi olmalarını gerektirmiştir. Örneğin özel kişilerin kurdukları özel okul ve özel hastane kuruluşları, idarenin sıkı denetimine tabi tutulmuşlar ve sürekli faaliyet göstermeleri, belli şartları taşıyanların, bu hizmetlerden yararlandırılmaları gibi kayıt ve zorunluluklara bağlanmışlardır.³⁴

Günümüzde devlet, sürekli artan seviyede idarede verimlilik sağlamak amacıyla kamu hizmetlerinin bir kısmını ya da söz konusu hizmetlerin bazı kısımlarını idare hukukuna tabi memurlar vasıtasıyla değil, özel hukuk uyarınca hizmet akdi ile çalıştıracağı şahıslar aracılığıyla yaptırmak istemekte ve bununla ilgili birçok kanun çıkarmaktadır. Nitekim bu şekilde çalıştırılan personelin ücretlerini serbestçe kararlaştırabileceği gibi iş akitlerinin feshedilmesi, görevlerinin tevdi edilmesi de daha kolay olmaktadır. Bu tür personele de özel hukuk kuralları uygulanmakta ve idare ile arasında çıkacak uyuşmazlıklarda adliye mahkemelerinde görülmektedir. Anlaşıldığı üzere hizmetlerinin bir kısmının idare hukukuna değil özel hukuka tabi personelce yerine getirilmesi mümkündür. Bu itibarla özel hukuk artık klasik kamu hizmetlerinde bile uygulanabilmektedir.³⁵

Özetle; kamu hizmeti kavramının muğlak olması, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmelerine de konu olabilmesi, sınai ve ticari kamu hizmetlerinin ortaya çıkması gibi gerekçelerle kamu hizmeti ölçütü, idare hukukunun idare alanına ve aynı şekilde idari yargının görev alanını belirleme açısından tek başına belirleyici bir ölçüt olmaya yeterli değildir. Bu bakımdan kamu hizmeti kavramının yeniden belirlenmesi ve kamu hizmeti alanı sınırlarının çizilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.³⁶

Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargı ile adli yargı arasında görev ayırımını sağlamada kamu hizmeti ölçütünün ilk kararı olan 1946 tarihli Zingal kararında³⁷ ele almış ve bundan sonra da kullanmıştır.

Zingal kararı olarak adlandırılan bu karar “*idari sözleşme*” kavramının açıklanmasında da kullanılan “*kamu hizmeti*” kavramını içermektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi bu kararında; “*ormanların işletilmesine ilişkin faaliyet, bir kamu hizmeti*

³⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 32.

³⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 94.

³⁶ Darendeli, **a.g.e.**, s. 64.

³⁷ UM, 24.01.1946 gün ve E. 1946/5, K.1946/1 sayılı kararı. (Resmi Gazete, 11.03.1946 gün, s. 6257)

olarak nitelendirmiş bu amaçla yapılan sözleşmeyi de, idari sözleşmeye ilişkin diğer ölçütlerin de varlığı sebebiyle - idari sözleşme olarak” nitelemiştir. Dolayısıyla kaynağını kamu hizmetinin yerine getirilmesi düşüncesinden alan ve bu hizmetin en iyi şekilde yerine getirilebilmesi için; idareye, karşı tarafa nazaran daha üstün yetkiler tanıyan bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar, “*idari sözleşmeden doğan uyuşmazlık*” olarak idari yargının görev alanına dahil edilmiştir. Söz konusu olayda kamu kurumunun, kamu yararı amacı taşıyan ve kamu hukuku ilkelerine tabi bir faaliyeti, kamu hizmeti olarak görülmüş ve bu faaliyetten kaynaklanan uyuşmazlık idari yargının görev alanına dahil edilmiştir. Kararda kamu hizmeti ölçütü, hem idari yargının görev alanına ilişkin bir ölçüt hem de idari sözleşmelerin tayini için kabul edilen bir ölçüt olarak kullanılmıştır. Anılan devlet faaliyetinin mühim bir kamu hizmetini inhisar (tek başına sahip olması) etmesi, bu “*faaliyetin idariliği*” için de gerekli görülmüş, diğer unsurlar da bu gerekliliğin üzerine bina edilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 03.01.1946 günlü bir başka kararında da yine Devlet Ormanlarının bakım ve onarım yükümlülüklerini de kapsayan “*orman işletme sözleşmeleri*”, idari sözleşme sayılmıştır.³⁸

Ormanların işletilmesi faaliyeti bir kamu hizmeti olmasaydı davaya konu sözleşme idari bir sözleşme olmayacaktı; idareye, karşı akide nazaran üstün yetkiler verilmeyecekti ve sonuçta idarenin özel hukuk sözleşmesinden doğacak uyuşmazlık adli yargının görev alanına girecekti. Dolayısıyla bu davada, sözleşmenin idari bir sözleşme sayılmasını temin eden kamu hizmeti ölçütü, aynı zamanda öncelikle idari yargının görev alanına ilişkin bir ölçüt olarak kullanılmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi 1961 yılında verdiği bir kararda, eğitim ve öğretim işinin mahiyeti gereği bir kamu hizmeti olduğunu belirtmiş ve bu hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen zararın hizmet kusuru ilkesi çerçevesinde idari yargıda değerlendirileceğini karara bağlamıştır. Bu kararda mahkeme, kamu hizmeti kavramına organik ve maddi açıdan yaklaşmıştır.³⁹

³⁸ UM, 03.01.1946 gün ve E. 1946/2, K. 1946/2 sayılı kararı, **DKD**, Sayı:26. s. 53.

³⁹ UM, 29.04.1961 gün ve E.1961/10, K.1961/9 sayılı kararı. (İsmet Köker - İ. Dinç; **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, Hukuk – Ceza**, 1961-1987), Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 1988, s. 972.

Uyuşmazlık Mahkemesi 26.10.2015 tarihli bir kararında : “İnönü Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu’nda okutman olarak görev yapan davacının, kendisine mobbing (psikolojik taciz) uygulandığı, hakkında haksız soruşturmalar başlatıldığı, taciz, tahkir ve ayrımcılığa maruz bırakıldığı ve angarya iş verildiğinden bahisle uğramış olduğu manevi zararın karşılanması istemiyle açtığı davanın, gerçekte görev kusuru teşkil edebilecek kusur iddialarına dayalı olup “tam yargı davası” mahiyetini taşıdığı ve bu davanın idari yargı yerinde ikame edilmesi gerektiğinin kuşkusuz olduğu, buna göre, olayda hizmet kusuru ya da başka nedenle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının saptanması idare hukuku ilkeleri çerçevesinde yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa’nın 2/1,b maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğuna”⁴⁰ karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi sağlık işinin de bir kamu hizmeti olarak kabul edildiğine dair vermiş olduğu 17.11.2014 tarihli bir kararında: “Davacılar yakınının davalı idarelerce hatalı olarak yürütüldüğü ileri sürülen sağlık hizmetleri nedeniyle vücut fonksiyon kaybına uğradığından bahisle lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle açılan davanın, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanmasının gerektiği, bu hususların saptanmasının ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa’nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğuna”⁴¹ karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, 04.06.2013 tarihli bir kararında; “istinat duvarına, davalı Belediye tarafından korkuluk yapılmaması neticesinde, davacıların çocuklarının bisiklet ile giderken istinat duvarından düşmesi sonucu meydana geldiği iddia olunan

⁴⁰ UM, 26.10.2015 gün ve E.2015/720, K.2015/723 sayılı kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:19/09/2019)

⁴¹ UM, 17.11.2014 gün ve E.2014/949, K.2014/993 sayılı kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:19/09/2019)

manevi zararın tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi” gerektiğini belirtmiştir.⁴²

Uyuşmazlık mahkemesi, Karayolları idaresinin istimlak ettiği yerden kum alması sonucu yön değiştiren dere yatağının verdiği zararlar ilgili davayı, “*idarenin kamu hizmetini gereği gibi yürütmemesi*” sebebiyle, hizmet kusurunun araştırılması için idari yargıya göndermiştir.⁴³ Bu kararda önemli nokta mahkemenin aşağıda inceleyeceğimiz “*fiili yol*” araştırması yapmamış olmasıdır. Gerçekten idarenin istimlak ettiği yerden kum almasına ilişkin idari karar, plan, proje vb. hazırlığı olup olmadığını incelemeyen, sırf kamu hizmetinin varlığı sebebiyle davayı idari yargıya göndermek, idari yargı ve kamu hizmeti alanlarının özdeş görüldüğüne ilişkin bir çağrışımı gündeme getirmektedir. Yukarıdaki örneklerde idareye kanunlarla verilmiş, dolayısıyla idarilik niteliğinden kuşku duyulmayan görevler varken – mahkeme müteakip yıllardaki kararlarında, idarelerin kuruluş kanununda düzenlenen görevleriyle, idari işlem ya da eylemlerin uyarlılığını daha sıkı şekilde aramaktadır, bu olayda idare, ancak alınmış bir karar varsa idari olabilecek, ekstra bir faaliyete girmektedir. Eğer idarenin böyle bir çalışma ve kararı yoksa eylem idarenin haksız eylemi olacak ve fiili yol kıstası gereğince adli yargının görevine ilişkin bir uyuşmazlığa sebep olacaktır.⁴⁴ Zira idari eylemlerden doğan zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davaları, idari yargı düzeninin görev alanına girerken haksız eylem (fiili yol) sebebiyle açılan tazminat davaları ise adli yargı düzeninin görev alanına girer.

⁴² UM, 04.06.2013 gün ve E.2013/920, K.2013/1050 sayılı kararı, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi**, Sayı:2, Ankara, Kalkan Matbaacılık, 2014, s.786.

⁴³ UM, 27.04.1977 gün ve E. 1976/38, K. 1977/27 sayılı kararı (Köker – Dinç: **a.g.d.**, s. 106)

⁴⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi sonraki yıllarda kamuya ilişkin bir faaliyetin yerine getirilmesi sırasında, idarenin; haksız eylemiyle, belli bir plan, proje dahilinde ifa ettiği eylemlerini ayırtırma yolunu seçmiş ve birincileri haksız eylem (fiili yol) kıstası gereğince adli yargıya ikincileri ise idari eylem (fiil) kıstası gereğince idari yargıya yollamıştır. (13.02.1984 gün, E.1983/13, K.1984/1 sayılı karar: **a.g.d.**, s. 278-282). Mahkeme, “...sedde yapımının plan ve projeye dayalı olmasına, idari usul ve esaslara uygun plan ve projenin tatbiki ile ilgili eylemin, haksız eylem değil, idari eylem olarak nitelendirilmesine ,... taşkınlardan koruma hizmetlerinin yürütülmesi sırasında idarenin eyleminden dolayı uğranılan zararların idare hukuku esaslarınca tazmini gereklik gerekmediğinin takdiri idari bir eylem sayılıp idari yargıda denetlenebilmesi için ya kanuni bir mesnede ya da idari bir karara dayanması şartı getirilmiş olmaktadır. Hatta mahkeme, idarenin haksız eylemi varsa usulüne göre yürütülen bir kamu hizmetinin olamayacağını hükme bağlamış ve idarenin karıştığı bu tür faaliyetleri kamu hizmeti kapsamında değerlendirmemiştir. (Bkz. : UM, 09.12.1985 gün ve E.1985/26 ,K. 1985/32 sayılı karar: **a.g.d.**, s. 403-405), (aktaran, Acar, **a.g.t.**, s. 67-68)

Baraj işletmesini bir kamu hizmeti olarak gören mahkeme, barajdan fazla su salınmasından dolayı davacının mısır ekili tarlasında meydana gelen zararın tazmini talebinin, idari yargı yerinde görülebileceğine karar vermiştir.⁴⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararında ise "... Erçiş Koçköprü Barajının patlaması sonucu Zilan Çayı'nın barajda biriken sularının verimli arazide erozyona sebep olduğu ileri sürülerek meydana gelen zararın davalı idarece tazmini istemi ile açılan davanın görüm yeri idari yargı yeridir..."⁴⁶ Yine mahkemenin yakın tarihli bir başka kararına göre ise "kanalizasyonu olmayan yerleşim yerinin aşırı yağış nedeniyle su altında kalması sonucu, belediyenin bu suyu, davacının stabilize ocağındaki çukura boşaltması nedeniyle olduğu ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davayı görüm yeri, idari yargı yeridir".⁴⁷

"Devlet Su İşleri tarafından yapılan barajın inşaatı sırasında meydana geldiği öne sürülen su taşkını nedeniyle, davacının taşınmazında meydana geldiği ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan" davada, Uyuşmazlık Mahkemesi, hizmet kusuru esasına göre davanın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiğine ilişkin karar vermiştir.⁴⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi bir başka kararında; "Belediye Meclisleri'nin beldenin imar düzeni ile ilgili olarak İmar Yasası'nı uygulamak suretiyle aldıkları kararların kamu hizmetine ilişkin ve idari nitelikte bulunduğu ve dava konusu zararın bu işlemde kaynaklandığının ileri sürülüp, hatta bu işlemin dahi iptali istendiğinden davanın idari yargı yerinde görülmesi" gerektiğini karara bağlamıştır.⁴⁹ Mahkeme yine "Belediye Encümenlerinin; beldenin imar düzeni ile ilgili olarak İmar kanunu ve bu kanuna dayalı imar yönetmeliğini" uygulamak suretiyle aldıkları kararların, kamu hizmetine ilişkin ve idari nitelikte olduğunu hükme bağlamıştır.⁵⁰

Uyuşmazlık Mahkemesi, o dönemde bir kamu iktisadi kuruluşu olan Türkiye Elektrik Kurumu'nun elektrik üretimi için gerekli olan suyu sağlamak amacıyla su

⁴⁵ UM, 19.02.1975 gün ve E. 1971/45, K. 1975/67 sayılı kararı (Resmi Gazete, 05 Temmuz 1975 gün, Sayı:15286)

⁴⁶ UM, 05.07.1989 gün ve E. 1989/17, K.1989/18 sayılı kararı.(aktaran Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 761)

⁴⁷ UM, 10.11.2005 gün ve E: 2005/49, K: 2005/71 sayılı kararı. (aktaran Karavelioğlu, s. 758)

⁴⁸ UM, 08.04.2013 gün ve E: 2013/481, K: 2013/587 sayılı kararı. (**UMD**, **a.g.e.**, s. 475)

⁴⁹ UM,17.01.1983 gün ve E: 1982/8, K: 1983/1 sayılı kararı. (aktaran Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 747)

⁵⁰ UM, 03.12.1984 gün ve E: 1984/27, K: 1984/21 sayılı kararı. (aktaran Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 747)

kuyuları açması ve dinamik patlaması sonucu bitişik taşınmazın kullanılmaz hâle gelmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemini içeren dava ile ilgili vermiş olduğu kararında; idari usul ve esaslara uygun plan ve projeleri uygulamak suretiyle su kuyuları açması ile ilgili eylemini “*fili yol*” niteliğinde bir eylem değil, idari bir eylem olarak nitelemiş ve idari eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ise idari yargıda çözümleneceğini hükme bağlamıştır.⁵¹ Bu kararda mahkeme, kamu hizmetine hem organik, hem maddi hem de şekli açıdan yaklaşmıştır.

Mahkeme, vermiş olduğu bir başka kararında; “*idarenin görevinde olan kamu hizmetini yürüttüğü sıradaki eyleminden doğan plan ve projelerin uygulanması sırasında meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak açılan ve 2577 sayılı Yasa’nın 2 / 1-b maddesinde bulunan tam yargı davasının, idari yargı yerinde çözümlenmesi*” gerektiğine hükmetmiştir.⁵²

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kamu hizmeti ölçütünü kullanarak görevli mahkemeyi idare mahkemesi olarak gördüğü bir başka kararında: “...7457 sayılı Yasa’ya dayanılarak yapılan arazi toplulaştırılması işleminin bir amme hizmeti olduğu kuşkusuzdur. Yukarıda açıklandığı üzere davacı, arazi toplulaştırma projesinin uygulanması sonucunda kendisine tahsis edilen parselin teslim edilmemesi sebebiyle idare aleyhine bir tazminat davası açmış bulunmaktadır. Kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında doğacak zararın tazmini için açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi gerekir.”⁵³ diyerek yasaya dayanılarak yapılan arazi toplulaştırılması işlemi bir kamu hizmeti olarak görülüp, dolayısıyla da idari yargı görevli kabul edilmiştir.

Mahkeme yine bir başka kararında: “*İstanbul’da 13-14 Ekim 2007 tarihlerinde gerçekleşen sağanak yağışla birlikte, İSKİ tarafından ihale edilen “Tavukçu Deresi Islah Projesi” çalışmaları sırasında, Ataköy 11. Kısım yakınındaki köprü menfezinin kapatılması; rogarların bakımsız ve tıkalı olması sonucunda, dere yatağından taşan suların davacı Derneğe ait tesislerde zarara neden olduğu davada kamu hizmetinin, yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmemesi, kamu yararına uygun*

⁵¹ UM, 05.10.1987 gün ve E: 1987/24, K: 1987/26 sayılı kararı. (aktaran Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 760)

⁵² UM, 21.05.2012 gün ve E: 2011/264, K: 2012/105 sayılı kararı.(18.06.2012 gün ve 28327 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete)

⁵³ UM, 19.03.1975 gün ve E: 1972/71, K: 1975/96 sayılı kararı.(12 Haziran 1975 gün, 15263 sayılı Resmi Gazete)

işletilip işletilmemesi nedeniyle adı geçen idarenin hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yargısal denetiminin tam yargı davası kapsamında, idari yargı yerlerince yapılması” gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁴

Bir sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirsiz olduğu ancak Uyuşmazlık Mahkemesinin “*Kamu hizmeti*” kavramına bakış açısı hakkında ipuçları veren bir başka olay ve karar şu şekildedir: Belediyeye su almak için müracaat eden davacıya, belediyece 155 metre ileride belediyenin pik borusundan su getirebileceği söylenmiş ve oraya kadar yapılan boru vs. masrafların davacı tarafından üstlenilmesi istenmiş, davacı da masraf yaparak döşediği borularla evine su getirmiştir. Davacı yaptığı masrafların bilahare kendisine ödeneceğinin söylenmesine rağmen ödenmediğini iddia ederek hukuk mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Hukuk mahkemesi su getirme ve belde sakinlerine su dağıtma görevinin belediyenin asli görevlerinden olduğu ve kamu hizmeti niteliğinde bulunduğunu belirtmiş ve davanın, hizmet kusuruna dayanan idari bir dava olduğu gerekçesiyle kendisini görevsiz görmüştür. İdare mahkemesi ise yapılan masrafların davacıya ödeneceğine ilişkin belediye beyanı sebebiyle, ortada karşılıklı rızaya dayanan bir özel hukuk ilişkisi bulunduğu, bu ilişkiden doğan uyuşmazlığın adli yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi şu gerekçeyle adli yargıyı görevli görmüştür: “*İdari yargı yerlerinde görülmesi gereken tazminat davaları ancak kamu hizmetinin işlemesinden dolayı ortaya çıkan zararlardan doğan davalardır. Ayrıca bu konudaki iddiaların da... ‘idari eylem veya işleme’ dayanması gerekir. Davacının evine su getirebilmek için boru bedelini ödediği tesisattan; başka abonelere de su verildiğinden söz ederek tazminini istediği zarar, kamu hizmetinin işlemesinin doğrudan ortaya çıkardığı bir sonuç olmadığı gibi, idari eylem ve işlemde doğmuş da değildir. İdarenin taraf olduğu bu tür uyuşmazlıkların, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde çözümlenmesi gerekir*”.⁵⁵

Bu kararda belde sakinlerine su götürme görevinin belediyelere ait olduğu hususuna önem verilmemiş, bir başka ifadeyle kamu hizmeti kavramına maddi açıdan

⁵⁴ UM, 30.12.2013 gün ve E: 2013/1153, K: 2013/1766 sayılı kararı. (21.02.2014 gün ve 28920 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete)

⁵⁵ UM, 12.11.1984 gün, E: 1984/18, K: 1984/18 sayılı kararı. (Köker-Dinç: **a.g.d.**, s. 317-319; aktaran Acar, **a.g.t.**, Sf:69)

yaklaşılmamış ve idarenin bir eylem ya da işlemine dayanmayan faaliyetinin kamu hizmeti olamayacağı, dolayısıyla idarenin haksız eylemini - fiili yolu oluşturacağı açıkça ifade edilmiştir. Yine, Belediyenin “yapılan masrafın davacıya ödeneceğine ilişkin beyanı” idari işlem olarak nitelenmemiş ve bu durum idarenin özel hukuka tabi bir ilişkisi olarak görülmüştür.⁵⁶

Sonuç olarak kamu kurumlarının “kamu hukukuna tabi faaliyetleri”, kamu hizmeti olarak nitelenmekte olup, bu faaliyetler sebebiyle çıkan uyuşmazlıklar, idari yargının görev alanına dahil edilmektedir. “Kamu hukukuna tabi faaliyet” ise dar anlamda kanunun emrettiği görevlerin ifasına, geniş anlamda ise kamunun bir ihtiyacı için kanuna dayanarak alınan kararların yerine getirmesine ilişkin idari faaliyetlerdir.

Kamu kurumlarının kamu hukuku alanına giren faaliyetleri olabileceği gibi özel hukuka tabi faaliyetleri de bulunmaktadır. Özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunabileceği belirtilmiş kamu kurumlarının, hangi faaliyetlerinin idari yargı denetimine tabi tutulacağı hususu oldukça önemlidir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında; *“vakıf üniversitesiyle öğrencisi arasındaki dönem ücretinin iadesi davasında, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu ve kamu hizmeti gördüklerini belirttikten sonra kurumun kamu hukukuna ve özel hukuka tabi işlemleri arasındaki farka değinerek 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu uyarınca alınan ‘öğrenci katkıları’nın kanunla getirilen mali bir yükümlülük olmasına karşın, mütevelli heyetlerince hizmet karşılığı belirlenen ‘öğrenci ücretleri’nin, söz konusu hizmetin, kamu hizmeti sayılmasına rağmen bu nitelikte olmadığını”* belirterek adli yargıyı görevli görmüştür.⁵⁷

Uyuşmazlık Mahkemesinin bir başka kararında; *“Davalı idarenin bir özel hukuk sujesi olarak yaptığı sözleşmeler uyarınca taahhüde girdiği satın almalarının, bir kamu yararı ve ona dayalı düzenleyici tasarruf uyarınca tasfiye edilmesi, onun özel*

⁵⁶ Karara muhalif kalan üyeler, giderin yapıldığı tarihte davacı ile belediye arasında abonelik sözleşmesi ya da benzeri ikili bir sözleşme olmaması sebebiyle özel hukuk alanına giren bir hukuki ilişki olmadığını, aksine ortada idari bir işlem ve karar olduğunu kabul ederek idari yargının görevli olduğunu belirtmişlerdir. Dönemin mahkeme başkanı Servet Tüzün ise, “ortada kamu hizmetinin yapılması istemini karşılamayan davalı belediyenin idari bir eylemi bahis konusu “ olduğuna göre “anlaşmazlık özel hukuk alanına değil, kamu hukuku alanına ilişkin bulunduğundan idare hukuku kurallarına göre çözümlenmelidir” demektedir.

⁵⁷ UM, 04.10.2004 gün, E: 2004/34, K: 2004/54 sayılı kararı. (Resmi Gazete, 10.12.2004 gün, S:25666, s. 7-9.

hukuk alanına giren faaliyetinin niteliğini değiştirmez. Özel hukuk ilişkisinden doğan anlaşmazlık adli yargı yerinde çözümlenmelidir.” diyerek davayı adli yargıya göndermiştir.⁵⁸

İdarenin yaptığı sözleşmelerin her türlüünün neticede kamuya yararlı ve kamu hizmetinin ifasına ilişkin olması gerektiği açıktır. Ancak yukarıdaki karar metinlerinden de anlaşılacağı üzere idarenin yaptığı sözleşmelerden olan idari sözleşmelerde, “kamu hizmeti” ve “kamu gücü” kavramları dayanak olarak alınırken; idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmelerinde anılan kavramlar zikredilmemekte ve sözleşme, özel hukuk kurallarına tabi tutulmaktadır. Buna göre idari sözleşmelerde, kamu hizmeti ölçütü kullanılırken idarenin özel hukuk sözleşmelerinde bu ölçüt kullanılmamakta, tarafların özel hukuk gerçek ve tüzel kişileriyle eşit şartlar altında gerçekleştirdiği bu hizmetler bir kamu hizmetinin yürütölmesini değil, kamu hizmetinin devamı için mal ve hizmet teminini içerir ve genellikle Borçlar veya Ticaret Kanunları hükümleri uyarınca düzenlenir.

Ancak idarenin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin yapılmasından önce idare tarafından tesis edilen hazırlık aşaması düzenleyici idari işlem niteliğinde kabul edilir. Dolayısıyla, sözleşmenin imzalanmasına kadar ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlık idari yargıda çözölür. Sözleşmenin yapılmasından sonra uygulama aşamasındaki uyuşmazlıklar ise adli yargının denetimine girer. Her iki sözleşmeyi de çalışmamızın ileriki kısımlarında etraflıca ele alacağız ancak burada idarenin özel hukuk sözleşmelerinden bir örnek vererek sözleşme konularının kamu hizmetiyle yakın ilişkisine dikkat çekeceğiz.

Uyuşmazlık Mahkemesi, İzmir Fuarı, Kùltür Park dahilinde bulunan ve ihale yolu ile kiralanın Lunapark sahasının elektriğinin idarece kesilmesi sebebiyle kiracının uğradığı zararın karşılanması için açılan davanın görüm ve çözüm yerinin, “taraflar arasında kira sözleşmesi akdedilmiş olduğu, bir başka anlatımla aralarında özel hukuk ilişkisi bulunduğu” gerekçesiyle adli yargı yeri olduğuna karar vermiştir.⁵⁹

⁵⁸ UM, 27.12.1999 gün, E: 1999/55, K: 1999/565 sayılı kararı. (Resmi Gazete, 09.03.2000 gün, S:23988, s. 185-189)

⁵⁹ UM, 06.07.1987 gün, E: 1987/11, K: 1987/20 sayılı kararı. (Köker-Dinç: **a.g.d.**, s. 533-537) karara muhalif kalan Güven Dinçer belde sakinlerinin dinlenme ve eğlenme ihtiyaçlarını karşılamak için yapılan faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunu ve bu hizmetin ifası için idarelerin özel kişilerle

Bu ve benzeri kararlardan⁶⁰ çıkardığımız sonuç, kamuya yararlı her hizmetin teknik anlamda kamu hizmeti olmadığı ve kamu hizmeti sayılmayan faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğudur.

İktisadi Devlet Teşekküllerinin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklardan hangilerinin kamu hukukuna tabi olduğu, hangilerinin ise özel hukuka tabi olduğu ve dolayısıyla bu zararlardan kaynaklanan tazminat davalarına adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı bakılacağı hususu tartışmalı olmakla beraber genel olarak kabul gören görüş ve uygulama; *“bu teşebbüslerin günlük işlerinde ve fertlerle olan (üçüncü kişiler) münasebetlerinde özel hukuk hükümlerine tabi olması sebebiyle, bu faaliyetlerden doğacak davalarda adli yargı yerlerinin,⁶¹ buna karşılık teşebbüs idaresinin, kendi personeli ile olan uyuşmazlıklarda, yine teşebbüsün kamu hizmeti niteliği ağır basan faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda, ‘kamu hizmetine ilişkin ilkeler’ sebebiyle”* idari yargının görevli olduğu yönündedir.⁶²

yaptığı sözleşmelerin idari sözleşme oldukları gerekçesiyle davada, idari yargının görevli olduğunu savunmuştur.

⁶⁰ UM, 15.06.1968 gün, E: 1968/57, K: 1968/410 sayılı kararı. (Köker-Dinç: **a.g.d.**, s. 71-72)

⁶¹ 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. maddesinde yer alan *“Teşebbüsler, bu kanun hükmünde kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir.”* şeklindeki hüküm, genel olarak KİT’lerin üçüncü kişiler ile kurduğu ilişkileri ifade etmektedir. Bu ilişkiler ise KİT’lerin üçüncü kişilere mal ve hizmet satmak amacıyla yapmış olduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, birer özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. Örneğin Devlet Demir Yolları İşletmesi ile yük taşımak veya yolculuk yapmak isteyen bir kişi bunu, yapacağı bir sözleşme ile gerçekleştirir veya TEDAŞ’ın sunduğu hizmetten abonelik sözleşmesi yapılarak yararlanır. Bu sözleşmeler, birer özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise adli yargı yerlerinde çözümlenir. Sözleşmenin taraflarından birisinin idare (KİT) olması, sonucu değiştirmez. Dolayısıyla, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar özel hukuk kuralları çerçevesinde adli yargı yerlerince çözümlenir. Uygulama da bu yöndedir. Konuyla ilgili Uyuşmazlık Mahkemesinin 30.11.2015 tarih ve E: 2015/807, K: 2015/822 sayılı kararında: *“...Buna göre Posta ve Telgraf Teşkilatı, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşu ise de 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Ana statü ile özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hükümlerine tabi kılındığı açıktır. Bu durumda, posta hizmetini yürüten kuruluş ile bu hizmetten yararlananlar arasındaki hukuki ilişkinin, kuruluşun günlük iktisadi faaliyetlerinden doğan bir özel hukuk ilişkisi niteliğini taşıdığına kuşkuyla yer yoktur.”* denilmektedir.(aktaran, Kaplan, **a.g.e.**, s.88) Yine Uyuşmazlık Mahkemesinin 06.12.2004 gün ve E: 2004/68, K: 2004/84 sayılı kararında; Çankaya PTT şubesine tespit edilen davetiyelerin geç ulaşması sebebiyle davacının maddi ve manevi zararının tazmini talebiyle yapılan başvuruda; PTT’nin kamu iktisadi teşekkülü niteliğini inceledikten sonra, PTT’nin kamu kurumu ve görülen hizmetin de kamu hizmeti olmasının davacı ile davalı arasındaki ilişkinin akdi bir ilişki olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği, olayda hizmeti gören kurumun memurunun eyleminden doğan bir zarar olduğu ve esasında istihdam edenin sorumluluğun giderilmesi gerektiği yani adli yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır.

⁶² Onar, **a.g.e.**, s. 915 vd.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında KİT'lerin faaliyetleriyle ilgili olarak sıkça "...işletmenin iktisadi faaliyeti bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olması kamu hizmeti yürütmesine ve kamu kurumu niteliği taşımasına engel değildir."⁶³ belirlemesi yapılmaktadır. Öte yandan Mahkemeye göre, "KİT'lerin özel hukuk kurallarına bağlılıkları ancak günlük işlerinde ve fertlerle olan münasebetlerindedir. Bunlar dışında kalan ve gerek kendileriyle ilgili mevzuatın tatbikine gerekse faaliyetin gayesine uygun olarak tanzim ve taalluk eden kararlar ise idari nitelikte kararlardır ve idare hukuku ilkelerine tabidir."⁶⁴ Ancak bu kavramları netleştirmek ve somut olayda yerli yerinde uygulayabilme noktasında bir takım güçlükler yaşanmaktadır. Zira kamu hizmeti sebebiyle üçüncü kişilere bir zarar verilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda kamu hizmeti ölçütü gereği idari yargının mı yoksa üçüncü kişilerle ilişkiler kapsamında adli yargının mı görevli olduğunun tespiti, sorun teşkil etmektedir. Şöyle ki "üçüncü kişi" diye tabir edilen kişiler KİT'ler ile bir sözleşme ilişkisi içinde olmayan ve fakat KİT'ler tarafından yürütülen bir hizmet veya faaliyetten dolayı zarar gören kişilerdir. Örneğin trenden saçılan bir kıvılcımın yangın nedeniyle demiryolu hattı civarındaki buğday ekininin sahibi kişinin zarar görmesinde olduğu gibi ya da TEDAŞ'a (veya TEİAŞ) ait yüksek gerilim hattından çıkan kıvılcımların bir kişinin tarlasında yangına sebebiyet vermesi olayında olduğu gibi. Bu tür zararların tazmini için açılacak davalar, Uyuşmazlık Mahkemesi⁶⁵

⁶³ UM, 26.02.2001 gün ve E: 2000/76, K: 2001/6 sayılı kararı; Resmi Gazete, 18.06.2001, Sayı: 24436 (Hemzemin geçitte karayolu taşıtı ile trenin çarpması sonucunda doğan zararın, idarenin hizmet kusuru esasına göre tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiği hakkındaki kararı)

⁶⁴ Bkz.: UM, 08.07.1991 gün, E: 1991/14, K: 1991/15 sayılı kararı; Resmi Gazete, 20.10.1991 gün, Sayı: 21024 (Karabük Demir Çelik İşletmelerinde memur statüsünde çalışmakta olan davacının, idarece kendisine ödenmeyen tedavi ve yardım giderlerinin tahsili istemiyle açtığı davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiği hakkındaki kararı)

⁶⁵ Bkz.: UM, 18.10.1991 gün ve E: 1991/42, K: 1991/43 sayılı kararı (Elektrik kablosunun düşerek ölümüne sebep olması sonucu ölen şahsın ailesi tarafından Türkiye Elektrik Kurumu'na karşı karşı maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davanın idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği hakkındaki kararı)

ve Danıştay’a göre idari yargının görevine girerken⁶⁶ Yargıtay’a göre ise adli yargının görevine girmektedir.⁶⁷

İktisadi Devlet Teşekküllerinin kamu ve özel hukuka tabi faaliyetlerine çalışmamızın ilerleyen safhasında ayrıca değinmeye çalışacağız. Bu bakımdan burada sadece konunun kamu hizmetiyle olan ilişkisine dikkat çekmeye çalıştık.

IV. İDARİ DAVAYA İLİŞKİN ÖLÇÜTLER

Anayasanın 155. maddesinde; Danıştay’ın idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu belirtilmekte ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde belirtilen davalar; *“idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, idari işlem ve eylemlerden dolayı açılan tam yargı davaları ve tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hariç, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”* olmak üzere üç türde oluşmaktadır.

Adı geçen kanun maddesinde idari dava türleri sayılırken aynı zamanda idari yargı düzeninin görev alanı ve bu düzende görülecek uyuşmazlıkların ölçütleri (şartları) de belirtilmiştir. Buna göre eğer bir uyuşmazlık; *“idari işlemden”, “idari eylemden”* ve *“idari sözleşmeden”* doğmuş ise, bu uyuşmazlık idari bir uyuşmazlık olur ve idari yargı düzeninde görülür.⁶⁸

Gerek Uyuşmazlık Mahkemesi, gerekse diğer yüksek yargı organları görev uyuşmazlıklarını çözerken bu kavramlardan yola çıkarak görevli yargı yerini belirlemektedir. Biz de yüksek mahkemelerimizin, *“idari dava”* ya sebep olarak, idari yargının görev alanını belirleyen *“idari işlem”, “idari eylem”* ve *“idari sözleşme”* kavramlarına olan yaklaşımını aşağıda inceleyeceğiz.

⁶⁶ Bkz.: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 06.12.1996 tarih ve E: 1993/773, K: 1996/599 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 22.10.1999 tarih ve E: 1998/186, K: 1999/6196 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 15.02.1999 tarih ve E: 1998/4997, K: 1999/505 sayılı kararı. (aktaran, Kaplan, a. g. e., s. 89)

⁶⁷ Bkz.: Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 06.02.1986 tarih ve E: 1986/277, K: 1986/932 sayılı kararı ve 26.05.1992 tarih ve E: 1991/3830, K: 1992/7097 sayılı kararı. (aktaran, Kaplan, a.g.e., s. 89)

⁶⁸ Karavelioğlu, a.g.e., s. 742-743.

A. İdari İşlem Ölçütü

İdari işlemler genel olarak “*hukuk’i işlemler*”in bir türünden ibarettir. Hukuki işlem de bilindiği üzere “*hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması veya açıklamalarıdır*”.⁶⁹ İdari işlemlerin hukuksal bir işlem olduğu bir gerçek olmakla beraber bunları diğer hukuksal işlemlerden, en azından idarenin diğer işlemlerden özel hukuk alanındaki işlemlerinden ayırt edilmesini sağlayacak bir yasal tanımla bulunmamaktadır. Öğretide Yenice/Esin; gerçekte bu durumu doğal karşılamak gerektiği ülkenin ekonomik, sosyal ve siyasal yaşamındaki değişme ve gelişmelerin kamu hukuku alanını da etkilediğini ve bu halin kamu hukuku kavramlarının zamanla değişime uğramasına yol açtığı, bu sürecin kamu hukukunun tüm konuları gibi idari işlemde de geçerli olduğunu; idari işlem kavramını yasalarla dondurmaktansa yargısal ve bilimsel içtihatlarla belirlenmesini sağlayarak, idare hukukunun değişken, dinamik yapısına uygun olarak gelişmesine imkan tanımak en doğru yoldur.⁷⁰

İdari işlemler idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı tek taraflı işlemlerin tipik bir örneği olmasının yanında, kanunların yürütülmesinin (icrasının) ve kamusal amaçların gerçekleştirilmesinin de bir aracıdır.⁷¹

İdari işlemlerin en önemli özelliği⁷², kamu hizmetinin ifası için idarenin sahip olduğu üstün yetki ve ayrıcalıklar (kamu gücü) kullanılarak yapılmasıdır. Bu anlamda idari işlem teknik bir kavramdır. Dolayısıyla idareden sadır (meydana gelen) olan her işlemi, idari işlem olarak nitelendirmek mümkün değildir. İdarenin kamu gücünü kullanmadan ifa ettiği işlemler, bu bağlamda idarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin işlemleri olmalarına rağmen “*idari işlem*” sayılmazlar. Bu işlemler özel hukuka tabidir ve bunlardan doğan uyuşmazlıklara ise adli yargıda bakılmaktadır. Bir

⁶⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 719.

⁷⁰ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 386.

⁷¹ Bahtiyar Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, 2000, s. 31.

⁷² İdari işlemlerin bu özelliği, yani kamu gücüne dayalı oluşları, Uyuşmazlık Mahkemesi’nce idari yargının görev alanının belirlenmesinde ayrı ve yardımcı bir ölçüt olarak kullanılmaktadır ki bu konu ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

başka ifadeyle, idarenin işlemleri deyimini “*idari işlem*” deyiminden daha geniş kapsamlıdır.⁷³

İdari işlemleri özel hukuk alanında yer alan hukuki işlemlerden ayıran temel özellik, idari işlemlerde irade açıklamasının bir devlet yetkisinin kullanılması anlamına gelmesidir.⁷⁴ İdare, “idari faaliyet olarak nitelendirilen görevleri yerine getirirken konusu toplumun günlük yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan teknik nitelikteki kamu işleri olan bir işlev içerisindedir ki söz konusu bu işleve idare işlevi adı verilir”.⁷⁵ İşte idarenin bu işlevi yürütürken tesis ettiği işlem ve gerçekleştirdiği eylemleri “*idari*” dir.⁷⁶ Bu anlamda idari faaliyetlerin özü, toplumun varlığını ve düzeninin çeşitli gereksinimlerini ve gelişimini sağlamayı amaçlayan maddi ya da teknik eylemler, düzenleyici genel ya da bireysel işlemlerdir.

Bilimsel ve yargısal içtihatlarda idari işlem, “*idari bir makamın*”⁷⁷ bir başka deyişle, kamu idareleri, kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile idare nam ve hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin kamusal⁷⁸ nitelikli, etkili, tek yanlı irade açıklamalarıdır” şeklinde tanımlanmaktadır.

Bir başka tanıma göre ise idari işlem, “*İdare Hukuku alanında kamu yararını gerçekleştirmek, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde ve de hizmetin*

⁷³ Günday, **a.g.e.**, s. 95; Alan, **a.g.m.**, s. 27.

⁷⁴ Erkut, **a.g.e.**, s. 11.

⁷⁵ Lütfi Duran, **a.g.e.**, s. 6-7.

⁷⁶ Erkut, **a.g.e.**, s. 11.

⁷⁷ “İdari makam” kavramı, sadece idare cihazı içinde yer alan birimlerin tekelinde olmayıp, idare işlevine ilişkin faaliyetleri dolayısıyla idare cihazı dışındaki kamu makamları ile bazen de özel hukuk tüzel kişilerine atfedebilir niteliktedir.” (Celal Erkut, **a.g.e.**, s. 66) kamu hukuku alanında tesis edilen hukuksal işlemlerde ehliyetli hak sahibi “yetkili makam” dır. Kamu hukuku işlemleri devlet yetkisi sahibi makam ya da kişiye geçerli ve hukuka uygun bir biçimde verilmiş olmalıdır. Devlet yetkisi veren normun geçerli ve hukuka uygun olması ise yetkiyi kullanan kişinin hem hak ehliyetine sahip olmasına hem de bu yetki için iktidar sahibi kılınmasına bağlıdır. (Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, Telyir, Ankara, 1974, s. 41-44); Türk hukukunda faaliyetlerini bakanlığın emir ve direktifleri doğrultusunda ve denetimi altında sürdüren özel hukuk kişilerinin, belli durumlarda, tek taraflı olarak ve ilgilinin hukukunu etkileyecek biçimde işlem yapabileceği içtihatla 3 kabul edilmektedir. UM, 13.02.1995 gün ve 1995/2-1, 20.03.1995 gün ve 22233 sayılı Resmi Gazete)

⁷⁸ Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 18; Balta, **a.g.e.**, s. 155; Turgut Tan, **İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdare Hukuku’nun Dünyadaki Bugünkü Yeri**, Ankara, 1993, s. 195; “İdare tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla, kamu gücü kullanılarak tek taraflı irade ile tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlen idari işlemidir.” (Danıştay 3. Dairesinin 04.06.1986 gün ve E.1986/1733, K. 1986/1500 sayılı kararı, nakleden Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 276); “Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için, idarenin tek yanlı iradesi ile kamu hukuku esaslarına dayanarak ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen kararları idari işlem niteliğindedir.” (Danıştay İDDGK, 03.05.1985 gün ve E.1985/80, K.1985/71 sayılı kararı.)

gereklere uygun bir tarzda yürütülmesinin sağlanması amacıyla idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla rıza ve onaya ihtiyaç olmadan, ilgililerin hukuki durumları üzerinde hüküm ve sonuç doğuran yani, icrai niteliği olan, re'sen icra edilebilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, yargı denetimine tabi ve kural olarak yazılı şekilde tesis edilen işlemlerdir". Örneğin, kamulaştırma, ruhsat, üretim misaade izin belgesi veya işletme lisansı verilmesi gibi.⁷⁹

Yukarıda yer verilen tanımlara göre idari işlemin temel bir takım niteliklerinin bulunduğu ve bu niteliklerinin idari işlemleri, diğer hukuksal işlemlerden ayırt ettiği görülmektedir. İdari işlemler, tek yanlılık ve icrailik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve yargısal denetime tabi olma gibi özellikler göstermektedir.⁸⁰ İdari işlemlerin çeşitli tanımları yapılmakta ise de burada vurgulanması gereken önemli özelliklerden biri idari işlemlerin, idare fonksiyonunun, diğer bir deyişle; idare işlevinin yerine getirilmesi amacıyla tesis edilmeleridir.

Günümüzde artık idari işlemlerin belirlenmesinde organik ölçütün yeterli olmadığı, mutlaka “*idari makam*” ve “*idari işlev*” kavramlarından faydalanmak gerekeceği hem Türk hem de Fransız Danıştaylarınca kabul edilmektedir. Bu nedenle konumuz bakımından belirleyici olan idare işlevi kavramıdır ve işlev olarak idare etmek yalnızca Anayasa’nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal “*idare*” ye özgü olmayıp yasama ve yargı organları içinde yer alan idari birimlerin yürüttüğü etkinlikleri de kapsar. Bir başka deyişle, yasama ve yargı yetkilerinin kullanılması ile yapılan işlemlerin kendilerine özgü hukuki rejimleri vardır. Bu organların idari işlevle ilgili işlemleri, söz konusu hukuki rejimlerin dışında kalır ve maddi bakımdan idari işlem rejimine tabi olur. Böylece organik yönden idareden çıkmayan, fakat idare alanına giren bazı işlemler de idari işlem sayılırken buna karşılık gerek idarenin, gerek yasama ve yargı organlarının idari işlev dışında kalan özel hukuk, yasal ve yargısal işlemleri hiçbir halde ve suretle idari işlem olarak kabul edilemez.⁸¹

İdari işlemler çeşitli açılardan sınıflara tabi tutulabilirler. Örneğin idarenin, ilgilinin rıza ve muvafakatını nazara almadan tek yanlı iradesi ile yaptığı işlemler “tek

⁷⁹ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. bs., Ankara, Turhan kitabevi, 2014, s. 424.

⁸⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 123.

⁸¹ Özay, **a.g.e.**, s. 317.

yanlı işlemler”; buna karşılık idare ile ilgilinin iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıkladıkları işlemler “iki yanlı işlemler” olarak adlandırılır. İdari işlemlerin büyük çoğunluğu tek yanlı işlemlerdir. Bu (tek yanlı) işlemler de düzenleyici ya da bireysel nitelikte olabilir. Düzenleyici idari işlemler, tüzük ve yönetmelik gibi genel ve soyut hukuk kuralları koyan işlemlerdir. Bireysel idari işlemler ise belli kişi ve durumlara ilişkin olarak yapılır. Atama ve kamulaştırma işlemi gibi. İdarenin gerek iki yanlı ve gerekse tek yanlı idari işlemleri yargı denetimine tabidir. Tek yanlı idari işlemlerden de düzenleyici ya da bireysel işlemlerin bu anlamda bir farkı yoktur.⁸² Tek taraflara ilişkin bir ilke olup işlemin tesis aşamasında idare dışında veya birden fazla kişi veya kurum ve kuruluşun katılmasını ifade eder.⁸³

Bireysel idari işlemlerle, belli kişiler için hukuki durumlar yaratılır, değiştirilir veya kaldırılır. Bu nedenle bu tür işlemlere “idari karar” da denilmektedir. İdare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan işlemlerin büyük bir kısmı bireysel idari işlemlerden oluştuğu için idari mahkemelerin yargısal denetimi çoğunlukla bu işlemler üzerinde gerçekleşir. Bireysel idari işlemler, tek yanlılık ve icrailik özelliği gösterirler ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar.

Yukarıda “İdari işlem” kavramının içeriği ve özelliklerinden bahsettikten sonra şimdi de başta Uyuşmazlık Mahkemesi olmak üzere diğer yüksek mahkemelerin idare fonksiyonuna ve idari işleme yükledikleri anlamı örnek yargı kararları ışığında ele almaya çalışacağız.

İdari işlem ölçütü, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında oldukça sık başvurulmuş ölçütlerden biridir. Mahkemenin, bu ölçüt altında alınan çok sayıda kararına rastlamak mümkündür. Aşağıda örneklerini vereceğimiz kararlar, bu ölçütten hareketle alınmış birçok karardan sadece bir kaçıdır.

Yüksek Mahkeme 07.10.2013 tarihli bir kararında; “*davacıya ait ruhsatsız / kaçak olduğu ileri sürülen gecekondur ile müstemilatının, 3194 ve 775 sayılı Yasalar*

⁸² Duran, a.g.e., s. 6-7.

⁸³ Kahraman Berk, **İdari Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında İlk İnceleme**, Alfa Kitabevi, İstanbul, 2008, s.38

uyarınca yiktirilmasından dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davayı” çözümlemesi için idari yargıya göndermiştir.⁸⁴

Başka bir olayda Mahkeme, “*kiradaki belediyeye ait dükkanların ruhsatlarının iptal edilmesi ve zabıta gücüyle 15 gün içinde tahliye ettirilmesi yolundaki encümen kararının idari işlem niteliğinde olması sebebiyle, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın idari yargıda çözümlenmesi”* gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.”⁸⁵ “Belediyenin mülk sahibi olduğu dükkanlar ihale yoluyla kiralanmış fakat kiracının ortaklıktan çıkması sonrasında Encümen tarafından kira akdinin diğer ortak adına yapılması yolunda karar verilmiştir. Anılan karardan önce dükkanlardan birisini taverna olarak işletilmek amacıyla Kaymakamlık onayı ve ‘*Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun*’ 7. maddesi uyarınca davacı adına ruhsat düzenlenmiştir. Bakılan davada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ve Danıştay Cumhuriyet Başsavcısının görüşleri, kanımızca iki farklı yargı kolunun konuya nasıl yaklaştıklarının anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, görevli yargı yerinin belirlenmesi amacıyla uyuşmazlıkta davacı ile davalı belediye ilişkisinin niteliğinin ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır. Belediyenin söz konusu dükkanları bir kira akdiyle kiraladığını yani; taraflar arasında özel hukuk ilişkisi olduğunu bu sebeple de kira sözleşmesine aykırı kullanımın sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği ve adliye mahkemelerinde açıklığa kavuşturulması gerektiğini ileri sürerken Danıştay Başsavcısı ise idari işlemin en belirgin özelliğinin ilgilinin talebine bağlı olmaksızın kamu gücünü kullanarak tek taraflı irade açıklaması ile yapıldığını davacı ve davalı ilişkisinin her ne kadar özel hukuka göre akdedilen kira sözleşmesi ilişkisi olsa da uyuşmazlığın çözümü açısından belediyenin malik olduğu dükkanlara ait çalışma ruhsatlarının iptali ile kiracıların tahliyesine dair Encümen kararının niteliğinin anlaşılması gerektiğini beyan etmiş ve bu dükkanların işletilmesine dair ruhsatların verilmesi ve yine bunların iptali kira akdi haricinde bağımsız şekilde kamu gücüne dayalı tek taraflı uygulanan idari işlem niteliğine yer vermiştir. Mahkeme,

⁸⁴ UM, 07.10.2013 gün ve E. 2013/1033, K.2013/1410 sayılı kararı (**Uyuşmazlık Kararları Dergisi**, Ankara, Ocak 2014, Sayı: 2, s. 550-554); Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesinin benzer bir olayda 11.11.2013 gün, E.2013/1574, K.2013/1735 sayılı kararı; UM, 11.03.2013 gün, E.2012/500 K.2013/330 sayılı kararı.

⁸⁵ UM, 12.06.2000 gün ve E.2000/11, K.2000/19 sayılı kararı. (aktaran, İsa Yeğenoğlu, **a.g.e.**, s. 445-449.)

kararında Danıştay Başsavcısının görüşünü dikkate almış ve olayda iki ayrı karar olduğunu, bunlardan ilkinin belediyenin sahip olduğu dükkanların maksat haricinde kullanılması nedeniyle ruhsatlarının iptalinin, diğerinin ise dükkanların zabıta gücü ile tahliyesi yönünde verilen karar olduğunu bu kararlardan ilkinin re'sen ve tek yanlı olarak alınması nedeniyle idari yargının görevli olduğunu anılan dükkanların zabıta marifetiyle boşaltılmasına dair kararın ise aslında Belediye'nin kira sözleşmesinden aldığı yetki doğrultusunda fesih hakkını kullanıp adliye mahkemelerinde mecurun tahliyesi davası açabilecekken bu yetkisini kullanmadan tahliyeye karar vererek kolluk kuvvetlerini görevlendirmesinin kamu gücünden kaynaklandığını göstermesi, bu itibarla belediyenin özel hukuk yetkisini aşarak kamu gücüne dayalı tesis ettiği işleminin de idari yargıda konu edileceği sonucuna varılmıştır”.

Uyuşmazlık Mahkemesi başka bir kararında; *“davacı şirket ile davalı belediye arasında düzenlenen kira sözleşmesi sonrasında, kiralanan taşınmazın bir kısmının kıyı kanunu ve imar kanunu hükümlerine aykırı inşaat nedeniyle yıktırılması sonucu uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini istemli davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi”* gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁶

Yukarıda örneklerini verdiğimiz kararlarda ve pek çok kararda çalışmamızın önceki kısımlarında da bahsettiğimiz gibi bu ölçütlerin hiçbirisi tek başına kullanıma elverişli değildir. Bu bakımdan birden çok ölçüt birlikte kullanılmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi son yıllarda kararlarında idari işlem kavramını tanımlamakta ve bu ölçütü hangi ölçüt veya unsurlarla beraber kullanıldığına dair beyanlarda bulunmaktadır. Mahkemenin, Belediye Meclisi kararının iptali istemi ile açılan davanın Danıştay'da görülmesi gerektiği hakkında verdiği karar bunlardan biridir. Mahkeme bu kararında, *“... Bir işlem ya da kararın idari işlem sayılabilmesi için, o tasarruf veya kararın bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir makamca verilmiş olması ve idarenin, idare hukuku alanında gördüğü faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir. Başka bir anlatımla bir kamu kurumunun hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesi ile ilgili olan kararları idari nitelik taşıyan kararlarıdır. İdari nitelikteki bir kararın, değiştirilmesi veya geri alınmasına ilişkin kararların da*

⁸⁶ UM, 30.12.2013 gün ve E. 2013/1485, K.2013/1785 sayılı kararı.

idari kararlar olduğunda duraklamaya yer yoktur. Bu nedenle bu kararın iptalini isteyen davanın da idari yargı yerinde görülmesi gerekir.” demiştir.⁸⁷

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 5393 ve 2985 sayılı kanunlar çerçevesinde yapılan “Kentsel Dönüşüm ve Toplu Konut” uygulamasına ilişkin olarak, 2942 ve 3194 sayılı kanun hükümleri uyarınca “Belediyece gerçekleştirilen işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği” hakkında vermiş olduğu çok yakın tarihli bir kararında; idari işlemin tanımına yer verilmiştir.

“Uyuşmazlık Mahkemesi’nin başta 13.10.2014 tarih ve 2013/817 Esas ve 2014/ 914 karar sayılı kararı ve birçok emsal kararında; kamu idarelerinin, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, kamu gücü kullanarak tek yanlı irade açıklamalarıyla yapmış oldukları işlemler, ‘idari işlem’; herhangi bir işlem ya da karara dayanmaksızın gerçekleştirdikleri maddi faaliyet ve görevleriyle ilgili hareketsizlikleri de ‘idari eylem’ olarak tanımlamaktadır.”⁸⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin idari işlemin niteliklerini belirttiği ve “idare hukuku alanında görülen faaliyetler” kavramını somutlaştırdığı bir kararını inceleyelim: Bir davada re’sen Ticaret Odasına kaydedilen eczacıların, bu kayıtlarının iptali veya silinmesi talebiyle açtıkları davanın; kayıt işlemi, idari işlem olduğundan idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. Gerekçede, Ticaret Odalarının, ilgili kanunlar gereğince idari yapı içinde bulunan, tüzel kişiliği haiz ve mesleki teşekkül mahiyetinde kamu kanunları olarak kamu hizmeti gören idari birimler olduğu tespit edilmiş ve kayıt mecburiyetinin ticaret odalarının görevlerinden biri olduğu belirlendikten sonra; “*kayıt işleminin kamu kurumu olan odaca, kamu hizmetine ilişkin olarak yapıldığı kuşkusuzdur. İdari makamlarca, kamu hizmetine ilişkin olarak yapılan, aynı zamanda kesin ve yürütülmesi zorunlu olan işlemler idari işlem olup, odaca yapılan kayıt işlemi de bu nitelikleri taşıdığından idari işlemler arasında yer almaktadır.*” denilerek dava idari yargıya gönderilmiştir.⁸⁹

Davalı SSK’ya prim ödeyen ve kurumun yaptırdığı binada kiracı olarak oturan davacılar, kurumun anılan binayı, hizmet binası olarak tahsis ve kiracıları tahliye eden

⁸⁷ UM, 07.07.1980 gün ve E. 1980/2, K.1980/3 sayılı kararı. (aktaran; Acar, **a.g.t.**, s. 91)

⁸⁸ UM, 10.04.2017 gün ve E.2017/50, K.2017/205 sayılı kararı.

⁸⁹ UM, 24.12.1980 gün ve E.1980/7, K.1980/7 sayılı kararı. (aktaran, Acar, **a.g.t.**, s. 92)

kararının iptali için Danıştay’a dava açmışlardı. Danıştay, kurum ve sigortalıları arasındaki uyuşmazlığı adli yargının çözümlemesi gerektiğini, bilahare gidilen İş Mahkemesi, kurum kararının idari bir karar olduğunu beyanla kendilerini görevsiz görmüşlerdi. Uyuşmazlık Mahkemesi, “*kamu hizmeti gören bu kamu kurumunun, dava konusu kararının; kurumun yetkili organınca alınan, kamu hizmetine ilişkin, tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir karar olduğunu beyanla, bu karar taraflar arasında özel hukuk ilişkisi veya sigorta yasalarının uygulanmasından doğan bir ilişki oluşturabilecek nitelikte değildir*” diyerek idari yargıyı görevli saymıştır.⁹⁰

Bu kararların birlikte incelenmesinden görülen odur ki, “*idare hukuku alanında görülen faaliyetlerin*” kamu hizmetine ilişkin faaliyetler olduğudur. Ayrıca idari işlemler kesin ve yürütülmesi zorunlu (icrai) işlemlerdir. Mahkeme bu tanımlamasını müteakip yıllarda da muhafaza etmiştir.

“*Belediye encümenlerinin; beldenin imar düzeni ile ilgili olarak İmar Kanunu ve bu kanuna dayalı İmar Yönetmeliğini uygulamak suretiyle aldıkları kararların, kamu hizmetine ilişkin ve idari nitelikte olduğu kuşkusuzdur. Dava konusu zararın ise; idari nitelikteki yıkım kararının yerine getirilmesinden kaynaklanmasına ve idari bir işleme dayalı bulunmasına göre, davanın görüm ve çözümünün İdari Yargı yerine ait olduğu ortadadır.*”⁹¹

Uyuşmazlık Mahkemesi, başka bir kararında “3194 sayılı İmar Kanunu’na⁹² göre tesis edilen idari nitelikteki uygulama işlemlerinden doğan zararın tazmini istemiyle açılan” davayı çözümlenmesi için idari yargıya göndermiştir.⁹³

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kamu hizmeti bağlamında idari işlem ölçütünü kullandığı başka bir kararına geçmeden önce bir açıklama yapalım. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi Mahkeme, idarenin eylemlerinden doğan zararların tazmini için açılan davaları, bu eylemlerin mesnedinin bir idari işlem olması halinde, idari eylemden doğan zarar kabul ederek idari yargıya göndermektedir. İdari fiille verilen

⁹⁰ UM, 13.07.1981 gün, E.1981/9, K.1981/19 sayılı kararı.

⁹¹ UM, 03.12.1984 gün ve E.1984/27, K.1984/21 sayılı ve UM, 17.01.1983 gün ve E.1982/8, K. 1983/7 sayılı kararları. (aktaran, Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 747); UM, 02.10.2006 gün ve E. 2006/11, K.2006/140 sayılı kararı. (aktaran Aslan, Berk, **a.g.e.**, s. 141)

⁹² 3194 Sayılı İmar Kanunu genelde bir kamu kanunu olup, bu kanunun 18. maddesine göre yapılan “arazi ve arsa düzenlemesi ” (parselasyon; uygulama işlemi) de bir idari işlemdir.

⁹³ UM, 07.02.2011 gün ve E. 2010/233, K.2011/28 sayılı kararı.

yetkinin bir miktar aşılması; eylemi, mesnetsiz hale getirmemekte ve eylemin idari eylem niteliğini kaldırmamaktadır. Ancak idarenin bir eylemi hiçbir idari karar ya da tasarrufa, bir başka ifadeyle bir idari işleme dayanmıyorsa, bu takdirde idarenin; “*idari eyleminden*” değil, “*haksız eyleminden*” doğan zararın varlığı kabul edilmekte, bu tür davalar adli yargının görev alanına dahil edilmektedir.

“Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından kısmen kamulaştırılan taşınmazdan geri kalan kısım üzerinde bulunan hayvan çiftliğinde otoyol inşasından dolayı oluşan gürültü ve kirlilik yüzünden hayvan besiciliği yapma olanağının ortadan kalktığı ileri sürülerek bu nedenle uğranılan zararın tazmin edilmesi istemine ilişkin olarak açılan dava”, idari yargının görevinde görülmüştür. Gerekçede “idarenin dava konusu eylemi olan otoyol inşaatı yapımının idarenin özel mülkiyete konu taşınmaza müdahalede bulunmasından ya da kamulaştırmaz el atmasından olmadığı, bu durumda Karayolları Genel Müdürlüğü’nce yapılan otoyol nedeniyle zarara uğradığı yolundaki davacı savı gözönünde bulundurularak idarenin görevinde olan kamu hizmetini yürüttüğü sıradaki eyleminden doğan zararın giderilmesine yönelik olarak dava açıldığının kabulünün gerektiği böylece davanın kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun yürütülüp yürütülmediğinin, kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğinin” yargısal denetimi idari yargı yerlerine verilmiştir.⁹⁴

Bilindiği gibi idarenin hem kamu hukukundan hem de özel hukuktan kaynaklanan sorumlulukları vardır. İdarenin kamu hukuku alanını ilgilendirmeyen, özel hukuka tabi durumlarda yaptığı işlemler, idari işlem (idari tasarruf) olarak nitelendirilmemektedir. Örneğin davacının taşınmazının davalı idare tarafından kiralanması konusunda anlaşıldığı halde daha sonra kiralanmaktan vazgeçilmesi sebebiyle, uğranılan zararın tazmini için açtığı dava çözümü için “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılmış işlem bulunmadığı; tazminat isteminin kaynağı olan olayın, davalı idarenin kendisine kanunla verilen kamu hizmetinin görülmesi hususuna ilişkin olmadığı; idarenin özel hukuk kişileri ile aynı statüde olacak biçimde davacının taşınmazını kiralayacak iken daha sonra kiralamaktan vazgeçmesi nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararın

⁹⁴ UM, 07.02.2005 gün ve E.2004/96 ve K.2005/1 sayılı kararı

taşınmazda yapılan tadilatlar, taşınmazın eski haline getirilmesi halinde yapılacak masraf ile (noksan kalınan kira geliri) giderilmesine yönelik bulunduğu; dolayısıyla, taraflar arasındaki ilişkinin kamu otoritesine ve yetkisine dayalı, tek yanlı ve resen yapılan idari işlem ve eylemden kaynaklanmadığı” gerekçesiyle genel mahkemelere (adli yargı) gönderilmiştir.⁹⁵

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında *“davacının, kiracısı olduğu çay ocağı’nın kira sözleşmesinin feshine ilişkin ita amiri onayının iptali istemiyle” açtığı davanın adli yargıda görülmesine karar vermiştir. Karar gerekçesinde, “davacı ile davalı idare arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasına yönelik olduğu, diğer bir ifadeyle ihale safhası tamamlanıp sözleşme imzalandıktan ve yer teslimi yapılarak sözleşme hükümleri uygulanmaya başlandıktan sonra sözleşme hükümlerinin usulüne uygun uygulanıp uygulanmadığı sorunundan kaynaklanmakta olduğu ve bu haliyle dava konusu işlemin özel hukuk ilişkisinden doğan ve adli yargının konusuna giren bir işlem” olduğu gösterilmiştir.⁹⁶*

Çalışmamızın kamu hizmeti ölçütü kısmını incelediğimiz bir olayda, belediyeye;

Su almak için müracaat eden davacıya, belediyece 155 metre ileride belediyenin pik borusundan su getirebileceği söylenmiş ve oraya kadar yapılan masrafların davacı tarafından yüklenilmesi istenmiş, davacı da bir miktar masraf yaparak döşediği borularla evine su getirmiştir. Davacı yaptığı masrafların bilahare kendisine ödeneceğinin söylendiğini ancak ödenmediğini ileri sürerek dava açmış ve iş Uyuşmazlık Mahkemesi’nin önüne gelmişti. Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmetinin işlemlerinden dolayı ortaya çıkan zarara ilişkin tazminat taleplerinin bir idari işlem veya eyleme dayanması şartıyla idari yargının görevine girdiğini beyan ederek *“Davacının evine su getirebilmek için boru bedelini ödediği tesisattan; başka abonelere de su verildiğinden söz ederek tazminini istediği zarar, kamu hizmetinin işlemlerinin doğrudan ortaya çıkardığı bir zarar olmadığı gibi, idari eylem ve işlem*

⁹⁵ Acar, **a.g.t.**, s. 95.

⁹⁶ UM, 30.12.2013 gün ve E.2013/1530, K.2013/1791 sayılı kararı, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi**, Ankara 2014, Sayı:2, s. 935-938.

*doğmuş da değildir. İdarenin taraf olduğu bu tür uyuşmazlıkların, özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğinden...” işi adli yargıya göndermiştir.*⁹⁷

İdari işlemde doğan zararlarla ilgili uyuşmazlıkları inceleyecek olursak; Uyuşmazlık Mahkemesi, usulüne uygun alınan bir idari karara dayanarak icra edilen eylemlerden doğan zararlarla ilgili davaları da, idari işlem ölçütü gereğince idari yargıya göndermektedir. Örneğin Encümen kararı uyarınca davalı idarece gerçekleştirilen yıkım nedeniyle doğduğu ileri sürülen zararın tazminine yönelik dava idari işlemin varlığı sebebiyle idari yargının görev alanında görülmüştür.⁹⁸

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi bir başka olayda “imar planının uygulanması sonucu, uyuşmazlığa konu parselin imar planında sağlık alanında kaldığı, taşınmaza idarece filen el atılmadığı, kamulaştırmasız el atma nedeniyle taşınmazın bedelinin ödenilmesi gerektiğinin iddia edildiği; davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı kanun uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yer alan davacının maliki olduğu taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1 – b maddesinde yer alan ‘İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları’ kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.” denilmek suretiyle davayı idari yargının görev alanında görmüştür.⁹⁹

Davacının Belediye ile yaptığı sözleşme gereğince, önceden inşa ettiği tek katlı binaya bir kat daha çıkmak istemesi ve belediyenin buna imar mevzuatı çerçevesinde izin vermemesinden doğan uyuşmazlık; belediyelerin imar düzeni ile ilgili olarak imar mevzuatını uygulamak suretiyle aldıkları kararların, kamu hizmetine ilişkin ve idari nitelikte olduğu gerekçe gösterilerek ve davanın idari işlemde doğan zararın tazmini

⁹⁷ UM, 12.11.1984 gün ve E. 1984/18, K.1984/18 sayılı kararı.(Köker-Dinç: **a.g.d.**, s. 317-321);karara muhalif üyeler; eylemi kamu hizmetinin yapılması istemini karşılamayan davalı belediyenin idari bir eylemi olarak tavsif ederek idari yargının görevini savunmuşlardır. (aktaran; Acar, **a.g.t.**, s. 97)

⁹⁸ UM, 03.03.2008 gün ve E.2007/425, K. 2008/44 sayılı kararı.

⁹⁹ UM, 01.07.2013 gün ve E.2013/927, K.2013/1107 sayılı kararı, UM, 01.07.2013 gün ve E.2013/284, K.2013/1065 sayılı kararı, UM, 01.07.2013 gün ve E.2013/307, K. 2013/1066 sayılı kararları (01 Ağustos 2013 gün ve Sayı:28725 (Mükerrer) Resmi Gazete, U. M’nin 24.09.2012 gün ve E.2012/157, K. 2012/182 sayılı kararı. (Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 751.)

için açıldığı tespit edilerek, idari yargıya gönderilmiştir.¹⁰⁰ Bunun gibi Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26.02.2018 tarihli çok yakın bir zamanda verdiği kararda da yine davacıya ait gayrimenkulün 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca alınan idari karara dayanarak yıktırılmasından doğan zarar, aynı gerekçeyle idari yargının görevinde görülmüştür.¹⁰¹

Yargıtay da 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararının I ve II. bentlerinde, kamu kurumlarının verdiği idari kararların, bir plan ve proje dahilinde yerine getirilmesi dolayısıyla doğan zararları, “idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlar” olarak nitelemiş ve “Zira, bir amme teşekkülünün vazifelerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeleri yapıp o plan ve projeler gereğince iş görmesi de kararın neticesi olan birer idari fiildir. O halde bu fiillerden doğan zararın bir kimsenin hakkını halele uğratması esasına dayanan tazmini istekleridir ki, ...bu istekler mahiyetçe bir tam kaza davasıdır ve bu itibarla bu davalarda Devlet Şurası vazifelidir. Esasen bir idare teşekkülünün kanunun verdiği salahiyeti kullanarak bir karar verdikten sonra o kararı yerine getirmesi, kanuna uygun bir hareket olduğu cihetle, haksız fiilin kanuna aykırılık şartı bu halde gerçekleşmiş olmaz” diyerek idari işleminden doğan zararı, tam yargı davasıyla tazmin edilecek bir zarar olarak belirlemiş ve haksız fiilden farkını tespit etmiştir.

Özkol'a göre ve örneklerini yukarıda verdiğimiz mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere Uyuşmazlık Mahkemesi, usulüne uygun alınan idari bir karara dayanarak icra edilen eylemlerden doğan zararlarla ilgili davaları “*idari işlem*” ölçütü gereğince idari yargıya gönderme konusunda istikrar göstermektedir.

İdare, varlık alanını belirleyen uygulamalar olarak karşımıza çıkan idari işlemler vasıtasıyla belli bir alanda kendi fonksiyonunu yerine getirmektedir. Ancak, sadece idari işlem kriteri göz önüne alınarak yapılan işlemin idari olduğuna kanaat getiremeyiz. Yargı içtihatlarında da kullanılan görüş dikkate alınarak, kamu gücü kullanılarak ve kamu hizmetinin görülmesi amacıyla tesis edilen işlemler idari işlem

¹⁰⁰ UM, 17.01.1983 gün ve E.1982/8, K. 1983/7 sayılı kararı (Köker-Dinç: **a.g.d.**, s. 218-220)

¹⁰¹ UM, 26.02.2018 gün ve E.2018/109, K. 2018/110 sayılı kararı (Uyuşmazlık Mahkemesi Bilgi Bankası) konuyla ilgili benzer kararlar için, Bkz. UM, 01.07.2013 gün ve E.2013/284, K.2013/1065; UM, E.2013/307, K.2013/1066; UM, 04.06.2012 gün ve E.2012/75, K.2012/128; UM, 04.10.2010 gün ve E.2010/13 ve K.2010/181 sayılı kararı.

olarak, nitelendirilebilir. Ortada kamu iradesinin olmadığı ve herhangi bir kamu hizmetinin bulunmadığı durumlarda bu tür faaliyetlerin idari işlem olarak düşünülmesi olanaksızdır.

B. İdari Eylem Ölçütü

1. Genel Olarak

İdari yargının görev alanının belirlenmesinde esas alınan idari davalara ilişkin ölçütlerden biri de “*idari eylem*” ölçütüdür.

“*İdari eylem*” kavramı, Anayasal bir kavram olup Anayasa’nın 125. maddesinde yer almaktadır.¹⁰² Aynı şekilde “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun*” 2. maddesinin 1-b bendinde de idari yargının görev alanını belirlemek amacıyla kullanılmıştır. Ancak idari eylem, anayasal ve yasal bir kavram olmakla birlikte söz konusu hükümlerden idari eyleme ilişkin bir tanıma ulaşmak mümkün değildir. Kanun koyucu, “*idari eylem*” kavramının tespitini bilimsel ve yargısal içtihatlarla bırakmayı tercih etmiştir.¹⁰³

İdarenin idari nitelikteki maddi fiilleri davranış ve tutumlarını ifade eden “*idari eylem*” kavramı; değişken yargısal içtihatlar bulunmakla birlikte öğreti ve yargı kararlarında, kamu hizmeti ve kamu gücü kavramları çerçevesinde tanımlanmaya çalışılmıştır. Öğreti yer alan bir tanıma göre “*idari eylem, idarenin kamu gücüne dayanarak ve kamu hizmetini yürütürken yaptığı eylemlere*” denilmektedir.¹⁰⁴

Danıştay’a göre idari eylem, “*idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketini, bir olayı, bir tutumu anlatır, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, faaliyet ve çalışmalardır*”.¹⁰⁵

İdari eylemler bir idari işleme bağlı olarak ve o işlemin uygulanmasını sağlamak amacıyla ortaya çıkabileceği gibi hiçbir hukuki işleme dayanmadan da

¹⁰² Madde 125- İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

¹⁰³ Taner Ayanoğlu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul Legal Yayıncılık, 2004, s. 46-47.

¹⁰⁴ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁰⁵ D10D,28.05.2013 gün ve E.2009/3167, K.2013/4659. sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi 28.07.2017)

ortaya çıkabilir. Bununla birlikte idarenin bir durum karşısında hareketsiz kalması ya da eylemsizliği de idari eylem olarak algılanmakta ve idarenin sorumluluğu cihetine gidilmektedir.

İdarenin, kamu hukuku kurallarına göre yürüttüğü idari faaliyet içindeki bir davranışı, sahip olduğu taşınır ve taşınmaz mallarının durumu, şu ya da bu biçimde davranmasının zorunlu olması durumunda hareketsizliği, birer idari eylem örneğidir. İdarenin yapmakta olduğu kazı çalışmalarının çevredeki binaların duvarlarında çatlaklara neden olması, idarenin maddi davranışına; İdareye ait bir fabrikanın dumanlarının çevredeki canlılara zarar vermesi, idarenin mallarının verdiği zarara; belediyenin meskün mahalde açmış olduğu bir çukuru zamanında kapatmaması ve gerekli önlemleri almaması sonucu, bir çocuğun bu çukura düşerek yaralanması, idarenin hareketsizliğinin zarara neden olmasına örnek olarak verilebilir.¹⁰⁶

Buna karşılık idarenin özel hukuk kapsamındaki maddi fiil ve hareketleri ise haksız eylem (haksız fiil) teşkil eder ve bu eylemlerden doğan zararların tazmini için açılan davalar adli yargı düzeninin görev alanına girer.

İdari eylemler, iptal davasının konusunu oluşturmazlar. İdari eylemlerden doğan tam yargı davaları idari yargı düzeninin görev alanına girmektedir. Tam yargı davaları, idari yargının tazminat davaları olarak adli yargıda görülen edim davalarına benzetilmektedir. Dolayısıyla edim davalarında araştırılan husus “*sorumluluğun kaynağı*”; tam yargı davalarında, “*idarenin hukuki sorumluluğunun kaynağı*” olarak gündeme gelmekte ve araştırılmaktadır.¹⁰⁷

Kritik edilmesi gereken bir diğer nokta ise; bir idari işleme dayalı olan idari eylemlere karşı dava açmak için idareye başvuru zorunluluğu olmamasına karşın hiçbir hukuki işleme dayanmadan ortaya çıkan idari eylemlere karşı açılacak davalardan önce idareye başvuru zorunluluğu bulunmasıdır.

İdari eylemleri haksız eylemlerden ayıran ölçütler idari işlem-özel işlem ayrımında olduğu gibi “*kamu hizmeti*” ölçütüdür.

¹⁰⁶ Candan, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁰⁷ Acar, **a.g.t.**, s.104.

Şimdi bu bilgilerden yola çıkarak idari yargının görev alanını belirlemede kullanılan idari eylem ölçütünü ve dayandığı esasları yüksek yargı kararları ışığında incelemeye çalışacağız.

İdarenin, kamu hukuku alanındaki faaliyetlerine ilişkin olarak yaptığı faaliyetler idari eylemdir. Dolayısıyla kamu hukuku kriterinde önemli olan bu tür eylemlerin kamu hukukuna dayanılarak yapılmış ve taraflar arasında kamu hukuku ilişkisi yaratılmış olmasıdır. Ancak şu hususu belirtmekte yarar var; kamu hizmeti kriteri tek başına bir davanın görüleceği yargı yerini belirtmekte yeterli olmaz. Bu nedenle bu ölçütün birlikte ve ayrıca hizmet kusuru kavramıyla beraber düşünülmesi gerekmektedir.¹⁰⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi bir kişinin bahçesinde kullandığı su kaynağının DSI'nin su düzenlemesi ve dağıtım amacıyla çalışmalar yaptığı, bu meydana yörenin su kaynağının ıslahı ve sulama amacıyla kanallar açması sonucu su alamaması ve sulama alanı dışında kalması olayında *“idarenin kamu hukuku kuralları içinde ve kamu yararı amacıyla yani yöredeki akarsuyu idari esaslara uygun plan ve projeleri uygulamak suretiyle yaptığı kanallar ve su dağıtım düzenlemesinin idari işleme dayalı idari eylem niteliğinde”* olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁹

Uyuşmazlık Mahkemesi idari eylemden doğan zararın tazmini istemi ile açılan bir başka davada, belediyenin enerji nakil hatları direklerinin arasında ve altında, hattın emniyet mesafesini ihlal edecek şekilde yol yapması eylemini, *“belediyenin, tamamen imar kanunu ve diğer mevzuatın yüklediği görevleri ve yükümlülükler cümlesinden idare ve kamu hukukunun tanıdığı hak ve yetkilerle, plan ve proje yapıp kararlar alarak yol açma işlerine girişmiş ve bu işlerini tamamlamış olduğu, olayın hususi hukuk dışında idare ve kamu hukuku kurallarına giren, kamu gücüne dayanan kamu işlem ve eylemlerinden çıkmış”* bulunduğu gerekçesiyle idari eylem kabul ederek davanın çözümünün idari yargı yerlerine ait olduğuna karar vermiştir.¹¹⁰

¹⁰⁸ Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 761.

¹⁰⁹ UM, 18.11.1991 gün ve E.1991/38, K.1991/89 sayılı kararı. (13.01.1992 gün ve 21110 sayılı Resmi Gazete)

¹¹⁰ UM, 05.07.1989 gün ve E.1989/16, K.1989/17 sayılı kararı. (09.10.1989 gün ve 20307 sayılı Resmi Gazete); Aynı mahiyette bazı kararlar: UM, 10.10.2005 gün ve E.2005/49, K.2005/71 sayılı kararı. (09. 01. 2006 gün ve 26048 sayılı Resmi Gazete); UM, 04.05.2009 gün ve 27298 sayılı Resmi Gazete); UM, 11.02.2006 gün ve E. 2006/113, K. 2006/216 sayılı kararı; UM, 21.05.2012 gün ve E.2012/18,

Uyuşmazlık Mahkemesi idari eylemin varlığını tespit ederken genellikle kamu hizmeti ölçütünü uygulamaktadır. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin son kararlarında “*kamu hizmeti*” ölçütünün çoğunlukla “*hizmet kusuruna*” döndürülerek kullanıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme, genellikle davacının olayın nitelendirme biçimini esas alarak “*olayda idarenin kamu hizmetini gereği gibi yürütmemiş olduğu ve böylece zarara sebebiyet verdiği ileri sürüldüğüne ve idareye hizmet kusuru isnat edilmiş bulunduğuna göre anlaşmazlığın, idari yargı yerinde çözülmesi gerekir*” şeklinde kararlar vermektedir. Kamu hizmetlerine ilişkin eylemlerin her zaman hizmet kusuru olarak nitelendirilmesi doğru sayılamaz. Özellikle Yüksek Mahkemenin kendi nitelendirme biçimini bir yana bırakıp genellikle davacının hizmet kusuru iddiasına göre gerekçe göstermesi bu ölçütün uygulama değerini azaltmaktadır.¹¹¹

Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında, “*idarenin dozerinin köy yolu banketinin temizlenmesi sırasında davacının bahçe duvarını yıktığı olayda, kamu hizmetinin görülmesi sırasında bir vatandaşın zarara uğraması söz konusu olduğundan, bu idari eylemden doğan zararın idare hukuku kuralları çerçevesinde tazmini gerekip gerekmediğinin takdirinin idari yargıya ait olduğu, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana geldiği ve dolayısıyla köy yolu yapım çalışmaları ile ilgili olayın haksız fiil niteliği taşımayıp bir idari eylem olduğu sonucuna varmıştır*”.¹¹²

Yine Karayolları İdaresinin yaptığı kazı sonucu yön değiştiren dere yatağı içinde kalan tarlada uğranılan zararın tazmini için açılan davada görevli yargı yeri, “*Olayda, bir kamu kuruluşu olan Karayolları İdaresi'nin kamu hizmetini gereği gibi yürütmediği, böylece zarara sebebiyet verdiği ileri sürülerek kendisine hizmet kusuru*

K.2012/110 sayılı kararı; UM, 12.06.2000 gün ve E.2000/15, K.2000/201 sayılı kararı.(27.07.2000 gün ve 24122 sayılı R.G.)

¹¹¹ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 401.

¹¹² UM, 13.07.1990 gün ve E. 1990/18, K.1990/18. sayılı kararı; Aynı mahiyette bazı kararlar; UM, 14.05.1966 gün ve E.1966/8, K.1966/12 sayılı kararı. (08.06.1966 gün ve 12317 sayılı Resmi Gazete); UM, 08.12.1986 gün ve E.1986/50, K.1986/50 sayılı kararı. (Köker-Dinç: **a.g.d.**, s. 470-475.)

ısnat edilmiş olmasına göre anlaşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiğine” karar verilmiştir.¹¹³

Bir başka kararda “Devlet Su İşlerinin plan ve projeye uygun olarak kendisine kanunla verilen kamu hizmetini yaptığı ve bu hizmetin ifasıyla ilgili olarak yapılan kazılarda çıkan moloz ve taşların davacının tarlasını ekilemez hale getirdiği ileri sürüldüğü, bu nedenle meydana geldiği iddia olunan zarar davalı idarenin işlem ve eylemine dayanmakta olduğundan, doğrudan doğruya haksız fiilden söz edilemeyeceği, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında idarenin işlem ve eyleminden dolayı uğranılan zararın idare hukuku esaslarına göre tazmini gerekip gerekmediğinin takdirinin idari yargıya ait olduğu belirtilmiştir.”¹¹⁴

Adli-idari yargı ayrımında kullanılan en önemli kıstaslardan olan eylemi yapanın idare oluşu, kamu kudretinin kullanılması, kamu hukuku kurallarının uygulanışı gibi kriterler, uyuşmazlığın idari yargı yerinde görüleceğine dair kıstaslardır. Ama bu eylemin, idarenin görev ve yetkisiyle ilgisiz bir şekilde kullanılması yani haksız fiil boyutuna ulaşması halinde artık fiili yol söz konusu olacağından adli yargının görev alanına girebilmesi de mümkündür. Konuya ilişkin açıklamalara çalışmamızın ilerleyen kısmında idarenin hukuk dışı eylemleri (haksız fiil-fiili yol) başlığı altında yer verilecektir.

Uyuşmazlık Mahkemesi 17.02.1992 tarihli bir kararında “belediyenin katıldığı öne sürülen imar ve yol çalışmalarının Karayolları Genel Müdürlüğü’nün yol çalışmalarından farklı olmadığı yani idari eylem niteliğinde bulunduğu, bu bağlamda gerek Karayolları Genel Müdürlüğü gerekse belediyenin karayollarındaki yol yapım ve onarım çalışmalarını yürütmekle görevli kamu kurumları oldukları ve yapılan işin de kamu hizmeti olduğu öğretide, uygulamada ve bu arada Uyuşmazlık Mahkemesinin yerleşmiş kararlarında da benimsendiği üzere, kamu hizmetlerini yürütmekle görevli

¹¹³ UM, 25.05.1987 gün, 1987/8 Esas, 1987/14 K. sayılı kararı.(Köker-Dinç: **a.g.d.**, s. 525-529) Yine, davacının bahçesinin bir bölümü, yol yapımı için kamulaştırılmış ve yol yapımı sırasında bahçeye ait su arkının kamulaştırılan sahaya katılmasından ötürü, kamulaştırma dışında kalan bahçe bölümünün arksız ve susuz kalması sebebiyle ağaçların kurumasından dolayı uğranılan zararın tazmini davası da hizmet kusuruna dayandırıldığı için idari yargının görev alanında görülmüştür: UM, 18.10.1978 gün, 1978/20 Esas ve 1978/23 K. sayılı kararı: Ayrıca UM, 02.03.2015 gün ve 2015/89 Esas, 2015/108 K.sayılı ve 2015/32 Esas, 2015/28 sayılı kararları.

¹¹⁴ UM, 05.07.1989 gün ve 1989/20 Esas, 1989/21 K. sayılı kararı.(Resmi Gazete, 9 Ekim 1989, Sayı:20307), Benzer karar için Bkz.: UM, 08.04.2013 gün ve 2013/481 Esas, 2013/587 K.sayılı kararı.

kılınmış bir kamu kurumunun kendisini görevli kılan kanunlarda gösterilen hizmetlerden birisinin yürütülmesi sırasında kişilere verdiği zararın tazmini isteğine ilişkin davada kamu hizmetlerinin yöntemine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin ve hizmet kusuru ile zarara sebep olup olunmadığının saptanmasının idari yargı yerine ait olduğunu belirtmiştir.”¹¹⁵

Yine bir başka olayda Uyuşmazlık Mahkemesi “kanalizasyonu olmayan yerleşim yerinin aşırı yağış nedeniyle su altında kalması sonucu, belediyenin bu suyu, davacının stabilize ocağındaki çukura boşaltması nedeniyle olduğu ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, hizmet kusuru esasına göre idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine” karar vermiştir.”¹¹⁶

Bir diğer olayda Uyuşmazlık Mahkemesi “yürütülen sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik nedeniyle hizmet kusuru olduğundan bahisle, uğranılan zararın tazmini talebiyle açılan davanın davalı idare aleyhine açılan kısmının idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine” karar vermiştir.”¹¹⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi, “kamuoyuna ait sokak ve kaldırımı işgal etmesi nedeniyle, davacıya ait buzdolabının belediye ekiplerince kaldırılması sırasında uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, belediyenin vazifeleri arasında; kamuya açık yerlerin intizamını sağlamak, bu yerlerden geçenlere zarar veya rahatsızlık verecek şeyleri kaldırmak ve izinsiz işgalleri men etmenin sayıldığı, buna göre belediyenin, görevinde olan kamusal yetkiyi kullanmak suretiyle kamuya ait sokağı izinsiz olarak işgal eden davacıya ait buzdolabını kaldırması, kamu gücüne dayanan re’sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari nitelikteki bir işlemin uygulanmasından ibaret olduğu; kamu hizmeti yürüten belediyenin bu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yönetiminde ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması

¹¹⁵ UM, 17.02.1992 gün ve 1992/4 Esas, 1992/5 K. sayılı kararı.(aktaran, Darendeli, **a.g.t.**, s. 26)

¹¹⁶ UM, 10.10.2005 tarih ve 2005/49 Esas, 2005/71 K. sayılı kararı.(09.01.2006 gün ve 26048 sayılı Resmi Gazete; aktaran Aslan/Berk, **a.g.e.**, s.141)

¹¹⁷ UM, 28.04.2003 gün ve 2003/16 Esas, 2003/23 K. sayılı kararı.(08.07.2003 gün ve 25161 sayılı Resmi Gazete)

*gerekeceği, bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır”.*¹¹⁸

Yukarıda açıklanan örnek kararlarda da görüldüğü üzere hizmet kusuru şeklinde isimlendirilen ve kusur esasına dayanan idari sorumluluk, hizmetin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmekte ya da bu faaliyet idareden beklenen hizmet gerekleriyle uyuşmayacak bir niteliğe bürünmekte ise idarenin sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuru söz konusudur. Diğer taraftan idarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumlu olabilmesi için yalnızca hizmet kusurunun varlığı yetmeyip ayrıca idari işlem ya da eylemden kaynaklanan bir zararın oluşması ve idari eylem veya işlemle zarar arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir. Yani zarar ile idari işlem ve eylem arasında bir bağın varlığı şart olmakla birlikte zararın doğrudan işlem veya eylemin idare ile bağlantısının kurulmasından sonra tazmini yoluna gidilmesi imkan dahilindedir.

İdari eylem ölçütünde dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımıdır. Hizmet kusuru; Danıştay’ın kararında belirtildiği gibi *“idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesi veya teşkilatında, yapısında personelinde ya da 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 gibi nedenlerle ortaya çıkan birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik ve sakatlığı ifade eder”.*¹¹⁹ Bağımsız ve genel karakterlidir, aslı ve birincil sorumluluğu doğurur, anonimdir ve olaylara göre farklı yapı taşır.

Dikkat edilecek olursa belirtilen kusur, görev ve faaliyetleri içermektedir. İdare üretmiş olduğu hizmeti alıcılarına yani topluma ulaştırırken bunu en güvenli, sağlıklı ve sağlam yoldan yapması gerekmektedir. Eğer bu sağlanamazsa hizmette kusur doğacaktır ve bu sebeple doğan zararda idari yargı yerlerinde incelenecektir.

¹¹⁸ UM, 24.06.2002 gün ve 2002/29 Esas, 2003/23 K. sayılı kararı.(aktaran Darendeli, **a.g.t.**, Sf:27)

¹¹⁹ Danıştay 10. Dairesinin 17.10.1983 gün ve 1982/185 Esas, 1983/1984 K. sayılı kararı; Danıştay 8. Dairesinin 26.01.1983 gün ve 1982/2490 Esas, 1983/120 K.sayıli kararı.(DD, S. 52-53, s. 388)

Dikkat edilirse idari sorumlulukta, idare çalışanlarının işlem ve faaliyetleri ile bir bütün hâlinde anlatılmaktadır. Kamu görevlilerinin idari görevlerini yerine getirmeleri sırasında doğan kusurlarda idari sorumluluğu gerektirmektedir. Ancak kamu görevlisi idari göreviyle bağlantısı olmayan ya da idari görevinin gerektirdiği işlem ve faaliyetlerinin dışında bir faaliyet gerçekleştirirse burada kişisel kusurdan söz edilecektir ve bu durum (kişisel kusur) kamu görevlilerinin özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğunu gerektirir ve bu tür davalar adli yargının görev alanına girer.

Kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki kusurlu tutum ve davranışları onların şahsi kusurlu tutum ve davranışları kabul edilir. Yani kamu görevlilerinin görevleri haricinde ve resmi sıfatlarından kesin olarak ayrılmış olan kusurları onların haksız fiil esasları uyarınca sorumlu tutulmalarına sebebiyet verir. Bu nitelikteki kusurlu tutum ve davranışlar, kamu görevlilerinin herhangi bir şahıs olarak kusurlu tutum ve fiilleri olup hukuk aleminin kişilere yüklediği yapma ya da yapmama ödevlerine uygun düşmemektedir. Örneğin SSK Hastanesinde çalışan uzman bir doktorun çalışma vakti haricinde yaptığı muayene ve tedavi esnasında başkasına verdiği zarar bu şekildedir. Diğer taraftan kamu görevlilerinin tamamıyla hizmet dışındaki bu kusurlu davranışlarının yanında, onların hizmet içinde ve hatta hizmet ile ilgili birtakım kusurlu fiilleri de gerek doktrinde ve gerekse yargı kararlarında kişisel kusur olarak vasıflandırılmıştır.¹²⁰

Kamu görevlilerinin şahsi kusurlarının belirlenmesi kolay değildir. Kişisel kusura genel olarak “*hizmetten ayrılabilen kusur*” denilmekte, ancak kişisel kusurun hizmet kusurundan ayrılmasının zorluğu sebebiyle, bu ayrımın her somut olayda içtihat eliyle gerçekleştirileceği kabul edilmektedir.¹²¹

Danıştay içtihatlarına göre, kamu görevlilerinin, hizmet dışında ve hizmetle bir ilgisi olmayan faaliyetlerdeki kusuru ile hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmakla beraber, hizmeti yürütürken icra ettiği faaliyetteki ağır kusuru, suç sayılan

¹²⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 374.

¹²¹ Acar, **a.g.t.**, s. 110.

davranışlarındaki kusuru ve düşmanlık seviyesi kin gibi kötü niyetle ve kasıtlı icra ettiği fiillerindeki kusuru kişisel kusur sayılmaktadır.¹²²

657 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yapmakla yükümlüdürler. Görevlerine ilişkin olarak idareyi uğrattıkları zararlardan dolayı Borçlar Kanunu'nun haksız fiil esaslarına göre sorumludurlar. 13. maddesinde de şahısların kamu hukukuna tabi görevlere ilişkin gördükleri zararlardan ötürü anılan görevleri yapan memur aleyhine değil ilişkin kuruma karşı dava açılacağı kurumun genel kuralları uyarınca sorumlu memura rücu hakkının ise saklı olduğu kurul altına alınmıştır. Bu hüküm 1982 Anayasasının 129. maddesinde de muhafaza edilmiştir.

Görüldüğü gibi anılan maddeler idarenin ve personelin sorumluluğunu belirtmektedir. Görevli yargı yeri de bu sorumluluğa ilişkin kurallar çerçevesinde belirlenmektedir.

Kamu hizmetinin görülmesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan idare sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin yaptıkları hizmetten bir zarar doğması halinde zararı gören kimse idarenin sorumluluğu yoluna gidecektir. Hizmet esasından kaynaklanması durumunda idare doğrudan mesulken kamu personeliyle beraber kusurlu olduğu yani hizmet kusuru ile kişisel kusuru iç içe geçtiği görev kusurunda ise kusuru oranında memura rücu hakkı olmakla birlikte yine idare sorumlu olacaktır.¹²³

Bugün uygulamada bir olaydaki kusur, hem “*kişisel kusur*” olarak hem de “*hizmet kusuru*” olarak kabul edilebilmekte, bazen de bir olayda kişisel kusur ve hizmet kusurunun birlikte bulunduğu öngörülebilmektedir ki, bu durumda görevli yargı yerini ve yargılamanın hizmet kusuru esaslarına göre mi yoksa kişisel kusur ilkelerine göre mi yapılacağını davacının tavsifi belirlemektedir.¹²⁴

¹²² Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 324-325; Duran, **a.g.m.**, s.35 v.d; Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 292-29.

¹²³ Ali Fuat Başgil, “Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi”, Adliye Ceridesi, Ankara 1940, s. 31-32.

¹²⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s. 180.

Uyuşmazlık Mahkemesinin “*hizmet kusuru-kişisel kusur*” ayrımı konusuna yaklaşımını ele alacak olursak; Özkol’un belirttiğine göre Uyuşmazlık Mahkemesi kararları arasında gerek sayı itibariyle en fazla olan ve gerekse üzerinde en fazla eleştiride bulunan kararlar bu konuya ilişkindir.¹²⁵

Yüksek Mahkemenin özellikle 1960’lı yıllardan sonra vermiş olduğu kararlarda hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımında kamu hizmeti ölçüsünü kuvvetle vurguladığını görmekteyiz. Ancak hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının nesnel kıstaslardan çok davacının tavsifine dayandırıldığı da gözden kaçmamaktadır. Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi 1960 tarihli bir kararda, alçaktan uçan bir pilotun verdiği zararın, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin bir emrin sonucu olarak meydana geldiği kabul edilmiş ve açılan dava, hizmet kusuru ilkesi gereğince incelenmek üzere idari yargıya göndermiştir. Bir yıl sonra verilen bir kararda mahkeme, aklen malul olduğu halde bu durumun ilgili askerlik şubesinde kunyesine işlenmemesi dolayısıyla askere alınan ve askerde iken adam öldüren kişinin yol açtığı zararlar ilgili davayı, “*olayın oluşuna ve davacının tavsifine*” bakarak hizmet kusuru aranması için idari yargıya göndermiştir.¹²⁶

Uyuşmazlık Mahkemesi 1960’lı yıllarda hizmet kusur-kişisel kusur ayrımında; kişisel kusurda adli yargının, hizmet kusurunda ise idari yargının görevli olduğu içtihadını devam ettirmiştir. Şöyle ki Yüksek Mahkeme; kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen zararın ödetilmesine ilişkin hizmet kusuruna dayanan ve idareye karşı açılmış olan davanın Danıştay’da (idari yargı) görülmesi; buna karşılık yine aynı konuyla ilgili olarak kamu görevlilerinin kişisel kusuruna dayanılarak açılan davanın ise özel hukuku ilgilendirmesinden bahisle adliye mahkemelerinde görülmesi gerektiği kararını veriyordu. Memurun kişisel kusuru nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalan idare ise; bu durumda adliye mahkemesinde açacağı haksız fiilden doğan sorumluluk davası ile memuruna rucü edebiliyordu.¹²⁷

¹²⁵ Özkol, **a.g.e.**, s. 94.

¹²⁶ UM, 1960/12 Esas, 1960/6 K.sayılı kararı.(30 Nisan 1960 gün ve10493 sayılı Resmi Gazete); UM,1961/16 Esas, 1961/17 K.sayılı kararı.(26 Temmuz 1961 gün ve10864 sayılı Resmi Gazete)

¹²⁷ Bahtiyar Akyılmaz, “**İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu**”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 1043,1044.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu tutumunda zaman içerisinde bir farklılık olmadığı kararlarından da anlaşılmaktadır. Nitekim “...*Hastanesi'nde dünyaya gelen çocuklarının icap nöbeti olan doktorun doğum sırasında haber verildiği halde hastaneye gelmemesi (kişisel kusur) sonucu özürlü hale geldiği ileri sürülerek uğranıldığı ileri sürülen zararın karşılanması amacıyla maddi ve manevi tazminat davalı doktordan tahsili istemiyle açılan davanın, kişisel kusuruna dayanarak kamu görevlisi aleyhine açıldığına vurgu yapılarak özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine işaret edildiği görülmektedir.*”¹²⁸

Bahsi geçen olaydan ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararından anlaşılan odur ki şayet dava hizmet kusuru işlendiği iddiasıyla idareye karşı açılacaksa görevli yargı yeri idari yargı; kişisel kusur işlendiği iddiasıyla görevli personele karşı açılacaksa görevli yargı yeri adli yargı olmaktadır. Yani burada davanın temeli olan olayın görevli yargı yeri cereyan tarzı ve hukuki niteliğinden ziyade davacının yöneldiği kişi ve davayı hangi temelde kurguladığı hususu temel belirleyici etkin olmaktadır.

Burada daha çok hizmet kusurunun varlığı kabul edilerek idari yargının görev alanına dahil edilen uyuşmazlıkları inceledik. Uyuşmazlık Mahkemesinin idari eylem ölçütünü, yukarıda incelediğimiz örnek kararlarda da görüldüğü üzere; özellikle bedene ve mal varlığına yönelik zararlar konusunda ele aldığı görülmektedir ve görünen odur ki Yüksek Mahkeme; “*bayındırlık işlerinin yapılması sırasında uğranılan zararlar, polisin genel güvenliği ve düzeni sağlamak için aldığı tedbirler arasında doğan idari eylemler sebebiyle uğranılan zararlar, sağlık işlerinin yürütülmesi sırasında hastaların uğradığı zararlar ve yine ulaştırma ve bayındırlık işlerinden doğan eylemlerin yarattığı zararlarla*” ilgili olarak vermiş olduğu pek çok kararında kamu hizmetinin yürütülmesiyle ilgili eylemlerin idari olma vasfından dolayı idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir.

¹²⁸ UM, 05.06.2006 tarih ve 2006/26 Esas, 2006/75 K.sayılı kararı; Uyuşmazlık Mahkemesinin başka bir kararı için bkz.: “*kamu görevlisi de olsa polis memurunun kişisel kusurundan kaynaklandığı anlaşılan zararın, tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği*” hakkında karar 18.03.1996 gün ve 1996/12 Esas, 1996/57 K.sayılı kararı.

2. İdarenin Hukuk Dışı Eylemleri (Haksız Fiil-Fiili Yol)

İdari usul, “*idarenin hem görevi olan kamu hizmetini etkili ve verimli bir şekilde yürütmesi hem de bireylerin hak ve özgürlüklerine saygılı davranmasını gerektirmekte, başka bir deyişle idarenin yasal olarak düzenlenmiş bir yükümlülüğe bağlı olarak bireylerin belirlenmiş hak ve yetkilerini kullanmalarına imkan sağlanmasını, yani iyi yönetim hakkını kullanmalarına hizmet etmektedir.*”¹²⁹ Bu bakımdan idarenin işlem ve eylemlerini hukuka ve idari usullere uygun olarak yerine getirmesi gerekmektedir.

İdarenin usul dışı fiilleri, idarenin “*idarilik*” niteliğini kaybeden başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden veya bu özgürlüklere saldıran hukuka ve usüle açıkça aykırı icrai eylemlerdir.¹³⁰ Söz konusu durumlarda idarenin tasarrufundaki hukuka aykırılık o denli açık ve ağırdır ki eylemin idari fiil niteliğini ve karakterini ortadan kaldırdığından idari eylem olarak kabul edilmeyip haksız fiil olarak nitelendirilmektedir. İdarenin hukuk dışı eylemlerinde, “*kamu hizmeti ile kamu gücü*” arasındaki illiyet bağı koptuğundan bu fiillerden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının görev alanı dışında kalmakta, adli yargı mahkemelerince çözüme kavuşturulmaktadır. Bu durum, idari uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuralına bir istisna oluşturmaktadır.¹³¹

İdare hukukunda haksız fiiller; “*fiili yol*” şeklinde ortaya çıkabilir.¹³² “İdari” bir karakter taşımayan bu eylemlerden dolayı ancak adli yargıda dava açılabileceğini kabul

¹²⁹ Gürsel Özkan, “İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı”, **148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 10 Mayıs 2016, s. 233-262)

¹³⁰ Gül Üstün, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden Fiili Yol” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:13, s. 1-2; <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/z5000001554/50000004> 23, erişim tarihi; 30.01.2018

¹³¹ Kaplan, **a.g.e.**, s. 90-91.

¹³² Yargı kararlarından örnekler: UM.’nin 11.06.1996 gün ve 1996/36 E., 1996/78 K. sayılı kararı. (08.07.1996 gün ve 22690 sayılı Resmi Gazete); “Köy halkının kaynak suyundan kadimden beri yararlanma hakkına dayanan uyuşmazlık hk.” Danıştay 11. Dairesinin 17.04.1980 gün ve 1997/1995 E., 1980/1317 K.sayılı kararı. Belediyeye gelir sağlamak üzere yaptırılan kapalı çarşı inşaatının temelindeki suyun şehir suyuna bağlanması sonucunda davacının evinde kullanılan suyun kesilmesi sebebiyle uğradığı zararlar nedeniyle açılan tazminat davası hk.”; Danıştay 10. Dairesinin 23.11.1993 gün ve 1992/3686 E., 1993/4601 K.sayılı kararı.(DD., S. 89, s. 586), “Herhangi bir yargı kararı veya yetkili makamca verilmiş tahliye kararı olmadığı halde, zilyet olarak bulunduğu taşınmazdaki binaların idare elemanlarının yıkılması nedeniyle uğranılan zararların tazmini amacıyla açılan dava hk.”; Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.12.2001 gün ve 2001/109 E., 2001/114 K. sayılı kararı, “İdarece herhangi bir hakka müdahalede bulunulduğu, özel mülkiyete konu

eden Danıştay’a göre “idarenin bir kamu hukuku kuralına yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural işlem veya bir idari işleme ya da bir yargı yeri kararına dayanmadan “haksız fiil” niteliğinde eylemde bulunması mahkeme içtihatları ve doktrinde ‘fiili yol’ olarak nitelendirilmekte ve idarilik karakteri taşımayan bu eylemlerden dolayı idarenin alelade bir fert durumuna geleceği, sonuçta özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklara yol açılacağı kabul edilmektedir.”¹³³

İdarenin özel mülkiyete konu taşınmaz mala herhangi bir plan ve projeye dayalı olmadan, ortada bir kamulaştırma işlemi bulunmadan ve hatta kamulaştırma işlemi bulunsa bile bu işlem kesinleşmeden el atması (kamulaştırmatsız el atma) fiili yoldur. Buna karşılık idarenin plan ve projeye dayalı eyleminden kaynaklanan zararın tazmini davaları idari yargıda görülür.¹³⁴

Uyuşmazlık Mahkemesi, 08/07/2019 tarihli bir kararında: “*Davacıların hissedar olduğu taşınmazına imar planında pazar alanı olarak ayrılmak suretiyle kamulaştırması el atıldığından bahisle taşınmazın bedelinin tazmini istemiyle açılan davanın, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik olduğundan 2577 sayılı Kanun’un 2/1-b maddesinde yer alan “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” kapsamında çözümünde idari yargının görevli olduğuna*”¹³⁵ karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 25.02.2019 tarihli kararında ise: “*Davacının maliki olduğu taşınmazlara davalı idarenin iş makinalarıyla müdahalede bulunularak toprak götürdüğünden bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılacağına kuşkusuz olduğu, belirtilen duruma ve davanın niteliğine göre idarenin aynı bir hakka müdahalesinin*

taşınmaza kamulaştırmatsız el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin menı ve meydana gelen zararın tazmini hk.”

¹³³ D10D, 23.11.1993 gün ve E. 1992/3686, K. 1993/4601. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay da fiili yol ile ilgili davaların adli yargıda görüleceğine hükmetmektedir. UM, 01.03.2010 gün ve E.2009/62, K.2010/37, 18.01.2011 gün ve 27819 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete, UM, 03.05.2010 gün ve E.2009/244, K.2010/108, 18.01.2011 gün ve 27819 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete; Y4HD, 26.05.2003 gün ve E.2003/5723, K.2003/6906 sayılı karar (Aktaran Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 405)

¹³⁴ Aktaran Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 406)

¹³⁵ UM, 08.07.2019 gün ve E.2019/213, K.2019/416 sayılı kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 19/09/2019) Aynı yönde bkz: UM, 30.11.2015 gün ve E.2015/800, K.2015/815 sayılı kararı

*hukuka uygunluğunun denetiminin işin esasını teşkil ettiği, açılan dava ile bir idari tasarrufun iptalinin ya da böyle bir tasarruf nedeniyle uğranılan zararın tazmininin istenilmemiş olması karşısında haksız fiilden doğan zararların tazmini davasının özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli bulunduğu*¹³⁶ karar vermiştir.

İdarenin kamu mülkiyetine konu taşınmaz mala, bir idareye ait taşınmaz malın diğer idareye devrindeki usul ve esaslara uymadan el atması da fiili yoldur. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, 1991 yılında aldığı ilke kararıyla, bir idarenin sahip olduğu taşınmaz mala diğer bir idarenin Kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uymadan kamu hizmeti amacıyla el atması halinde el atmanın önlenmesi davasının adli yargı yerinde çözümleneceğine karar vermiştir.¹³⁷

İdarenin suya vaki haksız müdahalesi de fiili yol olarak görülmektedir. Dolayısıyla suya vaki müdahalenin önlenmesinden doğan davalar da adli yargıda görülmektedir.¹³⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 10.03.2003 tarihli bir kararında: “*Köy muhtarlığınca davacının bahçesine su verilmeyerek genel sudan kadim sulama suyu hakkına vaki müdahalenin önlenmesi istemiyle açılan davanın, haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenmesi gerektiği açık olduğundan adli yargının görevli olduğuna*”¹³⁹ karar vermiştir.

C. İdari Sözleşme Ölçütü

İdari yargının görev alanını belirlemede idari davalara ilişkin olarak kullanılan son ölçüt de “*idari sözleşme ölçütü*” dür. “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun” 2. maddesi gereğince, “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi*

¹³⁶ UM, 25.02.2019 gün ve E.2018/879, K.2019/125 sayılı kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 19/09/2019) Aynı yönde bkz: UM, 26.10.2015 gün ve E.2015/701, K.2015/706 sayılı kararı, UM, 26.01.2015 gün ve E.2015/57, K. 2015/35 sayılı kararı, UM, 05.05.2014 gün ve E.2014/462, K.2014/514 sayılı kararı, UM, 23.10.2000 gün ve E.2000/26, K.2000/42 sayılı kararı.

¹³⁷ UM, 29.04.1991 gün ve E.1991/2, K.1991/2 sayılı kararı, 08.06.1991 gün ve 20895 sayılı Resmi Gazete (Aktaran Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 409)

¹³⁸ Aktaran Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 410)

¹³⁹ UM, 10.03.2003 gün ve E.2003/20, K.2003/19 sayılı kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 19/09/2019)

*için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” idari yargı yerinde görülürler.*¹⁴⁰

Eşit ve serbest irade sahibi kişiler arasında bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi maksadıyla karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan bir hukuksal işlem olarak nitelendirilen “sözleşme”, esas itibariyle özel hukuk kurumu olup, “kamu hizmeti” ve “kamu yararı” nedenleriyle idarenin ve kamu hizmetinin gerektirdiği ölçüde değiştirilerek ve dönüştürülerek idare hukuku alanında da uygulanmaktadır.¹⁴¹ Ancak sözleşme kurumu idare hukuku alanına uygulanırken hem sözleşmeye hem de idare hukukuna ait bazı ilkelerden feragat edilmekte ve “idari sözleşme” adıyla müstakil bir kurum oluşmaktadır.

İdare üstlendiği görevleri yerine getirebilmek için her zaman “kamulaştırma”, “istimval” gibi tek yanlı işlemler yapmaz. Bazen bazı kamu hizmetlerini yürütebilmek ve halkın bundan faydalanmasını sağlamak amacıyla; karşılıklı iradelerin uyuşması sonucu oluşan çok yanlı işlemler de yapabilir. Bu çok yanlı işlemlerin en önemlisi de sözleşmelerdir.¹⁴² Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus “idarenin sözleşmeleri” ile “idari sözleşme” kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekliliğidir. Zira idarenin yaptığı tüm sözleşmeler “idari sözleşme” sayılmaz. Yani “idarenin sözleşmeleri”, “idari sözleşmeyi” de kapsayan geniş bir ifadedir. Bu bağlamda idarenin tarafı olduğu sözleşmeler iki guruba ayrılır. Bunlardan birincisini “idari sözleşmeler” oluştururken diğerini ise “özel hukuk sözleşmeleri” oluşturur.¹⁴³

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin tüzel kişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetini kullanarak özel hukuk kurallarına göre yaptıkları sözleşmelerdir. Örneğin belediye idaresinin mülkiyetinde olan bir işyerini kiraya vermesinde bunu

¹⁴⁰ Zehreddin Aslan, Kahraman Berk, **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2003, s. 158.

¹⁴¹ Abdullah Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 6.

¹⁴² Mehmet Tank, Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, 20 Ocak 2011, s. 158.

¹⁴³ Zehreddin Aslan, Nilay Arat, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 8, Güz, 2005/2, s. 1-25.

görmek mümkündür. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik vardır.¹⁴⁴

İdarelerin akdettikleri alım-satım, yapım, kira, abonman, bayilik, rödovans, kredi-burs ve hizmet taahhüdü ve hizmet sözleşmeleri, “idarenin hukuk sözleşmesi” sayılmakta ve bu tür sözleşmelerden doğacak adli yargıda çözümlenmektedir. İdari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar ise idari yargıda çözüme kavuşturulmaktadır. “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu”ndan doğacak uyuşmazlıklarda ise, bir ayırım yapılmakta ve söz konusu kanunlar veya sair ihale mevzuatı çerçevesinde ihale aşamasında tesis edilen işlemlerden doğabilecek uyuşmazlıklar, idari yargı yerlerince; ihale safhası tamamlanıp taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların ise adli yargı yerlerince görülmesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay İçtihadı da bu doğrultuda olup, ihale aşamasındaki işlemler, idarenin kamu gücüne dayalı tesis ettiği idari işlemler olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan sözleşme öncesine, ihale sürecine ilişkin sözleşmenin feshi işlemlerinin iptali istemiyle açılan, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan davaların da idari yargı yerlerinde görülüp çözümlenmesi gerekmektedir.

İdari sözleşmeler ise Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere idare tarafından, idare hukuku ilkelerine göre ve kamu hizmetine ilişkin olarak yapılan ve idareye kamu gücüne dayanan yetkiler tanıyan sözleşmelerdir.¹⁴⁵

İdari sözleşmelerin, idarenin kamu gücünden doğan üstün hak ve yetkilerine dayanılarak yaptığı sözleşmeler olması, bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara “kamusal sorumluluk” (idarenin hukuki sorumluluğu) kurallarıyla

¹⁴⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 419.

¹⁴⁵ Bkz.: UM, 07.02.2011 gün ve E: 2010/73, Karar: 2011/6 sayılı kararı, Resmi Gazete, 14.11.2011 gün ve S: 28084 ; AYM 09.12.1994 gün ve E : 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı karar, **AMKD**, Sayı: 31, Cilt 1, s. 302; AYM 28.06.1995 gün ve E. 1994/71, K.1995/23, **AMKD**, Sayı:32, Cilt:1, s. 160-161; D10D 11.04.2005 gün E. 1992/4384, K. 1994/5672; D8D., 13.12.1999 gün ve E. 1999/2852, K. 1999/7553; D10D., 29.04.1993 gün ve E.1991/1, K.1993/1752; D12D., 02.11.1976 gün ve E. 1974/1958, K. 1976/2141, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **a. g. e.**, s. 418; D8D., 16.01.1985 gün ve E. 84/495, K. 85/46, D1D., E. 1992/232, K. 1992/294, D5D. E. 1992/4384, K. 1994/5672, Yüksel Koçak, “Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, s. 16-17.

bakılmasını zorunlu kılar. Bu sebeple idari sözleşmelerden kaynaklanan davalar idari yargı düzeninin görev alanına girer.¹⁴⁶

İdari sözleşmede idarenin, sözleşmenin diğer tarafına göre üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış olması hususu, idari sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırmaya yardımcı olan önemli bir ölçüttür.

*“Bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idari sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır”.*¹⁴⁷

Öğretide ve uygulamada idari sözleşmeler, “*kamu borçlanma (istikraz) sözleşmeleri, mali iltizam sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerine ilişkin işletme sözleşmeleri, orman işletme sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri*” olarak karşımıza çıkabilmektedir.¹⁴⁸

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin, idarenin özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğunun tespiti hem uygulanacak maddi hukuk kurallarının, hem de doğacak uyuşmazlıkları çözümleyecek yargı yerinin belirlenmesi açısından önemlidir. Bazen kanunlar, idarenin taraf olduğu sözleşmenin türünü açıkça tanıma bağlamak ve uyuşmazlık çıktığında çözümleyecek yargı merciini göstermek veya sözleşmenin özel ya da kamu hukukuna tabi olduğunu açıkça belirtmek suretiyle tespit edebilirler. Örneğin orman işletme sözleşmesi idari sözleşme olarak belirtilmiştir. Ancak çoğu kez durumu açıklığa kavuşturacak böyle bir kanun maddesine rastlanmaz. Bu halde yargı mercileri, sözleşmenin konusunun veya sözleşme ile kurulmak istenen ilişkinin özelliğine göre onun türünü belirlerler. Sözleşme konusu veya sözleşme ile kurulmak istenen ilişki, özel hukuka değil de, idare hukukuna özgü bir düzenleyişe

¹⁴⁶ Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 764; Uyuşmazlık Mahkemesinin 07.02.2011 gün ve 2010/73 Esas, 2011/16 K.sayılı kararı.(14.10.2011 gün ve 28084 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete)

¹⁴⁷ D13D. 26.09.2008 gün ve 2008/5161 E., 2008/6509 K. sayılı kararı. (aktaran Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 764)

¹⁴⁸ Aslan/Arat, **a.g.m.**, s. 1-25.

ihtiyaç gösteriyorsa, bu takdirde ortada idari bir sözleşme vardır. Bu sebeple yüksek mahkemelerin idari sözleşmeye ilişkin olarak¹⁴⁹ geliştirdikleri kıstaslar önem taşır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari sözleşmeyle ilgili 1946 yılında verdiği birinci kararı, Türk Hukuk literatürüne “*Zingal Uyuşmazlıkları*” olarak geçen olayla ilgilidir. Zingal uyuşmazlıkları çerçevesinde yüksek mahkemelerin verdikleri uzun ve doyurucu gerekçeye sahip olan kararlar idari sözleşmelerin mahiyeti, ölçütleri, belirlenmesi ve açıklığa kavuşturulması açısından Türk hukukunda oldukça önemli bir rol oynamıştır. Mahkeme, Zingal ormanlarının işletilmesi için imzalanmış bulunan sözleşmeden çıkan uyuşmazlığın hangi yargı düzenine ait olması gerektiğini incelerken idari sözleşmenin de unsurlarını incelemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay, orman işletme işinin bir kamu hizmeti olduğunu, devletin bu hizmeti “*adi mukavele hudutlarını aşan*” şartları içeren bir sözleşmeyle karşı akide (karşı tarafa) gördürdüğünü ve sözleşmenin elli senelik uzun bir müddet için yapıldığını belirleyerek, “*mahiyeti gereği idari sözleşme*” olan bu sözleşmeden doğan davayı idari yargının görev alanında görmüştür.¹⁵⁰

Uyuşmazlık Mahkemesi aynı yöntemle vermiş olduğu 3 nolu kararında:¹⁵¹ “*bir kamu hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin etmek için yapılmış sözleşmeler, idari prensip ve kaideleri harekete getirdiklerine, bu sebeple imtiyaz sözleşmelerine adi mukavele hudutlarını aşan şartların konulmasının mutad olduğuna, bu sözleşmelerin, sözleşmenin amacının alalade bir ticaret düşüncesinden ibaret olduğuna, özel kişilerin yahut bunlarla herhangi bir özel kişi gibi hareket ettiği hallerde kamu idarelerinin ilişkisini düzenleyen özel hukuk kurallarına tabi olamayacağına*” karar vermiştir.

Gözübüyük, kamu hizmeti kavramının belirsizliği sebebiyle Danıştay'ın, “*idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin tanınmış olması*”na ilişkin unsura önem verdiğini belirtmekle ve Manisa Belediye sınırları içinde mezbaha hizmetlerinin ücret

¹⁴⁹ Günday, a.g.e., s. 186-187.

¹⁵⁰ Zingal ve bazı diğer ormanlarla ilgili uyuşmazlıklar ile ilgili kararlar için bkz.: UM, 24.01.1946 gün ve 1946/5 Esas, 1946/1 K.sayılı (12.03.1946 gün ve 6254 sayılı Resmi Gazete); 24.01.1946 gün ve 1946/8 Esas, 1946/3 K.sayılı (04.03.1946 gün ve 6247 sayılı Resmi Gazete); 14.04.1949 gün ve 1949/4 Esas, 1949/6 K. sayılı kararları.

¹⁵¹ UM, 1946/2 Esas, 1946/2 K. sayılı kararı (28.02.1946 gün ve 6244 sayılı Resmi Gazete); 1946/3 Esas, 1946/3 K.sayılı (04.03.1946 gün ve 6247 sayılı Resmi Gazete) sayılı kararları (aktaran, Bilgen Pertev, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına göre İdari Sözleşmelerin kriterleri**, Kutulmuş Matbaası, 1970, s. 70 dn.1)

karşılığı Et ve Balık Kurumunca yürütülmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmeyen kararı anmaktadır.

Buna göre; “bir sözleşmenin idari bir sözleşme sayılabilmesi için genellikle sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, konusunun doğrudan ve dolaylı olarak kamu hizmetine ilişkin” bulunması¹⁵² ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinde bulunması olanaksız bazı ayrıcalıklar ve üstün yetki unsurlarını ve hükümleri kapsaması gerektiği, uyuşmazlığa neden olan sözleşmede, “idarenin gerektiğinde kullanılmak üzere üstün yetkilerle donatıldığını gösteren bir hüküm bulunmadığı ve aksine olarak hak ve yükümlülükler bakımından eşitliğin öngörüldüğünün” anlaşıldığı, bu bakımdan anılan sözleşmenin idari sözleşme sayılmasına olanak bulunmadığı, bu niteliği itibarıyla taraflar arasında akdedilmiş bulunan sözleşmenin idarenin özel hukuk sözleşmesi olduğu, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığında özel hukuk alanına girdiği ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gerekçesi ile görev yönünden reddine ilişkin Manisa İdare Mahkemesinin kararının bozulması istemi Danıştay’ca reddedilmiştir.¹⁵³

Sonuç olarak Yüksek mahkeme içtihatları ve bu içtihatlardan faydalanmış olan doktrin, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için üç kriter benimsemiştir.

Birincisi, sözleşmede taraflardan birinin idare olmasıdır. Taraflardan biri kamu tüzel kişi değil ise, artık diğer unsurların incelenmesine gerek kalmayacaktır. Bu yönü ile taraflardan birinin idare olması unsuru diğer unsurlara göre üstün bir kriterdir.¹⁵⁴ Yalnız bu kriterin her olayda kolayca belirlenebilmesi pek kolay olmamaktadır. Ancak genel olarak söylemek gerekirse kanunla kurulan özel hukuk tüzel kişilerinin yaptıkları sözleşmeler idari sözleşme olarak kabul edilmemekte ve görevli yargı yeri de adli yargı olarak kabul edilmektedir.

“Türksat Uydu Haberleşme Kablo Tv ve İşletme Anonim Şirketi” ile davacı şirket arasında imzalanan “Uydu Kapasite Tahsisi”ne dair sözleşmenin davalı kurumca feshedilmesi ve yayınların sonlandırılmasına dair işlemin iptali istemiyle açılan

¹⁵² D10D 16.01.1985 gün ve 1984/495 Esas, 1985/46 K. sayılı kararı. (D.D, S:60-61, s. 352); Yine D10D 29.04.1993 gün ve 1991/1 Esas, 1993/1752 K. sayılı kararı. (D.D, 1994, S:88, s. 463 v.d.)

¹⁵³ D8D 16.01.1985 gün ve 1984/5 Esas, 1985/46 K. sayılı kararı.(D.D, 1986, S:60-61, s. 352); Gözübüyük, a.g.e., s. 87,88.

¹⁵⁴ Duran, a.g.e., s. 430.

davada Uyuşmazlık Mahkemesi: “...406 sayılı kanunun Ek 33’üncü maddesi incelendiğinde davalı TÜRKSAT Uydu Haberleşme Kablo Tv ve İşletme A.Ş.’nin hisselerinin tamamı Hazine Müsteşarlığı’na ait ise de; Türk Ticaret Kanunu ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren anonim şirket statüsünde bir şirket olduğu, faaliyetlerini yürütmek üzere ilgili gerçek ve tüzel kişilerle imzaladığı sözleşmelerin ise idari sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki bu sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklı davaların ise adli yargının görevine gireceği açıktır.” demek suretiyle davanın çözümünde Adli yargıyı görevli görmüştür.¹⁵⁵

İdari sözleşmelere ilişkin ikinci kriter sözleşme konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik olmasıdır. Bunun altında yine kamu yararı düşüncesi yatmaktadır. Üçüncü kişilerin kamu hizmetinin görülmesine katılımını konu alan sözleşmeler de bu kapsamdadır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması demek, karşı tarafın bir kamu hizmetini yürütüyor olmasını ya da bu neviden bir hizmetin yürütülmesine iştirak etmesini öngörmesi demektir.¹⁵⁶

Görüldüğü üzere, kanunlardaki “genel hizmetler” ifadesi yargı kararlarında “kamu hizmeti” olarak kullanılmaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesi iki şekilde tezahür eder. Bunlardan birisi, kamu tüzel kişisinin bir kamu hizmeti yürütülmesi görevini kısmen veya tamamen bir özel kişiye devretmesine ilişkin sözleşmelerdir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmeti yürütülmesinin özel kişilerce yapılmasına en genel ve bilinen örnektir. Ayrıca müşterek emanet sözleşmeleri, amme emlakinin işgal ve istimlakine ilişkin sözleşmelerle bayındırlık sözleşmelerini bu tür ilişkiye örnek olan diğer sözleşmelerdir.¹⁵⁷

Kamu hizmeti yürütülmesinin diğer tezahür şekli ise kamu hizmetinin ihtiyacı olan para, eşya ve personelin sağlanmasına ilişkindir. Şöyle ki idarenin kendi elindeki

¹⁵⁵ UM, 28.11.2016 gün ve 2016/323 Esas, 2016/538 Karar sayılı kararı (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı:5, Ankara, Ocak 2017, s. 423)

¹⁵⁶ AYM.’nin 28.06.1995 gün ve 1994/71 Esas, 1995/23 K.sayılı (AYMKD, C:I, S:32, s. 159-160) D12D 02.11.1976 gün, 1974/1958 Esas, 1976/2141 K. sayılı (D.D, S:26-27, s. 509 v.d.)

¹⁵⁷ Memduh Cemil Şirin, “Yargı Kararlarına Göre İdari Sözleşmelerin Sona Erme Halleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, Sf:27,28.

araç, gereç, personel ve teknoloji ile hizmetin yerine getirilmesi zor veya olanaksız ise idari sözleşmeler aracılığıyla bu hizmetin özel kişilere yaptırılması sağlanabilir. Levazım satın alma ve idari hizmet sözleşmeleri bu tür ilişkiye örnektir.¹⁵⁸

Konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi veya bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılma olmadığı halde idari sözleşme sayılan sözleşmeler de vardır. Bunlar yeraltı ve yerüstü doğal zenginliklerin (maden imtiyaz sözleşmeleri ile orman işletme sözleşmeleri) işletilmesine ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi, özel kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenmekle beraber, *“idarenin korumakla ve değerlendirilmesini denetlemekle yükümlü olduğu bir milli servet’in söz konusu olması nedeniyle idari sözleşme sayılmaktadır.”*¹⁵⁹

İdari sözleşmenin konusuna bakarak belirlenmesi, kamu hizmeti kavramının kendisinin belirlenmesi zor bir kavram olması nedeniyle bazı güçlükler ortaya çıkarmaktadır.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, vergi dairelerine ait çay ocağı işletme hakkını ihale ile alan kişi ile idare arasında yapılmış olan kira sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelerken, *“sözleşmenin konusu bir kamu hizmeti ya da doğrudan kamu yararı olmayıp memurların çay, kahve ve diğer meşrubat gereksinimlerinin karşılanması amaçlanmıştır.”*¹⁶⁰ derken; Yargıtay, *“Yurtdışı temsilciliklerindeki aşçılık hizmetinin, dışişleri personelinin sağlık ve güvenlikleri açısından büyük bir önemi olduğu açıktır. Davacı da uzun yıllar sözleşmeli statüsünde görev yapmış ve bu çerçevede hak ve yetkiler kullanmıştır.”* diyerek sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶¹

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmede, diğer tarafın kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesine ya da ifasına katılmasına ilişkin hükümler bulunmalıdır; bu çerçevede *“kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri”* ile *“idari hizmet sözleşmeleri”* idari sözleşme sayılmaktadır. Ayrıca devletin hüküm ve

¹⁵⁸ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 116.

¹⁵⁹ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:50, Sayı:03, Yıl:1995, s. 294.

¹⁶⁰ UM, 18.11.1991 gün ve 1991/41 Esas, 1991/42 K. sayılı kararı.(13.01.1992 gün ve 21110 sayılı Resmi Gazete, s. 29 v.d.)

¹⁶¹ 9.H.D; 20.12.1993 gün ve 1993/9709 Esas, 1993/19056, **YKD**, C:20, Sayı:5, Mayıs 1994, s. 749 v.d.(aktaran Tan, **a.g.m.**, s. 294)

tasarrufu, gözetim ve denetimi altında bulunan milli servetlerin (madenler, ormanlar gibi) işletilmesi, kamu hukukuna özgü bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğundan bu tür sözleşmeler de idari sözleşmeler olarak kabul edilir.¹⁶²

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için gerekli olan üçüncü kritere geçmeden önce idari hizmet sözleşmelerinden kısaca bahsedecek olursak; Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan ve işçi statüsünde olmayan kamu görevlileri ile idarenin yapmış olduğu hizmet sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmesidir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, konuyla ilgili bir kararında, “*tekeli işletmelerinde kısmi zamanlı olarak istihdam edilen tabip personelin hizmet sözleşmesine son verilmesinden doğan davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine, söz konusu sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğuna karar vermiştir.*”¹⁶³

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ve aktardığımız kararlar ışığında şu değerlendirme yapılabilir; kamu hizmetinin yürütülmesi, yürütülmesine katılma sözleşmeleri bu yönleri ile idari sözleşme olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık sözleşme kamu hizmetine ilişkin olmakla beraber sadece konusu kamu hizmetini ilgilendiriyorsa sözleşme bu yönü ile idari sözleşme sayılamayacak ancak diğer bazı unsurların sözleşmede varlığı halinde idari sözleşme olarak kabul edilebilecektir.¹⁶⁴ Ancak artık yerleşen Danıştay içtihatlarında bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma koşulu aranmaktadır.

¹⁶² Böylece idarenin kamu hizmetine ilişkin olarak yaptığı her türlü sözleşme (örneğin bir kamu hizmetinden yararlanma imkanı veren sözleşmeler) idari sözleşme sayılmadığı gibi, kamu hizmeti ile ilgili işlere ilişkin sözleşmelerde (örneğin hizmetle ilgili malların satın alınması için yapılan sözleşmeler) idari sözleşme sayılmazlar. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, karşı tarafın kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesini veya ifasına katılmasını, öngörmesi gerekir: Günday, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁶³ UM, 21.06.1999 gün ve 1990/18 Esas, 1990/23 K. sayılı kararı; Benzer kararlar için bkz.: UM, 23.12.1996 gün ve 1996/64 Esas, 1996/109 K. sayılı (21.01.1997 gün ve 22884 sayılı Resmi Gazete) Yine UM, 22.10.1990 gün ve 1990/29 Esas, 1990/29 K. sayılı kararları. (09.12.1990 gün ve 20720 sayılı Resmi Gazete)

¹⁶⁴ Şirin, **a.g.e.**, s. 30.

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için gerekli olan üçüncü kriter, idari sözleşmelerde “*özel hukuku aşan idareye üstün yetkiler tanıyan*” hükümlerin bulunmasıdır.

Özel hukuku aşan şartlar, kural olarak sözleşmenin tarafı olan idarenin, karşı tarafın hak ve yükümlölüklerine nüfuz edebilecek oranda kamu kudretine dayanan tek yanlı, işlem yapabilmesi anlamına gelir.¹⁶⁵ Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar aynı konumda oldukları için birinin iradesi ile sözleşmeden kaynaklanan ilişkiyi etkilemesi ve değıştirmesi mümkün değildir. Halbuki, idari sözleşmeler, kamu yararı ve kamu hizmetlerinin sağlanması amacıyla tek taraflı iradesi ile sözleşmeyi etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler tesis edebilir. Bu itibarla, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde bulunmayan birtakım üstün yetkilere sahip bulunması örneğin, tek taraflı değıştirme, tek yanlı fesih, denetleme, cezalandırma, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkilere sahip olması idari sözleşmelerle kaleme alınan konuların niteliğı gereğidir.¹⁶⁶

İdareye sözleşmede üstün yetkiler tanınması, idarenin sözleşme ile kamu hizmetinin yürütölmesindeki asli sorumluluğundan kurtulamaması, bu sorumluluğun gereğini yerine getirebilmek için işleyişte çıkacak aksaklıkları ancak üstün yetkilerle aşabilecek olmasıdır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, idareden taksitle konut satımı ile ilgili idare ile sözleşme imzalayan kişinin, sözleşmeden doğan uyuşmazlık hakkında açtığı davada sözleşmeyi incelemiş ve öncelikle sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için idareye üstün hak ve yetkiler tanınması gerektiğini ortaya koymuş; “*İdari sözleşmelerde, taraflara tanınan olağan haklar dışında kamu gücünü kullanan idarelerin ayrıcalıklı üstün hak ve yetkileri bulunması gerekmektedir.*”

Kararın devamında ise sözleşmede idareye üstün hak ve yetkiler tanınmadığı gerekçesiyle sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmiştir;

“*Uyuşmazlığa konu edilen konut satış sözleşmesinin incelenmesinden, idareye tek taraflı olarak ayrıcalıklı üstün hak ve yetkiler tanımayan sözleşmenin, yukarıda*

¹⁶⁵ Atay, **a.g.e.**, s. 448.

¹⁶⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 187.

niteliği belirtilen idari sözleşmelerden olmadığı; davacı ile davalı idare arasında ferdi nitelikli alacak-borç ilişkisi doğuran bu sözleşmenin özel hukuk kurallarına göre düzenlendiği anlaşılmaktadır.” diyerek sözleşme sebebiyle çıkan uyuşmazlığı adli yargının görev alanında görmüştür.¹⁶⁷

İdari sözleşmenin taraflarıyla üçüncü kişiler arasında çıkacak uyuşmazlıklara kısaca değinecek olursak; Eğer üçüncü kişinin hak ve menfaat ihlali sözleşmenin bir tarafı konumunda olan idarenin işlem ve eyleminden kaynaklanıyorsa genel hükümlere gidilir. İdarenin idari nitelikteki işlem ya da eyleminden doğacak uyuşmazlıklar idari yargıda görülürken idarenin haksız eyleminden kaynaklanan durumlarda adli yargı görevlidir. Örneğin sözleşmenin yürütülmesi için gerekli bir taşınmaza vaki kamulaştırmasız el atma sebebiyle açılacak davada adli yargı görevlidir.

Hak ya da menfaat ihlali idarenin değil de sözleşmede taraf olan karşı akidin işlem ve eyleminden kaynaklanmışsa konunun çözümü özellik arz eder. Şöyle ki eğer karşı akidin uyuşmazlık konusu işlem ve eylemi, hizmetin kapsamı ve gerekleri dışında kalıyorsa, haksız fiil kuralları gereğince bu eyleminden kendisi, adli yargı mercileri önünde sorumludur. Buna karşılık üçüncü kişinin gördüğü zarar, karşı akidin sözleşme gereği yerine getirdiği hizmet sebebiyle ifa ettiği bir davranışından doğmuşsa; karşı akidin idarenin ajanı olarak kabul edilip, hizmetten birinci derecede sorumlu olan idare aleyhine, idari yargı mercilerinde dava açılması gerektiği kabul edilmektedir. Elbette ki idarenin kusurlu akide rücu hakkı saklıdır.¹⁶⁸

Yukarıda da belirttiğimiz gibi idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda görülürken idarenin özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan davalar adli yargının görev kapsamına girmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden

¹⁶⁷ UM, 09.11.1998 gün ve 1998/27 Esas, idareye üstün hak ve yetkiler tanınması gerektiğine ilişkin benzer karar için bkz.: UM, 08.07.1991 gün, 1991/15 Esas, 1991/16 K. sayılı kararı.(20.10.1991 gün ve 20127 sayılı Resmi Gazete) söz konusu kararda Uyuşmazlık Mahkemesi, “Bağ-kur ile eczane arasında sigortalılara %5 indirimli ilaç satılması konusunda yapılan sözleşmeyi, Bağ-kur’un bu sözleşmedeki fesih yetkililerinin karşı taraftan fazla oluşu, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin bulunduğu bir gerçek olmakla birlikte, idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucuna varılamamaktadır” diyerek idari sözleşme saymamaktadır.

¹⁶⁸ Yüksel, **a.g.e.**, s. 190-192.

sayıldıkları için adli yargının görev sahasına dahil edilen uyuşmazlıklar,¹⁶⁹ aşağıda üçüncü bölümde incelenmiştir.

Buraya kadar İdari Yargı'nın görev alanını belirlemede başta Uyuşmazlık Mahkemesi olmak üzere Danıştay ve Yargıtay tarafından kabullenilen ölçütleri izah etmeye çalıştık. Sonuç olarak bu ölçütlerin her türlü uyuşmazlıkta kesin ve mutlak anlamda iki yargı düzenine ait görev alanını belirlemeye yetmediğini söyleyebiliriz. Kaldı ki, her geçen gün değişen ve gelişen ekonomik ve teknolojik duruma uyum sağlamak zorunluluğunda bulunan ve bu nedenle de teşkilâtı, görev ve yetki alanları daha karmaşık hale gelen idarelerce tesis edilecek işlemlerde bugün ölçütler dahi gelecekte idari ve adli yargının görev ayrımında kullanılamayacak, oluşan yeni durumlara göre yeni ölçütler bulunması zarureti ortaya çıkacaktır.

Esasen, bugünün uyuşmazlıklarında da, bilinen ölçütlerden biri ya da diğerinin anlaşmazlık konusu olaya uygulanması halinde dahi farklı sonuçlara varılmaktadır.

Bununla birlikte, açıklamaya başlandığı ilk anda da belirtildiği gibi; bir yargı düzenine ait görev alanının belirlenmesi kamu düzenini ilgilendirdiğinden, görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerin bilinmesinde de zorunluluk vardır.

Diğer taraftan İdare hukukunun uygulama alanını belirleme açısından son derece önemli olan bu ölçütlerin, yasama organı tarafından göz önünde bulundurulması arzulanan bir durum olmakla birlikte, ülkemizdeki uygulamada olduğu gibi Yasama Meclisi'nin bu ölçütleri göz önünde bulundurmayaarak normalde özel hukuka tâbi olan eylem ve işlemleri idare hukukuna tâbi kıldığı veya normalde idare hukukuna tabi olan birtakım eylem ve işlemleri özel hukuka tabi kıldığı gözlenmektedir. Türk pozitif hukukunda olağan yargı yeri olarak idari yargı yerlerinin görev alanına girmesi düşünülebilecek birçok uyuşmazlık, özel kanunlarla adli yargının görev alanına sokulmuştur. Bu uygulamada şüphesiz 1982 Anayasası'nın ve

¹⁶⁹ “Ortaya çıkan bir uyuşmazlığın adli yargının ya da idari yargının görev alanına girmesinin, pratikte taraflar açısından ne gibi yararlar ya da zararlar doğuracağı tartışma konusudur. Örneğin idari yargıda bir idari sözleşmenin tamamının ya da bazı hükümlerinin iptal davasına konu edilebilmesi açısından menfaat kriterine göre dava açılması mümkün iken adli yargıda görülecek olan bir özel hukuk sözleşmesinde, sözleşmeyi imzalayan taraflar dışında konunun yargıya intikali her zaman mümkün olmayabilir. Bu bağlamda özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilen bazı idari sözleşme türleri sırf yasa ile özel hukuk rejimine tabi tutulması neticesinde idari yargının objektif denetimi dışında bırakılabilmektedir.” Tank, **a.g.m.**, s.518.

ondan önceki anayasaların açıkça bu konuyu yasaklamamalarının etkisi olmuştur. Ancak anayasaların “çekirdek alan” dışında kalan yasal düzenlemeler için bu düzenlemelere yetki verdiği, “çekirdek alan” dışında kalan konularda yasa koyucuya yetki tanımadığı kabul edilmektedir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YARGININ GÖREV ALANI DIŞINDA KALAN UYUŞMAZLIKLAR

I. YARGI DENETİMİNİN SINIRLARI-YASAMA VE YARGI KISINTISI

Hukuk devleti olmanın prensiplerinden biri de hiç şüphesiz idarenin davranış ve faaliyetlerinin yani işlem ve eylemlerinin yargı organları tarafından denetlenmesidir. İdarenin yargısal denetiminin temel amacının, idarenin hukuka aykırı davranmasını mâni olmak, hukuka aykırılık ve haksızlıkları gidermek olduğu göz önüne alındığında idari yargının yetkisinin, yalnızca idari eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bazen yasama organı çıkardığı kanunlarda, idarenin yaptığı bazı işlemleri, yargı denetiminden muaf tutarak yargı denetimini kısıtlamış, bazen de yargı organları, önlerine gelen olayda yargı denetiminin yapılamayacağını beyanla yargısal denetimden kaçınmışlardır. İdare işlemlerinin yargısal denetime tabiiyeti konusunda yasama organının getirdiği kısıntıya, yasama kısıntısı; yargı organlarının getirdiği kısıntıya ise yargı kısıntısı denir.¹

Yasama kısıntısı ancak yasama organı tarafından getirilebilir. Yasama organı da bu kısıntıyı ancak Anayasa hükmü ile veya Anayasa'nın cevaz vermesi durumunda kanun hükmü ile getirilebilir. Anayasa'nın 125/1. maddesine göre, “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*”. Dolayısıyla, Anayasal bir dayanak olmaksızın, kanun dahil, yasama kısıntısı öngörülmesi mümkün değildir.²

Anayasa ile yargı denetiminin sınırlandırılmasına cevaz verildiğinde de bu sınırlamanın mutlaka kanunla yapılması gerekir. Zira Anayasa'nın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler, bu bağlamda hak arama özgürlüğü, ancak kanunla

¹ A.Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 33.bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 2. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, Şubat 2019, s. 37.

sınırlanabilir. Bu açıdan yürütme organı yönetmelik,³ adsız düzenleyici işlemler ve idari işlemler ile yargı denetimine sınır getiremez.⁴

Gerek 1982 Anayasasıyla ve gerekse çeşitli kanunlarla, idari yargı denetimine bazı kısıtlamalar getirilerek yargı denetimi dışında tutulan işlemler bugün itibariyle şu şekildedir: “Yüksek Askeri Şûranın, terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri”, “HSK’nın meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları”, Silahlı Kuvvetler personeline uygulanan ‘aylıktan kesme’, ‘hizmet yerini terk etmeme’ ve ‘oda hapsi’ dışındaki disiplin cezaları,⁵ “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararları” ile bu kararlara karşı başvuru üzerine Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar. (Any. m. 59/3), “Danıştay Başkanlar Kurulunun itiraz üzerine veya doğrudan doğruya verdikleri kararlar”. (2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 52/3), “Yargıtay Başkanlar Kurullarının itiraz üzerine veya doğrudan doğruya verdikleri kararlar” (2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 17/3/son).

Şu hususu da belirtelim ki 2017 yılı Anayasa değişikliği ve Anayasa değişikliğine uyum amacıyla çıkarılan KHK düzenlemeleri ile yasama kısıntılarına ilişkin değişiklikler neticesinde sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halini düzenleyen Anayasanın 122. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.⁶ Özellikle Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı işlem kategorisi oldukça genişletilmekle birlikte bu işlemlere karşı yargı yolunu kapatan hükümler de yürürlükten kaldırılmıştır.⁷

³ D10D, E. 1985/169, K. 1986/31, KT. 21.01.1986, DD, sy. 64-65, s. 413-414. (aktaran; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 37.

⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 37.

⁵ Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev ve sorumlulukları ile disiplin soruşturmalarında güvencelerini düzenleyen Anayasanın 129/4. maddesinde, “Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır”denilmekle istisnai bir düzenleme öngörülerek Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılara uygulanabilecek disiplin cezalarının da yargı denetimi dışında bırakılmasına cevap verilmiştir. (aktaran Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 47)

⁶ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 16.

⁷ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16. maddesi ile Anayasa’nın 125/2. maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler... yargı denetimi dışındadır” hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 105/2. maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz” hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır. İYUK m. 2/3’de yer alan “Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır” düzenlemesi de 703 sayılı Anayasa değişikliklerine uyum amacıyla çıkarılan KHK’nın 185. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. (aktaran Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 46)

2017 yılı Anayasa değişikliği ve sonrasındaki uyum düzenlemeleri ile Cumhurbaşkanının tek başına yapmış olduğu işlemlere karşı yargı yolunu kapatan hükümler tümüyle kaldırılmıştır.

Genellikle ‐h k met tasarrufu‐ olarak adlandırılan yargı kısıntısı ise idarenin yargısal denetimine, yine yargı yerleri tarafından getirilen kısıntıdır.

Ülkemizde özellikle 1930 ve 1940’lı yıllarda, H k met (Bakanlar Kurulu) tarafından tesis edilen bazı kategorideki idari işlemlere karşı açılan davalar, Danıştay tarafından yargı denetimi dışında tutulmuştur. Zira Danıştay bu tür işlemleri Devletin siyasi tasarrufları olarak nitelemiş ve bu işlemlerin Devletin yüksek ( li) menfaatlerini korumak amacıyla tesis edildiğini belirterek bu kategorideki idari işlemlere karşı açılan davaları ‐görev‐ noktasından reddetmiştir. Bu uygulama, ‐işlem ve eylemleri yargı denetimine konu olan‐ hukuk devleti ilkesine de bir istisna teşkil etmiştir.⁸ 1924 Anayasası döneminde Danıştay içtihatlarına baktığımızda, ‐h k met tasarrufları‐ uygulaması, 1) Mukabele-i bilmissil (reciprocity) kararları, 2) Zorunlu isk na/g   e (forced migration) tabi tutulma kararları, 3) Türk vatandaşlığından çıkarma (denaturalization) kararları, 4) Yabancıların sınır dışı edilmesi (deportation) kararları, olmak üzere belli başlı dört kategori idari işlem açısından söz konusu olmuştur.

Danıştay’ın ‐h k met tasarrufu‐ kuramına dayanarak H k metin (Bakanlar Kurulu) bazı kategorideki idari işlemlerini yargı denetimi dışında tutması, 1961 Anayasası’nın y r rl ğ e girmesinden önceki dönem için söz konusu olmuştur. Zira 1961 Anayasası’nın y r rl ğ e girmesi ve Anayasa’nın ‐yargı denetimi‐ başlıklı 114/1. maddesinde ‐idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz‐ hükmünün yer alması karşısında h k met tasarrufu uygulaması sona ermiştir.⁹ Zira söz konusu hüküm 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun değişikliğiyle ‐idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır‐ biçiminde değiştirilmiştir. Aynı hüküm 1982 Anayasasının 125. maddesi ile de kabul edilmiştir.

⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 52.

⁹ Ibid.

II. SEÇİMLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLAR

Yerel yönetimin (Mahalli İdareler) seçimleri ile ilgili uyuşmazlıklar, konunun yönetsel niteliği dolayısıyla kural olarak yönetsel yargının görevi içine girer. Nitekim Danıştay, bu alanda birçok davaları görevi içinde görmüş ve karara bağlamıştır.¹⁰ Ancak 1950 yılında Milletvekilleri seçimlerinin yargı denetiminde yapılması ve seçim uyuşmazlıklarının özel yargı yerlerince giderilmesi yolu benimsenmiş ve bu yol daha sonra yerel seçimlere de uygulanmıştır. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun'a göre, seçim işleri, İlçe, İl ve Yüksek Seçim Kurulu eliyle yürütülür. Seçimlerle ilgili uyuşmazlıklar da, seçim kurulları kurulmasından sonra yönetsel yargının görevi dışında kalmıştır. İl Seçim Kurulları kararlarının iptali için Danıştay'a açılan davalar görev yönünden reddedilmektedir.

Anayasanın 79. maddesinde yer alan “Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzluklar, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarına ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur” hükmü dikkate alındığında seçimlerle ilgili uyuşmazlıkların seçim kurulları ve Yüksek Seçim Kurulu'na karara bağlandığını söyleyebiliriz.

Danıştay'a açılan bir dava, “...İl Seçim Kurulunun kararına karşı yapılan itirazın incelenmesi Danıştay'ın görevi dışındadır.” denilerek görev yönünden reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de ilçe seçim kurulunu, “mahkeme” olarak görmemekte ve ilçe seçim kurulu başkanı olan hakimin: Milletvekili seçimi kanununun 63. maddesinin anayasaya aykırılığı konusunda itiraz yolu ile yaptığı müracaatı aşağıdaki nedenle reddetmiş bulunmaktadır.

“Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin olarak çözümlemiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulunun tümünün yüksek yargılardan kurulu bulunması, il ve ilçe seçim kurulu

¹⁰ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 109; Danıştay'ın 1950 yılı öncesi seçim uyuşmazlığıyla ilgili verdiği karar için bkz: D5D 20.06.1939 gün, 1938/1797 Esas, 1939/800 K. sayılı kararı. (**DKD**, S:11, 44)

*başkanlarının yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilebilmeleri için yeterli değildir. Aynı şekilde ilçe seçim kurulu başkanının bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olması da bu kurul başkanlığının mahkeme sayılmasını gerektirmez... Bu nedenlerle, başvuru İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının “Mahkeme deyimini içine girmediği kabul edilerek ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık gerekçeleri üzerinde durulmadan itirazın başvuranın yetkisizliği yönünden reddi gerekir”.*¹¹

III. İDARİ NİTELİKTE OLMALARINA RAĞMEN KANUNLARIN ADLİ YARGIYI GÖREVLİ SAYDIĞI UYUŞMAZLIKLAR

Adli yargının görev alanına giren bir uyuşmazlık, kanun ile idari yargının görev alanına dâhil edilemez. İptal davasına konu olabilme bakımından gerekli olan tüm niteliklere sahip bulunmakla birlikte, bir idari işlemin yargısal denetimi gerek yasal düzenlemeler ve gerekse içtihatlar yolu ile başka yargı düzenlerinin görev alanına aktarılabilmektedir. Özellikle, geleneksel olarak, bireysel hak ve özgürlükler ile özel mülkiyetin koruyucusu sayılan adli yargının görev alanının, bu sebeple ve içtihatlar yoluyla birçok idari işlem bakımından da genişletilmesi eğilimi, idari ve adli yargının görev alanlarının belirlenmesi sorununu gündeme getirmiş; bu sorunun yanısıra niteliği itibarıyla idari nitelikteki birçok işlemin yargısal denetimi adli yargıya verilmiştir.

Bunlar dışında yine mesela, bir kanun hükmüne, kanun hükmünde kararname hükmüne, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmüne, uluslararası sözleşmeye, Sayıştay’ın kesin hükümlerine, bir yargı organının kararına karşı da idari yargıda dava açılmaz.¹²

İdari nitelikte olmalarına rağmen kanunların adli yargıyı görevli saydıkları uyuşmazlıklar, çalışmamızın bu kısmında örnek yargı kararları ışığında incelenecektir.

¹¹ AYM, 18.02.1992 gün ve 1992/12 Esas, 1992/7 K. sayılı kararı. (13 Mayıs 1992 günlü Resmi Gazete); Gözübüyük, bu kararda Anayasa Mahkemesinin, mahkeme deyimini biçimsel olarak dar bir açıdan yorumladığını, bunun sonucu olarak da, seçim yargısında uygulanan yasaların, itiraz yolu ile anayasa aykırılığının ileri sürülebilmesi yolunun kapatıldığını belirtmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, hem kendi görev alanını daraltmış, hem de kendi amacı ile bağdaştırılması güç bir karar almıştır. Bkz.: Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 110.

¹² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 336

A. Nüfus Kayıtlarının Düzeltilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar

Nüfus kütüklerinin tutulması ve nüfus işlerinin yürütülmesi İçişleri Bakanlığı'na bağlı Nüfus İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen; denetimi, kanunla adli yargı mercilerine bırakılmış, idari nitelikli bir kamu hizmetidir.

“4271 Sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu”nun 38. maddesinde “*Kişisel durum sicilinin tutulmasından doğan zararlar, kusurlu memura rücu edilmek kaydıyla Devletçe tanzim edilir. Tazminat ve rücu davaları, kişisel durum sicilinin tutulduğu yer mahkemesinde açılır.*”, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 35. maddesinin birinci fıkrasında da “*Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddi hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir.*” hükmü yer almış olup aynı Kanun’un 36/1-a maddesinde: “*Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları Cumhuriyet savcısı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır.*” kuralına yer verilerek görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, kişisel durum siciline ve nüfus kütüğünde düzeltme yapılmasıyla ilgili uyuşmazlıkları Uyuşmazlık Mahkemesi adli yargıya göndermekte; Danıştay ise söz konusu işlerde görevsizlik kararı vermektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 25.03.2019 tarihli bir kararında: “*Düzgün olmayan kişiler kütüğüne kayıtlı davacının nüfus kaydının tespiti ile tarafına nüfus cüzdanı verilmesine karar verilmesi istemiyle açtığı davanın Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca adli yargının görevli olduğuna*” karar vermiştir.¹³

Uyuşmazlık Mahkemesi, 23.10.2017 tarihli bir kararında; “*Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesinde 09.06.2001 tarihinde vefat eden kızı yerine Hastane tarafından kendisinin ölmüş gibi bildirilmesi sonucu Nüfus İdaresince nüfus*

¹³ UM, 25.03.2019 gün ve 2019/66 E., 2019/192 K. sayılı kararı. (12.04.2019 gün ve 30743 sayılı Resmi Gazete)

kayıtlarına ölü kaydı girilmesi nedeniyle oluştuğu öne sürülen maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davanın, kişisel durum sicilinin yanlış tutulmasından doğan zararın giderilmesi istemiyle açılan bir tazminat davası olduğu gözetildiğinde devletin özel hukuk ilkeleri gereğince sorumluluğunu düzenleyen 4271 sayılı Kanunu'nun 38. maddesinin açık hükmü karşısında adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine" karar vermiştir.¹⁴

Uyuşmazlık Mahkemesi 11.11.2013 tarihli bir kararında; "Nüfusa kayıtlı ve sağ görünen şahsın yabancı bir ülkede başka bir isim altında vefat ettiğinin nüfus kayıtlarına işlenmesi istemiyle mirasçı sıfatına haiz davacı tarafından açılan davanın 5490 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca adli yargı yerinde görülmesi gerektiğine" karar vermiştir.¹⁵

Uyuşmazlık Mahkemesi yine; "Doğmadığı öne sürülen kişiye ait nüfus kaydının terkinine karar verilmesi istemiyle açılan davayı",¹⁶ "Yaş tashihi istemiyle açılan davayı",¹⁷ "Nüfus kütüğündeki kayıtların yıpranma ve yırtılma nedeniyle ortadan kalktığı ileri sürülerek yeniden yazılma istemi ile açılan davayı",¹⁸ "Bakanlık yönergesine dayanılarak nüfus kütüklerinde yapılan değişikliklerin düzeltilmesi"¹⁹ istemine ilişkin davayı" ve "Nüfus ve Ahvali Şahsiye kayıtlarında değişikliğe sebep"²⁰ olacak tespit davasını" aynı gerekçelerle adli yargıya göndermiştir.

¹⁴ UM, 23. 10. 2017 gün ve 2017/523 E, 2017/633 K. sayılı kararı. (**Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi**, Ankara, Ocak 2018, S: 6, s. 635; Aynı yönde benzer bir karar için bkz.: UM, 28.12.2015 gün ve 2015/832 Esas, 2015/868 K. sayılı kararı; UM, 11.11.2013 gün ve 2013/1504 Esas, 2013/1684 K. sayılı kararı. (**UMKD, a.g.d.**, s. 922)

¹⁵ UM, 11.11.2013 gün ve 2013/1504 E, 2013/1684 K. sayılı kararı.(21.12.2013 gün ve 28858 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete)

¹⁶ UM, 06.04.1987 gün ve 1987/6 E, 1987/12 K. (02.07.1987 gün ve 19505 sayılı Resmi Gazete); UM, 06.04.1987 gün ve 1987/7 Esas, 1987/13 K. sayılı kararı.

¹⁷ UM, 11.02.1991 gün ve 1991/5 E, 1991/5 K. sayılı kararı. (12.05.1991 gün ve 20869 sayılı Resmi Gazete)

¹⁸ UM, 10.10.1988 gün ve 1988/22 E, 1988/30 K. sayılı kararı. (28.03.1988 gün ve 20122 sayılı Resmi Gazete)

¹⁹ UM, 02.04.1990 gün ve 1990/8 E, 1990/8 K. sayılı kararı. (21.04.1990 gün ve 20499 sayılı Resmi Gazete)

²⁰ UM, 21.05.1990 gün ve 1990/14 E, 1990/14 K. sayılı kararı. (21.04.1990 gün ve 20499 sayılı Resmi Gazete); UM, 15.08.1992 gün ve 1992/24 E, 1992/25 K.sayıllı kararı.(24. 06. 1992 gün ve 21264 sayılı Resmi Gazete); Danıştay 10. Dairesinin 20.04.1994 gün ve 1994/2359 Esas, 1994/1752 K.sayıllı kararı. (**DD**, 1996. S:90, s. 1129)

B. Tapu Sicili ile İlgili Uyuşmazlıklar

Tapu sicili ile ilgili hizmetler, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmektedir. Kural olarak, mülkiyetin elde edilmesi, irtifak haklarının tesisi için tapu siciline kayıt zorunludur. İdari bir hizmet olup tapu kütüklerinin tutulması, kütüklerde düzeltme yapılması, kanun ile adli yargı yerlerinin denetimine verilmiştir. Medeni Kanuna göre, mahkeme kararı olmadan tapu kütüklerinde düzeltme yapılamaz.

Bu amaca yönelik davalar, idari yargının görev alanı dışında tutulmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi de, Medeni Kanun'un 1027. maddesi²¹ (eski TMK m. 935) gereğince tapu kayıtları üzerine tescil, terkin ve tashih işlemlerine ilişkin davaların adli yargının görevine girdiğini kabul etmektedir. Danıştay da, önüne gelen bu tür işlerde görevsizlik kararı vermektedir.

Konuyla ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi 13.03.2017 tarihli bir kararında: *“davacıların tapuda zeytinlik olarak tescili yapılan taşınmazın cinsinin arsa olarak düzeltilmesi istemiyle yaptıkları başvurunun reddine ilişkin, Tapu Sicil Müdürlüğü kararının, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce onanmasına yönelik işlemin iptali ile taşınmazın vasfının arsa olarak düzeltilmesine karar verilmesi istemiyle açılan davanın Türk Medeni Kanunun hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine”* karar vermiştir.²²

Uyuşmazlık Mahkemesi, benzer başka olaylarda da aynı yönde karar vermiştir. Örneğin Mahkeme, 21.05.2012 tarihli kararında: *“6089 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca yüklenici şirketin kooperatif ile akdettiği Taşınmaz Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi dikkate alınarak kazandığı ve sözleşme uyarınca kendisine karşılık gelen alacağının davacıya devredilmesi neticesinde oluşan Düzenleme Biçiminde Taşınmaz Satış Vaadi Akdinin, Medeni Kanun'un 1009 ve devamı*

²¹ Türk Medeni Kanunu'nun 1027. maddesi (eski TMK'nın 935. maddesi) *“İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltilebilir. Düzeltme eski tescilin terkin ve yeni bir tescilin yapılması biçiminde de olabilir.”*

²² UM, 13.03.2017 gün ve 2016/536 E, 2017/148 K.sayılı kararı.(www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

maddelerine göre tapu siciline şerh verilmesi istemiyle açılan davanın adli yargıda çözülmesi gerektiğini” belirtmiştir.²³

Mahkeme yine bir başka kararında ise; *“Dava konusu taşınmazda davalının 1/7, davacının 6/7 oranında hak sahibi olduğunun tespitine, tapu kaydına bu şekilde tesciline karar verilmesi istemiyle gerçek kişiye karşı açılan davanın, özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerinde çözümlenmesi”*²⁴ gerektiği şeklinde karar vermiştir.

“4721 sayılı Türk Medeni Kanunu”nun 1007. maddesine göre de *“Tapu Sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür”* denilmektedir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi 11.11.2013 tarihli bir kararında: *“davacı şirket adına kayıtlı olan taşınmaz tapu kaydının açılan dava neticesinde mera niteliğinde bulunduğundan bahisle iptali ile mera olarak sınırlandırılmasına karar verilmesi sebebiyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini talebiyle açılan davanın adli yargıda açıklığa kavuşturulması gerektiğine”*²⁵ karar vermiştir.

²³ UM, 21.05.2012 gün ve 2012/89 E, 2012/116 K. sayılı kararı. (18.06.2012 gün ve 28327 sayılı Resmi Gazete) Benzer karar için Bkz.: UM, 01.07.2013 gün ve 2012/616 E, 2013/1059 K.sayıllı kararı.

²⁴ UM, 01.10.2010 gün ve 2010/31 E, 2010/206 K. sayılı kararı; Benzer kararlar için Bkz.: UM, 05.02.2007 gün ve 2006/198 E, 2007/6 K. sayılı kararı; 29.09.2003 gün ve 2003/43 Esas, 2003/62 K.sayıllı kararı. (Celal Karavelioğlu, **Açıklamalı, İctihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 9. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 638); UM, 29.12.2003 gün, 2003/96 E, 2003/104 K. sayılı kararı; (Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 639); UM, 23.10.2000 gün ve 2000/21 E, 2000/40 K.sayıllı kararı.(10.11.2000 gün ve 24226 sayılı Resmi Gazete); UM, 13.06.1988 gün ve 1988/10 Esas, 1988/16 K. sayılı kararı. (28.03.1988 gün ve 20122 sayılı Resmi Gazete) “Mülkiyet hakkına vaki müdahalenin men”ine karar verilmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde görülmesi hk.”; UM, 02.10.1995 gün ve 1995/44 E, 1995/46 K. sayılı kararı.(22.10.1995 gün ve 22441 sayılı Resmi Gazete) Tapu tescil ve iptali davası, mülkiyet iddiasına ilişkin olması sebebiyle kamu tüzel kişisi olan belediyeler arasında açılmış olsa dahi Adli Yargı’da çözümleneceği hk; (Candan, **a.g.e.**, s. 543); UM, 17.12.1990 gün ve 1990/36 Esas, 1990/36 K. sayılı kararı. Kadastro komisyonu kararı ile tespit edilen taşınmaz üzerindeki aynı hakkın tapunun beyanlar hanesine kayıt edilmesi istemine ilişkin davanın adli yargı yerinde görüleceği hk; UM, 07.07.1986 gün ve 1986/15 E, 1986/15 K. sayılı kararı.(16.10.1986 gün ve 19253 sayılı Resmi Gazete): Tapu kaydındaki soyadın düzeltilmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinin görevine girdiği hk; D6D,20.02.1989 gün, 1988/144 Esas, 1989/307 K.sayıllı kararı.

²⁵ UM, 11.11.2013 gün ve 2013/1539 E, 2013/1711 K. sayılı kararı; aynı yönde benzer kararlar için bkz.: UM, 07.10.2013 gün ve 2013/1124 E, 2013/1411 K. sayılı kararı; UM, 05.07.2010 gün ve 2010/35 E, 2010/151 K. sayılı kararı. (14.10.2011 gün ve 28084 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete) D10D, 13.05.2002 gün ve 2001/1328 Esas, 2002/1501 K. sayılı kararı; UM, 02.02.2009 gün ve 2008/88 Esas, 2009/12 K.sayıllı kararı.

C. Kadastro Kanunu’nun Uygulanmasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

“21.06.1987 gün ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 1. maddesinde; bu kanunun amacı, *“ülke koordinat sistemine göre memleketin kadastral veya topoğrafik kadastral haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tespit etmek suretiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun öngördüğü tapu sicilini kurmak, mekânsal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmaktır”*. Kanunun 25. maddesinde, kadastro mahkemelerinin görevleri sayılmıştır. Buna göre; *“kadastro mahkemeleri, taşınmaz mal mülkiyetine ve sınırlı ayni haklara, tapuya tescil ve şerh edilecek ya da beyan hanesinde gösterilecek diğer haklara, sınır ve ölçü uyuşmazlıklarına bakmakla görevlidir”*. Söz konusu kanun maddesinden de anlaşılacağı gibi bu kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıklara adli yargı mercileri bakar.

Konuyla ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararında; *“Tarla vasfındaki taşınmazın hatalı kadastro sebebiyle mükerrer olarak kaydedilmesinden ötürü davacıların mülklerini kaybettiklerinden bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün Kadastro Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre adli yargının görevine girdiği sonucuna varılmıştır.”*²⁶

Konuyla ilgili Uyuşmazlık Mahkemesinin hüküm uyuşmazlığının giderilmesine ilişkin bir diğer kararında; *“bir parselin 1945 tarih ve 4785 sayılı Yasa’ya göre devletleştirilmeye tabi yerlerden olması nedeniyle içinde bırakıldığı Devlet ormanı sınırlarının yeniden tayin ve tespiti yolundaki kadastro tutanağına itiraz davasının reddine ilişkin adli yargı kararının kabulü ile görevsiz bulunan idari yargı yerince işin esası hakkında verilen kararın kaldırılması suretiyle hüküm uyuşmazlığının giderilmesine”* karar verilmiştir.²⁷

²⁶ UM, 26.10.2015 gün ve E.2015/557, K.2015/680 sayılı kararı(www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:06/10/2019) Aynı yönde bkz: UM, 17.12.1999 gün ve 1991/96 E, 1990/36 K.sayılı kararı; UM, 02.04.2007 gün ve 2006/321 Esas, 2007/47 K. sayılı kararı.(21.07.2007 gün ve 21.07.2007 sayılı Resmi Gazete); UM, 05.06.2006 gün ve 2005/61 Esas, 2006/74K.sayılı kararı.(07.10.2006 gün ve 26312 sayılı Resmi Gazete)

²⁷ UM, 10.10.2005 gün ve 2004/14 Esas, 2005/65 K. sayılı kararı. (09.01.2006 gün ve 26048 K. sayılı kararı; aynı yönde benzer kararlar için Bkz.: UM, 24.03.1997 gün ve 1997/12 Esas, 1997/11 K. sayılı kararı; UM, 02.04.2007 gün ve 26589 sayılı Resmi Gazete, s. 192)

D. İcra ve İflas Dairesi Görevlilerinin Kusurundan Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğuna İlişkin Uyuşmazlıklar

“2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu”nun 5. maddesinde, *“İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır”* hükmüne yer verilerek icra ve iflas memurlarının kusurundan doğan zararlara ilişkin davaların adli yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında kamu görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek şartıyla sadece idare aleyhine açılabileceği kuralına yer verilmiştir. Bu bağlamda icra-iflas görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan tazminat davaları sadece idare aleyhine açılabilecektir. İdare tazminata mahkum edilirse ödediği miktarca kamu görevlisine rücu edecektir. Tazmini istenilen zarar, icra-iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere verdikleri zarardır.

Kanunun 4. maddesinde ise, icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikayet ve itirazların, icra tetkik merci hakimî ya da kanun gereğince bu görev kendisine verilmiş olan hâkime yapılacağı hükme bağlanmıştır. Böylece anılan kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların da adli yargı içinde kendine has özellikleriyle halledileceği belirlenmiş olmaktadır.²⁸

Uyuşmazlık Mahkemesinin icra ve iflas memurlarının kusurlarına dayalı tazminat davaları ile ilgili olarak vermiş olduğu 24.09.2018 tarihli kararında; *“İcra müdürlüğünün dosyasında haciz tutanağı ve satış ilanının şirkete usulüne uygun tebliğ edilmeden yapıldığı iddia edilen ihale sonucu evvelce davacı şirket adına kayıtlı satılan araca ilişkin olarak uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, İcra ve İflas Kanunu uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine”*²⁹ karar verilmiştir.

²⁸ Karavelioğlu, a.g.e., s. 654.

²⁹ UM, 24.09.2018 gün ve 2018/556 E, 2018/556 K. sayılı kararı(www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:06/10/2019)

Uyuşmazlık Mahkemesi konuyla ilgili bir başka kararında da yine; “icra dairesi görevlilerinin kusurlarından ve adli yargı yerlerinin yargısal işlemlerinden dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi” gerektiğine karar vermiştir.³⁰

E. İdarenin Taşıtlarının Yaptığı Trafik Kazalarından Doğan Uyuşmazlıklar

“2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu”nda 11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanunun 14. maddesi ile değişiklik yapılmıştır.

Buna göre; “İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların neden olduğu zararlara ilişkin olanları dahil, bu kanundan doğan sorumluluk davaları adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu kanun hükümleri uygulanır.”(2918 sayılı Y.m. 110/1)

Yapılan yasa değişikliğinden önce idarenin taşıt araçlarının neden olduğu kazalarda, tazmin istemi idarenin hizmet kusuruna dayanıyorsa, dava adli yargı yerlerinde değil idari yargıda açılırdı. Yani zarar, “kamu personelinin dikkatsizlik ve tedbirsizliği sonucu oluşan kişisel kusura değil de kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğması nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayandırılıyorsa, kamu hizmetinin usulüne ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden”,³¹ bu davanın çözümünde idari yargı yerleri görevliydi. Bundan sonra ise hizmet kusurunun olduğu durumlarda da adli yargı yeri görevli olacaktır.

Yapılan yasa değişikliğinden önce Uyuşmazlık Mahkemesinin 14.11.2005 tarihli kararında da belirtildiği üzere; “kamu kurumuna ait motorlu aracın kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla işletilmesi sırasında bir kamu görevlisinin yaralanması ya da ölmesi nedeniyle uğranılan zararlardan dolayı, idarenin hizmet

³⁰ UM, 10.07.2006 gün ve 2006/101 E, 2006/114 K. sayılı kararı.(07.10.2006 gün ve 26312 sayılı Resmi Gazete)

³¹ UM, 15.11.1999 gün ve 1999/37 E., 1999/34 K. sayılı kararı.(www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

kusuru ya da objektif sorumluluk esasları çerçevesinde sorumlu olup olmadığının yargısal denetimi idari yargıda” yapıldı.³² Bundan böyle ise zararı gören, kamu görevlisi dahi olsa adli yargı yeri görevli olacaktır.

Yasal değişiklik öncesi karayollarının kendisinden kaynaklanan (etrafı kazılmış fakat asfaltlanmamış rögar kapağına çarpma sonucu kişinin taşıtında oluşan hasar gibi) zararların tazmininde Uyuşmazlık Mahkemesinin süregelen yerleşik içtihadı, olayın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun kapsamı dışında kaldığında uyuşmazlığa idari yargının bakacağı şekildeydi. Ancak 2918 sayılı Yasa’daki değişiklikten sonra her ne kadar trafik kazasının yol kusurundan veya işaretleme eksikliğinden kaynaklanmış olması halinde hizmet kusuruna dayanarak idareye karşı idari yargıda dava açılması gerektiği düşünülebilir ise de Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadını değiştirmiş ve aksi yönde kararlar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre bu halde dahi adli yargı yerleri görevlidir.³³

Öte yandan, anılan Kanun maddesinin iptaline ilişkin davada Anayasa Mahkemesi’nce 110. maddenin araçların sebebiyet verdiği zararlara dair bir düzenleme ihtiva ettiği belirtilmiştir. Kanun tasarısının madde gerekçesinden de, kanun koyucunun maksadının yine araçların sebep olduğu zararlara ilişkin olarak kamu ve özel ayrımı yapılamayacağı; araçların neden olduğu zararlara ilişkin sorumluluk davalarının yeknesak bir şekilde kısmi dava gibi olanakları içinde barındıran adli yargıda görülmesinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Kamu gücü gereği tesis edilen işlemler, araçların sebep olduğu trafik kazalarından nitelik olarak farklılık göstermektedir. Kamu hizmetine ilişkin iş ve işlemlerde idarenin özel hukuk kişileri ile eş konumda olması mümkün olmadığı gibi, kanunun gerekçesinde ve kanun maddesinin Anayasaya aykırılığını değerlendiren Anayasa Mahkemesi kararında

³² UM, 14.11.2005 gün ve 2005/68 E., 2005/86 K. sayılı kararı. www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

³³ UM, 01.06.2015 gün ve 2015/412 E., 2015/422 sayılı kararı. Nitekim karşı oy yazısında “2918 sayılı KTK 85. maddesinde açıkça belirtildiği gibi yasa, motorlu araçların işletilmesinden doğan zararlar nedeniyle işletenin hukuki sorumluluğunu düzenlemektedir ve dava konusu uyuşmazlık Yasa kapsamında değildir.” denilmektedir. Konuya ilişkin başka kararlar için bkz.: UM, 26.02.2018 gün ve 2018/40 E., 2018/91 K. sayılı kararı; UM, 04.06.2012 gün ve 2012/101 E., 2012/133 K. sayılı kararı; UM, 11.04.2016 gün ve 2016/163 E., 2016/210 K. sayılı kararı; UM, 24.12.2012 gün ve 2012/523 E., 2012/422 K. sayılı kararı; UM, 24.12.2012 gün ve 2012/539 E., 2012/436 K. sayılı kararı.

idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk davalarının adli yargıda dava konusu edilebileceğine ilişkin bir ifade de bulunmamaktadır. Bu kapsamda 110. maddenin içeriğinde de idarenin hizmet kusurunun olduğu hallerde de uyuşmazlıkların adli yargıda dava konusu edileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmemesine rağmen, idari yargıda –tam yargı davasında- dava konusu edilmesi gereken bir zararın tazmininin adli yargı denetimine tabi tutulması ise, idari yargının varlık sebebine aykırı olacağı gibi, bu yöndeki düzenlemelerin artması, idari yargının etkinliğinin azalmasına neden olacaktır.³⁴

F. Kamulaştırma Kanununun Uygulanmasından Doğan Bazı Uyuşmazlıklar

Kamulaştırma, “*İdarenin, genel yarar düşüncesi ile kamu kudretine dayanarak kamu emlakine veya kamu yararının icap ettirdiği hususlara tahsis etmek veyahut bu hususlarda kullanmak üzere, değer pahasını vermek şartı ile bir taşınmazı cebren iktisap etmesi*” olarak tanımlanmaktadır.³⁵

Kural olarak mülkiyet ve zilyetlikten doğan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir. Ancak gerek mülkiyet ve zilyetliğe ilişkin kamusal düzenlemeler, gerek kamu hizmetlerinin yol açtığı durumlar nedeniyle kamulaştırma, geçici işgal, istimval, devletleştirme ve idari irtifak kurma gibi hususlar söz konusu olduğunda sorunun idari yargı düzenini de ilgilendiren yanları bulunmaktadır.³⁶

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun bazı hükümleri kamu hukukundan kaynaklanmış olup, bu hükümlere ilişkin uyuşmazlıklar, idari yargının görev alanına girerken; diğer kısım hükümleri özel hukuktan kaynaklandıkları için bu hükümlere ilişkin uyuşmazlıklar ise adli yargının görev alanına girmektedir.

Kamulaştırma Kanunu’nun 14. maddesinde belirtildiği üzere, “*kamulaştırma işleminin iptaline ve 4. maddeye göre irtifak hakkı kurulmasına (Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz*

³⁴ Gül Üstün, “Karayolları Genel Müdürlüğü’nün Karayolları Trafik Kanunundan Doğan Sorumluluğu”, dergipark.org.tr, S.2, İstanbul, 2016, s.61

³⁵ Acar, **a.g.t.**, s. 186.

³⁶ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 341.

malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilmesine ilişkin davalar) ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıda”;³⁷ buna karşılık kamulaştırmada maddi hatalara (m. 14); taşınmazın idare adına tesciline (md. 10, 18 ve 19); taşınmaz malın boşaltılmasına (md. 20), taşınmaz malın geri alınmasına (md. 23) ve kamulaştırılan taşınmazdan arta kalan kısmın yararlanılamaz hale gelmesi nedeniyle bu kısmın da kamulaştırılmasına (m. 12) ilişkin uyuşmazlıklar adli yargının görevine girer. Ayrıca kamulaştırma bedelinin tespiti işi de (md. 10) adli yargının görevine girer.³⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi konuya ilişkin vermiş olduğu 28.11.2016 tarihli bir kararında: *“Davacılara ait olup baraj kamulaştırmasından sonra 300 mt mutlak koruma bandı içinde kalan taşınmazın kamulaştırma nedeniyle ekonomik değeri kalmadığından bahisle, taşınmaz ve üzerindeki ağaçların bedelinin tazmini istemiyle açılan davanın Adli Yargı yerinde çözümlenmesi”* gerektiğine karar vermiştir.³⁹

Uyuşmazlık Mahkemesi konuya ilişkin 13.03.2017 tarihli bir başka kararında: *“Davacılara ait olan Artvin İli, Borçka İlçesi, Borçka-Hopa Devlet Karayolu ile içkale deresi arasında bulunan taşınmazın ve üzerinde bulunan yapıların ve ağaçların değerinin tespiti ile bedelinin kamulaştırma işlemini yapan idareler tarafından, dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davanın Adli Yargı yerinde çözümlenmesi”* gerektiğine karar vermiştir.⁴⁰

³⁷ UM, 11.03.2013 gün ve 2013/355 Esas, 2013/442 K.sayılı kararı.(www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:06/10/2019)

³⁸ Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 641.

³⁹ UM, 28.11.2016 gün ve 2016/370 Esas, 2016/542 K. sayılı kararı. (**UMKD**, s. 343)

⁴⁰ UM, 13.03.2017 gün ve 2017/5 Esas, 2017/153 K. sayılı kararı. (**UMKD**, s. 225) Aynı yönde başka olaylara ilişkin kararlar için bkz.: UM, 10.10.2005 gün ve 2005/15 Esas, 2005/66 K. sayılı kararı.(09.01.2006 gün ve 26048 sayılı Resmi Gazete; s. 52) “...Belirtilen durum karşısında, olayda kamulaştırma işleminin iptaline yönelik bir dava açılmayıp, yapılan kamulaştırmada gerek takdir edilen gerekse bankada bloke edilen bedele itiraz edilerek açılan kamulaştırma değerinin arttırılması, davanın görüm ve çözümü, 2942 sayılı Yasa’nın 14. maddesine göre adli yargı yerinin görevine girmektedir. Açıklanan nedenlerle Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir...”(UM, 20.11.2000 gün ve 2000/63 Esas, 2000/57 K. sayılı kararı, İsa Yeğenoğlu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü Kararları (1998-2003)**, Ankara, 2003, s. 693-696); Kamulaştırma Kanununun 12. maddesinin uygulanmasından doğan davanın, anılan maddesinin son fıkrası uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiğine ilişkin UM, 10.10.2005 gün ve 2005/18 Esas, 2005/66 K. sayılı kararı; UM, 03.04.1995 gün ve 1995/10 Esas, 1995/12 K. sayılı kararı; UM, 05.06.1995 gün ve 1995/21 Esas, 1995/23 K. sayılı kararı; D6D, 22.01.1991 gün ve 1980/987 Esas, 1981/191 K. sayılı kararı; UM, 23.03.1987 gün ve 1986/51 Esas, 1987/9 K. sayılı kararı.(Karavelioğlu, **a.g.e.**, s. 645)

Şu hususu belirtmekte yarar görüyoruz. Kamulaştırmaya dair herhangi bir işlem olmaksızın taşınmaza el atılması, bir başka deyişle kamulaştırmaz el atma idarenin haksız eylemi olarak değerlendirilmekte ve bundan doğan uyuşmazlıklar, çalışmamızın üçüncü bölümünde idarenin hukuk dışı fiilleri kısmında da açıklandığı üzere fiili yol kıstası gereğince adli yargıya gönderilmektedir.⁴¹

G. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (KİT) Özel Hukuka Tabi Faaliyetlerinden Doğan Uyuşmazlıklar

Kamu İktisadi teşebbüsleri, Devlet'in ticaret, sanayi, bankacılık, madencilik ve tarım gibi ekonomik niteliği ağır basan faaliyet alanlarında kamu sermayesi ya da kamu sermayesinin katkısı ile oluşturulan Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT'ler) başlığı altında toplanan kamu kurumlarıdır. Anayasa'nın 165. maddesine göre; *"sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlet'e ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklar"* dır.⁴²

233 sayılı KHK'ya göre; kamu iktisadi teşebbüsleri, *"sermayesi doğrudan doğruya devlete ait olanlar ve sermayesi bir başka kamu iktisadi teşebbüsüne ait olanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sermayesi doğrudan doğruya Devlet'e ait olan KİT'ler; iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarıdır. Sermayesi bir başka KİT'e ait ise, müesseseler ve bağlı ortaklıklardır"*.⁴³

233 sayılı KHK'ye göre Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) İktisadi Devlet Teşekkülü (İDT) ile Kamu İktisadi Kuruluşlarının (KİK) ortak adıdır. O halde KİT'ler; İDT'ler ve KİK'larından oluşur.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin kimi faaliyetleri kamu hukukunun kimi faaliyetleri ise özel hukukun hüküm ve kurallarına bağlı olarak yürütülür. Bu teşebbüslerin işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin

⁴¹ UM, 28.11.2016 gün ve 2016/412 Esas, 2016/546 K. sayılı kararı. (UMKD, s. 365); UM, 11.04.2016 gün ve 2016/211 Esas, 2016/150 K. sayılı kararı. (UMKD, s. 681); UM, 04.06.2013 gün ve 2013/465 Esas, 2013/892 K. sayılı kararı. (UMKD, s. 469); UM, 04.06.2013 gün ve 2013/875 Esas, 2013/1010 K. sayılı kararı. (UMKD, s. 538); D10D, 23.10.2014 gün ve 2012/704 Esas, 2014/6106 K. sayılı kararı; UM, 01.10.2012 gün ve 2012/158 Esas, 2012/196 K. sayılı kararı.(16.11.2012 gün ve 28469 sayılı Resmi Gazete)

⁴² Atay, a.g.e., s. 302.

⁴³ Günday, a.g.e., s. 540.

belirlenmesinde zaman zaman güçlükler yaşanmaktadır. Karşımıza çıkan sorun hangi faaliyetlerin özel hukuk alanında hangi faaliyetlerin ise kamu hukuku alanında gerçekleştiği noktasındadır.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri diğer tüm kamu tüzel kişiler gibi içyapı ve ilişkileri bakımından idare hukuku kurallarına tabidirler.⁴⁴ Dolayısıyla bu konulara ilişkin uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin İktisadi Kamu kurumlarının idari nitelikte olduğu ve idari yargının görev alanına girdiği konusunda vermiş olduğu şu karar konuyu açıklar niteliktedir:

*“...Kuruluş yasasında özel hukuk hükümlerine tabi olduğu yazılı ise de mali ve idari bakımdan özerk ve tüzel kişiliği haiz olan kurumun gördüğü hizmetin kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur. Kurum üstlendiği görevleri, genel müdürlük, yönetim kurulu ve genel kurulunca alınan kararlar doğrultusunda yürütür ve bu sırada hizmetin gereklerine uygun ve hizmetin gerektirdiği tek yanlı, yönetsel, kesin ve yürütülmesi zorunlu kararlar alabilir...”*⁴⁵

Buna karşılık İktisadi kamu kurumları esas itibariyle özel hukuka tabi olup, dışa yönelik olan hizmetten yararlananlar (kullanıcılar) ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri, mal ve hizmet alımları, özel hukuka tabi görevlileri ile ilgili işlemlerine özel hukuk hükümleri uygulanır.⁴⁶

Dolayısıyla bu kuruluşlarla üçüncü kişiler arasında özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargı yerinde görülür. Gerçi bu yönde yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK'nın 4. maddesinde yer alan “*Teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir.*” şeklindeki kuraldan hareketle bu sonuca ulaşılmaktadır.

Bu hüküm, genel olarak KİT'lerin üçüncü kişiler ile kurduğu ilişkileri ifade etmektedir. Bu ilişkiler ise KİT'lerin üçüncü kişilerden mal ve hizmet satın almak veya

⁴⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s. 88.

⁴⁵ UM, 13.07.1981 gün ve 1981/19 Esas, 1981/19 K. sayılı kararı.(02.12.1981 gün ve 17532 sayılı Resmi Gazete)

⁴⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 543.

üçüncü kişilere mal ve hizmet satmak amacıyla yapmış olduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, birer özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. Örneğin Devlet Demir Yolları İşletmesi ile yük taşımak veya yolculuk yapmak isteyen bir kişi, bunu, yapacağı bir sözleşme ile gerçekleştirir veya TEDAŞ'ın sunduğu hizmetten abonelik sözleşmesi yapılarak yararlanır. Bu sözleşmeler birer özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise adli yargı yerlerinde çözülür. Sözleşmenin taraflarından birisinin idare (KİT) olması, sonucu değiştirmez. Dolayısıyla, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar özel hukuk kuralları çerçevesinde adli yargı yerlerince çözülür. Uygulama da bu yöndedir.⁴⁷

KİT'lerin özel hukuk alanındaki faaliyetleriyle ilgili davaların adli yargıda çözülmesi gerektiği yönündeki Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından birinde ” *PTT Şubesinden gönderilen iadeli taahhütlü mektupların kaybolmasından dolayı uğranılan zarara karşılık, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözülmesinin gerektiği* ”⁴⁸ ifade edilmektedir.

Uygulamada daha çok tartışılan konu ise “üçüncü kişi” diye tabir edilen kişiler ile KİT'ler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Bunlar, KİT'ler ile bir sözleşme ilişkisi içinde olmayan ve fakat KİT'ler tarafından yürütülen bir hizmet veya faaliyetten dolayı zarar gören kişilerdir. Örneğin, TEDAŞ'a (TEİAŞ) ait yüksek gerilim hattından çıkan kıvılcımların bir kişinin tarlasında yangına sebebiyet vermesi olayında olduğu gibi.

Bu tür zararların tazmini için açılacak davaların hangi yargı düzeninin görev alanına girdiği konusu uygulamada tartışmalıdır.⁴⁹ Bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'la Yargıtay farklı kararlar vermektedir. Yargıtay, KİT'lerin birer ticari işletme olduğunu kabul edip anılan faaliyetlerden (İdare örgütü dışındaki kişilerle olan ilişkilerden) doğan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine (Bk., m. 41, 55, 58) tabi olduğunu belirterek adli yargıyı görevli görürken Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay bu tür faaliyetlerin “kamu hizmeti”ne ilişkin olduğu ve kamu kurumlarının kanunla

⁴⁷ UM, 30.11.2015 gün ve 2015/807 E., 2015/822 K. sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

⁴⁸ UM, 11.12.2006 gün ve 2006/280 E., 2006/244 K. sayılı kararı. (21.07.2007 gün ve 26589 sayılı Resmi Gazete)

⁴⁹ Kaplan, **a.g.e.**, s. 89.

görevli kılındığı hizmetleri yerine getirirken kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılan davalarda hizmet kusurunun araştırılması gerektiği gerekçesiyle idari yargıyı görevli görmektedirler.

H. Kabahatler Kanunu Uyarınca Verilen İdari Yaptırım Kararlarıyla İlgili Uyuşmazlıklar

İdari yaptırımlar ve özellikle de para cezaları, yasa ile adli yargının görevlendirildiği bir alandır. Hatta “İdari yargı kadar, Adli yargı yerlerinin de kanunla yetkili kılınmış” olması, yaptırımlar konusunun bir özelliği kabul edilmektedir.⁵⁰

İdari yaptırım kararları, idarenin, kamu gücü kullanarak, tek yanlı irade açıklamasıyla tesis etmiş olduğu kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğinde olup bu yaptırım türü, idari işlemin neticesi olarak idari merciler tarafından kullanılırlar.⁵¹

Mevzuatımızda idari yaptırım kararlarının uygulanması ve bunlara başvuru yolları genellikle kendi kanunlarında gösterilmiş, idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yerleri ve başvuru süresi düzenlendiği kanuna göre farklılık içermiş, bazı kanunlarda idare mahkemeleri, bazılarındaysa sulh ceza mahkemeleri görevli mahkeme olarak gösterilirken başvuru süreleri de farklı farklı gösterilmiş idi.

Dağınık olarak hukuk mevzuatımızda yer alan idari yaptırımların bir hukuk sistemi içine sokularak uygulamada birliğin sağlanması amacıyla hazırlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 30.03.2005 tarihinde kabul edilerek 31.03.2005 gün ve 25772 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kabahatler Kanunu ülkemizde ilk kez yürürlüğe giren bir yasa olarak kabahatlerin genel yapısı niteliğini taşımaktadır. Kanunda belirli kabahatlere yer verilmektedir.

“5326 sayılı Kabahatler Kanunu”nun 2. maddesinde kabahat deyiminden; *“kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın*

⁵⁰ İl Han Özay, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Yayın No:3326, İstanbul, 1985, S:35, s. 138.

⁵¹ Candan, **a.g.e.**, s. 526.

anlaşılacağı” ifade edilmiştir. Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasında, “kabahatler hakkında uygulanacak olan idari yaptırımların; idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğu, idari tedbirlerin ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerden olduğu” hüküm altına alınmış; 27. maddesinde de “idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği” hükmüne yer verilmiştir.

Mevzuatımızda en fazla karşılaşılan yaptırım türü şüphesiz idari para cezasıdır. İdari para cezaları dışında kalan diğer idari yaptırımların tamamını saptayabilmek oldukça zor olduğu gibi yasalarla yeni yaptırımların da öngörüldüğü dikkate alındığında bunları eksiksiz saymanın mümkün olmayacağı açıktır. Bununla birlikte mevzuatta yer alan ve yargı kararlarına konu olan belli başlı idari yaptırımlar, “ruhsatsız yapılar için İmar Kanununda öngörülen durdurma ve yıkım kararları”, “sürücü belgesinin geri alınması”, “radyo ve televizyon yayınlarının durdurulması”, “işyerinin bir haftadan bir aya kadar geçici olarak faaliyetinin durdurulması, “spor müsabakalarına girişin yasaklanması” sayılabilir.⁵²

İdari yaptırımların hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesinde pozitif hukukumuzda özel olarak incelenmesi gereken en önemli konu idari yaptırımların yargısal denetiminin belli bir yargı kolunda yapılmayıp birden fazla yargı kolunda yapılmasının uygulamada ortaya çıkardığı bölünme ve bunlara karşı hangi yargı merciinde dava açılacağına tespitindeki güçlüğüne ortaya çıkardığı sonuçlardır. İdari yaptırımların yargısal denetim mercileri açısından 2005 yılında çıkarılan Kabahatler Kanununa kadar pozitif hukukumuzda önemli bir sorun bulunmamaktaydı. Zira birkaç istisna dışında tamamı idari yargı düzeninde denetleniyordu. 2005 yılında çıkarılan Kabahatler Kanunu yürürlüğe girince idari yaptırım yönünden hangi yargı merciinde dava açılacağı hususunda karmaşa yaşanmıştır.⁵³

⁵² Sadi Kayabaşı, **İdari Yargının Görev Alanında Kabahatler Kanunu ile Meydana Gelen Değişiklikler**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 41.

⁵³ Ali Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 189.

Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğü ile idari işlem niteliği taşıdığı için idari yargıda yargılaması yapılan birçok idari yaptırım, sulh ceza hakimliklerinin görev alanına girmiştir.

“2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanun”u ilk kabul edildiğinde 3. maddesi ile bu Kanun’un genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler için de uygulanacağını öngörmüştü. Bu çerçevede, Kanun’un genel hüküm ifade eden 27. maddesinde; *“idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı tebliğinden itibaren 15 gün içinde Sulh Ceza Hakimliği’ne başvurulacağı”* öngörülmüştü. Bu durumda özel kanunlarla kabahat kapsamına alınan idari para cezalarına karşı idari yargı yerlerine yapılan itirazlarda görevli yargı düzeni hakkında çelişkiler yaşanmaya başlanmış, Uyuşmazlık Mahkemesi de kendisine gelen idari para cezalarına karşı yapılacak itirazlara ilişkin görev uyuşmazlıklarında adli yargının görevli olduğuna karar vermeye başlamıştır.⁵⁴

Anayasa Mahkemesi, kendisine açılan iptal davası sonucu bu duraksama ve çelişkiyi gidermek için, 2006 yılında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun söz konusu 3. maddesini idari yargının görev alanının anayasal dayanakları olarak gördüğü Anayasa’nın 125. ve 155. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.⁵⁵ Gerçekten de Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiş bulunan bu hüküm nedeni ile Kabahatler Kanunu’nun genel hükümlerinin bu arada görevli yargı yeri ile ilgili hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanması gerekecek ve gerek kabahatler kanununda gerekse diğer kanunlarda yer alan idari yaptırımlar bakımından kanunun “başvuru yolu” başlıklı 27. maddesi uyarınca adli yargı mercileri görevli olacaktı.

Öte yandan idari para cezası ve benzer yaptırımlar öngören diğer kanunların bazılarında Kabahatler Kanunu’nun tersine görevli yargı yeri olarak idari yargı

⁵⁴ UM, 21.11.2005 gün ve 2005/92 Esas, 2005/112 K. sayılı kararı. (28.12.2005 gün ve 29037 sayılı Resmi Gazete)

⁵⁵ AYM, 01.03.2006 gün ve 2005/108 Esas, 2006/35 K. sayılı kararı. (22.07.2006 gün ve 26236 sayılı Resmi Gazete) *“...İdare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir. Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa’nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır.”*

yerlerinin belirlenmiş olması sebebiyle bu tür davaların bir kısmı idari yargı yerlerinde açılmaya devam edilmekte ve uygulamada sıkça görev uyuşmazlıkları çıkmakta idi.

Ancak Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatlere de uygulanacağı yönündeki yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonrasında görev uyuşmazlıklarının hukuki yoldan giderilmesi maksadıyla Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi, 06.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı kanunun 31. maddesi ile değiştirilmiş ve bu kanunun; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu durumda, herhangi bir idari yaptırım kararı söz konusu olduğunda bu kararı öngören yasada görevli yargı yeri idari yargı olarak belirtilmişse bu durumda idari yargı görevli olacak aksi halde yani idari yargı yoluna gidileceği şeklinde açık bir kanun hükmü bulunmaması halinde "5326 sayılı "Kabahatler Kanunu'nun Başvuru Yolu" başlıklı 27. maddesi gereğince adli yargı mercileri görevli olacaktır.

Nitekim konuyla ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi 20.02.2017 tarihli bir kararında: "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesine aykırılık nedeniyle aynı kanun'un 26. maddesinin 1. fıkrası (e) bendi uyarınca verilen idari para cezasının kaldırılması istemiyle" açılan davanın "İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca Bursa Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünce verildiği, 5326 sayılı kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 6331 sayılı Kanun'da da bu kanun uyarınca Çalışma ve İş kurumu İl Müdürlüğünce verilen para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan kanunun 27. maddesinin

(1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesi”⁵⁶ gerektiğine karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bir başka kararında “5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun’un 6. maddesi hükümlerine aykırılık nedeniyle aynı kanunun 14. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle” açılan davayı, aynı gerekçeyle adli yargıya göndermiştir.⁵⁷ Kendi kanununda, haklarında idari para cezası ya da mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı bağlanmış eylemlere uygulanan yaptırımlara karşı açıkça idari yargıya başvurulacağı belirtilmişse Kabahatler Kanunu’nun genel itiraz hükmü uygulanmaz. Örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 102. maddesine göre, “*İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler*”.⁵⁸ Aynı şekilde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 78/2. maddesine göre, “*Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır*”. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun

⁵⁶ UM, 13.03.2017 gün ve 2017/135 Esas, 2017/180 K. sayılı kararı. (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi, Ankara 2018, s. 249); Aynı yönde verilen başka idari yaptırım kararları ile ilgili kararlar için bkz.: UM, 13.03.2017 gün ve 2017/115 Esas, 2017/174 K.sayıli kararı.(UMKD, s. 243); UM, 20.02.2017 gün ve 2016/582 Esas, 2017/20 K. sayılı kararı; UM, 11.11.2013 gün ve 2013/1493 Esas, 2013/1676 K. sayılı kararı.(UMKD, s. 917); UM, 11.11.2013 gün ve 2013/1211 Esas, 2013/1556 K.sayıli kararı.(UMKD, s. 884); UM, 11.11.2013 gün ve 2013/493 Esas, 2013/1676 K. sayılı kararı; UM, 26.12.2016 gün ve 2016/700 Esas, 2016/631 K.sayıli kararı; UM, 28.11.2016 gün ve 2016/397 Esas, 2016/544 K. sayılı kararı; UM, 06.06.2016 gün ve 2016/326 Esas, 2016/368 K. sayılı kararı; UM, 25.01.2016 gün ve 2015/980 Esas, 2016/2 K. sayılı kararı; UM, 25.01.2016 gün ve 2015/969 Esas, 2016/17 K. sayılı kararı; UM, 28.11.2016 gün ve 2016/586 Esas, 2016/590 K.sayıli kararı(www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

⁵⁷ UM, 28.11.2016 gün ve 2016/586 Esas, 2016/590 K.sayıli kararı.(UMKD, Ankara 2017, s. 171; UM, 08.05.2017 gün ve 2017/246 Esas, 2017/292 K. sayılı kararı.

⁵⁸ Kesinleşmiş para cezalarına ilişkin ödeme emirlerine karşı yapılan itirazlarda ise iş mahkemeleri görevli kabul edilmiştir. (5510, m. 88/19). Uyuşmazlık Mahkemesinin 13.05.2013 gün ve 2012/598 Esas, 2013/640 sayılı kararı; Uyuşmazlık Mahkemesinin 09.04.2012 gün ve 2012/55 Esas, 2012/81 sayılı kararı. (aktaran; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 142.)

105/4. maddesine göre ise “*Bu Kanun uyarınca verilen idari para cezası kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir*”.⁵⁹

Sonuç olarak, Kabahatler Kanunu kapsamında tesis edilen idari yaptırımlara karşı başvurularda görevli yargı düzeni konusunda bir ikilik ortaya çıkmış, bir kısmında adli yargı bir kısmında idari yargı yerleri görevlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, “*Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinde yer alan, verilen idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı başvurunun Sulh Ceza Hâkimliği’ne yapılmasını cezai karakterlerinin ağır basması ve ceza hukuku alanına giren suç olma niteliğinden ötürü*” Anayasaya aykırı bulmamıştır.⁶⁰ Ayrıca 27. maddeye 8. fıkra ile şu hüküm de eklenmiştir: “*İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; İdari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali istemiyle birlikte idari yargıda açılır.*”

Fakat bu kuralın da istisnası bulunmaktadır. Buna göre, sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması kararı ile birlikte idari para cezasının uygulanması halinde dahi bu işlemlerin iptali için adli yargı yerinde dava açılması (itiraz edilmesi) gerekir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesine göre, “*ehliyetin geri alınmasına ilişkin hükmün 12.07.2013 tarih ve 6495 sayılı kanun’un 20. maddesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gözetildiğinde, oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının çözümünde, sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali istemiyle idari yargı yerinde açılan davanın bir öneminin bulunmadığı, davanın adli yargı yerinde görüleceği açıktır.*”⁶¹

Örneğin “*3194 sayılı İmar Kanunu’nda öngörülen idari para cezalarına itiraz konusunda görevli yargı yeri açıkça belirtilmediği için adli yargı mahkemeleri (Sulh*

⁵⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 142.

⁶⁰ AYM, 09.03.2006 gün ve 2006/34 Esas, 2006/37 K. sayılı kararı. (06.10.2006 gün ve 26311 sayılı Resmi Gazete)

⁶¹ UM, 30.11.2015 gün ve 2015/774 Esas, 2015/789 K. sayılı kararı; benzer karar için bkz.: UM, 05.06.2017 gün ve 2017/320 Esas, 2017/369 K. sayılı kararı; UM, 08.05.2017 gün ve 2017/269 Esas, 2017/313 K.sayıllı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

*Ceza Hâkimliği) görevlidir. Ancak 3194 sayılı Yasa kapsamında idari para cezasına konu işlemle ilgili olarak idari yargının görev alanına giren bir karar da verilmişse (yapı tatil zaptı düzenlenmesi gibi), her iki kararın iptali birlikte istenirse, idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da idari yargı yerinde incelenmesi gerekir”.*⁶² Konuyla ilgili olarak Danıştay’ın görüşü de aynı yöndedir.⁶³

Halbuki Uyuşmazlık Mahkemesi konuyla ilgili aynı durumu ihtiva eden başka bir olaya ilişkin vermiş olduğu 07.03.2011 tarihli kararında⁶⁴ “1608 sayılı kanun uyarınca idari para cezası verilmesine ve 1 kez yasaklanan faaliyetin men’ine ilişkin Belediye Encümeni kararına karşı açılan” davayı görüm ve çözümü için adli yargıya göndermiştir.

Karara muhalif üyenin bizim de katıldığımız karşıt görüşü şu şekildedir: “İncelenen uyuşmazlıkta öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı kanunun 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu; ancak idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren bir karar (1 kez yasaklanan faaliyetin men’i kararı) da verildiği ve birlikte dava konusu edildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle, uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiği oyu ile aksi yönde oluşan karara katılmıyorum.”.

Kabahatler Kanunu uyarınca adli yargının görev alanına giren uyuşmazlıklardan bazılarına değinelim.

4857 sayılı İş Kanunu’nun, 08.02.2008 tarihine kadar yürürlükte olan 108. maddesinin 2. fıkrasında, “Bu kanun uyarınca verilen idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu” kuralına yer verilmekte

⁶² UM, 02.03.2009 gün, 2008/300 Esas, 2009/46 K.sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

⁶³ Konuyla ilgili aynı yönde benzer olaylarla ilişkin Danıştay kararları için bkz.: D8D, 02.05.2008 gün ve 2008/1398 Esas, 2008/3133 K. sayılı kararı. (**Danıştay Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 119, s. 202 v.d.); D8D, 29.04.2008 gün ve 2008/853 Esas, 2008/3052 K. sayılı kararı. (Karavelioğlu, **a.g.e.**, s.678); UM, 26.12.2016 gün ve 2016/699 Esas, 2016/690 K.sayılı kararı.(**UMKD**, s. 644)

⁶⁴ UM, 07.03.2011 gün ve 2010/321 Esas, 2011/53 K. sayılı kararı. (14.10.2011 gün ve 28084 (Mükerrer) Resmi Gazete)

iken 08.02.2008 gün ve 26781 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 578. maddesinin (öö) bendi ile 4857 sayılı Kanunun 108. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca verilen idari para cezalarına yönelik itirazı inceleme mercii Kabahatler Kanunu’nun 3. ve 27. maddeleri uyarınca Sulh Ceza Hakimliğidir”.⁶⁵

Yine aynı şekilde “4925 sayılı Karayolları Taşıma Kanunu” uyarınca verilen idari para cezası kararlarına yönelik itirazı inceleme mercii Kabahatler Kanununun 3. ve 27. maddeleri uyarınca Sulh Ceza Hakimliğidir.⁶⁶

Uyuşmazlık Mahkemesi konuyla ilgili 14.03.2016 tarihli bir kararında “1608 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davayı” görüş ve çözüm için adli yargıya göndermiştir.⁶⁷

“3194 sayılı İmar Kanunu”nun 32. maddesinde ruhsatsız ya da ruhsat ve projesine aykırı yapılan yapıların yıkılması öngörülmüş ve aynı kanunun 42. maddesinde, imar mevzuatına aykırı hareket edenler hakkında verilecek para cezaları ile ilgili kurallar ortaya konmuştur.

“3194 sayılı İmar Kanunu”na aykırılıktan dolayı verilecek para cezaları ile idari yaptırım türlerinden sayılabilecek nitelikte olan yıkım kararlarına karşı hangi yargı yerinde dava açılacağı sorunu sürekli tartışılmakta olan bir konudur.

“3194 sayılı İmar Kanunu”nun 42. maddesine göre “ruhsat alınmadan veya ruhsata, eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine ve müteahhidine ayrıca bu kanunun çeşitli maddelerinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahiplerine, fenni mesule ve müteahhide para cezası verileceği

⁶⁵ UM, 30.11.2015 gün ve 2015/825 Esas, 2015/836 K.sayılı kararı; UM, 21.05.2012 gün ve 2011/235 Esas, 2012/99 K.sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

⁶⁶ UM, 17.11.2008 gün ve 2008/356 Esas, 2008/344 K.sayılı kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

⁶⁷ UM, 14.03.2016 gün ve 2015/919 Esas, 2016/113 K. sayılı kararı. (UMKD, s.177); UM, 01.04.2014 gün ve 2014/456 Esas, 2014/487 K. sayılı kararı; UM, 14.07.2014 gün ve 2014/782 Esas, 2014/831 K. sayılı kararı; UM, 06.04.2015 gün ve 2015/141 Esas, 2015/178 K. sayılı kararı; UM, 28.12.2015 gün ve 2015/868 Esas, 2015/903 K.sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

düzenlenmesine” yer verilmiş iken, “imar para cezalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümünde Sulh Ceza Mahkemeleri’nin görevli olduğuna ilişkin” hükmü Anayasa Mahkemesi’nin 15.05.1997 gün ve 1996/72 Esas, 1997/51 K. Sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararını göz önünde bulunduran Uyuşmazlık Mahkemesi, söz konusu yasanın 42. maddesine göre verilen idari para cezalarına karşı açılan davaları, göreve ilişkin genel ilkelere göre idari yargı kolunun görev alanında görmüştür.

Anılan yasanın ilgili maddesi 09.12.2009 gün ve 5940 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile değiştirilmiş olduğu halde; idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Buna göre Kabahatler Kanunu uyarınca verilecek idari yaptırım ve para cezaları ile ilgili kısımda yer alan açıklamalar dikkate alındığında;

“3194 sayılı İmar Kanunu”nda öngörülmüş para cezalarına karşı açılacak davalar kural olarak Sulh Ceza Hakimlik’lerinin görevine girmektedir.(m. 28,33,34,36,39,40,42) Ancak temelinde bir idari işlem bulunan bir idari yaptırım kararına karşı açılacak davalar idari yargının görev alanına girer. Buna karşılık, temelinde bir idari işlem bulunmayan, salt idari yaptırım niteliğindeki bir ceza işlemine karşı ise Sulh Ceza Hakimliği’ne başvurulması (itiraz edilmesi) gerekmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi konuyla ilgili 13.03.2017 tarihli kararında *“İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu yapı ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın (ruhsatsız yapının imara uygun hale getirilmesi ve aykırı yerlerin yıktırılması için bir ay süre verilmesine) da verildiği anlaşıldığından; İdari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur.”*⁶⁸ demek suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi için davayı idari yargıya göndermiştir.

⁶⁸ UM, 13.03.2017 gün ve 2017/136 Esas, 2017/181 K. sayılı kararı. (UMKD, Ankara Ocak 2018, S: 6, s. 255); UM, 13.10.2008 gün ve 2008/12 Esas, 2008/217 K.sayılı kararı. (24.07.2009 gün ve 27298 sayılı Resmi Gazete)

2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde; “sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin davaların sulh ceza mahkemelerinin görevine dahil edilmediği ve 5326 sayılı Kanun’un 19. maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için ehliyetin geri alınmasına ilişkin hükümlerin geçici istisna içinde sayıldığı dikkate alındığında, sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin davalara bakma görevinin idare mahkemesine ait olduğu” anlaşılmaktadır. Nitekim “2918 sayılı Karayolları Trafik kanunu”nun 48. maddesi uyarınca verilen para cezaları ile sürücü belgelerinin geri alınmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar idari yargı mercilerinde görülmeye devam etmiştir. Ancak 12.07.2013 günlü “6495 sayılı kanun”un 20. maddesiyle “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu”nun 112. maddesinde değişiklik yapılarak madde yeniden düzenlenmiştir.

Değişiklik nedeniyle görev uyuşmazlığı çıkarılması için yapılan başvuru sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesi: *“Trafik para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağının 5326 sayılı kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 12.07.2013 tarih ve 6493 sayılı kanun’un 20. maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 112. maddesiyle yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda Kabahatler Kanunu’nun 5560 sayılı kanun’la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan kanunun 27. maddesinin(1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.”*⁶⁹ şeklinde hüküm kurmuştur.

Dolayısıyla, “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu”nun 48/5. maddesi uyarınca verilen idari para cezası ile sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı yapılan

⁶⁹ UM, 17.11.2014 gün, 2014/1013 Esas, 2014/1052 K.sayıli kararı; UM, 10.04.2017 gün,2017/183 Esas, 2017/238 K.sayıli kararı;UM, 08.05.2017 gün ve 2017/269 Esas, 2017/313 K. sayılı kararı; UM, 30.11.2015 gün ve 2015/774 Esas, 2015/789 K. sayılı kararı; UM, 05.06.2017 gün ve 2017/320 Esas, 2017/369 K. sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

itirazların aynı kanunun 112. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle adli yargı yerlerinde çözümlenmesi gerekmektedir.

“5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu”nun 17. maddesine göre; “*bu kanun hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet Savcısı*”, 14. madde hükümlerine göre, “*mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararını vermeye ise Cumhuriyet Savcısı’nın talebi üzerine Sulh Ceza Hakimliği yetkilidir*”. Bu kararlara karşı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir. Dolayısıyla bu uyuşmazlıkları çözümleme görevi 5326 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde adli yargı yerine aittir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi 13.03.2017 tarihli bir kararında; “*5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu uyarınca, soruşturma konusu eylemin kabahat olduğu değerlendirilerek, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davayı görüm ve çözümü için adli yargıya göndermiştir.*”⁷⁰

Buna karşın 5607 sayılı Kanun’un 23. maddesi uyarınca ödenecek ikramiyelerden doğan uyuşmazlıklara bakma görevi ise, bir idari işlem bulunduğundan idari yargı yerine aittir.

I. Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Karşı Açılan Davalar

Davacılar tarafından hukuki niteliklerinde tereddüt hasıl olan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, Birlikler, T.C. Ziraat Bankası AŞ Genel Müdürlüğü, Yunus Emre Vakfı ve Organize Sanayi Bölgeleri gibi özel hukuk tüzel kişilerine karşı açılan davalar, diğer özel hukuk tüzel kişilerine karşı açılan davalar gibi idari yargının görev alanı dışındadır.⁷¹

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 30/09/2019 tarihli kararında: “*Davacının lisanssız elektrik üretmi için yaptığı bağlantı başvurularının reddine ilişkin davalı elektrik dağıtım anonim şirketi işleminin iptali ve tazminat istemiyle açtığı davanın açıldığı tarihte davalı kurumunda kamu kuruluşu niteliği taşımayan MEDAŞ (Meram*

⁷⁰ UM, 13.03.2017 gün ve 2017/138 Esas, 2017/182 K. sayılı kararı; (UMKD, Ankara 2018, S: 6, s. 261); UM, 14.03.2016 gün ve 2016/80 Esas, 2016/132 K. sayılı kararı; UM, 05.06.2017 gün ve 2017/322 Esas, 2017/371 K. sayılı kararı. (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi:20/07/2017)

⁷¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.395.

Elektrik Dağıtım AŞ)’nin olması karşısında idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksız olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğuna”⁷² oy çokluğu; Mahkeme 24/09/2018 tarihli kararında: “Davacıya ait taşınmazdaki inşaat temelinin tamamlanmasının ardından 29/07/2016 gününde yağın yağmur sonrası yıkılan elektrik direğinin temiz su şebekesini patlatması neticesinde inşaat temeline dolan su sebebiyle inşaatı devam edilemediğinden bahisle oluştuğu iddia edilen 54,008,00-TL zararın, Osmangazi Elektrik Dağıtım AŞ tarafından tazmin edilmesi istemini ilişkin davanın açıldığı tarihte davalı mevkiinde, kamu kuruluşu niteliği taşımayan Osmangazi Elektrik Dağıtım AŞ’nin olması karşısında, idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksız olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğuna”⁷³ oy birliği ile karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, 25.06.2018 tarihli kararında: “Davacıya ait taşınmazın Organize Sanayi Bölgesi sınırları içine dahil edilmesine dair talebinin, Velimeşe Organize Sanayi Bölgesi Başkanlığı tarafından reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın, Velimeşe Organize Sanayi Bölgesi’nin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve özel hukuk tüzel kişilerin tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılacağına açık olduğu gözetildiğinde çözümünde adli yargının görevli olduğuna”⁷⁴oy çokluğu ile; Mahkeme 08.07.2019 tarihli kararında: “Elbistan

⁷² UM, 30.09.2019 gün ve E.2019/443, K.2019/590 sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019) Karşı oy kullanan üyeler ise : “her ne kadar davalı şirketin özel hukuk tüzel kişisi ve dava konusu işlemlerin de özel hukuk işlemi olduğu ifade edilmişse de, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı şirket ile davacı arasındaki ilişkinin ticari bir ilişki olarak değerlendirilemeyeceği, bu kapsamda kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade açıklamasıyla tesis edilen dava konusu işlemlerin yargısal denetimini yapma ve bu işlemlerden doğan tazminat ve diğer istemleri karara bağlama görevinin idari yargı merciine ait olduğundan uyuşmazlığın çözümünün idari yargının görevinde bulunduğu” sonucuna ulaşmıştır. Aynı yönde bkz: UM, 08.07.2019 gün ve E.2019/309, K.2019/441 (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019)

⁷³ UM, 24.09.2018 gün ve E.2018/338, K.2018/458 sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019) Aynı yönde bkz: UM, 25.06.2018 gün ve E.2018/427, K.2018/417 sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019)

⁷⁴ UM, 25.06.2018 gün ve E.2018/425, K.2018/416 sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019) Karşı oy kullanan üyeler ise: “4562 sayılı Yasa hükümleri ile imar planına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatları ile ilgili olarak bazı kamusal görevler yüklenen Velimeşe Organize Sanayi Bölgesince belirtilen görevler kapsamında, davacıya ait taşınmazın Organize Sanayi Bölgesi içine

Organize Sanayi Bölgesi Başkanlığı'nın özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve özel hukuk tüzel kişilerince tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılacağı gözetildiğinde; davacının, davalı kurumda bölge müdürü olarak çalıştığı dönemlerde, kendisine eksik ödenen aylık ücret, ikramiye, giyim yardımı ile diğer parasal ve sosyal haklarından dolayı uğramış olduğu zararın ödenmesi istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğuna”⁷⁵oy birliği ile karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, 29.04.2019 tarihli kararında: “nafaka bağlanması mümkün olduğu gerekçesiyle, davacıya 2022 sayılı Kanun uyarınca Fındıklı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından verilen yaşlılık aylığının iptaline ilişkin işleme karşı açılan davanın, davaya konu edilen işlemin, 3294 sayılı yasanın 7. maddesi kapsamında vakıf müteveli heyeti kararı ile yapıldığı, 3294 sayılı yasa gereğince söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmüş olması nedeni ile dava konusu işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı sonucuna varılmakla görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğuna”⁷⁶oy çokluğu ile karar vermiştir.

Bu açıklamalardan sonra kanunların adli yargıyı görevli kıldığı diğer bazı uyuşmazlıkları da incelemekte yarar görüyoruz:

alınması işleminin reddine ilişkin işlemin, idari işlem niteliğinde olduğu görüldüğünden davanın görüm ve çözümünün idari yargının görevinde bulunduğu” sonucuna varmıştır.

⁷⁵ UM, 08.07.2019 gün ve E.2019/399, K.2019/442 sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019) Aynı yönde bkz: UM, 06.07.2015 gün ve E.2015/64, K.2015/475 sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019)

⁷⁶ UM, 29.04.2019 gün ve E.2019/225, K.2019/332 sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/10/2019) Karşı oy kullanan üye ise: “kuruluşu, karar mercii ile faaliyet alanı Kanunla belirlenmiş, faaliyet alanı Anayasanın başlangıç kısmı ile 2. maddesinde ifade bulan sosyal devletin gereklerinin yerine getirilmesine dair kamu hizmeti olan ve fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak gibi kamu yararına uygun amaçları olan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, özel hukuk tüzel kişiliği yanında kamu tüzel kişiliğine de sahip karma tüzel kişiliklerinin olduğu, bu durumda, davacıya 2022 sayılı kanun uyarınca bağlanan yaşlılık aylığının, nafaka bağlanması mümkün olduğundan bahisle iptaline ilişkin Fındıklı Kaymakamlığı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Başkanlığının 03/01/2018 günlü işlemin, kamu gücüne dayanılarak tesis edilmiş bir idari işlem olduğu, bu nedenle uyuşmazlığın görüm ve çözüm görevinin idari yargı yerine ait olduğunu” düşünmektedir.

5846 sayılı Kanun'un 1. maddesinde tarif edildiği üzere *“eser, sahibinin özelliğini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema yapıtları sayılan her türlü fikir ve sanat mahsulüdür”*.

Eser sahibinin söz konusu kanunun tanzim ettiği hukuki ilişkilerden dolayı idare ile arasında çıkan uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri, kanunun 76. maddesinde açıkça belirtildiği üzere adli yargı yeridir.

“Kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kimselere tazminat verilmesi hakkındaki 07.05.1967 gün ve 466 sayılı kanunun” 2. maddesi uyarınca, kanunsuz yakalama ve tutuklama nedenleri ile devlete karşı açılacak tazminat davaları, adli yargı mahkemelerinde görülüp karara bağlamaktaydı. 23.03.2005 gün ve “5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 6 ve 18. maddeleriyle 466 sayılı kanun yürürlükten kaldırılarak 01.05.2005 tarihinden itibaren koruma tedbirleri nedeniyle ödenecek tazminatlara ilişkin uyuşmazlıklarda “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu”nun 141 ve 144. madde ve hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi 29.12.2014 tarihli kararında: *“Cumhuriyet Başsavcılığı’nca yürütülen soruşturma devamında Sulh Ceza Mahkemesi’nde açılan ve sonuçta davacının beraatıyla sonuçlanan kamu davası kapsamında, davacıya ait kamyonun trafikten men edilmesi ve Adalet Bakanlığı yediemininde alıkonmasından doğan zararın tazmini istemiyle açılan davanın; 5271 sayılı Yasa’daki açık hüküm de gözetilerek, tazminat istemine esas olan işlemi yapan mahkemenin dahil olduğu Adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir.”*⁷⁷ denilmektedir.

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi başka bir kararında *“Davacının, hakkında karşılıksız çek keşide etmek suçundan verilen ve hukuka aykırı olan cezanın infazı kapsamında haksız olarak 4 ay 7 gün cezaevinde tutuklu kalması nedeni ile uğradığı*

⁷⁷ UM, 29.12.2014 gün ve 2014/1012 Esas, 2014/1078 K. sayılı kararı. Benzer karar için bkz.: UM, 20.02.2017 gün ve 2017/697 Esas, 2017/54 K. sayılı kararı.(UMKD, Ankara Ocak 2018, Sayı:6, s. 137)

maddi ve manevi zararın davalı Adalet Bakanlığı'ndan tazmin edilmesi istemiyle açtığı davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.”⁷⁸

3670 sayılı Kanun'un tatbik edilmesinden kaynaklanan davaların görüm ve çözüm yeri özel hüküm gereği adliye mahkemeleridir. 320 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 40. maddesi uyarınca Milli Piyango İdaresi, anılan madde ile düzenlenen ve saklı tutulan kurallar haricinde özel hukuka tabidir. Şans oyunları neticesinde ikramiye kazanılması ve ödenmesine dair davalar adliye mahkemelerinde çözümlenir. Buna karşın 39. madde uyarınca; işletmelere 37. madde gereğince verilecek para cezalarına dair davalar idari mahkemelerde görülür.

İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddiasından doğan hukuk uyuşmazlıkları adli yargı yerlerinde çözümlenir. Bu husus, “5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”nun 1. maddesinde açık olarak belirtilmiştir.

“3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu'nda, olağanüstü hallerde kişilere belli mükellefiyetler getirilebileceği ve özel mülkiyete konu bina ve taşınmazların askeri makamlarca kullanılabileceği” hükme bağlanmıştır. Ancak ilgili kanun uyarınca Milli Müdafaa Mükellefiyeti Komisyonlarınca el konulan taşınır mal ve araç-gereçlerin bedelleri ile askeri manevralar ve sahipli arazide atış yapılması esnasında ika edilen maddi zararlar ve atış dolayısı ile sahiplerinin istifadeleri menedilmek sureti ile vukua getirilen mahrumiyetler dolayısı ile vukua gelen zararın tazmini için açılacak davaların (m.57-63) adli yargı yerlerinin görevine girdiği kabul edilmektedir.

*“6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun”*un uygulanmasından doğan çeşitli uyuşmazlıklar adli yargı yerlerinde görülmektedir. Örneğin İstihkak iddialarına ilişkin uyuşmazlıklar (m.66) adli yargının görevindedir.⁷⁹ Keza, gayrimenkullerin satışında ihalenin feshine ilişkin uyuşmazlıklar (m.99); Kamu

⁷⁸ UM, 14.07.2014 gün ve 2014/62 Esas, 2014/713 K.sayılı kararı. (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/07/2017)

⁷⁹ UM, 30.11.2015 gün ve 2015/780 Esas, 2015/795 K. sayılı kararı. (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/07/2017)

borçlusunun bazı tasarruflarının iptali için açılacak davalar (m. 25-27) adli yargı yerlerinin görevinde sayılmıştır.

Ancak menkul malların satışına ilişkin ihalelerden (ihalenin feshi dahil) kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargı yerleri görevlidir. Çünkü kanun sadece gayrimenkullerin satışında ihalenin feshine ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıyı açıkça görevli kılmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bir kararında; *“satıcı şirketin vergi borcu nedeniyle Defterdarlıkça haczedilen menkul üzerinde, davacının mülkiyete ilişkin hak iddiasıyla açtığı istihkak davasının 6183 sayılı kanunu’nun 68. maddesi uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiğine”* karar vermiştir.⁸⁰

“5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”nun *“Uyuşmazlıkların çözüm yeri”* başlıklı 101. maddesine göre, *“Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemesinde görülür.”* Ancak bu kural yukarıdaki açıklamalarımızda da belirtildiği üzere idari para cezaları için geçerli değildir. Nitekim kanun’un 102. maddesine göre, *“İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde kuruma ya da kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir.”* Fakat kesinleşmiş olan idari para cezalarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine karşı açılacak davalar idari yargının değil, iş mahkemelerinin görevine girer.(m. 88)⁸¹

Kanunun bu düzenlemesinin isabetli olduğu söylenemez. Çünkü para cezasının kesilmesine ilişkin işlemin iptali için idari yargı yolunu, bu cezanın tahsili için düzenlenen ödeme emrinin iptali içinse adli yargı yolunu görevli kılmayı gerektirecek

⁸⁰ UM, 10.07.2017 gün ve 2017/107 Esas, 2017/421 K. sayılı kararı (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/07/2017)

⁸¹ UM, 13.05.2013 gün ve 2012/598 Esas, 2013/640 K.sayılı kararı; UM, 05.06.2017 gün ve 2017/177 Esas, 2017/348 K.sayılı kararı. (UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi:20/07/2017)

bir neden yoktur. Her ikisi bakımından da aynı yargı yolunun görevli kılınması daha doğru olurdu.⁸²

Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında; *“İdari para cezasından kaynaklanan ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın, 5510 sayılı Yasa’nın 88. maddesi uyarınca adli yargı yerinde görülmesi”* gerektiğine karar vermiştir.⁸³

6831 Orman Kanunu’nun 7. maddesinde *“Devlet ormanlarının, hükmi şahsiyete haiz amme müesseselerine ait ormanların, hususi ormanların, orman Kadastro ve bu ormanların içinde ve bitişiğinde bulunan her çeşit taşınmaz malların ormanlarla müşterek sınırlarının tayin ve tespitinin, orman kadastro komisyonları tarafından yapılacağı”*, 11. maddesinde de, *“orman kadastro komisyonlarının orman işlemlerine ilişkin tutanak ve kararlarına karşı hak sahibi gerçek ve tüzel kişiler ile Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı’nın altı ay içinde Kadastro mahkemelerine, kadastro mahkemesi kurulmayan yerlerde kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemeye müracaat edebilecekleri”* belirtilmiş olup, böyle olunca orman kadastro komisyonlarının orman kadastrolarına ve orman sınırlarını tayin ve tespitine ilişkin işlemlerine karşı açılan davalarda görevli yargı yeri, adli yargı yeri olur.

Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında *“Tapulu olduğu ileri sürülen taşınmazların, orman sınırı dışına çıkarılması, bunları orman sınırı içinde gösteren haritanın iptali ve tapunun beyanlar hanesinde bu yerlerin orman alanı olduğuna ilişkin kaydın silinmesi istemiyle açılan davayı”* görüm ve çözümü için adli yargıya göndermiştir.⁸⁴

Son olarak belirtelim ki 4271 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu’nun 467. maddesine göre, vasi ve vesayet dairesi üyeleri kendi ihmal ve kasıtları sonucu ortaya

⁸² Kaplan, **a.g.e.**, s. 87.

⁸³ UM, 21.05.2012 gün ve 2012/38 Esas, 2012/120 K.sayıli kararı; UM, 05.06.2017 gün ve 2017/177 Esas, 2017/348 K. sayılı kararı. (UMKD, 2018, S:6, s. 457) ; UM, 05.06.2017 gün ve 2017/169 Esas, 2017/347 K. sayılı kararı; UM, 30.12.2013 gün ve 2013/1675 Esas, 2013/1888 K.sayıli kararı.(UMKD, 2014, S: 2, s. 974); UM, 30.12.2013 gün ve 2013/1647 Esas, 2013/1860 K. sayılı kararı.

⁸⁴ UM, 03.04.1995 gün ve 1994/27 Esas, 1995/7 K. sayılı kararı; UM, 28.12.1981 gün ve 1981/17 Esas, 1981/26 K.sayıli kararı; UM, 17.12.1990 gün ve 1990/31 Esas, 1990/31 K. sayılı kararı; UM, 24.02.1986 gün ve 1986/1 Esas, 1986/1 K.sayıli kararı; UM, 10.10.2005 gün ve 2004/14 Esas, 2005/65 K. sayılı kararı. (09.01.2006 gün ve 26048 sayılı Resmi Gazete); UM, 05. 06. 2006 gün ve 2006/85 Esas, 2006/95 K.sayıli kararı.(07.10.2005 2005 gün ve 26312 sayılı Resmi Gazete, s. 205); UM, 05.06.2017 gün ve 2017/315 Esas, 2017/365 K.sayıli kararı.

ıkan zararlarından şahsen sorumlu olup, ortaya çıkan zararların bu kişilerce odenmemesi halinde ise, 468. maddeye göre “Devlet sorumluluğu” doğar. Devlet’e (hazineye) karşı açılacak tazminat davalarının görüm yeri de, kanunun 469. maddesinde belirtildiği üzere adli yargı yeridir.(Asliye Hukuk Mahkemesi) 4271 sayılı kanun’un 467, 468 ve 469. maddeleri, 743 sayılı (eski) Medeni Kanunu’nun sırasıyla 409, 410 ve 413. maddelerine karşılık gelmektedir.⁸⁵

Kanunların adli yargıyı görevli kıldığı dava ve uyuşmazlıklar konusundaki açıklamalarımızı bitirirken şu hususu belirtmek istiyoruz: Adli yargının görevini belirleyen yasalar elbetteki yukarıda saydıklarımızla sınırlı değildir. Bunlardan başka daha birçok yasada adli yargının belirli uyuşmazlıklar itibariyle görevliliği belirtilmiştir. Örneğin; “551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Hakkında Kanun”, “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, “6222 sayılı Sporda şiddet ve Düzensizliğin nlenmesine Dair Kanun”, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”, “6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu”, “3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu”, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu”, “1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ve 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline dair Kanun”, belli dava ve uyuşmazlıklar itibariyle adli yargının görevli olduğuna ilişkin hükümleri içermektedir.

⁸⁵ Karavelioğlu, a.g.e., s. 640.

SONUÇ

İdari faaliyetleri sebebiyle idare ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve bunlardan kaynaklanan idari davalar; kişilerin, birbirleri arasında çıkan uyuşmazlıklardan ve bunlardan kaynaklanan davalardan ayrı özellikte kabul edilmiş ve bu sebeple idari davaları görmek amacıyla idari yargı mercileri kurulmuştur.

Nitekim Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasında *“idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu”* belirtilerek idare için en geniş anlamıyla yargı denetimi öngörülmüştür. Anılan fıkra ile birlikte Anayasa'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, *“hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yapacakları”*, 142. maddesinde *“mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceği”*, 155. maddesinin birinci fıkrasında da, *“Danıştay'ın idari mahkemelerce verilen, kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerinin son inceleme mahkemesi olarak bakacağı”* belirtilmek suretiyle Anayasa'da idari ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım gereğince idarenin kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı denetimine, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargının denetimine tabi olacaktır. Ancak; faaliyetlerin nitelendirilmesindeki güçlükler nedeniyle bu sınıflandırma, uygulamaya her zaman sorunsuz olarak geçirilememektedir.

İdarenin ekonomik alana ilişkin özel hukuk yol ve kurumlarından da faydalanması, söz konusu faaliyetler üzerindeki yargısal denetimde görevli yargı organının belirlenmesine ilişkin sorunu ortaya çıkarmaktadır.

Görevli yargı yerinin belirlenmesinde yaşanan güçlüklerle, herkesten önce davacı karşı karşıya kalmaktadır. Davacı davasını açmadan önce davasını hangi yargı kolunda açması gerektiğini doğru olarak tespit etmek zorundadır. Zira yapacağı bir yanlışlık, zaman kaybına yol açabileceği gibi çoğu zaman, telafisi imkansız zararlara da sebep olabilmektedir. Bu bakımdan adil yargılanma ve hak arama özgürlüğünün sağlanabilmesi, adaletin bir an önce tecelli edebilmesi ve kamusal güce sahip olan idarenin işlemleri ya da eylemleriyle hakkı ya da menfaati zedelenen bireylerin hukuki durumlarının bir an önce netliğe kavuşturulabilmesi ve mevcut eksikliklerin

tamamlanarak varsa yanlışlıkların düzeltilmesi, doğacak uyuşmazlıkların bir an önce görevli ve yetkili mahkemenin huzuruna getirilmesiyle mümkündür. Ancak günlük yaşantımızda karşılaştığımız uyuşmazlıkların karmaşıklığı ve çeşitliliği, her uyuşmazlığın kendine has bir özelliği olması gibi sebepler, her somut olayda yargı kolunun belirlenmesini zorlaştırmıştır. Bu bakımdan idari yargı ile adli yargı arasındaki görev ayrımını bilmek oldukça önemlidir.

İdari yargının görev alanı belirlenirken bir yandan pozitif hukukta bir dayanak aranırken, diğer yandan bu yargı kolunun görev alanının Anayasal bir dayanağının bulunup bulunmadığı temelinde çözümler üretilmektedir. Çalışmamızın içerisinde de değinildiği gibi Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayrımına ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında idari yargının görev alanının anayasal bir dayanağının olduğunu söylemek ve idari uyuşmazlıkların çözümünde genel görevli yargı yerlerinin idari yargı yerleri olduğunu kabul etmek gerekir. Zira idare hukukundan doğan uyuşmazlıkların adli yargının dışında kendine has yargılama metotları olan idari yargıda çözümlenebilmesi için Anayasal dayanağa sahip bir idari yargıya ihtiyaç vardır.

Bilindiği gibi Anayasa'nın 142. maddesinde *“mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usüllerinin kanunla düzenleneceği”* öngörülmüştür. Bu kurala uygun olarak idari yargının görev alanına ilişkin düzenlemelere 1982 yılında kabul edilen 2575, 2576-2577 sayılı kanunlar topluluğunda yer verilmektedir. Bu kanunlar idari yargının görev alanını belirlerken, “idari dava”, “iptal davası”, “tam yargı davası”, “idari işlem”, “idari eylem” ve “idari sözleşme” gibi kavramları kullanmışlardır.

Her ne kadar idari yargının görev alanı Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olsa da, idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların, idari yargı mercilerinde çözümlenmesi benimsenmiş ise de gerek görev alanlarının belirlenmesi konusunda kanunlarda yer alan kuralların, bazen açık bir hüküm sevk etmemesi bazen de sevk edilen kuralların yetersiz kalması, gerekse her bir davanın kendine has özelliklerinin olması durumu, uyuşmazlığın niteliğinin net olarak tespit edilmesinde güçlükler yol açmakta, dolayısıyla idari yargı ile adli yargı arasındaki görev ayrımını güçleştirmektedir. Bu bağlamda idarenin tesis ettiği işlem, eylem ve sözleşmelerden

hangilerinin idari, hangilerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu hususunun kesin olarak ortaya konulması yani idarenin işlem, eylem ve sözleşmelerinin “idarilik” niteliğinin belirlenmesi, bir anlamda idari yargının görev alanının tespitini kolaylaştıracaktır.

Doğal olarak idarenin işlem, eylem ve sözleşmelerinin “idarilik” niteliğini yargı mercileri belirleyecektir. Bu konuda son sözü söyleme yetkisi Uyuşmazlık Mahkemesi’ne aittir. Bu amaçla ülkemizde 1945 yılında kurulan Uyuşmazlık Mahkemesi’nin idari yargının görev alanına ilişkin olarak geliştirdiği “*kamu gücü*” (*Hakimiyet-Temşiyet Tasarrufu*), “*kamu hizmeti*”, “*idari işlem*”, *idari eylem*” ve “*idari sözleşme*” gibi ölçütleri oldukça önem taşımaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin idari yargının görev alanına ilişkin içtihatlarla geliştirdikleri ölçütlerden ilki olan kamu gücü (Hakimiyet-Temşiyet Tasarrufu) idare hukuku’nun alanını belirlemede yararlanılan en eski ölçüttür. Bu ölçüte göre, idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı işlemler ve eylemler, İdare Hukuku’nun konusuna girer. İdare tek yanlı, egemenliğin bir parçası olarak emretme gücü (kamu kudreti) kullanmaktadır. İdarenin tasarrufları iki başlık altında incelenmiştir. İdarenin kamu gücü kullanarak gerçekleştirdiği hakimiyet tasarrufu, diğer tür tasarruflarına ise, temşiyet tasarrufu denilmiştir. Böylece idarenin hakimiyet tasarrufundan doğan uyuşmazlıklar idari yargıya gönderilirken; temşiyet tasarrufundan doğan uyuşmazlıklar ise, adli yargıya gönderilmiştir. Ancak sosyal devlet anlayışının gelişmesi ve buna bağlı olarak devlet faaliyetlerinin gittikçe daha karmaşık bir hâle gelmesi gibi nedenlerden dolayı Mahkeme, kamu hizmeti ölçütünü kullanmaya başlamıştır.

Devletin ekonomik ve toplumsal yaşama müdahale etmeye başlaması ile birlikte “kamu hizmeti” kavramı, İdare Hukuku’nun düzenleme alanını belirleyen bir ölçüt olarak kullanılmaya başlanmıştır. Kamu hizmeti kavramı, kamu yararına ilişkin bir ihtiyacı tatmin etmek için idarenin doğrudan veya dolaylı bir şekilde yüklediği sürekli ve düzenli bir etkinliği ifade eder. Bu ölçüte göre, idarenin kamu hizmeti niteliğindeki hizmetlerine ilişkin işlemler idari yargının, idarenin kamu hizmeti niteliğinde olmayan hizmetlerine ilişkin işlemler ise özel hukuka tabi olup adli yargının görev alanına girer.

Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmeti ölçütünü çoğu zaman hizmet kusuru ilkesiyle birlikte kullanmış ve idarelerin ifa ettikleri hizmetteki kusurları sebebiyle açılan davaları, idari yargıya göndermiştir. Bir kusurun hizmet kusuru şeklinde tanımlanabilmesi için davacının tavsifine önem verilmiştir. Kamu hizmeti ölçütünün uygulanması sırasında Uyuşmazlık Mahkemesi'ne yöneltelen bir eleştiri, hizmetin görülmesi sırasında ve hizmetin işleyişine ilişkin bir ayırımın istikrarlı şekilde uygulanmamış olmasıdır. Bu sebeple kamu hizmetinin görülmesi sırasında işlenip, kamu hizmetinin işleyişiyle hiçbir ilişkisi olmayan ve çoğu kez kişisel kusurun tartışılmasını gerektirecek davranışlar, sırf kamu hizmetinin görülmesi sırasında gerçekleştiği için idari yargının denetimine tabi tutulmuştur. Bu eleştiriye katılmamak mümkün değildir.

Kamu hizmeti kavramının muğlak olması, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmelerine de konu olabilmemesi, sınai ve ticari kamu hizmetlerinin ortaya çıkması gibi gerekçelerle kamu hizmeti ölçütü, İdare Hukukunun idare alanına ve keza idari yargının görev alanını tespit etmek bakımından tek başına belirleyici bir ölçüt olmakta yetersiz kalmaktadır. Bu bakımdan kamu hizmeti kavramının yeniden belirlenmesi ve kamu hizmeti alanı sınırlarının çizilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

İdari yargının görev alanının belirlenmesinde esas alınan idari davalara ilişkin ölçütlerden olan idari işlemler idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı tek taraflı işlemlerin tipik bir örneği olmasının yanında, kanunların yürütülmesinin (icrasının) ve kamusal amaçların gerçekleştirilmesinin de bir aracıdır. İdarenin kamu gücünü kullanmadan ifa ettiği işlemler, bu bağlamda idarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin işlemleri olmalarına rağmen “idari işlem” sayılmazlar. Bu işlemler idare hukuku'na değil, özel hukuk'a tabi olmakta ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara da adli yargıda bakılmaktadır.

İdare, idari işlemler vasıtasıyla belli bir alanda kendi fonksiyonunu yerine getirmektedir. Ancak sadece idari işlem kriteri gözönüne alınarak yapılan işlemin idari olduğuna kanaat getiremeyiz. Yargı içtihatlarında da kullanılan görüş dikkate alınarak, kamu gücü kullanılarak ve kamu hizmetinin görülmesi amacıyla tesis edilen işlemler idari işlem olarak nitelendirilebilir.

İdari yargının görev alanının belirlenmesinde esas alınan idari davalara ilişkin ölçütlerden biri de “idari eylem” ölçütüdür. İdarenin idari nitelikteki maddi fiilleri davranış ve tutumlarını ifade eden “idari eylem” kavramı; değişken yargısal içtihatlar bulunmakla birlikte öğreti ve yargı kararlarında, kamu hizmeti ve kamu gücü kavramları çerçevesinde tanımlanmaya çalışılmıştır. İdarenin eylemleri çoğu kez bir idari işleme dayanır ve icraidir. Bazen de idarenin bir durum karşısında hareketsiz kalması ve eylemsizliği de tıpkı bir eylem gibi anlaşılmakta ve idarenin sorumluluğuna sebep olabilmektedir. Buna karşılık, idarenin özel hukuk kapsamındaki maddi fiil ve hareketleri ise haksız eylem (haksız fiil) teşkil eder ve bu eylemlerden doğan zararların tazmini için açılan davalar adli yargı düzeninin görev alanına girer.

İdari eylem ölçütünde dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımıdır. Hizmet kusuru sebebiyle açılan davalar da idari yargı yerinde görülür. İdare, faaliyetlerini kamu görevlileri eliyle gerçekleştirir ve kusurlu fiil ve hareketler aslında bu kişilerce meydana getirilir. Bu nedenle hizmet kusurunun idareye atfedilen bir kusur olması önem taşır. Bu hususta davacı, somut olaya göre ya kamu personelinin kişisel kusuruna ya da idarenin hizmet kusuruna dayanacaktır. Uygulamamızda davacının bu tercihi görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Zira Uyuşmazlık Mahkemesi, somut olayın niteliğini araştırmaktan kaçınmakta, somut olayda hizmet kusurunun mu kişisel kusurun mu araştırılması gerektiğini belirlememekte, davacının tavsifine göre görevli yargı yerini belirlemektedir.

Belirtmek gerekir ki, bu bakış açısı doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmekte ve Mahkeme’nin, olayın niteliğini incelemesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Kanaatimizce de Uyuşmazlık Mahkemesi olayın niteliğini inceleyip, araştırılması gereken kusurun vasfını belirlemelidir.

İdari yargının görev alanını belirlemede idari davalara ilişkin olarak kullanılan son ölçüt de “idari sözleşme ölçütü” dür. İdarenin taraf olduğu, kamu hizmetinin ifasına ilişkin olan ve idareye, karşı akide göre Kamu Hukuku’ndan kaynaklanan üstün yetkilerin verildiği sözleşmelere idari sözleşme denilmektedir ve bu tür sözleşmelerden doğan davalar, idari yargının görev alanında görülmektedir. İdarelerin akdettikleri alım-satım, yapım, kira, abonman, bayilik, rödovans, kredi-burs ve hizmet

taahhüdü ve hizmet sözleşmeleri, “idarenin özel hukuk sözleşmesi” sayılmakta ve bu tür sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar, adli yargıya gönderilmektedir. “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu”, “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu”ndan doğacak uyuşmazlıklarda ise, bir ayırım yapılmakta ve söz konusu kanunlar veya sair ihale mevzuatı çerçevesinde ihale aşamasında tesis edilen işlemlerden doğabilecek uyuşmazlıklar, idari yargı yerlerince; ihale safhası tamamlanıp taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların ise adli yargı yerlerince çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim Danıştay İçtihatı da bu doğrultuda olup, ihale aşamasındaki işlemler, idarenin kamu gücüne dayalı tesis ettiği idari işlemler olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan sözleşme öncesine, ihale sürecine ilişkin sözleşmenin fesih işlemlerinin iptali istemiyle açılan, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan davaların da idari yargı yerlerinde görülüp çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yargı kollarının görev alanlarına ilişkin geliştirdiği ve çalışmamızın içeriğinde de izah etmeye çalıştığımız ölçütler hukuk uygulamamız açısından çok büyük öneme sahiptir. Yalnız şu hususu ifade etmek gerekir ki bu ölçütlerin hiç birisi idari ve adli yargı arasındaki görev ayırımını tek başına sağlayabilecek özellikte değildir. Bunun için bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen diğer ölçütlerle birlikte açıklanmaları gerekmektedir.

Ayrıca, idari nitelikteki kimi eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün kanunlarla adli yargıya bırakılması, idari uyuşmazlıkların kapsamının ve dolayısıyla da idari yargının görev alanının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu uyuşmazlıkları çalışmamızın üçüncü bölümünde “İdari Yargının Görev Alanı Dışında Kalan Uyuşmazlıklar” başlığı altında etraflıca incelemeye çalıştık.

İdari yargının görev alanının belirlenmesi meselesi sadece hukuki alanda ortaya çıkan teknik bir konu olarak değerlendirilmemelidir. İdarenin kamu gücü üstünlüğüne sahip olması ve tesis ettiği işlemlerin başka bir makamın onayına tabi olmaksızın hukuka uygunluk karinesinden faydalanarak sonuç doğurması gibi hususlar göz önüne alındığında, idari yargı yerlerinin görev alanının belirlenmesi

sorununun aslında kişi hak ve özgürlüklerinin korunması gibi bir vasfının olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin aldığı kararlarda olması gereken açıklık ve istikrarın hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması gerektiğinden Mahkemenin idari-adli yargı yerlerinin görev ayırımı noktasında üzerine aldığı görevde, olduğundan daha fazla titiz davranması gerektiği düşünölmektedir. Doğal olarak idari yargının anayasal dayanağa sahip olması, yasama organı tarafından yapılan yargı yeri belirlemelerinin anayasal sınırlar içinde kalınmak suretiyle herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta yapılması da Mahkemenin daha istikrarlı ve daha net kararlar vermesine katkı sağlayacaktır.

Bunun yanında, her geçen gün değişen ve gelişen ekonomik ve teknolojik duruma uyum sağlamak zorunluluğunda bulunan ve bu nedenle de teşkilatı, görev ve yetki alanları daha karmaşık hale gelen idarelerce tesis edilecek işlemlerde, bugün bilinen ölçütler dahi gelecekte idari ve adli yargının görev ayırımında kullanılamayacak, oluşan yeni durumlara göre yeni ölçütler bulunması ya da var olan ölçütlerin değişen şartlara göre yorumlanması zarureti ortaya çıkacaktır.

İdari yargının görev alanına ilişkin olarak çeşitli uyuşmazlıklarda denetlenen işlem, eylem ve sözleşmelerde aranan “idarilik” niteliğine ilişkin, anılan ölçütlerin özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında “açıkça” belirtilmesi ve bunların aynı nitelik ve şartları taşıyan tüm uyuşmazlıklarda ısrarla kullanılması gerektiği, ayrıca farklı anlaşılabilecek ifadelerden kaçınılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte yasa tasarısı ve tekliflerinde idari yargı veya adli yargı ayırımı; yine aynı şekilde muğlaklıklardan uzak açık ve net bir şekilde belirtilmeli yazım şekli ve amacı anlaşılır olmalıdır. Kısacası bir davanın hangi ana sebeple idari yargının görev alanında göröldüğü kolaylıkla anlaşılabilmelidir. En azından basit bir araştırma yapılarak kısa yoldan bu sonuca varılabilmelidir. Nitekim idari yargı ve adli yargı organları arasındaki “görev” sorununun çözömlenmesi; “*adil yargılanma*” yı sağlayarak bireylerin adalet duygusu ve hukuki güven içinde yaşamasına, davaların kısa sürede çözömlenmesine ve yargı organlarının iş yükü yoğunluğundan kurtulmasına imkân sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Niyazi: “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına göre İdari Yargının Görev Alanı”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000.
- Akural, Sami
Ziylan, Çetin: **Danıştay Sekizinci Daire Kararları**, Ankara, 1962.
- Akyılmaz, Bahtiyar: **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılışı Usulü**, Ankara, 2000.
- Akyılmaz, Bahtiyar: **İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Akyılmaz, Bahtiyar
Sezginer, Murat: **İdare Hukuku Dersleri**, Konya, Göksu Matbaası, 2001.
- Akyılmaz, Bahtiyar
Sezginer, Murat
Kaya, Cemil: **Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, 1. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2019
- Akyılmaz, Bahtiyar
Sezginer, Murat
Kaya, Cemil: **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 2. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2019
- Akyılmaz, Bahtiyar
Sezginer, Murat
Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

- Aral, Kenan: **Danıştay Muhakeme Usulü**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1965.
- Aral, Rüştü: “İdari Yargı Alanı ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay”, Cumhuriyetin Kuruluşunun 50. Yılı Özel Sayısı, **Danıştay Dergisi**, Ankara, 1973, s. 29, 32.
- Aslan, Zehreddin
Aral, Nilay: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:8, İstanbul, 2005, s. 1-25.
- Aslan, Zehreddin
Berk, Kahraman: **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2003.
- Atay, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Ayanoğlu, Taner: **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.
- Başgil, Ali Fuat: **“Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyet Meselesi”**, Adliye Ceridesi, Ankara, 1940.
- Berk, Kahraman: **İdari Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında İlk İnceleme**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 2008.

- Candan, Turgut: **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 3. bs., Ankara Adalet Yayınevi, 2009.
- Çağlayan, Ramazan: **İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2014.
- Darendeli, Vahap: “İdari Yargı Etkinliği Açısından İdari Uyuşmazlıklarda Adli Yargı Denetiminin Sınırlandırılması”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2003, s. 45.
- Darendeli, Vahap: “Türk Yargı Düzeninde Doğal Yargı Yeri Engelleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2004, s. 65.
- Duran, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Düren, Akın: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.
- Erkut, Celâl: **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990.
- Giritli, İsmet
Bilgen, Pertev
Akgüner, Tayfun
Berk, Kahraman: **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2018.

Gökalp, Ali Sıtkı:

İdari Dava Türleri, Yüzyıl Boyunca Danıştay,
2. bs., Danıştay Matbaası, 1986.

Gözler, Kemal:

İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş, 3. bs.,
Bursa, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2019.

Gözler, Kemal
Kaplan, Gürsel:

“İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:6, Sayı:63, Kasım 2010.

Gözübüyük, A. Şeref:

Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 33. bs.,
Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

Gözübüyük, A. Şeref
Dinçer, Güven:

İdari Yargılama Usulü, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.

Gözübüyük, A. Şeref
Dinçer, Güven:

İdari Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-İçtihat, 1. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 1996.

Gözübüyük, A. Şeref
Tan, Turgut:

İdare Hukuku Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 12. bs., Cilt:1, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Gölan, Aydın:

“Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.

Günday, Metin:

İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş ve gözden geçirilmiş 11. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, Ekim 2017.

- Günday, Metin: “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S:14, 1997.
- Güran, Sait: “Yargı Denetiminin Kapsamı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:11, S:1-4, 1987.
- Güzel, Oğuzhan: Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Müdahalelerin Değerlendirilmesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013.
- Kalabalık, Halil: **İdari Yargılama Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 12. bs., Konya, Sayran Yayınları Ocak 2018.
- Kahraman, Ebru: “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Kaplan, Gürsel: **İdari Yargılama Hukuku**, 3. bs., Ekin Basın Yayın Dağıtım, Ocak 2018.
- Karavelioğlu, Celâl: **Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 9. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

- Kayabaşı, Sadi: “İdari Yargının Görev Alanında Kabahatler Kanunu ile Meydana Gelen Değişiklikler”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Koçak, Yüksel: “Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1997.
- Köker, İsmet
Dinç, İlhan: **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, Hukuk-Ceza 1961-1987**, Ankara, Avşaroğlu Matbaası 1988.
- Kuru, Baki: **Nizasız Kaza**, Ankara, Filiz Kitabevi, 1961.
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Kuru, Baki: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Gözden geçirilmiş dördüncü baskı, Ankara, 1983.
- Kuru, Baki
Arslan, Ramazan
Yılmaz, Ejder: **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 2005.
- Odyakmaz, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **GÜHFD**, C:2, S:1-2, 1998.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:1,**
3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:2,**
3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:3,**
3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Osten, Necmi: **İdari Mukavele ve Amme Hizmetlerinin
Hukuki Mahiyeti,** İstanbul, 1938.

Özay, İl Han: **“Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı,
İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu”,**
Ankara, Danıştay Yayın No :33, 10-11-12
Haziran 1982.

Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim,** İstanbul, Filiz Yayınevi,
2015.

Özay, İl Han: **İdari Yaptırımlar,** İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayınları Yayın No:3326, İstanbul,
1985.

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku,** 15. bs., Ankara,
Yetkin Yayınları, 2014.

Özkan, Gürsel: **“İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk
Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı”,
148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü
Sempozyumu,** Danıştay Başkanlığı, Ankara,
10 Mayıs 2016.

- Özkol, Adil: **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Özyörük, Mukbil: **İdare Hukuku Dersleri (Teksir)**, Ankara, 1972.
- Pekcanitez, Hakan
Özekes, Muhammet
Akkan, Mine
Taş Korkmaz, Hülya: **Medeni Usul Hukuku**, 15. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Pekcanitez, Hakan
Atalay, Oğuz
Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, 5. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Sarıca, Ragıp: **Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**, Ankara, 2017.
- Sayhan, Şebnem: “Hukuk Devleti İlkeleri Açısından Anayasa Yargısı ve İdari Yargı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 1994.
- Şener, Esat: **Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza (1926-1997)**, Ankara, 1997.
- Şirin, Memduh Cemil: “Yargı Kararlarına Göre İdari Sözleşmelerin Sona Erme Halleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

- Tan, Turgut: “İdare Hukuku ve Tahkim”, **AİD**, C:32, S:3, Eylül 1999.
- Tan, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:50, Sayı:3, Yıl:1995, s. 294.
- Tan, Turgut: “Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku” **Amme İdare Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, Mart 1972, s. 3.
- Tank, Mehmet: “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C:2, Yıl:2, Sayı:4, 20 Ocak 2011.
- Ulusoy, Ali: **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Ulusoy, Ali: **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004.
- Uz, Abdullah: **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Üstün, Gül: “Karayolları Genel Müdürlüğünün Karayolları Trafik Kanunundan Doğan Sorumluluğu”, **Dergipark**, Sayı:2, İstanbul, 2016, s. 39-61.
- Yaşar, Hasan Nuri: **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2018.
- Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.

Yeğenoğlu, İsa:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü

Kararları (1998-2003), Ankara, 2003.

Yenice, Kazım

Açıklamalı İçtihatlı Notlu İdari Yargılama

Esin, Yüksel:

Usulü, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983.

Yıldırım, Ramazan:

“İdare Hukukuna Giriş”, Eskişehir, Anadolu

Üniversitesi Yayınları, Mart 2014.

Yıldırım, Turan:

İdari Yargı, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınevi,

2010.