

DEVLETİN (İDARENİN) HUKUKİ SORUMLULUĞU

Muharrem BALCI

Ömer ANIK

Abdullah KAYAN

Ümmügülsüm KILINÇ

GİRİŞ

Türkiye 2002'den bu yana, toplumun yarısının teveccühünü kazanmış tek parti yönetiminde bir rehavete kapılmış görünmektedir. Dünyada ve kendi tarihi birikimimiz ve uygulamalarımızda devletin sorumluluklarından haberdar olan aydınımız bakımından bu durum, kaçınılmaz olarak olası hukuksuzlukları akla getirmektedir. Sadece aklımıza gelse iyi, her gün biraz daha hukuka aykırılık ve aşırılıklarla karşılaşyoruz.

Duyarlı ve sorumlu hukukçular olarak, Batılı ve Müslüman toplumlarda tarihi örnekleri ile birlikte idarenin işlem ve eylemlerinde hukuka uygunluk ve aykırılıkları incelemek, toplumu bilgilendirmek, sivil toplumunun ve STK'ların da bir görevi olarak *hukuki denetim* vazifesini ifa etmek zorunluluğu bu çalışmayı gerekli kılmıştır.

Devlet(kamu tüzel kişileri), ülkeyi idari işlem ve eylemlerle yönettiği(idare ettiği)nden 'idare' olarak adlandırılır. Bu anlamda devlete kimi zaman 'yönetim' veya 'yöneten' de denilmekle birlikte hukukumuzda 'idare' olarak adlandırılmaktadır. Bu kavramsallaştırma aynı zamanda devletin idareciliği ile birlikte hukuki sorumluluğunun 'idare' işlevinden kaynaklandığını da gösterir.

İdare hakkında bilgi verip de "kamu" kavram ve olgusu hakkında bilgi vermemek bir eksiklik olurdu. Yanlış bir anlama ile toplumda statükoyu belirleyip, bundan nem'lananlarca kamu, devlet demektir. Özellikle 28 Şubat sürecinde 'kamusal alan' tartışmalarında bu konu çokça dile getirilmiş, araştırmalar yapılmıştır.¹ Devletin her zaman müdahale hakkını kendinde gördüğü bu kamusal alan, kamu kavramının açıklanmasıyla idarenin işlem ve eylemlerinin yasallığı ve hukukiliği daha net olarak anlaşılabilir ve hukuki denetimi daha kolay yapılabilir. Tabii ki önce 'kamu'.

¹ Yetkin ÖZCAN, *Kamusal / Özel Alan Tartışmaları*, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu, BİRİKİMLER – I – <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerI/66.pdf> (Erişim 26.10.2018)

Kamu, devlet dilinde, “halka hizmet vermekte olan bütün devlet birimlerine verilen adıdır. Kamu aynı zamanda bir ülkede bulunan halka da denmektedir.”²

Türk Dil Kurumu(TDK)’nda kamu; 1. Halk hizmeti gören devlet organlarının tümü. 2. Bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme: [Çevre koruması sorunları İsveç kamusunun bilincine ve hatta bilinçaltına sinmiş.] -H. Taner. 3. sf. esk. Hep, bütün: [Biz kimseye kin tutmayız / Kamu âlem birdir bize - Yunus Emre.]³

Kamu; “âlem, ‘herkes’ demektir, hepimiz... Buna en yakın terim: *halk*. Bir memlekette bugün burada yaşayan insanlar, talep ve ihtiyaçlarıyla, somut, gündelik, sıradan gerçeklikleriyle, halktırlar.”⁴

Kamu kavramı üzerindeki görüş farklılıkları, kamusal alanın genel geçer bir tarifine imkân tanımamaktadır.⁵ Özellikle de idarenin (devletin) hizmet ve edim sunduğu alan olması itibariyle, konunun iyi anlaşılabilmesi için kamusal alan üzerine birkaç tespiti aktarmak zarureti doğmuştur:

“Kamusal alan kavramına gelince; kamusal alan, liberal politik düzenin, feodal düzenin yerini aldığı sırada oluşmuş olan, yurttaş ya da bireylerin toplulukla ilgili sorunları ve konular üzerinde tartışma, fikir beyan etme imkânı buldukları, sosyo-politik sorunların çözülmesinde kişilerin değerler, erek ve normlar üzerinde mutabakata varma ve katkı yapma şansına sahip oldukları estetik/ebedi eleştiri veya politik muhalefet alanının adı olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde kamusal, burjuva toplumunun ihtiyaçları devlete ileten “ilerici eleştirel ve kültür tartışan” bir alan olarak inşa olunmuştur.”⁶

“Sözlük anlamı itibariyle kamu (public) herkes, genel, umum, halka ait, umumi, açık, aleni gibi anlamlara gelmektedir. Genel gözleme açık, ortada olan ve herkesin denetimine açık anlamlarını da taşımaktadır. Denetime açık olma kısmını pratik olarak tartışmalı bulduğumuz için “herkes” anlamını öne çıkararak bazı kavramları, başlarındaki “kamu” kelimesinin yerine herkes kelimesini koyarak yeniden okuduğumuzda durum daha da farklılaşacaktır. Bu durumda “kamu bankaları”, “herkesin bankaları”, “kamu borçları” “herkesin borçları” vb. olacaktır. Burada kullanılan “kamu”, “devlet” ve herkes sözcükleri böylece paralel bir

² *Kamu nedir? Ne demektir? Ne anlama geliyor?* <http://www.devlette.com/kamu-nedir-ne-demektir-ne-anlama-geliyor/> (Erişim 26.10.2018)

³ TDK. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=179692 (Erişim 26.10.2018)

⁴ Tanıl BORA, *Toplum, Kamu, Halk, Millet*, <http://www.birikimdergisi.com/haftalik/8269/toplum-kamu-halk-millet#.W8Q7jXszbcs> (Erişim 26.10.2018)

⁵ Yetkin ÖZCAN, a.g.m.

⁶ Ahmet CEVİZCİ’den aktaran Yetkin ÖZCAN, a.g.m..

kullanıma kavuşmuş olacaktır. Teorik olarak bunun böyle olmadığını bilsek de pratikte böyle kullandığımız açıktır. Sözü edilen kavramların literatürde kendilerine has anlam alanlarının mevcut olduğu da aşikârdır. Buradaki yöntemi kamusal alan kavramında uyguladığımızda, özneye göre “devletin alanı” ve “herkesin alanı” gibi ilk bakışta birbirine zıt olduğu anlaşılan iki anlama vurgu yapmış oluruz”⁷

“Batı’da Antikçağ Yunan topluluklarından beri kullanılan kamusal alan (Grekçesi politikos, Latincesi publicus, Osmanlıca’sı amme) genelde, özel ve siyasal alan dışında kalan ve herkes için ortak alan demektir. Kamusal, biraz da tarihsel gelişime bağlı olarak farklı anlamlarda kullanılmıştır. Sözlük anlamı bakımından kamu, herkes; kamusal ise herkes için ortak olan demektir ve bu haliyle de özel ve siyasal alan dışılığı ifade etmektedir.”⁸

İdare, devletin vatandaşına karşı görünen yüzü, hizmetin de sahibi ve sorumlusudur. Buradan idarenin varlık nedeninin *hizmet ve edim sunmak* olduğu anlaşılır. İdare, işlem ve eylemlerini (hizmetlerini) toplumsal yaşamın tamamında yürütmekle yükümlüdür. Belki de bu yönüyle halkın (kamunun), hizmeti ve edimi sunması için kendini temsilen atadığı güce, yine temsil makamında kamu denilmiştir. Ancak hiçbir zaman devlet halk anlamına gelmemektedir.⁹ Aksi halde XIV. Lui’nin deyiimiyle ‘devlet benim’in ifadesi ve işlevi olur ki buna da ne sosyal, ne modern ne de hukuk devleti denebilir.

İdarenin hizmeti 3 tür bireyi veya hukukun tanımladığı anlamda ‘kişiyi’ etkilemektedir:

- Hizmetten yararlanan,
- hizmete katılan,
- hizmetten etkilenen.

İdare, birey ile ilişkisini hukukun genel ilkeleri doğrultusunda hakkaniyet ve dürüstlüğü gözeterek yasal mevzuat çerçevesinde yürütmekle ve ortaya çıkan hak ihlallerini de dava yoluna gidilmeden gidermekle yükümlüdür. Tüm bu anlatımlardan çıkan bir sonuç da, idare ile vatandaş her an yüzyüze olduğundan, **idare, kamu gücünün günbegün görünüşü** olarak nitelenir.

İdari faaliyetlerin (hizmetin) çeşitliliği ve bu hizmetlerin çoğu zaman teknik işler olması, vatandaşta standart ve eşit şekilde ulaştırılabilmesi için bu hizmet alanlarının yasal düzenlemelere kavuşturulması gerekir. Böylece, idarenin hukuki sorumluluğu ortaya çıkarken, bu sorumluluk

⁷ Ramazan YELKEN’den aktaran Yetkin ÖZCAN, a.g.m.

⁸ Mustafa AYDIN’dan aktaran Yetkin ÖZCAN, a.g.m.

⁹ Kamu kavramının ne olup olmadığı hususunda Bkz: <http://www.farklar.net/toplum> (Erişim 26.10.2018)

halleri, yasal-idari mevzuat çerçevesinde hak ihlallerine sebep olmayacak şekilde belirlenmiş olmaktadır.

İdare özel hukuk kişileri gibi alım-satım, hizmet vb. “özel hukuk işlemleri” gibi, kamu gücünün kullanıldığı işlemler de yapabilir. Kamu gücü kullandığı işlemler ‘idari işlem’lerdir.

Toplumda idare ile fazlaca haşır-neşir olanlar için, idarenin işlem ve eylemleri can alıcı sorunların görülmesine, özellikle idari ihtilafların mahiyeti ve sonuçları hakkında görüş bildirmesine, çözüm mercilerine iletilmesine mesleki anlamda aracı olan, birey olarak da muhatap olan hukukçuların bu konuda kamuoyunu aydınlatması kaçınılmaz olmaktadır. Her ne kadar idarenin işlem ve eylemleri hakkında üniversitelerimizde idare hukuku dersleri veriliyor olsa da, bu dersler akademik düzeyde kalmakta, hukukun yaygınlaştırılması anlamında halk bilgilendirilmemektedir. Hukuk devletinin ancak hukuk toplumu ile gerçekleştirilebileceği düşünüldüğünde bu bilgilendirmenin önemi açıktır.

Esasen İdarenin hukuki sorumluluğunu, işlem ve eylemlerinden sorumlu tutmayı, uğranılan zararı telafi etmeyi ifade eden bir olgu, bir süreç olarak algıladığımızda, kusurlu veya kusursuz sorumluluk hallerinin sosyal hukuk devleti ilkesinin (AY. m.2) bir yansıması/gereği olduğunu söyleyebiliriz.¹⁰

Sorumluluk: Türkçe sormak fiilinden türetilen, hukukta "uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş bir suçun gerektirdiği cezayı çekme" ve daha özel kullanımıyla "alacaklının hakkını elde edebilmesi için el koyacağı mal varlığının hukuki durumu" anlamlarına gelir.¹¹

Sorumluluk hukukunun amacı zarara neden olan davranışı gerçekleştiren kimsenin cezalandırılması olmayıp, zarar gören kimselerin zararlarının giderilmesidir. İdari yargı mercileri idareye ayrıcalık tanımak için değil, onu denetlemek için kurulmuştur.

Kanunların ve diğer kamusal nitelikteki hukuki işlemlerin icra edilmesinden sorumlu yegâne devlet organı idare, kendisine yüklenen görevleri ifa ederken ve kendisine verilen yetkileri kullanırken, hukuki işlemler ihdas etme ya da hukuki işlemlere taraf olmanın yanında eylemler de icra eder. Bu eylemler bir kanun ya da idari işlemin icrasına yönelik olabileceği gibi salt bir eylem şeklinde de cereyan edebilir. Bu kadar geniş kapsamlı bir ilişkinin sürdürülmesi sırasında idare ile bireyler arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

¹⁰ Mahmut AKPINAR - Mehmet YEŞİLBAŞ, *Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği*, <http://www.e-akademi.org/makaleler/makpinar-myesilbas-1.pdf> (26.10.2018)

¹¹ <https://islamansiklopedisi.org.tr/sorumluluk> (Erişim 26.10.2018)

Genel olarak “idarenin sorumluluğu” ya da “idari sorumluluk” kavramı idarenin bireylere ya da topluluklara verdiği zararlardan mali bakımdan sorumlu olmasını ifade eder.

İdarenin işlem ve eylemleri ‘kamu hizmeti’ olarak da adlandırılır. Bir tarif vermek gerekirse, *kamu hizmeti*, “toplum içindeki fertlerin yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin, devlet eli ile görülmesi”¹² olarak ifade edebiliriz. Kamu hizmetine esas ve ortak ilkelere baktığımızda, bunların, 1. Süreklilik (kesintisizlik) ve Düzenlilik, 2. Değişkenlik(uyarlama), 3. Nedensellik ve Eşitlik, 4. Bedelsizlik (meccanilik) olarak sıralandığını görürüz.¹³ Tebliğimizin konusu olan idari işlem ve eylemler birer kamu hizmeti olduğundan, Tebliğimizde idari işlem ve eylemler geçen her yerde kamu hizmetine, bu hizmetlerin esas ve ilkelerinden bahsederken de yukarıda saydığımız 4 ilkeyi esas aldığımızı dikkat çekmek istiyoruz.

İdare mahkemelerinin yanı sıra sivil toplum kuruluşlarının da görevlerinden biri “*idarenin hukuki denetimi*”dir. STK’lar idare ile bazı projelerde birlikte yer alsalar bile, asli görevleri üyelerinin ve toplumun haklarını korumak, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin karşısında durmak ve hukuka uygun hale gelmelerini sağlamaktır. Her ne kadar günümüzde STK’lar bu işlevselliklerinden çokça taviz veriyor¹⁴ olsalar da bu hal STK’ların hukuki denetimden sorumlu olmadıkları (su-i misal emsal olmaz) anlamına gelmez.

Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu’nda devletin hukuki sorumlulukları sunum konusu yapılmaktadır. Özellikle Ömer Anık, Abdullah Kayan ve Ümmügülsüm Kılınç’ın yaptıkları sunumlarla genç hukukçuları bilgilendirmesi sonrasında, işbu Tebliğimiz arkadaşlarımızın yazılı notlarından da yararlanılarak güncellenmiştir. Kendilerine bu vesile ile teşekkür ediyorum.

Bu Tebliğimizde İdarenin sorumluluğunda tarihsel gelişiminin yanı sıra, kavramsal açıklamalar ve sorumluluk halleri, konu akademik olmamakla birlikte örnek idari işlem ve eylemler, eleştirel bakışla, anlaşılır halde okuyucunun hizmetine sunulmuştur.

¹² Leyla DEMİR, *Kamu Hizmetleri*, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu BİRİKİMLER –I <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimler/67.pdf> (Erişim 26.10.2018)

¹³ Leyla DEMİR, a.g.m.

¹⁴ Muharrem BALCI, *Türkiye’de STK’ların Zaafları ve Öneriler*, <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/164.pdf> (Erişim 26.10.2018)

İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

İdare hukukunda idarenin mali sorumluluğu anlatılırken değinilmesi gelenek haline gelmiş Alman hukuk bilimcileri tarafından formüle edilen bir kavramlaştırma vardır.

A. Mülk-Devlet teorisi: Devlet ve ülkenin siyasi otoritenin mülkü olarak görüldüğü anlayışı ifade etmek için kullanılmaktadır. Yargılama yetkisi Kralın yetkileri arasında tanımlandığından bunlar, kendi atadıkları yargılama makamlarının baktıkları davaları istediklerinde sona erdirebiliyorlardı. Prusya hükümdarı Büyük Friedrich haksız bulduğu kararları hâkimlerden değiştirmelerini istemiş, hâkimler verdikleri kararlarda ısrar edince hapse atılmışlardı.

B. Polis-Devlet anlayışı: Devletin temel hak ve hürriyetleri baskı altında tuttuğu ve hukuk kurallarıyla bağlı olmadığı bir yönetim modelini ifade eder. 17 ve 18. Yüzyıllarının Kıta Avrupa'sının mutlakiyetçi rejimlerini açıklamak için kullanılan ve ilk kez Almanya'da ortaya çıkmış bir kavramdır. Nazi Almanya'sı ve Stalin Dönemi Sovyetler birliği bu modelin örnekleridir.¹⁵

C. Hazine teorisi: Devlete ve Hazineye ayrı tüzel kişilik tanınıyor ve tazminat sorumluluğu devlete değil, hazineye yükleniyordu.

¹⁵ 1750 yılında, Alman Prusya Kralı Büyük II. Frederick, Berlin yakınlarındaki Postdam ormanlarında gezinirken, bir değirmenin bulunduğu alçak bir tepe üstünde durur. Değirmenin olduğu yeri satın alacağını ve yerine bir saray yaptıracağını söyler. Kralın adamları değirmenciye gider ve kralın bu isteğini iletirler. Fakat adam değirmenini satmak istemez. Adamları gelip Kral'a durumu anlatırlar; Kral bunun üzerine değirmenciye huzuruna çağırır. Değirmenci gelip, Kral'ın karşısında durur.

- Yanlış anladınız beni herhalde beyefendi, ben satın almak istiyorum orayı. Kaç para?" der,

Sonra değirmen için değerinin kat ve kat üstünde bir ücret ödemeyi teklif eder.

- Hayır, yanlış anlamadım, adamların da bunu söyledi. Satmıyorum!

- Beyefendi inat etmeyin, paranızı fazlasıyla vereceğim.

- Sen koskoca Kral'sın, paran çok. Git Almanya'nın her yerine saray yap. Burayı benden önce babam işletiyordu. Ona da babasından kalmış, ben de çocuğuma bırakacağım. Satmıyorum!

Bunun üzerine sinirlenen Kral Frederick ayağa kalkar ve;

- Sen benim Prusya Kralı Friedrich olduğumu bilmiyor musun yoksa?" diye gürlür. Değirmenci;

- Senin kral olduğunu biliyorum. Ama ben de bu değirmenin ve arazinin sahibi Sans-Souci'yim."

Kral iyice köpürür ve

- Madem benim kim olduğumu biliyorsun, o halde zorla alabileceğimi de biliyor olmalısın. Bakalım o zaman ne yapacaksın? Benim binlerce askerim var. Senin kimin var? der.

Değirmenci bu söz üzerine hiç telaşa düşmeden tarihe geçecek o ünlü sözü söyler:

- Berlin'de hâkimler var. Ben de onlara güveniyorum.

Kral bu cevap üzerine ıslah ettiği mahkemelerin adaletinin kendi aleyhine bile güvenildiğini anlar ve tarihe geçen şu ünlü sözünü söyler: "Hiçbir güç, hiçbir siyaset, hiçbir iktidar kral bile olsa adaletten üstün değildir. Hiç kimse adaletin üstüne çıkamaz." Kral İkinci Friedrich bu yel değirmeninin Prusya Krallığı devam ettikçe korunmasını ister ve onun daha altında olan tepeye sarayını diker ve adını da değirmencinin ismi olan Sans-Souci Sarayı koyar. Vecdi Murat SOYDAN, *Berlin'de Hâkimler Var*,

<https://www.antoloji.com/berlin-de-hakimler-var-siiri/> (Erişim 26.10.2018)

MODERN HUKUKTA İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ - FRANSIZ ÖRNEĞİ

1873'ten önce: Devletin Sorumsuzluğu ilkesi

15 - 17. yüzyıl arasında Fransa'da güçlü bir merkezileşme olmuş, kralının gücü artmıştır. 17. yüzyıldan başlayarak kral, herhangi bir hukuk kuralına tabi olmaksızın hareket edebilmiştir. Bu hukuka uymama(yargı bağımsızlığı)dan kralla birlikte bakanları ve memurlara da yararlanabilmiştir. Bu dönemde (Devletin/devletin başının) idarenin sorumsuzluk hali kamuda ve yönetilenlerde 'kral kötülük yapmaz' şeklinde ifadesini bulmuş, mahkemelerin kamu otoritesini denetleyemeyeceği bu esasa dayandırılmıştır.(İlginç benzerlik, 'Mahkemeler yüzünden hizmetlerimiz aksıyor' şikâyeti). Mülk devlet yönetiminin geçerli olduğu bu dönemde Fransa'da hukuk kuralları örf ve adet kuralları ile kralın emirnamelerinden ibaretti(**Bizde de Kanun Hükmünde Kararnameler**). Fransa'da gerek eski rejim yani monarşi döneminde gerekse 1789 İhtilalinden 1873 yılına kadar devletin sorumsuzluğu ilkesi kabul edilmiştir. 1799 Anayasası ile Fransız Devlet Şurası ve Vilayet Meclisleri oluşturuldu ve idari uyuşmazlıklara bakma yetkisi bu organlara verildi.(**Özel Yetkili – Milli İrade Mahkemeleri, üstelik hâkimler hukukçu da değiller, bizde İdare ve Danıştay Mahkemelerinde olduğu gibi**)

Blanco kararı ve getirdikleri

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararıyla devletin sorumsuzluğu ilkesi terk edilmiş, yerine devletin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Karara konu olan olayda, beş yaşındakiANGES Blanco, devlete ait Bordeaux tütün fabrikasında çalışan dört işçi tarafından yönlendirilen vagonun devrilmesi nedeniyle ağır şekilde yaralanır. Çocuğun babası, Fransız Medeni Kanununun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak adliye mahkemeleri önünde uğradığı zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açmıştır. Giriyonde Valisi tazminat istemiyle devlete karşı adli yargıda dava açılmayacağını ileri sürerek bu davaya karşı görev uyuşmazlığı kararı almıştır. Çıkan görev uyuşmazlığı üzerine dava, uyuşmazlık mahkemesine taşınır. Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği kararda gerçekleşen zararın bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklandığını ve bunun genel mahkemelerin yetkisine girmediğini; davanın kamu hukuku esaslarına göre Devlet Şurası tarafından çözümlenmesi gerektiğini söyler. Karardaki en önemli husus, İdari sorumluluk rejiminin otonomisini vurgulamasının yanında idarenin sorumluluğuna gidilebileceğinin vurgulanmış olmasıdır.

İDARENİN SORUMLULUĞUNUN İSLAM TARİHİNDEKİ DURUMU

Osmanlı Devleti Öncesi

Mezalim Mahkemeleri

Mezalim usulü: Mezalim kelimesi, Arapça “za-la-me” (zulmetmek, zalim olmak, haksızlık etmek) fiil kökünden türemiş bir isim olup “mazleme”(haksızlık, zulüm) kelimesinin çoğuludur.¹⁶

Terim olarak mezalim, İslâm devletlerinde konusu hadd, kısas ve diyet cezalarını gerektirmeyen haksız fiiller ile özel borç ilişkileri dışında kalan ve haksızlığa yol açan davranışları önlemek için yürütülen, temelde kamu düzenini ayakta tutmayı hedefleyen ‘olağanüstü mahkemeler’ e denilmiştir. Sahip olduğu bu özel statüden dolayı çoğu zaman halifenin veya sultanın ya da onlara vekâlet edebilecek kabiliyette ehliyetli birinin başkanlık ettiği bu fevkalâde mahkemeler, bir oturum tarzında düzenlendiğinden “Mezalim Divanı” adını da almışlardır.¹⁷

İdarenin kaza-i kontrolünü sağlamaya yönelik bir kurum olan Divan-ı Mezalimin menşei Hz. Peygamber devrine kadar uzanır. Dört halifenin de divan-ı mezalim fonksiyonunu bizzat yerine getirdikleri bilinmektedir. Hz. Ali devrinde düzenli olmamakla beraber zaman zaman Divan-ı mezalim teşkil edilmiştir. Öyle ki, halkın, idareden şikâyetlerine bakmak için bir kurul oluşturan, bir başka deyişle mezalim fonksiyonlu bir kurul marifetiyle yerine getiren ilk hükümdar halife Hz. Ali’dir. Mezalim davalarına bakmak için ilk kez bir gün tayin eden de Emevi halifesi Abdülmelik olmuştur.¹⁸ Dört halife devrinden sonra kurumlaşan Divan-ı Mezalim sadece idari davalara bakmamıştır. Pek çok hukuk davası da ilk ve daha çok son derecede burada görülmüştür. Hâkimler de devlet memuru sayıldığından, bunların yanlış karar vermeleri durumunda halk diğer memurlarda olduğu gibi Divan-ı Mezalime şikâyette bulunmuştur.¹⁹

Türklerde Mezalim; Türklerde İslam öncesi ve İslam sonrasında mezalim mahkemelerinin varlığı bilinmektedir. İslam öncesi Türklerde adli teşkilât Hakan’a bağlı ve onun başkanlığında, yüksek devlet mahkemesi (Yargu, siyasî suçlarla meşgul) ile hakan adına örfî hukuku (töre hükümlerini) uygulayan yarganlar (yargucu) vardı. Türk töresine göre, hükümdar devletin baş temsilcisi ve milletin babası sıfatıyla Yargu, Yolak ve Daru'l-Adl (mezâlîm, şikâyet divanı) adlı

¹⁶ İbrahim MUSTAFA’dan aktaran Ayşe D. KUŞÇU; *Eyyubiler’de Mezalim Mahkemeleri ve Dârü’l-Adl*, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı 26 (2009), <http://sutad.selcuk.edu.tr/sutad/article/view/436/426> (Erişim 26.10.2018)

¹⁷ Ayşe D. KUŞÇU, “*Eyyubiler’de Mezalim Mahkemeleri ve Darü’l-Adl*”, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 2007, S. 209 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262576> (Erişim 26.10.2018)

¹⁸ Ekrem Buğra EKİNCİ, *ATEŞ İSTİDASI*, İst: Filiz Kitabevi, 2001, s.31

¹⁹ Ekrem Buğra EKİNCİ, a.g.e.

mahkemelerde bizzat halka adalet dağıtırdı. Bu davalarda yönetime ve sorumlulara karşı, her çeşit şikâyette bulunulabilirdi. Hükümdar usul ve formalitelere fazlaca bağlı kalmadan orada kesin hüküm verirdi.²⁰ İslam sonrasında da mezalim usulü kurumlaşarak devam etmiştir.

Eyyübiler’de mezalim mahkemelerinden bir örnek: Selahaddin Eyyübi’nin adalete verdiği önem hususunda İbn Şeddâd’da (Eyyubiler’de İslam âlimi ve biyografi yazarı) geçen iki hadise oldukça mühimdir. Bunlardan birincisi, Selahaddin’in Hâssa birliğinde(padişah veya hükümdarı korumakla görevli birliklerdir) görevli olup kendisinin yakın adamlarından biri ile yeğeni Takıyüddin Ömer arasında geçen bir anlaşmazlık sebebiyle, yeğenini yargılanmak üzere hâkim önüne çıkmaya zorlamasıdır. İkincisi ise, Selahaddin ile Ömer el-Ahlatî olarak bilinen Tâcir Şeyh Hasan arasında geçen hâdisedir. Buna göre Şeyh Hasan Kudüs’te Kadı İbn Şeddâd’a gidip Sultandan davacı olur. İbn Şeddâd, davanın sebebini sorduğunda, Şeyh Hasan, o vakit ölmüş olan Sungur el-Ahlatî’nin daha önce kendisinin kölesi olduğunu, onun ölümüyle bu zat üzerindeki mülkiyet hakkının kaybolmadığını, sultanın Sungur el-Ahlatî’nin mallarına el koyduğunu iddia ederek bu malları istediğini belirtir. İbn Şeddâd: “Ya Şeyh! Bunun için mi buradasın?” dediğinde Şeyh Hasan, “Hukuk gecikmekle iptal olmaz, bu durum kitapta kayıtlıdır. Onun ölümü benim mülkiyet hakkımı ortadan kaldırmaz” der. Bunun üzerine İbn Şeddâd, durumu tahkik için Şeyh Hasan’ın elindeki kayıtları inceler. Nihayet Şeyh Hasan’ın Sungur el-Ahlatî’yi Erciş’te bir tüccardan satın aldığını ve bu olayın tarihini bulur. Bu hadise Selahaddin’e intikâl eder. Aynı kişi bu defa da Selahaddin’in huzurunda aynı şeyleri iddia edince, Selahaddin kendisini cesaretinden dolayı kutlayıp bir hil’at (padişahın yüceltmek maksadıyla giydirdiği elbise) ile büyük bir bağışta bulunur.²¹

Endülüs’te, Sahibü'r-redd denilen ve doğrudan saraya bağlı bulunan merci, kadıların kararlarına yapılan itirazları inceleyip sonuçlandırır.

Mısır’da, Tolunoğulları ve Fatımiler Divan-ı Mezalim kurmuş bunun başında daha çok vezirler bulunmuştur.

İhşidiler’de, kadıların kararlarını adil bulmayanlar, hükümdarın başında bulunduğu Divan-ı Mezalimde davaların görülmesinin isteyebilirlerdi.

Karahanlılar’da da çok mütakâmil olmamakla beraber mezalim usulüne rastlanılırdı.

²⁰ Vecdi AKYÜZ, *Müslüman Türk Devletlerinde Dîvân-ı Mezalim Kurumu*, <https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=367502&/M%C3%BCsl%C3%BCman-T%C3%BCrk-Devletlerinde-D%C3%AEv%C3%A2n-I-Mezalim-Kurumu-/-Prof.-Dr.-Vecdi-Aky%C3%BCz-> (Erişim 26.10.2018)

²¹ Ayşe D. KUŞÇU; *a.g.m.*

Gazneliler’de de Kadı-ul Kudat bulunur, Divan'ı Mezalime ise bizzat Hükümdar katılırdı.

Osmanlı Devrinde

Divan-ı Hümayun, Müslüman devletlerdeki divan-ı mezalimlerin, Osmanlılardaki devamıydı.

Ateş İstidası²²

Osmanlı padişahlarının her hafta cuma namazı kılmak maksadıyla camiye çıkışları, imparatorluk hayatının en debdebeli merasimlerindendi. Adına Cuma Selamlığı veya Selamlık Resmi denilirdi. Padişah, saltanat arabasının içinde, sağlı sollu merasim askerleri arasında camiye gider, halk da sokaklara dökülmüş bir halde zamanın hükümdarını dünya gözüyle görmeye çalışırdı. Bu arada memurlardan ve mahkeme kararlarından şikâyeti olanlar meydana birikir; Padişah cuma namazını kılıp da dışarı çıktığında bunların ellerindeki dilekçeler görevliler tarafından toplanarak Padişaha takdim edilirdi. Bazen bu kalabalığın arka saflarında bulunanlar, kendilerinin de şikâyeti olduğunu göstermek için yanmakta olan bir hasır parçasını veya içinde yanan bir paçavra bulunan tasları elleriyle yukarı kaldırırılar, böylece kendilerinin de unutulmamasını görevlilere hatırlatırlardı. Bunlar aynı zamanda şikâyetinin ateş gibi yandığını sembolize eder. Zamanla şikâyetini padişaha arz etme usulüne 'Ateş istidası' veya 'başa hasır yakma' denildi. Padişah bu dilekçeleri inceledikten sonra gereği yapılmak ve sonucu kendisine bildirmek üzere Divan-ı Hümayun’a havale ederdi. Kimi zaman da padişah Yalıköşkü’ne indiğinde, kimi zaman ise alay köşkündeiken, kısacası padişaha nerede tesadüf edilirse orada ve her çeşit zulme karşı Ateş İstidası verilebilirdi. Geçmiş devirde, gadre uğradığı kanaatine varan bir Osmanlı hanımın söylediği manzumede ki şu mısralar dikkat çekicidir:

“Yakayım başıma bir eski hasır

İşte kadı, işte divan-ı vezir.”

Taşra Divanları²³

Taşrada kurulan Beylerbeyi²⁴ ve Sancakbeyi²⁵ Divanları, İslam hukuk tarihindeki mezalim divanlarıyla aynı mahiyette ve Osmanlı başşehirindeki Divan-ı Hümayun’un²⁶ taşralardaki

²² Ekrem Buğra EKİNCİ, a.g.e.

²³ Kemal GÖZLER, ”*İDARE HUKUKU DERSLERİ*”, Ekin Yay. s.743

²⁴ Mehmet İPŞİRLİ, *Beylerbeyi*, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=d060072> (Erişim 26.10.2018)

²⁵ İlhan ŞAHİN, *Sancak*, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=360099>

örneği olduğundan, gerek dava dinleme ve gerekse mezalimi kaldırma yönünde görevli ve yetkiliydiler. Halk eğer, devlet memurlarının hukuka aykırı davranışlarından dolayı zarara uğramışsa bunu mezalim divanlarına şikâyet yoluyla götürebilirlerdi. Bu şikâyetin yerinde görülmesi durumunda hem o tasarruf iptal edilir, hem de o memur cezalandırılırdı. Taşra divanlarının verdiği kararlar da Divan-ı Hümayuna itiraz yoluyla götürülebilirdi.

Şura-yı Devlet

Şura-yı Devlet²⁷ Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi'nde yasa ve tüzük tasarılarını hazırlayan, idari yargı görevi gören, bir tür danışma kurulu olarak Şura-yı Devlet, bugünkü Danıştay'ın temelini oluşturur. Bir tür ulusal meclis konumundaki Şura-yı Devlet, resmi olarak 10 Mayıs 1869'da açılarak, 28'i Müslüman, 13'ü diğer dinlerden olmak üzere 41 üyesi ile Mithat Paşa başkanlığında göreve başlamıştır.

Şura-yı Devlet'in görevleri şunlardır:²⁸

1. Her türden yasa ve tüzük tasarılarının hazırlanması ve incelenmesi
2. Hükümetin ilettiği idari sorunların görüşülmesi ve karar bağlanması
3. İdare ile yargı makamları arasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm yerinin belirlenmesi
4. Yürürlükte olan yasa ve tüzüklerdeki sorunların yorumlanıp açıklanması
5. Padişah ya da hükümet tarafından yargılanması istenen devlet memurlarının yargılanması
6. Padişah ve nazırların yönetime ilişkin sorularının incelenip yanıtlarının hazırlanması.

Şura-yı Devlet reisi, daire reisleri ve şura başkâtibi padişah tarafından atanırdı. Genel Kurul yılda bir kez toplanarak meclis bütçesini hazırlar, yıllık çalışmaları planlardı. Genel Kurulda alınan kararlar gizli oyla alınırdı. Şura-yı Devlet, 15 Şubat 1872'de yapılan değişiklikle Tanzimat, Muhakemat ve Dâhiliye daireleri olmak üzere 3'e ayrıldı. Böylece Şura-yı Devlet başkanı "nazır" unvanı alarak Meclis-i Vükela²⁹ üyesi oldu. Şura-yı Devlet'in 1876'da Kanun-ı Esasi ile yargıya ilişkin görevleri kaldırılmış, Cumhuriyet'in ilanı ile de "Danıştay" adıyla göreve devam etmiştir.

²⁶ Ahmet MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=090431>

²⁷ Muammer GÖÇMEN, *Şura-yı Devlet* <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=390236&idno2=c390153#1> (Erişim 26.10.2018)

²⁸ <http://www.osmanli700.gen.tr/olaylar/olayss2.html> (Erişim 26.10.2018)

²⁹ Ali AKYILDIZ, *Meclis-i Vükela-yı Ahkâm-ı Adliye*, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=280250> (Erişim 26.10.2018)

1876 Kanun-ı Esasî ve Sonrası

1876 Kanun-ı Esasî, kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisini Şura-yı Devlete değil genel mahkemelere vermiştir. İdari davalarla adli davaların görüldüğü ayrı mahkemeler söz konusu değildi.

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda ise idari dava ve ihtilafları rü'yet(görme) görev ve yetkisi Şura-yı Devlete verilmişti. 1925 yılında Şura-yı Devlet Kanunu çıkarılmıştır. Şura-yı Devlet 1927 yılında idareye karşı açılan tazminat davalarına bakmaya başlamış ve böylece Türkiye'de idari sorumluluk esasını yerleşmiştir.

1961 Anayasası ise 'idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür' hükmünü getirerek idarenin sorumluluğunun esasını açıkça kabul etmiştir.

1982 Anayasası da 1961 Anayasasındaki kuralı aynen benimseyerek 125. maddesinin son fıkrasında 'idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür' demiştir.

İDARİ İŞLEM – İDARİ EYLEM

İdari işlem, idare hukuku alanında idarenin tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal sonuç doğuran, hukuk düzeninde değişiklik yapan kamu hukuku işlemleridir. Bir başka ifade ile 'ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen' kararlardır.

İdari eylem,

- bazen idarenin bilerek ve isteyerek yapmış olduğu fiilleri,
- bazen idare işlevini yerine getirirken iradesi dışında gerçekleşen olayları,
- bazen da hareketsiz kalmasıyla meydana gelen fiili durumları anlatır.

İdari eylemlerde irade, maddi yaşamda değişiklik meydana getirir. İdari işlemlerde irade ise, hukuk yaşamında veya hukuki statüde bir değişiklik oluşturur. Bir memurun boş bir kadroya atanması bir idari işlem, idareye ait bir aracın yaptığı kaza ya da bir yolun yapılması idari bir eylemdir.

İdari işlemler, tek taraflı irade açıklamasıyla hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi zorunlu tasarruflardır. İdarenin, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan veya bir idari sözleşmeye dayanmayan her türlü faaliyeti (fizik alanında görülen iş, hareket ve çalışmalar) veya hareketsiz kalması idari eylem olarak tanımlanmaktadır. İdari işlemlerin, hukuk âleminde değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamaları olmalarına karşın; idari eylemler, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuç doğurmaktadır.

Maddi fiil niteliğindeki (hareket, iş veya çalışma) idari eylemler yapıldıkları anda hukuki sonuçlarını doğurur, hareketsiz kalma şeklindeki idari eylemler ise idarenin harekete geçmesini ve sonuç almasını gerektiren durum devam ettiği sürece, fiili sonuçlar yaratmaya devam ederler.

İdari işlem ve eylemlerden doğan tazminat davalarında, işlem ve eylemin niteliği, idare işlevinin yerine getirilmesi sırasında icra (veya tesis) edilip edilmediği, her bir olayda ayrı ayrı, idare hukuku ilke ve kuralları gözetilerek değerlendirilir.

İdarenin sorumluluk sebepleri; **Kusurlu Sorumluluk (hizmet kusuru ve görev kusuru) Kusursuz Sorumluluk ve Sosyal Risk** olarak belirlenmiştir.

İdarenin hukuki sorumluluğunu belirleyen yasal mevzuat, diğer yasal mevzuattan farklı olarak, insan hakları alanında dünyada yaşanan gelişmeler ışığında daha esnek ve içtihatlarla belirlenmektedir. Bunun içindir ki, idare mahkemelerinin ve Danıştay'ın kararlarında, diğer mahkeme kararlarından farklı olarak **“idari işlemin yasaya ve hukuka uyarlı olup olmadığı”** tartışılır ve karara bağlanır.

KUSUR SORUMLULUĞU /KUSURLU SORUMLULUK

Hizmet Kusuru

Her ne kadar, Fransız ve Türk mevzuatında hizmet kusuru kavramını açıkça tarif eden herhangi bir hüküm bulunmamakta³⁰ ise de, hizmet kusuru, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluklardır. Bir başka ifadeyle hizmet kusuru; idarenin görevi gereği bir kamu hizmetinin yerine getirilmesinde; yasaya ve hukuka uyarlı emir ve talimatın verilmemesi, gözetim ve denetimin yapılmaması, hizmet araçlarının yetersiz, elverişsiz olması, gereken önlemlerin alınmaması, geç ve zamansız davranılması... vb. şeklinde gerçekleşen aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklikler olmasıdır.³¹

Hizmet kusuru kuramında özel hukuk sorumluluğunun temeli olan **kusur** unsurunun etkisi vardır. Ancak hizmet kusuru kuramı içindeki ‘kusur’ kavramı kişiye bağlı, öznel bir durumu değil; hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlik nedeniyle, anonim bir kusurdur. Bu nedenle idari işlem ve eylemlerde kusur, **doğrudan doğruya idarenin kusuru** olarak kabul edilir.

³⁰ Halim Alperen ÇITAK, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında SOSYAL RİSK İLKESİ*, https://www.academia.edu/35739691/%C4%B0idarenin_Kusursuz_Sorumlulu%C4%9Fu_Ba%C4%9Flam%C4%B1nda_Sosyal_Risk_%C4%B0lkesi_Principle_of_Social_Risk_within_the_Context_of_Faultless_Liability_of_Administration (Erişim 26.10.2018)

³¹ İbrahim BERBEROĞLU, *Genel Hatlarıyla Devletin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin İlkeler*, www.anayasa.gov.tr/files/insan.../ym.../berberogludevletinHukukiSorumlulugu.doc (Erişim 26.10.2018)

Hizmet kusurunun oluşumunda iki şartın gerçekleşmesi gerekir:

- **Zarara yol açan hizmet(etkinlik)in, kamu hizmetine bağlı,**
- **Zararın, memur(ajan) veya memurların kişisel kusurundan değil, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlikten kaynaklanması.**

Hizmet kusuru tüm kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu yönünden organik ve geneldir.³²

Hizmet kusuru söz konusu olduğunda muhatap işlem veya eylemi yapan idaredir. Zarar görenin öncelikle işlem veya eylemi (hizmeti) yürüten görevliye karşı dava açmak zorunluluğu yoktur. Tek muhatap/sorumlu idaredir. Anayasa'nın 129. Maddesi

Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.

(...)

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

gereğince 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. Maddesine göre;

"Kişiler, kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine davalar açarlar."

Hizmet kusurunda, kamu hizmetinin verilişindeki aksaklığı kanıtlamak yeterlidir. İdare, görevliyi kusurlu addederek, sorumluluktan kurtulamaz. Hizmeti verenin kimliği önemli değildir. Kimliğin önemi idarenin görevliye rücu bakımındandır ki, hizmetten zarar göreni ilgilendirmez.

Görevlinin(hizmet veren)^(*) hizmet dışı kişisel kusurlarından doğan zararlar için idare sorumlu tutulamaz.

O halde denebilir ki, idarenin sorumlu tutulabilmesi için kamu hizmetinin sunumunda veya sunulmamasında bir düzensizlik olması gerekir. İdari yargı, her somut olayda, kamu yararı, kamu hizmetinin yürütüldüğü koşullar, zararın niteliği ve zararlar kusur arasındaki iliş-

³² İbrahim BERBEROĞLU, a.g.m.

^(*) Bu Tebliğde okuyucunun anlamasında kolaylık olması bakımından, hizmet kusurunu işleyen literatürde de olduğu gibi 'ajan', 'memur', 'görevli' gibi sıfatlarla isimlendirdik. M. BALCI

kinin derecesi gibi unsurları göz önünde bulundurur. **(Roboski/Uludere; Olayda 34 kişi idarenin kusurlu davranışı ile ölmüş –kaçınılmaz hata olarak yapılan değerlendirme tüm hukuk kurallarına aykırıdır, zira hukukta böyle bir kavram ve kural yok– sadece 113.000 TL mağdurlar için banka hesabına yatırılmıştır. Mağdurların idari kusur karşılığı beklediği özür idareden bir türlü gelmemektedir.)**³³

Hizmet kusuru oluşturan durumlar, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin işlememesi ve hizmetin geç işlemesi olmak üzere üç türdür:

1) Hizmetin Kötü İşlemesi: İdarenin, işin mahiyetine/olabilirliğine aykırı, hizmeti gereği gibi yapmaması şeklindeki kusurlu davranıştır. Yasal düzenlemelere aykırılık veya sehven de olsa hukuki yanılmalar da hizmetin kötü işlemesi içinde sayılır.

Hizmet kusuru / kamu hizmetinin kötülüğü her olay için kendi şartlarında değerlendirilir. Her olayda hizmetin niteliği, araç-gereç, zarar görenin durumu, yer ve zaman, yerine göre değişen bazı koşullar farklı olacaktır.³⁴

Örnek olarak **şans oyunları afiş ve reklamlarının** belediye araçlarında ve kamuya açık alanlarda kullanılması gösterilebilir. Hükümet yasal kumarı teşvik yasası çıkarmıştır. Öncelikle devletin bu yasalastırma işlemi hukuka aykırıdır. İdare bilindiği gibi sadece yasal meşruiyet denetimine değil, aynı zamanda hukuki meşruiyet denetimine de tabidir. Bu yönden idarenin yasal kumarından karşı zarara uğrayanlar tazminat davası açabileceği gibi, zarara uğramasa bile bu tasarrufun iptali de istenebilir.

Belediyelerin şans oyunları/kumar reklamlarını kamuya açık yerlere asması, bu oyunların +18 olması nedeniyle kanuna ve hukuka aykırıdır. İdareye karşı bu eylemden vazgeçilmesi yönünde dava açılacağı gibi, sorumlular hakkında da yasal işlem ve cezalandırma talep edilebilir. İdare, bize yazdığı gibi, **“Milli Piyango Genel Müdürlüğü ile imzalanan**

³³ **“Kaçınılmaz hata”**

- Askeri savcılığın kararında, şüphelilerin ve olayda görev yapan diğer TSK personelinin;
- TBMM ve Bakanlar Kurulu kararları çerçevesinde,
- kanunun emrini icra kapsamında,
- kendilerine verilen görev gereklerini yerine getirdikleri savunuldu.
- Kararda TSK personelinin görev gereklerini yerine getirirken “kaçınılmaz hataya düştükleri”, dolayısıyla eylemleri hakkında kamu davası açılmasını gerektiren sebep bulunmadığının anlaşıldığı” denerek takip-sizlik kararı verildi.
- Olaydan sonra ve bu güne kadar ilginçtir ki, muhalif medya dışında diğer medya organlarında Roboski konusu yer almamıştır. M. BALCI
- MAZLUMDER *ŞIRNAK İLİ ULUDERE İLÇESİ ROBOSKİ KÖYÜ OLAYLARI İNCELEME VE ARAŞTIRMA RAPORU* 09.07.2015 <http://www.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/yurt-ici-raporlar/3/mazlumder-sirnak-ili-uludere-ilcesi-roboski-k/1159> (Erişim 26.10.2018)

³⁴ İbrahim BERBEROĞLU, a.g.m.

sözleşmelerle yasal şans oyunları platformu haline gelmiştir. Resmi olarak devlet kurumuna bağlı bir teşkilatın reklamının alınmaması yetkimizde değildir.” cevabı bir nevi “yasal şans oyunlarının afişe edilmesi talebine karşı direnemeyiz” demekle hukukilik denetiminden kurtulamaz. İdare takdir yetkisini kamu aleyhine ve hukuka karşı kullanamaz. İdare **bağlı yetkisini** kullanarak afiş/reklam talebini reddetmek zorundadır.



2) Hizmetin İşlememesi/Bağlı Yetkinin Kullanılmaması: Hizmetin hiç işlememesi veya yetersiz işlemesi hali. Hukuk kuralları idareye, kamusal ihtiyaçlar için işlem veya eylem zorunluluğu getirmektedir. Bu zorunluluklar için de yetki verir. Bu gibi durumlarda idarenin ‘bağlı yetkisi’ vardır denilir. İdare, yeterli olanaklara sahip bulunduğu ve kamu hizmetinin de zorunlu olduğu hallerde bu yetkiyi kullanmak ve harekete geçmek zorundadır. Bunu yapmadığı, bağlı yetkisini kullanmadığı takdirde bir zarara sebebiyet vermiş olur ki, kural olarak verdiği zarardan sorumlu olur.³⁵

İdare geçerli mazereti olmaksızın (maddi olanaksızlık vb.) bağlı yetkisini kullanmaması halinde (Şans oyunları / kumar reklamlarını sırf devlet kurumu olduğu veya paraya ihtiyaç olduğu gerekçesiyle) hizmet alana karşı zararlı işlemde bulunmuş olur. İdarenin takdir hakkı her olayın şartlarına göre yine idari yargı tarafından değerlendirilir. Takdir yetkisi, tek başına idareyi sorumluluktan kurtaramaz.

İdare, kamu hizmetlerini yürütme ödevini, ancak maddi olanakların elverdiği oranda yerine getirebilir. Bu nedenle; tesis, araç, gereç, personel, ödenek, vb. olanakları göz önünde bulundurmadan her hareketsizliği hizmet kusuru saymak, çoğu kez kamu yararı ile bağdaştır-

³⁵ İbrahim BERBEROĞLU, a.g.m.

rılması güç bir sonuç doğurur. Nitekim Anayasa'nın 65. maddesinde de "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*" denilmektedir. İdare, bağlı yetkiye de takdir yetkisine de, sahip olsa, olanaklarının üstünde hizmet görmeye zorlanamaz. Ancak bu istisna, idarenin kamu ve özel tüzel kişilerin görevlerinin denetiminde bir mazeret teşkil etmemelidir.

3) Hizmetin Geç İşlemesi: Kamu hizmetinin işleminde olağan sayılmayacak bir gecikme, yerine göre hizmet kusuru oluşturur. İdare, olayın ve hizmetin özelliklerine göre kendisinden beklenen çabukluğu gösteremeyince kural olarak kusur işlemiş sayılır ve yavaş davranmasının zararlı sonuçlarından sorumlu olur.³⁶

Hizmetin hangi durumda geç, hangi durumda olağan hızla işlemiş olduğunu kestirmek, hizmetin kendi şartlarında (şartname ve işin olağan akışı vb) değerlendirilmesi ile mümkündür. Burada da idarenin bağlı yetkisi ve takdir yetkisi ayrıca araştırılmalıdır. Tabii ki idarenin tüm işlem ve eylemleri yazılı ve denetime açık olmak zorundadır. Ayrıca da hizmetin muhataplarına bilgi vermek ve denetime açmak zorundadır. Bu gereksinimleri yerine getirmeyen idareyi denetlemek zordur ve bu iş genellikle yargının görevine girmektedir. Yargı da her işin künhüne uygun olarak bağlı yetkinin kullanılıp kullanılmadığını, nasıl kullanıldığını araştıracaktır. İdare, kararlaştırılan sürede geçerli mazereti olmaksızın hizmeti yerine getirmediğinde hizmet geç işlemiş sayılacaktır. İdari yargı burada sadece idarenin şartlarını ve mazeretlerini değil, aynı zamanda hizmetin muhatapı kamunun ihtiyaçlarını da dikkate alacaktır. **(Topkapı-Habipler Tramvay Hattı 8 yıl sürdü. Ankara'da Metro hattı ???). Sosyal medyada caps: "Aşkımız Ankara Metro hattı gibi sürsün". Aynı şekilde (Halkalı-Sirkeci Treni 19 Mart 2013'den bu yana 6,5 yıldır iptal, ne zaman açılacağı da belli değil)**

Kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında tedbirli ve uyanık olmak idare için bir zorunluluktur. İdare, pozitif hukuk kuralları kadar kamu yararı ve hizmet gereklerini de göz önünde tutmak ve bunları birlikte değerlendirmek durumundadır.

Görev Kusuru

Görev kusuru, ajanın "idari" bir tasarrufta bulunurken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı davranışlardır. Bu davranışlar her olayda, kamu görevlisinin, mevkiine, yeteneklerine, görevin türüne, yetki ve sorumluluğuna, mevcut

³⁶ İbrahim BERBEROĞLU, a.g.m.

hizmet koşullarına, İdare Hukukunun genel ve özel esaslarıyla, tüm bu kural ve etmenler karşısında kendisinden neyin beklenmesi gerektiğine göre tartışılıp belirlenir.³⁷ Hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olduğu görev kusurunda ilgili idarenin sorumluluğunun tamamen kalkmamasının benimsenmesi, zarar görenler bakımından mali güvence olduğu gibi kamu hizmetinin yürütülmesinde kullandığı personeli seçen idarenin bu personeli seçmede ve onu denetlemede eksik kalması nedeniyle tamamen kusursuz olduğunun kabul edilemeyeceğinin de göstergesidir.³⁸

KUSURSUZ SORUMLULUK

(Yapmadıklarından da sorumluluk hali)

Hizmet kusurunda idarenin verdiği zararların karşılanabilmesi için idarenin kusurunun kanıtlanması gerekiyordu. Kusur sorumluluğu, yasaya göre idarenin tek sorumluluk halidir. Zaten kural olarak kusurun ispatının yanı sıra, kusurun aranmadığı durumlarda zarar verenin sorumluluk esasları kanunla belirlenmelidir. Borçlar hukukundaki kusursuz sorumluluk da bu yüzden istisnaidir. Kanuni düzenleme olmaksızın kusursuz davranışı sorumlu tutmak mümkün olmaz. Bu yüzden Borçlar hukukundaki kusursuz sorumluluktaki istisnai durumun idari sorumluluk bakımından da geçerli ve kusursuz sorumluluğun tamamlayıcı bir sorumluluk rejimi olduğu savunulmaktadır.³⁹ Anayasanın 125/son maddesinde idarenin zarara neden olan işlem ve eyleminin kusurundan değil, sadece “zarara neden olmasından,” -İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür- bahsedilmektedir.

Sosyal hukuk devletinin bir uzantısı olarak idarenin ifa ettiği kamu hizmetlerinin artması ve daha da karmaşık hale gelmesi nedeniyle kusura dayanan sorumluluk yetersiz kalmıştır. Bu nedenle kişilerin, idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı uğradıkları zararları her zaman kusurlu davranışa dayandırma zorunluluğu bir tarafa bırakılarak, meydana gelen zararın idarenin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın karşılanması yoluna gidilmeye başlanmıştır ki, bu sorumluluk haline *kusursuz sorumluluk* denilmektedir.

İdarenin bazı faaliyetleri özünde bir risk barındırır ve bu faaliyetler nedeniyle oluşacak zararlarda idare kusurlu olmasa bile vatandaşın zararını gidermekle yükümlüdür. Örneğin;

³⁷ İbrahim BERBEROĞLU, a.g.m.

³⁸ Mehmet Akif BARDAKÇI, *İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, (Doktora Tezi)* <http://acikerisim.istanbul.edu.tr/bitstream/handle/123456789/31798/51363.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim 26.10.2018)

³⁹ Mehmet Akif BARDAKÇI, a.g.m.

yıldırım düşmesi nedeniyle kopan elektrik telinin, vatandaşın hayvanının ölümüne yol açması ya da askerlik hizmetini yürüten kişinin çıkan çatışmada yaralanması, risk ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek idareye atfedilir.

Kusursuz sorumlulukta idare, adeta genel bir teminatçı veya sosyal sigortacı kimliğine bürünmektedir.⁴⁰

İdari kusur kavramı kökeninde idare ve personelinin eylem ve işlemlerindeki hata ve eksiklikleri ifade eder. Kusursuz sorumlulukta ise sadece zarar görenle meydana gelen zararın niteliği ve niceliği ile illiyet bağı göz önüne alınarak idareye tazmin borcu yüklendiğinden, idari sorumluluğun temeli olan fırsat ve imkân eşitliği gerçekleşmektedir.

İlk defa 1961 Anayasasının 114. maddesiyle idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlü olmaları esası getirilmiştir. 1982 Anayasasının 125. Maddesi de hem hizmet kusurunu hem de kusursuz sorumluluğu kapsar niteliktedir.

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

(...)

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

Kusursuz sorumluluğun bulunduğu hallerde, hizmet kusuru veya şahsi kusurdan farklı olarak kusurun varlığının kanıtlanmasına gerek yoktur. Burada, sadece idari eylem veya işlemlerden kaynaklanan zararın varlığının kanıtlanması yeterli olacaktır. İdarenin hukuka uygun davranmış olması tazmin sorumluluğunu kaldırmaz. Bu yönü itibariyle kusursuz sorumluluk kişilerin lehine bir kuram olmaktadır. TMK m. 730/2'e göre, "Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir." "Zarar verici davranışta hukuka aykırılığı önleyen bir sebep bulunmasına rağmen, zarara katlanacak kişiye yükletilen fedakârlığa karşılık, davranışı hukuka aykırı olmayan failin, mağdurun zararını tazmin etmesi, **fedakârlığın denkleştirilmesi** esası ile açıklanmaktadır."⁴¹

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 16.02.1962 gün ve 1962/108 sayılı kararında:

"Dava, Beyazıt Meydanı ile Aksaray arasındaki yeniden düzenlenmesi sırasında yolun yükseltilmesi üzerine davacıya ait apartman kapısının yol seviyesine nazaran aşağıya düşmüş ve zemin katının kısmen bodrum katına inkılâp etmiş olması sebebiyle maruz kaldığı 75.000 liralık zararın tehlike esasına göre tazmin edilmesi dile-

⁴⁰ İbrahim BERBEROĞLU, a.g.e..

⁴¹ Mehmet Akif BARDAKÇI, a.g.e.

ğinden ibarettir. **Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği idare hukukunun genel esaslarındandır.** Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde bu zarar, topluluğun nef'ine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle **amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır.** Hadisede Ordu Caddesinin yükseltilmesi neticesinde davacıya ait apartmanın değerinde bir artış olmamakla beraber aynı binanın değerinde bir düşme de husule geldiği ve ayrıca apartmanın kapısının yeniden tanzim edilmesi için davacının bir takım masraflara katlanması gerektiği bilirkişi tetkikatında anlaşılmıştır. Bu zararın kıymet artışıyla mahsubu düşünülemez... Öte yandan mezkûr cadde üzerindeki diğer gayrimenkuller meyanında aynı bayındırlık işi dolayısıyla kıymetleri artan fakat hiçbir zarar görmeyenler bulunabileceği göz önünde tutulursa zararlar mahsubu bu itibarla varid olmayacağına ve zararın bayındırlık işinin ifasından ileri geldiği ve devamlı ve istisnai bir mahiyet taşıdığı zahir bulunmasına binaen yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla bu zararın idarece tazmin edilmesi tabiidir.”

İdarenin kusursuz sorumluluğunun özellikleri:⁴²

- Kusursuz sorumluluk idarenin sorumluluğu alanında prensip değil istisnayı teşkil eder.
- Kusursuz sorumluluk halinde zarar gören kişi idarenin kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. İdare kusursuz olduğunu ispat etse de sorumluluktan kurtulamaz. İdari olgu ile uğranılan zararlar arasında nedensellik bağının bulunduğunu ortaya koymak yeterlidir.
- Kusursuz sorumluluk objektif bir sorumluluk gerektirdiği için idarenin bu sorumluluk sebebiyle tazminat ödemesi idarenin kınanmasına, ayıplanmasına yol açmaz.
- Kusursuz sorumluluk zarar gören kişi açısından oldukça elverişlidir, çünkü kusursuz sorumluluk “üçüncü kişinin fiilinden” ve “beklenilmeyen hallerden” etkilenmez. Bu haller olsa dahi idarenin sorumluluğu ortadan

⁴² Sevilay SATI, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_744.htm (Erişim 26.10.2018)

kalkmaz. Ancak “mağdurun kusuru” veya “mücbir sebep” durumunda idarenin sorumluluğu kalkar

- Uyuşmazlıklarda kusursuz sorumluluğun varlığını belirleme yetkisi yargıca tanınmıştır. Yargıç, taraflar bu durumu dile getirmeseler bile resen kusursuz sorumluluk halinin varlığını dikkate alır. Mesela Danıştay’ın 1.3.1971 gün ve E.1969/4176, K.1971/507 sayılı kararında drenaj kanalından taşan suların zarar verdiği pamuk ürünlerinin tazmini hususunda; “olayda, idarenin hizmeti ifada kusuru kesin olarak tespit edilememekle birlikte; bir amme hizmetinin yürütülmesi sırasında fertlere ika edilen zararların idarece tazmini gerekir.”
- Danıştay kararından da anlaşılacağı gibi, kusursuz sorumluluk “kamu düzeni”ne ilişkindir. Re’sen dikkate alınır.

Anayasa m.5. Devletin Amaç ve Görevleri:

Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Sosyal devletin unsurlarının bazıları:

- Herkese insan haysiyetine(onuruna) yaraşır bir hayat düzeyi sağlamak,
- Vergide adaletin sağlanması,
- Kamulaştırma ve devletleştirme müesseseleri,
- Planlama,
- Sosyal ve ekonomik hakların varlığı.

Buradan çıkarılacak sonuç: **Sosyal (modern) devlet 4 tür güvenciyi vatandaşına vermek zorundadır: Eğitim, Sağlık, Emniyet, Hukuk ve Yargı güvencesi.**

İslam devletinde bu makasid-ı hamse (zaruriyat-ı diniye - beş temel amaç) olarak sayılmıştır: Canın Korunması, Neslin Korunması, Aklın Korunması, Malı Korunması, Dinin Korunması.

Sosyal devletin sağlayacağı güvencelere baktığımızda;

- Eğitimin, ABD ile 27 Aralık 1949 tarihinde imzalanıp 15 Mart 1950’de yürürlüğe giren Fulbrighth anlaşması⁴³ gereğince ABD’lilerle ortak yönetilmesi –ki antlaşmanın sona erip ermediğine ilişkin hala açıklama yoktur- eğitim güvencesizliğine önemli örnektir.⁴⁴

- Sağlık güvencemiz ise, çocuklarımızın devlet güvencesi(!) altındaki okul yollarında bağımlılıklarla tanışmasından çok iyi anlaşılabilir. Bir münazara konusu olan “Bağımlılıklarla Mücadelede Devlet mi yoksa Aileler mi Öncelikle Sorumludur?” sorusu bile sağlık güvencemizin yetersiz olduğunun kanıtıdır.⁴⁵

- Emniyet güvencemizin derecesini de, 2012-2016 yılları arasında çokça anlatılıp ispatlanan, devletin en yüce makamlarının yatak odalarına varana kadar dinlenmiş olduğu⁴⁶ gerçeği apaçık anlatmaktadır. (M. BALCI)

- Hukuk güvencesizliğine örnek, kanunların yazboz tahtasına çevrilmesi, torba kanunlar, “Bu hainler cezalarını çekip çıktıktan sonra da benim halkım bu hainlere cezalarını verecektir” türünden açıklamalar. C. Savcılıklarından takipsizlik kararları veya mahkemelerden beraat kararları kesinleşen sanıkların memnu haklarının iade edilmemesi, kamu hizmeti yaptırılmaması vb. uygulamalar gösterilebilir.

- Yargı güvencesizliğine örnek vermeye kalksak, kitaplara sığmaz. Son yıllarda yapılan kamuoyu araştırmalarında devlet kurumları içinde yargının en güvensiz kurum olduğu ortaya çıkmaktadır.⁴⁷

⁴³ Fulbright Antlaşması Metni için Bkz. Resmi Gazete, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc032/kanuntbmmc032/kanuntbmmc03205596.pdf (Erişim 26.10.2018)

⁴⁴ Milli Eğitim Bakanı Ziya Selçuk’a Fulbright Antlaşmasının devam edip etmediği sorulduğunda net bir cevabı verememiştir: <https://www.ogretmenlericin.com/meb/meb-haber/fulbright-komisyonu-nedir-milli-egitim-bakanindan-fulbright-aciklamasi-32291.html> (Erişim 26.10.18)

⁴⁵ Okul yollarında bağımlılıklarla tanışan çocuklarımızın ailelerini de bu devlet eğitmiştir. M. BALCI

⁴⁶ İlhan Cihaner’den (Eski Erzincan Başsavcısı, sonradan milletvekili) *İtiraf: Başbakan’ı Dinlettim*; <http://www.haksozhaber.net/ilhan-cihanerden-itiraf-basbakani-dinlettim-36648h.htm> (Erişim 15.10.2018)

⁴⁷ İsmail Rüştü Cirit: *Yargıya güven yüzde 70’te, şimdi yüzde 30’lara düştü.* (29.4.2016) <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1232485-ismail-rustu-cirit-yargiya-guven-yuzde-70ti-simdi-yuzde-30lara-dustu> (Erişim 15.10.2018)

SOSYAL RİSK SORUMLULUĞU

(Kusursuz Sorumluluğun bir başka hali)

Öncelikle risk ve sosyal risk kavramlarına açıklık getirmek gerekiyor. TDK, riski “zara-ra uğrama tehlikesi” olarak tanımlıyor. Bir başka ifade ile “**risk**”⁴⁸, bir dizi olası sonucun or-taya çıktığı, bunlardan bir veya birden fazlasının arzu edilmeyen sonuçlar içerdiği belirsiz durum olarak tanımlanabilir.”⁴⁹ Davranış (İdarenin işlem veya eylemi) ile zarar arasında bir illiyet⁵⁰ (nedensellik) bağı kurulmasının zorunlu olduğu hallerde idari risk söz konusudur.

Sosyal risk ise “gelecekte ortaya çıkması muhtemel ancak belirsiz bir olguyu ifade et-mektedir. Bu belirsizliktendir ki, söz konusu olgu, olumsuz (ölüm, kaza vs.) olabileceği gibi olumlu (evlenme, çocuk sahibi olma vb.) da olabilmektedir.”⁵¹ Bir başka ifade de, “sosyal riskin, insanların birarada yaşamalarından doğan bir risk hali” olduğudur.⁵²

İdari risk(kusurlu sorumluluk)te, zararlı sonuçla idari etkinlik arasında doğrudan bir iliş-kinin, yani nedensellik bağının varlığı şarttır. Sosyal riskte ise böyle bir ilişkiye gerek yoktur. Hatta sosyal risk, özellikle nedensellik bağının bulunmadığı idari olaylarda söz konusu olabilir.

Sosyal risk kuramını idari riskten ayıran temel özellik, sosyal riskin nedensellik bağına gerektirmemesine dayanır.⁵³

Sosyal risk de idari risk gibi toplum(kamu) yararı için ortaya çıkan özel ve olağandışı bir zarar olduğundan; **hakkaniyet ve nasafet kuralları ile kamu külfetleri karşısında eşit-lik ilkesi** uyarınca, bunun toplum kasasından tazmini gerekli görülür.

Sosyal risk kuramı, **terörden zarar görenlerin** bu zararlarının karşılanması amacıyla gerek görülen bir uygulamadır. Danıştay, nedensellik bağı kurulmasa bile, zararın "kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında doğmuş olmasını" gerekçe göstererek, zararların top-lum kasasından tazminine⁵⁴ hükmetmektedir.

⁴⁸ Seküler zihindeki risk kavramının Müslüman zihindeki karşılığı rizk'tir. Aralarındaki fark ve karıştırılmama-sı için Bkz: <http://www.farklar.net/sozluk/fark/36503> (Erişim 26.10.2018)

⁴⁹ İsmail ORHON, *Sosyal Risk Nedir?* <https://www.reitix.com/Makaleler/Sosyal-Risk-Nedir/ID=4488> (Erişim 26.10.2018)

⁵⁰ Nedensellik – İlliyet kavramlarına ilişkin Bkz: <http://www.farklar.net/ara2.php> (Erişim 26.10.2018)

⁵¹ İsmail ORHON, a.g.m.

⁵² Ayşegül ÇOBAN, *Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi*, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262576> (Erişim 26.10.2018)

⁵³ Hayrettin YILDIZ, *İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi*, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1444>

⁵⁴ İbrahim BERBEROĞLU, a.g.m.

Türk idari yargısının ve AİHM'in içtihatları yasama organına da yol göstermiş, 2004 yılında 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunla, terör nedeniyle oluşan zararların karşılanmasında yargıya başvurulmaksızın idare ile zarar gören yurttaşın uzlaşmasına imkân veren bir idari usulü getirmiştir.⁵⁵

5233 s. Kanun ve İdari Yargılama Usulü Kanununda 2003 değişikliğiyle AİHM'nin **kesinleşmiş ihlal kararları, yargılamamın yenilenmesini gerektiren nedenler** arasında sayılmıştır.

Böylece idareye, herhangi bir dahli olmaksızın terörden zarar gören vatandaşların zararlarının tazminine gidilmiş olması, evrensel normlara, **hakkaniyet ve nasafet kuralları ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine** uyarlılık sağlanmıştır.

Sosyal risk sorumluluğunun başlıca özellikleri, yukarıda belirttiğimiz Kusursuz Sorumluluk halleridir.⁵⁶

Zararın ağırlığı; Sosyal risk sorumluluğu için, ortaya çıkan zarar “kamu hizmetinin sağladığı avantajların karşısında normal olarak katlanılması gereken külfetleri aşan bir ağırlıkta” olmalıdır.

Riskin istisnalığı; Risk sorumluluğuna yol açan risk istisnaidir. Yani “alelade”, “herkesin karşılaştığı” bir risk değil “istisnai bir risk” olması gerekir.

Kusursuzluk; İdarenin risk sorumluluğuna hükmedebilmek için idarenin kusurlu olduğunu ispatlamak gerekmemektedir. Tehlikeli faaliyet ile zarar arasında illiyet bağının mevcudiyeti risk sorumluluğu için yeterlidir.

İDARENİN TEHLİKELİ FAALİYETLERİ VE ARAÇ – GEREÇLERİ

- Cephaneliğin patlaması sonunda ölen erin yakınlarına idarece tazminat ödenmesi,
- Görevli olarak bindiği helikopterin havada patlayarak yanması sonucu ölen subayın yakınlarına idarece tazminat ödenmesi gerekir.
- Lokomotiften dökülen ateşin rüzgârla yayılması sonucu demiryolu kenarındaki harmanı yanan kişiye, uğradığı zarara karşılık tazminat ödenmesi gerekir.
- Sağlık hizmetlerinde AİDS vb. virüs bulaşmaları.⁵⁷

⁵⁵ İbrahim BERBEROĞLU, a.g.m.

⁵⁶ Kemal GÖZLER, a.g.e.

⁵⁷ AG Hukuk Bürosu, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, <http://www.aghukuk.org/makale-detay.php?id=96> (Erişim 26.10.2018)

İDARENİN TEHLİKELİ YÖNTEMLERİ

Suçluların Eğitimi.

Adli Kontrol.

Akıl Hastalarının Deneme Çıkışları.⁵⁸

Toplumsal Tehlikeler⁵⁹

Danıştay; kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların, doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasını hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesiyle idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi esasına göre zararı karşılmasını uygun görmüştür.

Yine bir maçta meydana gelen, ama beklenilmeyen bir olay, taraftarların toplu hareketine ve bazı kişilere tecavüze dönüşürse, idare bundan sorumlu tutulabilir.

Bunun gibi, bir ölüm olayı sebebiyle, ölenin akrabalarının hükümet binasını taş tutmaları ve bu arada bir kişinin otomobilinin taşlarla hasara uğratılması halinde, idare kusuru aranmaksızın kusurlu görülmüştür.

Mesleki Riskler⁶⁰

Kam Hizmetlileri; 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, mesleki risk nedeniyle kolluk personelinin uğrayacakları zararların, bu zararların meydana gelmesinde hiçbir kusuru olmasa da idarece tazmin edileceğini öngörmektedir. AYİM'nin kararlarında bu ilkenin genellikle; uçak, helikopter, gemi gibi askeri araç kazaları ile askerlik hizmetinin bünyesinden kaynaklanan zararlarda kullanıldığı görülmektedir.

Arızı İşbirlikçiler; Kamu hizmetlerinin yürütülmesine bazen kamu personeli dışında kişiler de katılır. Bunlar kamu hizmetinin yürütülmesine, kamu makamının isteği üzerine ya da kendiliğinden, ücret karşılığında ya da bedava olarak ama daima kısa bir süre için katılırlar. Bunlara “arızı işbirlikçiler” denir. Örneğin, bir bayramda animasyon yapması veya havai fişek atması belediye başkanınca istenen kişinin; yangın söndürmede yardıma çağırılan belediye sakininin; olay yerinden geçerken suçlunun yakalanmasına yardım eden kişinin durumu gibi. Bu arızı işbirlikçiler kamu hizmetinin yürütülmesi için idareyle işbirliği yaparlarken bir zarara

⁵⁸ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

⁵⁹ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

⁶⁰ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

uğrarlarsa arızı işbirlikçilerin uğradığı zararların sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanması imkânı yoktur; çünkü sosyal güvenlik kurumları sadece kendilerine üye olan ve prim ödeyen memur ve işçilerin kendi mesleklerinde uğradıkları zararları karşılar. Burada idarenin hizmet kusuruna gidilemeyeceğine göre arızı işbirlikçilerinin zararını idare kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edecektir. Burada eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Örneğin hastaneden kaçmış ve bir gölcükte boğulmakta olan akıl hastasına yardım eden kişinin, hastane kamu hizmetine değil, kolluk kamu hizmetine katkıda bulunduğu kabul edilmektedir.

Anarşi ve Terör Olaylarında Kusursuz Sorumluluk

Kamu düzenini bozmaya, hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik anarşi ve terör olaylarından, bu olaylara hiç karışmamış kişiler zarar görebilir. Bu tür olaylarda, idareye karşı yapılan tek suçlama, idarenin bunları önleyememesidir. Bu tür eylemler, basit birer zabıta olayı olarak görülemez ve risk esasına göre tazmini gerekir. Danıştay ve öğreti bu kusursuz sorumluluğa “sosyal risk sorumluluğu” adını vermiştir. Doktrinin çoğunluğunun birleştiği nokta, terör olayları dolayısıyla ortaya çıkan zararların, illiyet bağı aranmaksızın, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanarak ödenmesidir. **(Nitekim devlet, Silopi, Sur, Nusaybin, Yüksekova gibi yerlerde bombalanan, yıkılan evleri yenileyip sahiplerine veriyor)**

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 22. maddesinde “Terör eylemlerinden dolayı yaralananların tedavileri devlet tarafından yapılır. Zarar gören, can ve mal kaybına uğrayan vatandaşlara, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan öncelikle yardım yapılır. Bu fondan ilk ve orta öğretim çağındaki şehit çocuklarının öğrenim masrafları karşılanır. Yardımın kapsamı ve ölçüsü, Fonun mahalli yetkililerince belirlenecek miktarı aşmamak kaydıyla Fon Kurulunca tespit edilir”. Ancak esas numarası 2/665 olan Kanun teklifiyle 3713 sayılı Kanunun terör eylemlerinden dolayı zarar gören vatandaşlarımızın tüm zararlarının Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu yerine Devlet tarafından karşılanması amaçlanmaktadır. Bu teklif halen komisyonda görüşülmektedir. Böylelikle devlet, kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde vatandaşların oluşan zararlarını araya aracı kurum koymaksızın karşılayacaktır. Kanun teklifi Komisyonda olup henüz kanunlaşmamıştır.⁶¹

⁶¹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0665.pdf> (Erişim 26.10.2018)

HAKKANİYET VE NESAFET

(Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik / Fedak rlığın Denkleştirilmesi İlkesi)

Anayasa madde 10: Herkes kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, zümreye imtiyaz tanınamaz.

İdarenin hizmet ya da faaliyetinden tüm toplum yararlanacakken, belli kişi ya da kişiler bir külfet altına sokulmuşsa kamu külfetinin dağılmasındaki denge bozulmuş olur. Bunun bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekir. Örneğin kamulaştırılan tarla sahibinin kamu yararına yönelik bu işleme katlanması gerektiği savunulabilir. Ancak yapılacak yoldan sadece tarla sahibi değil, herkes geçecektir. Yani yolun nimetinden herkes yararlanacak, külfeti ise bir kişinin üzerinde bırakılacaktır. İşte bu durum hakkaniyet ve nesafetle bağdaştırılamaz ve kişinin zararı idarece karşılanır.

Hakkaniyet ve nesafet sorumluluğun özellikleri:⁶²

- Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk kusurlu ve risk sorumluluğuna nazaran tamamlayıcı bir sorumluluktur. Yani zarar doğuran bir olayda önce kusurlu sorumluluğun sonra risk ilkesinin uygulanıp uygulanmadığına bakılacak; her ikisi de uygulanılamıyorsa bu ilkeye başvurulabilecektir.
- Bu ilke kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla mağdur, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk sebeplerini yargılamanın her aşamasında ileri sürebilir ve yargıç da bu ilkenin uygulanacağı bir durumun olup olmadığını re'sen inceleyebilir.
- Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk, kazalardan kaynaklanmayan yani arızı nitelikte olmayan zararların tazmininde söz konusu olur. Bu sorumlulukta tazmin edilen zarar, daha önceden öngörülen, tamamıyla yapılan işin doğal sonucu olan bir zarardır. Bu husus, kusursuz sorumluluğun iki türü olan risk sorumluluğu ile kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk arasındaki farkı da gözler önüne sermiştir.

⁶² AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

Bayındırlık Hizmetlerinde⁶³

Türkiye’de, bayındırlık işleri ve sözleşmeleri, özel hukuk ilişkisidir. Bu ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözüme kavuşur. Bayındırlık işlerinin yürütülmesinden veya işletilmesinden doğan zararların tazmini davaları İdari Yargıda görülür.

Bayındırlık hizmetinin yol açtığı zararlar kişiye (cana) değil, mala yönelmiş zararlar olmalıdır. Ancak mala yönelmiş bu zararlar, mala el konulması şeklinde olmamalıdır. Aksi takdirde bu duruma kamulaştırmamız el atma ve işgale ilişkin hükümler uygulanır. Bayındırlık hizmetlerinden zarara uğrayanlar, üç kümede toplanabilir. Bunlar; bayındırlık hizmetinde görevli olanlar, bayındırlık hizmetlerinden yararlananlar ve üçüncü kişilerdir. Danıştay, kamu görevlerinin uğradıkları zararları, kusursuz sorumluluk esasına göre karara bağlamaktadır. Bayındırlık hizmetlerinden yararlananlar için kural olarak hizmet kusuruna gidilir. Eğer idare, bunların normal bakım altında bulundurulduğunu kanıtlayamazsa sorumluluktan kurtulamaz. Üçüncü kişilerin, bayındırlık hizmetlerinden dolayı uğradıkları zararların karşılanmasında ise doğrudan doğruya, kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmalıdır.

Hukuka Uygun İşlemlerde⁶⁴

İdarenin sorumluluğuna sebebiyet veren işlem; tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemler olabileceği gibi bireysel işlemler de olabilir.

Bu tür idari bir işlemde kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, **uğranılan zararın gerçekten ağır ve olağandışı bulunması** yeterlidir; ancak idari işlem tesisinin nedeni kamu yararının gerçekleştirilmesi olmalıdır. Zarar gören kişi idari işlemin taşıdığı zarar olasılığını önceden bilerek göze almış bulunuyorsa kusursuz sorumluluk esasına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.

Danıştay, hukuka uygun olarak alınan bir kararın kişiye verdiği zararı kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi esas alınarak idarece tazmin edilmesi gerektiğine karar vermektedir.

Usulüne göre yapı izni alınıp, yapımına başlanan inşaatın, parselasyon planı değiştirilerek yapının durdurulmasından doğan zararın tazmini için açılan davada Danıştay şu kararı vermiştir:

⁶³ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

⁶⁴ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

“...Belediyenin.... işleminde kanuna aykırı bir cihet bulunmamakla birlikte, dava konusu.... parselasyon planının yürürlüğe girmesinden önce usulüne göre proje tazmin ve tasdik ettirilmek ve ruhsatiyesi de alınmak suretiyle, o tarihte mer’i imar mevzuatı.... uyarınca başlanmış bulunan davacılara ait inşaat için, söz konusu plan yürürlüğe girinceye kadar yapılan masrafların davalı idarece davacılara ödenmesi gerekmektedir.”

Uluslar arası Antlaşmalardan Dolayı⁶⁵

İki veya daha fazla devlet arasında akdedilmiş bazı uluslar arası antlaşmalar kişilere zarar verebilir. Örneğin Lozan Antlaşması Türkiye’deki Rumlar (İstanbul hariç) ile Yunanistan’daki Türklerin (Batı Trakya hariç) mecburi mübadelesini öngörmüştür. Mübadele kapsamındaki kişiler isteklerine bakılmaksızın taşınmaz mallarını bırakıp zorunlu göçe tabi tutulmuştur. Neticede mübadele edilen herkes bu uluslar arası antlaşma yüzünden zarara uğramıştır.

Uluslar arası antlaşmaya bu antlaşmanın uygulanmasından zarar görenlerin zararlarının tazmin edilemeyeceği ya da bu zararların kendi öngördüğü usul dairesinde tazmin edileceği belirtebilir. Bu durumda bir problem yoktur. Ama uluslar arası antlaşmaya böyle bir hüküm konmamışsa bu antlaşmanın uygulanmasından dolayı ortaya çıkacak zararın nasıl karşılanacağı sorunu gündeme gelir.

Devletin bu durumda sorumlu olabilmesi için iki şart ortaya konmuştur. Bunlardan birincisine göre: Uluslar arası antlaşmalardan kaynaklanan zararlardan devletin sorumlu olabilmesi için, ne antlaşmanın kendisinin, ne de bu antlaşmayı onaylayan kanunun devletin sorumluluğunu dışlamamış olması gerekir. Geri Kabul Anlaşması gibi.⁶⁶ Eğer bir uluslar arası antlaşma kendisinin uygulanmasından doğan zararlardan dolayı tazminat davası açılmayacağını öngörmüş ise, bu durumda devletin sorumluluğu yoktur. Bu şartlardan ikincisine göre ise: daha önce belirttiğimiz gibi ortaya çıkan zarar özel ve anormal ağırlıkta olmalıdır.⁶⁷

Uluslar arası antlaşmaya bu antlaşmadan zarar görenlerin zararlarının karşılanmayacağı ibaresi konularak söz konusu devletin kusursuz sorumluluğuna gidilememesi hukukun genel prensiplerinden biri olan hakkaniyet düşüncesine aykırıdır. Bu konu ileride ‘Meşruiyet’ bah-

⁶⁵ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

⁶⁶ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

⁶⁷ AG Hukuk Bürosu, a.g.m.

sinde de işlenecek, ancak son yılların en önemli hukuka aykırılık örneği Mavi Marmara Gemisine ve içindeki aktivistlere saldırarak 10 vatandaşımızı şehit eden, onlarcasını da yaralayan İsrail askerlerinin eylemlerine karşılık açılacak ceza ve tazminat davaları için, İsrail'in keyfi ve tek taraflı olarak ödemeyi taahhüt ettiği miktarın dışında devlete karşı dava açılmayacağına dair Antlaşmadır.⁶⁸ Nitekim Türk yargısı, şehit yakınlarının ve mağdur gazilerin açtığı davayı İsrail'le İsrail'in Başkenti(!) Kudüs'te yapılan Antlaşma hükümlerini gerekçe göstererek reddetmiştir.⁶⁹

⁶⁸ İsrail'in Mavi Marmara Katliamı üzerine Türkiye'de açılan ve açılacak ceza ve tazminat davalarına ilişkin olarak Türkiye ve İsrail Devletleri 6 maddelik bir Anlaşma yapmıştır.

1. TAZMİNAT

İsrail Devleti 20 milyon Amerikan Doları tutarındaki ödemeyi Mavi Marmara gemisinde zarar gören vatandaşların ailelerine tazminat olarak ödenmek üzere Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından belirlenecek hesaba yatıracaktır.

2. ÖDEME

Sözü edilen ödeme tek seferde gerçekleştirilecektir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti diplomatik yazışma yoluyla İsrail Devleti'ne ödemenin yapılacağı hesabı bildirecektir. İsrail Devleti bu tutarı anlaşmanın yürürlüğe girişinden itibaren 25 iş günü içerisinde belirtilen hesaba yatıracaktır.

3. TAZMİNATIN DAĞITIMI

Bahsi geçen tutarın paylaşılması sadece Türk hükümetinin mesuliyeti altındadır. Tutarı yakınlarını kaybedenlerin ailelerine aktarmak ve tutarların belirlenmesi İsrail Devleti'nin sorumluluğunda değildir.

4. DAVALAR

İsrail ve Türkiye'nin anlaşmalarına istinaden iki ülke birbirine cezai sorumluluk ve şahıs olarak da herhangi bir hukuki sorumluluk yükleyemez. Üstte belirtilen anlaşma metni haricinde iki ülke de herhangi bir yükümlülükten muaf tutulacaktır. Anlaşma gereği Türk Hükümeti ve vatandaşları tarafından Mavi Marmara gemisiyle ilgili hiçbir dava açılmaz.

5. TÜRKİYE SORUMLU

İsrail Devleti, vatandaşları ve temsilcilerine karşı Türk mahkemelerinde dava açma durumunda Türkiye maddi ve manevi tazminat ve zararların giderilmesi sorumluluğundadır.

6. YÜRÜRLÜK

Bahse konu anlaşma, iki ülkenin mahkemelerinde konu ile ilgili adli sürecin bittiğini belirten resmi yazının Türkiye ve İsrail'in diplomatik kanalları aracılığıyla resmi makamlara iletilmesi sonrasında yürürlüğe girecektir.

Bu anlaşma 28 Haziran 2016 tarihinde Ankara'da ve Kudüs'te olmak üzere Türkçe, İbranice ve İngilizce olarak orijinaline uygun iki kopya haline getirilmiştir. Bu kopyalar arasında farklılıklar olması durumunda İngilizce kopya geçerli olacaktır.

⁶⁹ Mavi Marmara Mağdurlarının İsrail'le yapılan anlaşma hükümleri kapsamında mağdurların yerel mahkemelere açtığı davalar, olayın Türk kaza hudutlarında değil, uluslararası sularda meydana gelmesi ve mahkemenin başka bir devleti yargılama yetkisinin bulunmadığı gerekçeleriyle reddedildi. Yargıtay, anlaşmadaki düzenlemeler kapsamında, yerel mahkemenin, İsrail devleti aleyhine yapılmış tazminat taleplerinde Türkiye Cumhuriyeti Maliye Hazinesini davaya dahil etmesi gerektiğini ifade ederek, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğine hükmederek, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Dava 30.9.2019 tarihi itibarıyla derdesttir.

Bir başka önemli hususu da;

Devletin, 'bağlı yetkisi' kullanarak, aktivistlerin ulaşım aracı Mavi Marmara Gemisi'nin limandan çıkmasını önlememesidir. İktidar, kendi milletvekillerinin Mavi Marmara Gemisi'ne binmelerini son anda engellemiş, fakat aktivistlerin limandan ayrılmasına göz yummuştur. Üstelik iç politikada şehit ve gazilerin aktivitelerini, şهادetlerini ve gaziliklerini kullanmış, bilahare ölümcül sonuçlar ve uluslar arası sorunlar çıkınca da "bize mi sordunuz, gittiniz" cevabını -üstelik bu geziyi kendi lehine kullandığı meydanlarda- vermiştir.

İDARİ İŞLEMLERİN TESİSİNDE TAKDİR YETKİSİ, SEBEP VE KEYFİLİK

İdare Hukukunda idari işlemlerin unsurları, doktrinde ve yargı kararlarında yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olarak sayılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 2/a maddesi, idari işlemlerin "yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı" oldukları iddiasıyla iptal davası açılabileceğini amirdir. İdari işlemin mutlaka bir sebebe dayanması gerekir ve bu **sebebe objektif nitelikte** olmalıdır.

İdari işlemlerin tesisinde, idareye tanınmış bulunan **takdir hakkı** hiçbir zaman mutlak ve sınırsız değildir. Kamu hizmetinin verimliliği, etkinliği ve kamu yararı ile kişi yararı arasında bir denge kurulması sorumluluğu bu hak ve yetkinin sınırını oluşturur. Takdir hakkı idarece istenilen amaca uygun olarak, keyfilikten, kişisel ve duygusal değerlendirmelerden kaçınılmış, objektif ve gerçek kıstaslara bağlı olduğu takdirde yargı denetimi dışındadır. İdarenin takdir hakkını yerinde kullanmadığı veya kullanılan takdir hakkında hukuka aykırılık bulunması halinde, idari yargı yoluyla takdir hakkının sınırlarının aşıp aşılmadığının tespiti gerekir. Bu, Anayasanın öngördüğü hukuk devleti gereğidir.

İdare, idari işlemin **amaç** ögesi açısından, **kamu yararı** ile de bağlıdır. İdarenin yetkisini kanunun amacına aykırı bir biçimde kullanması hukuka aykırılık sebebidir. İşlem amaç unsuru bakımından sakat bir işlem haline gelir.

Takdir yetkisi "keyfi"lik demek değildir. İdare takdir yetkisini kullanırken bazı ilkelere uymak zorundadır.

- ✓ İdare, takdir yetkisini kullanırken **yasal sınırlar içinde** kalmalıdır.
- ✓ İdare, takdir yetkisini kullanırken **eşitlik ilkesine** dayanmalıdır.
- ✓ İdare, takdir yetkisini **kamu yararına** kullanmalıdır.

✓ İdare, takdir yetkisini **gerekçeli** kullanmalıdır

Takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu nedenle idare takdir yetkisini kullanırken, keyfi biçimde davranamaz. Takdir yetkisini kullanırken haklı gerekçe göstermek zorundadır.

Takdir yetkisinin meşruiyeti sadece yasalar değil, aynı zamanda '**kamu vicdanı**'nı da değerlendirmelidir.

Medeni Kanununun 4. Maddesi: "Kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda (...) hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir." Buradaki hakkaniyet, kamu vicdanına uygunluk anlamıdır.

MEŞRUIYET

Meşru kelimesi Arapça şe-re-a kökünden türemiştir. Kelimenin sözlük anlamı, "şer'an caiz, şeriatın izin verdiği, şeriata, kanuna uygun" (F. Develilioğlu) demektir.

Hukukta iki tür meşruiyetten bahsedilir: Birincisi, **kanuni/yasal meşruiyettir**. Yasal düzenlemelere ve yasal hiyerarşiye uygunluk anlamındadır. İkincisi, toplumun inanç değerlerine, hak-adalet-özgürlük anlayışına ve kamu vicdanına dayanan anlamında **hukukî meşruiyettir**. (**Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri⁷⁰ - Taksim Gezi Parkı⁷¹ – Cerattepe Olayı⁷² değerlendirilmeli**)

Hukuki meşruiyete bir başka örnek de, geçmişte **baklava çalan küçüklere ağır cezalar** verilmesi idi. Yasa koyucu nihayet bu cezalandırmanın, kamu vicdanını yaraladığını, hukuki meşruiyeti olmadığını kamu vicdanının itirazları sayesinde anlamış ve iyileştirme anlamında yasal düzenlemeye gitmiştir. Hz. Ömer'in kıtlık zamanında el kesme cezasını uygulamadığı da bir başka örnektir. **İtalya'da Yargıtay, aç ve evsiz bir yabancıнын marketten hırsızlık yapmasına verilen cezayı bozup, beraat ettirdi.**⁷³

(Terörle Mücadele Kanununda ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda ve de PVSK'da da iyileştirme yapılmalıdır. İç Güvenlik Yasasının iptali değerlendirilmelidir)

⁷⁰ Selçuk KAR, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Değerlendirilmesi, BİRİKİMLER –I- <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerI/70.pdf> (Erişim 26.10.2018)

⁷¹ Taksim Gezi Parkı Olayları için Bkz: M. BALCI, *Sivilleşme*, BİRİKİMLER –V- <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/584.pdf> (Erişim 26.10.2018)

⁷² 8 soruda Cerattepe Davası, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-37407143> (Erişim 26.10.2018)

⁷³ İtalya'da 'aç olan hırsızlık yaparsa suç değil' kararı, <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/italyada-ac-olan-hirsizlik-yaparsa-suc-degil-karari-40098594> (Erişim 26.10.2018)

Meşruiyet kavramı sadece hukuk alanında kullanılıyor değildir. Siyaset, ekonomi, eğitim-öğretim alanlarında da kullanılmaktadır. Ancak incelememizde de görüldüğü gibi hangi alanda kullanılırsa kullanılsın meşruiyet, **hukuk kavramlarının kabulü ve uygulama alanındadır. Hak-adalet-özgürlük kavramları meşruiyetin alanını ve sınırlarını belirlemektedir. Kalem Suresi bizim hukuk mantığımızı dokur. Kalem suresinde yoksulun hakkı Allah'a ait bir pay olup, adalet, o payın yoksula verilmesidir. Bahçe sahiplerinin özgürlüğü kendilerine tanınan seçim hakkıdır ki, en yüce olana teslim olduklarında gerçek özgürlüğe kavuşmuş olacaklardı.** Yapmadılar, pişman oldular. Hâlbuki **özgürlük, sonunda pişmanlık olmayan bir seçeneği işaretleyebilmektir.** Meşruiyet kavram ve olgusu da, surede belirtildiği gibi, “Yoksa size ait bir kitabınız var da (bu batıl hükümleri) ondan mı okuyorsunuz? Onda, "Seçip beğendiğiniz her şey mutlaka sizindir diye mi yazılı?” ifadelerinde aranmalı.

Rıza

Meşruiyetin en önemli unsuru **rızadır**. Hak-adalet ve özgürlük bağlamında ele alındığında meşruiyetin temeli, en başta bu kavramları ve olguları bahşedenin rızası, sonrasında da uygulamanın muhatabı olan insanların, kamunun vicdanıdır. Siyasal meşruiyet sadece kanunları yapanların rızalarını değil, kamu vicdanının rızasını ve kamu vicdanını oluşturan değerlere uygunluğunu içerir. Aksi yasal ve yönetsel durum meşruiyetin ihlalidir. (**Nitekim siyasi irade, tarihi Topçu Kışlası'nı ihya(!) ederken, kamu vicdanının aleyhine Kışla'nın içine AVM ve rezidans yapmayı da dayatmıştır**). Burada “**tarihi Kışlanın ihyası⁷⁴ mı, inşası mı⁷⁵**” sorusu da ayrıca sorulmalıdır.)

Meşrulaştırma

Meşruiyetin etkin kullanımı meşrulaştırmadır. **Meşrulaştırma**, rıza olsun olmasın politik düzenin doğruluğunun onaylanmasıdır. Politik düzenden bahsettiğimize göre politik düzenleri meşrulaştırmada en önemli belirleyici ideolojilerdir. Bentham, meşruiyetin üç farklı düzeyde somutlaştığını öne sürer:

1. Varolan kurallara uymayı,
2. İnançlar üzerinde temellendirilen haklılaştırmaları,

⁷⁴ TDK; İhya: Canlandırmak, mutluluğa kavuşturmak, bayındır bir duruma getirmek. 1939'da yıkılan, ortadan kaldırılan, tek bir çakıl taşı bile mahallinde bulunmayan bir yapının 'ihya'sından değil, ancak 'inşa'sından bahsedilebilir. M. BALCI

⁷⁵ TDK; İnşa: Yapı kurma, yapı yapma, kurma.

3. Yönetilenlerin, yönetenlerin eylemlerine rıza göstermesi anlamında uyumu.⁷⁶

Nitekim biz de aynısını yapmaktayız. Düşüncelerimizin ve eylemlerimizin meşruiyetini, muarızlarımız gibi inançlarımızdan almaktayız. Ancak, eğitim-öğretimi, temel hak ve özgürlükleri siyasal iktidarlar gibi sadece belirli bir düşüncenin tahakkümünde meşrulaştırmanın aracı olarak değil, insan olmanın gereği olarak almaktayız. **(İnsanın Allah, İnsan ve Tabiatla ilişkisi uyarınca)**⁷⁷. Aksi halde “meşrulaştırma, siyasal iktidarların, ideoloji de meşrulaştırmanın gerekli aracı olur.**(Muhafazakâr Demokratlığın millete boca edilmesi gibi)**⁷⁸ Eğitim kurumları da meşruiyet sürecine doğrudan katılır. Müfredat, ders kitapları ve öğretmenler, eğitsel açıdan bu meşruiyeti sağlamanın en önemli öğeleri” olur.

İnsanın üç boyutlu(Allah-İnsan-Tabiat) ilişkisini göz ardı eden, reddeden, bu ilişkilerden herhangi birini zedeleyerek diğerlerini de zedelemiş olan bir kabul veya uygulama, Kalem Süresi’nde belirtildiği gibi gayri meşru sayılacak ve reddedilecektir. Bu anlamda, özellikle sivilleşme olgusu, sadece insanın salt düşünce ve eylemlerine, siyasi otoritenin sadece iki dudağı arasına hapsedilemeyecek kadar önemli ve meşruiyetin sağlanması bakımından önceliklidir. Siyasal otoritenin, hukuki düzenlemelerin yasalara uygunluğu kadar, yasaların da hukuki meşruiyete uygunluğu esastır. Buradan, hukuk devletinin de meşruiyetinin sorgulanabileceği sonucunu çıkarabiliriz. Zira hukuki meşruiyet, seküler bağlamda hukuk devleti ile aynı değildir. Nitekim batılı bir kavram ve olgu olarak hukuk devleti ve uygulamaları, ilahi hükümlere uygunluk göstermemekte, hatta aykırılıklar ihtiva etmektedir. Özellikle dünyanın iki büyük tehlikesi olarak **Bağımlılaştırma** ve **Toplumsal Cinsiyet Eşitliği** projeleri uygulamaları örneğinde, insan zihin ve inancını parçalayan seküler formu ile Kadir-i Mutlak olanın ilahi emirlerine aykırı ve insanlığın mahvına sebep olabilecek **insanlık suçları** işleyebilmektedir.

Hukukta Meşruiyet

Hukuktaki meşruiyet siyasetteki meşruiyetin bir uzantısı ve türevi niteliğindedir.⁷⁹ Hukuk alanında meşruiyet kavramını iki ayrı düzlemde ele almak gerekir.

⁷⁶ Bentham’dan aktaran Kemal İNAL, *EĞİTİM VE İKTİDAR*, s.54.

⁷⁷ İnsanın üç ilişkisi için Bkz: Muharrem BALCI, *Hak – Adalet – Özgürlük – Meşruiyet Kavramsal Analiz*, <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/3.pdf> (Erişim 26.10.2018)

⁷⁸ Muhafazakârlık ve Muhafazakâr Demokratlık için Bkz: *Müslüman Hukukçuyu Bekleyen Tehlikeler DÖNÜŞ-TÜRME PROJELERİ*, <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/239.pdf> (Erişim 26.10.2018)

⁷⁹ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, *Meşru*, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=290380>, (Erişim 26.10.2018)

a) Yürürlükteki hukuk kurallarına, kısaca kanuna uygunluk anlamında meşruiyet. Buna kanunî meşruiyet denir.

b) Temel ahlâk ve hukuk ilkelerine, kamu vicdanına, özellikle adalete uygunluk anlamında hukuka uygun anlamında meşruiyet.

Devletin hâkimiyet unsurundan doğan yasama, yürütme ve yargılama yetkilerinin yürürlükteki hukuk kurallarına uygun işlemesi durumu için meşruiyet değil daha ziyade kanunîlik ve aynı anlama gelmek üzere hukukîlik kavramı tercih edilir. Meselâ bir yasanın usulüne göre ve anayasaya uygun olarak çıkarılması, bir yargıcın yasaya uygun karar vermesi, bir yöneticinin yasaya uygun işlem yapması bu anlamda meşruiyet için yeterlidir. Yönetilenlerin hukuk alanını ilgilendiren fiil ve işlemleri için de aynı şey söz konusudur; bunların mutlak anlamda meşruiyetinden değil pozitif hukuka uygunluk veya aykırılıklarından söz edilir.⁸⁰

Keyfiliğin önlenmesi, özellikle suçların ve cezaların tayininde yasalarla belirlenmiş çerçevede kalınabilmesi açısından kanunîlik ilkesi büyük önem taşımakla beraber kanunî yönden meşru olan hukuk açısından meşru olmayabilir. Dolayısıyla hukukî meşruiyet düzeyi kanunlar için bir idealdir. **Hukukî meşruiyetin en belirleyici kriteri adalettir.** Pozitif hukuk kurallarının adalet idesine uygunluğunu ifade eden bir kavram sayılabilecek olan meşruiyet, mevcut hukukun olması gereken hukuka ne kadar uygun bulunduğunu ölçme ve mevcut hukuku denetleme işlevi görür, pozitif hukuk şemasının adaleti gerçekleştirme amacına uygun konuşlanıp konuşlanmadığını sınırlar.⁸¹

Hukuka uygunluk anlamında meşruiyet değerlendirilmesi yapılırken insanın mutluluğu ve hak kavramı merkezî bir önemi haizdir. İnsanın sahip olduğu hakların başında yaşam hakkı geldiğinden kişinin kendini veya başkasını yok etme yahut zarar verme/tehlikeye atma (**Sigara vb. zararlı madde kullanımı**) hakkı olamaz. Tüm ilahî veya beşerî din ve sistemlerde ortak kural, **kimsenin kendine ve başkalarına zarar verme özgürlüğü yoktur.** Bu sebeple intihar, ötenazi ve kürtaj, bağımlılık yapan madde kullanımı meşru sayılmamış, haklı bir sebep bulunmadıkça adam öldürmek büyük suç kabul edilmiştir. İdarenin de, bu anlamda kimsenin kendine ve başkasına zarar vermeme ilkesini gözetmesi, bağımlılık yapıcı, sağlığa zararlı maddelerin kullanımına tedbir alması gerekir. Aksi halde kusurlu veya kusursuz sorumluluğu doğar. Zarar görenlerin zarar verene ve idareye tazminat hakkı doğar. **Nitekim ABD’de bir kadın sigara yüzünden uğradığı hastalık ve maddi ve manevi zararlarının tazmini**

⁸⁰ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.e.

⁸¹ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.e.

için devlete karşı 27 milyar dolarlık maddi – manevi tazminat davası açmış ve davayı kazanmıştır. Devlet sigaraya karşı ciddi önlem ve kısıtlama düşünürken sigara sektörü, aleyhlerine tazminat davası açılmamasını teminen her yıl devlete sağlık harcamaları karşılığı olmak üzere ciddi miktarda katkı yapmayı teklif etmiş ve bu meblağları da ödemektedirler.

Haklı sebeplerin başında **meşru müdafaa** gelir. Zaruret hali normal durumlardaki bazı yasakları ihlâl etme imkânını verse de bunların arasında başkasının canına kastetme kesinlikle yoktur. Bir arada yaşama zarureti mutlak hürriyete imkân vermez. Toplumsal hayatta herkes kural olarak kendi hukuk alanında kalmak ve başkasının hâkimiyet alanına tecavüz etmemek gibi temel bir yükümlülük altındadır. İhlâller genellikle hakların kesiştiği yerlerde vuku bulur ve meşruiyet sorununu gündeme getirir. Hak süjesi olan kişiyi özerk bir varlık olarak gören hukuk düzeni, bu özerkliğini sadece eşitler arası ilişkilerde yaşanabilecek tehlikelere karşı değil aynı zamanda güçlü olan devlete karşı da koruyup güvence altına almak durumundadır. Nitekim demokratik ülkeler temel hakları ve özgürlükleri bu maksatla kurucu yasalarına dercedip güvence altına alırlar. Fakat hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması bazı yasakların kabul edilmesini de zorunlu kılar. Yasakların başında kamu düzenine aykırılık gelir.⁸² Zira kamu düzeninin korunması hukukun temel işlevidir. Dolayısıyla hukuk bunu ihlâl eden fiillere medenî veya cezaî yaptırımlar uygular. Burada işaret etmek gerekir ki, kamu düzeni sadece vatandaşlar tarafından ihlal edilmez; çoğu kez devlet (idare) tarafından kusurlu veya kusursuz olarak ihlal edilir (**Gezi – Roboski – Cerattepe – Denetimsizlik nedeniyle de Soma**⁸³) ki bu hal daha tehlikelidir.

Sosyolojik Meşruiyet

Din, mezhep, siyasî sistem, rejim, ideoloji gibi sosyal yapıların meşruiyet temelini bunlara karşı beslenen inanç ve duyulan güven teşkil eder. Sosyal yapıyı biçimlendiren değerler toplamı içinde hukuk da vardır. Belirtilen anlamda bir yapı veya kurum fonksiyonunu yitirdiği ya da geniş kesimler böyle olduğuna inandığı yahut inandırıldığı takdirde varlık sebebini, yani meşruiyet zeminini yitirir. Doğru ve tutarlı olduğuna dair güçlü bir kanaat ve inanç yeniden oluşmadıkça meşruiyet krizi aşılamaz. Meşruiyet kazanımı da yitimi de belli bir sürece göre işler. Meşruiyet yitimi ferdî düzeyde kalabileceği gibi geniş kesimlere de yayılabilir. Herhangi bir sosyal yapı kendisine yönelik yaygınlık kazanan güvensizlik karşısında varlığını sürdür-

⁸² Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.e.

⁸³ Bkz. MAZLUMDER, *Soma Maden Faciası Hakkında İnceleme Ve Gözlem Raporu*, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/raporlar/326.pdf> (Erişim 26.10.2018.)

mez. Meşruyetini yitiren bir kurum otoritesini de yitirir. Fakat bazı durumlarda otoriteyi sürdürmek için meşrulaştırma çabasına girilir. Bu süreçte siyasî itaati normal bir durum haline getirmek için topluma ideoloji zerketme yoluna gidilir.**(Millî İrade - Yedi Düvel - Devletin bölünmez Bütünlüğü – Ya Sev Ya Terket vb)** İktidarda kalmakta direnen yönetim bunun için türlü yollar dener. Modern dünyada medya bu amaç için en güçlü silâh olduğundan iktidar-medya-ekonomi ilişkisi etik tartışmaların merkezinde yer alır. Bu durumda, güçlü iktidarın temsilcisinin zaafa uğraması veya son bulması halinde toplumda kargaşa veya bireysel veya kurumsal bir mütegalibenin eski iktidar fenomeninin yerini alması kaçınılmazdır.⁸⁴ Nitekim ihtilallerden sonra kimi monarkların veya monarklardan sonra ihtilallerin yer değiştirmesi bundandır.

“Her din, mezhep, düşünce, sistem, rejim, ideoloji doğruluğunu, fert ve topluma yarar sağladığını, bu noktada alternatifinin bulunmadığını iddia ederek meşruyet kazanmaya, toplumda taban bulmaya ve rakiplerini değişik yöntemlerle yıpratmaya çalışır. Sistem / paradigma düzeyinde meşruyetten söz edilebileceği gibi parça-bütün ilişkisi çerçevesinde sistem içi meşruyetten de söz edilebilir. Sosyal değer sistemleri olarak din, ideoloji, siyasî rejim, mezhep, ekol ve akım gibi yapıların meşruyeti daha çok sosyolojiktir.”⁸⁵

Dinin referans alındığı bir toplumda meşruyetin ölçüsü söz konusu dinin kutsal metinleri, bir mezhebin esas alındığı bir çevrede meşruyetin ölçüsü o mezhebin dogmaları, bir ideolojinin hâkim olduğu bir ortamda meşruyetin ölçüsü o ideolojinin ilkeleridir.⁸⁶ Güçlü kişiliklerin referans alındığı toplumlarda da meşruyetin ölçüsü ne din ne mezhep, aksine karizmatik liderin veya yakın bağlılarının topluma sunduğu kavramsal yönelimlerdir.**(Burada kayıtsız şartsız Reisçilik’i tartışmak yerinde olacaktır)**

Evrensel Meşruyet

Evrensel meşruyet ilkelerinden söz etmenin mümkün olup olmadığı sorusu ise her platformda canlılığını korumaktadır. Ayrıca evrensellik ile küresellik ayrımı da meşruyet bahsinde önemli yer tutmaktadır.⁸⁷ **(Çalışma Ekibi veya öğrenci toplulukları için iyi bir araştırma ve tartışma konusu)**

⁸⁴ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.m.

⁸⁵ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.m.

⁸⁶ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.m.

⁸⁷ Burada “evrensel” ve “küresel” kavramlarına açıklık getirmek gereklidir. “Evrensel değerler: Bir çıkış yeri bilinmeyen, dolayısıyla birilerine aidiyeti bulunmayan, insanlığın ortak değerleridir. Küresel değerler: Birilerinin etiketini taşıyan değerlerdir. Küresellik: Birilerine ait değerlerin yer küresi boyutunda yaygınlaşmasıdır.(...) Küresel değerler, başkası bundan ne derece yararlanırsa yararlınsın sahibinin çıkarını taşıy, öncelikle

İslâmî Literatürde Meşruiyet

İslâm âlimleri, geniş anlamıyla meşruiyet kavramını dinin ana kaynaklarına ve bunların atıfta bulunduğu veya geçerli saydığı tâli kaynaklara uygunluk olarak anlamışlar ve her bir dinî-hukukî düzenlemenin delillerini meşruiyetin göstergesi saymışlardır. Meselâ Karâfî, şer‘î hükümlerin dayanağını oluşturan delilleri “edilletü meşrûiyyeti’l-ahkâm” diye adlandırır (el-Furûğ, I, 128-129). Yine hemen bütün fikhî izahlarda herhangi bir dinî-hukukî düzenlemeden söz edilirken, “Bunun meşruiyeti kitapla sabittir” şeklinde bir ifade kalıbı kullanılır.⁸⁸ Nitekim Kalem suresinde haddi aşanlara sorulan soru, meşruiyetin kaynağını göstermektedir:

(Size ne oluyor, nasıl hüküm veriyorsunuz? Yoksa size ait bir kitabınız var da (bu batıl hükümleri) ondan mı okuyorsunuz? Onda, "Seçip beğendiğiniz her şey mutlaka sizindir" (diye mi yazılı? Yahut bizden, her ne hükmederseniz mutlaka öyle olacağına dair Kıyamete kadar sürecek kesin sözler mi aldınız? Sor onlara: "Onların hangisi bu (iddianın doğruluğu)na kefildir?)

Hakkında özel dinî bildirim bulunmayan konularda ise ana kaynaklarda kendisine vurgulu atıflar yapılmış olan insan aklı, muhakemesi ve tecrübesinin, toplumsal eğilim ve ihtiyaçları yansıtan örf ve âdetlerin meşruiyet ölçütü olarak önemli bir işlev üstlenmesi İslâm âlimleri arasında genel kabul gören bir husustur.

İSLÂM'DA DEVLETİN SORUMLULUKLARI

İslâm'da devletin bütün tasarruflarının hukuka tâbi ve uygun olması, yönetilen halkın katkısı ile sağlanmaktadır. Halk devlet başkanını seçerken (bey'at), Allah'ın, İslâm toplumuna verdiği vazifeleri, onları temsilen ifa etmesini şart koşmakta, başka bir deyişle bütün fertlere yüklenmiş olan bu vazifede (hilâfette), başkanın onları temsil etmesini istemektedir. İslâm'ın bütün tâbilerine emrettiği sosyal, siyasi ve ahlâkî kontrol (emr-i bi'l-ma'rûf, nehy-i ani'l-münker) vazifesi, devleti idare edenlerin de fertler tarafından kontrol edilmesini ihtiva etmektedir. Buna göre her fert, devletin ve diğer fertlerin tasarruflarının hukuka uyup uymadığını kontrol etmek, uygun hâle getirmekle yükümlüdür. Buna, başkandan en küçük memura kadar hiçbir kimsenin itiraz hakkı mevcut değildir. Keza hiçbir yönetici ve memurun, hukuka aykırı davranış bakımından imtiyazı ve dokunulmazlığı yoktur.

onun düzeninin işlerliğini sağlar. Söz gelimi bir Batı değeri olarak demokrasi". Bkz: Mustafa AYDIN, "Yoğunluğu Azaltılmış İslâm", Umran Dergisi, Mart-115/2004.

⁸⁸ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.m.

Demokrasilerde devletin, anayasa dâhil bütün kanunları çıkarma ve değiştirme salâhiyeti sözkonusudur. Devlet, özellikle anayasaların vaz'ında ve değiştirilmesinde halkoyuna başvurursa da, bunun her zaman, halkın menfaat ve iradesini tam olarak aksettirdiğini söylemek mümkün değildir.⁸⁹ (1982 Anayasası'nın 'tek seçeneği oylama özgürlüğü 'plebisit' şeklinde halka dayatılması)

İslâm'da ise devlet başkanı, meclisi, bürokrasisi ve halkı ile bütün ümmetin tabi olduğu, kimsenin keyfine göre değiştiremeyeceği bir kanunun belirlediği hukuk, toplumun ve devletin de üstünde bulunan bir kanun vardır: Kitaba ve Sünnet'in naslarına dayalı kanun. İşte hukuk bu kaynağa (Allah'a) dayanmaktadır. Hukukun bu kaynağa dayanması, istismar ve haksızlıkları, hukuktan sapmaları önleyici bir teminat olmakla beraber, "ilâhî hukukun değişmezliği toplumu sıkıntıya sokmaz mı?" şeklinde bir soru söz konusu olabilir. İslâm bu mutasavver problemi şu tedbirlerle çözmüştür:

- a) Kur'an ve Sünnet'in ortaya koyduğu değişmez kanunlar, her çağda uygulanabilirliği bulunan temel ve çerçeve kanunlardır (Yönetimin danışma ile olması, akitlerin karşılıklı rızaya dayanması, adaletin ve dengenin korunması gibi.).
- b) Kısmen teferruata inen maddeler, toplumun içine düştüğü şartlar, değişme ve gelişmeler yüzünden uygulanamaz olursa zaruret prensibi devreye girer; İslâm tabilerini sıkıntıya sokacak hiçbir bağlayıcı mevzuatı devamlı kılmamıştır.

Sonuç olarak İslâm'da devlet başkanına ve onun şahsında devlete tanınan salahiyet ve verilen vazifeler gözönüne alındığında "İslâm devletini" ne mutlak yönetimler, ne de kuvvetler ayrılığı vb. tedbirlere dayalı sınırlı yönetimler çerçevesine sokmak mümkündür. Hilâfet rejimi orijinal, nev'i şahsına münhasır bir rejimdir. Onu istibdaddan uzaklaştıran, demokrasilerden daha fazla hukuka bağlı kılan ilke ise, temeli bakımından "beşerüstü bir hukuka uyma mecburiyetidir."⁹⁰

Uygulamalı Bazı Örnekler:⁹¹

Rasûl-i Ekrem (s.a.v.) Allah'tan vahiy yoluyla alıp tebliğ ettiği Kur'ân-ı Kerim'in hükümlerini, bir kanun olarak kendisine, ailesine ve ümmetine uygulamış, gerektiğinde külfetin ve fedakârlığın en büyüğünü kendisi yüklenmiş, hiçbir tasarrufunda hukuktan ve adaletten

⁸⁹ Hayrettin KARAMAN, *İslâm'da Hukuk Devleti Kavramı*, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/meseleler/0877.htm> (Erişim 26.10.2018)

⁹⁰ Hayrettin KARAMAN, a.g.m.

⁹¹ Hayrettin KARAMAN, a.g.m.

sapmamıştır. Mekke'nin fethi sırasında, Kureyş'in Mahzûm koluna mensup bir kadın hırsızlık yapmış, kabile bunun cezalandırılmasını şerefleri için bir leke sayarak, Hz. Peygamber'in çok sevdiği Üsâme b. Zeyd'i aracı kılmışlar, cezanın uygulanmamasını istemişlerdi. Allah Resulü(s.a.v.) Üsâme'ye hitaben **“Allah'ın koyduğu bir cezayı uygulamayayım mı istiyorsun?”** diye serzenişte bulunmuş, sonra halkı toplayarak şöyle demiştir:

“Sizden öncekilerin mahvolup gitmelerine sebep şudur ki, içlerinden asalet sahibi birisi hırsızlık ederse ona dokunmaz, serbest bırakırlardı, zayıf birisi hırsızlık ederse onu cezalandırırlardı; Allah'a yemin ederim ki, kızım Fâtıma hırsızlık yapsaydı onu da aynı şekilde cezalandırırdım!”⁹²

İlk halife Ebû Bekr (r.a.), başkan seçildikten sonra halka şöyle hitap etmiştir:

“Ey insanlar! En hayırlınız olmadığım hâlde başkanınız oldum; iyi yaparsam bana yardım edin, kötü yaparsam beni düzeltin. Doğruluk emanet, yalan hıyanettir. Zayıf olanınız, başkasından onun hakkını alıncaya kadar benim nezdimde güçlüdür; güçlü olanınız da, başkasının hakkını ondan alıncaya kadar benim nazarımda zayıftır... Ben Allah'a (kanuna, hukuka) itaat ettiğim müddetçe siz de bana itaat edin, ben Allah'a itaatten ayrıldığım zaman bana itaat size borç değildir...”

Hz. Ömer de bu mealde bir konuşma yaparken cemaatten birisi doğrularak "Sen hukuktan ve doğruluktan saparsan seni şu eğri kılıçla yola getiririz" demiş; Hz. Ömer bu davranış karşısında Allah'a şükretmiştir.

Birinci halife, devlete zekât vermekten imtina edenlere karşı asker sevk etmeye teşebbüs edince Hz. Ömer buna itiraz etmiş ve yasakları çiğneseler bile Müslümanlar üzerine asker sevk edilemeyeceğini hadis ile ispat etmek istemişti. Hz. Ebû Bekr bu itirazı delil ile karşılayarak tartışmış, Allah hakkı olan namaz ile maldan dolayı borç ve kul hakkı olan zekâtı ayıran ve böylece İslâm'ı tahrif edenlere müeyyide uygulamanın hukuki olduğunu ispat etmiş, ancak bundan sonra harekâtı gerçekleştirmiştir.

Uyeyne isimli birisi, Hz. Ömer'in şura üyelerinden biri olan el-Hurr vasıtasıyla Halife'den randevu almış, konuşma esnasında onu, âdil davranmamak ve haklarını vermemekle suçlamıştı. Hz. Ömer bu itham karşısında Uyeyne'yi cezalandırmaya kalkışınca el-Hurr, cahil-

⁹² Okuyucu burada (Nepotizm / Adam Kayırcılık / Dayı-Yeğen Meselesi, Liyakat / Mülakat Sistemleri, AK Parti'nin 4 bakanını yargılatmaması) gibi konular üzerinde düşünmeli, araştırma yapmalıdır. Önemli bir kaynak olarak Bkz: Sait GÜRAN, *MEMUR HUKUKUNDA LİYAKAT VE KAYIRMA SİSTEMLERİ*, İstanbul Ün. Yay. 1980. Kitabın pdf.si için Bkz: <http://www.muhamrembalci.com/kitaplika/97.pdf> (Erişim 26.10.2018)

liği yüzünden böyle davrananların bağışlanması gerektiğini bildiren bir ayet okudu, Hz. Ömer hemen niyetinden vazgeçti. Bu vakıayı nakleden İbn Abbâs şöyle diyor: "el-Hurr ayeti okunca Ömer olduğu yerde kaldı; çünkü Allah'ın Kitabı'ndan bir milim dışarı çıkmazdı."

Hz. Ali, Hz. Osman ve Hz. Abbas, Rasûlullah(s.a.v.)'in vârisleri olarak Hz. Ömer'e başvurmuş ve terikesinin kendilerine paylaşılmasını istemişlerdi. Bunlara büyük sevgi ve saygısına rağmen Hz. Ömer, Rasûlullah (s.a.v.)'in bir hadisini okudu, burada onun malına vâris olunamayacağı, terikesinin yoksullara ait olduğu" ifade buyruluyordu, buna dayanarak isteklerini geri çevirdi, ancak bu amaçla kullanacaklar ise verebileceğini söyledi.

Hz. Ömer'in oğlu Abdullah, Emevî halifelerinden Abdumelik'e bey'at ettiğini bildiren bir mektup yazmıştı. Bu mektupta bey'atını ve şartını řu şekilde dile getirmiştir: "Allah'ın ve Rasûlü'nün (s.a.v.) yolundan ayrılmamak üzere (ayrılmaman şartıyla), gücümün yettiği kadar seni dinleyip itaat edeceğime söz veriyorum."⁹³

Emevi Halifesi Ömer bin Abdülaziz isteği dışında halife seçildiği zaman, mescide girdi ve minbere çıkıp Allâhü Teâlâ'ya hamd ve senâdan, Peygamber Efendimiz'e (s.a.v.) selavâtta sonra;

"Ey insanlar, hiçbir fikrim, talebim ve istişarem olmadan bu vazife ile vazifelenirildim. Bana biat etme hususunda sizleri serbest bırakıyorum. Dilerseniz benden başkasını kendinize halife seçebilirsiniz."

dedi. Müslümanlar, yüksek sesle hep birden,

"Biz sizi seçtik, ey müminlerin emîri! Hayır ve berekete vesile olsun diye emirimiz olarak sizi kabul ettik."

dediler ve sustular. Ömer bin Abdülaziz;

"Size, takvâyı; Allâh'tan korkmayı, Allâhü Teâlâ'nın emirlerine uymayı, yasaklarından kaçınmayı emrederim. Takva, her şeyin üzerindedir, ondan daha üstün bir şey yoktur."

Ahiretinizle alakalı işlerde acele ediniz. Çünkü âhiret işlerinde acele eden kimsenin dünya ve âhiret işlerine Allâhü Teâlâ kâfidir. Gizli hallerinizi ıslah eder(düzeltilir)seniz Allâhü Teâlâ da açığındaki hallerinizi ıslah eder.

Ölümü çok hatırlayınız. Ölüm gelmeden önce hazırlığınızı güzel yapınız. Zira ölüm dünya zevklerini yok eder.

⁹³ Hayrettin KARAMAN, a.g.m. <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/meseleler/0877.htm>
(Erişim 26.10.2018)

Vallahi ben, hiç kimseye hak etmediğini vermem, hiç kimsenin hakkına da mâni olmam. Ey insanlar! Allâhü Teâlâ'ya itaat eden kimseye itaat etmek vacibtir. Allâhü Teâlâ'ya isyan eden kimseye itaat edilmez. Ben Allâhü Teâlâ'ya itaat ettiğim müddetce bana itaat ediniz.

Allâhü Teâlâ'ya isyan ettiğim zaman bana itaat etmeyiniz."

ŞURA

Kur'an dinin temel kaynağı olmakla birlikte hukukun (şeriat) da temel kaynağıdır. Ancak değişen ve gelişen sosyal düzenin ihtiyaçlarının hukukun kaynağı olan sabiteler ışığında karşılanması zaruridir. Toplumun itikadî meseleler dışında, özellikle siyasi ve idari alanda, karşı karşıya kaldığı pek çok mesele bulunmaktadır. Bu sorunların çözümünde "uygulanacak usul ne olacaktır?" sorusu, usul noktasında temel kaynak olarak 'Şûra'nın önemini izah etme zarureti' doğurmaktadır.

Şûra, kavram olarak bir meselenin halledilmesi amacıyla oluşturulan kurulu ifade eder. Yöneticilerin siyasi ve idari kararları alırken kendi başlarına tercihte bulunmak yerine toplumun genel eğilimine uygun tarzda hareket etmeleri efdal olandır. Dolayısıyla şûra kurumu aynı zamanda İslâm kültürünün istişareye, rızaya, karşılıklı anlaşmaya dayalı olduğuna işaret etmektedir.

İslâm düşünürlerinin kahir ekseriyeti, şûra'nın Müslümanların sosyal hayatını düzenleyen reddedilemez bir emir olduğunda müttefiktir. Bu görüşün dayanağı olarak Şûra Suresi 38⁹⁴ ile Al-i İmran Suresi 159.⁹⁵ ayetler gösterilmektedir. Bu ayetler istişarenin hem Müslümanların vasıflarından olduğunu hem de onların sosyal hayatlarına yönelik bir emir olduğunu göstermektedir.

Resulullah (sav) Medine döneminde peygamberliğinin yanı sıra devlet başkanıydı. Bu sebeple idari ve siyasi işlerde de karar veren makamdaydı. Şûra'nın bağlayıcılığı konusunda en belirgin örnekler de Medine döneminde yaşanan olaylarda görülmüştür. Bunlardan en önemlileri Bedir Savaşı ve Uhud Savaşı esnasında istişareyle alınan kararlardır. Bedir Savaşında İslam Ordusu savaş meydanına ulaştığında ordu karargâhının nereye kurulacağı meselesi gündeme gelmiş, Peygamber (sav) karargâhın kendi taraflarındaki kuyunun önünde olması-

⁹⁴ Rablerine icabet edenler, namazı dosdoğru kılanlar, işleri kendi aralarında şura ile olanlar ve kendilerine rızık olarak verdiklerimizden infak edenler,(...) Şura-38

⁹⁵ "Ey peygamber! Allah'ın rahmeti sebebiyle sen onlara yumuşak davrandın. Eğer onlara karşı kırıcı ve sert olsaydın, çevrenden dağılır giderlerdi. Artık onları bağışla ve affedilmeleri için dua et. Toplumu ilgilendiren her konuda onlara **danış**, görüşlerini al; sonra bir hareket şekline karar verince de, Allah'a güven. Çünkü Allah, kendisine güvenip, dayananları sever." Al-i İmran 159

nı emretmişti. Bunun üzerine sahabeden Hubab b. Munzir (ra) bu yerleşimin vahye dayanıp dayanmadığını sordu. Genel olarak sahabe; **“Ya Rasülallah, bu söyledğin önüne ve ardına geçemeyeceğimiz Allah’ın kelamı ve emri midir, yoksa sizin rey’iniz midir?”** diye sorardı. Peygamber (sav) Efendimiz bunun kendi rey'i olduğunu söyleyince Munzir de bu yerleşimin uygun olmadığını, kendisinin harp ehli olduğunu, bu bölgeyi çok iyi bildiğini ve bölgedeki tüm kuyuların yerlerine vakıf olduğunu belirterek, Kureyşlilere en yakın kuyunun önüne karargâh kurulmasını teklif etti. Sahabeyi iyi tanıyan Peygamber (sav) teklifi haklı bularak karargâhın belirtilen yere kurulmasını emretti.

Uhud Savaşında ise Peygamber (sav) Medine'yi içerden savunma yapmak şeklinde korumayı, yani savunma savaşı yapmayı istemekteydi. Hatta buna delalet eden bir **rüya görmüştü**. Bununla birlikte sahabenin çoğunluğu, özellikle genç olanları, meydan savaşı yapılmasından yanaydılar. Peygamber (sav) çoğunluğun görüşüne uyararak taarruz savaşına işaret etti ve Uhud Savaşı böyle gerçekleşti. **(Günümüzde bazılarının rüyaları sadık rüya olarak kabul edilip, mutlaklık izafe edilebilmektedir)**

Bu iki örnek açıkça göstermektedir ki, istişare sonucu verilen karara uyulması gereklidir. Hem dini hem siyasi lider olarak Peygamberin (sav) uygulaması bu şekildedir. Ayrıca istişare genellikle çoğunluğun kanaatine ulaşmak için yapılırsa da Hubab b. Munzir örneğinde olduğu gibi konusunda uzman bir kişinin görüşü bile bazen yeterli olabilmektedir. İstişare sonucu varılan kararın doğru veya yanlış olması da önemli değildir. Şüphesiz şûra'nın amacı ortak doğruya ulaşmaktır, ancak bu her zaman bizlerin elinde olan bir durum değildir. Müslümanlar birbirlerine danışarak doğru olduklarına inandıkları kararı alıp uygulamakla yükümlü iken sonucundan sorumlu değildirler. Her şartta takdir Allah (cc)'ındır.⁹⁶

Şûra kurumu, İslâm toplumunun 'kelle kesen', 'despot' yöneticiler eliyle değil, düşünceye önem veren, yönetilenlerle danışmaktan çekinmeyen yöneticiler eliyle idare edilmesini gerekli kılan bir kurumdur. Müslümanlar için itaat edilecek idareciler de bunlardır. Zira ancak bu yöneticiler 'bizden'dir. Şûra aynı zamanda muhalif görüşlerin de dile getirileceği bir zemin olmakla düşünce hürriyetinin sağlanabileceği bir imkândır. Bu suretle muhalif düşüncelerin sadece **'fitne'** çıkarmak olmadığı da anlaşılabilir olacaktır.

İktidarlar, demokrasinin gereklerini yerine getirmek anlamında sistem içi araçları kullanarak **siyasi eylemciliği** savunmaktadır. Yeri geldiğinde (siyasi atraksiyonlardan sonuç ala-

⁹⁶ Sümeyye UYAR, “Şura”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu BİRİKİMLER –V- <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/579.pdf> (Erişim 26.10.2018)

mayınca) kamuoyu yoklamasına gidebilmektedir. Kamuoyu yoklaması, referandum, plebisit, her biri halkın görüşünü almak, bir başka ifade ile halkı istişareye katmak anlamına bir faaliyet gibi sunulmaktadır. Siyasi mücadeleden sonuç alınmadığı hallerde referanduma gidebilen zihniyet, halkın yerel anlamda önem verdiği birçok konuda halkın iradesi hilafına işlem ve eylemlerde bulunabilmektedir.**(Plebisit kavramını da bilmeden kullanırlar. Plebisit, tek seçeneği oylama özgürlüğüdür.)**⁹⁷

Sonuç olarak, bireysel anlamda insanı en güzel şekilde inşa eden Allah (cc), Kur'an'da Müslüman toplumu da en güzel şekilde inşa etmek için 'şûra'yı emretmiştir. Şûra, tüm farklı düşüncelerin tartışılarak ortak aklın bulunmasına sebep olacaktır. Şûra'nın önemsenmediği toplumlarda ihtilaflar bölünmeye yol açar. Oysa Kur'an bunun tam tersi olması gerektiğini, Müslümanların bunlardan beslenirse daha güçlü olacağını söyler. Aksi halde tefrikanın engellenmesi mümkün olmayacaktır. Nihayet Kur'an'da **nehyedilen farklılıklar değil, tefrikadır**. Tüm bunları bilen iktidar sahipleri, bildiklerinin, inandıklarının tersine halka danışmadan ve halkın iradesi hilafına işlem ve eylemlerde bulunduğu, doğal olarak halk da eleştiri, itiraz, itiraz haklarını kullanacaktır. Aksi hal halkın tam bir uydu gibi hareket etmesi olacaktır ki, böylesi bir toplumun gelişmesine imkân yoktur. (Sözün burasında **MÜSLÜMAN MI YOKSA TEBAA MI YETİŞTİRİYORUZ?**⁹⁸ ve Soma için yazılmış, **MÜSLÜMANLARIN ÇILDIRTAN SESSİZLİĞİ**⁹⁹)

⁹⁷ “Plebisit, belli bir dönemde iktidarı fiilen ellerinde bulunduranların, hazırladıkları anayasa taslağını, bir tartışma ortamı yaratmaksızın, blok halinde ‘evet’ ya da ‘hayır’ ile sonuçlanabilecek bir halkoylamasına sunmalarıdır. Görüldüğü gibi plebisit, temelinde bir halkoylamasıdır. Bu nedenle, plebisit ile referandumun birbirinden özenle ayrılması gerekir. Referandum ile plebisit arasında, genellikle kabul edildiği üzere *şu farklar vardır*: Referandumda bir ‘sorun’, plebisitte ise bir ‘adam’ söz konusudur. Birincisinde bir *metin* oylanır; İkincisinde ise bir *isim*.

Referandum ile plebisit arasında bir diğer fark ise, *demokratiklik* bakımından ortaya çıkmaktadır. Referandum, demokratik bir usûldür: Halk etkindir, öznedir; karar alma sürecinin başına, ortasına ve sonuna katılır. Plebisit ise, anti-demokratik bir usûldür: Halk edilgendir, nesnedir; karar alma sürecinin sadece sonuna katılır. Referandumun yapılmasını isteyen, halkın seçtiği temsilcilerdir. Oylanan şey ise, halkın temsilcilerinin hazırladığı metindir. Oysa plebisite başvurular, fiilî iktidar sahipleridir. Oylanan şey ise, halkın katılımı olmadan hazırlanan metinler, fiilî yönetimlerin oldubittileri, karar ve eylemleridir. Kısaca plebisit, diktatörlerin, anti-demokratik yöneticilerin kendilerine meşruluk kazandırmak için başvurdukları bir halkoylamasıdır[7].

Görüldüğü gibi plebisit, referandumdan bir *sapma*; onun sezarizm anlamında, *bozulması, kötüye kullanılmasıdır*. Plebisit, referandumun ‘*ikiyüzlü*’ bir biçimi demokrasi alanında sezarizmin bir *ustalığı*, bir *oyunudur*. Özetle, temelinde demokratik bir usûl olan referandumun anti-demokratik hale getirilmesidir. Plebisit, Prélot’nun deyimiyle ‘*mono-demokratik bir kombinezon*’ Burdeau’nun deyimiyle ‘*demokrasinin baştan çıkarılması*’dır. Kemal GÖZLER, *REFERANDUM MU, PLEBİSİT Mİ?*

<http://www.anayasa.gen.tr/plebisit.htm> (Erişim 26.10.2018)

⁹⁸ Aliya İZZETBEGOVİÇ, <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/297.pdf> (Erişim 26.10.2018)

⁹⁹ Suat AL, Müslümanların Çıldirtan Sessizliği, <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/283.pdf> (Erişim 26.10.2018)

İSTİFA

Türkiye’de ya tam olarak anlaşılamayan ya da *cesaret edilemeyen* bir hadisedir.

İstifa yenilgi değil, aksine özgürlüğü ifade eden eylemdir.

Seçimle iş başına gelmiş olmak, 4 yılda bir seçmenin onayını almak tek başına hesap verebilirliğin ölçütü olmamalı. İstifa müessesesi, şeffaflık, denetlenebilirlik ve hesap verebilirlik için önemli bir erdemi ifade eder. Siyasal iktidar, “seçimden seçime” denetlense bile, toplumu etkileyen bazı olaylarda hesap vermelidir. İstifanın adı “**kurban vermek**” ya da “**diyet ödemek**” değildir. Aksine **istifa, bir değişimdir, bayrak yarısıdır, “yerini daha iyisine bırakmak”**tır.¹⁰⁰

Yukarıdan beri siyaset ve bürokrasi kurumunun, ülkede toplumun tamamını ilgilendiren veya bir kısmını etkileyen toplumsal olaylardan, kazalardan kusurlu-kusursuz sorumluluğu olduğunu ifade etmeye çalıştık. İdare sorumluluklarını; ihmalleri ve eksiklikleri zamanında gidermekle, denetlemekle, gerektiğinde sorumlu ajanları görevden almakla yerine getirir. Bazen de siyasi sorumlulukların ülkede bir fitneye sebep olmasından çekinildiği için idare ajanları siyaset kurumunu rahatlatmak için erdemli davranarak istifa ederler. **(Kanada’da bir bakan, uyuşturucu bağımlılığının tedavisi için istifa etmiştir.)**¹⁰¹ Nitekim dünyada suçu sabit olmamasına rağmen, erdemli davranarak sorumluluk alıp istifa eden birçok siyasetçi ve bürokrat bulunmaktadır. Ancak istifa müessesesinde sorumluluk ilk önce kurumun bağlı olduğu siyasi mekanizmanın başındaki siyasetçiye racidir.

Ne var ki **Türkiye’de istifa mekanizması çalışmamakta, çalıştırılmamaktadır.**

Nitekim 27 Kasım 2009’da köprünün çökmesi sonucu 5 kişinin hayatını kaybettiği bir kazada **Kosta Rika Ulaştırma Bakanı Karla Gonzales istifa etmiştir.**¹⁰² 12 Ağustos 2009’da bir geminin batması sonucu 93 kişinin hayatını kaybettiği kazada **Tongan Ulaştırma Bakanı Paul Karalus**¹⁰³, 5 Eylül 2009’da 15 turistin öldüğü tekne kazası sonrası **Makedonya**

¹⁰⁰ Bayram ZİLÂN, *İstifa Etmek Bir Yenilgi midir?* <http://m.milatgazetesi.com/istifa-etmek-bir-yenilgi-midir-makale-56140> (Erişim 26.10.2018)

¹⁰¹ *Kanada’da Hunter Tootoo istifa etti*, <http://www.sanalbasin.com/madde-bagimliliği-sorunum-icin-tedavi-gormeye-karar-verdim-14170264/> (Erişim 26.10.2018)

¹⁰² *5 Kişi Öldü, Bakan istifa etti* <https://odatv.com/5-kisi-oldu-bakan-istifa-etti-1405141200.html> (Erişim 26.10.2018)

¹⁰³ *Gemi Battı Ulaştırma Bakanı İstifa Etti*, <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/gemi-batti-ulastirma-bakani-istifa-etti-12255283> (Erişim 26.10.2018)

Ulaştırma Bakanı Mile Yanakevski¹⁰⁴ ve 27 Ekim 2009'da 18 kişinin öldüğü tren kazası sonrası **Mısır Ulaştırma Bakanı Muhammed Mansur¹⁰⁵** görevinden istifa etmiştir.

Bizde ise **Soma faciasında** işletme sahibi ve yöneticilerin direk sorumlu olması siyasi iktidarı bu sorumluluktan azade(!) kılmıştır. İstifa müessesesi aslında bu günler için vardır. Enerji Bakanı ile Çalışma Bakanının sorumluluğu ateşten top gibi birbirlerine atması, beyaz gömlelerinin kömürden lekelenmesini erdemlilik(!) saymaları, erdemsizliğin daniskası olmuştur. İstifa mekanizmasını çalıştıracak olan, bu müesseseyi işlevsel kılacak olan hükümettir. Hükümetler “istifa müessesesi”ni Türkiye siyasetine bir artı değer olarak kazandırmak, gelecek siyasal iktidarlara bir erdem davranışı kazandırmak zorundadır. **Beyaz gömleği** çalışma alanlarında kirletmek, facia zamanlarında değil, facialar olmadan hukuki ve idari denetimlerde olunca bir erdemdir. Dolayısıyla Soma'da hukuki ve idari denetim görevini yerine getirmeyen iki bakanın da istifa ederek, soruşturmaların ve tabii ki hükümetin önünü açmalıydı. Ancak nasıl olsa Türkiye'de hükümetlerin önü her zaman açıktır. **Yeter ki Milli İradeye halel gelmesin(!)**

Siyaset kurumu istifanın, bir yenilgi veya mağlubiyet olmadığını, aksine bir yenilenme olduğunu anladığında, tabii olduklarını söyledikleri demokrasiyi ve hesap verebilirliği daha güçlü hale getirmiş olacaktı. Bu erdemliliği de bir algı yönetme sanatı olarak değil, Toplumun öfkesini, üzüntüsünü, kederini ve gerilimini yönetmek amacı ile de değil, bir erdem, bir siyaset felsefesinin gereği olarak yapmalıdır.

17 Ağustos'ta devletin yıkım bölgesine geç ulaşmasının sorumluları veya çürük yapılanmanın mimarları istifa etmeli değil miydi? Soma'da 301 kişinin ölümünden işletme sahipleri kadar denetleme görevi yapmayan kurumların başındaki idareciler, onları iyi yönetmeyen ve İLO Sözleşmesini imzalayıp yasalastırmayan siyasiler istifa etmeli değil miydi? Ancak hepsi de hiç bir şey olmamış gibi, görevleri başında kaldılar, kepenk kapatan esnafa, evine kuru ekmeğe bile götüremeyen işsiz babalara suçluluk duygusu hissetmediler. İdarenin kusurlu/kusursuz sorumluluğu bahsinde istifa müessesesi vatandaşın ve sivil toplumun idarenin işlem ve eylemlerine karşı ‘hukuki denetim’ yapabilmesinde önemli bir **‘ayrıntı’ değil, ‘gereklik’tir**. Bu cümleden olarak 15 Temmuz öncesinde FETÖ lehine meydanlarda, gazete köşelerinde, hatta TBMM'de FETÖ'yü savunan siyasilerin de istifa etmeleri gere-

¹⁰⁴ Melih AŞIK, *Nereden Nereye?* <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/melih-asik/nereden-nereye--2354052/> (Erişim 26.10.2018)

¹⁰⁵ Mısır Ulaştırma Bakanı, Tren Kazası Üzerine İstifa Etti, <https://www.haberler.com/misir-ulasirma-bakani-tren-kazasi-uzerine-istifa-haberi/> (Erişim 26.10.2018)

kirdi. Zira basiretsizce ‘**kandırılma**’ mazeretini kullananların, basiretsizlikleri sonucu kandırılmış kitleleri cezalandırma durumunda olmamaları gerekirdi.

Devlete Yabancılaşma

Konfüçyüs, öğrencileriyle birlikte Thai Dağının eteklerinde gezinirken ağlayan bir kadın görür. Öğrencilerinden biri (Tze-Lu)’’ kadına neden ağladığını sorar. Kadın:

- Çok acı çekiyorum. Bu çevrede bir kaplan var. Önce kaynatamı parçalayıp yedi. Sonra kocamı, şimdi de oğlumu öldürdü, der.

Konfüçyüs söze karışır ve

- Öyleyse niçin bir başka yere gitmiyorsun? diye sorar. Kadın şu ilginç yanıtı verir:
- Çünkü burada insanlara baskı yapan bir devlet yok.

O zaman Bilge Konfüçyüs öğrencilerine şunları söyler:

- Kadıncağız haklı, çocuklarım. **Baskı yapan devletler kaplanlardan daha korkunçtur.** Bunu hiç unutmayınız’’

SONUÇ

1961’de Anayasa’ya devletin sosyal bir hukuk devleti olduğu eklendi. Anayasaya sadece sosyal devlet ibaresini koymakla sosyal devlet olunmayacağını öğrenen devlet, sosyal hukuk devletinin gereği olarak yasal mevzuatta idareyi kusursuz sorumlu tutmayı da kabullenmiştir.

Anayasada ve kanunlarda kusursuz sorumluluk halleri tek tek sayılmış değildir. Bu boşluk dünyadaki gelişmelere paralel olarak içtihatlarla doldurulmaktadır. Özel hukukta kusursuz sorumluluk halleri tek tek sayılmışken, idari hâkime geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Bu, sosyal devlet anlayışına paralel olarak atılmış yeni bir adımdır. Nitekim idare mahkemelerinde ve Danıştay’da yukarıda da belirttiğimiz gibi Mahkeme kararlarında ‘yasal uygunluk’ kadar ‘hukuki uygunluğu’ da aranmaktadır.

Kusursuz sorumluluk ilkeleri “risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik (hak ve nesafet) ilkesi’’ olarak belirlenmektedir. Risk sorumluluğu; idarenin hiçbir kusuru olmasa bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olmasıdır. Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından(hak ve nesafet) dolayı sorumluluk ise, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin

eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerinin sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, idare tarafından, idarenin bir kusuru olmasa bile, tazmin etmekle yükümlü tutulmasıdır. Bu iki kavramı birbirinden ayıran en önemli fark risk sorumluluğunda ortaya çıkan durum beklenilmeyen bir durumken, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumlulukta ortaya çıkan durum ise işin doğal sonucu olan, beklenen bir durumdur. Her iki kavramın ortak özelliği; her ikisi de taraflar ileri sürmese de re'sen dikkate alınır.

İster risk ilkesine ister kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılsın her durumda illiyet bağı aranırken, “sosyal risk” olarak ifade edilen anarşi ve terör olaylarında idarenin kusurunun yanında illiyet bağını da aramaya gerek yoktur. Yani ortada terör olaylarından kaynaklanan bir zarar varsa zarar görenin bu olaylara karışmaması şartıyla idare kusursuz sorumluluk esasına göre bu zararı karşılamalıdır. Yani idarenin kusursuz sorumluluğu anlayışında illiyet bağı aranmadığı sorumluluk türü, risk ilkesi başlığı altında ele aldığımız “anarşi ve terör olaylarında idarenin kusursuz sorumluluğu” halidir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu idareye tanınan yetkiler karşısında vazgeçilmezdir. İdare toplumun geneline hizmet ederken toplumdaki bir bireyin dahi çıkarlarını gözetmelidir. Ancak tüm bunlar olurken idarenin asıl sorumluluk esasını oluşturan kusur sorumluluğu unutulmamalıdır.

Türkiye’de vatandaş, devletin, hukukun yaygınlaştırılmasına katkılarının olmamasından da öte, bu görevi hakkıyla yerine getirmesi gereken sivil toplum kuruluşlarının da siyasete ve bürokrasiye teslimiyetleri (devletin de STK’ları şemsiyesi altına alması) sonucunda, hukuki denetim görevlerini yerine getirememektedirler.¹⁰⁶ Bu durumda idarenin sorumluluk hallerinin bilincinde olmayan, ancak sadece “**bir hukuka aykırılık var ama hadi hayırlısı**” diyebilen bireylere, topluluklara dönüşmektedirler. Bu ise, dünyadan uzak, dünyaya yabancı bir ulus, kabuğuna çekilmiş, kendi kendisiyle mücadele eden topluluk olarak bir teslimiyetin ifadesidir. Allah’tan başkasına teslimiyet özgürlüklerin lağvı demektir.

Özgürlüklerinin ve tabii ki zincirlerinin farkında olamayan milletlerin akıbetinden bahsetmek fazla sözdür.

¹⁰⁶ Röportaj, Eser KARAKAŞ: *Türkiye’de Seçmenin Hukuksuzluktan Çıkarı Var*.
<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/soylesiler/382.pdf> (Erişim 26.10.2018)

Özgürlük, pasifizm çemberini kırma azmi ve çabasıyla donatılmış, özgür ve onurlu insanların dünyasında, şu an ve gelecek için, her yerde, düşünsel ve eylemsel pratikte, üstün bir adanmışlık bağlamında var olabilmekle mümkün.

Özgürlük, “izzet ve kudreti Allah’ın ve Allah’ın mazlum kullarının yanında arama” keyfiyettir. İsyandan, içi boş fevrandan bağımsız ve bağlantısız; bir duruş, bir konumdur.

KAYNAKÇA

Ahmet MUMCU, *Divan-ı Hümayun*,

<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=090431>

Ali AKYILDIZ, *Meclis-i Vükela-yı Ahkâm-ı Adliye*,

<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=280250>

Aliya İZZETBEGOVİÇ,

<http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/297.pdf>

Ayşegül ÇOBAN, *Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi*,

Ayşe D. KUŞÇU, “Eyyubiler’de Mezalim Mahkemeleri ve Darü’l-Adl”, *Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, 2007, S. 209 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262576>

Bayram ZİLAN, *İstifa Etmek Bir Yenilgi midir?*

<http://m.milatgazetesi.com/istifa-etmek-bir-yenilgi-midir- makale-56140>

Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ

<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=290380>,

Ekrem Buğra EKİNCİ, *ATEŞ İSTİDASI*, İst: Filiz Kitabevi, 2001, s.31

Eser KARAKAŞ, Röportaj, *Türkiye’de Seçmenin Hukuksuzluktan çıkarı var.*

<http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/soylesiler/382.pdf>

Hayrettin KARAMAN, *İslâm’da Hukuk Devleti Kavramı*,

<http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/meseleler/0877.htm>

Halim Alperen ÇITAK, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında SOSYAL RİSK İLKESİ*,

https://www.academia.edu/35739691/%C4%B0darenin_Kusursuz_Sorumlulu%C4%9Fu_Ba%C4%9Flam%C4%B1nda_Sosyal_Risk_%C4%B0lkesi_Principle_of_Social_Risk_within_the_Context_of_Faultless_Liability_of_Administration

Hayrettin YILDIZ, *İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İliyet Bağı Meselesi*,

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1444>

İlhan ŞAHİN, *Sancak*, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=360099>

İsmail ORHON, *Sosyal Risk Nedir?* <https://www.reitix.com/Makaleler/Sosyal-Risk-Nedir/ID=4488>

- Kemal GÖZLER, "İDARE HUKUKU DERSLERİ", Ekin Yay. s.743
- Kemal GÖZLER, REFERANDUM MU, PLEBİSİT Mİ?
<http://www.anayasa.gen.tr/plebisit.htm>
- Kemal İNAL, *EĞİTİM VE İKTİDAR*, Ütopya Yay., İst. 2008.
- Leyla DEMİR, *Kamu Hizmetleri*, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu BİRİKİMLER –I
<http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerI/67.pdf>
- Mahmut AKPINAR - Mehmet YEŞİLBAŞ, *Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği*, <http://www.e-akademi.org/makaleler/makpinar-myesilbas-1.pdf>
- Mehmet İPŞİRLİ, *Beylerbeyi*,
<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=d060072>
- Melih AŞIK, *Nereden Nereye?*, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/melih-asik/nereden-nereye-2354052/>
- Mehmet Akif BARDAKÇI, *İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, (Doktora Tezi)*
<http://acikerisim.istanbul.edu.tr/bitstream/handle/123456789/31798/51363.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- MAZLUMDER ŞIRNAK İLİ ULUDERE İLÇESİ ROBOSKİ KÖYÜ OLAYLARI İNCELEME VE ARAŞTIRMA RAPORU 09.07.2015 <http://www.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/yurtici-raporlar/3/mazlumder-sirnak-ili-uludere-ilcesi-roboski-k/1159>
- MAZLUMDER *Soma Maden Faciası Hakkında İnceleme Ve Gözlem Raporu*,
<http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/raporlar/326.pdf>
- Muammer GÖÇMEN, *Şura-yı Devlet*
<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=390236&idno2=c390153#1>
- Muharrem BALCI, *Sivilleşme*, BİRİKİMLER –V-
<http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/584.pdf>
- Muharrem BALCI *Türkiye 'de STK'ların Zaafları ve Öneriler*,
<http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/164.pdf>
- Muharrem BALCI *Müslüman Hukukçuyu Bekleyen Tehlikeler DÖNÜŞTÜRME PROJELERİ*,
<http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/239.pdf>
- Mustafa AYDIN, "Yoğunluğu Azaltılmış İslâm", Umran Dergisi, Mart-115/2004.
- Sait GÜRAN, *MEMUR HUKUKUNDA LİYAKAT VE KAYIRMA SİSTEMLERİ*, İstanbul Ün. Yay. 1980. Kitabın pdf.si için Bkz: <http://www.muhamrembalci.com/kitaplika/97.pdf>
- Selçuk KAR, *2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Değerlendirilmesi*, BİRİKİMLER –I- <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerI/70.pdf>

- Sevilay SATI, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*,
http://www.turkhukusitesi.com/makale_744.htm
- Suat AL, *Müslümanların Çıldırta Sessizliği*,
<http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/283.pdf>
- Sümeyye UYAR, “Şura”, BİRİKİMLER –V-
<http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/579.pdf>
- Tanıl BORA, *Toplum, Kamu, Halk, Millet*,
http://www.birikimdergisi.com/haftalik/8269/toplum-kamu-halk-millet#.W8Q7j_Xsz_bcs
- Vecdi AKYÜZ, *Müslüman Türk Devletlerinde Dîvân-ı Mezalim Kurumu*,
<https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=367502&M%C3%BCsl%C3%BCman-T%C3%BCrk-Devletlerinde-D%C3%AEv%C3%A2n-I-Mezalim-Kurumu-/-Prof.-Dr.-Vecdi-Aky%C3%BCz->
- Vecdi Murat SOYDAN, *Berlin’de Hâkimler Var*,
<https://www.antoloji.com/berlin-de-hakimler-var-siiri/>
- Yetkin ÖZCAN, *Kamusal / Özel Alan Tartışmaları*,
<http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerI/66.pdf>
-
- <http://www.osmanli700.gen.tr/olaylar/olayss2.html>
- www.farklar.net/
- https://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf
- <http://www.aghukuk.org/makale-detay.php?id=96>
- <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-37407143>
- <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/italyada-ac-olan-hirsizlik-yaparsa-suc-degil-karari-40098594>
- <http://m.milatgazetesi.com/istifa-etmek-bir-yenilgi-midir-makale-56140>
- <http://www.sanalbasin.com/madde-bagimlilik-sorun-icin-tedavi-gormeye-karar-verdim-14170264/>
- <https://odatv.com/5-kisi-oldu-bakan-istifa-etti-1405141200.html>
- <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/gemi-batti-ulastirma-bakani-istifa-etti-12255283>
- <https://www.haberler.com/misir-ulastirma-bakani-tren-kazasi-uzerine-istifa-haberi/>
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0665.pdf>