

DEVLETİN (İDARENİN)

HUKUKİ SORUMLULUĞU

Muharrem Balcı

(AKV) Araştırma ve Kültür Vakfı

6 OCAK 2016

DEVLETİN (İDARENİN) HUKUKİ SORUMLULUĞU

Sunum

Muharrem BALCI

AKV, 6 Ocak 2017

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 için bu durum kaçınılmaz olarak kötü uygulamaları aklımıza getirmektedir. Zira İdarenin hukuki sorumlulukları konusunda her yönetimde olabileceği gibi bazı zaafılar, kanuna ve hukuka aykırı işlem ve eylemler, meşruiyeti şaibeli anlayış ve uygulamalar olabilmektedir.

Sorumlu Müslüman aydınlar olarak, mevcut durumu Batılı ve Müslüman toplumlarda tarihi örnekleri ile birlikte idarenin işlem ve eylemlerinde hukuka uygunluk ve aykırılıkları incelemek, toplumu bilgilendirmek, sivil toplumun ve STK’ların 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 göstermektedir.

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.

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 (Uzlaşma, Tahkim, Ombudsmanlık) 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, vatandaşa standart ve eşit şekilde ulaştırılabilmesi için bu hizmet alanlarının yasal düzenlemelere kavuşturulması gerekir. Böylece, idarenin hukuki sorumluluğu ortaya çıkarken, bu sorumluluk halleri, yasal-idari mevzuat çerçevesinde hak ihlallerine sebep olmayacak şekilde belirlenmiş olmaktadır.

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

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 ister, hâkimler verdikleri kararlarda ısrar edince hapse atılabilirlerdi.¹

¹ 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, önce.

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 Kralsın, 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 gürler.

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.”

B. Polis-Devlet anlayışı: Devletin temel hak ve hürriyetleri baskı altında tuttuğu ve hiçbir biçimde 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.

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

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 yaşındaki Anges Blanco, devlete ait Bordeaux tütün fabrikasında çalışan dört işçi tarafından yönlendirilen vagonun devrilmesi nedeniyle ağır şekilde yaralanır.

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

Çocuğun babası, Fransız Medeni Kanununun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak adliye mahkemeleri önünde uğradığı zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açar. Giriyonde Valisi tazminat istemiyle devlete karşı adli yargıda dava açılmayacağını ileri sürerek bu davaya karşı görev uyuşmazlığı kararı alır. 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 usulü: Mezalim kelimesi, Arapça “za-la-me” (zulmetmek, zalim olmak, haksızlık etmek) fiil kökünden türemiş bir isim olup “mazleme”(haksızlık, zulüm) kelimesinin çoğuludur. 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.

İdarenin kazai 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. 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 şikâyetinde bulunmuştur.

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 Sultan'dan 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.

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. İhşidilerde, kadıların kararlarını adil bulmayanlar, hükümdarın başında bulunduğu Divan-ı Mezalimde davaların görülmesinin isteyebilirlerdi. Karahanlılarda da çok müttekâmil olmamakla beraber mezalim usulüne rastlanılırdı. Gaznelilerle de Kadı-ul Kudat bulunur, Divan'ı Mezalime ise bizzat Hükümdar katılırdı.

OSMANLI DEVRİNDE

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

Ateş İstidası / başa hasır yakma

Osmanlı padişahlarının her hafta cuma namazı kılmak maksadıyla camiye çıkışları, imparatorluk hayatının en debdebeli merasimlerinden. 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 meydanda birikir; Padişah cuma namazını kılıp da dışarı çıktığında bunların ellerindeki dilekçeler görevliler tarafından toplanarak Padişaha takdim edilirdi. Bazen bu kalabalığın arka saflarından bulunanlar, kendilerinin de şikâyeti olduğunu göstermek için yanmakta olan bir hasır parçasını veya içinde yanan bir paçavra bulunan tasları elleriyle yukarı kaldırır, böylece kendilerinin de unutulmamasını görevlilere hatırlatırlardı. Bunlar aynı zamanda şikâyetinin ateş gibi yandığını sembolize eder. Zamanla şikâyetini padişaha arz etme usulüne 'Ateş istidası' veya 'baş a 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 manzumedeki şu mısralar dikkat çekicidir:

“Yakayım başıma bir eski hasır

İşte kadı, işte divan-ı vezir.”

Taşra Divanları

Taşrada kurulan Beylerbeyi ve Sancakbeyi Divanları, İslam hukuk tarihindeki mezalim divanlarıyla aynı mahiyette ve Osmanlı başşehirindeki Divan-ı Hümayun'un taşralardaki örneği olduğundan, gerek dava dinleme ve gerekse mezalimi kaldırma yönünde görev 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.

TÜRKİYE'DE

Şura-yı Devlet

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:²

- 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.

² <http://www.osmanli700.gen.tr/olaylar/olayss2.html> (Erişim, 16,08,2017)

Şura-yı Devlet reisi, daire reisleri ve şura başkatipi 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 Vükela 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.

1876 Kanun-ı Esasî

1876 Kanun-ı Esasî, kişiler ile devlet arasındaki uyumsuzlukları 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 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

Hizmet kusuru kavramı, 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 olarak sayılabilir.

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.

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.

Hizmet kusuru ile doğrudan doğruya sorumlu tutulan idarenin tüzel kişiliğidir. Zarar gören kişi için önce hizmeti yürüten ajana 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 dava açarlar."

Hizmet kusurunu kanıtlama yönünden, kusuru işleyen ajanın ortaya çıkarılması gerekmez. Hizmet kusuru nedeniyle ajan değil hizmet yargılanmaktadır. Kusurun, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlikte olduğunu kanıtlamak yeterlidir. .

İdare, ajanın kusurunu ileri sürerek, sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, ajan yönünden kişisel kusur oluşturan haller ayrıdır. Yani, ajanların kişisel kusurlarından, bir başka ifade ile 'hizmet dışı, hizmetten ayrılabilen kusurları' için idare tüzel kişiliği 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 ilişkinin derecesi gibi unsurları göz önünde bulundurur. (Örnek: **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'yi mağdurlar için banka hesabına yatırmıştır. Mağdurların idari kusur karşılığı beklediği özür idareden bir türlü gelmemektedir.**)

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

hizmet koşullarına, İdare Hukukunun genel ve özel esaslarıyla, tüm bu kural ve etmenler karşısında kendisinden neyin beklenmesi gerektiğine göre tartışılıp belirlenir.

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

1) Hizmetin Kötü İşlemesi: İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı halidir. Kötü işleme, hizmetin gereği gibi yapılmamasıdır. Hukuki yanımlar da hizmetin kötü işlemesi içinde sayılır.

Hizmet kusuru bir formül içine sığdırılmaz. Bir kamu hizmetinin kötülüğü her olay için somut olarak değerlendirilebilir. Her olayda hizmetin niteliği, araç-gereç, zarar görenin durumu, yer ve zaman, yerine göre değişen bazı koşullar farklı olacaktır.

2) Hizmetin İşlememesi: Hizmetin hiç işlememesi veya yetersiz işlemesi hali. Hukuk kurallarının, idareye, belli nedenler karşısında belli bir etkinliğe girişme zorunluluğu yüklediği durumlarda, idarenin 'bağlı yetkisi vardır' denilir. İdare, yeterli olanaklara sahip bulunduğu halde kullanmak zorunda olduğu böyle bir yetkiyi kullanmamak ve harekete geçmemek suretiyle bir zarara sebebiyet verdiğinde, kural olarak bu zararlı sonuçtan sorumlu tutulur. **(Örnek: Tuzla – Sirkeci - Halkalı Tren Hattı 6 yıldır iptal, ne zaman yapılacağı da belli değil. İfade edildiğine göre ihaleyi alan yabancı firma veya konsorsiyum, ihale gereklerini yerine getirmemiştir. İşin ve hizmetin denetimi idarede olduğuna göre, 1. Derecede sorumlu İdare/devlettir.)**

İşte, hizmetin işlememesi, öncelikle, bir bağlı yetkinin kullanılmaması, bu yetkinin karşılığı olan ödevin yerine getirilmemesi durumunda görülür. Hukuk kuralları bazen de idareye bir hareket serbestisi tanırlar. Bu durumda idare yine belli bir etkinliğe girişmeye, belli bir işlem veya eylem tesisine yetkilidir. Ancak bu yetkinin kullanılması bir zorunluluk olmayıp, bütünüyle idarenin takdirine kalmıştır. İdare harekete geçip geçmemekte serbesttir. Bu nedenle harekete geçmemesi kanunsuzluk oluşturmaz. Takdir yetkisi diye tanımlanan bu serbestinin varlığı, gerçekte idareyi sorumluluktan kurtaran bir neden olarak düşünülemez. İdari yargı organı, gerektiğinde takdir yetkisine dayanarak harekete geçilmemiş olmasını da bir hizmet kusuru sayabilir. Ancak bu konuda kesin bir kural koyabilme olanağı yoktur. Yargı organı, her somut olay için değişik etkenleri göz önünde bulundurarak, hareketsizliğin bir hizmet kusuru oluşturup oluşturmayacağını serbestçe değerlendirmek durumundadır.

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 bağdaştırılması 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, bağılı 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 sayılamayacak 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.

Gerçekte bir hizmetin hangi durumda geç, hangi durumda olağan hızla işlemiş olduğunu kestirmek son derece güç bir konudur. Hizmetin ne kadar süre içinde görüleceği pozitif hukuk kuralları ile düzenlenmiş ise, gecikme olup olmadığını saptamak oldukça kolaydır. İdare mevzuatın gösterdiği süreyi özürsüz olarak aştığında, hizmetin geç işlediği sonucuna varılabilir. Ancak, uygulamada genellikle, hizmetin görüleceği sürenin yazılı kurallarla düzenlenmediği gözlenmektedir. İşte sorunun güçlüğü de bu alanda belirir. İdari yargı organı, böyle durumlarda hizmetin türüne, idarenin sahip olduğu olanaklara ve olayın özelliklerine göre, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilip gösterilmediğini araştırmak zorundadır. Bu araştırmada elbette ki hizmetten yararlanacak vatandaşların yararı ve mağduriyeti esas alınmalıdır. **(Örnek: Topkapı-Habipler Tramvay Hattı 8 yıl sürdü. Ankara’da Keçiören Metro Hattı yıllardır bitirilemedi. Sosyal medyada caps: “Aşkımız Keçiören Metro hattı gibi sürsün”)**

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.

KUSURSUZ SORUMLULUK

(Yapmadıklarından da sorumluluk hali)

Hizmet kusuruna dayanarak, idarenin işleyişinden doğan zararların karşılanabilmesi için idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Özel hukuk sorumluluğu olan kusur sorumluluğu, aynı zamanda idarenin başlangıçta tek sorumluluk haliydi. 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; 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.

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 işlemde kaynaklanan zararın varlığının kanıtlanması yeterli olacaktır. İdarenin hukuka uygun davranmış olması tazmin sorumluluğunu kaldırmaz. Bu yönü itibariyle kusursuz sorumluluk kişilerin lehine bir kuram olmaktadır.

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 dileğinden 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 mezkur 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:

- Kusursuz sorumluluk idarenin sorumluluğu alanında prensip değil istisnai teşkil eder.
- Kusursuz sorumluluk halinde zarar gören kişi idarenin kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. İdare de 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 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 maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Sosyal devletin unsurları:

- 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 güvenceyi vatandaşına vermek zorundadır: Eğitim, Sağlık, Emniyet 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 RİSK SORUMLULUĞU

(Kusursuz Sorumluluğun bir başka hali)

İdari risk(kusurlu sorumluluk)te, zararlı sonuçla idari etkinlik arasında doğrudan bir ilişkinin, 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 bağı gerektirmemesine dayanır.

Sosyal risk de idari risk gibi toplum(kamu) yararı için ortaya çıkan özel ve olağandışı bir zarar olduğundan; **hakkaniyet ve nesafet kuralları ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi** uyarınca, bunun toplum kasasından tazmini gerekli görülür. İki hasar kavramı arasında teknik yönden (nedensellik bağının olup olmaması yönünden) ayrılık olmakla birlikte, dayandıkları hukuki temel aynıdır.

Sosyal risk kuramı, özellikle son 10-15 yıllık dönemde **terörden zarar görenlerin** bu zararlarının karşılanması amacıyla genişleyen bir uygulama alanı bulmaktadır. Danıştay, nedensellik bağının varlığına gerek duymadan, zararın "kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında doğmuş olması" gerekçesine dayanarak, sosyal hasar niteliğindeki zararların toplum kasasından tazminine hükmetmektedir. Bu tür olaylarda, Danıştay 10. Dairesi'nin sosyal risk ilkesine dayanarak 1993 yılından beri tazminata hükmettiği; bu kararların Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından da tartışmasız olarak paylaşıldığı görülmektedir.

Türk idari yargısının ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin karar ve içtihatları ile somutlaşan sosyal risk ilkesi, yasama organı için de yol gösterici olmuş ve 2004 yılında 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu Yasa pek çok açıdan eleştirilmekle birlikte, terör nedeniyle oluşan zararların karşılanmasında yargıya başvurulmaksızın idare ile zarar gören yurttaşın uzlaşmasına imkân veren bir idari usulü getirmiş olması bakımından da bir ilki teşkil etmesi nedeniyle önemlidir.

Gerek bu Yasa, gerekse İdari Yargılama Usulü Kanununda 2003 yılında yapılan değişiklik ile AİHM'in **kesinleşmiş ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesini gerektiren nedenler** arasında sayılmış olması, AİHS hükümlerinin ve AİHM kararlarının idarenin hukuki sorumluluğu alanının da düzenlenmesinde etkili olduğunu göstermektedir. Bu da yargı düzenimizin evrensel normlara uyumu açısından tabii ki çok olumlu bir gelişmedir.

Sosyal risk sorumluluğunun başlıca özellikleri, yukarıda belirttiğimiz Kusursuz Sorumluluk halleridir:

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 bindiğı helikopterin havada patlayarak yanması sonucu ölen subayın yakınlarına idarece tazminat ödenmesi,
- Lokomotiften dökülen ateşin rüzgârla yayılması sonucu demiryolu kenarındaki harmanı yanan kişiye, uğradığı zarara karşılık tazminat ödenmesi gerekir.
- Sağlık hizmetlerinde AIDS vb. virüs bulaşmaları.

İdarenin Tehlikeli Yöntemleri

Suçluların Eğitimi.

Adli Kontrol.

Akıl Hastalarının Deneme Çıkışları.

Toplumsal Tehlikeler

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 taşa tutmaları ve bu arada bir kişinin otomobilinin taşlarla hasara uğratılması halinde, idare kusuru aranmaksızın kusurlu görülmüştür.

Mesleki Riskler

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. AYM'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 belde sakininin; olay yerinden geçerken suçlunun yakalanmasına yardım eden kişinin durumu gibi. Bu arızı işbirlikçiler kamu hizmetinin yürütülmesi için idareyle işbirliği yaparlarken bir zarara 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 öğretisi 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 verecek)**

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. Beklenmektedir!

HAKKANİYET VE NESAFET

(Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik / Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi)

Anayasa madde 10: Herkes kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, zümreye imtiyaz tanınmaz. İdarenin hizmet ya da faaliyetinden tüm toplum yararlanacakken, belli kişi ya da kişiler bir külfet altına sokulmuşsa kamu külfetinin dağılımındaki 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:

- 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.

Bayındırlık Hizmetlerinde

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 kamulaştırmasız 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 İşlemlerde

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:

“...Belediyenin.... işleminde kanuna aykırı bir cihet bulunmamakla birlikte, dava konusu.... parselasyon planının yürürlüğe girmesinden önce usulüne göre proje tazmin ve tasdik ettirilmek ve ruhsatıyesi 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.”

Uluslararası Antlaşmalardan Dolayı

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 belirtilebilir. 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**) 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.³

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' bahsinde işlenecektir.)

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

³ <http://www.aghukuk.org/makale-detay.php?id=96>

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 Kanunun 4. Maddesi: “Kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda (...) hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Buradaki hakkaniyet, kamu vicdanına uygunluk anlamındadır.

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 Yürüyüşleri - Taksim Gezi Parkı – Cerattepe Olayı 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. ([21](http://www.yeniasya.com.tr/dunya/italya-</p></div><div data-bbox=)**

da-karar-ac-olan-hirsizlik-yaparsa-suc-degil 395729). (**Terörle Mücadele Kanununda ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda ve de PVSK’da da iyileştirme yapılmalıdır. İç Güvenlik Yasasının iptali değerlendirilmelidir**)

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 olacaktı. 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.)**

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, Taksim’deki tarihi Topçu Kışlası’nı ihya ederken, kamu vicdanının aleyhine Kışla’nın içine AVM ve rezidans yapmayı da dayatmıştır**). **Burada “tarihi Kışlanın ihyası mı, inşası mı” sorusu da ayrıca sorulmalıdır.**)

Meşruiyetin etkin kullanımı meşrulaştırma değildir. **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, 3. Yönetilenlerin, yönetenlerin eylemlerine rıza göstermesi anlamında uyumu. (Beetham’dan aktaran Kemal İNAL, EĞİTİM VE İKTİDAR, s. 54) 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. (**Alak Suresi’nden çıkarsamamız, İnsanın Allah, İnsan ve Tabiatla ilişkisi**). Aksi halde “meşrulaştırma, siyasal iktidarların, ideoloji de meşrulaştırmanın gerekli aracı olur. (**2000’li yılların başında Muhafazakâr Demokralığın millete boca edilmesi, birkaç yıl sonra ise hiç dile gelmemesi, unutulması gibi**) 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. Hukuk devleti kavram ve olgusu, insan zihin ve inancını parçalayan formu ile Kadir-i Mutlak olanın ilahi emirlerine her zaman uygun olmayabilmektedir.

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

- 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 *hukukî 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.

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 sınar.

Hukuka uygunluk anlamında meşruiyet değerlendirmesi 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, nargile, alkol, uyuşturucu vb. zararlı madde kullanımı**) hakkı olamaz. 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.

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. 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**) 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 sürdürmez. Meşruiyetini 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 tartışmalarının 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.⁴ Nitekim ihtilallerden sonra kimi monarkların veya monarklardan sonra ihtilallerin yer değiştirmesi bundandır.

Dinin referans alındığı bir toplumda meşruiyetin ölçüsü söz konusu dinin kutsal metinleri, bir mezhebin esas alındığı bir çevrede meşruiyetin ölçüsü o mezhebin dogmaları, bir ideolojinin hâkim olduğu bir ortamda meşruiyetin ölçüsü o ideolojinin ilkeleridir.⁵ Güçlü kişiliklerin referans alındığı toplumlarda da meşruiyetin ölçüsü ne din ne mezhep, aksine monarkın topluma sunduğu kavramsal yönelimlerdir. **(Muhafazakâr Demokrasi ve demokralığın topluma siyasi erk ağzından empoze edilmesi ilginç bir örnek sayılabilir. Burada kayıtsız şartsız Reisçilik'i tartışmak yerinde olacaktır)**

Evensel meşruiyet ilkelerinden söz etmenin **mümkün olup olmadığı** sorusu ise her platformda canlılığını korumaktadır. **(Çalışma Ekibi için iyi bir tartışma konusu)**

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 meşrûiyeti'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.⁶ 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 sürececek 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 tabi 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 tabilerine emrettiği sosyal, siyasi ve ahlâkî kontrol (emr-i bi'l-ma'rûf, nehy-i ani'l-münker) va-

⁴ <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=290380>

⁵ <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=290380>

⁶ <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=290380>

zifesi, 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.

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. **(1982 Anayasası'nın 'tek seçeneği oylama özgürlüğünün ve sonrası yıllarda da yine referandum adıyla yapılan 'plebisit' şeklindeki işlemlerin 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 nasslarına 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."⁷

Uygulamalı Bazı Örnekler:

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 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

⁷ <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/meseleler/0877.htm>

Üsâme b. Zeyd'i aracı kılmış, 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!" **(Nepotizm / Adam kayırcılık / Davayı-Yeğen meselesi. AK Parti'nin 4 bakanını yargılatmaması)**

İlk halife Ebû Bekr (r.a.), başkan seçildikten sonra halka şu hitabede bulunmuştur: *"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..."*

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

Birinci halife, devlete zekât vermektan imtina edenlere karşı asker sevk etmeye teşebbüs edince Hiz. Ömer buna itiraz etmiş ve yasakları çiğneseler bile Müslümanlar üzerine asker sevk edilemeyeceğini hadis ile ispat etmek istemişti. Hiz. 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, Hiz. Ömer'in şura üyelerinden biri olan el-Hurr vasıtasıyla Halife'den randevu almış, konuşma esnasında onu, âdil davranmamak ve haklarını vermemekle suçlamıştı. Hiz. Ömer bu itham karşısında Uyeyne'yi cezalandırmaya kalkışınca el-Hurr, cahilliği yüzünden böyle davrananların bağışlanması gerektiğini bildiren bir ayet okudu, Hiz. Ömer hemen niyetinden vazgeçti. Bu vakiayı nakleden İbn Abbâs şöyle diyor: "el-Hurr ayeti okuyunca Ömer olduğu yerde kaldı; çünkü Allah'ın Kitabı'ndan bir milim dışarı çıkmazdı."

Hiz. Ali, Hiz. Osman ve Hiz. Abbas, Rasûlullah(s.a.v.)'in vârisleri olarak Hiz. Ömer'e başvurmuş ve terikesinin kendilerine paylaşılmasını istemişlerdi. Bunlara büyük sevgi ve saygısına rağmen Hiz. 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.

Hiz. Ömer'in oğlu Abdullah, Emevî halifelerinden Abdümelik'e bey'at ettiğini bildiren bir mektup yazmıştı. Bu mektupta bey'atını ve şartını şu 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."⁸

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 38⁹ ile Al-i İmran Suresi 159.¹⁰ 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 olmasını emretmişti. Bunun üzerine sahabeden Hubab b. Munzir (ra) bu yerleşimin vahye dayanıp dayanmadığını sordu. Genel olarak sahabe; **“Ya Rasûlallah, bu söylediğin 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

⁸ <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/meseleler/0877.htm>

⁹ Rablerine icabet edenler, namazı dosdoğru kılanlar, işleri kendi aralarında şura ile olanlar ve kendilerine rızık olarak verdiklerimizden infak edenler,(...)

¹⁰ Ey peygamber! Allah'ın rahmeti sebebiyle sen onlara yumuşak davrandın. Eğer onlara karşı kırıncı 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.

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 rivayete göre, bunu **rüyasında 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, mutluluk 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.¹¹

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 alamayınca) 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 kullanma özgürlüğüdür)**

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 olmasını gerektiğini, Müslümanların Şûra'dan beslenirse daha güçlü olacağını söyler. Aksi halde tefrikanın engellenmesi mümkün olmayacaktır. Nihayet Kur'an'da **nehyedilen farklılıklar değil,**

¹¹ Bkz: ŞURA Raporu <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/raporlar/385.pdf>

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 Mı Yoksa Tebaa Mı Yetiştiriyoruz? Aliya İzzetbegoviç.¹² Ve Soma İçin Yazılmış, Müslümanların Çıldırta Sessizliği¹³ okunmalı.**

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 yarışıdır, “yerini daha iyisine bırakmak”**tır.¹⁴

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 ilgili ajanın erdemli davranarak istifa etmesiyle sorumluluğun karşılığı kısmen giderilmiş olur. Fakat siyasi sorumlulukların ülkede bir fitneye sebep olmasından çekinildiği için idare ajanları siyaset kurumunu rahatlatmak için istifa ederler. **(Kanada’da bir bakan, uyuşturucu bağımlılığının tedavisi için istifa etmiştir.)**

Nitekim dünyada direk suçlu olmamasına rağmen 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. 12 Ağustos 2009’da bir geminin batması sonucu 93 kişinin hayatını kaybettiği kazada Tongan Ulaştırma Bakanı Paul Karalus, 5 Eylül 2009’da 15 turistin öldüğü tekne kazası sonrası Makedonya Ulaştırma Bakanı Mile Yanakevski ve 27 Ekim 2009’da 18 kişinin öldüğü tren kazası sonrası Mısır Ulaştırma Bakanı Muhammed Mansur görevinden istifa etmiştir.

¹² <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/297.pdf>

¹³ <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/283.pdf>

¹⁴ <http://m.milatgazetesi.com/istifa-etmek-bir-yenilgi-midir-makale-56140>

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 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 hanel 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 olacaktıdır. 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 yasalaştırmayan siyasiler istifa etmeli değil miydi? Ancak hepsi de hiç bir şey olmamış gibi, görevleri başında kaldılar, kepenk kapatan esnafa, evine kuru ekmek 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, ‘**gereklilik**’tir. **Bu cümleden olarak 15 Temmuz öncesinde FETÖ lehine meydanlarda, gazete köşelerinde, hatta TBMM’de FETÖ’yü savunan siyasilerin de istifa etmeleri gerekirdi. Zira basiretsizce ‘kandırılma’ mazeretini kullananlar, basiretsizlikleri sonucu kandırılmış kitleleri cezalandırma durumunda olmamaları gerekirdi. Nitekim ön saflarda FETÖ methiyeleri düzenler kandırılmış, arka saflardaki saflar da hapishanenin yolunu tutmuş oldular.**

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 sürme 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 bağına 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 bağına aranmadığı tek 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 unutulmalıdır.

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. 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.¹⁵

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

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.

¹⁵ Eser Karakaş: Türkiye’de Seçmenin Hukuksuzluktan Çıkarı Var. <http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/soylesiler/382.pdf>